

**פרק 3 - התפישה הטריטוריאלית ביחס לאיסוף ראיות בחקירה
פלילית במרחב הסייבר**

א. הקדמה

בפרק זה אבקש לעמוד על תפישה יסודית של המשפט בכלל, והמשפט ביחס למרחב הסייבר בפרט, ולפיה משפט המדינה הוא, ככלל, טריטוריאלי וכי כל פעולה של הריבון מחוץ לטריטוריה מהווה חריג המאיים על ריבונותה של המדינה שבשטחה מבוצעת אותה פעולה. תפישה זו קנתה לה אחיזה במרחב הפיזי, והועתקה גם אל המרחב הקיברנטי. העתקה זו עומדת בבסיס קשיים רבים של המדינה באכיפת חוק פלילית במרחב הסייבר. בפרק זה אבקש לעמוד על טיבה של התפישה הטריטוריאלית בחקירה הפלילית, תחילה במרחב הפיזי, ולאחריה במרחב הסייבר. אראה כיצד תפישה זו מסנדלת את רשויות החקירה בבואן לחקור עבירות פליליות במרחב הסייבר, כיוון שאלה מטבען כוללות ראיות האגורות במחשבים במקומות שונים בעולם. כן אראה כיצד מדינות שונות ביצעו מהלכים הסכמיים ועצמאיים בניסיון להתמודד עם התפישה הטריטוריאלית. לבסוף אציג ביקורות מכיוונים תיאורטיים שונים על התפישה הטריטוריאלית ביחס לחקירה הפלילית במרחב הסייבר.

ב. התפישה הטריטוריאלית ביחס לסמכות המדינה לאיסוף ראיות במרחב הפיזי

כאמור, בשלב הראשוני של הדיון לא אתמקד בזירה המקוונת, כי אם במרחב הפיזי בלבד. תמצית הטעון בתת-פרק זה היא כדלקמן: עיקרון היסוד בדבר סמכותה של המדינה הוא כי הסמכות, בהקשרים משפטיים, תחומה לטריטוריה של המדינה. עם זאת, **סמכויות התחיקה והשיפוט של המדינה פרצו את הגבולות הטריטוריאליים** בהקשרים שונים, בעוד ש**סמכות האכיפה נותרה באופן קפדני במסגרת טריטוריאלית**. כפי שאטען בהמשך הפרק, פער זה שנפתח בין סמכות האכיפה לבין סמכויות התחיקה והשיפוט, מעורר קשיים משמעותיים ביותר בזירה המקוונת ומאיים על יכולות המדינה לאכוף באפקטיביות את הדין הפלילי ברשת.

כאשר בוחנים את סמכותה המשפטית הפלילית של המדינה, מקובל להבחין בין שלושה: (א) Jurisdiction to prescribe - **סמכות תחיקה**: החלת הדין המהותי המדינתי על המקרה הנדון; (ב) Jurisdiction to adjudicate - **סמכות שיפוט**: סמכות לבית-המשפט המדינתי לטפוס את המקרה הנדון; (ג) Jurisdiction to enforce - **סמכות אכיפה**: סמכות לסוכנייה של המדינה לאכוף בפועל מקרה מסוים

המקום סמכות שיפוט.¹ ייאמר מיד כי במוקד דיונו סמכות האכיפה הבין-לאומית, כיוון שהיא הנוגעת במישרין לאיסוף הראיות במסגרת חקירה פלילית. עם זאת, תובנות מסוימות ביחס לסמכות התחיקה והשיפוט מקרינות על הדיון בסמכות האכיפה, ולכן ארחיב במידת מה על שלוש הסמכויות בהקשר של משפט פלילי.

סמכות תחיקה בין-לאומית בהקשר של משפט פלילי: סמכות זו נוגעת לתחולת החוק הפלילי

המדינת עבירה מסוימת מבחינת מקום ביצועה. העיקרון היסודי הוא כי הנורמה הפלילית מוגבלת לתחום הטריטוריאלי של המדינה.² יש להבחין בין טריטוריאליות אובייקטיבית לסובייקטיבית. הטריטוריאליות הסובייקטיבית משמעה תחולה על כל הפרטים בטריטוריה הנתונה. הטריטוריאליות האובייקטיבית משמעה תחולה על כל המעשים המתבצעים בחלקם לפחות בשטח של הריבון, גם אם המבצע מצוי מחוץ לשטחו של הריבון.³ ניתן לראות בעיקרון הטריטוריאלי המצטבר - הן האובייקטיבי והן הסובייקטיבי - משום נקודת מוצא, שממנה הורחבה תחולת דיני העונשין גם אל עבירות מחוץ לטריטוריה של המדינה, זאת בנסיבות ובתנאים מסוימים. ההרחבה היא בשני ממדים: האחד, בממד של מתיחת העיקרון הטריטוריאלי עצמו. השני, ממד של פיתוח עקרונות שאינם טריטוריאליים.

בכל הנוגע לממד הראשון, של מתיחת העיקרון הטריטוריאלי עצמו, מוכרת הקביעה במשפט האמריקני, למשל, כי גם תכנון מעשה עבירה שנועד להתבצע בשטח המדינה, אך לא יצא לבסוף אל הפועל, כאשר התכנון עצמו התרחש מחוץ לשטח המדינה – ייחשב ככזה הנחלש על-ידי משפטה של המדינה.⁴ גם במשפט הישראלי חוק העונשין מחיל את ההרחבה האמורה. החוק מגדיר כי די בכך

¹ ראו: Restatement of the Law (3rd) of Foreign Relations Law of the United States (American Law Institute, 2009). בגרסתו הקודמת של ה-Restatement הופיעו רק שתי קטיגוריות: Jurisdiction to Enforce או סמכות מהותית וסמכות אכיפתית-פרוצדורלית. כן ראו: International Bar Association, Report of the Task Force on Extraterritorial Jurisdiction 7-8 (2009), available at: www.ibanet.org Roger O'keefe, *Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept*, 2 J. INT'L CRIM. JUST. 735, 736-37 (2004). עוד ראו, בקשר לסמכות (Jurisdiction) באינטרנט, את ההבחנה בין סמכות תחיקה, שיפוט ואכיפה: Susan W. Brenner & Bert-Jaap Koops, *Cybercrime Jurisdiction – An Introduction*, in CYBERCRIME AND JURISDICTION: A GLOBAL SURVEY 1-7 (Bert-Jaap Koops & Susan W. Brenner eds., 2008). ראו עוד: Susan W. Brenner & Bert-Jaap Koops, *Approaches to Cybercrime Jurisdiction*, 4 J. HIGH TECH. L. 1 (2004).

² ראו למשל: United States v. Bowman, 260 U.S. 94 (1922); Joseph H. Beale, *The Jurisdiction of a State*, 36 HARV. L. REV. 241, 245 (1923); MICHAEL AKEHURST, MODERN INTRODUCTION TO INTERNATIONAL LAW (7th ed. 1997); ש"ז פלר "בחינות אחדות של עקרון החוקיות בפלילים" משפטים א 19, 32 (1968); יורם דינשטיין "סמכות השיפוט הפלילית: גבולות והגבלות" עיוני משפט א 303, 306 (1971); בג"ץ 279/51 אמסטרדם נ' שר האוצר, פ"ד ו 945, 971 (1952); ע"פ 7230/96 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 513, 522-521 (1997); רע"פ 1178/97 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 269, 266 (1997).

³ ראו: Rivard v. United States, 375 F.2d 882, 886 (5th Cir. 1967). וראו גם את סעיפים 7(א) ו-12 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977 (להלן – "חוק העונשין"), הקובעים כי "עבירת פנים" נחשבת גם לעבירה שמקצתה בלבד נעברה בישראל.

⁴ ראו: Christopher L. Blakesley, *United States Jurisdiction over Extraterritorial Crime*, J. CRIM. L. & UNITED STATES v. Ricardo, 619 F.2d 1124, 1128 (5th Cir. 1980); CRIMINOLOGY 1109, 1112 (1982).

שהעבירה הנדונה תוכננה להיעבר בישראל על מנת שדיני העונשין הישראליים יחולו עליה.⁵ הרחבה נוספת של העיקרון הטריטוריאלי כוללת קביעה כי גם מעשה שבוצע כל כולו פיזית בחו"ל, אך משפיע בפועל על הטריטוריה המדינתית או על תושבים בטריטוריה זו, ייחשב כמעשה שהדין המדינתית חל עליו (לדוגמה, קרטל בין חברות זרות שנועד להשפיע על השוק המקומי בענף מסוים).⁶

בכל הנוגע לממד השני, של פיתוח עקרונות אקסטרה-טריטוריאליים לסמכות תחיקה, דיני העונשין הישראליים חלים על עבירות שנעברו כולן מחוץ לשטחי ישראל, כשהדגש הוא על שתי חלופות: תחולת עבירות חוץ מטעמים לאומיים (עבירות נגד המדינה, בטחונה וכלכלתה, או נגד העם היהודי ואזרחי ישראל באשר הם כאלה, עבירות מסוימות נוספות נגד תושבי ישראל שנעברו בחו"ל ועבירות מסוימות שביצעו תושבים ישראלים בחו"ל)⁷ ותחולה אוניברסלית על עבירות (כגון פשעי השמדת עם).⁸ גם המשפט האמריקני הכיר בפריצת גבולות הטריטוריה בכל הנוגע לסמכות תחיקה.⁹ מהלך של פריצת גבולות הטריטוריה במסגרת סמכות התחיקה הוכר גם במשפט הבין-לאומי.¹⁰

United States v. Yousef, 327 F.3d 56, 91 (2nd Cir. ; States v. Mann, 615 F. 2d 668, 671 (5th Cir. 1980) (2003).

⁵ ראו סעיפים 7(א) ו-12 לחוק העונשין.

⁶ ראו: Rio Tinto Zinc Corp. v. ; United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416 (2nd Cir. 1945) ; Westinghouse Electric Corp. [1978] 1 All ER 434 (HL) (Eng.) The 'Effects' Doctrine גם מוכרת זו הרחבה. ראו למשל: Vaughan Lowe & Christopher Staker, *Jurisdiction, in* INTERNATIONAL LAW 313, 322-323 (Malcolm D. Evans ed., 3rd ed. 2010). על מיתון ההרחבה מטעמי כיבוד ריבונות של מדינות זרות אחרות בהן התרחש המעשה מבחינה פיזית, ראו: MALCOLM N. SHAW, INTERNATIONAL LAW 688-692 (6th ed. 2008).

⁷ ראו סעיפים 13-15 לחוק העונשין. עוד בקטגוריה זו גם החובה, שעונש בצד הפרתה, של תושב ישראל לשלם מס הכנסה בישראל גם על הכנסותיו שנצמחו מחוץ לישראל (כקבוע בסעיף 2 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשכ"א – 1961), בכפוף לסייגים ולאמנות בדבר מניעת כפל מס. לביקורת על הרחבת התחולה של חוק העונשין לעבירות חוץ, בדגש על תחולה לאומית של החוק מחוץ לטריטוריה, ראו יורם שחר "בגנות התחולה הנציגונית של דיני העונשין" **פלילים** 5 (1996). לעמדה המצדיקה את ההרחבה האמורה, ראו ש"ז פלר ומרדכי קרמניצר "תגובה לחיבור 'בגנות התחולה הנציגונית של דיני העונשין' מפרי עטו של יורם שחר" **פלילים** 65 (1996). כדוגמה ליישום הרחבת התחולה של עבירות החוץ על עבירות של גניבת רכבים מישראל לשטחי יהודה ושומרון, על בסיס התחולה של חוק העונשין על עבירות חוץ נגד כלכלתה של המדינה, ראו ע"פ 8831/08 **מדינת ישראל נ' אלשחרה**, תק-על 10(2) 4387 (2010). כדוגמה ליישום על עבירות של פעילות וחברות בארגון טרור שנעברו בחו"ל, ראו בג"ץ 861/87 **אבו שרח נ' בית המשפט הצבאי בלוד**, פ"ד מב(1) 810 (1988). כדוגמה נוספת להרחבת תחולה חקיקתית מחוץ לטריטוריה על בסיס פרסונלי, ראו את הוראתו המיוחדת של סעיף 14 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו – 1955, ולפיה בית-דין צבאי מוסמך לדון חייל על כל עבירה שאינה עבירה צבאית (דהיינו עבירה מכוח דיני העונשין הכלליים), בין שעבר אותה במדינה ובין מחוצה לה. ראו עוד את גישתו של פרופ' מרדכי קרמניצר, לפיה הוראה אקסטרה-טריטוריאלי של המשפט על מיהותו של הנאשם, יכולה לחול גם על שיפוט של נאשם חייל בבית-משפט אזרחי. ראו מרדכי קרמניצר "סמכות שיפוט או תחולת חוק או שניהם גם יחד?" – דעה אחרת" **משפטים** יג 415 (1984). מנגד, ראו ש"ז פלר "סמכות שיפוט או תחולת חוק או שניהם גם יחד?" **משפטים** יא 92 (1981).

⁸ ראו סעיף 16 לחוק העונשין, שכותרתו "עבירות נגד משפט העמים", ומכוחו מקובל למנות פשעי מלחמה חמורים, השמדת עם, שוד ים, סחר בעבדים ועינויים. כן ראו סעיפים 1(א) ו-2 לחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התש"י – 1950; סעיף 5 לחוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, התש"י – 1950. היישום המוכר ביותר של תחולה אוניברסלית-אקסטרה-טריטוריאלי (וכן רטרואקטיבית) במשפט הישראלי הוא במשפט אייכמן, בו נדון נאשם, שאינו תושב מדינת-ישראל על עבירות שביצע מחוץ למדינת-ישראל כלפי קורבנות שלא היו תושבי המדינה (שעוד לא קמה). ראו ע"פ 336/61 **אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד טז(3) 2033, 2066-2067 (1962). כמו כן, ראו סעיף 38 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג – 1973, הקובע תחולה אקסטרה-טריטוריאלי על עבירות סמים בכל מקום בעולם, כאשר ככל שמדובר בתושב ישראלי אין דרישת פליליות כפולה (Dual criminality), הן במדינת ישראל והן במדינה בה בוצעה העבירה, ואילו כאשר מדובר במי שאינו תושב ישראלי, מוחלת דרישת פליליות כפולה.

⁹ ראו: United States v. ; Model Penal Code, 10 U.L.A. 433 (1974), § 1.03 ; 18 U.S.C. § 1119, 2332, 3261 ; Federal Trade Commission v. Compagnie de Saint-Gobain-Pont-a- ; King, 552 F.2d 833, 850 (9th Cir. 1976) ; United States v. Yunis, 924 F.2d 1086, 1091 (D.C. Cir. ; Mousson, 636 F.2d 1300, 1323 (D.C. Cir. 1980)

מבחינה עיונית, ניתן לדבר על כמה עקרונות של סמכות תחיקה שאינה צמודה לטריטוריה:¹¹ סמכות פרסונלית אקטיבית במובן של פרישת סמכות התחיקה על אזרחי המדינה בכל מקום בו הם פועלים; סמכות פרסונלית פסיבית לפיה ניתן להחיל את החוק המדינתי ולשפוט אדם על מעשה שמשפיע על אזרחי המדינה, אפילו אם הוא אינו אזרח המדינה ואם הוא פעל מחו"ל; סמכות פרוטקטיבית לפיה ניתן להחיל את החוק הפלילי על מעשים שבוצעו בחו"ל על-ידי כל אדם הפוגעים באינטרסים חיוניים של המדינה או מוסדותיה; סמכות אוניברסלית.¹²

סמכות שיפוט בין-לאומית בהקשר של משפט פלילי: ככלל במסגרת המשפט הפלילי, סמכות

השיפוט כרוכה בסמכות התחיקה. על כן, כמעט שאין הפרדה מעשית ביניהם. ככל שדיני העונשין המדינתיים חלים על סיטואציה בין-לאומית, ובהינתן שהנאשם הובא לדין ונאספו ראיות לצורך העמדה לדין (דהיינו בהינתן שאין בעיה בתחום תחולת דיני העונשין ואין בעיה בתחום האכיפה הפלילית), בית-המשפט ייטה להחיל את סמכותו על הנאשם.¹³ ניתן לציין בכל זאת שני עניינים הנפרדים באופן מלא מסמכות התחיקה והם מתחום סמכות השיפוט בלבד: *האחד*, בחינת טענות של זיכוי או הרשעה קודמים וסיכון כפול המביאים לבטלות ההליך השיפוטי, גם אם סמכות התחיקה חולשת על המקרה. *השני*, קביעת סטנדרט של סבירות (Reasonableness) השיפוט של המקרה במדינה

United States v. : כן ראו: United States v. Nippon Paper Industries Co. Ltd., 109 F.3d 1 (1st Cir. 1997); 1991 MacAllister, 160 F.3d 1304, 1307 (11th Cir. 1998), שם נקבע כי על כוונה לתחולה חוץ-טריטוריאלית ניתן ללמוד מלשונו המפורשת של החוק, אך ניתן להסיק זאת גם מ"טבעו" של הדין. ראו גם את הסקירה אצל: Charles Doyle, *Extraterritorial Application of American Criminal Law*, CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE REPORT 12-19 (2010).

