

פרק ו

המודל הפרסונלי לחקירה פלילית במרחב הסייבר

א. הצגת המודל הפרסונלי

עד כה התמקד הדיון בניתוח המצב המשפטי הקיים בתחום דיני איסוף הראיות בחקירה פלילית במרחב הסייבר, בחשיפת הנחות היסוד הסמויות במצב הקיים ובהצגת הקשיים הנוצרים ביחסי המשפט והטכנולוגיה בהקשר של החקירה הפלילית. הראיתי כיצד דיני איסוף הראיות בחקירה פלילית פותחו במקור לראיות במרחב הפיזי, ויישומם בזירת החקירה הקיברנטית חושף הנחות יסוד שהיו סמויות עד כה, של טריטוריאליזם ופיזיות באשר לאיסוף הראיות הדיגיטליות. בפרק זה אציג מודל חלופי לעיצוב דיני איסוף הראיות בחקירה פלילית במרחב הסייבר. המודל יכונה "המודל הפרסונלי". יש לראות בו מודל חשיבתי, המציע מסגרת להתבוננות ולניתוח דיני איסוף הראיות בחקירה פלילית במרחב הסייבר. אין לראות בו מודל הקובע נוסחאות משפטיות מפורטות או כללי פעולה. המודל הפרסונלי בנוי על ההיגדים האלה:

1. דיני איסוף הראיות בחקירה פלילית מתמקדים כיום בראיות ולא בבני אדם.
 2. התמקדות זו קיימת גם בבסיס היישום הנוכחי של דיני איסוף הראיות בקשר לחקירה פלילית במרחב הסייבר.
 3. בשל ההתמקדות בראיות עצמן, וכיוון שדיני איסוף הראיות בנוגע לחקירה פלילית במרחב הסייבר התפתחו על בסיס דיני איסוף הראיות בנוגע לחקירה פלילית במרחב הפיזי, קצרה הדרך להתבססותן של התפישה הטריטוריאליזם ושל התפישה הפיזית גם במשפט בנוגע לסביבה הקיברנטית.
 4. על דיני איסוף הראיות להתמקד במערכת היחסים שבין המדינה החוקרת לחשוד ולצדדים שלישיים, והכול בהקשר של הראיה המדוברת. במילים אחרות, דיני איסוף הראיות אינם צריכים להיות דינים של ראיות אלא דינים בקשר לבני אדם ויחסה של המדינה לבני האדם, באשר לראיות מסוימות. כך גם בהקשר המקוון, על דיני איסוף הראיות להתמקד ביחסים שבין המדינה החוקרת, לחשוד ולצדדים השלישיים הרלוונטיים שעניינם נקשר בראיה המבוקשת (אנשים פרטיים שהמידע על אודותיהם מצוי בראיות המבוקשות, ספקות שירות ואחרים).
- זהו אפוא, בתמצית, המודל הפרסונלי של דיני הראיות. ההיגדים 1–3 לעיל בוססו במסגרת הדיון בפרקים ג–ה, שבו חשפתי את הנחות היסוד הסמויות – של טריטוריאליזם ופיזיות – באשר לחקירה הפלילית במרחב הסייבר. ההיגד הרביעי, הנושא פן נורמטיבי ולא תיאורי, כשלושת הקודמים, יבוסס במסגרת פרק זה.
- כפי שניתן לראות, המודל הפרסונלי למעשה מבקש להציע התבוננות כוללת לסוגיית סמכויות איסוף הראיות בחקירה פלילית. הוא אינו מתייחס רק לחקירה פלילית במרחב הסייבר.

כישלון המודל הקודם של דיני איסוף הראיות במרחב הסייבר, שמייצג במידה רבה דין של "דברים" ולא של אנשים,¹ מאיר את הצורך בבדיקה חוזרת של ערכי היסוד של דיני איסוף הראיות בכלל, לאו דווקא במרחב המקוון. המענה, בדמות המודל הפרסונלי, שואף להיות מטא-טכנולוגי או ניטרלי מבחינה טכנולוגית, במובן זה שהוא מתייחס ליחסי המדינה עם פרטים שונים ולא ליחסי המדינה עם ראיות מסוימות. על כן הזירה שבה מצויות הראיות – אם קיברנטית ואם פיזית – אינה אמורה לשנות מתפישת היסוד של דיני איסוף הראיות.

קריאות להמיר את הדוקטרינה המשפטית המבוססת על המרחב הפיזי בדוקטרינה המשרתת את הערכים היסודיים המנותקים מן ההיבט הפיזי ניתן למצוא גם בכתיבה נוספת העוסקת בהיבטים אחרים של דיני החקירה במרחב הסייבר. הן אורין קר (Kerr) והן נמרוד קוזלובסקי כתבו על אי-התאמתו של התיקון הרביעי לחוקה האמריקנית, המגן על האזרחים מפני חיפושם ותפיסתם של הרשות, לדיני איסוף הראיות במרחב הסייבר.² קר וקוזלובסקי הראו (בנפרד) כיצד התיקון הרביעי מיושם כמתייחס לחפצים פיזיים, וטיעונם מבקש להתאים את התיקון הרביעי לזירה המקוונת.

במידה רבה המודל הפרסונלי, כמודל עקרוני רחב יותר, יוצא מאותה נקודת מוצא שמקובלת כיום באשר למהותה של הזכות לפרטיות כזכות השייכת לבני אדם ולא למקומות או לחפצים.³ נקודת מוצא זו ראויה להחלה, לפי המודל הפרסונלי, באשר לשני עברי המתרחס בדיני החקירה במרחב הסייבר – המדינה מצד אחד והחשוד (וצדדים שלישיים) מצד שני.

המודל הפרסונלי מאפשר להתמודד עם ההחמצה הדו-כיוונית הנוצרת בעניין איסוף הראיות בחקירה פלילית במרחב הסייבר שעליה עמדתו בפרקים ג-ה: הן החסרתן של פעולות איסוף

1 ראו גישתו הפורמליסטית ה"קלאסית" למשפט של ויליאם בלקסטון (Blackstone), שהבחין בין זכויות של אנשים (Rights of persons) לבין זכויות של דברים (Rights of things): WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND II, Ch. 1 (2nd ed., 1915). ספרו הראשון של בלקסטון הוקדש לזכויות של אנשים, וספרו השני הוקדש לזכויות של דברים.

2 ראו Nimrod Kozlovski, *A Paradigm Shift in Online Policing – Designing Accountable Policing* 334–339 (J.S.D. Dissertation, 2005); Orin S. Kerr, *Applying the Fourth Amendment to the Internet: A General Approach*, 62 STAN. L. REV. 1005 (2010).

3 לקביעה המפורשת המבהירה כי יש לראות בזכות לפרטיות זכות השייכת לאנשים ולא למקומות, ראו "the Fourth Amendment protects people, not places. What a person knowingly exposes to the public, even in his own home or office, is not a subject of Fourth Amendment protection... But what he seeks to preserve as private, even in an area accessible to the public, may be constitutionally protected" התפתחות מתיאור של "Constitutionally protected areas" לתיאור של הגנת הפרטיות כשייכת לאנשים ולא למקומות. לתיאור המוקדם של מקומות מוגני פרטיות ראו, למשל Silverman v. United States, 365 U.S. 505, 510, 512 (1961); Lopez v. United States, 373 U.S. 427, 438–439 (1963); Berger v. New York, 388 U.S. 41, 57, 59 (1967). כן ראו מיכאל בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 67–74 (2010). בירנהק מתאר כיצד ניסיונות מוקדמים לאפיין את הזכות לפרטיות הציגו את הפרטיות במקומות כאחד ממאפייני הזכות. בירנהק מבהיר כיצד הצגה זו אינה מתארת את מהותה של הזכות אלא מציגה היכן מיושמת הזכות. הוא מציג כמה ביקורות על סיווגה של הזכות לפרטיות לפי מקומות, ובין היתר טוען כי הסיווג חוטא למהותה של ההגנה המשפטית כשייכת לבני אדם ולא לחפצים או למקומות פיזיים. טיעון זה של בירנהק, בהקשר של ניתוח מהותה של הזכות לפרטיות, הוא ברוח הטיעון שביסוד ביקורתי על התפישה הטריטוריאלית והפיזית באשר לאיסוף ראיות בחקירה פלילית במרחב הסייבר וביסוד ההצעה להציע תחתיים את המודל הפרסונלי.

המשוחררות מכבלי הטריטוריאליות והפיזיות והן החסרתו של השיח החוקתי שמתאם לסיטואציה של איסוף ראיות דיגיטליות. כך, בכל הנוגע לצורכי החקירה, המודל הפרסונלי מאפשר להשתחרר מכבלי הטריטוריאליות, ולכאורה אין עוד מניעה אוטומטית לאסוף ראיות האגורות או עוברות בשרתים מחוץ לטריטוריה של המדינה החוקרת. שאלת המיקום הפיזי של הראיה הדיגיטלית הופכת משנית כאשר המוקד הוא מערכת היחסים בין המדינה לבין הפרטים השונים הנוגעים בדבר. בדומה לזה, המודל הפרסונלי מאפשר להשתחרר מכבלי הפיזיות, שכן תכונותיה של הראיה המבוקשת אינן העיקר אלא עצמת הזכויות של הפרטים הקשורים בה. מנגד, כיוון שהמודל הפרסונלי מתמקד בפרטים ולא בחפצים או בראיות, מטבע הדברים השיח החוקתי נמצא במוקד.⁴ המודל הפרסונלי מכוון לזיהוי טיב היחסים בין המדינה לבין הפרטים כאשר לראיה הנדונה, או במילים אחרות, הוא מוטה לכיוון איתור הווקטורים החוקתיים הנוגדים את צורכי החקירה ומאפשר לנו להקדיש את תשומת הלב הראויה לזכויות החשודים והצדדים השלישיים הרלוונטיים לסיטואציה החקירתית.

פרק זה מציג את המודל הפרסונלי לחקירה הפלילית במרחב הסייבר וטוען כי הוא עדיף מהמודל הקיים ומהחלופות האחרות שהוצעו למודל הקיים. תחילה ארחיב על האופן שבו המודל הפרסונלי בא לידי ביטוי בפריצת הגבולות הטריטוריאליים והפיזיים ביחס לחקירה הפלילית במרחב הסייבר. לאחר מכן אציג הצדקות נורמטיביות למודל הפרסונלי, אשר נועדו לייצב את המודל באופן פוזיטיבי, וזאת בהשלמה לשלל הביקורות שהוצגו בפרקים ג ו-ד על התפישה הטריטוריאלי ועל התפישה הפיזית. אותן ביקורות מצדיקות את זניחת התפישות הקיימות, וההצדקות הפוזיטיביות למודל הפרסונלי, שיוצגו בפרק הנוכחי, משלימות את מהלך הטיעון בעד המודל הפרסונלי. בחלק הבא של הפרק אציג כמה ביקורות אפשריות נגד המודל הפרסונלי: האחת, המודל הפרסונלי עלול לשרת באופן חלקי בלבד את הערך של חקר האמת; השנייה, החלופות לאכיפה הפלילית המדינתית הקלאסית שהוצגו בפרק ב עשויות להשלים את החסרים הקיימים כיום במסגרת החקירה הפלילית במרחב הסייבר, ועל כן אין צורך להיזקק למודל חדש; השלישית, המודל הפרסונלי מהפכני במהותו, ועל כן אינו ישים. אתמודד עם כל אחת מן הביקורות האמורות, וכפי שאטען, המענים לביקורות האמורות מחזקים את ההצדקה למודל הפרסונלי. לבסוף אציג קווים מנחים ליישום המודל הפרסונלי על דיני איסוף הראיות בחקירה פלילית במרחב הסייבר.

ב. פריצת הכבלים התפישתיים במסגרת המודל הפרסונלי

המודל הפרסונלי יאפשר, מבחינה רעיונית, לפרוץ את גדרי התפישה הטריטוריאלי והתפישה הפיזית המושלות כיום בדיני איסוף הראיות הדיגיטליות בחקירה הפלילית במרחב הסייבר. אפרט.

4 טענה זו נקשרת בטיעון הפילוסופי הכללי של פרידריך הגל (Hegel), אשר הציג תאוריה של זכויות, ולפיה האישיות והאנושיות היא הבסיס לקיומן ולצמיחתן של זכויות. ראו GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGL, PHILOSOPHY OF RIGHT §36 (1821) (T.M. Knox trans., 1952). טיעון דומה, שלפיו האנושיות תהיה בסיס שממנו ייגזרו ויפתחו הזכויות השונות, מצוי גם בכתביו של עמנואל קאנט (Kant). ראו עמנואל קאנט הנחות היסוד למטאפיסיקה של המידות 5 (מ' שפי מתרגם, 1973).

1. פריצת גבולות התפישה הטריטוריאלית

התפישה שלפיה מקום הימצאה של הראיה חורץ את דינה של החקירה נראית לא סבירה, שכן הנתון בדבר מקום הימצאה של הראיה אינו בעל חשיבות בעידן הסייבר, לעתים הוא אינו ידוע, הוא אינו מבטא בחירה רציונלית של האדם להיכפף למערכת דינים מסוימת, ולא אחת הוא אינו מבטא בחירה מודעת של המדינה להחיל את מערכת דיניה על המידע המדובר. כמו כן תאוריית המושג "ריבונות", הרואה בו חובה של המדינה להשליט סדר בתחומיה כלפי כולי עלמא, עשויה להצדיק "כניסה" לטריטוריה של המדינה כאשר המדינה נכשלת במילוי חובתה זו.⁵ אולם לא די במסקנה שמועיל ומותר במקרים מסוימים לפרוץ את גבולות התפישה הטריטוריאלית. יש מקום לשאול עד כמה רחוק ייפרצו גבולות התפישה הטריטוריאלית: האם יותר למדינה החוקרת להתעלם לחלוטין מכל השלכה אקסטרטריטוריאלית של פעולתה? אם לא, אימתי תיחשב פעולה של המדינה החוקרת לפוגעת באופן אסור בריבונות של מדינות זרות? מה תהיה השלכתה של פגיעה שכזו על סמכותה של המדינה החוקרת? האם, לדוגמה, דין חדירה של משטרת ישראל לתכתובת דוא"ל האגורה בשרת זר של חשוד, אזרח ותושב ישראל, כדין חדירה של משטרת ישראל לחשבון בנק מקוון זר של חשוד זר? לצד שאלות אלה, שהן במישור היחסים בין המדינה החוקרת לבין מדינות זרות, קיימת סדרת שאלות במישור הפרישה החוקתית, ולפיה יש לבחון כיצד יחולו ההגנות החוקתיות על פעולות איסוף ראיות בעלות השלכה אקסטרטריטוריאלית: האם לפי מבחן טריטוריאלי, מבחן פרסונלי, מבחן אוניברסלי או אחר?⁶

אין הכוונה להציע כי במסגרת המודל הפרסונלי תוכלנה המדינות לבטל כליל את הצורך להתחשב באינטרסים של מדינות זרות. המודל הפרסונלי גם אינו מבקש לכרסם בגרעין הקשה של האיסור במשפט הבין-לאומי לפגוע ללא הצדק בריבונותן של מדינות זרות: ראשית, מדובר באיסור קבוע ויצוק בסלע של המשפט הבין-לאומי, שמקורותיו הם הן הסכמיים והן מנהגיים;⁷ שנית, משמעותו של פוטנציאל איסוף ראיות שאינו מוגבל כלל מבחינה אקסטרטריטוריאלית במרחב הסייבר היא יצירת "סחרור דינים", שלפיו כל התנהגות של משתמשי המרחב המקוון תהיה כפופה, דה פקטו ולא רק דה יורה (היינו מבחינת סמכות האכיפה ולא רק מבחינת סמכות התחיקה והשיפוט), לביקורת של כל המדינות בעולם, כאשר הביקורת תהיה באמצעות הכלי המשפטי ה"תוקפני" של המשפט הפלילי.⁸ משמעות הדברים היא יצירת "אפקט מצנן" חמור שיפגע בערך החברתי והכלכלי של האינטרנט ושל המרחב הקיברנטי כולו כפי שאנו מכירים אותו כיום, וימיט עליו אסון. יכולתו של משתמש רציונלי במחשב ובאינטרנט להעריך את

5 להרחבה על ההצדקות לפריצת הגבולות באורח אקסטרטריטוריאלי, ראו לעיל בפרק ג.ו.ו.
6 לשאלות של אופן פרישת ההגנות החוקתיות במסגרת פעולה אקסטרטריטוריאלית יכולה להיות השלכה על האופן שבו תיתפש פעולה אקסטרטריטוריאלית בעיניה של המדינה הזרה. במילים אחרות, הסוגיה החוקתית יש בה כדי להשליך על הסוגיה במישור היחסים שבין המדינה החוקרת לבין המדינה הזרה הנפגעת בכוח מפעולתה. אתיחס לכך בהמשך הדיון.

7 ראו לעיל בפרק ג, ה"ש 17–19.

8 אנופאם צ'אנדר (Chander) כינה תופעה זו בשם "Stalinization". ראו ANUPAM CHANDER, THE ELECTRONIC SILK ROAD: HOW THE WEB BINDS THE WORLD IN COMMERCE 179 (2013).

הסיכונים המשפטיים שלו ולתמרון ביניהם תהיה מוגבלת מאוד, ועל כן יעדיף המשתמש להתנזר מפעולות.⁹

כיצד ניתן למזג בין השיקולים במישור הבין-לאומי, המצדדים בזהירות מפני פגיעה בריבונותן של מדינות זרות, לבין השיקולים במישור הפנים-מדינתי, המצדדים בהפעלת סמכויות החקירה בכל מקום שבו מתבצעת עברה פלילית המזיקה לאינטרס הציבור של אותה מדינה? להלן אציע כמה עקרונות פעולה אשר ראוי לטעמי להחילם, ושיהיה בהם כדי להפחית את המתח המובנה בין שני מערכי השיקולים; העיקרון הראשון הוא העיקרון של הצטברות כללי הסמכות (Jurisdiction). לפי עיקרון זה, ניתן להציב תנאי מקדמי לדיון בשאלת סמכות האכיפה והוא כי תתקיים במקרה הנתון סמכות תחיקה (Jurisdiction to prescribe) וסמכות שיפוט (Jurisdiction to adjudicate). במילים אחרות, על פי עיקרון זה, יש לראות בכללי הסמכות (Jurisdiction) כללים מצטברים, ורק בהתקיים סמכות תחיקה וסמכות שיפוט יותר למדינה להפעיל סמכות אכיפה ולחקור את העברה.¹⁰ בפועל מרבית המדינות מחילות כללי סמכות תחיקה ושיפוט טריטוריאליים, ולו על דרך של ביצוע "מקצת העברה"¹¹ בשטחה של המדינה החוקרת, ומיעוט יחסי של כללי סמכות שיפוט אקסטרה-טריטוריאליים, על בסיס פרסונלי או אוניברסלי. במילים אחרות, אינטרס האכיפה של המדינה קם רק בנוגע לעברות השפיטות בשטחן, ואלה הן עברות שבדרך כלל חלק מביצוען הוא בטריטוריה של המדינה החוקרת.

אמנם, כפי שהראיתי לעיל,¹² הפרשנות של "עברת הפנים" נמתחה והורחבה בהקשר הקיברנטי, וכך אם למשל אתר אינטרנט מציע הימורים למשתמשי אינטרנט המצויים במדינה האוסרת את אותם הימורים, הרי שאותה מדינה רשאית להחיל את דיני העונשין שלה כלפי אתר ההימורים. חרף ההרחבה האמורה עדיין נדרשת זיקה לטריטוריה של המדינה החוקרת, ולו בכך שהמידע האסור נצפה במחשבים שבמדינה החוקרת. משמעות הדברים היא שגם בהנחה שההגדרה של "עברת פנים" מורחבת באשר למרחב הקיברנטי, עדיין אין הדבר דומה למצב שבו מדינה מחליטה להתערב ולחקור כל התנהגות במרחב, כאשר לזו אין זיקה טריטוריאליה למדינה החוקרת. כיוון שכאמור מוצע לראות בהפעלת סמכות האכיפה הפעלה מצטברת לקביעת סמכות

9 תופעה זו היא ביטוי נוסף להיווצרות כשל רצינולי ברוח "טרגדיית המאגר המפוצל" (Tragedy of the Commons), שעליה כתב מייקל הלר (Heller). טרגדיית ה-*Anticommons* הפוכה ל-*Tragedy of the Commons* המוכרת של גרט הארדין (Hardin). ראו, Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 SCIENCE 1243 (1968). הארדין דיבר על תופעה של ניצול יתר של כר מרעה משותף באופן שיביא לחיסולו, ובכך נמצאנו למדים שזיקת הנאה משותפת יכולה ליצור תמריץ אישי לניצול יתר לצורכי הפרט מבלי להתחשב כלל בצורך הכללי לשמור על הטובין הקולקטיביים. לעומת זאת מתופעת ה-*Anticommons* עולה כי כאשר לכל אחד יש זכות למנוע מאחרים שימוש בטובין, ובהיעדר מכווין התנהגות כללי המצוי מעל האינטרס הצר של כל טוען לזכות, הרי יש חשש שתיווצר סטגנציה, וטובין לא ישמשו אף אחד מהפרטים. ראו Michael A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, 111 HARV. L. REV. 621 (1998).

10 בפועל המדינה חוקרת עברות פליליות במקום שבו יש לה סמכות תחיקה וסמכות שיפוט (כעולה מסעיפים 7, 12–16 לחוק העונשין, התשל"ז–1977 (להלן – חוק העונשין) עם סעיף 3 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א–1971 (להלן – פקודת המשטרה)) יחד, או כאשר היא מוציאה אל הפועל בקשה לעזרה משפטית של מדינה זרה אחרת. יוצא אפוא שבפועל, להוציא את החריג של עזרה משפטית בין מדינות, המדינה חוקרת רק במקום שבו קמה לה סמכות תחיקה וסמכות שיפוט.

11 בחוק העונשין הישראלי העיקרון מבוטא בסעיפים 7(x) ו-12.

12 ראו לעיל בפרק ג.ג.1.

תחיקה ושיפוט, הרי שיש כאן גידור וצמצום של קבוצת המקרים שבהם עתידה סמכות אכיפה בעלת השלכה אקסטרטריטוריאליה להיות מופעלת. בסיכומו של דבר, העיקרון הראשון, של הצטברות כללי הסמכות, מבטיח שמדינה המבקשת לבצע פעולות איסוף ראיות בעלות השלכה אקסטרטריטוריאליה (במשקפי התפישה הטריטוריאליה) לא תפעל ללא אינטרס ממשי של החלת דיני העונשין שלה על המקרה המדובר, אינטרס המגולם בכללי סמכות התחיקה והשיפוט הפליליים.

העיקרון השני שאציע להפחתת המתח המובנה בין השיקולים במישור הבינ-לאומי לבין השיקולים במישור הפנים-מדינתי הוא עקרון הזיקה המהותית, ולפיו יותר למדינה החוקרת לאסוף מידע האגור מחוץ לטריטוריה שלה, במקום שבו תישלל זיקה מהותית בין הראיה המבוקשת לבין המדינה הזרה שבה היא אגורה, וזאת תחת המבחן הנוהג היום, של מקום הימצא הראיה. כזכור, על פי מבחן מקום הימצא הראיה, הרי שכאשר מקום אגירת המידע הוא מחוץ לטריטוריה של המדינה החוקרת, תישלל מהמדינה החוקרת סמכות איסוף של אותו המידע. המבחן הנוהג כיום – מבחן מקום הימצא הראיה – הוא טכני במהותו ואינו משרת תכליות מהותיות הנוגעות לעניין. התכלית המהותית שיש להגן עליה בהקשרנו היא התכלית של כיבוד ריבונותן של מדינות זרות. המבחן הטכני של מקום הימצא הראיה עלול להביא להרחבת ההגנה על ריבונותה של המדינה הזרה אל מעבר לנדרש באופן שיפגע באפשרותה של המדינה החוקרת להוציא אל הפועל את ריבונותה שלה, במובן של אכיפת עברות פליליות המסכות נזק כלפי המדינה החוקרת או תושביה.

מבחנים של קביעת זיקות מהותיות נקבעו בעבר בהקשרים שונים של קביעת סמכות (Jurisdiction), בדרך כלל בהקשרים אזרחיים.¹³ אותם מבחנים התייחסו לסוגיית סמכות השיפוט

13 ראו למשל במשפט האמריקני RESTATEMENT OF THE LAW (3rd) OF FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES §§ 18, 403 (2009); Hartford Fire Ins. Co. v. California, 509 U.S. 764, 796 (1993); F. Hoffman-LaRoche, Ltd. v. Empagran, 542 U.S. 155, 159 (2004); Atlantic Richfield Co. v. Arco Globus Intern., 150 F.3d 189, 194 (2nd Cir., 1998); Worldwide Volkswagen Corp. v. Woodson, 444 U.S. 286, 288 (1980). אביא כאן את פרטי המבחן בן שבעת הפרמטרים שהציע בית המשפט הפדרלי לערעורים בפרשת *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America* בשנת 1976: (1) “the degree of conflict with foreign law or policy”; (2) “the nationality or allegiance of the parties and the locations or principal places of business of corporations”; (3) “the extent to which enforcement by either state can be expected to achieve compliance”; (4) “the relative significance of effects on the United States as compared with those elsewhere”; (5) “the extent to which there is explicit purpose to harm or affect American commerce”; (6) “the foreseeability of such effect”; (7) “the relative importance to the violations charged of conduct within the United States as compared with conduct in other countries”; (8) “the relative importance to the United States of the regulation of the international political, legal, or economic system” (9th Cir., 1976). מבחן זה אומץ ב-RESTATEMENT OF THE LAW (3rd) OF FOREIGN RELATIONS LAW § 403(2)(e).