¹⁰ ראו: S.S. Lotus (France v. Turkey), 1927 PCIJ Ser. A No. 10. באותו מקרה, בו דובר בהתנגשות ביים הפתוח בין אניה תורכית לאניה צרפתית, שכתוצאה ממנה נספו מספר אזרחים תורכים. האניה הצרפתית הגיעה לאיסטנבול והקציין הראשון שלה נעצר ונשפט בתורכיה. נוכח התנגדות צרפת למהלך זה של תורכיה הגיע העניין לבית-הדין הבין-לאומי בהאג, ובו נפסק, בין היתר, כי המשפט הבין-לאומי מתיר למדינה להפעיל את סמכות השיפוט שלה וכן להחיל את חוקיה לגבי פעולות שבוצעו מחוץ לטריטוריה שלה, ככל שיש להן תוצאות בטרטוריה שלה (האניה התורכית נתפשת כטריטוריה). עיקרון הטריטוריאליות אינו מהווה יסוד יחיד לסמכות השיפוט הפלילית. לעניין הרחבת סמכות התחיקה של מדינות מעבר לטריטוריה שלהן והכרת המשפט הבין-לאומי בכך, ראו הסקירה אצל: Shaw, לעיל ה"ש 6, בעמ' 652-683. לעניין הרחבת השימוש בסמכות אוניברסלית בזירה הבין-לאומית, ראו למשל אמנון רייכמן "סמכות שיפוט אוניברסלית בבתי משפט מדינתיים – קרקוע הריבונות או יצירת סדר עולמי?" *משפט וצבא* 17, 49, 60-54 (2004).

¹¹ ראו: Harvard Research in International Law, *Jurisdiction with Respect to Crime*, 29 AM. J. INT'L L. 435, 445 (1935). ראו עוד למשל את: Shaw, לעיל ה"ש 6, בעמ' 652-696 והפסיקה המובאת שם; דינשטיין "סמכות השיפוט הפלילית", לעיל ה"ש 2; יורם דינשטיין *סמכויות המדינה כלפי פנים* 94-104 (1972); ש"ז פלר "הסמכות התחיקתית" וסמכות השיפוט" *הפרקליט* כז 179, 181 (1971); אסתר נוימן-כהן *המשפט הפלילי הבינלאומי: העמדתם לדין של רודנים ופושעי מלחמה* 189-221 (2009); ע"פ 163/82 *דוד נ' מדינת ישראל*, פ"ד לו(1) 622, 627-629 (1983); ע"פ 4596/05 *רוזנשטיין נ' מדינת ישראל*, תק-על(4)05 3955, 3967-3973 (2005).

¹² כאשר מוחלת סמכות אוניברסלית, הרי שקודם לפתיחה בהליכים לפי עקרון זה, מוטלת על המדינה החובה לתת הזדמנות למדינת האזרחות להעמיד את הנאשם לדין. ראו ארנה בן נפתלי וקרן מיכאלי "סמכות השיפוט האוניברסלית והשיח המשפטי המדינתי" *המשפט* ט 141, 148-159 (2004). כן ראו רובי סיבל "המדינה" *משפט בינלאומי* 77, 100-101 (רובי סיבל עורך, מהדורה שניה, 2010).

¹³ גם פלר הצביע על החפיפה המעשית, גם אם לא עיונית, בין סוגיית סמכות התחיקה הבין-לאומית בפלילים לבין סמכות השיפוט הבין-לאומית. ראו ש"ז פלר *יסודות בדיני עונשין* כרך א' 236-237 (1984). ראו עוד את עניין *רוזנשטיין*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 3892-3983, 3988.

הנדונה. זהו סטנדרט שלפיו המדינה תשקול את סבירות השיפוט של המקרה, על פי נסיבותיו, בפניה, גם אם באופן דווקני כמה סמכות שיפוט בין-לאומית.¹⁴

מעבר לאמור עד כה ביחס לסמכות התחיקה וסמכות השיפוט הפלילית ברמה של משפט המדינות, ראוי לציין כאן התפתחות נוספת, הפעם מכיוון המשפט הבין-לאומי עצמו, וזאת בדמות פיתוחה של סמכות משפטית פלילית אל-מדינתית בדמות בית-הדין הבין-לאומי בהאג (ה-International Criminal Court – ICC) ובדמות ערכאות שיפוטיות פליליות נוספות שהוקמו אד-הוק.¹⁵ התפתחות זו מצרה את סמכותן של המדינות, ומבטאת את הכפפת הריבונות לעקרונות העל של המשפט הבין-לאומי.

סמכות אכיפה בין-לאומית בהקשר של משפט פלילי: בהכללה, הסמכות השיפוטית עוסקת בהוצאה לפועל של סמכות התחיקה ואילו סמכות האכיפה עניינה בהוצאה לפועל של שתיהן - סמכות התחיקה וסמכות השיפוט. לפיכך, ניתן לכלול כאן את סוגיית ההסגרה של חשודים ונאשמים ואת כלל פעולות החקירה (מעצר, תשאול, חיפוש, תפיסה וכיוצא בזה) ככל שאלה מיועדות להתבצע מחוץ לטריטוריה המדינתית. עיקר ענייני בפרק זה בסמכות האכיפה הבין-לאומית, ובתוך קטגוריה זו, ענייני הוא בסמכות הנוגעת לאיסוף ראיות המצויות בחו"ל במסגרת החקירה הפלילית (סמכות איסוף בין-לאומית). הכלל הגדול הוא כי סמכות האכיפה במרחב הפיזי, בכלל זה סמכות איסוף הראיות, מתוחמת לטריטוריה של המדינה החוקרת. כלל זה מצוי בעקרונות המשפט הבין-לאומי, כנגזר מעיקרון הריבונות הטריטוריאלית¹⁶ וכנלמד מאמנות שונות העוסקות באכיפה פלילית בין-מדינתית,¹⁷

¹⁴ ראו Restatement, לעיל ה"ש 1, §421. על פי ה-Restatement האמריקני, ניכר כי הכוונה לדרישה מחייבת, שאינה כוללת דרישת הדדיות בין מדינות, דהיינו שמדינה א' תשקול סבירות העמדה לדין אצלה לעומת העמדה לדין במדינה ב', רק אם מדינה ב' תשקול את אותו השיקול במקרה הפוך, שבו היא תידרש לבחון את בררת השיפוט בינה לבין מדינה א'. במלים אחרות, בחינת הסבירות תידרש גם במקרה של מדינה הצריכה לשקול את סמכות שיפוט אל מול סמכות שיפוט של מדינה אחרת, עמה אין לה יחסים דיפלומטיים מכל סוג.

¹⁵ ניתן לציין את בתי-הדין הפליליים הבין-לאומיים ליוגוסלביה לשעבר ולרואנדה, אשר הוקמו באמצע שנות ה-90 של המאה הקודמת על-ידי מועצת הביטחון של האו"ם, מכוח סמכותה על פי פרק VII למגילת האו"ם, ואשר כוחם מחייב את כל המדינות החברות באו"ם.

¹⁶ ראו: The Lotus Case, לעיל ה"ש 10, בעמ' 18, שם נפסק:

"The first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that – failing the existence of a permissive rule to the contrary – it may not exercise its powers in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from custom or from a convention."

¹⁷ אמנות אלה מניחות מראש את עיקרון הטריטוריאליות כעיקרון היסוד המחייב, לפיכך, שיתוף-פעולה בין-מדינתי כאשר מדובר בפעולה חוצת-גבולות. ראו: Constitution of Interpol (Vienna, 1956); Schengen Convention (Schengen, EC Council Regulation no. 1468/81 on Mutual Assistance Between ; 1990), Title III Ch. 1, Title IV Ch. I-IV the Administrative Authorities of the Member States and Cooperation Between the Latter and the Commission to Ensure the Correct Application of the Law on Customs or Agricultural Matters (1981). עוד.

וכן מצוי הוא בעקרונות הפנימיים של המדינות,¹⁸ לרבות מדינת ישראל.¹⁹ ארחיב מעט על עיקרון הטריטוריאליות בכל הנוגע לסמכות האכיפה הפלילית במשפט הישראלי. ניתן למצוא התייחסות

ראו את סעיף 4 לאמנת האו"ם נגד פשיעה בין-לאומית חוצת-גבולות: United Nations Convention against Transnational Organized Crime (2000), על פי -

"Nothing in this Convention entitles a State Party to undertake in the territory of another State the exercise of jurisdiction and performance of functions that are reserved exclusively for the authorities of that other State by its domestic law".

כן ראו סיבל, לעיל ה"ש 12, בעמ' 99-98. ראו גם, בהקשר של המשפט הישראלי, את חוק עזרה משפטית בין מדינות, התשמ"ח – 1988, בפרט סעיפים 4, 8, 14-21, 28-31, 46-47, 53. ודוקו, חוק עזרה משפטית מחייב לא רק הגשת בקשה לעזרה משפטית כשמדובר באיסוף ראיות בטריטוריה זרה, אלא הוא קובע כי כאשר מגישה מדינה זרה בקשה לעזרה משפטית בישראל ומוחלט להיעתר לבקשה, פעולת איסוף הראיות תתבצע בהתאם לדין הישראלי, על מגבלותיו השונות, ולא על פי דיניה של המדינה המבקשת. ליישום ראו ח"ד (שלום ת"א) 11287-10-10 **הרשות המוסמכת באיי הבתולה נ' הנהלת בתי המשפט**, תק-של 2111 (2) 51703 (2011). ראו עוד: ANTONIO CASSESE, INTERNATIONAL LAW 50 (2nd ed. ; 2005); ROBERT CRAYER, HAKAN FRIMAN, DARRYL ROBINSON & ELIZABETH WILMSHURST, AN INTRODUCTION TO INTERNATIONAL CRIMINAL LAW AND PROCEDURE 38-39 (2007) ;Lowe & Staker, לעיל ה"ש 6, בעמ' 335-337.

¹⁸ במשפט האמריקני ראו ה-*Restatement*, לעיל ה"ש 1, §432 cmt. b :

"It is universally recognized, as a corollary of state sovereignty, that officials of one state may not exercise their functions in the territory of another state without the latter's consent. Thus, while a state may take certain measures of nonjudicial enforcement against a person in another state, . . . its law enforcement officers cannot arrest him in another state, and can engage in criminal investigation in that state only with that state's consent."

ראו עוד למשל את: Doyle, לעיל ה"ש 9, בעמ' 20-25. Harold G. Maier, *Extraterritorial Jurisdiction at a Crossroads: An Intersection Between Public and Private International Law*, 76 A.J.I.L. 280, 293-296 (1982). במשפט האמריקני הכלל אף חלחל ליחסים בין המדינות השונות המרכיבות את הפדרציה של ארצות-הברית. גם האכיפה הפלילית הבין-מדינית בתוך ארצות-הברית זוכה להתייחסות מתוך נקודת מוצא טריטוריאלי. קיימת כמובן הכרה באפשרות לבצע פעולות איסוף ראיות מחוץ לטריטוריה של המדינה, אך ככלל הדבר יכול להיעשות בהסכמת המדינה האחרת בלבד. ראו למשל: *State of New Hampshire v. Windhurst*, 2006 WL 2075119 (N.H. Super. 2006).

במשפט הקנדי ראו: (Ca.) [2007] SCC 26, para. 94, *R. v. Hape*, שם נפסק מפי השופט לבל (LeBel):

"A criminal investigation in the territory of another state cannot be a matter within the authority of Parliament or the provincial legislatures, because they have no jurisdiction to authorize enforcement abroad. Criminal investigations, like political structures or judicial systems, are intrinsically linked to the organs of the state, and to its territorial integrity and internal affairs. Such matters are clearly within the authority of Parliament and the provincial legislatures when they are in Canadian territory; it is just as clear that they lie outside the authority of those bodies when they are outside Canadian territory."

¹⁹ ראו בג"ץ 5128/94 **פדרמן נ' שר המשטרה**, תק-על (1)95, 266, 272 (1995), שם נפסק מפי הנשיא שמגר:

"תפקידיה וסמכויותיה של משטרת ישראל נקבעו כאמור בפקודת המשטרה... ובחיקוקים נוספים. אין חולק כי סמכויותיה של משטרת ישראל, בתור מפעילת כוחותיה על פי החוקים הנ"ל, מוקנות לה רק בתחומים הנתונים לשליטת מדינת ישראל, ובמסגרת זו היא פועלת למטרות הקבועות בפקודה הנ"ל. בהתאם לכך, אין משטרת ישראל, ואין שוטר הנמנה על משטרת ישראל, מוסמכים להפעיל כל סמכות משטרתית שהוענקה להם בחיקוקים השונים, מחוץ לשטח הנתון לשליטתה של מדינת ישראל..."

בעניין *פדרמן* דן בג"ץ בשיגור משלחת של שוטרי משטרת-ישראל כדי שיצטרפו לכוח הפיקוח הרב לאומי שהופעל בהאיטי בעקבות החלטה של מועצת הביטחון של האו"ם וביוזמת ממשלת ארצות-הברית. העותר טען כי המשטרה פועלת בכך שלא על פי סמכויותיה מכוח פקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א - 1971. בג"ץ אמנם הכשיר את פעולת משטרת-ישראל, על-ידי כך שראה אותה כפועלה מכוח סמכותה השיורית של הממשלה מכוח סעיף 29 לחוק-יסוד: הממשלה, ומכוח הסכמה בין-מדינית על שיגור המשלחת כאמור. הנשיא שמגר חזר והדגיש כי פעולות משטרת-ישראל הן בתחום הטריטוריה הישראלית בלבד, והחריג הוא פעולה אל מחוץ לגבולות המדינה במסגרת הסכמה של הריבון הזר בלבד.

כן ראו ת"פ (מחוזי י-ם) 1071/10 **מדינת ישראל נ' רבינוביץ'**, תק-מח 10 (3) 16430 (2010). מקרה זה נודע כפרשת **הפטריארכיה היוונית-האורתודכסית**, שבה נוהלו הליכים פליליים בגין עבירה של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות (ועבירות נלוות נוספות) מהקרן הקיימת לישראל לצורך ביצוע, כביכול, של עסקאות הכירה של קרקעות בבעלות הפטריארכיה היוונית-אורתודכסית, בעוד שבפועל הנאשם לא התכוון לבצע בשם הפטריארכיה עסקאות אלה. בתום ההליכים הפליליים בפרשה, ביקשה המדינה מבית-המשפט להפעיל את סמכותו מכוח פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט – 1969 (להלן – "הפסד"פ") ולהורות כי כספים המצויים בשני חשבונות בנק בשוויץ, אשר נפתחו על-ידי הנאשם, יועברו לרשות הקרן הקיימת לישראל (נפגעת העבירה). ההגנה טענה כי בית-המשפט הישראלי אינו מוסמך להורות על ביצוע פעולה ביחס לחשבונות בנק בשוויץ. הטענה נדחתה מבלי שנדונה לגופה, מהטעם שהמדינה הציגה

מפורשת לסמכות האיסוף הבין-לאומית בפרשת אל מצרי.²⁰ באותו מקרה דובר בהאזנת סתר משטרתית שבוצעה בשטח רצועת עזה בשנת 1989 (כאשר הרצועה הייתה בשליטה צבאית מלאה של מדינת-ישראל) במסגרת חקירה של עבירות סמים. בית-המשפט העליון קבע כי חוק האזנת סתר, התש"י – 1979, מכוחו רשאי בית-משפט מחוזי להתיר למשטרה לבצע האזנת סתר, אינו חל בשטחים הכבושים, אלא חל רק בתחולה פרסונלית על אזרחי מדינת-ישראל המתגוררים בהם.²¹ תחת הוואקום החקיקתי הזה, קבע בית-המשפט כי מותר למשטרת-ישראל לצותת לשיחות בשטחים ללא צו שיפוטי, אך יהיה עליה לפעול על פי חובות כלליות של המשפט המנהלי:²² חובות של הגינות, שוויוניות, הימנעות משיקולים זרים, פעולה למען הגשמת תכליתו של החוק וכיוצא בזה. לכאורה נובע מפסק-דין זה שהאזנת סתר מחוץ לטריטוריה הישראלית מותרת לרשויות החקירה בלא צורך בהסמכה שיפוטית. אולם, אני מציע לראות בפסק-הדין כהלכה המתייחסת להאזנת סתר בשטחים כבושים תחת "תפיסה לוחמתית", ולא כהוראה גורפת המתירה האזנת סתר "מנהלית" בכל העולם. במקרה של האזנת סתר, או כל פעולת איסוף אחרת לצורך העניין, שתתבצע בטריטוריה של מדינה עצמאית אחרת, תידרש לכאורה בקשה לעזרה משפטית מהמדינה הזרה, או למצער הסכמתה של המדינה לביצוע ההאזנה על-ידי הרשויות הישראליות (מחוץ למסלול העזרה המשפטית הפורמלית). ושוב אזכיר, כוונתי כאן לפעולות איסוף ראיות במסגרת חקירה פלילית ולא לפעולות המתבצעות מכוח סמכויות הביטחון של המדינה. במקרה של שטח כבוש, כיוון שלא רלוונטי לפעול בדרך של עזרה משפטית, ואין צורך בשמירה על עיקרון של כיבוד ריבונות של מדינה זרה, תיתכן התוצאה של האזנת סתר מחוץ לטריטוריה הקבועה ובסמכות מנהלית בלבד. בחזרה אל תמצית ההלכה בעניין אל מצרי הצריכה לענייננו, בית-המשפט העליון קבע הלכה למעשה כי תחולת החוק המסדיר סמכויות אכיפה של משטרת-ישראל לביצוע האזנת סתר היא טריטוריאלית, כל עוד לא נקבע במפורש אחרת.

הסכמה של שלטונות שוויץ להיעתר לצו בית-משפט ישראלי בנדון, במידה שזה יוצא. לנוכח הסכמת המדינה הזרה, הניח בית-המשפט למעשה כי אין כל מניעה, מבחינת סמכות בין-לאומית, להוצאת הצו, ואכן קיבל את בקשת המדינה בעניין.

²⁰ ראו ע"פ 4211/91 מדינת ישראל נ' אל מצרי, פ"ד מז(5) 624, 639-640 (1993).

²¹ בהקשר רחב יותר מהקשרו של פסק-הדין בעניין אל מצרי, ראו חוק להארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התש"י – 1978, בפרט את סעיפים 2, א2, 3, 5, 6, 11, 14. הוראות אלה מרחיבות את תחולת החקיקה, השפיטה והאכיפה מחוץ לטריטוריה של מדינת-ישראל אל שטחי יהודה ושומרון, כאשר בסיס ההרחבה הוא פרסונלי ותחולתו הוא על ישראלים הנמצאים בשטחים או שביצעו שם את העבירה. לגבי מי שאינם ישראלים, שביצעו עבירות פליליות בשטחים, אלה יכול שיישפטו בבתי-משפט צבאיים שהוקמו על-ידי מפקד האזור, אלוף פיקוד המרכז. הוראות אלה מוסברות על-ידי בית-המשפט העליון בכך שהכיבוש נתפש כמצב זמני וכן בכך שההתנגשות עם העיקרון של כיבוד ריבונות של מדינה זרה מעומעם, לפחות בדוגמה של שטחי יהודה ושומרון שנכבשו מירדן במלחמת ששת הימים. ראו למשל בג"ץ 390/79 דויקאת נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 12 (1979); בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(2) 197, 228 (1981); בג"ץ 185/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 1, 50 (1987); בג"ץ 2977/91 תג' נ' שר הביטחון, פ"ד מו(5) 467, 471 (1991); בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 826-827 (2004). על כל פנים, היוצא מן הכלל דווקא מעיד על הכלל, והוא שבהיעדר הוראה מפורשת אין סמכויות אכיפה פליליות מחוץ לטריטוריה של המדינה, אפילו לא במסגרת שטח כבוש, עליו חולשות הוראות מהמשפט הבין-לאומי הפומבי לעניין השלטת סדר ושמירה על הביטחון.

²² לאבחנה זו, בדבר תחולתו של המשפט המנהלי במקום המשפט החוקתי בשטחי איו"ש, ראו גם יעל רונן "תחולתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בגדה המערבית" *שערי משפט* ז 149, 153-154 (2014).

* * *

אם לסכם עד כאן, הרי שבשונה מסמכות התחיקה הפלילית, בה המשפט מייצר הרחבות רבות הן בדמות פיתוח העיקרון הטריטוריאלי והן בדמות פיתוח עקרונות אקסטרה-טריטוריאליים, בכל הנוגע לסמכות האכיפה הפלילית, הכללים הטריטוריאליים נשמרים בקפידה רבה יחסית. ההפרה המוכרת ביותר היא במקרים שבהם רשויות המדינה "חטפו" חשודים, ולימים נאשמים, ממדינות זרות. מקרים אלה הם מתחום של הבאה לדין (התגברות על דיני ההסגרה), ולא מתחום של איסוף ראיות לצורך העמדה לדין.²³ מחירה של הפרה יכול להיות במישור היחסים הדיפלומטיים בין המדינה החוקרת לבין המדינה הטוענת לפגיעה בריבונותה בעקבות פעולת חוקרים בטריטוריה שלה, וכן יכולה הפעולה להגיע לכדי אישום פלילי נגד אותם חוקרים בטענה לביצוע עבירות של תקיפה (במקרה של מעצר), התפרצות (במקרה של חיפוש) וכדומה.²⁴

ג. איתור התפישה הטריטוריאליה ביחס למרחב הסייבר

עמדתי לעיל על שתי תופעות, בהן אבקש להתמקד בחלק זה של הדיון: האחת, סמכות התחיקה הבין-לאומית (ובעקבותיה סמכות השיפוט הבין-לאומית) מורחבת ומוחלת כל אימת שחלק מן העבירה נעבר בשטח המדינה; השנייה, סמכות האכיפה הבין-לאומית מוצרת ומחייבת כי כל מעשה האכיפה יתבצע בשטח המדינה. שתי תופעות אלה, אשר אובחנו ביחס למרחב הפיזי, מתרחשות גם בכל הנוגע למרחב הסייבר. הן ההרחבה התחיקתית (והשיפוטית) והן ההצרה האכיפתית - שתיהן מניחות כנקודת מוצא את התפישה הטריטוריאליה ביחס למעשה העבירה במרחב הסייבר, כמו גם ביחס לאיסוף הראיות במרחב הסייבר.

²³ ראו למשל: Ker v. Illinois, 119 U.S. 436 (1886); United States v. Alvarez-Machain, 504 U.S. 655 (1992); "Male בית-המשפט לא ביטל את ההליכים נגד הנאשם שנחטף ממקסיקו לארצות-הברית, תוך יישום הדוקטרינה של "Male R. v. Plymouth ("Improperly captured, properly detained") captus, bene detenus". לפסיקה דומה בבריטניה ראו: R. v. Horseferry Magistrate's Justices (ex parte Driver), [1986] 1QB 95 (Eng.). לפסיקה הפוכה בבריטניה ראו: Court (ex parte Bennet), [1994] 1 A.C. 42 (Eng.). כן מוכר עניינם של מרדכי וענונו, שנחטף – על-פי הפרסומים – מאיטליה לישראל, ועניינו של אדולף אייכמן שנחטף לישראל מארגנטינה. בעניינו של אייכמן בית-המשפט העליון קבע מפי השופט אגרנט: "לא יחקור בית המשפט בנסיבות עצירתו והבאתו (של הנאשם) לתחום השיפוט" (פרשת אייכמן, לעיל הי"ש 8, בעמ' 2067). עם זאת, ארגנטינה לא הסתפקה בהתנצלות מדינת-ישראל על הפגיעה בריבונותה ופנתה למועצת הביטחון של האו"ם, שגינתה את מדינת-ישראל וקבעה כי עליה לשלם לארגנטינה פיצוי הולם. ראו, לעניין זה, את גנוך המדינה "מאחורי הקלעים של פרשת מעצרו ומשפטו של אדולף אייכמן" (2011), <http://www.archives.gov.il/ArchiveGov/pirsumyginzach/HistoricalPublications/EichmanTrial/EichmanTrialMavo.htm>. לתיקי חטיפה נוספים בהם נדונה שאלת הפרת הדין הבין-לאומי, ראו סקירה אצל: Cassese, לעיל הי"ש 17, בעמ' 50-52.

²⁴ ראו למשל: Doyle, לעיל הי"ש 9, בעמ' 20. כן ראו את המקרה המובא ב-Restatement, לעיל הי"ש 1, §432 cmt. c, שם מובא מקרה של שני חוקרים צרפתים שתחקרו בשוויץ עובד בנק שוויצרי מספר פעמים. אותו עובד בנק דיווח לשלטונות השווייצריים, ואלה עצרו את החוקרים הצרפתים בפעם הבאה שבה נכנסו לשוויץ לצורך המשך התחקור של אותו עובד בנק. החוקרים הצרפתים ביקשו לבסס עבירות כלכליות שיוחסו לחשודים צרפתים. רשויות האכיפה בשוויץ העמידו לדין את החוקרים הצרפתים בגין עבירות נגד הסודיות הבנקאית השווייצרית המבוצעות על-ידי סוכנות זרה (מעין עבירה של ריגול עסקי המבוצע על-ידי רשת מדינתית), והשניים נידונו לעונשי מאסר בפועל.

1. סמכות תחיקה ושיפוט

התפישה ביחס לסמכות התחיקה והשיפוט על עבירות במרחב הסייבר יוצאת מאותה נקודת מוצא טריטוריאלית הרלוונטית לסמכות התחיקה והשיפוט במרחב הפיזי. עם זאת, הטריטוריאליות נמתחת באופן שמאפשר להרחיב באופן משמעותי את סמכות התחיקה והשיפוט ביחס לעבירות במרחב הסייבר. על סמך הכלל הדורש כי מקצת העבירה (בישראל למשל)²⁵ או חלק בלתי מבוטל ממנה (בבריטניה למשל)²⁶ ייעברו במדינת הפורום, על מנת שזו תיחשב כעבירת פנים, בתי-המשפט תופשים עבירות מקוונות רבות כעבירות פנים. מיקומו הפיזי של מבצע העבירה מחוץ לטריטוריה, ואף מיקום מחשביו מחוץ לטריטוריה, אינו מחסן מפני הפללת ההתנהגות, ככל שהיא כוללת התקשרות עם קורבן או חשיפה מודעת של מידע במחשבו של קורבן הנמצא במדינה השופטת.²⁷ נוכח כלל מרחיב זה, לא התעורר הצורך בפיתוח עקרונות נוספים שאינם טריטוריאליים במיוחד עבור עבירות במרחב הסייבר. אציג להלן כמה מקרים מייצגים המלמדים על הרחבת סמכות התחיקה והשפיטה ביחס לעבירות באינטרנט דרך הצינור הטריטוריאלי במובנו המקובל, המסתפק במקצת או חלק מן העבירה על מנת לקנות סמכות.

המקרה המוכר ביותר במשפט הישראלי שבו נדונה סוגיית סמכות השיפוט (וכפועל יוצא מכך גם סמכות התחיקה) הבין-לאומית במרחב הסייבר הוא מקרהו של **מייקל קרלטון**. קרלטון הוא מבעליו של אתר הימורים מצליח ששרתיו מוקמו בגיברלטר, שם מותרים כל סוגי ההימורים המוצעים באתר. האתר מציע את שירותיו למהמרים מכל העולם, לרבות מישראל, כאשר חלק מההימורים הם בעברית וברי כי הם מכוונים, על פי תוכנם, לקהל דובר עברית. בעת שהגיע קרלטון לביקור בישראל, עוכב לחקירה בגין ביצוע לכאורה של עבירת ארגון הימורים אסורים. אגב דיון בתנאי שחרורו בערובה, העלתה ההגנה את שאלת סמכות השיפוט הישראלית על העבירה הנטענת, זאת נוכח העובדה שאתר ההימורים ממוקם בחו"ל. בית-המשפט קבע כי מעשה ההימור נתפש ככזה המתבצע במחשבו של כל אחד ואחד מהגולשים מישראל, ומשכך מקום ביצוע העבירה הוא גם בישראל, ויש לראות בעבירה

²⁵ ראו לעיל ה"ש 5.

²⁶ ראו: R. v. Smith [2004] QB 1418 (Eng.). בעבר הגישה האנגלית חייבה השלמה של כל היסוד העובדתי של העבירה בטריטוריה האנגלית, על מנת שתיחשב העבירה כ"עבירת פנים" לפי הדין האנגלי. ראו: R. v. Manning [1998] 2 Cr. App. R. 461 (Eng.).

²⁷ ברם, אילו הייתה רווחת הגישה שבוטאה בפסק-הדין האנגלי בעניין *Manning*, שם, ניתן היה לומר כי מיקום שרתי המחשב של מבצע העבירה בחו"ל הופך את העבירה מעבירת פנים לעבירת חוץ, ובמקרה כזה, אלמלא ינקוב חוק העונשין המדינתי במפורש בהוראה מרחיבת-תחולה טריטוריאלית, לא ניתן יהיה להפליל את התנהגותו של מבצע העבירה.

משום עבירת פנים, המקימה סמכות שיפוט ישראלית.²⁸ מקרה נוסף, בו התעוררה שאלת סמכות השיפוט הבין-לאומית בנוגע לעבירות אינטרנט, הייתה בעניינו של **משה הלוי**, פעיל רשת ידוע המכונה "הלמו", שהואשם בכך שפרסם את תמונתו של מפכ"ל המשטרה לשעבר, רני"צ משה קראדי, כשהוא לבוש כביכול במדים נאצים. התמונה נערכה כפוטו-מונטאז' והועלתה לפורום ששרתיו מצויים בארצות-הברית. הלוי הואשם בעבירה של העלבת עובד-ציבור, ובמהלך משפטו העלה טענה מקדמית של חוסר סמכות בין-לאומית לשיפוט אותו על העבירה, נוכח העובדה שמקום הפרסום המיוחס לו הוא בחו"ל. בית-המשפט דחה את הטענה, בנימוק שהנאשם העלה את התמונה, כך לכאורה על פי כתב-האישום, מישראל, ולכן, ככל שעובדה זו תוכח במשפט, אין לקבל את הטענה המקדמית. לפחות חלק מביצוע העבירה הוא מישראל, ועל כן מדובר ב"עבירת פנים" ישראלית.²⁹

בדין האמריקני מוכרת הפסיקה בעניין **W.I.G.C.**, שם דובר על הקמת אתר הימורים באינטרנט במדינת אנטיגואה המתירה הימורים בשטחה. אתר האינטרנט הוצע באנגלית ועיקר הכנסותיו היו מתושבי ארצות-הברית, ובהם תושבי מדינת ניו-יורק אשר נקטה הליכים פליליים כנגד האתר ומנהליו. בית-המשפט שם הכיר בסמכותו לדון בעבירות כעבירות פנים.³⁰ בנוסף ניתן למצוא פסיקה מרחיבת סמכות שיפוט בכל הנוגע לעבירות של פרסומי תועבה באינטרנט. בעבירות אלה התעוררה השאלה האם עבירת הפרסום נעברת רק במקום העלאת התכנים (Upload), או שמא גם במקום בו כל אחד ואחד מהגולשים מוריד את התכנים (Download). בעניין **Thomas** נקבע העיקרון של ביצוע עבירת הפרסום כ"עבירת פנים" בכל מקום אליו מגיע התוכן, ולא רק במקום הפצתו המקורי.³¹

בדין הצרפתי התנהל ההליך המפורסם ביותר בתחום סמכות התחיקה והשיפוט באינטרנט – פרשת **Yahoo!**. תחילתה של הפרשה בצרפת, שם עתרו שני ארגונים למלחמה באנטישמיות כנגד אתר יאהו!, שבו הוצגו למכירה פומבית מזכרות נאציות, דבר המהווה עבירה על הקוד הפלילי הצרפתי, האוסר על הצגת סמלים נאצים. בית-המשפט הגבוה בפריז קבע כי יאהו! הפרה את הקוד הפלילי

²⁸ ראו ב"ש (מחוזי ת"א) 90861/07 קרלטון נ' היחידה הארצית לחקירות הונאה, תק-מח (2)07 11247 (2007). להתייחסות מוקדמת יותר (אם כי לאקונית יחסית), גם כן בהקשר של הימורים באינטרנט, ראו ב"ש (מחוזי חי') 3707/01 יגודייב נ' מדינת ישראל, תק-מח (3)01 4750, 4753 (2001). כן ראו ת"פ (מחוזי ב"ש) 6596-04-11 מדינת ישראל נ' חג'אג' (פורסם ב"נבו", 21.1.2012).