במשפט הישראלי ראו למשל את הפיתוח של דוקטרינת “הפורום הלא נאות”, שלפיה כאשר מתעוררת שאלה של בררת שיפוט בין בית משפט מוסמך בישראל לבין בית משפט זר, שאף הוא בעל סמכות בין-לאומית לדון בתובענה, רשאי בית המשפט בישראל למחוק בתנאים מסוימים את התביעה שהוגשה לו כדי שזו תנוהל בפני בית המשפט הזר, וזאת בשם לב לפורום השיפוטי בעל הזיקות המרביות בנוגע למחלוקת מושא הדיון. ראו ע”א 300/84 אבו עטיה נ’ ערבטיסי, פ”ד לט(1) 365–384 (1985);

ולא לסוגיית סמכות האכיפה, אשר כפי שכבר הראיתי לעיל, נתפשה תמיד כסוגיית הסמכות הנצמדת בדווקנות הרבה ביותר לפן הטריטוריאלי, של מקום ביצועה של פעולת האכיפה כפרמטר להחלת הסמכות. ועוד, מבחן הזיקה המהותית פותח כאמור לתחומי המשפט האזרחי ולא לתחומי המשפט הפלילי, ומכאן שעל פני הדברים ניתן להניח שעצמת הזיקה הריבונית של המדינות הנוגעות בעניין נמוכה מעצמת הזיקה הריבונית שיכולה להתעורר בהקשר של משפט פלילי. על בסיס האמור ניתן להצדיק בענייננו קביעת מבחן במדרגה נמוכה מזו של מבחן "מרב הזיקות", וזהו מבחן הזיקה המהותית. מבחן "מרב הזיקות" הוא יחסי, והוא מבקש לאמוד את הזיקה למדינה האחת למול הזיקות למדינות אחרות. לעומת זאת מבחן הזיקה המהותית מציב דרישה מופחתת שבהתקיימה תישלל הסמכות האקסטרה-טריטוריאלי של המדינה החוקרת. די בכך שתקיים זיקה מהותית של המדינה הזרה לראיה האגורה בשטחה, ואין הכרח להוכיח כי הזיקה של המדינה הזרה עולה על הזיקה של המדינה החוקרת. וכך, כל אימת שמיקום הראיה במרחב הקיברנטי יהיה ידוע, ולמיקומה במדינה אחת (המדינה הזרה) ולא במדינה אחרת (החוקרת) תהיה משמעות, הרי שיהיה ניתן לקבוע זיקה מהותית של אותה המדינה לראיה האגורה בשטחה. משמעות הדבר היא שתישלל מהמדינה החוקרת גישה לראיה האמורה, ועל מנת לאספה, היא תיזקק לבקשה לעזרה משפטית מן המדינה הזרה. ניתן לפרוט מבחינה מעשית את מבחן הזיקה המהותית של המדינה הזרה לראיה האגורה בשטחה לשאלות כדוגמת השאלות כדלקמן:

1. האם המדינה שבה אגורה הראיה מגלה עניין או זיקה לשירות המקוון המסוים אשר במסגרתו נאגרה הראיה? ניטול כדוגמה את שירות הדוא"ל Gmail של חברת גוגל העולמית. נניח ששרתי Gmail מצויים בארצות הברית. נניח שמשתמשת אינטרנט מישראל מבקשת לפתוח חשבון ב-Gmail ולקבל, לשלוח ולשמור בחשבון תכתובות דוא"ל. האם ארצות הברית מגלה עניין כלשהו בהתקשרות זו בין Gmail לבין משתמשת האינטרנט מישראל? ככלל, תהליך הרישום וההצטרפות ל-Gmail אינו כרוך בתשלום, ברישוי, בהזדהות, בהצהרות מיוחדות, בהודעה על כפיפות למערכת הדינים האמריקנית בהקשרים שונים או כדומה. מכאן שדה פקטו קשה לומר שארצות הברית מגלה עניין או מעורבות בנעשה ב-Gmail ובמערכת יחסיה של זו האחרונה עם האנשים המשתמשים בשירותיה. מכאן קצרה הדרך למסקנה שארצות הברית, כריבון בטריטוריה האמריקנית, אינה בעלת זיקה מהותית למידע של משתמשי האינטרנט ב-Gmail ואינה מגלה רצון לפעול כריבון במובן של אחריות לאכיפת החוק ביחס לכלל הפעילות ב-Gmail וביחס לכלל המידע העובר ב-Gmail.

2. האם פעולת האיסוף של המדינה הזרה מכוונת כלפי ספקית שירות זרה במישרין, או שמא כלפי חשבונות משתמשים או פריטי מידע של משתמשים האגורים ברשותה של ספקית השירות? אם להמשיך את הדוגמה הקודמת, ניתן להציע הבחנה בין מצב שבו מדינת ישראל תבקש לאסוף את תוכן תיבת הדוא"ל של חשוד מסוים לבין מצב שבו מדינת ישראל תבקש לקבל מידע על אופן התנהלותה של חברת גוגל עצמה (במקרה שבו

ע"א 9725/04 אשבורן חברה לסוכנויות ומסחר נ' CAE Electronics Ltd., פסקה 18 (פורסם בנבו, 4.9.2007); רע"א 9810/05 Hecke נ' Pimcapco Ltd., פסקאות 22–30 (פורסם בנבו, 30.8.2009).

תיחקר גוגל כחשודה או כמסייעת לביצוע עברות פליליות מסוימות השפיטות בישראל). במקרה הראשון, בהנחה שקמה סמכות תחיקה ושיפוט בישראל על העברה הנחקרת, הרב שמרוב הזיקות תהיינה לישראל, כפי שכבר הראיתי בדוגמה הקודמת. לעומת זאת במקרה השני הזיקה האמריקנית תהא כבדת משקל, ועל כן צורכי החקירה הישראליים, אף במשקפי המודל הפרסונלי, לא יוכלו להביא להתגברות על האינטרסים האמריקניים.

3. האם המידע שהמדינה הזרה מבקשת לאסוף נוגע לנושאי ליבה של המדינה שבה הוא מצוי, כגון נושאי ביטחון, נושאי כלכלה בסיסיים או נושאים לאומיים עקרוניים אחרים? הדוגמאות למידע ליבה שכזה הן רבות: מידע הקשור למשרדי הממשלה השונים, מידע הקשור לתשתיות תקשורת לאומיות, תשתיות חשמל, אנרגיה ותובלה.¹⁴ בנוסף, ניתן לחשוב על סוגי מידע נוספים שייחשבו נושאי ליבה של המדינה, כגון מידע בורסאי ומידע שמוחזק ברשות תאגידים בנקאיים מרכזיים. אם מדינה זרה תבקש לאסוף מידע המוחזק בידי גופים מעין אלה, ייתכן לומר שהגם שמדובר בגופים פרטיים, הרי שהשירותים שהם מעניקים עולים כדי שירותים אסטרטגיים, ועל כן למדינה יש עניין מיוחד בהם.

העיקרון השלישי שאציע להפחתת המתח המובנה בין השיקולים במישור הבין-לאומי לבין השיקולים במישור הפנים-מדינתי הוא עקרון ההגנה החוקתית. על פי עיקרון זה, אם ייקבע מודל תחולה אוניברסלי לכל פעולת איסוף ראיות בחקירה הפלילית, המדינה תחיל על עצמה מערך של "חובות חוקתיות" באשר לכל פעולת איסוף ראיה אשר אותה היא מבצעת, ואין נפקא מינה אם הראיה אגורה בטריטוריה זרה אם לאו, אם ה"שחקנים" הטוענים לזכויות חוקתיות הם אזרחי המדינה או תושביה אם לאו. החלת מודל תחולה חוקתי אוניברסלי מונעת קביעה של מערך דינים כפול: האחד לפעולת פנים-מדינתית והשני לפעולות אקסטרה-טריטוריאליות. כפי שהצגתי לעיל, קיימת קשת רחבה של אפשרויות לאופן החלתן של ההגנות החוקתיות על פעולת האיסוף כלפי ראיות האגורות בשרתים מחוץ לטריטוריה של המדינה החוקרת: האחת, לא תחולנה הגנות חוקתיות (מודל טריטוריאלי); השנייה, תחולנה הגנות חוקתיות רק כאשר הראיה תשוך לאזרח המדינה או תושב שלה (מודל פרסונלי); השלישית, תחולנה רק הגנות חוקתיות מסוימות מחוץ לטריטוריה, ואילו הגנות אחרות לא תחולנה (מודל פונקציונלי); הרביעית, תחולנה כל ההגנות החוקתיות של המדינה החוקרת (מודל אוניברסלי); החמישית, תחולנה ההגנות החוקתיות של המדינה שבה אגורה הראיה (מודל של בררת דינים חוקתית מסוג אחד); השישית, תחולנה ההגנות החוקתיות של מדינת אזרחותו או תושבותו של מי שהראיה שייכת לו (מודל של בררת דינים חוקתית מסוג שני).

במהלך הדיון בפרק הקודם צידדתי באימוץ מודל תחולה אוניברסלי של ההגנות החוקתיות כל אימת שתאסף ראיה האגורה מחוץ לטריטוריה של המדינה החוקרת. המודל האוניברסלי מכונה כך כיוון שהוא מניח תחולה על מצבים שהם באופן אמתי אקסטרה-טריטוריאליים. לעומת זאת, בהקשרנו הנדון, כאשר יותר למדינה החוקרת לפעול כלפי ראיה האגורה מחוץ

14 השוו למונח "תשתיות לאומיות קריטיות" שבחוק להסדרת הביטחון בגופים ציבוריים, התשנ"ח-1998. בחוק זה נקבעה רשימת גופים אשר המידע שברשותם נחשב לבעל חשיבות לאומית. נפקותו של סיווג גופים אלה כתשתיות לאומיות קריטיות היא בין היתר שקמה חובה על גופים אלה להפעיל אמצעי אבטחת מידע ברמה גבוהה, בהנחיה מקצועית של שב"כ.

לטרטוריה שלה, יהא זה כאשר אין לראות בפעולתה של המדינה משום פעולה אקסטררה-טרטוריאליה של ממש, מן הטעמים האלה: החוקר יפעל מתוך מדינתו; הראיות תהיינה נטולות זיקה ממשית למדינה הזרה שבה הן אגורות; לעתים מיקומן המדויק של הראיות יהיה אגבי, או לא ידוע כלל, ובכל מקרה הוא יהיה חסר משמעות מבחינת המדינה הזרה כמו גם מבחינת האנשים בעלי הזיקה לראיה המדוברת. מכל הטעמים האלה, הרי שמבחינה מהותית דומה פעולת האיסוף לפעולת איסוף פנים-טרטוריאליה יותר משהיא דומה לפעולת איסוף אקסטררה-טרטוריאליה. בנסיבות אלה האקסטררה-טרטוריאליה בפעולתה של המדינה החוקרת אינה מהותית אלא היא טכנית בלבד, והיא נובעת מהרכבת "משקפי" התפישה הטרטוריאליה על הסיטואציה החקירתית. כידוע, כאשר לפעולת איסוף ראיות פנים-טרטוריאליה אין הבחנה בין נחקרים אזרחים או תושבים לבין מי שאינם אזרחים או תושבים, ובכל מקרה יחולו ההגנות החוקתיות של המדינה החוקרת.¹⁵ על פני הדברים קיימת אותה הצדקה לשמר את האחידות החוקתית גם ביחס לפעולות האיסוף כלפי ראיות האגורות מחוץ לטרטוריה של המדינה החוקרת, בהתקיים הנסיבות והתנאים שמנתי לעיל.

לכאורה, המודל של בררת דינים חוקתית, שעניינו ייבוא הגנות חוקתיות של מדינה זרה ה"אוחזת" בזיקה לראיה, מציג אפשרות משופרת להפגת המתח בין המדינה החוקרת לבין המדינה הזרה. אולם הראיתי לעיל מדוע, מטעמים שונים, המודל של ייבוא הגנות חוקתיות אינו מעשי בסיטואציה השיפוטית של הסמכת הרשות החוקרת לביצועה של פעולת איסוף ראיות דיגיטליות בחקירה פלילית במרחב הסייבר.¹⁶ בנוסף, על פי עקרון הזיקה המהותית שהצעתי לעיל, הרי שממילא תותר פעולת איסוף אקסטררה-טרטוריאליה אך ורק במצבים שבהם למדינה הזרה אין זיקה מהותית לראיה. משמעות הדברים היא שגם מבחינת המדינה הזרה, שהראיה הדיגיטלית אגורה בשטחה, תתקיים הצדקה עניינית מוחלשת להחלת הגנות החוקה שלה על פעולת איסוף הראיות האקסטררה-טרטוריאליה של המדינה החוקרת.

פריצת הגבולות הטרטוריאליים מנקודת מבט רֵאליסטית בתורת היחסים הבין-לאומיים:

לאחר שהראיתי שפריצת הגבולות הטרטוריאליים מותרת במסגרת המודל הפרסונלי לאיסוף ראיות בחקירה פלילית במרחב הסייבר, בכפוף לתנאים שהצגתי לעיל, ועמדתי על קיומו של המתח המובנה בין האינטרס הפנימי של המדינה החוקרת לבין החשש מהתנגשות עם מדינה זרה בזירה הבין-לאומית, אבקש להאיר את הממד הבין-לאומי בהקשרנו מנקודת מבט רֵאליסטית. הזרם הרֵאליסטי בתורת היחסים הבין-לאומיים מניח הנחה בסיסית כי המדינות הן ה"שחקניות" המרכזיות בזירה הבין-לאומית, כי התנהלותן של המדינות בזירה הבין-לאומית מושפעת מאינטרסים ומכוח, והמדינה פועלת לאו דווקא מטעמים מוסריים אלא מתוך רצון להגשים את האינטרסים שלה.¹⁷ תמונת העולם הרֵאליסטית היא אפוא תמונה של מאבקי כוח ואינטרסים.

15 ראו לעיל בפרק ה.ג.2. ו-ה.ג.4. ב. כן ראו 830 F. Supp. 2d 114 In re Application of the United States, (E.D. Va., 2011).

16 ראו לעיל בפרק ה.ג.1. ו-ה.ג.4. ב.

17 ראו למשל 62 (Terry) *Classical Realism*, in *TRADITIONS OF INTERNATIONAL ETHICS* (Steve Forde, Nardin & David R. Mapel eds. 1992); KENNETH WALTZ, *THEORY OF INTERNATIONAL POLITICS* (1979). יצוין כי מקובלת ההבחנה בין הרֵאליזם הקלאסי, המיוצג למשל בכתיבתם של תומס הובס

שיתופי הפעולה הבין-מדינתיים נוצרים כאשר האינטרסים מתאחדים ומכוונים זאת. הגישה הראליסטית ביחסים בין-לאומיים יכולה לשפוך אור על האופן שבו עשויה להיתפש פריצת הגבולות הטריטוריאליים במסגרת המודל הפרסונלי.

על פי הגישה האמורה, ניתן לחלק, עיונית, את המדינות לשתי קבוצות עיקריות: הראשונה, מדינות שתסכמנה להתיר פריצת גבולות טריטוריאליים, כמובן בתנאים מסוימים שלא יפגעו באינטרסים יסודיים שלהן ולא יהוו הפרזה מבחינת "עומק" החדירה האקסטרה-טריטוריאליית;¹⁸ השנייה, מדינות שלא יהיה להן אינטרס להתיר פריצת גבולות כאמור ועל כן לא תסכמנה לכך. בגדר קבוצה זו ניתן למנות מדינות שיכולות למצוא במרחב הקיברנטי הזדמנות להרוויח מבחינה כלכלית גם במסגרת פעילויות העלולות להיחשב לא חוקיות מבחינת מדינות אחרות. דוגמה לכך היא בחירתן של כמה מדינות להגביר פעילותן בתחום ההימורים המקוונים. מדינות אלה, כאנטיגואה, מבססות חלק ניכר מכלכלתן על ההימורים המקוונים, זאת לכאורה בידעה שההימורים מכוונים בחלקם לגולשים מהמרים ממדינות שבהן פעילות מעין זו נחשבת ללא חוקית. וכך, הרווחים הכלכליים שמדינה כאנטיגואה מבקשת להפיק מבוססים על הפער האכיפתי שנוצר בעקבות כללי הסמכות (Jurisdiction) לשפוט ולאכוף את הדין על אתרי ההימורים מאנטיגואה.¹⁹

הקבוצה הראשונה של המדינות תוכל להגיע להסכמה על פריצת הגבולות הטריטוריאליים, אך הסכמה זו, מבלי שתיושם גם במדינות מן הקבוצה השנייה, עלולה לעודד העתקה של

(Hobbes) וניקולו מקיאוולי (Machiaveli), ולאחריהם הנס מורגנתאו (Morgenthau), אדוארד קאר (Carr) ואחרים, לבין הנאור-רליזם המיוצג למשל בכתיבתם של קנת' וולץ (Waltz), רוברט ג'רויס (Jervis) ואחרים.

18 כך למשל ניתן להבין את המהלך של המדינות החתומות על אמנת מועצת אירופה בדבר פשעי מחשב. כפי שהראיתי לעיל בפרק ג.ה.1, המדינות החתומות על האמנה מסכימות שכל מדינה אחרת החתומה על האמנה תוכל לחדור לחומר מחשב האגור בשטחן אם הושגה הסכמה כדן של נחקר המחזיק בחומר המחשב האמור, או אם מדובר בחומר מחשב הנגיש לכלל הציבור. בראייה ראיסטית ניתן לומר שהאינטרס של המדינות להסכים על ויתור הדדי על הריבונות בהקשר זה נבע מן ההכרה שיש בויתור זה כדי לייעל את אפשרויות אכיפת החוק במרחב הסייבר.

19 ראו, לדוגמה CHANDER, לעיל ה"ש 8, בעמ' 89–93, 166. Chander כינה את המהלך של אנטיגואה – "Regulatory arbitrage". כזכור, ה-WTO, ארגון הסחר הבין-לאומי, נתבקש לברור בין ארצות הברית לבין אנטיגואה לאחר שארצות הברית אסרה, באמצעות חקיקה, אפשרות של חברות המספקות שירותי סליקה לסלוק עסקאות הימורים באינטרנט. אנטיגואה זכתה בבוררות לאחר שנקבע כי ארצות הברית התירה הימורי סוסים באתרי אינטרנט שהקימו חברות אמריקניות, ואין מקום להבחין בין הימורי סוסים אלה לבין הימורים מכל סוג שהוא שמתבצעים מאתרי אינטרנט זרים. מבחינה תוצאתית, פסיקת ה-WTO אשררה את האסטרטגיה הכלכלית של אנטיגואה. ראו Anupam Chander, *Trade 2.0*, 34 (2009); JACK GOLDSMITH & TIM WU, WHO CONTROLS THE INTERNET? ILLUSIONS OF A BORDERLESS WORLD 172–173 (2006).

צ'אנדר מונה בספרו עוד מהלכים שונים של ארביטראז' רגולטורי, למשל בתחום זכויות היוצרים (אתר KazaA, אתר Pirate bay, אתר AllofMP3.com). קיימת הבחנה בין האתרים בתחום זכויות היוצרים לבין המקרה של אנטיגואה וההימורים המקוונים, שכן במקרה של אנטיגואה מדובר בהחלטה של המדינה לנצל את הארביטראז' האינטרנטי, ואילו במקרה של השירותים השונים לשיתוף קבצים, תאגיד עסקי הוא שמנצל את הארביטראז', הנובע – אחרי הכול – מחוסר האפשרות של מדינה אחת לאכוף את דיניה על שירותים שהמידע בהם אגור במדינה אחרת. במילים אחרות, הארביטראז' האמור נסמך במידה רבה על כך שהתפישה הטריטוריאליית באשר לסמכות האכיפה במרחב הסייבר מושלת בכיפה.

הפעילות העבריינית לשרתים המצויים במדינות שבקבוצה השנייה. על רקע האמור טענתי היא שאמנם קשה להשיג שיתוף פעולה אקטיבי של כלל המדינות, אולם את החסר הזה ממלאת תופעה שעמדתי עליה לעיל,²⁰ ואשר אף ניתן להסביר אותה מנקודת ראיסטית של פעולה אקסטרטריטוריאלי של המדינה החוקרת, באופן אוני-טרלי, אשר אינה זוכה להתנגדות המדינה הזרה ואף היא זוכה להסכמה מכללא שלה. תופעה זו מתאפשרת על יסוד ההנחה שקיים הבדל ניכר בין היכולת להגיע להסכמות פוזיטיביות על דיני סמכות אכיפה,²¹ בוודאי כאלה המערערים תפישות יסודיות באשר למשפט ולטכנולוגיות מידע ובאשר למשפט הבין-לאומי, לבין היכולת להגיע להסכמה שבשתיקה, או לאי-התנגדות, לפעולות בעלות משמעות אכיפתית אקסטרטריטוריאלי (במשקפי התפישה הטריטוריאלי).²²

אימתי תושג הסכמה מכללא, או אי-התנגדות, של המדינה הזרה לפעולה האקסטרטריטוריאלי האוני-טרלית של המדינה החוקרת? אנסה להשיב לשאלה זו מנקודת מבטה של הגישה הראליסטית בתורת היחסים הבין-לאומיים. האינטרס של המדינה החוקרת לפעול אקסטרטריטוריאלי הוא ברור. מבחינתה מצויה ראייה פוטנציאלית העשויה לקדם חקירה פלילית, וההנחה היא שאין באפשרותה לזכות בשיתוף פעולה של המדינה הזרה באיסופה של אותה ראייה.²³ מבחינת המדינה הזרה, אשר בטריטוריה שלה מצוי חומר המחשב המבוקש לחקירה הפלילית, עצמת האינטרס שלה במישור הבין-לאומי תלויה בשאלת הזיקה הממשית שלה למידע האגור בטריטוריה שלה. ככל שאין זיקה ממשית של המידע המבוקש לחקירה לאותה מדינה זרה, הרי שבמידה מסוימת פעולתה של המדינה החוקרת, במקום המדינה שבשטחה אגור המידע המבוקש, יכולה להיתפש, מבחינתה של המדינה הזרה, אף כהחצנה חיובית (Positive externality), שכן המדינה החוקרת היא שתישא בנטל החקירה הפלילית,²⁴ ולאחר מכן אולי אף בנטל העמדתו של החשוד לדין פלילי.

- 20 ראו פרק ג.ה.2.
- 21 ראו ברוח דומה את הדין לעיל בפרק ב.ה.2. בדבר קשיי ארגון הפעולה המשותפת של המדינות לצורך הצגת מודל אכיפה חלופי למודל האכיפה המדינתי הקלאסי במרחב המקוון.
- 22 ניתן להקיש מהתחום של מיסוי בין-לאומי, שעוסק בשאלה אם וכיצד יש למסות פעילות של תושב מדינה א שניהל את עסקו במדינה ב: האם יש להטיל מס לפי מקום עסקו (מודל טריטוריאלי) או לפי מקום מושבו (מודל פרסונלי)? וכיצד יש לנהוג באפשרות של כפל מס שתנבע מהחלטתן הן של מדינה א והן של מדינה ב למסות את הפעילות? בתחום זה נכתב רבות על הקושי להגיע לכלל הסכמה בין-מדינית. תחת זאת התפתחו אפיקים בי-טרליים (אמנות כפל מס) ואפיקים אוני-טרליים שלפיהם הדין הפנימי של המדינה יקבע את האופן שבו היא תמסה את הפעילות האקסטרטריטוריאלי. אינטרסים פנימיים של המדינות מביאים אותן, על פי רוב, לנהוג באופן כזה המכבד את פעילותן של מדינות אחרות (בזיכוי או לפחות בניכוי של הוצאות המס במדינה האחרת). במילים אחרות, ניתן להגיע למצב של התנהלות יציבה בזירה הגלובלית גם במקרה שבו אין פעולה פוזיטיבית להשגת שיתוף פעולה, אלא במקרה שבו המדינות פועלות על דעת עצמן פעמים רבות. ראו למשל צילי דגן מיסוי בינלאומי 17–66 (2004) והמקורות המצוטטים שם.
- 23 ברי כי לו ניתן להשיג שיתוף פעולה של המדינה הזרה לצורך איסוף הראייה הדיגיטלית המבוקשת בתנאים שיבטיחו את קבילותה בבית המשפט בשלב מאוחר יותר, לא היה כל צורך לפעול אקסטרטריטוריאלי.
- 24 בפרק ג.ו.3. לעיל עמדתי על כך שאחת התאוריות של ריבונות, כפי שהובעה בפסיקה בעניין האי פלמאס, גורסת כי יש לתפוש את הריבונות כמעין חובה של המדינה להשלטת הסדר בשטחה כלפי כולי עלמא. על פי גישה זו, המדינה שבשטחה מצוי המידע הקשור לביצועה של עברה מחויבת למעשה,

עוד מבחינתה של המדינה הזרה שבשטחה אגור המידע הדרוש לחקירה, זו עשויה לשקול שיקולי עלות-תועלת בגינוי או בתגובה לפעולה האקסטרה-טריטוריאלית של המדינה החוקרת. ניתן למנות בין היתר את השיקולים האלה: (1) עצמתה היחסית של המדינה החוקרת וההשלכות על מערכת היחסים עמה; (2) עלויות ההתדיינות בערכאה משפטית (כאשר אפשר שתתעוררנה שאלות אם יש לראות בפעולות האיסוף המדוברות משום פעולה אקסטרה-טריטוריאלית הפוגעת פגיעה אמתית בריבונותה של המדינה הטוענת לכך); (3) לעתים המדינה הטוענת לפגיעה כאמור תבקש לפעול פעולה אקסטרה-טריטוריאלית, כאשר האינטרסים החיוניים שלה ייפגעו. במקרה כזה ייתכן שהעלאת הנושא פורמלית ובפומבי עלולה לחשוף את פעולותיה הדומות של המדינה הטוענת לפגיעה כאמור.

בהתקיים כל האמור, ובהנחה שאין פערי מידע בין המדינה החוקרת לבין המדינה הזרה,²⁵ ייתכן לומר כי בנסיבות מסוימות, מנקודת מבט כלכלית, תהיה זו הפרה יעילה (Efficient breach)²⁶ של ריבונותה של המדינה הזרה בידי המדינה החוקרת.²⁷

בשים לב למאפייני זירת החקירה המקוונת, הרי שצורכי החקירה מחייבים פריצה של גבולות התפישה הטריטוריאלית. התפישה הטריטוריאלית מייצרת הגבלות טכניות, לא מוצדקות מבחינה מהותית, על רשויות החקירה ועל האופן שבו יש להגשים את האינטרס הציבורי באכיפת החוק במרחב הסייבר. הגבלות אלה פוגעות במדינות המבקשות להגשים את ריבונותן, במובן

כריבון, לסייע באיסוף הראיה המבוקשת. אלמלא כן היא אינה נוהגת כריבון, ולמעשה קיימת הצדקה למדינה אחרת, הנפגעת מן העברה, לאסוף את הראיה בעצמה. בהקשרנו הנדון המדינה שבשטחה אגורה הראיה הדיגיטלית המבוקשת מחצינה בכך את חובותיה כריבון במישור הבין-לאומי אל המדינה החוקרת, בעלת הצורך באיסוף הראיה האמורה.

25 בפועל בזירה הבין-לאומית הערכתה של מדינה א את תגובתה האפשרית של מדינה ב לפעולה הפוגעת בריבונותה נשענת לעולם על מידע חסר. הזירה הבין-לאומית אינה ניתנת לחיזוי מדויק, ומכאן שיכולת חישוב העלויות אל מול התועלות מוגבלת.

26 תורת הפרה היעילה מקובלת בקרב אסכולת הניתוח הכלכלי של המשפט, והיא פותחה לראשונה בהקשר של דיני חוזים, אולם היא יובאה לסוגיות נוספות שבהן סוגיות של הפעלת סמכות אכיפה, גם אם לא סמכות איסוף ראיות, מחוץ לטריטוריה המדינתית. כך נעשה למשל בהקשרים של חטיפת חשודים הנמצאים מחוץ לטריטוריה של המדינה האוכפת והתנקשות בחשודים הנמצאים מחוץ לטריטוריה. ראו למשל Gregory S. McNeal & Brian J. Field, *Snatch-and-Grab Ops: Justifying Extraterritorial Abduction*, 16 TRANS. L. & CONTEMP. PROBLEMS 491, 519–522 (2007); Andrew J. Calica, *Self-Help is the Best Kind: The Efficient Breach Justification for Forcible Abduction of Terrorists*, 37 CORNELL INT'L L.J. 389, 414–419 (2004); Michael N. Schmitt, *State Sponsored Assassination in International and Domestic Law*, 17 YALE J. INT'L L. 609 (1992) סוקרים המחברים מקרים שבהם הפעילו מדינות כוח על טריטוריה זרה באופן הנראה, קטגורית, פוגעני יותר מאיסוף ראיות נגד חשוד. על פי הטענה, ה"מחיר" ששילמו אותן מדינות היה גינוי במוסדות האו"ם, הצהרות דיפלומטיות שליליות מצד המדינה הנפגעת ואיומים בסנקציות, אך בחישוב הכולל, "מחירו" של נזק זה לא השתווה לערך של לכידתו או חיסולו של אדם שנחשד בעברות חמורות נגד התושבים או האינטרסים של המדינה המפרה.