²⁹ ראו ת"פ (שלום חי') 1826/08 מדינת ישראל נ' הלוי, תק-של (1)09 13793 (2009). לימים זוכה הלוי מן העבירות שיוחסו לו, אם כי מטעמים אחרים שאינם צריכים לענייננו. ראו ת"פ (שלום חי') 1826/08 מדינת ישראל נ' הלוי, תק-של (4)11 28577 (2011). למקרה נוסף בו התעוררה שאלה דומה, ראו ת"פ (שלום ראשלי"צ) 38070-06-12 מדינת ישראל נ' גודוביץ' (פורסם ב"נבו", 30.6.2013), שם תושב ישראל שלח הודעת דוא"ל בעלת תוכן מדאיג מישראל למשטרה ברוסיה, והוחלט שמעשהו מגלם עבירת פנים בישראל (עבירה של פרסום ידיעה כוזבת העלולה לגרום פחד ובהלה, לפי סעיף 159(א) לחוק העונשין).

³⁰ ראו: *People of New York v. World Interactive Gaming Corp.*, 714 N.Y.S. 2d 844 (N.Y. Sup. Ct. 1999).

³¹ ראו: *United States v. Thomas*, 74 F.3d 701 (6th Cir. 1996), שעסק בבררת סמכות השיפוט בין שתי מדינות בארצות-הברית, ולא בין ארצות-הברית למדינה זרה, אך בעניין זה סבורני כי אין הבדל בין המערכת הפדרלית בארצות-הברית לבין המערכת הבין-לאומית, ונוסח פסק-הדין כוון לקבוע עקרון כללי בעניין דנן.

הצרפתי. נפסק כי אמנם מצד אחד, לא דובר באתר אינטרנט שכוון מראש לקהל צרפתי, אלא באתר הנגיש לכלל הציבור והניתן לצפייה בין היתר על-ידי קהל צרפתי, אולם מצד שני, דובר באתר מסחרי (מכירות פומביות) ששאיפתו היא להגיע לקהל יעד רחב ככל הניתן מטעמים רווחיים, ולכן יש בפעולה זו של האתר משום הכפפה רצונית לסמכויות שיפוט של המדינות בהן מצויים משתמשי האינטרנט הגולשים אל האתר. על כן מחובתה של יאהו! למנוע גישה של משתמשי אינטרנט צרפתיים לדפי התוכן האסורים, לרבות על-ידי סינון גולשים מכתובות IP צרפתיות, דרישה מהגולש לציין את מדינת מוצאו כאשר כתובת ה-IP שלו מעורפלת באופן שאינו מאפשר זיהוי ארץ מוצאו בוודאות וכיוצא בזה. הפסיקה הוחלה לא רק על יאהו! בצרפת (Yahoo.fr), אלא גם על יאהו! האמריקנית (Yahoo.com).³² יאהו! האמריקנית בחרה לפנות לבית-משפט אמריקני בבקשה לסעד הצהרתי שיכריז על אי אכיפותו של פסק-הדין הצרפתי בארצות-הברית, בשל פגיעתו בחופש הביטוי כפי שהוא מפורש על בסיס התיקון הראשון לחוקה האמריקנית. בערכאה הראשונה התקבלה עתירתה של יאהו!³³ בית-המשפט לערעורים במחוז התשיעי הפך את פסיקת בית-המשפט דלמטה, על בסיס טענה של היעדר סמכות שיפוט. נמצא כי המערערים לא כיוונו את פעולתם, בפנייתם לבית-המשפט בפריז, כלפי ארצות-הברית, ועל כן הפעלת סמכות השיפוט במקרה כזה תהיה בלתי סבירה בנסיבות העניין.³⁴ ניסיונות לדיון בהרכב מורחב (en banc) ובקשת רשות ערעור לבית-המשפט העליון – לא הביאו להפיכת התוצאה.³⁵ פרשת יאהו! מלמדת אפוא על האופן בו הרחיבה הפסיקה הצרפתית את סמכות התחיקה הפלילית שלה, האוסרת על הצגת סמלים נאציים, גם על פעולות באינטרנט שמקורן הוא מחוץ לתחומי צרפת. בארצות-הברית, לעומת זאת, בית-המשפט לא הכיר בהרחבת סמכות זו.

גם במשפט האיחוד האירופי ניתן למצוא ביטוי לתפישה מרחיבה של סמכות התחיקה והשיפוט ביחס לעבירות באינטרנט. בית-הדין האירופי הגבוה לצדק (European Court of Justice) מתח את גבולות "עבירת הפנים" בהימורים באינטרנט בדומה לפסיקה בעניין *W.I.G.C. וקרלטון* שנמנו לעיל.³⁶

³² ראו: La Ligue Contre le Racisme et l'Antisemitisme (LICRA) v. Yahoo!, Inc., Tribunal de Grande Instance [T.G.I.] Paris, Ordonnance de Refere (2000) (Fr.), available at <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20001120.pdf>

³³ ראו: Yahoo!, Inc. v. La Ligue Contre le Racisme et l'Antisemitisme, 169 F. Supp. 2d 1181 (N.D. Cal. 2001).

³⁴ ראו: La Ligue Contre le Racisme et l'Antisemitisme v. Yahoo!, Inc., 379 F.3d 1120 (9th Cir. 2004).
³⁵ ראו (בהתאמה): Yahoo!, Inc. v. La Ligue Contre le Racisme et l'Antisemitisme, 433 F.3d 1199 (9th Cir. 2006) (en banc); La Ligue Contre le Racisme et l'Antisemitisme v. Yahoo!, Inc., cert. denied, 126 S. Ct. 2332 (2006).

³⁶ ראו: Liga Portuguesa de Futebol Profissional v. Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, ECJ C-42/07 [2009].

בנוסף, ניתן לציין את החלטת האיחוד האירופי משנת 2005 בנוגע לעבירות נגד מערכות מידע (EU Framework Decision on Attacks against Information Systems). החלטה זו מאפשרת למדינות האיחוד האירופי לקבוע בחוקיהן הפנימיים תחולה אקסטרטריטוריאלי של עבירות מידע, בשני מובנים: במובן זה שמבצע העבירה פוגע מחו"ל במערכות המידע שבמדינה, ובמובן זה שמבצע העבירה מצוי בטריטוריה של המדינה ומערכות המידע הנפגעות מצויות בכל מדינה אחרת שהיא.³⁷

להשלמת התמונה, אציין כי בתחומי המשפט האזרחי קיימת פסיקה ענפה בכל הנוגע להכפפת גורם זר, המעלה תכנים בשרת זר, לסמכות השיפוט של מדינת הפורום במקרה שבו התובע (הנפגע) מצוי במדינת הפורום בפועל. הדיון המתעורר שם נוגע לשאלה האם העלאת תכנים בשרת זר מחייבת לפי דין מקום מושבם של כל מקבלי התכנים (Situs of recipient), לפי דין מקום מושבו של מעלה התכנים (Situs of Transmitter) או לפי מבחן ביניים תלוי נסיבות.³⁸ לא אתיימר להקיף את הפסיקה

³⁷ ראו: Council Framework Decision 2005/222/JHA on Attacks Against Information Systems, Art. 10, OJ L69/67 (16.3.2005).

³⁸ ראו למשל את: *Compuserve v. Patterson*, 89 F.3d 1257 (6th Cir. 1996), שם נפסק בעניין סכסוך חוזי בין-מדינתי בתוך ארצות-הברית. התובעת הייתה חברת *Compuserve* שמושבה באוהיו ושרתיה ממוקמים שם. הנתבע אורח טקסט שפעל מטקסס. נקבע כי לאוהיו קמה סמכות שיפוט, נוכח העובדה שהנתבע התקשר בפועל עם שרתי המחשב של *Compuserve* באוהיו והעלה באמצעותם תכנים שונים לאינטרנט, ומכאן שלנתבע זיקה לאוהיו. בעניין *Bensusan Restaurant Corp. v. King*, 937 F. Supp. 295 (S.D.N.Y. 1996), נקבע כי עצם העובדה שאתר אינטרנט נצפה במדינות שונות נוסף על המדינה בה מצוי השרת עליו "יושב" האתר, היא כשלעצמה אינה מספיקה לצורך הקמת סמכות שיפוט (בתביעת סימני מסחר) במדינות אחרות בהן ניתן לצפות באתר. בעניין *Zippo Manufacturing Company v. Zippo Dot Com, Inc.*, 925 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997), נקבעה סקאלה לקביעת סמכות שיפוט על נתבע זר במדינת הפורום: בקצה האחד של הסקאלה, כאשר הנתבע מבצע עסקאות באמצעות האינטרנט המשפיעות באופן ישיר וברור על אזרחים במדינת הפורום – קמה סמכות למדינת הפורום. בקצה השני של הסקאלה, כאשר הנתבע מנהל אתר פסיבי באינטרנט, והמידע בפועל נגיש לאזרחים מכל העולם, אין די בכך כדי להקנות סמכות שיפוט למדינה שבה רק נצפה התוכן מאתר האינטרנט. ובין קצוות הסקאלה מצויים כל אותם מקרים בהם הנתבע זר מנהל אתר אינטרנט אינטראקטיבי, דרכו יכולים אזרחים ממדינות זרות לפעול, יש לבחון את מידת האינטראקטיביות והאופי המסחרי של הפעילות האינטראקטיבי ועל בסיסה ניתן יהיה לקבוע סמכות שיפוט למדינת הפורום. סקאלת *Zippo* אומצה בפסיקה מאוחרת יותר: *Cybersell Soma Med. Int'l v. Std. Chtd. Bank*, 196 F.3d 1292; *Inc. v. Cybersell, Inc.*, 130 F.3d 414 (9th Cir. 1997); *ALS Scan, Inc. v. Digital Mink v. AAAA Dev. LLC*, 190 F.3d 333 (5th Cir. 1999); *Toys "R" Us, Inc. v. Step Two, S.A.*, 318 F.3d 446; *Service Consultants, Inc.*, 293 F.3d 707 (4th Cir. 2002); *Amway Corp. v. The Procter & Gamble Comp.*, 346 F.3d 180 (6th Cir. 2003). כן ראו: *Henrik Spang-Hanssen, Public International Computer Network Law Issues* 175-257 (2006).

כמו כן, אציין את פסק-הדין של בית-המשפט העליון האוסטרלי בתביעת לשון הרע שהגיש איל ההון ג'וזף גוטניק נגד גרסה מקוונת של עיתון אמריקני, שרשומה וממוקמת בשרת בארצות-הברית, שפרסם באתר שלו כתבה מכפישה נגדו. אתר האינטרנט "יושב" בשרתים אמריקניים. האתר נצפה בכל העולם, וחלק (קטן) מקוראיו הם אוסטרליים. בית-המשפט העליון קבע כי נוכח הכוונה של העיתון האינטרנטי להגיע לקהל קוראים רחב באמצעות האינטרנט, יש לראות בפרסום כמתבצע בכל מדינה בה נצפה, במקרה זה באוסטרליה. ראו: *Dow Jones & Co. Inc. v. Gutnick*, HCA 56 (2002). פסיקה זו אינה מתיישבת עם הגישה האמריקנית בתיק לשון הרע בעניין *Young v. New Haven Advocate*, 315 F.3d 256 (4th Cir. 2002), שם נפסק כי מהדורה מקוונת של עיתון ממדינת קונטיקט, שהועלה לאתר אינטרנט ש"יושב" בשרת בקונטיקט אך נצפה בפועל גם במדינת וירג'יניה, בה התגורר התובע, אינה מקימה כשלעצמה סמכות שיפוט בוירג'יניה. העובדה שהפרסומות באתר האינטרנט כוונו לתושבי קונטיקט והכתבות בעיתון לא עסקו באופן מכוון בענייני מדינת וירג'יניה – מלמדת שאין להעניק סמכות שיפוט למדינת וירג'יניה.

במשפט הישראלי, ראו ה"פ (מחוזי י-ם) *Ahava (USA) Inc.* 3137/04 ג'י. דבליו. ג'י. בע"מ (*J.W.G. Ltd.*) תק-מח-04(4) 128 (2004), שם הכריז בית-המשפט המחוזי בירושלים על פסק-דין אמריקני כאכיף בישראל, ובכך הכשיר למעשה את הקביעה השיפוטית לפיה אתר אינטרנט ישראלי המציע לרוכשים מכל העולם, לרבות מארצות-הברית, לרכוש מוצרי טיפוח

האמורה, וכשלעצמי איני סבור כי ניתן להסיק כלל אצבע ברור מן הפסיקה שניתן להקיש ממנו אל המשפט הפלילי.³⁹ עם זאת, ניתן להבחין כי מקום מושבו של מעלה התכנים ומקום הימצאותו הפיזית של השרת או המחשב ממנו מועלים או משודרים התכנים אינם מחסנים מפני החלת הדין של מדינות אחרות בהן נחשפו משתמשי אינטרנט לתכנים אלה. מכאן שסמכות השיפוט, גם במישור האזרחי, אינה כפופה להתקשרות אינטרנטית פנים-מדינתית בלבד, אלא בהחלט יכולה להתפרש על פעולה אינטרנטית שרק חלקים ממנה מבוצעים או עוברים במדינה השופטת.

2. סמכות אכיפה

המצב המשפטי הנוהג (בוודאי במדינות המערב) הוא כי סמכות האכיפה ביחס לאיסוף ראיות דיגיטליות במרחב הסייבר מוגבלת לטריטוריה המדינתית. הגבולות המדינתיים מורכבים על המרחב הקיברנטי וראיה האגורה בשרתים מחוץ לטריטוריה המדינתית – אסורה, ככלל, באיסוף במסגרת חקירה פלילית, אלא אם קיימת הסכמה בין-מדינתית לפעולה אקסטרה-טריטוריאלית. זהו המצב החוקי שעל פיו פועלות רשויות אכיפת החוק במרבית מדינות העולם.⁴⁰ אדגים את מגבלת סמכות

של המותג "אהבה", מפר למעשה את זכויות המפיץ האמריקני של המותג. במלים אחרות, בית-המשפט הישראלי הכיר בכך שאתר אינטרנט ישראלי הפועל גם ביחס לקהל אמריקני מכפיף עצמו לסמכות השיפוט האמריקנית.

³⁹ אין דוקטרינה אחידה וכוללנית לגבי כינונה של סמכות שיפוט. קיימת שונות בין כללי סמכות השיפוט במדינות השונות, בין עילות התביעה השונות (סוג ההפרה או העוולה הנטענת), והפורום האינטרנטי שבו הוצעה ההפרה או העוולה: האם מדובר בפורום "ציבורי" או "פרטי" ברשת. ראו לעניין זה למשל את: Julia Hornle, *The Jurisdictional Challenge of the Internet*, in LAW AND THE INTERNET 121 (Lilian Edwards & Charlotte Waelde eds., 2009).

⁴⁰ ראו: Jack L. ; Henry H. Perritt, *Jurisdiction in Cyberspace*, 41 VILL. L. REV. 1, 35-36, 82-90, 114 (1996); Jack L. Goldsmith, *Goldsmith, Against Cyberanarchy*, 65 U. CHI. L. REV. 1199, 1216-1221 (1998); Patricia L. Bellia, ; *Unilateral Regulation of the Internet: A Modest Defense*, 11 EJIL 135, 139-140 (2000); Susan W. Brenner & Joseph J. ; *Chasing Bits Across Borders*, 2001 U. CHI. LEGAL. F. 35, 45-57 (2001); Schwerha, *Transnational Evidence Gathering and Local Prosecution of International Cybercrime*, 20 J. International Bar Association ; MARSHALL J. COMP. & INFO. L. 347, 354-366 (2002). לעיל ה"ש 1, בעמ' 9-10. לפירוט על החריגה האקסטרה-טריטוריאלית המוסכמת, ראו פרק 3(ה)1.

אביא התייחסות פרטנית נוספת למדינות הבאות: בארצות-הברית: מדרוך משרד המשפטים האמריקני מנחה את גופי התביעה ורשויות החקירה להימנע מחדירה לחומרי מחשב האגורים בשרתים בחו"ל. ההיתר לחדירה מחוץ לטריטוריה יינתן רק במקרה של שיתוף-פעולה והסכמה עם המדינה הזרה, או במקרה שהמדינה הזרה נוהגת לאפשר למדינות אחרות לערוך פעולות חדירה לחומרי מחשב שמצויים בשטחה. ראו: DEPARTMENT OF JUSTICE, SEARCHING AND SEIZING COMPUTERS AND OBTAINING ELECTRONIC EVIDENCE IN CRIMINAL INVESTIGATIONS (2009) 56-60, available at: <http://www.cybercrime.gov/ssmanual/index.html> ("DOJ Manual" – להלן).

בריטניה: סמכות החדירה לחומרי מחשב חלה גם על חדירות מרחוק למחשבים, לאו דווקא על חדירה למחשבים התפוסים פיזית בידי המשטרה. כך קבוע ב-19(4) Police and Criminal Evidence Act 1984, s. 19(4). עקף על-ידי ה-13(2)(a) Criminal Justice and Police Act 2001, Sch. 2(2), para. 13(2)(a). לכאורה אין הגבלה בחוק זה על מיקומו של המחשב הנחדר מבחינה טריטוריאלית, אולם חלה בעניין זה המגבלה הכללית הקבועה ב-1996, s. 30(1) Police Act 1996, s. 30(1) "A member of a police force shall have all the powers and privileges of a constable throughout England and Wales and the adjacent United Kingdom waters". עוד על התפישה הטריטוריאלית ביחס לאיסוף ראיות דיגיטליות ראו במדריך רשויות האכיפה הבריטיות: ASSOCIATION OF CHIEF POLICE OFFICERS, GOOD PRACTICE GUIDE FOR COMPUTER-BASED ELECTRONIC EVIDENCE 13, available at: http://www.7safe.com/electronic_evidence/ACPO_guidelines_computer_evidence.pdf.

מזולנד: החוק ההולנדי מתיר חדירה משטרתית לרשת בין מחשבים, בכללה יותר לרשויות להגיע לכל המחשבים אליהם יש גישה דרך המחשב המקורי, שביחס אליו הוצא צו החדירה. עם זאת, ההיתר כאמור מוגבל בתנאי שהמחשבים הנוספים

האכיפה האקסטרה-טריטוריאלית במרחב הסייבר באמצעות פרשה אמריקנית-רוסית אשר נודעה כפרשת **Gorshkov-Ivanov**. עניינה של פרשה זו בהאקרים רוסים שסחטו כספים מחברות אמריקניות תוך איום עליהן, כי אם לא ישלמו להם, ישביתו את שירותיהם באמצעות מתקפות אינטרנטיות מתוזמנות. לצורך חקירת הפרשה נזקקו חוקרי ה-FBI לחומרי מחשב שנאגרו בשרתי מחשב רוסיים. חוקרי ה-FBI העתיקו בהעתקה סמויה, על דרך של התקשרות ממחשב בארצות-הברית לשרת הרוסי, את חומר המחשב הרלוונטי. לאחר מכן, ניגשו חוקרי ה-FBI לבית-משפט אמריקני וביקשו צו לעיון בחומר שהועתק כאמור. בית-המשפט האמריקני נעתר לבקשה. בכך התגברו חוקרי ה-FBI על בעיית איסוף הראיות הדיגיטליות האגורות מחוץ לטריטוריה האמריקנית. לאחר מכן ההאקרים הרוסים פיתו לצאת מרוסיה לארצות-הברית באמתלת שווא של כנס בתחום המחשבים, ונעצרו על-ידי חוקרי ה-FBI.⁴¹

בפרשת *Gorshkov-Ivanov* הראיה נאספה על-ידי חוקרים אמריקנים משרת רוסי, שופט אמריקני הכשיר את העיון בראיה בשלב החקירה, ולאחר מכן שופט אמריקני הכשיר את השימוש בראיה ודחה טענות של ההגנה לפסלותה. לעומת זאת, השלטונות ברוסיה ראו בפעולה האמריקנית

ברשת לא ממוקמים מחוץ לגבולות הטריטוריה ההולנדית. ראו: Bert-Jaap Koops, *Cybercrime Legislation in the Netherlands*, in CYBERCRIME AND SECURITY 1, 8 (Pauline C. Reich ed. 2005).

בדנמרק: דנמרק מפרשת את המשפט הבין-לאומי, כמו גם את שיטת משפטה הפנימית, ככאלה האוסרים על אכיפה מחוץ לתחומי הטריטוריה המדינתית. לפיכך, גם בהקשר אינטרנטי, נאסר על חדירה או העתקה של חומר מחשב המצוי במחשבים מחוץ לטריטוריה הדנית. ראו: Spang-Hanssen, לעיל ה"ש 38, בעמ' 418-420.

באיטליה: דיני איסוף הראיות הדיגיטליות באיטליה מחייבים את הרשויות לעצור ככל שהם מגיעים לחומר מחשב המצוי מחוץ לטריטוריה, ולפנות למנגנוני שיתוף-הפעולה הבין-מדינתיים, בין אם מדובר במנגנון אמנת מועצת אירופה בדבר פשעי מחשב, מנגנוני עזרה משפטית רגילים (במידה שהטריטוריה הזרה בה מצוי חומר המחשב אינה שייכת למדינה שהיא צד לאמנה) ומנגנוני עזרה משפטית וולונטרית לא-פורמלית. ראו: Giovanni Ziccardi, *Cybercrime and Jurisdiction in Italy*, in CYBERCRIME AND JURISDICTION: A GLOBAL SURVEY 227, 233-234 (Bert-Jaap Koops & Susan W. Brenner eds., 2008).

בשבדיה הדגש הוא על מיקומו של השרת, ומיקום מחוץ לטריטוריה השבדית פוסל מיניה וביה כל אפשרות לאסוף את הראיה הדיגיטלית בפעולה של הרשות השבדית. ראו: GRAHAM J. H. SMITH, INTERNET LAW AND REGULATION 339 (3rd ed. 2002).

בגרמניה הדעה הרווחת היא שאסורה לרשויות החקירה הגישה לחומרי מחשב האגורים בחו"ל, כאשר בעבר התקיימה מחלוקת על שאלת הגישה של החוקרים הגרמנים לחומרי מחשב הפתוחים לעיון כלל הציבור באינטרנט. ראו: Nicolai Seitz, *Transborder Search: A New Perspective in Law Enforcement?*, 7 YALE J. L. & TECH. 23, 34-35 (2004). מאז שנת 2009, עם הצטרפות גרמניה לאמנת מועצת אירופה בדבר פשעי מחשב, אימצה גרמניה את הכלל שבסעיף 32 לאמנה, לפיו מותר לחדור לחומרי מחשב האגורים מחוץ לטריטוריה במקרה של חומרים הנגישים לכלל הציבור ובמקרה של הסכמה כדין של המחזיק בחומר המחשב.

בישראל ראו את עמדת פרקליטות המדינה, כפי שהתקבלה על-ידי בית-המשפט העליון, כי המדינה מוגבלת מבחינת דיני הסמכות (Jurisdiction) לאסוף חומר משרתי חברת פייסבוק, שכן אלה מצויים מחוץ לטריטוריה הישראלית: בש"פ 6926/12 **אדטו נ' מדינת ישראל**, פסקה 8 להחלטתו של השופט עמית (פורסם ב"נבו", 18.10.2012).

⁴¹ כך התאפשר לרשויות האמריקניות להתגבר על בעיה נוספת, שאיני דן בה כאן, והיא הבעיה של העמדה לדין של נאשמים שמקום מושבם בחו"ל. בעיה זו מוסדרת באמצעות דיני ההסגרה, ומדינות שונות, כבמקרה זה, משתמשות בכלים לפיתוי נאשמים לעבור ממדינה למדינה על מנת ללכוד אותם בשטחן ללא צורך בבקשת הסגרה.

משום פגיעה בריבונות הרוסית והוציאו צווי מעצר נגד חוקרי ה-FBI.⁴² פעולתן של הרשויות האמריקניות בפרשת *Gorshkov-Ivanov* הייתה חריגה,⁴³ ובמקרים אחרים של עברייני אינטרנט שפעלו מחו"ל כלפי תושבים ועסקים אמריקניים, הפעולה הייתה על פי מגבלת סמכות האכיפה הטריטוריאלית, תוך הסתייעות במנגנוני עזרה-משפטית בין-מדינות.⁴⁴

פרשת *Gorshkov-Ivanov* היא בבחינת היוצא מן הכלל המעיד על הכלל, אשר לפיו התפישה הטריטוריאלית, החולשת על סמכות האכיפה הפלילית הבין-לאומית במרחב הפיזי, מועתקת אל המרחב הקיברנטי. ניתן להסביר את תהליך ההעתקה האמור באופן הבא: כיוון שבתי-המשפט מצאו עצמם נאלצים להתמודד עם תיקים פליליים שנאספו לפתחם, וכיוון שבתי-המשפט, בפרט במדינות המשפט המקובל, הם מוסדות משפטיים שמרניים מטבעם, במובן זה שהם מחויבים להתקדם על דרך של פרשנות, לרבות היקש, תוך החלת תקדימי עבר מחייבים, אך טבעי הוא שהוחל הכלל, האוסר על הפעלת סמכות אכיפה אקסטר-טריטוריאלית, מהמרחב הפיזי אל המרחב המקוון.⁴⁵

⁴² ראו: *United States v. Ivanov*, 175 F. Supp. 2d 367 (D. Conn. 2001); *United States v. Gorshkov*, 2001 WL 1024026 (W.D. Wash. 2001). לפרטים נוספים על אופן פעולת חוקרי ה-FBI והתגובה הרוסית, ראו את דיווח מחלקת עבירות המחשב במשרד המשפטים האמריקני: Susan Brenner, <http://www.cybercrime.gov/gorshkovconvict.htm/>; *"Our" Fourth Amendment...*, CYB3RCRIM3 (11.3.2006), available at: <http://cyb3rcrim3.blogspot.com/2006/03/our-fourth-amendment.html>; Jack Goldsmith, *The Internet and the* <http://cyb3rcrim3.blogspot.com/2006/03/our-fourth-amendment.html>; *Seitz; Legitimacy of Remote Cross-Border Searches*, 2001 U. OF CHI. LEG. FORUM 103 (2001), לעיל ה"ש 40, בעמ' 28-23. מעניין לציין כי כאשר המדובר בחקירה המתנהלת במדינה אחת בארצות-הברית, ונדרשת חדירה לחומר מחשב האגור בשרת במדינה אחרת בארצות-הברית, הרי שהעמדה היא שעל החוקר לבקש את צו החדירה במדינה האחרת ולא במדינתו שלו. ראו את "מדריך השטח" של משרד המשפטים: U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, FIELD GUIDE ON THE NEW AUTHORITIES (REDACTED) ENACTED IN THE 2001 ANTI-TERRORISM LEGISLATION § 216A (2002).

⁴³ כאמור לעיל בה"ש 40, הכלל הוא איסור על חריגה אקסטר-טריטוריאלית.

⁴⁴ אציין שני מקרים מוכרים יחסית: המקרה הראשון הוא של Oleg Zezev, שכונה גם "Alex", שפעל מקזחסטן באמצעות האינטרנט וסחט את שירות החדשות של Bloomberg, לאחר שפרץ למחשביה מספר פעמים, בתמורה להפסקת הפריצות. הלה הוזמן למשרדי Bloomberg בלונדון, למטרת תשלום דמי הסחיטה, נעצר על-ידי הרשויות הבריטיות והוסגר לארצות-הברית. ראו: *United States Department of Justice Press Release, U.S. Convicts Kazakhstan Hacker of Breaking Into Bloomberg L.P.'s Computers and Attempting Extortion* (26.2.2003), available at: <http://www.justice.gov/usao/nys/pressreleases/February03/zezevconvict1.pdf>. כן ראו: Michael Cooper, *Bloomberg Tells Trial Jury of his Part in Taped Sting*, N.Y. TIMES (12.2.2003), at B4. ההאקר הבריטי Gary McKinnon שהואשם בפריצה וגרימת נזק ל-92 מחשבים בין השנים 2001-2002, בין היתר למחשבים של הצבא האמריקני. מקינון הסביר כי פרץ למחשבים המסווגים במטרה לנסות לחשוף מידע על ע"מ"ם שהושתר על-ידי רשויות הביטחון האמריקניות מעין הציבור. הרשויות הבריטיות עצרו את מקינון, והוחל בהליך ממושך ביותר של הסגרה מבריטניה לארצות-הברית, הליך שלא הסתיים עד היום. באותו מקרה, הרשויות הבריטיות אספו את הראיות מן המחשבים בבריטניה, במסגרת בקשה לעזרה משפטית בריטית. ראו: *McKinnon v. Government of the United States of America*, [2008] UKHL 59 (Eng.); *McKinnon v. Secretary of State for Home Affairs*, [2009] EWHC 2021 (Eng.).

⁴⁵ עם זאת, בהמשך אציג את הוראותיהן המיוחדות של כמה מדינות, אשר בכל זאת פותחו ביחס לזירה האינטרנטית, ונקבע בהן היתר מסוים לחדירה לחומרי מחשב האגורים מחוץ לטריטוריה המדינתית.

נוכח העובדה שהעבירות במרחב המקוון מתאפיינות בחציית גבולות מדיניים ב"לחיצת כפתור", ואכן בפועל חלק ניכר מהפשעה המקוונת היא בין-מדינתית,⁴⁶ מחריפה בעיית האכיפה הפלילית המדינתית במרחב זה. במישור הפלילי המהותי, המדינות הרחיבו בנדיבות את סמכותן לשפוט עבירות המתרחשות בכמה "מקומות" באינטרנט בו-זמנית, בעוד שבמישור הפלילי הדיוני, כפי שעוד אפרט בהמשך, הפך עניין מיקום הראיות הדיגיטליות למעין עיקרון וטו להשבתת חקירות מדינתיות.

ד. מיקוד העדשה על התפישה הטריטוריאלית ביחס לדיני איסוף ראיות במרחב

הסייבר

1. פירוק התפישה הטריטוריאלית ליסודות

התפישה הטריטוריאלית, כפי שהוצגה ביחס לחקירה הפלילית במרחב הסייבר, ניתנת לפירוק, מבחינה עיונית, לשלושה יסודות: *האחד*, *הראיה הדיגיטלית ניתנת למיקום בתוך המרחב הקיברנטי*. הגם שהמידע מיוצג בביטים והוא חסר משקל וגודל, הוא משויך, תפישתית, לאטומים פיזיים.⁴⁷ הדבר מוביל ללוקליזציה וטריטוריאלזציה של המרחב המקוון, שכן אטומים ניתנים למיקום והם מצויים בתוך מרחב טריטוריאלי. *היסוד השני* הוא *כי המקום הוא המחשב בו מאוחסנת הראיה הדיגיטלית*. *היסוד השלישי* הוא *כי איסוף הראיה מתבצע במקום בו מאוחסנת הראיה הדיגיטלית*. נניח, למשל, כי איסוף הראיה באינטרנט מתבצע על-ידי שוטר המתקשר מרחוק אל השרת בו אגורה הראיה ומעיין בה ממחשבו ומעתיק אותה אל מחשבו. ברי כי פעולת האיסוף בוצעה ממקום מושבו של השוטר, אולם לא זה המקום הקובע כאמור, כי אם המקום בו אגורה הראיה הדיגיטלית.⁴⁸

שלושת היסודות הנ"ל נלמדים מהפרקטיקה המשפטית, מהחוק החרות, מהפסיקה ומהבחירה בשימוש מטאפורי בדימוי של מרחב הסייבר כ"מקום", עליו ארחיב מיד. חיבור שלושת היסודות הנ"ל מבטא את התפישה הטריטוריאלית בהקשר המקוון. שלושתם מכוננים את עיקרון הווטו

⁴⁶ ראו למשל: Ellen S. Podgor, *Cybercrime: National, Transnational, or International*, 50 WAYNE L. REV. 97, (2004) 102-106. כן ראו דברי ההסבר לאמנת מועצת אירופה בדבר פשעי מחשב: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/185.htm>

⁴⁷ האבחנה בין אטומים לביטים, כהגדרתו של ניקולאס נגרופונטי *להיות דיגיטלי* 17-25 (עמנואל לוטס מתרגם, 1996), עומדת בבסיס התפישה הפיזית של העידן הדיגיטלי בכלל ועידן הסייבר בפרט.