27 יצוין בהקשר של החלת תורת הפרה היעילה על הקשרנו, כי ניתן להעריך כי כשמדינה א פוגעת פעם אחת בלבד בריבונותה של מדינה ב, התגובה תהיה מתונה יחסית למקרה שבו מדינה א תשוב ותפגע בריבונותה של מדינה ב פעם אחר פעם. במילים אחרות, כשהמשחק הוא משחק חוזר ולא חד-פעמי, צפוי שמחיר התגובה של מדינה ב ייגבה בסיבובים הבאים. כשעסקינן בעברות במרחב הסייבר, שמטבען הן חוצות גבולות טריטוריאליים, ניתן להניח שהמשחק יהיה משחק חוזר.

של השלטת סדר פנימי. כפי שהראיתי מנקודת מבט ראליסטית, בפועל קיימים אינטרסים חזקים למדינות לפרוץ את גבולות התפישה הטריטוריאלית, ואף קיימת הצדקה – מאותה נקודת מבט ראליסטית – של המדינות להסכים בשתיקה, או למצער לא להתנגד, לאיסוף מידע מסוים האגור בשטחן בידי מדינה זרה. המודל הפרסונלי, כמסגרת חשיבה על דיני איסוף הראיות בחקירה פלילית במרחב הסייבר, מאפשר פריצה של הגבולות הטריטוריאליים. המודל הפרסונלי מבטל למעשה את הפרמטר הטריטוריאלי כחסם קטגורי מפני פעולתה של הרשות החוקרת.

2. פריצת גבולות התפישה הפיזית

עד כה הראיתי כיצד המודל הפרסונלי מאפשר לפרוץ את החסם הטריטוריאלי מבחינת הפעלתה של סמכות איסוף הראיות הדיגיטליות בחקירה פלילית במרחב הסייבר, כמו גם מבחינת האופן שבו מוגבלת הפרישה הטריטוריאלית של ההגנות החוקתיות. נוסף על האמור, המודל הפרסונלי מאפשר לפרוץ גם את החסם המגולם בתפישה הפיזית, הן בווקטור של צורכי החקירה והן בווקטור של ההגנות החוקתיות מפני פעולתה של הרשות החוקרת. כפי שניתחתי לעיל, במסגרת התפישה הפיזית התפתחה חלוקה לשלוש פעולות איסוף גנריות – חיפוש, המצאה והאזנה.²⁸ חלוקה זו גרמה להחסרת פעולות איסוף רבות הרלוונטיות לחקירה הפלילית במרחב הסייבר. המודל הפרסונלי מאפשר להשתחרר מן החלוקה לשלוש הפעולות הגנריות האמורות ולהסיר למעשה את המגבלה מפני ביצוע פעולות איסוף מגוונות אחרות במסגרת חקירה פלילית במרחב הסייבר.²⁹ בה בעת המודל הפרסונלי תומך בהעשרה ניכרת של השיח החוקתי הרלוונטי. כפי שניתחתי לעיל,³⁰ יש לאתר את ה"שחקנים" הרלוונטיים הטוענים לזכויות בסיטואציה החקירתית המדוברת, וכן יש לאמוד את טיב הזכויות שכל "שחקן" רשאי לטעון להן.³¹ כך ימוקד הדיון במערכת יחסי הגומלין בין ה"שחקנים" הנוגעים לסיטואציה המשפטית הנדונה. אומדן הזכויות של ה"שחקנים" השונים יעשה על בסיס הבנת היכולות או הסכנות הטכנולוגיות לפגיעה בזכות.

מכאן מתעוררות כמה שאלות מעניינות: האחת, כיצד יתאפשר לערוך את האיזון האמור כאשר מתנהלת חקירה כלפי חשוד אנונימי? השנייה, מהי האפשרות לחזות מראש את כל

28 ראו לעיל בפרק ד.ב.2..

29 קר הציע גישה עדכנית מבחינה טכנולוגית לניתוח התיקון הרביעי לחוקה האמריקנית. לטענתו, התיקון מפורש כיום כמתוחם למקומות מסוימים (שבהם יבוצע החיפוש) או לחפצים מסוימים (שאותם מותר לתפוס). אולם בעידן הסייבר, שבו לכל אדם יש מספר רב של חשבונות משתמש שונים (בשירותי דוא"ל, ברשתות חברתיות, באפליקציות סלולריות שונות), ראוי לדעתו של קר לקבוע כי הצו יתוחם לפי קריטריון של האדם, יעד החיפוש, ולא לפי חפציו או המקומות שבהם הוא מצוי. ראו: Kerr, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1038–1047. קר כתב למעשה על פריצת הגבולות הפיזיים של התיקון הרביעי לחוקה האמריקנית (מבלי להציג מודל פרסונלי חלופי). מבחינה תוצאתית מסקנתו של קר בעייתית בעיניי, שכן היא מציגה פריצת מחסום בווקטור של צורכי החקירה מבלי להציג את מהלך הטיעון מן הכיוון האחר, של התאמת ההגנות החוקתיות למרחב הקיברנטי.

30 ראו לעיל בפרק ה.ב. ו-ה.ד..

31 על ה"שחקנים" שיאותרו יש להחיל את ההגנות החוקתיות של המדינה החוקרת, שכן כפי שפירטתי לעיל, ראוי להטיל חובות חוקתיות (בבחינת מודל תחולה אוניברסלי) על פעולות המדינה החוקרת בכל "מקום" במרחב הקיברנטי.

הפגיעות החוקתיות המגולמות בפעולת האיסוף המבוקשת? השלישית, מה מעמדן של פעולות איסוף שאינן תלויות בחשד קונקרטי?

א) חקירת חשוד אנונימי

המודל הפרסונלי מבקש להחזיר את המוקד מהראיה עצמה אל האנשים או הגורמים הקשורים בראיה. כיצד ניתן להתמודד במסגרת המודל הפרסונלי עם מצב שבו זהות הגורמים הקשורים בראיה אינה ידועה בשל שימוש בטכניקות להשגת אנונימיות או פסידונימיות? לכאורה, במקרה כזה קיים קושי לשקול את זכויותיו של הגורם שזהותו לא ידועה, שכן מדינת אזרחותו ותושבותו אינה ידועה, וכן לא ידוע אם הוא בעל מעמד מיוחד, כגון בעל מקצוע הנהנה מחיסיון על פי דין. מה משמעות האנונימיות/פסידונימיות במקרה זה? לטעמי, במקרה כזה יש לערוך בחינה חוקתית כפולה: ראשית, כפי שצינתי לעיל,³² ראוי לראות באנונימיות/פסידונימיות זכות העומדת עצמאית על שתי רגליה, בין כזכות בעלת תוכן שונה ובין כזכות החופפת חלקית זכויות אחרות, אך לא כאמצעי המשרת זכויות חוקתיות אחרות (כחופש ביטוי או פרטיות). על כן בהקשרנו הנדון כאן יש מקום לשקול את האנונימיות/פסידונימיות בנפרד משאר הזכויות הרלוונטיות לפעולת האיסוף המבוקשת; שנית, ברי כי העובדה שזהות הגורמים הקשורים בראיה אינה ידועה אינה אמורה לבטל את החובה לאמוד את הזכויות הנוגעות בעניין ולאזן עם צורכי החקירה. במילים אחרות, יש לנסות ולבחון את הפגיעות החוקתיות הנוספות (בפרטיות, בחופש הביטוי, בקניין, בזכות להליך הוגן וכדומה) של אותו גורם אשר זהותו אינה ידועה לרשויות החקירה.

כיצד יתאפשר לערוך את השקילה של יחסי הגומלין בין המדינה החוקרת לבין החשוד לבין הצדדים השלישיים הנוספים הקשורים בראיה המבוקשת? בהקשר זה ניתן לשוב ולהידרש לטיעון שהעליתי קודם לכן בנוגע לסוגיית הפרישה הטריטוריאלית של הגנות החוקה. כפי שטענתי באותו הקשר, ראוי לראות בהגנה החוקתית משום חובה המוטלת על המדינה החוקרת ולא רק זכות העומדת לאדם הטוען לה. ברוח זו ניתן לומר, בהקשר של יעד חקירה שזהותו לא ידועה, שעל הרשות החוקרת להחיל על עצמה את החובות החוקתיות ולראות לנגד עיניה טוען לזכות פוטנציאלי העלול להיפגע. עליה לנסות לראות, על פי טיבה של פעולת האיסוף המבוקשת, איזה סוג של טוען לזכות פוטנציאלי עתיד להתייצב מולה ואילו זכויות עומדות לו.³³ כך למשל אם קיים פוטנציאל שמדובר בטוען לזכות שהוא בעל מקצוע חסוי (כגון עורך דין או רופא), יש להביא בחשבון שפעולות של איסוף ראיות בנוגע לחשבונות דוא"ל או שרתים שבשימושם עלולות לחשוף תכנים חסויים. אם מדובר בטוען לזכות שהוא תאגיד, ייתכן

32 ראו לעיל בפרק ה.ד.4..

33 ג'ניפר דסקל (Daskal) טענה כי במקום להתייחס לנפגע הבודד הפוטנציאלי יש לראות בפעולת איסוף הראיות פעולה המתנגשת עם הזכות לפרטיות של הציבור כולו. זאת על בסיס הפרשנות שלה לחוקה האמריקנית הנפתחת במילים "We the people". במילים אחרות, רגע ההכרעה השיפוטית, המאזנת בין הזכות לפרטיות כמובנה בתיקון הרביעי לחוקה האמריקנית, לבין האינטרס החקירתי, הוא רגע של איזון עם הזכות של הציבור לפרטיות. ראו Jennifer Daskal, *The Un-Territoriality of Data*, YALE L.J. (Forthcoming 2016) pp. 8–11, 36–39, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2578229.

שבאיסוף המידע האמור יש כדי לפגוע באופן ממשי בחופש העיסוק ובזכות הקניין שלו. מן הניסיון לעמוד על זהות הטוען לזכות הפוטנציאלית, ובשים לב לטיב המידע המבוקש ולסוג הפעולה המבוקשת, יש לנסות ולגזור את זהות הצדדים השלישיים הנוגעים בעניין, ואשר זכויותיהם אמורות להשתקלל עם צורכי החקירה. משימה מורכבת זו קשורה לשאלה השנייה בדבר האפשרות לחזות מראש (ex ante) את כל הפגיעות המגולמות בפעולת האיסוף המבוקשת.

ב) האפשרות לחזות מראש את כל הפגיעות המגולמות בפעולת האיסוף

הרגע המרכזי שבו בית המשפט אמור להידרש לסוגיית ההסמכה של הרשות החוקרת לביצוע פעולות איסוף במסגרת החקירה הפלילית הוא רגע ההסמכה הראשונית לביצוע הפעולה.³⁴ ברגע זה החקירה מצויה בשלבים של טרום-הבשלה, הדיון הוא במעמד צד אחד (ex parte), ועל כן כמות המידע מוגבלת מעצם טיבה. מנגד, ברגע האמור אמורה להתקבל הכרעה שיפוטית מורכבת שתתייחס לטיב הפעולה המבוקשת, לטיב המידע שבו מדובר, לסביבה הטכנולוגית ולמאפייניה, לזיהוי ה"שחקנים" הטוענים לזכויות ולעמידה על טיב זכויותיהם, ונוסף על כל אלה נדרשת התייחסות לפן האקסטר-טריטוריאלי האפשרי. ההתנתקות מכבלי התפישה הפיזית והמעבר מהתמקדות בראיה ובמאפייניה להתמקדות במערכות יחסי הגומלין הרלוונטיות עלולה להגביר את העמימות. על כן עלולה להתעורר שאלה בדבר אפשרותם של בית המשפט או של היחידה החוקרת הפונה לבית המשפט בבקשת הסמכה קונקרטי, לחזות מראש את כל הפגיעות המגולמות בפעולת האיסוף המבוקשת.

אוריין קר ביקר את האפשרות לקבוע מגבלות מראש (Ex ante) על אופן ביצוע פעולת האיסוף על דרך של תיחום המידע שיותר לעיין בו, לנתחו ולהפיקו בתיק החקירה. כן התייחס קר למגבלות נוספות כגון מגבלות בדבר ההיתר לתפוס את המחשב (להבדיל מהעתקת חומרים מתוכו בלבד), והוראות המחייבות להחזיר או להשמיד מידע עודף שתפסה הרשות החוקרת.³⁵ קר העלה שני טיעונים נגד האפשרות להטיל מגבלות כאמור. הטיעון הראשון נוגע לאופן ניסוחו של התיקון הרביעי לחוקה האמריקנית. על פי קר, התיקון הרביעי לחוקה מתיר לבית המשפט להגביל בצו את מקום החיפוש ואת הפריטים שייתפסו, אך לבד מזאת אין בסמכותו ליצור

34 יש עוד שני רגעים שבהם בית המשפט יכול להידרש לנושא: האחד, במסגרת השגה של צד העלול להיפגע מן ההסמכה השיפוטית לביצוע פעולת האיסוף; השני, במסגרת דיון משפטי בתיק פלילי, כאשר המדינה תבקש להגיש ראיה שנאספה בחקירה, וההגנה תטען נגד חוקיות הפעולה שהובילה לאיסוף הראיה. ואולם, יש לזכור כי שני רגעים אלה משניים לעומת הרגע של ההסמכה הראשונית, וזאת מן הטעמים האלה: ראשית, כאשר מדובר בפעולת סתר (כגון האזנת סתר או חדירה סמויה לחומר מחשב), לא תיתכן השגה של צד העלול להיפגע מן הפעולה; שנית, לא תמיד פעולות החקירה מניבות כתב אישום, ולא תמיד כתב האישום מוביל להגשת הראיה שנאספה במהלך ההליך השיפוטי (בין שהצדדים מגיעים להסדר טיעון ובין שהתביעה נמנעה מהגשת הראיה, כיוון שאינה רלוונטית וכיוצא בזה). על כן לא תמיד יתקיים דיון בשלב ההוכחות אשר במהלכו תיבחן פעולת האיסוף; שלישית, חלק לא מבוטל מנזקי פעולת האיסוף אינם ניתנים לריפוי בדיעבד, במסגרת השגה או במסגרת בקשה להגשת הראיה לבית המשפט. הנזק הכרוך בעצם ביצוע פעולת האיסוף תלוי בהחלטה השיפוטית המסמיכה הראשונית.

35 ראו Orin S. Kerr, *Ex ante Regulation of Computer Search and Seizure*, 96 VA. L. REV. 1241 (2010).

הגבלות נוספות, כגון הגבלות על המידע שייאסף.³⁶ הטיעון השני נוגע לחוסר האפשרות הממשית להגביל מראש את אופן ביצוע הפעולה באופן שתשרת מבחנים של סבירות, שכן מבחני הסבירות יש לקבעם בדיעבד במסגרת בחינה שיפוטית רגילה, בעת שהתביעה תבקש להגיש ראיות שהושגו באמצעות פעולת האיסוף, ולא מראש בתנאי אי־ודאות ניכרים. בטיעון השני תמך גם קוזלובסקי, אשר הדגים את חוסר האפשרות הממשית בחיי המעשה לתחום מראש את גדר החיפוש באופן שלא יהיה שרירותי או מלאכותי.³⁷

על אף כל האמור נראה כי על בית המשפט המסמיך את הרשות החוקרת לשקול להטיל הגבלות מראש, במסגרת ההסמכה השיפוטית, של הצו המסמיך לאיסוף ראיות דיגיטליות. זאת, משום שכמות המידע הנאגר בדיסק קשיח בודד הולכת וגדלה בקצב מסחרר, איכות המידע עולה, ואף זיקתם של אנשים אחרים למידע המצוי באותו דיסק קשיח (למשל כשסוד השיח שלהם מגולם בגיבויי הדוא"ל של מחזיק המחשב, תמונותיהם שמורות על המחשב ועוד) היא גורם כבד משקל שיש לשקלו. בשל כל אלה צווים המתירים עיון בכלל המידע המצוי בדיסק הקשיח יסבו פגיעה הולכת וגוברת בפרטיות. על התרופה לשינוי בשיווי המשקל הזה לבוא לידי ביטוי גם במגבלות מראש, ולו מגבלות "כלליות", ולא רק על דרך של מנגנוני ביקורת בדיעבד (על דרך של הטלת חובות תיעוד, דיון בפסלות הראיה במקרה של פגיעה מופרזת בפרטיות וכדומה). חלק מהנזקים שעלולה הרשות החוקרת לגרום בשלב העיון הראשוני אינם ניתנים בהכרח לריפוי באמצעות בקרה בדיעבד. חשיפה למידע אישי רגיש במיוחד, חשיפה לסודות עסקיים מסוימים – אלה ואחרים יכולים להסב נזק לא הפיך גם אם בדיעבד תיפסל הראיה

36 כשלעצמי, טיעון זה נראה לי לא משכנע, משתי סיבות: ראשית, ניתן להציג פרשנות שלפיה חיפוש ותפישה (Search and seizure), כנוסחו המקורי של התיקון הרביעי לחוקה האמריקנית, יפורשו ככוללים גם עיון במידע והפקתו. ההיסטוריה המשפטית האמריקנית רצופה בהרחבות פרשניות של המונח Search and seizure להאזנות סתר (Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967)), לצילום מן האוויר (California v. Ciraolo, 476 U.S. 207 (1986)), לשימוש גלוי תרמי בידי רשויות החקירה (Kyllo v. United States, 533 U.S. 27 (2001)), ועוד; שנית, המסקנה של קר כי הוראות צמצום בצו המסמיך אסורות על פי התיקון הרביעי לחוקה האמריקנית נראית מרחיקת לכת, שכן ככל שניתן יהיה לבסס טיעון שהוראות צמצום אלה מחזקות את ההגנה על זכויותיהם של הנחקרים מבלי לפגוע משמעותית בצורכי החקירה, הרי שיהיה בכך כדי לשרת תכלית של מינימיזציה בעצמת הפגיעה בזכויות חוקתיות. קשה לראות כיצד תכלית ראויה זו תפורש כלא חוקתית; שלישית, סוזן ברנר (Brenner) וברברה פרדריקסן (Frederiksen) טענו כי לבית המשפט סמכות טבועה להגביל מראש את תנאי ביצוע החיפוש, לרבות המידע שיהיה ניתן לעיין בו במסגרת החיפוש. כמו כן, לטענתן, סמכות זו נלמדת מסעיף 41 של ה־Federal Rules of Criminal Procedure (FED. R. CRIM. P. 41). ראו Susan W. Brenner & Barbara A. Frederiksen, *Computer Searches and Seizures: Some Unresolved Issues*, 8 MICH. TELECOMM. & TECH. L. REV. 39 (2002).

37 ראו Kozlovski, לעיל ה"ש 2, בעמ' 366–372. ראו גם Orin S. Kerr, *Searches and Seizures in a Digital World*, 119 HARV. L. REV. 531, 575–576 (2006). פול אום (Ohm) התווכח עם הטיעון המעשי בדבר חוסר האפשרות הממשית של רשויות החקירה לעיין, באופן מוגבל מראש, במידע בתוך דיסק קשיח. ראו Paul Ohm, *Massive Hard Drives, General Warrants, and the Power of Magistrate* (2011) Judges, 97 VA. L. REV. 1. לטענתו, הנסמכת על עבודה במחלקת פשעי המחשב במשרד המשפטים האמריקני, ייתכן שתידרש העמקה של ההכשרה לחוקרי המחשב, וייתכן שתיקים מסוימים ייפגעו במבחן התוצאה, אולם בפועל לא ייגרם נזק אסטרטגי לתחום הפורנויקה של מחשבים (Computer forensics) מבחינת רשויות האכיפה. הפגיעה המסוימת שתיגרם היא מחירי שראוי לשלמו למען הגשמת ערכים של חירות וכיבוד הזכות לפרטיות.

שהפיקה הרשות החוקרת מתוך המחשב הרלוונטי, וגם אם בדיעבד ייקבע שהחיפוש פסול ויש להשיב את המחשב התפוס לבעליו.

ג) מעמדן של פעולות איסוף שאינן תלויות בחשד קונקרטי

בפרק המבוא מניתי חמישה פרמטרים ממיינים לפעולות האיסוף השונות: האחד, הבחנה בין פעולות איסוף שמבצעת הרשות החוקרת בעצמה לעומת פעולות איסוף שמבצע אדם אחר; השני, הבחנה בין פעולות איסוף בעלות אופי כללי, שאינן תלויות בחקירה פלילית ספציפית, לבין פעולות איסוף בעלות אופי פרטיקולרי המתבצעות אד הוק עם התעוררות צורך חקירתי וחדד קונקרטי במקרה נתון; השלישי, הבחנה בין פעולות איסוף המבוצעות בידיעת החשוד לבין פעולות איסוף המבוצעות באופן סמוי; הרביעי, הבחנה בין תפיסה של ראייה קיימת, תפיסה של ראייה העתידה להיאגר במקום איסופה המיועד ויצירת תיעוד בעקבות הוראה מחייבת; החמישי, הבחנה בין פעולות איסוף כלפי חומרים המצויים בטריטוריה של המדינה החוקרת לבין פעולות כלפי חומרים המצויים מחוץ לטריטוריה. עוד, כזכור, בפרקים ג-ד הצגתי פעולות איסוף הנחסרות כיום במשפט הישראלי, כתוצאה מהתפישת הטריטוריאלית והפיזית באשר לחקירה פלילית במרחב הסייבר, ובפרק ה הצגתי את הפגיעות החוקתיות המגולמות בפעולות איסוף אלה.

כיצד משפיע המודל הפרסונלי על האיזון החוקתי העקרוני בין הפעולות הנחסרות לבין הפגיעות המגולמות בהן? ככלל, נראה כי המודל הפרסונלי תומך בהכרעות קונקרטיות ולא א-פריוריות, ועל כן הנטייה להימנע מפסילה קטגורית של פעולות איסוף. עם זאת נראה כי לגבי הקטגוריה של פעולות איסוף כלליות, שאינן תלויות בחשד קונקרטי, מתעורר קושי מיוחד להצדיקן עוד ברמה העקרונית, לפני בחינת נסיבות המקרה הנדון לגופן. זאת משום שמדובר בפעולות שיש בהן פגיעה אינהרנטית במספר עצום של אנשים שאינם חשודים כלל. אלה הן פעולות ברמת המקרו, נטולות קונקרטיזציה, ולכן חוטאות לעיקרון שבבסיס המודל הפרסונלי, שלפיו ראוי להתמקד, ככל הניתן, ברזולוציה פרטיקולרית. בהקשר זה ניתן לבחון את החשיפה בקיץ 2013, כי ה-FBI וה-NSA קיבלו קבלה גורפת את כלל נתוני התקשורת של מנויי חברת הטלפוןיה Verizon האמריקנית.³⁸ מפרשה זו עלה כי בית המשפט המיוחד, הפועל מכוח חוק ה-FISA (Foreign Intelligence Surveillance Act),³⁹ אישר ל-FBI ול-NSA אישור גורף לקבל:

38 לסיקור הפרשה, ראו Glenn Greenwald, *NSA Collecting Phone Records of Millions of Verizon Customers Daily*, THE GUARDIAN (6.6.2013) <http://www.theguardian.com/world/2013/jun/06/nsa-phone-records-verizon-court-order>. רשויות הביטחון האמריקניות פעלו מתוך גיבוי משפטי של הממשל האמריקני, שניתן להן מראש, לפעולתן.

39 Foreign Intelligence Surveillance Act, 50 U.S.C. § 36. החוק מסדיר פעולות האזנה וחיפושים בגבולות ארצות הברית בנוגע לחשודים בריגול או טרור.

“all call detail records or ‘telephony metadata’ created by Verizon for communications (i) between the United States and abroad; or (ii) wholly within the United States, including local telephone calls”.⁴⁰

בפרשה המדוברת הוצא הצו לצורך ביצוע פעולות איסוף מודיעיניות למטרות ביטחוניות, ודיוננו מתמקד בהיבטים של חקירה פלילית. מכל מקום, ברי כי יישום של צו גורף מסוג זה במסגרת חקירות פליליות, כאשר הצו אינו מתמקד בפרטים מושאי החקירה אלא במקום הימצא הראיה (חברת וריזון) ובטיב הראיה (נתוני תקשורת) – חוטא למהות הבסיסית של המודל הפרסונלי, ועל כן יקשה להצדיק צו שכזה מבחינה משפטית על בסיס המודל הפרסונלי.⁴¹ מלבד דוגמה זו, הרי שגם פעולות איסוף הנדמות על פני הדברים כפחות פוגעניות, עשויות לעורר קושי בהיותן גורפות ומגלמות פגיעה עודפת בפרטיות של ציבור רחב של משתמשי מחשב ואינטרנט. כך למשל הטלת חובת שמירת מידע על ספקיות השירות, דרך קבע (Retention), גם ללא מסירת המידע לרשויות המדינה, מעוררת קשיים לאורו של המודל הפרסונלי. פעולה זו, הגם שאינה כוללת מסירתו של המידע הנשמר לרשויות המדינה (לשם כך נדרשת פעולה נוספת, של צו המצאה של המידע), פוגעת פגיעה גורפת, דרך כלל (שלא על בסיס חשד קונקרטי), בפרטיות של משתמשי מחשב ואינטרנט רבים. בהקשר זה ראוי לחזור שוב להחלטתו של בית המשפט הגבוה לצדק של האיחוד האירופי (ECJ – European Court of Justice) מיום 8.4.2014, אשר פסל את הוראות הדירקטיבה⁴² בדבר

40 ניתן לצפות בצו בית המשפט האמריקני ב: <http://www.theguardian.com/world/interactive/2013/jun/06/verizon-telephone-data-court-order>, הצו ניתן ביום 25.4.2013.

41 לאחר פרסום פרשת Verizon בקיץ 2013 בוקרה בכמה ערכאות שיפוטיות אמריקניות החוקתיות של פעולות ה-NSA. ראו, ACLU v. Clapper, 2015 WL 2097814 (2nd Cir., 2015). הביקורת התמקדה בהיותן של הפעולות גורפות במהותן, שלא על בסיס חשד קונקרטי. עוד יצוין כי התיקון הרביעי לחוקה האמריקנית (U.S. Const. Amend. IV) קובע דרישת פרטיקולריות: “...no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized” (ההדגשות שלי – ח' ר'). דרישת הפרטיקולריות מתיישבת עם טענתי ברוח המודל הפרסונלי. בהקשר זה מעניין כי עוד לפני חשיפת פרשת Verizon טען קר שה-FISA אינו מתאים לטכנולוגיה של האינטרנט והסלולר. לטענתו, ראוי להחליף את דרישת הפרטיקולריות בצווי ה-FISA מפרטיקולריות באשר לזהות האנשים החשודים לחתך של טכנולוגיה/אפליקציה מסוימת, אשר אותה רוצים “לתשאל” באמצעות שימוש בסמכויות של ה-FISA. ראו Orin S. Kerr, *Updating the Foreign Intelligence Surveillance Act*, 75 U. CHI. L. REV. 225 (2008). הצעה זו של קר מייצגת בעיניי ניסיון לרדוף אחר השינוי הטכנולוגי ולהשיגו, ואילו הצעתי, במסגרת המודל הפרסונלי, מציגה מהלך שונה, של עלייה ברמת ההפשטה, זיהוי הערכים היסודיים – הניטרליים מבחינה טכנולוגית – והיצמדות אליהם. על פי התפישה שקר מציע ל-FISA, צו מן הסוג שהוצא ל-Verizon יוצדק, שכן הוא אינו מתמקד בפרטים אלא בסוג מסוים של מידע בסוג מסוים של אמצעי תקשורת. כאמור, על פי המודל הפרסונלי שאני מציג בפרק זה, צו מעין זה (בוודאי בהקשר הפלילי) יחטא בכלליות יתר ובדה-פרסונליזציה.

42 ראו Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council (15.3.2006) on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC, OJ L 105

שימור מידע.⁴³ הדירקטיבה קבעה הוראות שונות הנוגעות לשימור דרך קבע (Retention) של נתוני תקשורת (נתוני זיהוי, נתוני ההתקשרות מבחינת סוג ההתקשרות ומועדה, ונתוני מיקום) באמצעות ספקיות שירותי תקשורת וגישה לאינטרנט. בית המשפט קבע כי הוראות אלה פוגעות פגיעה לא מידתית בזכות הפרטיות ולהגנת המידע האישי, המנויות בסעיפים 7–8 למגילות זכויות היסוד של האיחוד האירופי. נפסק באשר להיקף הפגיעה, כי הפגיעה חמורה, אולם אינה פוגעת בגרעין הקשה של הזכות לפרטיות, באשר מדובר בנתוני תקשורת ולא בנתוני תוכן. אשר לתכלית הפגיעה המגולמת בדירקטיבה נקבע כי מדובר בתכלית של מאבק בפשיעה חמורה ומאורגנת, שיש בו כדי לתרום להגנה על ביטחון הציבור, ועל כן מדובר בתכלית ראויה. אשר למידתיות הפגיעה נפסק כי כדי לקיים אחר תנאי המידתיות צריך להתקיים קשר בין האמצעי לבין המטרה הלגיטימית שדבר החקיקה מנסה להשיג, ולא לחרוג מהגבולות הראויים והנחוצים לצורך הגשמת מטרה זו. נפסק כי במקרה זה קיים קשר בין האמצעי (שמירת הנתונים) לבין המטרה (הגנה על ביטחון הציבור). אולם באשר למידתיות האמצעי הנקוט נקבע כי הוראות הדירקטיבה חורגות מגבולות ההכרח, משני טעמים מרכזיים: האחד, היעדר הבחנות: לא נערכה הבחנה בין אמצעי התקשורת ובין קבוצות האוכלוסייה שהמידע בעניינן נשמר, ולא נקבעו כללים המגבילים את שמירת הנתונים רק כאשר הדבר דרוש להגשמת מטרת הדירקטיבה. כמו כן לא נדרש קשר בין המידע שנשמר לבין הרלוונטיות שלו לשמירה על ביטחון הציבור (האם יש לו נגיעה ישירה לפשע או שייתכן שיש בו כדי לתרום בדרך כלשהי לחקירה פלילית או להליך הפלילי?). בנוסף, לא נערכה הבחנה בין סוגי הנתונים לעניין תקופת שמירתם, ולא נקבעו קריטריון אובייקטיבי בנוגע לנחיצות שבשמירת המידע. הטעם השני הוא כי לא נקבעו קריטריונים אשר על פיהם תוכלנה רשויות שלטוניות לקבל גישה אל המידע שנשמר אצל ספקית השירות. לא נקבעו כללים פרוצדורליים ומהותיים בנוגע למתן גישה למידע ולשימוש שמותר לעשות בנתונים. יתר על כן, העיון אינו מותנה בקבלת צו שיפוטי/מנהלי שמתיר את העיון בנתונים; ביכולתו של צו כזה היה להבטיח כי תתקיים ביקורת אובייקטיבית על הליך העיון, ושהרשות תהיה חייבת לנמק כראוי בקשה לעיון במידע. הדירקטיבה לא קבעה בעצמה, ולא דרשה מהמדינות, לקבוע קריטריונים א־פרויוריים לקבלת היתר עיון ושימוש במידע הנשמר. כאמור לעיל, המודל הפרסונלי תומך, מבחינה תוצאתית, בפסיקת בית המשפט הגבוה לצדק של האיחוד האירופי, כאשר מבחינת המודל הפרסונלי, הדגש הוא על כך שהוראות השימור דרך קבע נעדרות קונקרטיזציה, והן מפזרות פגיעה – גם אם ברמה שאינה מהגבוהות – על פני כלל האוכלוסייה, ועל פני רוב נורמטיבי.

בסיכומו של דבר, המודל הפרסונלי תומך, ככלל, בהסרת החסמים ברמה הא־פרויורית מבחינת פעולות איסוף הראיות הדיגיטליות אשר תותרנה, ומרכז הכובד מושם על שלב ההכרעה הקונקרטית. החריג הוא בדמות פעולות איסוף גורפות שאינן תלויות בחשד קונקרטי: אלה יכולות שתפסלנה ברמה העקרונית המקדמית.

43 Digital Rights Ireland Ltd. v. Minister of Communications, Marine and Natural Resources, ראו ECJ C-293/12 [2014].

ג. הצדקות נורמטיביות למודל הפרסונלי

כעולה מן האמור לעיל, המודל הפרסונלי, שעל פיו אני מציע לנסח את דיני איסוף הראיות במרחב הסייבר, מבקש להשיב את האדם למרכז הבמה. הפרטים הם מושאי ההסדרה, והם מושאי האכיפה. המשפט אוסף את הדין כלפיהם ובה בעת משרת אותם. גם מנקודת מבט מדינית, המדינה זקוקה ללגיטימיות של תושביה. ריבונותה של המדינה נועדה לשרת את הפרטים, וביטוייה הוא כלפי הפרטים. על כן ראוי שתתפוש את הפרט כמוקד ההסדרה ולא את הראיה המבוקשת. הטריטוריאליזם והפיזיות מביאות להחמצת העיקר ולטשטוש המיקוד בהתבוננות על דיני האיסוף הראיות בחקירה פלילית במרחב הסייבר, ואת זאת מבקש המודל הפרסונלי לתקן.

כאשר הצגתי את התפישה הטריטוריאליזם ואת התפישה הפיזית, מניתי ביקורות מכיוונים נורמטיביים שונים על התפישות הללו. ביקורות אלה יצאו נגד התפישות האמורות והצדיקו את עצם פריצת הגבולות התפישתיים של הטריטוריאליזם והפיזיות. אולם לא די בהגעה אל המודל הפרסונלי על דרך השלילה. יש מקום למנות הצדקות אשר תשמנה תימוכין למודל הפרסונלי. להלן אציג הצדקות מכיוונים שונים למודל הפרסונלי לאיסוף ראיות בחקירה פלילית במרחב הסייבר. הצדקה אחת אביא מכיוון הגישה הראליסטית אל המשפט שלפיה המשפט אמור לשרת מטרת וערכים חברתיים מסוימים, וככזה הוא אמצעי הניתן לשינוי, לעיצוב ולהגמשה על פי הנסיבות. ברוח הגישה הראליסטית יש לחזור למושכלות יסוד של התחום, לאתר את מטרת החקירה הפלילית ולראות בדיני איסוף הראיות אמצעי להשגת אותן מטרת. הצדקה נוספת תימצא ממקור פנימי של גישת המחקר של משפט וטכנולוגיות מידע. כפי שאראה, המודל הפרסונלי מתיישב עם המודל הלסיגיאני, אשר גם הוא תופש את המשפט באופן אינסטרומנטלי, ככלי המשרת מטרת וערכים, כאשר מושא ההסדרה הוא הפרט ולא הראיה.

1. גישה ראליסטית-משפטית לדיני איסוף הראיות בחקירה פלילית במרחב הסייבר

הגישה הראליסטית ספקנית כלפי הגישה הפורמליסטית למשפט, הגורסת כי המשפט משול למערכת גאומטרית סגורה של כללים משפטיים המנפקים תוצאה אחת, ברורה ונכונה. תחת זאת, גורסת הביקורת הראליסטית, יש לראות בחוק מכשיר להגשמת מטרת חברתיות ולקידום ערכים. המשפט הוא מוסד חברתי. על כן היחס אליו צריך להיות אינסטרומנטלי.⁴⁴ בהקשרנו הנדון הראליזם המשפטי, כזרם, גורס כי ההסדרה היא לעולם מתייחסת לאנשים ולא לדברים. המיקוד של דיני איסוף הראיות בחקירה הפלילית במרחב הסייבר בראיות עצמן, ולא בטוענים לזכויות באשר לאותן ראיות, עלול להוביל לתפישה מוניסטית, הממקדת את הדין

44 לא אתיימר כאן להקיף את הספרות הענפה על הגישה הראליסטית למשפט. מקובל לראות במאמרו המכונן של אוליבר הולמס (Holmes) משנת 1897 את לידת הגישה הראליסטית: Oliver Wendell Holmes, *The Path of Law*, 10 HARV. L. REV. 457 (1897). יתר על כן, למעשה אי אפשר לראות בתפישה הראליסטית משום תפישה אחת אחודה, אלא נכון יותר לראות בה זרם בעל ענפים שונים. להבחנה זו ראו Hanoach Dagan, *The Realistic Conception of Law*, 57 U. TORONTO L.J. 607, 607–612 (2007).

בציר שבין הרשות החוקרת לבין הראיה. על פי תפישה זו, הראיה אמורה "לדבר" ולהציב זכות נוגדת לצורכי החקירה. ציר זה לוקה בחד־ממדיות, אך בפועל דיני איסוף הראיות בחקירה הפלילית במרחב הסייבר – על הפעולות השונות הכלולות בהם – מגלמים התנגשות עשירה ומורכבת של טוענים לזכות, בעלי זיקות שונות בעצמות משתנות, וכפועל יוצר מכך נגזרות חובות שונות של הרשות החוקרת כלפי בעלי הזכויות השונים. יש מקום אפוא באימוץ גישה מורכבת יותר לדיני איסוף הראיות בחקירה הפלילית במרחב הסייבר. גישה מורכבת כזאת אפשרית אם נתפוש את המשפט תפישה ראליסטית, שלפיה יש ערכים יסודיים שאותם החוק החרות, והמשפט בכלל, באים לקדם.⁴⁵

בהקשרנו הנדון אבקש להפנות את הזרקור לתאוריית הקניין כמוסדות שפיתח חנוך דגן, וזאת כדי להקיש ממנה לאחר מכן לענייננו. תאוריית הקניין כמוסדות נוסחה כגישה להמשגה משפטית של הקניין, אולם במבט רחב יותר היא מבטאת התבוננות ראליסטית־פלורליסטית על המשפט. על כן עקרונות התאוריה של דגן יכולים למעשה לשמש גם לענייננו כיסודות לייצוב המודל הפרסונלי לאיסוף הראיות בחקירה הפלילית במרחב הסייבר. דגן הציע להתבונן על מושג ה"קניין" כאוסף של "מוסדות" המבטאים מערכת יחסים משולשת בין הבעלים למשאב ולחוג מסוים של צדדים שלישיים, בין שמדובר בגופים פרטיים ובין שמדובר בגופים ציבוריים.⁴⁶ מערכת יחסים זו מבטאת ערכים שונים. מושא ההסדרה הם האנשים, ותחום ההסדרה הוא הקניין. מכאן נובע שגישתו של דגן לקניין אינה "פיזית" אלא בין־אישית.⁴⁷ בנוסף, גישתו של דגן מאמצת את העמדה הראליסטית בדבר פריקותו של האגד הקנייני, שלפיה הקניין אינו אלא אגד של זכויות, ותוכנו משתנה לפי הנסיבות ולפי הזיקות השונות שהן מייצרות כלפי המשאב.⁴⁸

במשקפיים תורת־משפטיים כלליים, היסודות של התאוריה של דגן באשר לקניין, הכוללים תפישה "אישית" של הזכות ולא "חפצית", ותפישה פלורליסטית ולא קשיחה ומוניסטית –

45 בהקשר זה אני מציג את הזרם הראליסטי כזרם מאורגן, מובנה וקהרנטי. הצגה זו של הזרם הראליסטי אינה תואמת בהכרח את האופן שבו מלומדים שונים תפשו את הראליזם המשפטי. רונלד דוורקין (Dworkin) כינה את הראליזם המשפטי "Nominalism", היינו זרם שאינו מסוגל להכללות ולעקרונות אוניברסליים, ולעולם תופעות תוסברנה הסבר קונקרטי, מה שייצור בהכרח אקלקטיות מחשבתית. ראו (1978) RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 15. ראו גם MORTON HORWITZ, THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW 1870–1960 202 (1977). דגן הציע לתפוש את הראליזם המשפטי באורח מובנה שכוה. דגן אף הראה שמלומדים רבים ראו בגישה הראליסטית למשפט כמחבורת בטבורה לפלורליזם ערכי. ראו DAGAN, לעיל, בעמ' 632–633 (והמקורות המצוטטים שם).

46 ראו חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 19–96 (2005); HANOCH DAGAN, PROPERTY: VALUES AND INSTITUTIONS 27–35, 69–74 (2011); חנוך דגן "קריאה קניינית: המוסד הקנייני המתחדש של זכות יוצרים" יוצרים זכויות: קריאות בחוק זכות יוצרים 39, 43 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009).

47 גישתו של דגן יוצאת נגד התפישה המוניסטית של קניין, שלפיה זכות הקניין היא מושג בעל תוכן אחיד החוצה את כל ביטויי הזכות במשפט. חוקרים שונים הציגו את הערך העליון או את התכלית העליונה שזכות הקניין משרתת, והכול דיברו על ביטויים שונים של קניין כריבנות, שרירות בעלים והכוח להדיר אחרים משימוש במשאב. ראו, למשל, BLACKSTONE, לעיל ה"ש 1, בעמ' 2; Carol M. Rose, *Canons of Property Talk, or, Blackstone's Anxiety*, 108 YALE L.J. 601, 602 (1998); Felix S. Cohen, *Dialogue on Private Property*, 9 RUTGERS L. REV. 357, 362–373 (1954).

48 לתפישה של "פריקות האגד הקנייני", ראו Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 26 YALE L.J. 710, 733–734, 746–747 (1917).

יסודות אלה ניתנים להחלה, בשינויים המחויבים, גם בהקשרנו הנדון. וכך, על בסיס האמור, יהיה ניתן לומר שהחקירה הפלילית צריכה להתמקד במערכות היחסים בין הגורמים הרלוונטים בנוגע לפעולת החקירה, ומערכת האיזונים צריכה להיות עשירה ומפורטת, תלוית-נסיבות והקשר תוך התחשבות במארג הערכים, האינטרסים והזכויות המתנגשות.

התאוריה של דגן בדבר טיבה של זכות הקניין מושפעת מאופי המשאב שבו מדובר ומטיב ההקשר החברתי. אם להמשיך את האנלוגיה מהתאוריה של דגן למודל הפרסונלי שבענייננו, הרי שניתן לומר שסמכויות איסוף הראיות בחקירה פלילית במרחב הסייבר מושפעות בראש ובראשונה מסוג המידע שבו מדובר ובהקשר הבין-אישי ביחס אליו, היינו טיב הזכויות הנפגעות וזהות השחקנים הטוענים לזכויות אלה. מאפיין נוסף של תאוריית הקניין כ"מוסדות" הוא שמדובר בתאוריה גמישה ופרקטית הניתנת ליישום מעשי, והיא אינה נותרת בחלל האוויר כגישה ביקורתית נגד התאוריות המוניסטיות לקניין. הגמישות מתאפשרת משום שדגן מציין כי גישתו בנויה על מלאכת איזון בין ערכים מתחרים שאותם היא מייבאת גם מהגישות המוניסטיות הקלאסיות לקניין.⁴⁹ בדומה לזה, גם המודל הפרסונלי לדיני איסוף הראיות בחקירה פלילית במרחב הסייבר ראוי שיבוסס על מיעוט הכרעות עקרוניות ועל ריבוי הכרעות קונקרטיות שיבוססו על מלאכת איזון שיפוטית (ולא מנהלית) מורכבת.⁵⁰ הנה כי כן, העקרונות שבבסיס הגישה הדגנית שתארת בקיצור נמרץ – ראליוזם, פלורליזם, קונסטרוקטיביות – ניתנים להחלה גם בהקשרנו, מחוץ לקונטקסט הקנייני, וניתן למצוא בהם הצדקה לקביעתו ולעיצובו של המודל הפרסונלי לדיני איסוף הראיות בחקירה פלילית במרחב הסייבר.

עקרונות אלה מכתיבים את ההבנה שהראיה הדיגיטלית אינה אלא ייצוג של מארג אינטרסים חקירתיים נגד זכויות חוקתיות של גורמים שונים (החשוד, ספקית השירות המחזיקה את המידע המבוקש וצדדים שלישיים שפרטיהם מתועדים במידע האמור). על דיני איסוף הראיות הדיגיטליות אפוא לזקק את היחס הראוי בין צורכי החקירה לבין מידת הסיכון ומידת הפגיעה בזכויות החוקתיות המוגנות של החשוד ושל יתר הצדדים השלישיים הרלוונטיים. זו המהות היסודית, וההתמקדות בטיב הראיה היא אינצידנטלית ביחס למהות זו.

החיפוש ברוח התפישה הראליסטית אחר התכליות שדיני החקירה במרחב הסייבר נועדו לשרת, יכול להוביל למסקנות שניתן להכלילן גם על דיני החקירה במרחב הפיזי. כאמור, ההתבוננות הראליסטית על דיני איסוף הראיות במסגרת חקירה פלילית במרחב הסייבר הובילה אותנו למסקנה שדינים אלה אמורים לבטא למעשה מערכת יחסים – הכוללת מארג של אינטרסים וזכויות – בין המדינה לחשוד בראיה המבוקשת ולצדדים השלישיים השונים בעלי הזיקה לראיה המבוקשת. ההוראות של הדין יבטאו הכרעות ואיזונים בין הזכויות והאינטרסים השונים. על פני הדברים, מסקנה זו, שלפיה אין הראיה העיקר אלא מערך האינטרסים והזכויות ביחס אליה, רלוונטית מאוד גם לדיני איסוף הראיות בחקירות פליליות במרחב הפיזי. עוד על פי קו מחשבה זה, ניתן להביט על התפישה הפיזית ועל התפישה הטריטוריאלית באשר לדיני איסוף הראיות במרחב הפיזי כתפישות שנבעו מהתמקדות בטיבן של הראיות המבוקשות כראיות במרחב הפיזי ולא בטיבה של מערכת היחסים הרלוונטית בנוגע

49 ראו דגן "קריאה קניינית", לעיל ה"ש 46, בעמ' 58.

50 ראו להלן בפרק ו.ה..

לראיה המבוקשת. המשגה הקונספטואלי האמור, שלפיו ההתמקדות המשפטית הייתה בטיבה של הראיה ולא בטיבן של מערכות היחסים בין ה"שחקנים" הרלוונטיים, היה ניתן להזנחה בכל הנוגע למרחב הפיזי. זאת משום שהתפישה הפיזית והתפישה הטריטוריאלית תאמו בשלמות להקשר של איסוף הראיות במרחב הפיזי ולמעשה אפשרו את טשטוש הגבולות בין האדם, נשא הזכויות, לבין הראיה, מושא פעולת האיסוף. ואולם, העתקתה של זירת החקירה למרחב הקיברנטי חייבה עיון מחדש ומירוק של תכליות היסוד ושל מערכת האיזונים של דיני איסוף הראיות בחקירה פלילית במרחב הסייבר באופן ששופך אור גם על דיני איסוף הראיות בחקירה פלילית במרחב הפיזי.

2. התפישה הפרסונלית בראי הפרדיגמה של משפט וטכנולוגיות מידע

תיארת לעיל⁵¹ את המודל הלסיגיאני כמודל המוביל לתיאור מערך הכוחות המסדיר את התנהגות הפרטים בעידן הקיברנטי. על פי המודל הלסיגיאני, מושא ההסדרה הוא הפרט, וארבעה כוחות מבקשים להסדיר את התנהלותו (משפט, טכנולוגיה, נורמות חברתיות וכוחות השוק), וכל כוח יש בו כדי למשוך לכיוון אחר ולשנות למעשה את נקודת שיווי המשקל. המודל הפרסונלי ממקד את יחסו של המשפט במושא ההסדרה שלו, הלא הוא הפרט. התפישה הפיזית והתפיסה הטריטוריאלית הביאו לכך שהמשפט הפלילי, ככוח מסדיר התנהגות של הפרט, צבר פיגור אחר הטכנולוגיה ככוח מסדיר. הסטטוס קוו על פי המודל הלסיגיאני התערער, כיוון שהערך של המשתנה הטכנולוגי אינו עוד כבעבר, והערך של המשתנה המשפטי לא התערכן בהתאם. הערך של המשתנה הטכנולוגי השפיע גם על שני המסדירים האחרים: הוא הביא לעיצוב נורמות חברתיות מגוונות בכל הנוגע למרחב המקוון על מופעיו השונים, והשלכותיו הכלכליות הן כמובן עצומות.

המודל הפרסונלי נועד לאפשר למשפט הפלילי, בהיבט של האכיפה בפועל, להתאים עצמו לשינויי הסטטוס קוו. הדרך לעשות זאת, על פי המודל הפרסונלי, היא בהתמקדות במושא ההסדרה (הפרט) במישורין, ולא בעקיפין, בהתמקדות בראיות שמבקשים לאספן ובאופן שבו הטכנולוגיה שינתה את אופיין של הראיות. כלומר, המשפט אינו מתמקד ביחסי הגומלין עם הטכנולוגיה ועם יתר הכוחות המסדירים אלא במושא ההסדרה עצמו. בנוסף, כפי שפירטתי, על המודל הפרסונלי להיות בעל רקמה פתוחה, פלורליסטי במהותו, על מנת להכיל את עושר הנסיבות ויחסי הגומלין השונים הנוצרים במסגרת המרחב המקוון. כפי שכבר ציינתי, כשהצגתי את הפרדיגמה של משפט וטכנולוגיות מידע בפרק המבוא, הטכנולוגיה או הארכיטקטורה של המרחב המקוון מופיעה במודל הלסיגיאני כמסדיר אחד, אך למעשה ניתן להתבונן על המרחב המקוון משתי פרספקטיבות שונות: פרספקטיבה חיצונית על המרחב המקוון כמכלול ופרספקטיבה פנימית על המרחב המקוון, בחלוקה לפי מופעיו השונים (דוא"ל, אתר web, צ'אט, רשת חברתית וכיוצא בזה).⁵²

51 ראו לעיל בפרק א.ד..

52 למען הדיוק, גם לסיג עצמו נע בכתיבתו בין התבוננות בפרספקטיבה חיצונית על המרחב המקוון לבין התבוננות בפרספקטיבה פנימית, גם אם לא עשה כן במוצהר. לסיג התייחס לארכיטקטורת המרחב כמכלול, היינו בחר בפרספקטיבה חיצונית, בעת ניסוח המודל שלו להסדרת התנהגות הפרטים במרחב,

בהקשרנו הנדון, של המודל הפרסונלי לדיני איסוף הראיות בחקירה פלילית במרחב הסייבר, ראוי לנתח את הזירה הקיברנטית תוך מעבר בין שתי הפרספקטיבות האמורות – החיצונית והפנימית. הפרספקטיבה החיצונית מאפשרת ניתוח עקרוני, עמידה על חסרונותיו התפיסתיים של הדין במצבו הנוכחי, עמידה כללית על חסרונותיו המעשיים והגעה אל המסגרת החשיבתית המגולמת במודל הפרסונלי. הפרספקטיבה הפנימית מאפשרת את עריכת השקלול בין צורכי החקירה של המדינה לבין הזכויות שלהן טוענים החשוד והצדדים השלישיים הרלוונטיים באשר לראיה המבוקשת. עריכת השקלול מתחשבת באופיו של המופע הקיברנטי שבו מדובר כ"סביבת החקירה". הפרספקטיבה הפנימית מדגישה את העובדה שהמרחב המקוון אינו טכנולוגיה אחת, והארכיטקטורה שלו אינה בעלת "חוקים" קבועים. למעשה, המרחב המקוון אינו אלא פלטפורמה שעליה פועלים יישומים שונים ושירותים בעלי מאפיינים טכנולוגיים וחברתיים שונים. וכך אין דינה של פעולת איסוף ראיות באשר לדוא"ל כדינה של פעולת איסוף ראיות ברשת חברתית, כדינה של פעולת איסוף ראיות באשר לשרת אחסון קבצים מסוג FTP וכך הלאה. לכל אחד מן המופעים האלה, אשר כולם יחדיו כלולים תחת כותרת־הגג "אינטרנט", יש לערוך בחינה הכוללת איוונים בין צורכי החקירה לזכויות של כלל הנוגעים בדבר. לצורך בחינה זו יש הכרח להכיר את המבנה הטכנולוגי הבסיסי של כל מופע במרחב הקיברנטי, יש הכרח להבין את תפקידו החברתי ואת המשמעויות הכלכליות של ביצוע פעולות איסוף מן הסוג המבוקש. כך למשל המשמעות החברתית של מוסד ה"תגובית" (טוקבק) או של מוסד ה"בלוגים" (יומני רשת) חיוני להבנת הפגיעה הכרוכה בחשיפת זהות משתמש האינטרנט המפרסם פוסט בבלוג או תגובית.

ד. ביקורות נגד המודל הפרסונלי

בחלק זה של הפרק אציג כמה טיעוני ביקורת שאפשר שיעלו נגד המודל הפרסונלי, הן מבחינה רעיונית והן מבחינה יישומית. לצד כל טיעון ביקורת אנסח מענה קצר להתמודדות עמו. כפי שיהיה ניתן לראות, המודל הפרסונלי אינו נקי מביקורות, אולם אני סבור שהביקורות אינן מצליחות לערער את תפישת היסוד שבבסיסו, ועל כן למעשה המודל מתוקף ביתר שאת בעקבות הדיון בביקורות.

1. המודל הפרסונלי עלול לשרת את הערך של חקר האמת חלקית בלבד

המודל הפרסונלי, כמודל שעל פיו יש לבחון את דיני איסוף הראיות בחקירה פלילית במרחב הסייבר, מפנה כאמור את הזרקור אל האדם ואל מערכת היחסים והכוחות בינו לבין אנשים אחרים ולבין המדינה. מטבע הדברים, הפניית זרקור זו עלולה להעמיד בצל ערכים אחרים, ככל שהם קיימים ביסוד החקירה הפלילית, או המשפט הפלילי בכללותו. על פי הביקורת שאציג כאן, ניתן לטעון שהדגשת הממד הפרסונלי עלולה להביא להחמצת ערך עליון של המשפט הפלילי, ולמעשה של המשפט בכלל, והוא הערך של חקר האמת. חקר האמת הוא ערך אינסטרומנטלי,

ואילו בבואו לערוך בחינה של סוגיה משפטית פרטיקולרית ברשת, לדוגמה סוגיית ההסדרה העצמית, בחר בפרספקטיבה הפנימית וערך הבחנה בין מופעים שונים ברשת.