⁴⁸ הקביעה כי המקום הקובע לעניין סמכות האכיפה האקסטרה-טריטוריאלית בחקירה פלילית באינטרנט, הוא מקום אגירתה של הראיה הדיגיטלית המבוקשת נלמדת ממגוון המקורות המפורטים לעיל בה"ש 40.

הטריטוריאלי ביחס לסמכות האכיפה הפלילית במרחב הסייבר, ולפיו אם הראיה הדיגיטלית המבוקשת אגורה בשרת המצוי פיזית בחו"ל, אזי אין סמכות למדינה החוקרת לאסוף את הראיה האמורה בפעולה עצמית (אונילטרלית).

2. מרחב הסייבר כ"מקום"

כאמור לעיל, היסוד הראשון המכונן את התפישה הטריטוריאלית, הוא שהמידע במרחב הסייבר ניתן למיקום. להתגבשות יסוד זה תורמת באופן משמעותי התפישה של מרחב הסייבר כ"מקום". תפישה זו, כפי שאראה, היא מטאפורית במידה רבה. כדי להבין מדוע בכוחה של מטאפורה זו להשפיע על התגבשות היסוד הראשון בתפישה הטריטוריאלית, אסביר תחילה בקצרה על תפקידה של המטאפורה במשפט.

השימוש במטאפורות הוא, מצד אחד, תהליך קוגניטיבי בלתי נמנע של דפוס החשיבה האנושי, ומצד שני, זהו תהליך מודע של הבניית דפוס הניתוח של הסוגיה הנדונה ולעתים אף הכוונת תוצאת הניתוח. ג'ורג' לאקוף (Lakoff) ומרק ג'ונסון (Johnson) הדגימו שימוש במטאפורות שונות והשפעתן הפוליטית והסוציולוגית.⁴⁹ ניתוחים מאוחרים יותר הרחיבו את ההדגמה לחשיבה המשפטית ולהשפעת המטאפורות על התוצאה המשפטית.⁵⁰ באופן דומה, אף כי ישיר יותר, ניתן להסביר את השימוש באנלוגיות, בהן מושווית סוגיה משפטית מסוימת לסוגיה שכבר נדונה בעבר. הגם שהמטאפורה והאנלוגיה בשימוש המשפט מייצרות מעין פיקציה, שכן אין הן מתארות את המציאות העובדתית כהווייתה, אלא מדמות אותה, אין זאת אומרת כי הן פסולות בשימוש.⁵¹ הפיקציה המשפטית היא כלי שיכול להיות מועיל מאד לצורך ניתוח משפטי של סוגיות חדשות, לצורך חיזוי וחיווי דעה משפטית המאפשרת לתכנן צעדים אישיים וכלכליים מראש.

עתה בחזרה אל תפישת המרחב הקיברנטי כ"מקום". המרחב הקיברנטי כתופעה משפטית הוא עניין רחב ומגוון הקשה ל"עיכול" משפטי. לפיכך, נדמה כי השימוש במטאפורות ביחס אליו רב

⁴⁹ ראו: GEORGE LAKOFF & MARK JOHNSON, METAPHORS WE LIVE BY (2nd ed. 2003).

⁵⁰ ראו את עבודותיו של סטיבן וינטר (Winter): Steven L. Winter, *The Metaphor of Standing and the Problem of Self-Governance*, 40 STAN. L. REV. 1371, 1832-94 (1988); Steven L. Winter, *Transcendental Nonsense*, 137 U. PA. L. REV. 1105 (1989); Steven L. Winter, *Metaphoric Reasoning, and the Cognitive Stakes for Law*, 82 VA. L. REV. 721 (1996).

⁵¹ ראו: LON L. FULLER, LEGAL FICTIONS 9 (1967). כן ראו, בהקשר של מטאפורות לתיאור הפרטיות באינטרנט, את: DANIEL J. SOLOVE, THE DIGITAL PERSON: TECHNOLOGY AND PRIVACY IN THE INFORMATION AGE 27-28 (2004).

במיוחד.⁵² המרחב המקוון תואר כמערב פרוע,⁵³ אוטוסטרדת המידע,⁵⁴ Cyberspace⁵⁵ ואף כעולם פיאודלי.⁵⁶ בין המטאפורות השונות מתקיימת תחרות מטאפורית. חוקרים שונים טענו כי ריבוי השימוש במטאפורות יש בו כוח מאזן למניעת עיוותים בהתייחסות המשפטית לסוגיה מסוימת.⁵⁷

סבורני כי בכל הנוגע להקשרנו הנדון, של אכיפה פלילית במרחב הסייבר, **תפישת המרחב הקיברנטי כמקום גברה על מרבית המטאפורות האחרות** והיא זו המוצאת ביטוי במשפט הנוהג ביחס לאכיפה פלילית במרחב הסייבר. מתפישת המרחב הקיברנטי כ"מקום" נגזרים תיאורים מטאפוריים משניים, המתארים פעולות שונות במרחב זה. כך, למשל, **אנו נכנסים לאתר** אינטרנט מסוים,⁵⁸ אנחנו מקלידים **כתובת** אינטרנטית, החדירה האסורה לחומר מחשב מתוארת כ**פריצה** למקום, אתר

⁵² לשימוש כללי במטאפורות בהקשר של משפט וטכנולוגיה ראו: David R. Johnson & Kevin A. Marks, *Mapping Electronic Data Communications onto Existing Legal Metaphors: Should We Let Our Conscience (and Our A. Michael Froomkin, The Metaphor is the ;Contracts) Be Our Guide?*, 38 VILL. L. REV. 487, 489-90 (1993) Dan ;Key: Cryptography, *The Clipper Chip and the Constitution*, 143 U. PA. L. REV. 709, 860-862 (1995) Hunter, *Cyberspace as a Place and the Tragedy of the Digital Anticommons*, 91 CAL. L. REV. 439, 458-472 (2003); (2003); (2003); Mark Lemley, *Place and Cyberspace*, 91 CAL. L. REV. 521 (2003); אברהם נ. טננבוים "על המטאפורות בדיני המחשבים והאינטרנט" **שערי משפט** ד 359, 375-374 (2006); ניבה אלקין קורן ומיכאל בירנהק "שפת מחשב, שפת משפט" **רשת משפטית: משפט וטכנולוגיות מידע** (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים) 65, 67-65 (2009). ראו גם עע"מ 3782/12 **מפד מחוז תל-אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי** 15-16 (פורסם ב"נבו", 24.3.2013).

⁵³ ראו: Shamoil Shipchandler, *The Wild Wild Web: Nonregulation as the Answer to the Regulatory Question*, 33 CORNELL INT'L L.J. 435, 436 (2000) STUART BIEGEL, *BEYOND OUR CONTROL? CONFRONTING THE* ;33 CORNELL INT'L L.J. 435, 436 (2000) Alfred C. Yen, *Western ;LIMITS OF OUR LEGAL SYSTEM IN THE AGE OF CYBERSPACE* 4, 13-18 (2001) *Frontier or Feudal Society? Metaphors and Perceptions of Cyberspace*, 17 BERKELEY TECH. L.J. 1207, 1222-32 (2002).

⁵⁴ ראו: Clay Calvert, *Regulating Cyberspace: Metaphor, Rhetoric, Reality, and the Framing of Legal* HENRY H. PERRITT, *LAW AND THE ;Options*, 20 HASTINGS COMM. & ENT. L.J. 541, 542-43, 547-49 (1998) INFORMATION SUPERHIGHWAY (1996), שם מציג פריט בהקדמה לספרו את מטאפורת ה- Information superhighway או ה-Infobahn ;Jonathan H. Blavin & I. Glenn Cohen, *Gore, Gibson and Goldsmith: The Evolution of Internet Metaphors in Law and Commentary*, 16 HARV. J. L. & TECH. 265, 269-274 (2002).

⁵⁵ מקובל לראות את מקורה של המטאפורה "Cyberspace" בספר מדע בדיוני של ויליאם גיבסון משנת 1984, ראו: I. Trotter Hardy, *The WILLIAM GIBSON, NEUROMANCER* (1984). להחלה משפטית של המטאפורה, ראו למשל: David R. Johnson & ;*Proper Legal Regime for "Cyberspace,"* 55 U. PITT. L. REV. 993, 994-95 (1994) David R. ;David G. Post, *Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace*, 48 STAN. L. REV. 1367 (1996) Johnson & David G. Post, *The Rise of Law on the Global Network*, in BORDERS IN CYBERSPACE: INFORMATION POLICY AND THE GLOBAL INFORMATION INFRASTRUCTURE 3, 12-28 (Brian Kahin & Charles Nesson eds., 1997) at 275-280 ;Blavin & Cohen, Id. גילי כהן (Cohen) וברוס קלר (Keller) גרסו כי מטאפורת המרחב המקוון כ-"Cyberspace" היא שגויה. מטאפורת ה-Cyberspace מעודדת התייחסות שגויה, לטענתם, אל המרחב המקוון כמציאות נפרדת. ראו: Bruce P. Keller, *The Game's The Same: Why Gambling in Cyberspace Violates* Julie E. Cohen, *Cyberspace as/and Space*, 107 COLUM. L. ;*Federal Law*, 108 YALE L.J. 1569, 1571 (1999) Orin S. Kerr, *Criminal Law in Virtual Worlds*, 2008 U. CHI. LEG. F. 415, 415-416 REV. 210 (2007). קר לא טען כי מטאפורת ה-Cyberspace אינה נכונה, אלא כי היא הפכה עם השנים לבלתי-רלוונטית עוד, עם חדירת האינטרנט לחיי היומיום באופן מלא, עם השתפרות הקישוריות (Connectivity) והעברת חלק ניכר מפעילות הפנאי והמסחר לאינטרנט.

⁵⁶ ראו: Yen, לעיל הי"ש 53, בעמ' 1261-1236.

⁵⁷ ראו, בהקשר משפטי כללי (לא-אינטרנטי): MILNER S. BALL, *LYING DOWN TOGETHER: LAW, METAPHOR AND* ;THEOLOGY 22 (1985) Timothy Wu, *Application-Centered Internet Analysis*, 85 VA. L. ;REV. 1163, 1163-1166 (1999) Yen, לעיל הי"ש 53, בעמ' 1209.

⁵⁸ ראו עניין **איגוד האינטרנט הישראלי**, לעיל הי"ש 52, בעמ' 16, שם קושר השופט סולברג בין "אתר" אינטרנט לבין תפישת האינטרנט כ"מקום".

האינטרנט אף נבחן כמקום הנגיש לאנשים עם מוגבלויות ועוד.⁵⁹ מעבר לשימוש הלשוני במטאפורת המרחב הקיברנטי כמקום, על נגזרותיה, אדגים עתה כמה ביטויים מעשיים במשפט הישראלי לתפישת המרחב הקיברנטי כמקום בדין הפלילי – הן המהותי והן הפרוצדורלי:

ראשית, הוראת סעיף 23א לפסד"פ דנה בהסמכת הרשות החוקרת לחדור לחומר מחשב במסגרת חקירה פלילית. הסעיף מדבר ב"חדירה", וכפי שהשופט אברהם טננבוים ביאר במאמרו, החדירה היא ל"מקום".⁶⁰ בנוסף, הסעיף מחיל את הוראות פרק החיפוש במקום על הוראות החדירה לחומר מחשב, משמע שהחדירה לחומר מחשב נתפשת כמקרה פרטי של חיפוש במקום.⁶¹

שנית, סעיף 228 לחוק העונשין אוסר על החזקה או ניהול של "מקום משחקים אסורים, או מקום לעריכת הגרלות או הימורים". פרקליטות המדינה הגישה בשנת 2010 כתב-אישום בעבירות של הימורים באינטרנט, כאשר בין סעיפי האישום יוחסה גם עבירה לפי סעיף זה. במסגרת הסדר טיעון הודו הנאשמים בעבירה של ניהול מקום משחקים אסורים כאמור.⁶²

שלישית, בפרשת **איגוד האינטרנט הישראלי**, במסגרת הדיון בסמכותה של משטרת-ישראל להורות לספקיות הגישה לאינטרנט לחסום גישה לאתרי הימורים מקוונים, בחן בית-המשפט העליון את השאלה האם אתרי ההימורים יכולים להיחשב "מקום משחקים אסורים או מקום לעריכת הגרלות או הימורים", כלשון סעיף 229(א) לחוק העונשין.⁶³ חרף העובדה שדעת הרוב בפסק-הדין

⁵⁹ ראו: National Federation of the Blind v. Target Corp., 452 F. Supp. 2d 946 (N.D. Cal. 2006), שם נדונה השאלה האם אתר אינטרנט של חברת שיווק סיטונאי הוא "מקום ציבורי" החייב להיות נגיש לאנשים עם מוגבלויות, בכלל זה לעיוורים.

⁶⁰ טננבוים, לעיל ה"ש 52, בעמ' 374-375. כן ראו ת"פ (שלום י-ם) 3047/03 **מדינת ישראל נ' מזרחי**, תק-של (1)04 (1)5911, 5922-5923 (2004). באותו מקרה דובר באישום בעבירה של ניסיון לחדור לחומר מחשב שלא כדין. המדובר היה בנאשם שהריץ בדיקות port scanning לגילוי פרצות אבטחה באתר האינטרנט לגיוס עובדים של המוסד למודיעין ותפקידים מיוחדים. בית-משפט השלום זיכה את הנאשם בטענה כי הבדיקות שערך אינן מתפרשות בהכרח כהתחלה של פעולת חדירה בלתי מורשה. ערעור המדינה לבית-המשפט המחוזי בעניין נדחה (ע"פ (מחוזי י-ם) 8333/04 **מדינת ישראל נ' מזרחי**, תק-מח (3)04 (2004)). כן ראו מיכאל בירנהק "משפט המכונה: אבטחת מידע וחוק המחשבים" **שערי משפט** ד 315, 355-357 (2006). וראו עוד את ע"פ (מחוזי ת"א) 71227/01 **מדינת ישראל נ' טננבוים**, תק-מח (2)02 (2002), בעמ' 1544-1548 (2002), שם השווה בית-המשפט את מעשיו של הנאשם למעשיו של מי שפורץ לביתו של אדם.

⁶¹ להרחבה ראו להלן בפרק 4(ב)(2)א).

⁶² ראו ת"פ (מחוזי ת"א) 14974-05-10 **מדינת ישראל נ' עובד** (פורסם ב"בנבו", 8.9.2011). הנאשמים הודו, לאחר הליך גישור מול הפרקליטות, בכתב-אישום מתוקן במסגרת הסדר טיעון שכלל עבירה של ניהול מקום לשם הימורים, חרף העובדה שדובר באתר אינטרנט. נוכח העובדה שדובר בהרשעה במסגרת הסדר-טיעון, לא נדונה שאלת האינטרנט כמקום בבית-המשפט. גם בערעור הנאשם על חומרת עונשו, לא נדונה סוגיית האינטרנט כ"מקום". הנאשם הגיש גם בקשה לדיון נוסף, שם העלה בכתבי טענותיו את הטענה כי הרשעתו הייתה למעשה פסולה, שכן יוחסה לו עבירה תלוית-מקום, בעוד שאתר האינטרנט איננו "מקום", אולם מטעמים פרוצדוראליים, של עילות הכניסה לדיון נוסף, נדחו הטענות. ראו דנ"פ 4409/12 **עובד נ' מדינת ישראל** (פורסם ב"בנבו", 10.6.2012).

⁶³ ראו עניין **איגוד האינטרנט הישראלי**, לעיל ה"ש 52. דנתי בפסיקה זו גם לעיל בפרק 2(ד)4, כאשר הצגתי את האכיפה המגנתית-הכופה כחלופה לאכיפה הפלילית המדינתית באינטרנט.