שנועד לשרת תכליות שונות של המשפט הפלילי, ובהן הגנה על שלום הציבור, הרתעה מפני ביצוע עברות והגנה על זכויות נפגעי עברה בפועל או בכוח. תכליות אלה עשויות להתוות, לכאורה, שימת דגש על פריצת גבולות טריטוריאליים וגבולות של פיזיות באשר לסמכויות האיסוף של ראיות דיגיטליות, אולם בה בעת תכליות אלה עלולות להכתיב תוצאה של מניעת הרחבה של ההגנה על הזכויות הדיגיטליות בחקירה הפלילית מתוך תפישה שאלה עלולות להיות בלם בפני חקר האמת.

על ביקורת זו ניתן להשיב בכמה תשובות: ראשית, אין לראות בערך של חקר האמת כשלעצמו ערך התומך באינטרס הציבורי של אכיפת חוק יעילה בלבד, והוא יכול בהחלט לשרת גם הגנות מפני הרשעות שווא,⁵³ מניעת "נזק ראייתי" ומחדלי חקירה ועוד. כל אלה ניתנים לסיווג בצד של הגנת החשוד/הנאשם. לכן עצם ההצגה של חקר האמת מול ההגנה על זכויות דיגיטליות של החשוד וצדדים שלישיים הנוגעים בדבר היא שגויה; שנית, גם במסגרת החקירה הפלילית במרחב הפיזי, במסגרת המודל הקיים, הערך של חקר האמת לעולם נתפש כיחסי.⁵⁴ אל מול ערך זה ניצבים ערכים של הגינות ההליך וטוהרו, עשיית הצדק והגנה על כבודו וחירותו של החשוד.⁵⁵ כן ניצבים לעתים שיקולים של טובת הציבור וטובת נפגע העברה כנגד הערך של חקר

- 53 כמאמר הרמב"ם, "יותר טוב ויותר רצוי לפטור אלף חוטאים, מלהרוג נקי אחד ביום מן הימים" (ספר המצוות לרמב"ם (מתרגם יוסף קפאח, 1971), מצוות לא תעשה רצ). לביטויים של הגישה האמורה בפסיקת בית המשפט העליון ראו ע"פ 543/79 נגר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 113, 164–165 (1980); ע"פ 6304/11 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 20.9.2012); מ"ח 3713/11 בקרינג נ' מדינת ישראל, פסקה 28 (פורסם בנבו, 15.9.2013). לפי גישה זו, התכלית של מניעת הרשעתו של חף מפשע אף גוברת על התכלית של הרשעת חפים מפשע.
- 54 ראו למשל ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461, בפס' 44–45 לפסק דינה של השופטת ביניש (2006); נינה זלצמן "אמת עובדתית" ואמת משפטית – מניעת מידע מבית המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים" עיוני משפט כד 263, 264–265 (2001).
- 55 ראו למשל בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 834–837 (1999). כן ראו אהרן ברק "על משפט, שיפוט ואמת" משפטים כז 11, 14 (1996), שם כתב ברק כי "לעתים גילוי האמת יפגע כה קשה בפרט – בכבודו, בחירותו, בשלמותו הגופנית והנפשית, בפרטיותו ובשמו הטוב – עד כי המשפט מוכן לוותר על גילוי האמת". עוד בהקשר זה אפשר להזכיר את המחלוקת בין השופטים לנדוי, חיים כהן וגולדברג בנוגע למבחני קבילות הודאת חוץ של נאשם, לפי סעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א–1971 (להלן – פקודת הראיות). על פי גישת הנשיא לנדוי, יש לראות בסעיף 12 לפקודת הראיות משום אמצעי לחינוכם של אנשי הרשות החוקרת שלא לנקוט אמצעי לחץ ואלימות פיזיים או פסיכולוגיים ומשום הגנה על זכותו של האדם שלא ליפול קרבן למעשי אלימות משטרתיים ולפגיעה בכבודו בעת חקירתו. לפי שיטה זו, גם כאשר אין חשש, במקרה מסוים, שהאמצעים הפסולים השפיעו על הנאשם למסור הודייתו, ואין מקום לספק בדבר נכונות דברי ההודיה ואמינותם, גם אז אין ההודאה קבילה כראיה. ראו למשל ע"פ 347/75 הירש נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(3) 197 (1976); ע"פ 183/78 אבו מידג'ם נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 533, 537–538 (1980). על פי גישת השופט חיים כהן, אף כאשר מדובר באמצעי חקירה פסול באופן קיצוני, יש לבדוק מבחינה עובדתית את נסיבותיו של כל מקרה לגופו, אם היה בו כדי לשלול בפועל את רצונו החופשי של הנאשם במסירת הודאתו, שאז תיפסל ההודאה, או שעל אף השימוש באמצעי חקירה כאמור, נותרה בידי הנאשם יכולת הבחירה החופשית בנוגע למסירת הודאתו, שאז תתקבל ההודאה כקבילה, והדיון יתמקד בשאלת משקלה הראייתי. גישה פרשנית זו רואה את עיקר תכליתו של כלל הפסילה הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות בהבטחת אמינותן של ההודאות הנמסרות בחקירה. ראו למשל ע"פ 369/78 אבו מידג'ם נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 376, 380–382 (1979). זו גם גישתו של השופט אלון בע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197, 262, 267 (1984), שם קבע "חובתו היסודית

האמת.⁵⁶ על כן הצגת הדברים שלפיה הערך של חקר האמת חותר בהתמדה להגברת כוחה של הרשות החוקרת, ולעומתו המודל הפרסונלי מחליש אותה – אינה נכונה. שיקולים של נפגעי עברה ודיני החסיונות יצדיקו התפשרות על מידת חשיפתה של האמת, גם כאשר צורכי החקירה ימשכו לכיוון חשיפת המידע; שלישית, לפי האמור על יחסיות הערך של חקר האמת, ועל בסיס המסגור (framing) הקונספטואלי שמציע המודל הפרסונלי, ניתן לראות כי לעולם ההכרעה בדבר סמכויות ופעולות איסוף הראיות בחקירה הפלילית היא פרי מערך פלורליסטי של איזונים בין ערכים וזכויות. המודל אינו נשען על תפישה מוניסטית של ערך עליון אחד שבבסיס התחום המשפטי כולו. הערך של חקר האמת, המיוצג על ידי המדינה כאוכפת החוק, אכן צריך להיות מגולם במסגרת המודל הפרסונלי, אולם גם זכויות החשודים והצדדים השלישיים השונים הנוגעים בעניין מגולמות במודל זה ומתאזנות אל מול הזכויות החוקתיות הרלוונטיות.

2. אפשרות השלמת החסרים בחלופות לאכיפה הפלילית המדינתית

בפרק ב הצגתי חלופות שונות לאכיפה הפלילית המדינתית הקלאסית במרחב הסייבר. הראיתי חלופות מבחינת שיטת האכיפה ומבחינת זהות הגורם האוכף. אמנם שללתי את החלופות האמורות כשהן עומדות לעצמן, אולם יכולה להישמע טענה שכשיטות אכיפה משלימות לאכיפה הפלילית המדינתית הקלאסית, יש מקום ליישם אותן. וכך, על פי הטענה, במקום שבו המודל הפיזי והטריטוריאלי ייכשלו, יש לימו את הנדרש המנגנונים החלופיים. על ביקורת זו יש לומר שהיא אינה חותרת תחת ההצדקה לכינונו של המודל הפרסונלי אלא מציעה חלופה למודל זה. במילים אחרות, המודל הפרסונלי, על פי ביקורת זו, אינו בהכרח הפתרון היחיד לבעיות שנוצרות כאשר לדיני איסוף הראיות הדיגיטליות במרחב הסייבר. בטרם מענה לטיעון ביקורתי זה יש לומר תחילה כי אכן חלק מהחלופות שנסקרו בפרק ב לעיל

והראשונית של בית המשפט לגלות את האמת העובדתית שבפרשת הדברים שבפניו ולפסוק על פיה ולאורה את האמת המשפטית... תיקונה של התנהגות נפשית מטעם אנשי מרות בפגיעה בגופו של הנאשם ובערעור מצבו הנפשי צריך שתבוא על ידי העמדתם לדין וענישתם ככל חומר הדין, אך אין תיקונה של פגיעה זו בקיומה של הפגיעה בפסיקת דינו של הנאשם שלא לאמתה של האמת העובדתית, שנתגלתה לפני בית המשפט בהודייתו". הגישה הפרשנית השלישית, כפי שבוטאה בפי השופט גולדברג, גורסת כי אין באי-החוקיות כשלעצמה כדי לפסול קבילותה של ההודאה, ולכן יש לבחון מבחינה עובדתית בכל מקרה לגופו האם היה באמצעי החקירה הפסול כדי לשלול את חופשיות רצונו של הנאשם במסירת הודאתו. עם זאת במקרים שבהם הגיעה רמת הפסלות כדי פגיעה בצלם דמות האדם של הנאשם וכדי דרגת חקירה ברוטלית ולא אנושית, כי אז תישלל קבילות ההודאה מבלי לבחון את השפעתו בפועל של אמצעי החקירה הפסול על חופשיות רצונו של הנאשם. ראו עניין מועדי, שם, בעמ' 222–224. כן ראו דין וחשבון הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר 18 (1994).

56 כך לדוגמה החיסיון לטובת הציבור (סעיף 45 לפקודת הראיות) מונע חשיפת שיטות עבודה וזהות מקורות מודיעיניים של רשויות החקירה. החסיונות המקצועיים (סעיפים 48–51 לפקודת הראיות) מגנים על טובת הציבור במובן של המשך ההישענות החופשית על אותם בעלי מקצועות. הוא הדין למשל בהחלטה להימנע מחשיפה מלאה של יומני מתלוננת בעברות מין, אשר ערך זכויותיה של נפגעת העברה קובע תוצאה של אי-חשיפת מלוא הנתונים בעניינה. ראו בג"ץ 9264/04 מדינת ישראל נ' בית משפט השלום בירושלים, פ"ד ס(1) 360 (2005).

מתאימות כשיטות משלימות לאכיפה הפלילית הקלאסית.⁵⁷ יתרה מזאת, חלק מהחלופות הללו מתקיימות גם כיום במרחב הפיזי. למעשה, החקירה הפלילית כאמצעי משפטי להסדרת התנהגות היא תמיד בבחינת "השלב האחרון", ופעמים רבות הכוונת ההתנהגות, ובכלל זה מניעת הפשיעה, תלויה בגורמים מסדירים נוספים, כגון הקהילה, התמגנות אישית ועוד.

ואולם, כאשר זירת האכיפה משתנה שינוי ניכר מבחינה טכנולוגית, יש לבדוק אם מודל החקירה הפלילית הקלאסית, בתוספת החלופות שנסקרו לעיל, מסוגלים לספק מענה הולם במחיר מידתי של פגיעה בזכויות מוגנות. כפי שעלה מהניתוח בפרק ב לעיל, החלופות שנסקרו מתחלקות לשלוש קבוצות: הקבוצה הראשונה היא של חלופות שאינן ניתנות ליישום מבחינה משפטית, בין בשל היותן דרקוניות מבחינה חוקתית ובין בשל היותן חותרות תחת מושכלות יסוד מבחינת המשפט הביין-לאומי. הכוונה היא למשל לחלופה המגננתית-הכופה, החלופה ההתקפית, המודל המניעתי המשולב של קוזלובסקי והחלופה של העברת חובות החקירה מהמדינות לספקיות השירות במרחב המקוון.⁵⁸ הקבוצה השנייה היא של חלופות שאמנם ניתנות ליישום מבחינה משפטית, אך יש להן "שטח כיסוי" מוגבל. הכוונה היא לחלופה המגננתית-הוולונטרית, החלופה הקהילתית והחלופה הביין-לאומית.⁵⁹ הקבוצה השלישית היא של חלופות לא מעשיות מבחינה טכנולוגית. כאן הכוונה היא למודל המניעתי המשולב של קוזלובסקי,⁶⁰ ובמידה מסוימת גם לחלופה המגננתית-הכופה. אשר לחלופה של סיכול אמצעי התשלום לצורך סליקת עסקאות עברייניות,⁶¹ כאן מדובר בחלופה חלקית מבחינת "שטח הכיסוי" שלה, שיעילותה הטכנולוגית מוטלת בספק (כיוון שניתן לפתח אמצעי תשלום מקוונים המסוגלים לעקוף את איסורי הסליקה), ושמעוררת במידה מסוימת שאלות חוקיות (אפקט מצנן על פעילות עסקית, פגיעה עודפת בעסקי חברות האשראי ועוד).

להוציא החלופה המניעתי המשולבת של קוזלובסקי, המתיימרת להציג שינוי פריגמטי הוליסטי מחקירה פלילית למניעה מוקדמת בשילוב התגוננות אקטיבית מצד משתמש המחשב והאינטרנט, אך מעוררת שאלות חוקתיות ואינה ישימה מבחינה טכנולוגית, אין חלופה המאפשרת כיסוי מספק ומותר מבחינה חוקתית של "חורי האכיפה" שנוצרים במרחב הקיברנטי. ככלל, פעולות עברייניות שהן מסוג יחיד-אל-יחיד (one-to-one)⁶² או שהן במסגרת קבוצה

57 כך ציינתי למשל בדבר אכיפה מגננתית-וולונטרית (ראו לעיל בפרק ב.ד.2.2), וניתן לציין זאת גם בדבר אכיפה קהילתית ואכיפה כלכלית (סיכול אמצעי התשלום), שאותן מניתי לעיל בפרק ב.ד.3. ובפרק ב.ד.6.

58 ראו לעיל בפרק ב.ד.4.2, בפרק ב.ד.5.2, בפרק ב.ד.7.2 ובפרק ב.ה.1.1.

59 ראו לעיל בפרק ב.ד.2.2, בפרק ב.ד.3.2 ובפרק ב.ה.2.2.

60 ראו לעיל בפרק ב.ד.7.2.

61 ראו לעיל בפרק ב.ד.6.2.

62 אציג כמה פעולות עברייניות מסוג one-to-one: (א) עבריין מרמה שמחליט לפעול דרך שרת בחו"ל, בזהות בדויה תוך שימוש בחשבון דוא"ל Webmail שנפתח מאינטרנט קפה תוך מסירת פרטי רישום כוזבים. עבריין המרמה מתקשר עם משתמשי אינטרנט מישראל, תוך שימוש באמצעים חנימיים להסוות את זהותו. נניח כי החשוד מתייצג בכזב מול המשתמשים מישראל ומניע אותם להעביר לו כספים או כל דבר בעל ערך. נניח עוד שההעברה באמצעות כסף וירטואלי כ-bitcoin או אמצעי תשלום מקוון כ-paypal או כדומה. (ב) נניח שמתבצעת חדירה שלא כדין לחומר מחשב של משתמש אינטרנט מישראל, תוך ניצול פרצת אבטחה במחשבו, ומבצע העבירה פועל, על פי כתובת ה-IP, מחו"ל. (ג) נניח שמתבצעת התקשרות תמימה לכאורה בצ'אט לבני נוער, בין משתמשת אינטרנט קטינה לבין משתמש

מוגדרת של "מעורבים בעסקת עבירה", שהכניסה אליה מסויגת⁶³ – אלה הן פעולות שלא תימנענה באמצעות החלופות שסקרתי לאכיפה הפלילית המדינתית, ואשר אפשריות ליישום מבחינה חוקתית. אם הפעולות העברייניות האלה תתבצענה דרך שרתים מחו"ל או באמצעות שימוש באמצעי הסוואת זהות, או תוך שימוש בשרתים שהמידע האגור בהם מתנדף או כדומה, הרי שלמערכת האכיפה הפלילית המדינתית במצבה דהיום אין מענה אפקטיבי.

הנה כי כן, גם שילוב בין המודל הקיים לחקירה הפלילית המדינתית במרחב הסייבר לבין החלופות המוכרות לחקירה הפלילית המדינתית במרחב הסייבר אינו מצליח להביא לכלל מענה משפטי הולם לבעיית האכיפה הפלילית ברשת. המענה האכיפתי יהא חסר ביותר, או שמחירו יהיה פגיעה קולוסלית בזכויות חוקתיות של משתמשי הרשת (בדמות החלופה ההתקפית, החלופה המגננתית-הכופה והמודל המניעתי המשולב של קוזלובסקי). על כן לטעמי האפשרות להשלים את "חורי האכיפה" באמצעות החלופות שנמנו לעיל בפרק ב – אינה מספקת, ועל כן אין חלופה מעשית למודל הפרסונלי.

3. מהפכניות המודל ופגיעה באפשרות יישומו

על פי הטיעון הביקורתי שיפורט להלן, לצורך יישום המודל הפרסונלי בפועל נדרש שינוי יסודי של המצב החוקי המכונן את סמכויות איסוף הראיות הדיגיטליות בחקירה פלילית במרחב המקוון, ואולי אף נדרש שינוי מהותי באופן בו מתפרש המשפט הביין-לאומי באשר לאופן שבו מיושם העיקרון של כיבוד ריבונותן של מדינות זרות (הגם שהצגתי לעיל מנגנונים לריכוך השינויים בהקשר זה). בשל האמור תיפגע אפשרות יישומו של המודל הפרסונלי.

את העמדה שלפיה המשפט אינו מצליח להתגבר בכליו הקיימים על האתגרים שמציבה לו הטכנולוגיה הביעו בעבר חוקרים רבים מתחום המשפט וטכנולוגיות המידע, בנקודות שונות של השקה בין המשפט לבין הטכנולוגיה, כגון בדיני הגנת הפרטיות,⁶⁴ דיני זכויות יוצרים,⁶⁵ דיני סימני מסחר⁶⁶ ועוד. חוקרים אלה אמונים על הגישה הנתפשת כגישה המהפכנית בנוגע ליחס שבין המשפט לבין טכנולוגיות המידע. בין המייצגים הבולטים ביותר של גישה זו ניתן לציין את דייוויד ג'ונסון (Johnson) ודייוויד פוסט (Post).⁶⁷ גם חלק מכתבתו של לורנס לסיג (Lessig)

אינטרנט בגיר, הפועל מישראל אך תוך גלישה by proxy משרת זר בחו"ל. משתמש האינטרנט מתייצג בכזב כנער או נערה צעירים ומביא את הקטינה לביצוע מעשים מגונים בגופה עבורו. לאחר מכן, הוא ממשיך לסחוט את הקטינה כי תשלח לו תמונות עירום נוספות שלה, אחרת יחשוף את מעשיה הקודמים בפניו ברבים.

63 לדוגמה, קבוצה מוגדרת של משתמשי אינטרנט המשתפים בתכנים פדופיליים, או קבוצה של מוכרי ורוכשי סמים מסוכנים.

64 ראו (1998) 8-9 DAVID BRIN, THE TRANSPARENT SOCIETY; ניב אחיטוב עולם ללא סודות: על חברת המידע הפתוח 154-155 (2000).

65 ראו John Perry Barlow, *The Economy of Ideas*, WIRED 2.03 (Mar. 1994) http://www.wired.com/wired/archive/2.03/economy.ideas_pr.html.

66 ראו David R. Johnson & David Post, *Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace*, 48 STANFORD L. REV. 1367, 1376-1377 (1996).

67 ראו Johnson & Post, שם. באותו מאמר מכונן ג'ונסון ופוסט מתארים את האינטרנט כ"מקום" נפרד בעל שני מאפיינים אינהרנטיים: היעדר גבולות גאוגרפיים וריבוי משתמשים ממדינות שונות. בשל כך משפט המדינות הנוהג אינו יכול להתמודד בכליו עם האתגרים המשפטיים שתציב רשת האינטרנט, ויש

ניתנת לזיהוי ככתיבה ברוח הגישה המהפכנית.⁶⁸ חלק מחוקרי הגישה המהפכנית הסיקו שהמרחב המקוון הוא מחוץ למקומו של המשפט, כולו או חלקו (בהתייחס לתחום משפטי מסוים, כגון זכויות יוצרים). הגישה המהפכנית נתפשת כיום כנחלת העבר, באשר היא מציעה עמדה מעט רומנטית, אולי תמימה, ובוודאי לא ישימה, כלפי אופי השפעתו של המרחב המקוון על חיינו. לעומת מייצגי הגישה המהפכנית, חוקרים אחרים גרסו כי המשפט יכול להתמודד בכליו עם סוגיות משפטיות שהועתקו מן המרחב הפיזי אל המרחב הקיברנטי, ולכל היותר תידרשנה התאמות מסוימות של הדינים הקיימים למציאות החדשה. חוקרים אלה אמונים על הגישה השמרנית בנוגע ליחס שבין המשפט לבין טכנולוגיות המידע. המימרה המזוהה ביותר עם הגישה השמרנית מיוחסת לשופט פרנק איסטרברוק (Easterbrook), שגרס כי אין תחום משפט ייחודי למרחב המקוון כפי שאין תחום של "דיני הסוס" (The law of the horse).⁶⁹ יתרונה של הגישה השמרנית הוא בשימורתה ובהיותה הגישה היחידה שיכולה להתאים בפועל למחוקקים, לשופטים ולשאר "עושי המשפט".⁷⁰

לכאורה, הצעתי לקבוע מודל חוקי חלופי לדיני החקירה הפלילית במרחב הסייבר אמורה להשתייך לזרם המהפכני. ואם כך הוא הדבר, הרי שההצעה לכאורה מנותקת מן המציאות במידה רבה ומייצגת לכל היותר עמדה נורמטיבית-עיונית שאינה ישימה. אולם למעשה המודל הפרסונלי מבטא טיעון מעט מורכב יותר מן האופן שבו הצגתי את מאבק הגישות, המהפכנית והשמרנית, באשר ליחס שבין המשפט למרחב המקוון. הטיעון הוא כי ניתוח דיני החקירה

מקום לפתח מערכת משפטית עצמאית לרשת האינטרנט. כן ראו Jonathan Zittrain, *The Rise and Fall of Sysopdom*, 10 HARV. J. L. & TECH. 495 (1997); Juliet M. Oberding & Terje Norderhaug, *A Separate Jurisdiction for Cyberspace*, 2 J. COMP. MEDIATED COMM. 1 (1996).
 68 ראו למשל Lawrence Lessig, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, 113 HARV. L. REV. 501 (1999).
 69 מאוחר יותר הרחיב איסטרברוק והסביר את גישתו: Frank H. Easterbrook, *Cyberspace and the Law of the Horse*, U. CHI. LEGAL F. 207 (1996). לשיטתו, אין מקום לפיתוח תחום משפטי עצמאי של "דיני המרחב המקוון", שכן תחום משפטי נפרד צריך להתייחד אך ורק לתופעות שמקרינות על המשפט כולו. הצעתו היא שדיני החוזים יסדירו את נושא החוזים המקוונים, דיני הנזיקין יסדירו את העוולות השונות שאפשר שתיגרמנה במרחב המקוון, דיני הקניין הרוחני יסדירו את הנושא של הגנה על יצירות דיגיטליות וכיוצא בזה. לכתיבה בולטת נוספת ברוח הגישה השמרנית, ראו Andrew L. Shapiro, *The Disappearance of cyberspace and the Rise of Code*, 8 SETON HALL CONST. L.J. 703 (1998), שם טוען המחבר כי כפי שאמצעי תקשורת אחרים – כטלפון, טלוויזיה ורדיו – לא "הפכו" את פני המשפט, כך גם האינטרנט ייטמע כחלק מן החיים ולא יבודד כמרכיב המאיים לחולל מהפכה משפטית. ראו Jack L. Goldsmith, *Against Cyberanarchy*, 65 U. CHI. L. REV. 1199 (1998); Joseph H. Sommer, *Against Cyberlaw*, 15 BERKELEY TECH. L. J. 1145 (2000). ראו עוד אסף הרדוף הפשע המקוון 375–381 (2010), שם הוא טוען כי הפשע המקוון אינו שונה מהותית מהפשע במרחב הפיזי, אלא בניואנסים מסוימים שאין בהם כדי לערער על האופן שבו יש להתבונן על ההתנהגויות האנושיות כמותרות או אסורות. כן ראו בהקשר קונקרטי יותר של תופעת ההימורים המקוונים: Bruce P. Keller, *The Game's the Same: Why Gambling in Cyberspace Violates Federal Law*, 108 YALE L.J. 1569 (1999). עוד על גישות הקיצון – המהפכנית והשמרנית – בנוגע לתפקידו של המשפט ביחס למרחב המקוון, ראו אמל ג'בארין "תפקידו של המשפט בהסדרת רשת האינטרנט בראי הגישה הכלכלית למשפט" קריית המשפט ז' 233, 234–239 (2008).
 70 לצורך הטיעון כאן אני מציג דיכוטומיה בין שתי גישות קיצון, אך בפועל מרבית החוקרים ממוקמים כיום על הרצף שבין שתי נקודות הקיצון.

הפלילית בזירה הקיברנטית מסייע לחשיפת הנחות יסוד סמויות בנוגע לדיני איסוף הראיות בכלל, אשר מביאות לכשל משפטי (ההחמצה הדו-כיוונית שעליה הרחבתי בפרקים ג-ה) ביחס לחקירה הפלילית במרחב המקוון בפרט. על כן ההקשר הקיברנטי מסייע להבהרת ערכי היסוד שבבסיס דיני איסוף הראיות הכלליים. המרחב המקוון הוביל למסקנה בדבר אי-התאמת הדין החולש על תחום החקירה הפלילית. לצורך בחינת אי-ההתאמה התחייבה התבוננות ברזולוציה כוללת על התחום וחשיפת הנחות היסוד של התחום. חשיפה זו הובילה לתהליך בירור ערכי היסוד של דיני איסוף הראיות בחקירה פלילית. תהליך הבירור כולל השתחררות מהכבלים הקונספטואליים של הפיזיות והטריטוריאליות ועמידה על המטרות שבבסיס דיני איסוף הראיות: דינים שנועדו לאפשר לרשות החוקרת לממש את צורכי החקירה מתוך כוונה לחתור לחקר האמת ובכך לשרת את מטרות אכיפת החוק הפלילית (הרתעה, מניעה, הגנת שלום הציבור ועוד), ולעומת זאת צורכי החקירה אמורים להתאזן עם הזכויות החוקתיות של החשוד ושל הצדדים השלישיים הקשורים בראיה המבוקשת (בין שהראיה בהחזקתם ובין שהם בעלי זכויות בעצמם ביחס לראיה). לאורן של מטרות אלה הראיות – בין שמדובר בחפצים פיזיים ובין שמדובר במידע דיגיטלי – תיתפסנה כמבטאות את ההתנגשות בין צורכי החקירה לזכויות החוקתיות הנוגעות בעניין. איסופן של הראיות יותר או ייאסר כפועל יוצא של איזון בשתי רמות: ברמה העקרונית הקטגורית וברמה הקונקרטית של המקרה הנתון והראיה הנתונה, היינו ברמת הסמכות הכללית ברמת שיקול הדעת המופעל בפועל. הנה כי כן, כל תהליך חשיפת התכליות של דיני איסוף הראיות בחקירה פלילית – תהליך שהחל בעקבות העתקת זירת החקירה אל המרחב המקוון – השלכותיו הן על החקירה הפלילית במרחב הקיברנטי והן על החקירה הפלילית במרחב הפיזי.

מבחינה תוצאתית, המודל הפרסונלי הוא לכאורה מהפכני, שכן הוא מבקש לשנות את ההסדר המשפטי הקיים באשר לדיני איסוף בחקירה פלילית במרחב הסייבר. אולם מבחינה רעיונית, למעשה העמדה היא שמרנית למדי, ולפיה המרחב הקיברנטי אינו צריך לשנות את ערכי היסוד שבבסיס דיני איסוף הראיות בחקירה הפלילית (אלא הוא רק סייע לחשוף אותם ביתר בהירות). כמו כן עמדתי, כפי שפורטה לעיל בפרק ב, היא שאין מקום לזנוח את מודל האכיפה הפלילית המדינתית ולפנות לחלופות לחקירה הפלילית הקלאסית. גם בהיבט זה העמדה המוצעת תסווג למעשה כשמרנית. לסיום, בכל הנוגע לאפשרות הנחלתם של שינויי החקיקה במישור המשפט הפנימי ובמישור המשפט הבין-לאומי, אין ספק שאין מדובר בשינויים קלים, אולם כפי שהראיתי, ניתן להצדיקם נורמטיבית. השינויים נדרשים לא רק כדי לשרת את צורכי החקירה במרחב הסייבר, אלא גם כדי לשרת את ה"שחקנים" הטוענים לזכויות בזירה הקיברנטית והמושפעים מהחקירה הפלילית במרחב הקיברנטי.

הנה כי כן, המודל הפרסונלי מתמודד עם ביקורות שונות המתגרות אותו מכיוונים שונים. במהותו, המודל הפרסונלי מצליח לזקק את ערכי היסוד של דיני איסוף הראיות בחקירה פלילית במרחב הסייבר, וככזה הוא מציג חלופה כוללת למודל החקירה הפלילית הקלאסי. עתה אעבור להציג בקווים כלליים כיצד ניתן לתרגם את המודל הפרסונלי מן המישור העיוני למישור היישומי.

ה. יישום התפישה הפרסונלית בדיני איסוף הראיות בחקירה פלילית במרחב הסייבר

החוק סובל מקושי אינהרנטי לחזות מראש את כל הנסיבות שצופן העתיד.⁷¹ כושר הצפייה המוגבל של המחוקק מותיר לכאורה חלל שנועד למילוי בידי השופט, המפעיל שיקול דעת שיפוטי ומותח את השמיכה הקצרה של החוק לכיוונים הנדרשים כתוצאה מן מהמקרים המובאים בפניו.⁷² ואולם, לשון החוק, ככל לשון, אינה יכולה להימתח עד בלי די.⁷³ גישה זו מקובלת במשפט הישראלי,⁷⁴ גם על אהרן ברק, המזוהה בנושא את דגל הפרשנות התכליתית במשפט.⁷⁵ כפי שהראיתי לעיל,⁷⁶ החקיקה הקיימת, המגדירה את סמכויות האיסוף בחקירה פלילית במרחב הסייבר, מבוססת על הנחות יסוד שגויות, היא אינה משרתת את צורכי החקירה במרחב ואינה משרתת את מושפעי החקירה, נשאי הזכויות החוקתיות המנוגדות. במצב דברים זה המסקנה היא כי מתחייב שינוי חקיקה ולא רק פעולה בתוך המרחב השיפוטי הפרשני. הדוקטרינות המשפטיות הקיימות אינן יכולות להתגמש ולהתמודד עם סוגיית החקירה הפלילית במרחב הסייבר. המודל הפרסונלי יכול להקרין על אופן גיבוש תיקוני החקיקה הנדרשים. כפי שכבר ציינתי לעיל,⁷⁷ המודל הפרסונלי אינו קובע כללי פעולה או נוסחאות משפטיות פרטניות, ויש לראות בו מודל חשיבתי המאפשר מסגור (Framing) של צורכי החקירה אל מול זכויות החשוד והצדדים השלישיים הרלוונטיים.

להלן אפרוט את המודל הפרסונלי לרובד היישומי. אין מטרתי בחלק זה של הדיון לנסח מודל חוקי שלם להסדרת סמכויות האיסוף בחקירה פלילית במרחב הסייבר. כלומר, הניתוח ייוותר ברזולוציה מופשטת מזו שנדרשת כדי להציג חוק סמכויות חקירה במרחב הסייבר. ברם מטרת הדיון היישומי להציג את המודל הפרסונלי באור מעשי, לצד הפן הנורמטיבי המגולם בו, ולהראות כיצד עליו לשרת את צורכי החקירה במרחב הסייבר ולאזנם נכונה מצד אחד, ולאזנם עם מארג הזכויות החוקתיות של ה"שחקנים" השונים המושפעים מפעולות איסוף הראיות של

71 ראו H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 128–129 (2nd ed., 1994).

72 ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 66 (2003).

73 היטיב לתאר זאת בהקשר הכללי (לא המשפטי) המשורר ת' ס' אליוט. מתוך ת' ס' אליוט "ארבעה קווארטטים" המעורר (אסתר כספי מתרגמת, 1999):

"...מלים נדְכָכות,
נְסִדְקות, יֵשׁ וְנִשְׁפָרות, מִכְבֵּד הַנְּטָל,
מְעַצֶמת הַמְתַח, מוֹעֵדוֹת, מַחְלִיקוֹת, אוֹבְדוֹת,
נְמַקוֹת מְאִי-דִיּוֹק וְלֹא יִכְרֵן מְקוֹמָן,
לֹא יִדְעוּ מְנוּחַ."

74 ראו למשל רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 253 (1999); ע"א 7210/96 עזבון המנוח משה גרינברג ז"ל נ' גרינברג, פ"ד נב(4) 49, 60 (1998). כן ראו ע"א 5097/11 טלראן תקשורת (1986) בע"מ נ' צירלטרון בע"מ, פסקה ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 2.9.2013). כן ראו את פסק דינו של השופט עמית באותו מקרה, שבו הוא בוחן את האפשרות להחיל פרשנות יצירתית-תכליתית שתתאים לערכים המוגנים לשיטתו ותתאפשר במסגרת מילות החוק הקיים.

75 ברק, לעיל ה"ש 72, בעמ' 55–65; ב"ש 67/84 חרד נ' פז, פ"ד לט(1) 667, 670 (1985); בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 544 (1990).

76 ראו בפרק ג.ג.2. ובפרק ד.ב.2..

77 ראו לעיל בפרק ו.ב..

הרשות החוקרת מצד שני. ייאמר מיד כי העקרונות שאפרט להלן אינם בהכרח נובעים, כל אחד מהם כשלעצמו, אך ורק מן המודל הפרסונלי. במילים אחרות, עקרונות אלה יכול שיימצאו בחקיקה הקיימת בנוגע לדיני איסוף הראיות, במרחב הקיברנטי כמו גם במרחב הפיזי, וכן יכול שינבעו ממקורות הצדקה אחרים, שאינם קשורים למודל המוצע כאן לדיני החקירה הפלילית במרחב הסייבר. עם זאת כל אחד מן העקרונות האמורים מתיישב עם המודל הפרסונלי ומקדם את המהלך הדו-כיווני, של הרחבת סמכויות איסוף ראיות, אשר מוגבלות לפי התפישה הטריטוריאלית והתפישה הפיזית, ושל הדגשת מעמדו של האדם במוקד של דיני איסוף הראיות הדיגיטליות בחקירה פלילית.

1. איזונים עקרוניים לעומת איזונים קונקרטיים

העיסוק בסמכויות איסוף ראיות בחקירה פלילית מחייב איזון בין צורכי החקירה לבין הזכויות החוקתיות המוגנות הנוגדות. מקובל להבחין בין שתי רמות איזון: איזון עקרוני-קטגורי, המכונה גם "Definitional balancing", ומנגד איזון קונקרטי, המכונה גם "Ad-hoc balancing".⁷⁸ בהקשרנו, ברמת האיזון העקרוני ייבחנו שאלות כגון אילו פעולות חקירה החוק צריך לאפשר ואילו לא; מהי נוסחת האיזון שיהא על השופט להפעיל בבואו לבחון בקשה לצו המסמך לביצוע פעולת איסוף ראיות דיגיטליות.⁷⁹ ברמה הקונקרטית הכוונה לשלב היישומי, שבו הגורם המסמך מציב את כל השיקולים לנגד עיניו ובוחר כיצד לשקול אותם.⁸⁰ יתרונו של האיזון ברבדיו העקרוניים הוא כי הוא נעשה על בסיס עקרון רציונלי המשקף קו מנחה ערכי.⁸¹ האיזון העקרוני ידוע מראש, שכן הוא כתוב עלי חוק או למצער קבוע בפסיקה מנחה, ועל כן הוא מאפשר ודאות ברמה גבוהה. מכאן, שאי אפשר לבסס מערכת דינים הנעדרת איזונים עקרוניים, שכן תהיה זו מערכת דינים כאוטית, שתביא לחוסר יציבות משפטית. לעומת זאת באיזון העקרוני טמונים חסרונות: האחד, הגם שמלאכת האיזון העקרוני מורכבת וכוללת מגוון של שיקולים מנוגדים, הרי שתוצאתה היא לכאורה בינארית: או שהסמכות תוכר עקרונית או שלא תוכר.

78 כן בלשונו של נימר: Melville B. Nimmer, *The Right to Speak from Times to Time – First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, 56 CALIF. L. REV. 935, 942 (1968).

79 האיזון העקרוני יכול להתקיים ברמת החקיקה, בדמות חקיקה שקובעת מבחני איזון קטגוריים, וברמת הפסיקה, בדמות פסיקת בית-המשפט העליון, למשל, הקובעת נוסחת איזון, שהיא בבחינת מבחן איזון עקרוני. ראו אהרן ברק "מידתיות: מתודולוגיה ודמוקרטיה" ספר אור 703, 723–724 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים, 2013).

80 להבחנה בין שתי רמות האיזון ראו אהרן ברק "איזון חוקתי עקרוני ומידתיות: ההיבט התורתי" ספר ברק: עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 39, 76–77 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009).

81 את השאיפה להכרעה שיפוטית על בסיס עיקרון רציונלי מנחה הביע לראשונה השופט (כתוארו דאז) אגונט בבג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 881 (1953). ראו עוד את בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 400 (1984); בג"ץ 2481/93 דייך נ' וילק, פ"ד מח(2) 456, 474–476 (1994); בג"ץ 6893/05 ח"כ הרב יצחק לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876, 887 (2005); ראו גם אהרן ברק פרשנות במשפט, כרך ג, פרשנות חוקתית 215–217 (1994). ככלל, ברק הביע עמדה התומכת באיזון עקרוני. ראו אהרן ברק פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה 687–688 (1994).

התוצאה הבינארית סותרת את האופן שבו ביקשתי לעצב את המודל הפרסונלי כמודל פלורליסטי ואלסטי שיוכל, מצד אחד, להתאים לקצב השינויים הטכנולוגיים בזירה הקיברנטי, ומצד שני לגלם איתור ואיזון של כל הזכויות המתנגשות; השני, האיזון העקרוני עוסק בקטגוריזציה, וקטגוריזציה סותרת, ברמה הרעיונית, את ההתייחסות הפרטנית לאנשים, נשאי הזכויות החוקתיות, שבבסיס המודל הפרסונלי; השלישי, ברמה המוסדית האיזון העקרוני, אפילו אם הוא נקבע בבית המשפט העליון ולא בידי המחוקק, למעשה מחליש את בית המשפט, שכן הוא כובל מכאן ולהבא את מערכת המשפט בנוסחת האיזון העקרונית. כיוון שבעניינינו מלאכת האיזון הנדרשת היא מורכבת, והסוגיות המשפטיות והטכנולוגיות מתפתחות כל העת, הרי שיקשה עד מאוד לחזות מראש את כל קטגוריות האיזון הנדרשות ולנסחן; הרביעי, האיזון העקרוני חותר לאובייקטיביזציה, אלא שלשאיפה "נקייה" זו יש מחיר בדמות פגיעה בקשב השיפוטי לסוגיות האישיות שעומדות על הפרק.⁸²

בשים לב לכל האמור, נראה כי יש מקום לשקול איזון ברמת ביניים: לא איזון עקרוני המנותק מהזכויות הקונקרטיות ומהפעולות הקונקרטיות שמבקשות רשויות החקירה, אך גם לא איזון קונקרטי התלוי בלעדית בשיקול הדעת השיפוטי במקרה הנתון. דרך הביניים המוצעת היא של הבניית שיקול הדעת השיפוטי. הבניית שיקול הדעת השיפוטי יכולה לשמש מעין טכניקה המגשרת בין האיזון העקרוני לבין האיזון הקונקרטי הנעדר ההכוונה מ"גבוה". על רקע דברים אלה ראוי לשוב ולעיין בפסק דינו של בית המשפט העליון אשר דן בחוקתיותו של חוק נתוני תקשורת.⁸³ דעת הרוב בפסק הדין אישרה את חוקתיות החוק ברמת ההסדרים הקטגוריים שבו. כך נפסק מפי הנשיאה (בדימוס) ביניש:

"המציאות המודרנית בה אנו חיים והחידושים הטכנולוגיים הנלווים לה נותנים בידי אזרחי העולם – אשר ידם משגת – אמצעי תקשורת שמידת שכלולם הולכת וגדלה ואשר מאפשרים העברת מידע בקלות, במהירות ועל-פני שטחים נרחבים. מן הצד האחד הפכה מציאות זו את עולמנו למקום בו מידע פרטי רב הנוגע לאדם נע בחופשיות – ופעמים רבות בהסכמת אותו פרט – בספירה הציבורית. מן הצד האחר הפכה מציאות זאת פלטפורמה נוחה לגורמים שליליים ועבריינים המבקשים לעשות שימוש ביכולות שמקנה הטכנולוגיה לצורכיהם. מדינות העולם, וישראל ביניהן, הבינו אף הן כי ניתן לרתום שינויים אלה לטובת שיפור יכולות האכיפה שלהן, תוך שיפור איכות חיי תושביהן. החוק שנתקף בעתירות שלפנינו מדגים הסדרה בדין הישראלי של השימוש בטכנולוגיות מתקדמות לטובת אכיפת החוק. כפי שדנו בהרחבה לעיל, אכן ראוי ליתן בידי רשויות האכיפה כלים מתאימים שיסייעו להן באכיפת החוק במציאות המשתנה. לצד זאת, אין גם כל ספק כי מהלכים אלה הינם בעלי פוטנציאל פגיעה רב בפרטיותם

82 לטענה זו, ראו Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 YALE L.J. 943, 992–995 (1987).

83 החוק נתקף חוקתית בכמה מישורים. ראו לעיל בפרק ד בה"ש 45.

של התושבים. מציאות זו מחייבת יצירת הסדרים מורכבים שנותנים משקל ראוי למכלול האינטרסים העומדים על הפרק".⁸⁴

למרות האישור ברמה העקרונית קבע בית המשפט העליון הנחיות פעולה למשטרה ולבתי המשפט כיצד יש לערוך איזונים ברמה הקונקרטית בין סמכויות החקירה וצרכיה לבין הפגיעה בזכויות מוגנות.⁸⁵ בדומה לזה, המודל הפרסונלי, כמסגרת חשיבה, שם את הדגש על שלב ההסמכה הקונקרטית של הרשות החוקרת, על דרך של גידורו של אופן הפעלת הסמכות בפועל, ומדגיש פחות את השלב העקרוני-הקטגורי. זאת כיוון שהפסילה הקטגורית של סמכויות האיסוף של הרשות החוקרת אינה מתיישבת עם המהות הפלורליסטית של המודל הפרסונלי ועם השאיפה שלו לשמש מסגרת חשיבה ניטרלית לטכנולוגיה, שלא תייצר מגבלות אפריוריות שעולות להתיישן אל מול התפתחויות טכנולוגיות עתידיות. עם זאת יש לזכור כי גם על פי המודל הפרסונלי יש פעולות איסוף שאפשר שבכל זאת ייפסלו אפריורית ברמה העקרונית: פעולות איסוף כלליות שאינן תלויות בחשד קונקרטי – אשר בהכרח כוללות פגיעה גורפת באנשים רבים שאינם חשודים – חוטאות למהות המודל הפרסונלי, ועל כן אפשר שייפסלו.

2. הסמכה שיפוטית ולא מנהלית ובקרה פנימית מקדימה

החקיקה הישראלית, המכוננת את סמכויות האיסוף של רשויות החקירה, מכירה בסמכויות מסוימות הדרשות הסמכה מנהלית ובסמכויות אחרות המחייבות הסמכה שיפוטית.⁸⁶ הבחנה זו קיימת גם במסגרת החקיקה הדלה בישראל המתייחסת לאיסוף ראיות דיגיטליות,⁸⁷ והיא קיימת

84 בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, פסקה 42 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש (פורסם בנבו, 28.5.2012).

85 כך למשל נפסק כי קבלת הנתונים על פי החוק תיעשה רק במקרים שבהם הדבר נדרש לצורך ממוקד וקונקרטי, כדוגמת חקירה הנסבה על אירוע ממוקד בעניינו של חשוד או קרבן ספציפיים. זאת, להבדיל משימוש בהסדרי החוק למטרות כלליות של גילוי עבריינים ומניעת פשע. בנוסף, בכל הנוגע להפעלת הסמכות הקבועה בסעיף 4 לחוק, המאפשר קבלת נתונים בהיתר מנהלי, נקבע כי זו תיעשה במשורה, במקרים קיצוניים, לצורך טיפול בעברות המחייבות זאת, ורק במקרים שבהם מחמת הדחיפות התברר כי אי אפשר לקבל צו מבית המשפט לפי ההסדר הרגיל, הקבוע בסעיף 3. זאת, כאשר המניעה מפנייה לבית המשפט נובעת מנסיבות הקשורות בהצלת חיים או מנסיבות קשות אחרות, והכול תוך התחשבות במגוון שיקולים, ובהם היות המנוי בעל מקצוע הנהנה מחיסיון על פי דין, מידת מעורבותו של המנוי בעברה, סוג הנתונים המתבקשים (אין דינם של נתוני בעלות על מנוי כדינם של נתוני תעבורה או נתוני מיקום), מידת הדחיפות והחומרה שבעברה וכיוצא באלה שיקולים. ככל שהדברים נוגעים לעיתונאים, אשר עצם חשיפת נתוני שיחותיהם עלולה להביא לחשיפת מקור, נקבע כי יש לקבל נתוני תקשורת בעניינם רק אם העיתונאי חשוד בעברה או שהוא קרובה.

86 ראו למשל את סעיף 23 לפקודת סדר הדין הפלילי [נוסח חדש], התשכ"ט–1969 (להלן – הפסד"פ), הקובע עילות לקבלת צו חיפוש (שיפוטית), וסעיף 43 לפסד"פ, הקובע כי שופט רשאי להורות בצו על הצגת חפצים הנדרשים כראיה. לעומת זאת ראו למשל את סעיף 7 לחוק האזנת סתר, התשל"ט–1979 (להלן – חוק האזנת סתר), הקובע אפשרות לקבל היתר מנהלי (של מפכ"ל המשטרה) להאזנת סתר במקרים דחופים.

87 ראו סעיפים 3–4 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח–2007 (להלן – חוק נתוני תקשורת). סעיף 3 מתייחס להסמכה שיפוטית לקבלת נתוני תקשורת, ואילו סעיף 4 מגדיר מצבים שבהם תיתכן קבלת נתוני תקשורת בהיתר מנהלי.

אף באשר לחקיקה זרה המתייחסת לאיסוף ראיות דיגיטליות.⁸⁸ בניסיון לתור אחר ההצדקות להסמכה מנהלית ולא שיפוטית ניתן להציג את שתי הטענות האלה: ראשית, לעתים פעולת האיסוף נתפשת כפעולה לא-פוגענית במיוחד, ועל כן לכאורה אין הצדקה בביקורת שיפוטית, שהיא בדרגה גבוהה משל ביקורת מנהלית; שנית, לעתים צורכי החקירה דחופים במיוחד, ולכאורה אין שהות לקיים הליך שיפוטי במעמד צד אחד לצורך הסמכת הרשות החוקרת. לטעמי, הטענה הראשונה תקפה במידה מוגבלת כשמדובר בחקירה פלילית במרחב הסייבר. זאת על בסיס הדברים שהצגתי בפרק ה לעיל, אשר הדגישו את המורכבות החוקתית המיוחדת בהקשר של חקירה פלילית במרחב הסייבר. מכאן שקשה לקבוע, ברמה הקטגורית, שפעולות איסוף מסוימות מגלמות פגיעה ברמה נמוכה בכל מובני ההגנה החוקתית, ולכן אין צורך בהסמכה שיפוטית בעניינן. אשר לטענה השנייה, אמנם במציאות הישראלית המרחקים הגאוגרפיים קצרים, ובית המשפט מציב שופטים תורנים גם בשעות הלילה, אולם מנגד צורכי החקירה הם לעתים דחופים במיוחד, וכמו כן הראיות הדיגיטליות, לפחות בחלקן, הן נדיפות, ולכן גם עיכובים של פרקי זמן קצרים עלולים להביא לעיוות או למחיקת הראיה הדיגיטלית. לצד צורכי חקירה דחופים יש מצבים דחופים לא-חקירתיים של חשש לחיי אדם (אדם נעדר, אדם אבדני וכיוצא בזה), וגם הם מצדיקים ביצוע פעולות איסוף מידע בהיתר מנהלי דחוף ולא בהיתר שיפוטי.

הנה כי כן, התכלית הראשונה שבבסיס ההיתר המנהלי אינה תקפה בכל הנוגע לחקירה פלילית במרחב הסייבר, ואילו התכלית השנייה תקפה במידה לא מבוטלת. לצד שתי תכליות אלה ראוי לציין כי מהדיון שערכתי עד כה עולה כי ההסמכה לביצוע פעולת איסוף במרחב הסייבר מגלמת הכרעה, שיפוטית מובהקת במהותה, בין צורכי החקירה למכלול של זכויות חוקתיות הנישאות בידי "שחקנים" רלוונטיים שונים. הכרעה זו צריכה להיעשות תוך היכרות עם זירת החקירה הקיברנטית, תוך בחינת חלופות פעולה פוגעניות פחות. על כן מתבקש לכאורה שגורם שיפוטי יישא באחריות לשקול את השיקולים המשפטיים, ואין להסתפק בהכרעה של גורם מנהלי. בנוסף, בתת-הפרק הקודם התייחסתי להיותו של המודל הפרסונלי תומך במיעוט איזונים עקרוניים, ברמת החקיקה, ובריבוי איזונים קונקרטיים, אך הוק, לפי נסיבות המקרה. מלאכת האיזון הקונקרטי, ככלל, היא מלאכת איזון שיפוטית ולא מנהלית, ובמיוחד הדברים אמורים כאשר על פי המודל הפרסונלי יוטל מרכז הכובד על ההכרעות הקונקרטיות. נוסף על האמור עד כה, ראוי בהחלט לכוון גם "תחנה" מקדימה, בטרם ההכרעה השיפוטית, וזאת במסגרת הרשות המבצעת. התחנה יכולה להיות פנים-ארגונית, בתוך הרשות החוקרת או בין הרשות החוקרת לבין רשויות התביעה. הרעיון בבסיס יצירת ה"תחנה" המקדימה האמורה הוא כי תופעל בקרה מקדימה על עצמת הצורך החקירתי, ההכרח בביצוע פעולת האיסוף המבוקשת ועלות הפעולה. ראוי, ככלל, שאת הבקרה יעשה גורם ממונה שאין לו חלק פעיל בחקירה המדוברת. רק אם יינתן אישור של הגורם הממונה המנהלי, תוכן בקשה לבית המשפט שיבחן אותה. במילים אחרות, ראוי לדרוש הפעלה של שיקול דעת דו-שלבי: מנהלי-פנימי ולאחריו שיקול דעת שיפוטי-חיצוני.

88 לדוגמה, בדין האמריקני הסמכות להורות על שמירת מידע מכאן ולהבא (Preservation) היא סמכות שמתבצעת בהיתר מנהלי. ראו 18 U.S.C. § 2703(f). לעומת זאת סמכות החיפוש בחצרים או במחשב, למשל, היא שיפוטית (Search warrant).

הצידוד בהסמכה השיפוטית לפעולות הרשות החוקרת אינו חזות הכול. מעניין כי בית המשפט העליון עצמו, עוד למן הפסיקה הוותיקה בעניין קלוגר, תפש במידה רבה את שלב ההסמכה לביצוע פעולת איסוף כשלב אדמיניסטרטיבי ולא שיפוטי במהותו.⁸⁹ הוצאת צו החיפוש נתפשה שם כ"עניין צדדי וטפל" למשפט עצמו.⁹⁰ התפישה בעניין קלוגר ממשיכה לחלוש במידה רבה על דיני החיפוש במשפט הישראלי.⁹¹ ביקורות דומות נשמעו גם על תפישת התפקיד של בית המשפט האמריקני בהקשר של הסמכת הרשות החוקרת לביצוע פעולות איסוף.⁹² סבורני כי תפישה זו בטעות יסודה, כיוון שהיא מחמיצה את חשיבותו של מעשה ההסמכה של הרשות החוקרת לאיסוף ראיות. הדברים נכונים לחיפוש בחצרים ונכונים שבעתיים לחדירה לחומר מחשב. תפישה ברוח עניין קלוגר תביא להתעלמות ולפגיעה בצרור הזכויות החוקתיות של החשוד ושל צדדים שלישיים, המחייבות שקילה ואיזון בטרם הסמכת הרשות החוקרת לאיסוף ראיות דיגיטליות. פעולת האיסוף כשלעצמה גורמת לפגיעה בזכויות חוקתיות גם בלי שתיק החקירה יתגלגל לכדי כתב אישום ולאחר מכן לכדי הרשעה. עצם ביצוע פעולת האיסוף כבר יצר את הפגיעה. על כן הדיון בבקשה לצו המסמיך את הרשות החוקרת לאיסוף ראיות, בפרט ראיות דיגיטליות, הוא רגע שיפוטי ממדרגה ראשונה, בתנאים לא פשוטים – של מעמד צד אחד, לחץ זמן נוכח צורכי החקירה – וברמת מורכבות גבוהה המחייבת שקילה של מכלול זכויות חוקתיות אל מול צורכי החקירה.

בשל תפישת התפקיד השיפוטי בהקשר זה כאדמיניסטרטיבי, במצב המשפטי דהיום בית המשפט עלול שלא להיות גורם מרסן אפקטיבי כלפי הרשות החוקרת, ואז עלולה להיווצר תופעה של הרחבת יתר בהסמכה של הרשות החוקרת לאיסוף ראיות. ציינתי לעיל שנכון להיום בתי המשפט מאשרים לרוב צווי חדירה המנוסחים באופן שיתאפשר לעיין בכל החומרים ובכל המחשבים והמדיות שיימצאו בחיפוש בחצרים.⁹³ הניסוח האמור מחטיא את ההוראות המיוחדות בחוק בנוגע לחדירה לחומר מחשב המעידות על מגמת הגבלה והצרה של היקף החדירה.⁹⁴ יישום המודל הפרסונלי יחייב שינוי מהותי ביחס לאירוע ההסמכה השיפוטית לרשות החוקרת. כיוון שעסקינן בהסמכה לביצוע פעולת איסוף של ראיות דיגיטליות בחקירה פלילית

89 כדברי השופט ברנזון: "מתעוררת השאלה אם בתיתו צו חיפוש ותפישה פועל השופט כבית-משפט או שהוא עושה פעולה אדמיניסטרטיבית גרידא, אף שיש בה שיקול-דעת שיפוטי. נראה לי, כי ביסודו התפקיד הוא אדמיניסטרטיבי... אין בהוצאת צו כזה משום עשיית פעולה שיפוטית טהורה של בית-משפט..." (בג"ץ 49/62 קלוגר נ' המפקח הכללי של משטרת ישראל, פ"ד טז 1267, 1271 (1962)). להחלטה ברוח דומה, בנוגע להחלטה על גורלם של תפוסים בתיק פלילי, ראו ע"פ 239/55 פרח נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ט 1043, 1045 (1955), שם התבטא השופט ויתקון כי תפקידו של השופט בהכרעה על חילוט תפוסים בתום הליך פלילי היא הכרעה ספק שיפוטית וספק מנהלית בטיבה. עניין קלוגר, לעיל.