דחתה את עמדת המדינה, כי קמה הסמכות להורות לספקיות הגישה לאינטרנט לחסום גישה לאתרי הימורים, הן שופטי הרוב והן שופט המיעוט הסכימו כי אתרי הימורים הם בבחינת "מקום".⁶⁴

דביעית, במספר החלטות שיפוטיות בעבירות של חדירה לחומר מחשב שלא כדין, עבירה על סעיף 4 לחוק המחשבים, התשנ"ה – 1995 (או סעיף 5 לחוק, ככל שהחדירה נעשתה כדי לעבור עבירות אחרות), השווה החודר לחומר המחשב למי שפורץ לביתו של אדם או שגונב את רכושו.⁶⁵

חמישית, בעניינו של **משה הלוי** שהוזכר לעיל (עבירת העלבת עובד-ציבור על דרך של פרסום תמונת המפכ"ל לשעבר עם מדים נאציים),⁶⁶ ביקשה התביעה, לאחר תחילת המשפט, לתקן את כתב-האישום על דרך של הוספת כתובת אינטרנט נוספת שבה פורסמה התמונה על-ידי הנאשם. הנאשם התנגד לתיקון האמור, בטענה כי מדובר בשינוי מקום ביצוע העבירה, וכי שינוי שכזה משפיע על אופן ניהול הגנתו, כיוון שניהל את הגנתו בהסתמך על ייחוס מקום עבירה מסוים ולא אחר, וכיוון שכיום אין באפשרותו להפיק ראיות לתועלת הגנתו מה"מקום" החדש, נוכח חלוף הזמן והתנדפות הראיות או השתנותן. בית-המשפט קיבל את טענת הנאשם ודחה את בקשת התיקון האמור.⁶⁷

שישית, **נאזם אבו סלים**, אימאם במסגד בנצרת, הורשע בין השאר בעבירה של תמיכה בארגון טרוריסטי, בין היתר באמצעות האינטרנט, כאשר עבירה זו מחייבת אקט של "פרסום". הגדרת ה"פרסום" מחייבת כי הדברים יופצו ב"מקום ציבורי", ונפסק כי אתרי האינטרנט בהם הופץ הפרסומים נשואי האישומים מהווים "מקום ציבורי".⁶⁸

אם לסכם עד כאן, תפישת המרחב הקיברנטי כ"מקום" רווחת, בוודאי בדין הפלילי בו עסקינן.

האם מרחב הסייבר כ"מקום" היא מטאפורית או שמא היא אינה אלא תיאור מציאות מדויק? מרבית

⁶⁴ ראו לעיל, בעמ' 14-20 לפסק-דינו של השופט סולברג, בדעת המיעוט, ובעמ' 31 לפסק-דינו של השופט פוגלמן, כותב דעת הרוב. הנמקה מרכזית של השופט סולברג בקביעתו שאתרי הימורים הם בבחינת "מקום" היא כי דיני העבירות משופעים במונחי "מקום". על כן מתחייב, לשיטתו, כצורך מעשי, לראות באינטרנט כ"מקום", שאחרת עבירות רבות לא תוכלנה על הפלטפורמה האינטרנטית, והמשפט הפלילי יודר מן המרחב הווירטואלי. נאמן להנמקה זו, השופט סולברג מסיק (עמ' 15 לפסק-הדין) כי הגם שהדיון לא עסק בשאלת האינטרנט כ"מקום" מחוץ לגבולות עבירות הימורים האסורים, הרי ש"הכלל צריך להורות כי אינטרנט בא בגדרו של 'מקום'". מהתייחסותו הקצרה של השופט פוגלמן, ניתן להסיק כי אינו מסתייג מההנמקה ומהמסקנה של השופט סולברג. להשלמת התמונה יצויין כי הטעם המרכזי לקביעה, כי משטרת-ישראל נעדרת סמכות להורות לספקיות השירות על חסימת גישה לאתרי הימורים, הוא כי הסעיף, עליו ביקשה המשטרה להסתמך, אינו מדבר על האפשרות להטיל את משימת "סגירת המקום" על צד שלישי תמים כגון ספקיות הגישה לאינטרנט.

⁶⁵ כך היה בפרשת ה"אנלייזר", עניינו של ההאקדא אהוד טננבאום שהתפרסם בכך שחדר שלא כדין בין היתר למחשבי נאס"א בארצות-הברית, לאתר הכנסת ולחשבון דוא"ל של צעירה. השופטת ברלינר, בדונה בערעורה של המדינה על קולת עונו של טננבאום, כתבה: "...חדירה למחשב היא פריצה לכל דבר ועניין. אין הבדל בין מי שמטפס כדי לפרוץ לבניין, לבין מי שמוצא את הדרך לפרוץ למחשב". ; כן כתבה: "המשיב, אשר פעל, כאמור, בעצמו והפעיל גם אחרים, הן בארץ והן בעולם, איננו שונה ממי שעומד בראש כנופיה הפורצת לבתייהם של אנשים". ראו ע"פ (מחוזי ת"א) 71227/01 **מדינת ישראל נ' טננבאום**, תק-מח (2)02 1540, בעמ' 1544 ו-1548 (2002). בקשת רשות ערעור של טננבאום לבית-המשפט העליון נדחתה: רע"פ 5147/02 **טננבאום נ' מדינת ישראל**, תק-על (2)02 2238 (2002). לחזרה על אנלוגיית הפריצה לבית, ראו גם ת"פ (מחוזי ת"א) 40250/99 **מדינת ישראל נ' בדיר**, תק-מח (3)01 4281, 4272 (2001); ת"פ (שלום ת"א) 5476/03 **מדינת ישראל נ' יוסף**, תק-של (1)05 260, 259 (2005).

⁶⁶ ראו לעיל טקסט לה"ש 29-30.

⁶⁷ ראו ת"פ (שלום חי') 1826/08 **מדינת ישראל נ' הלוי**, תק-של (3)10 57044 (2010).

⁶⁸ ראו ת"פ (שלום נצ') 12629-11-10 **מדינת ישראל נ' אבו סלים**, תק-של (2)12 1, 17-12 (2012).

החוקרים שדנו בתפישת המרחב המקוון כמקום הסכימו כי מדובר בתיאור מטאפורי של המרחב המקוון, במובן זה שאינו מהווה "מקום" במובנו הפיזי.⁶⁹ כנגדם, גילי כהן חלקה על עצם הקביעה שתפישת המרחב המקוון כ"מקום" היא מטאפורית. לטענתה, המרחב המקוון אינו "מקום" שונה מן העולם הפיזי מבחינה פרקטית. בפועל כמעט תמיד קיימת זיקה בין העולם המקוון לבין העולם הממשי, ולכן בפועל המרחב המקוון הוא מקום, ואינו מקום נפרד מהמרחב הפיזי.⁷⁰ כשלעצמי, אני סבור כי גם אם נקבל את טענותיה של כהן בדבר הזיקה בין המרחב הקיברנטי למרחב הפיזי ככונות, עדיין אין בהם כדי לשנות את העובדה שהמרחב הקיברנטי עצמו אינו "מקום" במובנו הפיזי.⁷¹ המידע הוא נזיל, נמצא בתנועה, מתפרק ל"חבילות" (packets) ומחובר מחדש,⁷² מבוזר על פני מחשבים שונים וספקיות שירות שונות, נמצא ב"ענן" באופן שמיקומו לא ידוע, משוכפל לכמה אתרים או שרתים באופן כזה, שלעתים קרובות הוא אינו בשליטה של "בעלי" המידע. מטעמים אלה ואחרים, שתלויים בארכיטקטורת המרחב המקוון, נראה כי לא ניתן לראות במרחב המקוון כ"מקום" במובנו הפיזי המקובל. לפיכך, זיקות בין המרחב המקוון למרחב הפיזי אין בהן כדי להפוך את הרשת למקום. ניתן להוסיף ולטעון מכיוון אחר כי התפתחות העולמות הווירטואליים (Virtual worlds), כדוגמת Second Life, המתיימרת לדמות מציאות תלת-ממדית מלאה,⁷³ מחזקת מכיוון אחר את העמדה שהמרחב המקוון הוא אכן מקום, ולא רק ברמה המטאפורית. גם טענה זו ראויה להידחות, שכן אחרי הכל העולם הווירטואלי אינו בעל מאפיינים שווים לעולם האמיתי, ודי לציין כאן את הנימוק של אורין קר (Kerr) בהקשרנו, כי העולם הווירטואלי - חוקיו מעוצבים ונשלטים על-ידי האדמיניסטרטור, שלא כמו בעולם האמיתי.⁷⁴

בהנחה שהמרחב המקוון אינו, באופן אמיתי, "מקום", מתבקשת השאלה **האם השימוש במטאפורת ה"מקום" הוא עניין דטרמיניסטי**, או שמא הוא ניתן לשינוי? השימוש במטאפורות

⁶⁹ ראו למשל: Hunter, לעיל ה"ש 52; Lemley, לעיל ה"ש 52; טננבוים, לעיל ה"ש 52.

⁷⁰ ראו: Cohen, לעיל ה"ש 55.

⁷¹ לסיג העלה טענה כי המונח "מקום" אינו חייב להיות תלוי בממד פיזי, כי אם בממד חווייתי. על פי טענה זו, ככל שאנשים חווים חוויות באינטרנט על בסיס קבוע וחוזר, הם נכנסים, כל אימת שהם מתחברים לאינטרנט, ל"מקום". ראו: Lawrence Lessig, *The Zones of Cyberspace*, 48 STAN. L. REV. 1403 (1996).

⁷² ראו התייחסותי לעיל בפרק 2 טקסט לה"ש 56-57, וכן ראו להלן בנספח א' (רקע על ארכיטקטורת האינטרנט).

⁷³ העולמות הווירטואליים אף מפעפעים לתוך העולם האמיתי. כך, למשל, ניתן להפיק רווחים כלכליים ממשיים במסגרת פעילויות שונות בעולמות הווירטואליים. לסקירה רחבה על הנושא ראו: GREG LATOWSKA, *VIRTUAL JUSTICE: THE NEW LAWS OF ONLINE WORLDS* (2010).

⁷⁴ Kerr, לעיל ה"ש 55, בעמ' 417.

ואנלוגיות כמתודת חשיבה וניתוח הוא כנראה עניין יסודי, טבעי ובלתי-ניתן לשינוי.⁷⁵ מגבלות השפה, כמו גם מגבלות המחשבה, מחייבות התבססות על הקיים על מנת להבין את החדש. דפוסי החשיבה האנושית הם אינקרימנטליים, ולפיכך עליהם להתבסס על תקדימים, בדומה להתקדמות המשפט המקובל. אם כך, ברי כי החשיבה המשפטית על סוגיות חדשות תרבה במטאפורות. עם זאת, בהחלט אין זאת אומרת כי המטאפורה המסוימת שנבחרת לייצג נושא מסוים היא עצמה אינה ניתנת לבחינה, ערעור ושינוי. מרק למלי (Lemley) טען באופן כללי כי אין לקבל את המטאפורות השכיחות ביחס למרחב הסייבר כעניין דטרמיניסטי. בין היתר דן למלי במטאפורת המרחב הקיברנטי כמקום. לשיטתו, ניתן לפתח חשיבה ביקורתית על המטאפורות השגורות ביחס למרחב הקיברנטי, להאיר את מגבלותיהן ולהיטיב בכך את הפרספקטיבה המשפטית על המרחב.⁷⁶ דפוס החשיבה הביקורתית על מטאפורות במרחב הקיברנטי ניתן לשיטתו לתיאור כדלקמן: איתור המטאפורה בשלב ראשון, הצבעה על השגיאה שבמטאפורה בשלב השני, ניתוח השלכות השגיאה בשלב השלישי וחיפוש חלופה בשלב האחרון. מעבר לכך, על פי קו הטיעון של למלי, יש לראות בשימוש במטאפורות משום תהליך דינאמי: מטאפורה יכולה להחליף מטאפורה אחרת. החלפת מטאפורות יכולה לבטא שינויים בתפישה המשפטית של המרחב הקיברנטי.

עד כאן הראיתי שלמעשה תפישת המרחב המקוון כ"מקום" היא מטאפורית, וכי ההיזקקות למטאפורות כדי לנתח את המרחב הקיברנטי מבחינה משפטית – אינה דטרמיניסטית, ובהחלט ניתן לבקר את השימוש במטאפורה זו, ובמידת הצורך – להציע להחליף את המטאפורה בתפישות אחרות. מכאן מתבקשת השאלה הבאה: **האם מטאפורת המרחב הקיברנטי כמקום ראויה או שמא יש לזנוח אותה?** דן האנטר (Hunter) טען כי תפישת המרחב המקוון כ"מקום" מובילה לתפישה של המידע כ"מקום" עם "בעלות" של מחזיק המידע, וכתוצאה מתפישה זו תיווצר מגמה של סגירת האינטרנט ומניעת זרימה חופשית של מידע.⁷⁷ כך עלול להיווצר אפקט מצנן על התפתחות האינטרנט כמקור חופשי של זרימת מידע, תקשורת הדדית ושיתוף. האנטר ניתח בין היתר בהרחבה גם פסיקה במישור הפלילי מהמשפט האמריקני, הדנה בעבירה של חדירה לחומר מחשב שלא כדין, ולטענתו עולה כי

⁷⁵ איבור ריצ'רדס (Richards) טען כי איננו מסוגלים לנהל שיחה בת יותר מ-3 משפטים, אשר לא תכלול שימוש במטאפורות. ראו: IVOR A. RICHARDS, THE PHILOSOPHY OF RHETORIC 92 (1936).

⁷⁶ ראו: Lemley, לעיל ה"ש 52. למלי הציג סיטואציות בהן בתי-המשפט הצליחו להתנתק ממגבלות מטאפורת ה"מקום" וגילו גישה מחשבתית מעט פרגמטית יותר, המתאימה למאפייניו של המרחב הקיברנטי. ראו גם: Maureen A. O'Rourke, *Property Rights and Competition on the Internet: In Search of an Appropriate Analogy*, 16 BERKELEY TECH. L.J. 561 (2001). מאמר זה היה בין הראשונים לבחון את היחס בין מטאפורות ואנלוגיות שגויות לבין דיני האינטרנט, עוד קודם לעבודותיהם של למלי והאנטר (שאת עבודתו אסקור בהמשך). אורורק בחנה את האנלוגיות הבאות - אתר אינטרנט כספר ואתר אינטרנט כקניין מוחשי – בהקשר של דיני המסחר האלקטרוני. גם היא התייחסה אל אנלוגיות אלה כעניין בר-שינוי, ולא כעניין נתון.

⁷⁷ ראו: Hunter, לעיל ה"ש 52.

במישור הפלילי ישנה נטייה לראות את אתר האינטרנט, תיבת הדוא"ל וכד' כ"מקומות" באינטרנט.⁷⁸ מן הניתוח של האנטר ניתן להסיק בבירור שגם בכל הנוגע לסמכויות האיסוף של הרשות החוקרת, התפישה הינה כי הרשות נכנסת ל"מקומות" שונים במרחב המקוון במסגרת חקירתה. דניאל בן-אוליאל (Benoliel) טען שראוי נורמטיבית לשמר את מטאפורת ה"מקום" במרחב הסייבר, אם כי יש לערוך הבחנה בין מקומות שונים במרחב זה – מקומות פרטיים מחד גיסא ומקומות ציבוריים מאידך גיסא.⁷⁹ להבחנה זו יכול שתהיה השלכה משמעותית על דיני איסוף הראיות במרחב הסייבר מבחינת עוצמת ההגנה החוקתית שתוענק לחשוד ולצדדים שלישיים כנגד האינטרס של הרשות החוקרת.

מול האנטר ובן-אוליאל, טענתי בפרק זה היא בדבר השלכה נוספת של מטאפורת המרחב הקיברנטי כמקום, והיא כי **המטאפורה הובילה להשלטת התפישה הטריטוריאלית** ביחס לאכיפה הפלילית במרחב הקיברנטי, תפישה אשר חוסמת את דרכן של המדינות לאכיפה יעילה של הדין הפלילי במרחב.

3. על איזה "מקום" מדובר?

הראיתי לעיל כי מטאפורת המרחב הקיברנטי כ"מקום" רווחת בדיני המחשבים. ממסקנה זו מתבקשת השאלה הנגזרת הבאה – על איזה "מקום" מדובר: האם מדובר ב"מקום" אחד, היינו האם כל פעולה במרחב הסייבר או כל מידע במרחב זה ניתן לשיוך למקום אחד קונקרטי? לחלופין, האם נכון לדבר על כמה מקומות בו-זמנית? כאשר, למשל, מתרחשת התקשרות בין שני משתמשי אינטרנט – האם נכון לשייך את ההתקשרות לשני מקומות, לפי מיקומם של שני משתמשי האינטרנט? האם נכון לשייך את ההתקשרות לכל המקומות בהם עבר המידע (למשל, באחסון זמני או קבוע בשרת מסויים)? כאשר מדובר על פרסום ברבים באינטרנט: האם נכון לשייך את הפעולה לכל העולם, או לכל המקומות בהם נצפה הפרסום?