90 ראו בג"ץ 583/87 הלפרין נ' כב' סגן נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים, פ"ד מא(4) 683, 691–692 (1987); ת"פ (מחוזי י-ם) 274/92 מדינת ישראל נ' חי, בפס' 6 (לא פורסם, 18.12.1996).

91 ראו, Daniel J. Solove, *Reconstructing Electronic Surveillance Law*, 72 GEO. WASH. L. REV. 1264, 1928 (2004); Paul M. Schwartz, *German and U.S. Telecommunications Privacy Law: Legal Regulation of Domestic Law Enforcement Surveillance*, 54 HASTINGS L.J. 751, 793–794 (2003).

92 ראו לעיל בפרק ד.ג.2.

93 ראו סעיף 23א(ב) סיפה לפסד"פ, הקובע שעל צו החדירה לפרט את "מטרות החיפוש ותנאיו שייקבעו באופן שלא יפגעו בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש".

במרחב הסייבר, הרי שבית המשפט יידרש לערוך בחינה שיפוטית ברזולוציה טכנולוגית מפורטת. כאמור לעיל, הדיון יתרחש לרוב במעמד צד אחד, ובמקרה כזה יהא על בית המשפט לשים עצמו כ"סנגור ממונה" ולבחון, כנגזר מדרישת המידתיות, כיצד ניתן לצמצם את בקשת הרשות החוקרת. בחינה זו עשויה לחייב מיומנות גבוהה של השופט בנושאי משפט וטכנולוגיה.⁹⁵

לסיכום, "דרך המלך" צריכה להיות שלעולם תעבורנה פעולות איסוף הראיות ביקורת שיפוטית, אשר קודם לה תופעל בקרה פנימית במסגרת הרשות המבצעת. עם זאת לא די בקביעות אלה. יש צורך להבטיח ששיקול הדעת השיפוטי בעת בחינתה של שאלת ההסמכה הקונקרטית של הרשות החוקרת יופעל כדבעי מבחינה תהליכית.⁹⁶ את זאת ניתן להבטיח באמצעות הבניית שיקול הדעת השיפוטי בחקיקה. על כך ארחיב להלן.

3. הבניית שיקול הדעת השיפוטי

הבניית שיקול הדעת השיפוטי מנסה לחבר בין האיזון החוקתי העקרוני לבין האיזון החוקתי הקונקרטי. לכאורה, ברמת החקיקה נערך בדרך כלל האיזון החוקתי העקרוני במובן זה שהמחוקק מחליט קטגורית אילו פעולות איסוף תותרנה ואילו לא. לעומת זאת ברמה השיפוטית, של המקרה המסוים שהשופט המתבקש לאשר את פעולת האיסוף בוחנו, אמור להיערך האיזון הקונקרטי. כאשר המחוקק מבנה את אופן הפעלתו של שיקול הדעת השיפוטי במקרה הקונקרטי, הרי שברמה הרעיונית המחוקק חוצה "גבול" מהמישור העקרוני למישור הקונקרטי.

ואולם, ראינו לעיל בפרק ה שהדיון החוקתי בנוגע לאיסוף ראיות בחקירה פלילית במרחב הסייבר הוא מורכב במיוחד וכולל הכרח להידרש לשלושה ממדים: ממד השחקנים הטוענים לזכויות חוקתיות; ממד הפרישה הטריטוריאלית של ההגנות החוקתיות; ממד טיב הזכויות עצמן ורובדי הפגיעה בהן. כמו כן הנסיבות שבהן נדרש בית המשפט לערוך את הבחינה החוקתית

95 משמעות הדברים, ברמה הפרקטית, היא שלמודל שאני מציע יש משמעות תקציבית, בדמות עיבוי רגע ההכרעה השיפוטית ויצירת מסלול הכשרה לשופטים מיומנים לתחום זה. לא ארחיב כאן את הדיון בסוגיית ההתמקצעות השיפוטית הייחודית, אך אציין כי קיימות כמה אפשרויות להכשרת השופטים: האחת, בדמות יצירת בית משפט לעניינים דיגיטליים (על פני הדברים נראה לי כפתרון לא ראוי, שכן סוגיית הראיות דיגיטליות חובקת את כלל תחומי הפשיעה ולא דווקא את העברות נגד המחשב או חומר המחשב); השני, מינוי כמה שופטים בבתי המשפט השונים כשופטים לענייני ראיות דיגיטליות ויצירת מסלולי הכשרה והסמכה ייחודיים לשופטים אלה; השלישי, הכשרת כלל השופטים לנושאי משפט וטכנולוגיה. להרחבה ראו United Nations Office on Drugs and Crime, Comprehensive Study on Cybercrime 172–178 (Draft – February 2013) http://www.unodc.org/documents/organized-crime/UNODC_CCPCJ_EG_4_2013/CYBERCRIME_STUDY_210213.pdf.

96 ההבניה יכולה לשפר את תהליך קבלת ההחלטה השיפוטית. היא אינה יכולה, ואינה צריכה, לוודא שתקבל התוצאה השיפוטית הנכונה. ניתן להצדיק זאת בכמה רמות: האחת, ניתן לטעון כי במערכת היחסים המוסדית בין המחוקק לבין בית המשפט, עצמאות בתי המשפט תישמר אם לא תוגבל סמכותם לסמכות יישום פשוטה, אלא תוענק להם סמכות הכרעה פתוחה יותר; השנייה, ניתן לטעון כי ממילא אין תוצאה משפטית אחת נכונה לכל שאלה, ועל כן אין ההבניה יכולה אלא להבטיח את התהליך אך לא את התוצאה. על סמכות ההכרעה של בתי המשפט, ועל העמדה כי אין תוצאה משפטית נכונה לכל סוגיה, ראו יוסף שפירא "בעיית שיקול הדעת השיפוטי במקרי גבול" משפטים ב 57 (1970), ומנגד יוסף רז "עקרונות משפטיים ושיקול דעת שיפוטי" משפטים ב 317 (1970).

המורכבת מקשות על קבלת החלטה מאוזנת: מדובר על פי רוב בהליך דחוף, המתקיים לרוב במעמד צד אחד (ex parte), כאשר לא אחת מדובר בפעולות סתר אשר גם לאחר ביצוען קיימת סבירות שלא ייחשפו לעיני הצדדים הנפגעים. יתר על כן, נדרשת הבנה ברמה גבוהה למדי של המדיום הקיברנטי, על מופעיו השונים, ושל צורכי החקירה במדיום האמור. בשל כל אלה הבנייתו של שיקול הדעת השיפוטי בהקשרנו משרתת מטרת רצויות של ודאות, צפיות ויכולת אפקטיבית יותר לבקר את ההחלטה השיפוטית, הן ביקורת מראש (על הוראות החוק המבנות את שיקול הדעת השיפוטי) והן ביקורת בדיעבד (על האופן שבו בית המשפט צעד במסלול שהתווה לו המחוקק). מטעמים אלה ניתן להציג טיעון הפוך מן האינטואיציה,⁹⁷ ולפיו הבניית שיקול הדעת השיפוטי מעצימה את שלב האיזון החוקתי הקונקרטי ואת בית המשפט העורך את הבחינה הקונקרטי, ולא מחלישה אותם. בנוסף, עמדתו של פרופ' אהרן ברק היא כי גם משטר משפטי של הבניה אינו מביא לביטול שיקול הדעת השיפוטי, שכן לעולם מלאכת האיזון בין האינטרסים, הערכים והזכויות המתנגשות תחייב הפעלה של שיקול דעת.⁹⁸

לטעמי, יש מקום לצדד בהבניה חקיקתית של שיקול הדעת השיפוטי בקשר לצווים המסמיכים את הרשות החוקרת לבצע פעולות איסוף במרחב הסייבר. כאמור, ההבניה מחזקת לטעמי את שלב האיזון הקונקרטי של בית המשפט. היא אינה הופכת את בית המשפט למיישם בלבד, והוא נותר במעמדו כמכריע, אלא שבשל עושרו של רגע ההכרעה השיפוטית בנסיבות של חקירה פלילית במרחב הסייבר, ההבניה הן מוצדקת נורמטיבית והן מחויבת המציאות מבחינה פרקטית. ניתן למנות טכניקות חקיקתיות שונות ליצור הבניה של שיקול הדעת השיפוטי בהקשר של הסמכה לביצוע פעולות איסוף ראיות. אציג כמה מהן בסדר עולה מבחינת עצמת ההבניה: 1. הצבת דרישות סף פורמליסטיות שאותן בית המשפט יידרש לבדוק (למשל, שהעברה הנחקרת תהיה מסוג פשע, שהבקשה לצו המסמיך תיחתם בידי קצין משטרה מדרגה מסוימת, שהבקשה תכלול פירוט של בקשות קודמות באותו תיק חקירה וכדומה).⁹⁹

97 הטענה הקלאסית היא שהיעדר הבניה של שיקול הדעת השיפוטי הוא שמאפשר לבית המשפט העליון להרחיב מושגי סל עמומים ובכך להגדיל את עצמתו מבחינה מוסדית-פוליטית. לעניין זה, ראו למשל רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול-דעת ככוח שיפוטי" תיאוריה וביקורת 5, 7 (1994); מנחם מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" תיאוריה וביקורת 5, 25 (1994).

98 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט, כרך א, תורת הפרשנות הכללית 307-317 (1992). ברק טען כי לעולם לא יתאפשר להימנע מהותרת שיקול דעת שיפוטי, גם במשטר של הגבלה ותחיקה של שיקול הדעת השיפוטי. יתרה מזאת, ברק עצמו פעל להבניה, אמנם שיפוטית, של שיקול הדעת השיפוטי. ראו יגאל מרזל "על תרומתו של אהרן ברק להבניית שיקול הדעת השיפוטי" ספר ברק: עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 103 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009). הטיעון של ברק מתחבר לטיעונו של הארט, שלפיו לעולם ייוותר מתחם של שיקול דעת בפירוש החוק, וכי הוא מטיל ספק ביכולתו של המשפט להבנות את שיקול הדעת השיפוטי באופן כה מושלם עד שלא יהיה מקום עוד למושגים שהם רקמה פתוחה (open texture), ועד אשר תורת המשפט תהיה מכנית. ראו HART, לעיל ה"ש 71, בעמ' 121-150. ראו גם אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 52-58 (1987).

99 הבניה מעין זו מופיעה בחוק הישראלי. ראו למשל את סעיפים 1 ו-6 לחוק האזנת סתר, שבו נדרש כי הבקשה לצו האזנת סתר תיחתם בידי קצין משטרה בדרגת ניצב משנה שהוסמך לכך, ובבקשה יופיע קצין משטרה בדרגת סגן ניצב. כמו כן ידון בבקשה נשיא בית משפט מחוזי או סגנו שמונה לכך ולא שופט תורן בבית משפט השלום, כמקובל ביתר הצווים השיפוטיים המסמיכים לביצוע פעולות חקירה. הצו יינתן רק בקשר לעברות מסוג פשע. כן ראו סעיפים 1 ו-3 לחוק נתוני תקשורת, המחייבים "קצין מוסמך", כהגדרתו בחוק, יגיש בקשה לקבלת נתוני תקשורת.

2. קביעה שעל בית המשפט לשקול מערך מסוים של שיקולים שנמנים במפורש בחוק.¹⁰⁰
3. קביעת הפרמטרים שיימנו בהחלטה השיפוטית המסמיכה, כטכניקה לעיצוב שיקול הדעת עובר למתן ההחלטה.¹⁰¹
4. קביעת מדרג עדיפויות של שיקולים קונקרטיים או דרכי פעולה מסוימות, למשל קביעה שיש להעדיף פעולת איסוף מסוימת, הנחשבת לפוגענית פחות, על פני פעולת איסוף אחרת, פוגענית יותר.¹⁰²

אתיחס בקצרה לכל אחת מן הטכניקות האמורות. לטעמי, ההבניה על דרך של הצבת חסמים פורמליסטיים אין בה כדי לתרום משמעותית לקידום האיזון הקונקרטי הנאות, שכן זו הבניה אשר מדגישה את התפל. החסמים הפורמליסטיים נועדו להיות אינסטרומנטליים ולשרת את הדרישות המהותיות יותר. עם זאת הקשר הסיבתי בין החסמים הפורמליסטיים לבין הבטחת הדרישות המהותיות יותר אינו חד־משמעי. ברמה התוצאתית נראה כי החסמים הפורמליסטיים אינם מייצרים בלם חזק דיו בפני רשויות החקירה. ניתן להסיק זאת מעיון בדיווחים השנתיים של המשרד לביטחון פנים לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בנושא האזנות סתר.¹⁰³ דיווחים אלה שופכים אור על מספר האזנות הסתר הפליליות שמבצעת המשטרה מדי שנה, ושמבצעות רשויות חקירה אחרות המוסמכות לכך, בין בעצמן¹⁰⁴ ובין באמצעות המשטרה.¹⁰⁵ כעולה מדיווחים אלה, פחות מאחוז אחד של הבקשות המוגשות לנשיא בית משפט מחוזי (או לסגנו שהוסמך לדון בבקשות על פי החוק) – מסורב.¹⁰⁶ מנגד, חרף הצבת גורם שיפוטי בכיר כגורם

100 הבניה מעין זו אינה מופיעה בחקיקה הישראלית הקיימת, להוציא חוק נתוני תקשורת, שהוא המאוחר שבחוקים המסמיכים את הרשות החוקרת לבצע פעולות איסוף בחקירה פלילית. סעיף 3(ו) לחוק נתוני תקשורת קובע כי על בית המשפט להתחשב במטרות היחידה החוקרת, בחומרת העברה, במידת הפגיעה בפרטיות, בהיות מושא הבקשה בעל מקצוע הנהנה מחיסיון על פי דין, בסוג נתוני התקשורת המבוקשים ועוד.

101 ראו, למשל, את סעיף 23א(ב) לפסד"פ, הקובע כי צו החדירה לחומר מחשב חייב לפרט את מטרות החיפוש ותנאיו, שייקבעו באופן שלא יפגע בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש. כן ראו סעיף 3(ח) לחוק נתוני תקשורת, הקובע כי צו לקבלת נתוני תקשורת יכלול פירוט נימוקים למתן הצו, סוג נתוני התקשורת שמוותר לקבלם, פרטי זיהוי של המנוי או המתקן שהנתונים התבקשו לגביהם, פרק הזמן העתידי בו יותר לקבל את נתוני התקשורת, מועד מתן הצו ומועד תום תוקפו.

102 הבניה מעין זו אינה מנויה כיום בחקיקה הישראלית.

103 ראו הדיווחים בפורטל ועדת חוקה, חוקה ומשפט של הכנסת: http://knesset.gov.il/huka/Follow_UpLaw_1.asp?initiation_type_id_t=8.

104 מכוח סעיף 49ט(א) לפקודת המשטרה, ביחד עם תקנה 1 לתקנות האזנת סתר, התשמ"ו-1986 (להלן – תקנות האזנת סתר), עולה כי המחלקה לחקירות שוטרים (מח"ש) רשאית לבקש האזנת סתר במסגרת חקירות אשר בתחום סמכותה, והבקשה תידון ותבוצע בידי מח"ש בעצמה.

105 תקנות האזנת סתר, התשמ"ו-1986 מגדירות "רשות חוקרת אחרת", פרט למשטרת ישראל, הרשאית לבקש האזנת סתר: רשות ההגבלים העסקיים, רשות ניירות ערך, אגף מס הכנסה ומיסוי מקרקעין, אגף המכס ומס ערך מוסף, משטרה צבאית חוקרת ומח"ש. רשויות אלה, להוציא מח"ש, אינן מבצעות בפועל את ההאזנה בעצמן, אלא באמצעות העברת בקשה למשטרת ישראל. ראו דין וחשבון ועדת החקירה הפרלמנטרית בעניין האזנות סתר, התשס"ט-2009, בעמ' 17-18.

106 ואלה הנתונים על פי דיווחי השר לביטחון פנים לוועדת חוקה, חוקה ומשפט של הכנסת: בשנת 2011 הוגשו 2,682 בקשות לצווי האזנת סתר במסלול הפלילי, מתוכן 45 היו של רשויות חוקרות אחרות שאינן משטרת ישראל. ל-6 בקשות בלבד סירב בית המשפט. בשנת 2010 הוגשו 2,283 בקשות לצווי האזנת סתר במסלול הפלילי, מתוכן 60 היו של רשויות חוקרות אחרות שאינן משטרת ישראל. ל-7

המוסמך לאשר את בקשות ההאזנה, הרי שמבחינת התנאים המהותיים לקבלת צו האזנת סתר, הרף הוא נמוך למדי: די בשכנוע השופט כי ההאזנה דרושה לגילוי, לחקירה, למניעה או לחילוט בעברות פשע, או לצורך גילוי החשוד.¹⁰⁷ ייתכן שיש בנתון זה כדי להראות שהצבת חסם פורמליסטי גבוה של גורם שיפוטי בכיר אשר רק הוא יוסמך לאשר האזנות סתר אין בו כדי להגביה את המשוכות המהותיות לצורך קבלת צו האזנת סתר.¹⁰⁸

אשר להבניה על דרך של הקביעה כי על בית המשפט לשקול מערך מסוים של שיקולים שנמנים במפורש בחוק, כאן מדובר בהבניה המבקשת להתקרב אל ליבת ההליך של קבלת ההחלטות בבית המשפט. עם זאת בפועל החוק הישראלי החמיץ לא אחת את הפוטנציאל שבמנגנון הבניה זה. כך למשל הבניית החובה לשקול את "מידת הפגיעה בפרטיותו של אדם", כפי שמופיע למשל בחוק נתוני תקשורת¹⁰⁹ או בחוק האזנת סתר,¹¹⁰ אין היא למעשה מוסיפה דבר, כיוון שעיקרון זה ממילא מחויב המציאות מכוח חוקי היסוד. בכל הנוגע לתהליך ההכרעה השיפוטית בבקשות לצווים המסמיכים לביצוע פעולות איסוף ראיות במרחב הסייבר, קיימת חשיבות להדרכה מטעם המחוקק אילו שיקולים צריכים לעניין. הדרכה זו חשובה בשל מורכבות הזירה הקיברנטית כזירת חקירה. כך למשל ניתן להנחות את בית המשפט להתייחס לסוג המופע המקוון שבו מדובר, לאתר את מכלול ה"שחקנים", מלבד החשוד עצמו, העלולים להיפגע מפעולת איסוף הראיות המבוקשת ועוד.

אשר להבניה על דרך של דרישה להתייחסות שיפוטית מפורשת לפרמטרים האמורים להימנות בהחלטה השיפוטית המסמיכה, כטכניקה לעיצוב שיקול הדעת עובר למתן ההחלטה, גם כאן, בדומה לטכניקת ההבניה הקודמת, מדובר בטכניקה העלולה להיות מוחמצת, ככל שיימנו שיקולים טריוויאליים. כך למשל ההבניה בפסד"פ,¹¹¹ במסגרת ההוראה המסמיכה את בית המשפט להתיר חדירה לחומר מחשב, אינה מוסיפה רבות כשהיא קובעת שהצו השיפוטי המסמיך יקבע את מטרות החדירה לחומר המחשב ותנאיה "באופן שלא יפגעו בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש". עם זאת טכניקה זו יכולה בהחלט להיות יעילה ואף לרדת לרזולוציה פרטנית מזו של הטכניקה הקודמת, המתייחסת במישרין לשיקולים עצמם שעל השופט לבחנם. בשלב כתיבת ההחלטה אפשר לחייב את בית המשפט להתייחס לאפשרות קיומן של פגיעות עודפות בפרטיות ובזכויות חוקתיות נוספות של צדדים שלישיים; כן ניתן לחייבו להתייחס

בקשות בלבד סירב בית המשפט. בשנת 2009 הוגשו 2,200 בקשות לצווי האזנת סתר במסלול הפלילי, מתוכן 51 היו של רשויות חוקרות אחרות שאינן משטרת ישראל. ל-7 בקשות בלבד סירב בית המשפט.

107 סעיף 6(א) לחוק האזנת סתר.

108 סייגתי במידה מסוימת את מסקנתי היות שיכולה לעלות הטענה הזאת: חוק האזנת סתר קובע חסם פורמליסטי נוסף בדמות הדרישה שרק קצין משטרה בדרגת ניצב משנה ומעלה, אשר הוסמך לכך, יחתום על הבקשה לצו האזנת הסתר (ראו הגדרת "קצין משטרה מוסמך" בסעיף 1 לחוק האזנת סתר). תיתכן טענה שקביעת הדרג הבכיר לעצם הגשת הבקשה יצר מנגנון ריסון עצמי פנימי אשר הוא כה אפקטיבי עד שהביקורת השיפוטית המאוחרת מצומצמת במיוחד מבחינה תוצאתית. טענה זו אינה ניתנת לאישוש או להזמה משום שאין נתונים בדבר מספר הבקשות להאזנה אשר נעצרו במסגרת המנגנון הפנים-משטרה.

109 סעיף 3(ז) לחוק נתוני תקשורת.

110 סעיף 6(א) לחוק האזנת סתר.

111 סעיף 23א(ב) לפסד"פ.

למיקום הפיזי של המידע הדיגיטלי המבוקש ולהתייחס לשאלת הזיקות של המידע האמור למדינה שבה הוא מוחזק.

אשר להכניה על דרך קביעת מדרג עדיפויות של שיקולים קונקרטיים או דרכי פעולה מסוימות, המדובר כאמור בטכניקת ההכניה המתערבת ביותר בשיקול הדעת השיפוטי. טכניקה זו ישימה כמובן רק כאשר ניתן לקבוע א-פריורית שלעולם שיקול מסוים יהיה עדיף על רעהו או שדרך פעולה מסוימת תהא עדיפה על אחרת. ניתן לרכך את מדרג העדיפויות על דרך של קביעת אפשרות לסטות ממנו מטעמים מיוחדים.

4. חקיקה ניטרלית לטכנולוגיה

קשה ליצור מתכון לחקיקה מסמיכה "נכונה", וקיים מתח תמידי בין הרצון ליצור הגדרה רחבה וגמישה, אשר תיוותר רלוונטית גם נוכח התפתחויות טכנולוגיות עתידיות,¹¹² לבין ההכרח לנסח את סעיפי ההסמכה של הרשות החוקרת באופן מצמצם ככל הניתן, שימנע פגיעה פוטנציאלית עודפת בנשאי הזכויות החוקתיות במרחב הממוחשב. למעשה, המתח האמור קיים תמיד בין חקיקה לבין טכנולוגיה, לאו דווקא בהקשר של חקיקה המעניקה סמכויות איסוף ראיות בחקירה פלילית. כך למשל כתב קר על המתח האמור באשר לעברה הפלילית האמריקנית של "גישה בלתי מורשית לחומר מחשב" (Unauthorized access).¹¹³ לטענתו, המונחים שבהם השתמש המחוקק האמריקני סובלים מעמימות יתר, הפוגעת בעקרון החוקיות, וזאת בניסיון לשמור על ניטרליות טכנולוגית בהגדרת העברה הפלילית.¹¹⁴ אסף הרדוף כתב ברוח דומה על המתח הזה באשר לעברת החדירה לחומר מחשב בדין הישראלי.¹¹⁵ לטעמו של הרדוף, המצב האידאלי הוא של חקיקה המתייחסת ספציפית לאינטרנט.¹¹⁶

בניגוד לעמדה זו, עמדתי היא מבחינה תוצאתית כמעט הפוכה: על החקיקה להיות אדישה לטכנולוגיה ככל שניתן. התייחסות לטכנולוגיה ספציפית מבטיחה את התיישנות החוק במהרה,

112 חוקרים שונים הטילו ספק בעצם האפשרות התאורטית של החקיקה הפלילית להתאים לאופקי ההתפתחויות הטכנולוגיות. ראו למשל Michael L. Rustad, *Private Enforcement of Cybercrime on the Electronic Frontier*, 11 S. CAL. INTERDIS. L.J. 63, 115 (2001); Edward Lee, *Rules and Standards for Cyberspace*, 77 NOTRE DAME L. REV. 1275, 1279 (2002); Charlotte Decker, *Cyber Crime 2.0: An Argument to Update the United States Criminal Code to Reflect the Changing Nature of Cyber Crime*, 81 S. CAL. L. REV. 959, 1015–1016 (2008).

113 ראו Orin S. Kerr, *Cybercrime's Scope: Interpreting "Access" and "Authorization" in Computer Misuse Statutes*, 78 N.Y.U.L. REV. 1596, 1596–1599, 1643–1660 (2003).

114 במאמר אחר תיאר קר את התיקון הרביעי לחוקה האמריקנית ככזה המפורש בבתי המשפט כניטרלי לטכנולוגיה, ולמעשה, טען קר, ניתן להניח, בבחינת בררת מחדל, מצב של ניטרליות טכנולוגית בחקיקה. ראו Kerr, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1015–1017. קר הציג טיעון דיסקריפטבי של ניטרליות טכנולוגית, ואילו אני כאן מבקש להציג טיעון נורמטיבי של ניטרליות טכנולוגית.

115 אסף הרדוף "דיני העונשין גולשים באינטרנט: היסוד הפיזי הווירטואלי" הפרקליט נב 67, 90–79 (2013). בהמשך המאמר מתייחס הרדוף למתח בין החקיקה הפלילית בכלל לבין התפתחות האינטרנט. ראו שם, בעמ' 137–140.

116 שם, בעמ' 139.

עם התפתחות הטכנולוגיה¹¹⁷ או המעבר לטכנולוגיה חדשה. קל וחומר כשמדובר במדיום עשיר שבו מוטמעות אין־ספור טכנולוגיות שונות. ניסיון לייחד חקיקה ספציפית למרחב המקוון ולטכנולוגיות המוטמעות בו ייצר מרדף משפטי אחר הטכנולוגיה, שנועד לכישלון בשל אי־היכולת לחזות את כיווני הצמיחה של הטכנולוגיה.¹¹⁸ המודל הפרסונלי מתיימר להתבונן על הערכים בבסיס דיני איסוף הראיות תוך התעלמות מתפישות היסוד של המרחב הפיזי או של המרחב הקיברנטי. במילים אחרות, במתח המובנה בין המשפט לטכנולוגיה, שעליו מרבים לדבר חוקרי המשפט וטכנולוגיות מידע,¹¹⁹ אין לראות בטכנולוגיה כמצריכה תיקון והתאמה של המשפט, אלא יש לראות בטכנולוגיה כמחדדת ומאירה ערכים יסודיים של המשפט. התהליך הוא של מירוק ערכים ולא התאמתם או שינויים. השינוי הטכנולוגי עשוי להאיר את הכשלים בביטויים של הערכים עלי כתב בדין הקיים, ובמקרה כזה יידרש תיקון החוק. התמקדותם של דיני איסוף הראיות ביחס שבין הראיות לבין הפרטים הקשורים בהן תאפשר לגבש תיקון שיאפשר לבטא את הערכים המשפטיים היסודיים.

5. הטלת חובות תיעוד

כלל גדול הוא שפעולתה של הרשות החוקרת צריכה להיות מתועדת. ניתן לראות בחובות התיעוד (Auditing) כמתחייבת מכללי המשפט המנהלי של חובות הרשות לנהוג בשקיפות מלאה כלפי מי שנפגעים מפעולתה,¹²⁰ וניתן לראותה כנגזרת מהזכות להליך הוגן, שממנה נגזרת, במשפט הפלילי, הזכות לקבלת חומר החקירה שבבסיס האישום.¹²¹ מנגנון של חובות תיעוד מוגברות מאפשר ביקורת אפקטיבית בדיעבד על פעולתה של הרשות החוקרת, ולמעשה יש בכוחו כדי להרתיע מראש את הרשות החוקרת מפני חריגה מההרשאה השיפוטית באשר לחומר הנאסף ומפני זיהום זירת הראיות. ניתן לראות בחובות התיעוד של פעילות הרשות החוקרת גם חלק מפיתוח אחריותיות (Accountability) של המשטרה בחברה דמוקרטית. וכך, חובות התיעוד הן מרכיב בביסוס הלגיטימציה של המשטרה¹²² ואף נקשרות בערכים של חופש מידע ופיקוח

117 כך למשל האינטרנט התפתח בכמה דורות: מאמצעי תקשורת יחיד־אל־רבים לאמצעי תקשורת רבים־אל־רבים, וכעת מתרחשות מהפכות הניידות (אינטרנט סלולרי וחיבור Wireless בכל מקום) ומהפכות נוספות כמו "מחשוב ענן" ועוד. כל "דור" שכזה בעידן האינטרנט משנה את הבחינה המשפטית.

118 יוסף סומר (Sommer) כתב על הסכנה שבניסיונות הניבוי הטכנולוגיות, שאותן כינה "futurology". הדברים מקבלים משנה תוקף כשמדובר במרחב הקיברנטי, שהוא בבחינת טכנולוגיה של טכנולוגיות. השפעתו של המרחב הקיברנטי על השווקים ועל החברה אינה ניתנת לחיזוי. נוסף על כך, גם אם ייעשה ניסיון לקדם בחקיקה את פני הטכנולוגיה, הרי שאם החקיקה תיכשל, זיהוי הכישלון יתבצע באיחור ניכר, שכן אליבא דסומר, למשפט נדרש זמן כדי לזהות חוקים כושלים ולהקיאם מתוכו. ראו Sommer, להלן ה"ש 69, בעמ' 1159–1161.

119 ראו לעיל בפרק א.ד..

120 ראו למשל בג"ץ 3751/03 אילן נ' עיריית תל־אביב־יפו, פ"ד נט(3) 817, 834–835 (2004); עע"מ 2418/05 מילגרם נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה, מחוז ירושלים, בפס' 15–18 (פורסם בנבו, 24.11.2005).

121 ראו הדיון לעיל בפרק ה.ד.5..

122 ראו Kozlovski, לעיל ה"ש 2, בעמ' 385–388.

ציבורי על פעולותיהן של רשויות המדינה.¹²³ כל ההצדקות הללו מתקיימות בחקירה פלילית במרחב הפיזי, כמו גם בחקירה פלילית במרחב הסייבר. אולם מלבד הטיעונים הכלליים המצדדים בהטלת חובות תיעוד קיימת הצדקה מיוחדת להטלת חובות תיעוד מוגברות באשר לפעולתה של הרשות החוקרת בעניין ראיות דיגיטליות בזירה הקיברנטית, שאותה אפרט להלן. בכל הנוגע לראיות הדיגיטליות במרחב הקיברנטי החקירה הפלילית כוללת כמה שלבים: איסוף החומר, שמירתו, פיענוחו, עיון בו, אחזורו, שחזורו והפקתו. שלב איסוף החומר ניתן לבקרה בדיעבד כשמשווים בין הצו השיפוטי המסמיך את הרשות החוקרת לבין היקף החומר שנאסף בפועל. אולם השלבים המאוחרים יותר, של העבודה החקירתית על המידע שנאסף (שלב העיון, האחזור, השחזור וההפקה), אינם ניתנים לביקורת בדיעבד על סמך החומר שהופק בפועל, ועל כן יש הכרח בתיעוד שלבי העבודה בדרך עד להפקה בפועל. שלבי העיון בחומר, אחזורו ושחזורו מגלמים פגיעות עצמאיות בזכות הפרטיות. ייתכן שהצו המסמיך את הרשות החוקרת ביקש להגביל שלבים אלה, ורק תיעוד מהלך השלבים עצמם יאפשר לבקרם בדיעבד ולראות אם עמדה הרשות החוקרת במגבלות האמורות. בנוסף, עד לשלב הפקת חומר המחשב עלול להיגרם "נזק ראייתי" מחוסר מיומנות מתאימה של חוקר המחשבים, וללא תיעוד מלא של פעולת הרשות החוקרת בחומר המחשב, על שלביה השונים, עלולה הפגיעה שלא להתגלות. במקרה כזה הן תכליתה של הזכות להליך הוגן והן תכליתו של חקר האמת בהליך השיפוטי – ייפגעו.

כיצד ניתן ליישם מנגנון של חובות תיעוד מוגברות? קולובסקי עמד על ההבחנה בין פירוט התוכנות שבהן נעשה שימוש בחקירה (לצורך ניטור, מיזוג נתונים, אחזורם ושחזורם נתונים מחוקים) וחשיפת יכולותיהן הטכניות של התוכנות לבין פירוט מדוקדק של הפעולות שבוצעו באמצעות התוכנות הללו במסגרת החקירה.¹²⁴ ההבחנה היא בין חשיפת יכולות הכלי לבין חשיפת השימושים בכלי. מבחינת רשויות החקירה ברי כי הן תבקשנה לחסות – ובכך למנוע חשיפה – של השיטות והאמצעים שבהם הן משתמשות ובכך למנוע חשיפה של מגבלות היכולת החקירתית שלהן.¹²⁵ לעתים תישמע הטענה שגם פירוט יתר על אודות אופן השימוש בכלי הפרונטי עלול ללמד בהסקה לוגית פשוטה על יכולותיו של הכלי ועל מגבלותיו. הטענה האחרונה לטעמי לא תוכל להתקבל, כיוון שמשמעותה פגיעה חוקתית חמורה ומשולבת: הן בזכותו של החשוד להליך הוגן, הן בזכותם של צדדים שלישיים להתמודד בעתיד עם טענות

123 מכוח הצדקה זו ניתן להורות לרשויות החקירה לדווח תקופתית על אופן השימוש בכלי החקירה שברשותה. ניתן למצוא בחקיקה הישראלית שימוש בבקרה על דרך של דיווח תקופתי. בחוק האזנת סתר נקבעה חובת דיווח חודשית של המפכ"ל ליועץ המשפטי לממשלה על האזנות הסתר למטרות מניעת עברות וגילוי עבריינים (סעיף 196 לחוק), וכן חובת דיווח שנתית של השר לביטחון פנים לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת על האזנות הסתר הללו (סעיף 196 לחוק). כמו כן בחוק נתוני תקשורת נקבעה חובת דיווח לוועדת החוקה, חוק ומשפט על אודות השימוש בצווים שיפוטיים ובהיתרים מנהליים לקבלת נתוני תקשורת (סעיף 14 לחוק), אלא שחובה זו נתחמה לפרק זמן של ארבע שנים.

124 ראו Kozlovski, לעיל ה"ש 2, בעמ' 399–409.

125 בכל הנוגע לחיסוי היכולות של כלי החקירה, ככל שמדובר בהשלכה על חשוד או נאשם בהליך משפטי ספציפי, חלים דיני החסיונות הכלליים, במובן זה שאם חיסוי יכולות הכלי פוגע בהגנת הנאשם (כיוון שבאמתתו טענה של פגיעת הכלי במהימנות הראיות), דין החומר החסוי להיחשף או שהמדינה תחזור בה מההליכים נגד הנאשם.

לפגיעה בזכויותיהם והן בהרתעה *ex ante* של הרשות החוקרת לפעול במסגרת הסמכות שהוענקה לה. מנגד, האינטרס בחיסוי בהקשר זה הוא ערטילאי למדי. לצורך יישום המנגנון של חובות התיעוד המוגברות ניתן להסתייע בטכנולוגיה. עד כה ראינו טכנולוגיות המגבירות את יכולות החקירה (במובן של יכולות איסוף, עיבוד, אחזור ושחזור מידע) וטכנולוגיות המגבירות את הפרטיות של משתמשי המחשב והאינטרנט. אולם ניתן לדבר על קבוצה שלישית – טכנולוגיות מגבירות אחריותיות – כגון פיתוח תוכנות פורנזיות המייצרות רישומת (לוג) אוטומטית, שאינה ניתנת להתערבות של החוקר המפעיל את התוכנה. לוגים אלה יוכלו לתעד גם מחיקות של החוקר המפעיל. אפשר כמובן לפתח תוכנות שמייצרות רזולוציה גבוהה ביותר של תיעוד, על דרך של "הקלטת" הקלדות המקלדת של החוקר; תיעוד מצב הקבצים ותקינותם, תיעוד הקבצים שנסקרו לעומת אלה שלא וכיוצא באלה רישומים.¹²⁶ חובות התיעוד המוגברות מוצגות כאן כאמצעי לסן את פעילותה של הרשות החוקרת. ואולם, ראוי לציין כי ניתן להציג טענה מכיוון הפוך, ולפיה חובות התיעוד משרתות את הרשות החוקרת באפשרון להרחיב את סל סמכויות האיסוף שלה כנגד הבטוחה של ביקורת בדיעבד על פעולתה, תוך הסתייעות בתוצרי התיעוד.¹²⁷ במילים אחרות, על פי טענה זו, האינטרס של הרשות החוקרת הוא לתמוך בחובות תיעוד. במיוחד הדברים אמורים כאשר הטכנולוגיה מאפשרת ליצור תיעוד אוטומטי בעלויות כלכליות נמוכות. בסיכומו של דבר, במסגרת המודל הפרסונלי יש לעודד הגברת חובות תיעוד על הרשות החוקרת. חובות אלה תשרתנה שתי תכליות מרכזיות: האחת, ביקורת בדיעבד (*ex post*) על מילוי תנאי הצו שיש בה כדי להצר את מרחב התמרון של הרשות החוקרת כאשר לכלל המידע שנתפס או נאסף; השנייה, ביקורת על פעולת הרשות החוקרת לצורך וידוא כי לא נגרם "נזק ראייתי" כתוצאה מחוסר מיומנות מתאימה של חוקר המחשבים. פוטנציאל "הנזק הראייתי" אמנם קיים גם כשמדובר בפעולות של איסוף ראיות במרחב הפיזי, אולם במרחב הדיגיטלי מרבית שלבי העיון, האחזור, השחזור וההפקה מתבצעים שלא בנוכחות החשוד או בנוכחות עדים מטעמו, ומדובר בפעולות המתבצעות כלפי מידע דיגיטלי, המשנה את פניו בקצב מהיר ביותר. על כן נראה כי על מנת לשרת במלואה את הזכות להליך הוגן, ומבלי לפגוע בקשת אפשרויות ההסמכה של הרשות החוקרת לביצוע פעולות איסוף כלפי הראיות הדיגיטליות, ראוי לתמוך במנגנונים של תיעוד מוגבר תוך שימוש בטכנולוגיות מגבירות תיעוד ואחריותיות מצד הרשות החוקרת.

ו. המודל הפרסונלי והצעת חוק החיפוש

זכור, הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – המצאה, חיפוש ותפיסה), התשע"ד – 2014 (להלן – הצעת חוק החיפוש או הצעת החוק) כוללת פרק נרחב להסדרת דיני איסוף

126 ראו James Dempsey & Paul Rosenzweig, *Technologies That Can Protect Privacy as Information is Shared to Combat Terrorism* (26.5.2004) <http://www.heritage.org/research/reports/2004/05/technologies-that-can-protect-privacy-as-information-is-shared-to-combat-terrorism#pgfId-1054558>

127 ראו Amitai Etzioni, *Implications of Select New Technologies for Individual Rights and Public Safety*, 15 HARV. J. L. & TECH. 257, 264 (2002).

הראיות הדיגיטליות במסגרת חקירה פלילית.¹²⁸ כאשר הצגתי לעיל את התפישה הטריטוריאלי ואת התפישה הפיזית באשר לדיני איסוף הראיות בחקירה פלילית, התייחסתי גם להצעת חוק החיפוש.¹²⁹ כפי שהראיתי, הצעת חוק החיפוש מגלמת תפישה טריטוריאלי, עם כמה חריגות מצומצמות יחסית לכיוון אקסטר-טריטוריאלי, בבחינת יוצא מן הכלל המעיד על הכלל. כן היא מגלמת מספר רב יותר של חריגות מן התפישה הפיזית. כפי שאראה להלן, ניתן למצוא בהצעת חוק החיפוש חלק מן הכללים שפירטתי כאן ככללי יישום של המודל הפרסונלי:

1. מיעוט יחסי של איזונים עקרוניים וריבוי איזונים קונקרטיים – ניתן לראות שהצעת החוק פותחת פתח למגוון רחב יותר של פעולות איסוף ומציבה פחות כללי סף נוקשים, ונראה כי משקל רב יחסית מושם על האיזונים הקונקרטיים.
2. הבניית שיקול הדעת השיפוטי – הצעת החוק בהחלט מתקדמת לעומת החוק הקיים בכל הנוגע להבניית שיקול הדעת השיפוטי בעת הכרעה בבקשות לצווים לביצוען של פעולות איסוף ראיות. ניתן למצוא הבניה על דרך של הצבת דרישות סף פורמליסטיות,¹³⁰ קביעות שעל בית משפט לשקול מערך מסוים של שיקולים,¹³¹ הבניית הפרמטרים האמורים להימנות בהחלטה השיפוטית המסמיכה¹³² וקביעת מדרג עדיפויות של שיקולים או דרכי פעולה מסוימות.¹³³

128 ראו את פרק ו' להצעת החוק, הכולל את סעיפים 72–98.

129 ראו לעיל בפרק ג.ה.3. ובפרק ד.ד..

130 לדוגמה, על פי הצעת חוק החיפוש, צו למסירת מפתח הצפנה או ססמה יוגבל לחקירת עברות מסוג פשע או עברה אחרת על פי חוק המחשבים בלבד, והבקשה לצו תוגש בידי האחראי על החקירה בלבד (ראו סעיף 95 להצעת החוק). חדירה סמויה לחומר מחשב דינה יהא כדין האזנת סתר, וקיימת לכך משמעות מבחינת הצבת החסמים הפורמליים (ראו לעיל בה"ש 99).

131 סעיף 98(ג) להצעת חוק החיפוש מונה שיקולים שעל בית המשפט לשקול בבואו לבחון אם לאשר את בקשת הרשות החוקרת לקבלת הסמכה לביצוע פעולת איסוף: המטרה שלשמה נתבקש הצו; חומר העברה שבוצעה או ההסתברות לביצועה של העברה העתידית; פעולות החקירה שבוצעו עד כה; מיקומו של המחשב, השימוש בו וסוג המידע האגור בו; סוג פעולת האיסוף המבוקשת והשלבים בביצועה; אפשרות כי חומר המחשב יישמר מעצמו ולא ישובש גם ללא ביצוע הפעולה המבוקשת; זהות הגורם שבעניינו מתבקש הצו, ואם אינו החשוד – מה טיב יחסיו עם החשוד; יכולת תיעוד הפעולה המבוקשת לצורך בקרה בדיעבד; מידת הפגיעה בפרטיות או בזכויות אחרות של צדדים שלישיים בעקבות ביצוע פעולת האיסוף המבוקשת.

132 ראו בהקשר זה בעיקר את סעיף 85(ב) להצעת חוק החיפוש, שלפיו על צו החדירה לחומר מחשב לפרט בין היתר את הפרטים האלה: קביעת הוראות למזעור הפגיעה בפרטיות ככל הניתן ביחס לעילה שבגינה נתבקש הצו; מקום אחסנתו של חומר המחשב המבוקש; כתובתו של המקום שאליו ניתן להיכנס לצורך ביצוע החדירה לחומר המחשב; ציון העובדה אם מדובר במחשב מוסדי; תיאור המחשב שבו מדובר, מאפייני המידע הניתן להעתיק ושייכותו של המידע האמור; ציון העובדה אם ניתן לחדור מן המחשב התפוס לחומרי מחשב אחרים המקושרים למחשב זה (מעין Network search) וציון פרטים על אודות חומרי המחשב האחרים.

133 סעיף 98(ב) להצעת חוק החיפוש קובע סדר עדיפות אשר ינחה את בית המשפט בהחלטתו בבקשות השונות לאישור פעולות איסוף ראיות דיגיטליות. כך למשל יש להעדיף המצאה או שמירה של חומר מחשב אגור על פני חומר מחשב עתידי, אלא אם בנסיבותיו של המקרה הקונקרטי ההמצאה או השמירה הצופה פני עבר מגלמת פגיעה בפרטיות הגדולה מפגיעתה של ההמצאה או השמירה הצופה פני עתיד (סעיף 98(ב)(2)); יש להעדיף צו חדירה לחומר מחשב בידיעת המחזיק על פני צו חדירה סמויה לחומר מחשב (סעיף 98(ב)(4)); יש להעדיף צווים מסויגים המתירים לרשות החוקרת לעיין בחלק מחומר המחשב ולא בכולו (סעיף 98(ב)(5)).

3. חקיקה ניטרלית לטכנולוגיה – בדברי ההסבר לרישת הפרק של "פעולות בחומר מחשב" אשר בהצעת חוק החיפוש מצוין במפורש כי קיים צורך בגמישות בהסדר החקיקתי נוכח מציאות טכנולוגית דינמית המשתנה בהתמדה. אכן, הצעת החוק אינה מתייחסת למופעים מסוימים של המרחב הקיברנטי במפורט, אולם קיימים סעיפים אשר נראה כי "נתפרו" לצורך התמודדות עם מצב טכנולוגי קיים.¹³⁴
4. הטלת חובות תיעוד – הצעת החוק מטילה חובות תיעוד מסוימות על מבצעי פעולות האיסוף.¹³⁵

לסיכום, עיון בהצעת חוק החיפוש מגלה כי ברמה היישומית היא מגלמת חלק מן הכללים שפירטתי לעיל ככללים הנובעים מן המודל הפרסונלי. ברמה הקונספטואלית, כפי שהראיתי בפרקים 3–4, הרי שלפחות בכל הנוגע לאלמנט של ההשתחררות מן התפישה הפיזית באשר לאיסוף ראיות דיגיטליות בחקירה פלילית במרחב הסייבר, שם הצעת חוק החיפוש צועדת צעד ניכר למדי, המודל הפרסונלי יכול לשמש מסגרת נורמטיבית וחשיבתית המצדדת בהצעת החוק. כן מציע המודל הפרסונלי מסגרת תאורטית אשר לאורה יהיה ניתן לפתח את הפרקטיקה שתיגזר מהצעת החוק אם וכאשר זו תהפוך לחוק. בכל הנוגע לתפישה הטריטוריאלי, כאן הצעת החוק מבקשת להכיר בחריגות קלות בלבד בכיוון אקסטרטריטוריאלי במישור פעולות האיסוף המותרות, ולמעשה אין מהלך משמעותי במסגרת הצעת החוק להתנתקות מהתפישה הטריטוריאלי. המודל הפרסונלי מציע מסגרת קונספטואלית מרחיקת לכת מזו העולה מהצעת החוק.

ז. סיכום

סר איזיק ניוטון פיתח את התורה אשר לימים כונתה "המכניקה הקלאסית" או "המכניקה הניוטונית". תורה זו חקרה את תנועת הגופים, את הכוחות הפועלים עליהם ואת תכונותיהם הפיזיקליות. על בסיס המכניקה הקלאסית התפתחה הטכנולוגיה של המאות ה-18–20, לרבות אמצעי תחבורה ותעופה. מערכות שלמות של חיינו התבססו על הנחות המוצא של המכניקה

134 כך למשל סעיף 77(ג) להצעת חוק החיפוש קובע: "הוראה לספק שירות לקלוט את תוכנו של מסר בזק שלגביו ספק השירות מעניק שירותי תקשורת בין מחשבים בלבד ואינו מעניק שירות של אחסון מידע היא האזנת סתר כהגדרתה בחוק האזנת סתר, ולא יראו בקשה להורות כאמור כבקשה למתן צו להמצאה עתידית או לשמירה עתידית של חומר מחשב לפי פרק זה". הסעיף נועד ליצור דירוג בין שני מצבים: האחד, פנייה לספק שירותי תקשורת הכוללים אחסון מידע (כגון דוא"ל); השני, פנייה לספק שירותי תקשורת שאינם כוללים אחסון מידע (כגון צ'אטים). קבלת מידע מספקי שירות מן הסוג הראשון דינם כדין המצאה של חומר מחשב (עם כמה סייגים נוספים); קבלת מידע מספקיות שירות מן הסוג השני דינה כדין האזנת סתר.

135 סעיף 92(ב) להצעת חוק החיפוש קובע כי חדירה לחומר מחשב לצורך יצירת עותק פורנוי "תתועד, ככל האפשר, באופן ממוחשב עם ביצועה". סעיף 93(ב)(4) להצעת החוק קובע כי "פעולות במסגרת חדירה לחומר מחשב, שראש אגף חקירות ומודיעין אח"מ קבע בפקודות משטרת ישראל כי חשיפתן עלולה לפגוע בשטות ובאמצעי חקירה, ייערכו שלא בנוכחות המחזיק בחומר מחשב ובלא נוכחות עדים שאינם שוטרים, ובלבד שהפעולות האמורות יתועדו באופן שייקבע בפקודות כאמור" (ההדגשה שלי – ח"ו). סעיף 96 להצעת החוק קובע פרטים שונים שעל חוקר המחשבים המיומן למנות בדוח החדירה לחומר מחשב שייערך על-ידו. אין קביעות באשר לחובות תיעוד במסגרת המצאת חומר מחשב.

הקלאסית. לימים הוכיח אלברט איינשטיין שהמכניקה הקלאסית כולה אינה אלא מקרה פרטי של תורת היחסות שלו, זאת כאשר מהירות האור ניתנת להזנחה, כאשר המהירויות שבהן מיושמת המכניקה הקלאסית נמוכות בהרבה מזו של האור. בשל כך, הראה איינשטיין, ניתן להתעלם מן העובדה שבעצם לאור יש מהירות, ושיש לכלול את חישובה בגדר נוסחאות תורת המכניקה. במילים אחרות, המכניקה הקלאסית עמדה בציפיות ממנה כל עוד לא נכנס פקטור חדש המחייב התחשבות במהירות האור. כאשר משתנות הנסיבות, ומתקרבים למהירות האור, מערכת התחשיבים מחייבת שקלול מהירות האור. או אז מתגלה למעשה שמהירות האור תמיד הייתה חלק מנוסחת החישוב, אלא שבמהירויות נמוכות היה ניתן להתעלם ממנה ועדיין להשיג תוצאות טובות.¹³⁶

כך הוא בכל הנוגע לדיני איסוף הראיות בחקירה פלילית. דינים אלה מתארגנים כיום סביב הראיות. ניתן לראות בהם למעשה דינים שמתמקדים במידה רבה בראיות ולא באנשים בעלי הזיקה לראיות. ככל שדינים אלה מתייחסים לחקירה פלילית במרחב הפיזי, וככל שהמיקוד הוא בראיות, אך טבעי הוא שהדינים יניחו פיזיות וטריטוריאליות תוך הזנחת המשתנה הפרסונלי. כאשר דינים אלה מועתקים לחקירה הפלילית במרחב הסייבר, מתבהרת השגיאה הקונספטואלית. על כן הצגתי לעיל את המודל הפרסונלי כמודל המציע את המשתנה הפרסונלי, שהוזנח עד כה, כציר המארגן לדיני איסוף הראיות בחקירה הפלילית במרחב הסייבר. על פי המודל הפרסונלי, יש לגזור את סמכויות איסוף הראיות הדיגיטליות, כמו גם את האיזונים והבלמים החוקתיים כנגדן, על פי המשתנה הפרסונלי, המתמקד במערכת היחסים בין הרשות החוקרת לבין הפרטים הטוענים לזכויות חוקתיות כאשר לראיה המדוברת. בכך הוא מאפשר לתת ביטוי מדויק יותר לזכויות של הפרטים הקשורים בראיה. כמו כן הוא מאפשר להשתחרר במידה מסוימת מסד הטריטוריאליות וממגבלות הפיזיות. הנה כי כן, העתקתה של הפעילות העבריינית – ובעקבותיה הפעילות החקירתית – מהזירה הפיזית אל הזירה הקיברנטית הביאה להדגשת טעות יסודית, קונספטואלית, החולשת על דיני איסוף הראיות בכללותם, לאו דווקא בהקשר הקיברנטי. המרחב המקוון חייב עריכת בירור ערכי עצמי מעמיק, וזה מוביל למסקנה כי דיני איסוף הראיות ממוקדים מיקוד שגוי בראיות ולא בפרטים ובמערכות יחסי הגומלין בינם לבין המדינה החוקרת ולבין צדדים שלישיים הקשורים בחקירה הפלילית.¹³⁷

הצגתי לעיל שתי הצדקות פוזיטיביות למודל הפרסונלי בדיני איסוף הראיות הדיגיטליות: האחת באמצעות ניתוח ראיסטי-פלורליסטי, והשנייה באמצעות שיבוץ המודל במסגרת התאורטית הלסינגיאנית של יחסי הגומלין בין המשפט לבין הטכנולוגיה. לאחר מכן הצגתי כמה טיעונים ביקורתיים שאפשר לטענם נגד המודל הפרסונלי. כפי שהראיתי, ניתן להציג מענה לכל אחת מהביקורות הללו, ועל כן המענה מביא לשיערוק ההצדקה למודל הפרסונלי לאיסוף הראיות הדיגיטליות בחקירה הפלילית במרחב הסייבר. בהמשך ביקשתי להציג כמה קווים

136 על התיקון שמציעה תורת היחסות למכניקה הניוטונית נכתב באינספור מקומות. ראו, כדוגמה בלבד, את: Albert Einstein, *Time, Space, and Gravitation*, 51 SCIENCE 8 (1920).

137 ראוי לציין כי הגם שזיהיתי את דיני איסוף הראיות כממוקדים בראיות ולא באנשים בעלי הזיקה לראיות, הרי שב"אתרים" מסוימים של דיני הראיות הכלליים דווקא ניתן לזהות הוראות המבטאות גישה פרסונלית ולא "חפצית". כך הוא למשל כאשר לדיני החסיונות, הקבועים בסעיפים 48–51 לפקודת הראיות, או כאשר לכללי הכשרות להעיד, הקבועים בסעיפים 3–6 לפקודת הראיות.

מנחים, אשר נדרשים לצורך יישום המודל הפרסונלי. אלה אינם ממצים כמובן, בבחינת נקודת יציאה וודאי לא נקודת סיום. יישום המודל הפרסונלי בפועל אינו משימה פשוטה נוכח המורכבות היחסית של הזירה הקיברנטית כסביבת החקירה הפלילית. לבסוף הראיתי כיצד משתקפים חלק מכללי המודל הפרסונלי במסגרת הצעת חוק החיפוש. לטעמי, המודל הפרסונלי יכול לשמש מטריה נורמטיבית לניסוח הצעת החוק ולפירושה.