השימוש במטאפורת האינטרנט כ"מקום" הוא הקשרי: בהקשרים שונים מתקבלות מסקנות שונות בדבר סוג ה"מקום" המיוחס. הראיתי לעיל כי בכל הנוגע לדיני הסמכות המהותית (תחיקה ושיפוט), התפישה היא שהמרחב הסייבר הוא רב-מקומי וכולל הן את מקום יציאת המידע, המגלם את

⁷⁸ ראו: Hunter, לעיל ה"ש 52, בעמ' 475-483.

⁷⁹ ראו: Daniel Benoliel, *Law, Geography and Cyberspace: The Case of On-Line Territorial Privacy*, 23 *CARDOZO ART & ENT. L.J.* 125 (2005).

העבירה, והן את כל המקומות אליהם הגיע המידע האמור.⁸⁰ בכל הנוגע לדיני סמכות השיפוט המקומית בתביעות אזרחיות, הפסיקה בישראל הציגה עמדה שלפיה ההתנהגות ביסוד התביעה מתבצעת בכל מקום בארץ, או לפחות בכל המקומות בהם נצפה המידע הרלוונטי המקום את ההתנהגות האמורה.⁸¹ לעומת זאת, בכל הנוגע לסמכות איסוף ראיות דיגיטליות בחקירה פלילית, כפי שהראיתי לעיל בפרק 3(ג), ה"מקום" הקובע הוא מקום הימצא הראיה, ולא מקום ביצוע העבירה או מקום מעברו של המידע מושא החקירה. במלים אחרות, ה"מקום" הקובע הוא מקום אחד בלבד. ה"מקום" נתפש ככזה המצוי תחת ריבונות של מדינה מסוימת, ועל כן גישה אל ה"מקום" האמור מחוץ לגבולותיה של אותה מדינה, ללא הסכמתה, תהווה פעולה אקסטר-טריטוריאלית אסורה.

כאמור, השימוש במטאפורת האינטרנט כ"מקום" הוא הקשרי. כפועל יוצא מכך, ניתן לגזור כמה מסקנות הרלוונטיות להמשך הדרך: האחת, מטאפורת ה"מקום" היא גמישה, ועל כן ניתן להציע מובנים שונים ואף חדשניים למונח "מקום". כך, למשל, דיוויד ג'ונסון ודיוויד פוסט הציעו לתפוש את האינטרנט כ"מקום" אחד נפרד מהמרחב הפיזי.⁸² אנה מריה בלסנו (Balsano), קתרין היבן (Heaven) ואחרים הציעו לתפוש את האינטרנט כ"מקום" שהוא נחלת הכלל, בדומה לחלל החיצון, הים הפתוח או אנטארקטיקה.⁸³ השנייה, בביקורת על התפישה הטריטוריאלית ביחס לחקירה הפלילית במרחב

⁸⁰ ראו למשל, בהקשר של הימורים באינטרנט, את עניין *W.I.G.C.*, לעיל הי"ש 30; עניין *קרלטון*, לעיל הי"ש 28. בהקשר של עבירת פרסומי תועבה, ראו: Yuval Karniel & Haim Wismonskey, *Pornography, Community and the Internet*, 30 (2004) RUTGERS COMP. & TECH. L.J. 105, 146-151; עניין *Thomas*, לעיל הי"ש 31. בהקשר של עבירות איסור הכחשת השואה והסתה לגזענות, ראו עניין *Yahoo!*, לעיל הי"ש 32, בהקשר של עבירות מרמה באמצעות האינטרנט, ראו ב"ש (מחוזי י-ם) 9037/09 **היועץ המשפטי לממשלה נ' עייש** (פורסם ב"נבו", 16.6.2010). בהקשר של דיני זכויות יוצרים באינטרנט ומידע האגור בזכרון מטמון של ספקי גישה לאינטרנט, ראו: Society of Composers, Authors and Music v. *Internet Providers*, [2004] 2 S.C.R. 427 (Ca.).

⁸¹ ראו למשל רע"א 530/12 **יעקובוביץ' נ' זיאס** (פורסם ב"נבו", 28.3.2012); ב"ש"א 2267/12 **פרל נ' קבוצת אייזנברג נדל"ן** (פורסם ב"נבו", 4.4.2012); ב"ש"א (שלום ק"ג) 884/02 **לנדאו נ' חסון**, תק-של (2) 850 (2002); ב"ש"א (מחוזי י-ם) 2841/03 **רעות אלקטרוניקה ורכיבים בע"מ נ' מראות אימאג' בע"מ**, תק-מח (4) 1445 (2003); ת"א (שלום ת"א) 32786/06 **לבני נ' דראי**, תק-של (4) 1088 (2006); ת"א (מחוזי חי') 27608-04-11 **מכון טכנולוגי לישראל נ' Google Inc**, תק-מח (2) 4707 (2011); ת"א (מחוזי נצ') 27593-09-12 **קיד-קייט י.ד.ע בע"מ נ' שטרומן** (פורסם ב"נבו", 29.11.2012). ראו גם ב"ש (שלום י-ם) 8033/06 **שטיינברג נ' לוי**, תק-של (2) 614 (2007), שם בית-המשפט העיר כי האינטרנט הוא חסר מקום, אך הסיק אופרטיבית כי סמכות השיפוט לגבי פעולות המתבצעות בו היא כלל מדינתית, בכפוף למקרים שבהם מנוצל עניין הסמכות הכלל-ארצית על-ידי תובע לרעה ונוצר מצב קיצוני של פורום לא נאות. מנגד, ראו ב"ש"א 6659/05 (שלום י-ם) **המכרז של המדינה בע"מ נ' אבו חצירה**, תק-של (4) 9259 (2005), ניסה בית-המשפט לייחד את מקום ביצוע המעשה נשוא התביעה למקום שבו נרשם התובע, משתמש האינטרנט, לשירותי הנתבעת, בעלת אתר האינטרנט אליו גלש התובע. ראו עוד לעניין זה את אסף טבקה "על הדבש ועל העוקץ": סמכות השיפוט המקומית בתביעות אינטרנט" **הפרקליט נב** 365 (2013).

⁸² Johnson & Post, לעיל הי"ש 55.

⁸³ המאפיין את אנטארקטיקה, הים הפתוח או החלל החיצון הוא שהם חופשיים מריבונותן של המדינות. הם אינם נתונים לסמכותה של אף מדינה באופן בלעדי (Terra nullius). ראו: United Nations Convention on the Law of the Sea, art. 87, 89-90 (1982). אמנת דיני הים מעגנת את עיקרון אי-הריבונות בים הפתוח, ומדגישה עקרונות של חופש השימוש בים הפתוח, חופש המעבר בו, הנחת כבלים תת-מימיים, דיג בו ומעבר באוויר שמעליו. ראו עוד קודם לכן ביחס לים הפתוח: Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, art. 2 (1967). ראו, בדומה, גם ביחס לאנטארקטיקה, שם ישנן מדינות בעלות אינטרסים ביבשת, אולם מוסכם כי אין היא ריבונות אף מדינה: Antarctic Treaty, art. 4 (Washington, 1959). כן ראו: Richard B. Bilder, *Criminal Conduct in Antarctica*, 52 VIRGINIA L. REV. 231 (1966).

הסייבר, אין הכרח לתקוף את עצם השימוש במטאפורה של האינטרנט כ"מקום", אלא ניתן להצביע על השגיאה שבאופן יישום המטאפורה על הסיטואציה החקירתית.⁸⁴ מכאן, שאין הכרח להכריע בשאלות שהצגתי לעיל: האם מטאפורת האינטרנט כ"מקום" היא מטאפורית או שמה היא בבחינת תיאור מציאות? האם השימוש במטאפורה הוא דטרמיניסטי או לא? השאלה הרלוונטית יותר היא בדבר אופן יישום המטאפורה, או אופן בחירת סוג המקום, בהקשר של חקירה פלילית במרחב הסייבר.

4. מבחן מקום הימצא הראיה ככלל וטו בחקירות פליליות במרחב הסייבר

כפי שניתן לראות מפירוק התפישת הטריטוריאלית ליסודותיה, הרי שמבחן מקום הימצאה של הראיה גוזר כיום את שאלת סמכותה של המדינה החוקרת לאסוף את הראיה הדיגיטלית במסגרת חקירה פלילית. כיוון שהפעילות המקוונת כוללת ביצוע פעולות ואגירת מידע במחשבים המצויים פיזית במדינות זרות, וכיוון שמשמעות הדבר היא שאין סמכות אכיפה בין-לאומית כלפי המידע המצוי במחשבים במדינות זרות, הרי שסוגיית היעדר סמכות האכיפה הבין-לאומית הופכת בפועל לכלל וטו של המשפט הבין-לאומי, המסכל חקירות פליליות מדינתיות במרחב הסייבר.⁸⁵ נוצר אפוא צורך פרקטי מוגבר של רשויות אכיפת החוק לערער על כלל הווטו האמור.

מדוע, מבחינה משפטית-דיונית, הפך עניין סמכות האכיפה הבין-לאומית לכלל וטו המנטרל חקירות פליליות? התשובה לכך נעוצה במשמעות הפנימית של היעדר סמכות בין-לאומית, ולא דווקא במשמעות הבין-מדינתית של הטענה. **מנקודת מבט של המדינה כלפי חוץ**, משמעות הפרת כללי סמכות האכיפה היא עימות דיפלומטי עם המדינה הזרה הטוענת לפגיעה בריבונותה, ואף העמדה לדין של החוקרים מהמדינה הפוגעת, אך בכך כשלעצמו אין כדי לנטרל את הליך החקירה הפלילית. ברם,

הצעות להמשגת האינטרנט כמקום שהוא בבחינת נחלת הכלל, ראו: Anna Maria Balsano, *An International Legal Instrument for Cyberspace? A Comparative Analysis with the Law of Outer Space*, THE INTERNATIONAL CATHERINE HEAVEN, Note, A Proposal for ; DIMENSIONS OF CYBERSPACE LAW 127 (UNESCO Pub. 2000) Removing Road Blocks from the Information Superhighway by Using Integrated International Approach to Internet Jurisdiction, 10 MINN. J. GLOBAL TRADE 373, 390-400 (2001) בלסאנו הציעה להחיל את העקרונות שבאמנה הבין-לאומית העוסקת בחלל החיצון לדיני האינטרנט. היבן הציע ליישם את העקרונות של האמנות המסדירות את הפעילות בחלל החיצון, אנטארקטיקה והים הפתוח לאינטרנט. כן ראו: Darrel C. Menthe, *Jurisdiction in Cyberspace: A Theory of International Law*, 4 MICH. TELECOMM. TECH. L. REV. 69 (1997) Meehan, Note, *The Continuing Conundrum of International Internet Jurisdiction*, 31 B.C. INT'L & COMP. L. REV. 345, 355-365 (2008) ; Anupam Chander, *The New, New Property*, 81 TEX. L. REV. 715, 749-759 (2003), אשר הציע להחיל את דין אנטארקטיקה, הים הפתוח והחלל החיצון גם על תחום שמות המתחם ברשת. תפישת האינטרנט כמקום שהוא בבחינת נחלת הכלל לא הוכרה בפועל והיא נותרה בבחינת רעיון עיוני המבטא גישה מהפכנית ליחס בין המשפט והאינטרנט.

⁸⁴ על כן, אין הכרח להכריע בשאלות שהצגתי לעיל בפרק 3(ד)2: האם מטאפורת האינטרנט כ"מקום" היא מטאפורית או שמה היא בבחינת תיאור מציאות? האם השימוש במטאפורה הוא דטרמיניסטי או לא. השאלה הרלוונטית יותר היא בדבר אופן יישום המטאפורה, או אופן בחירת סוג המקום, בהקשר של חקירה פלילית באינטרנט.

⁸⁵ כפי שהצגתי בפרק 2, הביקורת המעשית הנ"ל עומדת גם בבסיס הטיעון – אותו דחיתי – שלפיו שיטת האכיפה של עבירות פליליות במרחב הסייבר צריכה להשתנות, בין על-ידי שינוי שיטת האכיפה ובין על-ידי שינוי זהות הגורם האוכף.

בנוסף על האמור, **מנקודת מבט של המדינה כלפי פנים**, טענת היעדר סמכות אכיפה בין-לאומית, ככל טענת היעדר סמכות עניינית, יכולה להוביל לבטלות ההליך כולו. הטענה אף זוכה במשפט הפנימי למעמד מיוחד: היא יכולה לעלות בכל שלב של הדיון המשפטי, אפילו בערעור בלבד ואפילו ביוזמת בית-המשפט עצמו (גם אם מדובר בשיטת משפט אדברסרית).⁸⁶ טענת היעדר סמכות אכיפה בין-לאומית היא אפוא טענה בעלת מעמד גבוה ביותר במשפטה הפנימי של המדינה.⁸⁷

כיצד, אפוא, יכולה המדינה לפעול כיום כאשר מתעורר צורך חקירתי באיסוף ראיה האגורה בשרתים מחוץ לטריטוריה המדינתית? הדרך האמת תהיה פניה למנגנון של עזרה משפטית. קיימים מנגנונים מיוחדים לעזרה משפטית המתייחסים במפורש לראיות דיגיטליות, בראשם אמנת מועצת אירופה בדבר פשעי מחשב (Convention on Cybercrime) שנחתמה בבודפשט בשנת 2001.⁸⁸ ומנגנון העזרה המשפטית של מדינות ה-G8.⁸⁹ אמנם מנגנונים אלה נועדו לטפל באופי הטרנס-מדינתי של העבירות הפליליות במרחב הסייבר, אולם בה בעת, הנחת העבודה, שהיא חלק אינהרנטי של פעולה במישור המשפט הבין-לאומי ההסכמי, היא שהאכיפה הפלילית היא עניין למדינה, וכי נקודת המוצא היא שמירה על השוויון הריבוני (Sovereign equality) של המדינות.⁹⁰ מכאן, שהפעולה במישור ההסכמי הבין-לאומי משענת את התפישה הטריטוריאלית ביחס לאכיפה הפלילית במרחב הסייבר.

דרך שניה שבה יכולה המדינה להתמודד עם מגבלת סמכות האכיפה הבין-לאומית היא פניה בבקשה לפתיחה בחקירה מקומית במדינה הזרה, בתנאי שמדובר בעבירה גם על פי דינה של אותה מדינה בה אגורה הראיה הדיגיטלית. תיתכנה שתי תוצאות חלופיות לפתיחה בחקירה כאמור: (א) המדינה הזרה תפעל להעמדה לדין בגין המקרה הנחקר. (ב) המדינה הזרה תחליט לסגור את תיק החקירה ותשקול להעביר את ממצאי החקירה למדינה בה נפתחה החקירה המקורית. וכך, מתוך שלא לשמה בא לשמה, והמדינה שפתחה ראשונה בחקירה תקבל את הראיה הדיגיטלית שנדרשה לה מחו"ל.

דרך שלישית להתמודדות המדינה עם מגבלת סמכות האכיפה הבין-לאומית היא בדרך של פניה לעזרה משפטית שלא על פי מנגנון פורמלי, אלא על סמך רצונה הטוב של המדינה הזרה. יש לזכור, כי

⁸⁶ ראו, למשל, Alex Lees, *The Jurisdictional Label: Use and Misuse*, 58 STAN. L. REV. 1457, 1458-1460 (2006).

⁸⁷ הטענה עשויה לעלות במסגרת ההליך המשפטי, ככל שהרשות החוקרת תבקש צו שיפוטי אשר יסמך אותה לביצוע פעולת איסוף מסוימת. הדיון בטענה יכול שייבחן על-ידי בית-המשפט בדיון במעמד צד אחד בנוכחות נציג הרשות החוקרת, במסגרת השגה (עיון חוזר או ערר) של הנמען לצו השיפוטי על ההוראה המסמיכה, ואולי אף במסגרת שלב הגשתה של הראיה במסגרת התיק העיקרי.

⁸⁸ לנוסח האמנה המלא ולפירוט המדינות החתומות על האמנה, ראו ההפניות לעיל בפרק 2 בה"ש 216.

⁸⁹ ראו לעיל בפרק 2 טקסט לה"ש 229.

⁹⁰ סעיף 22(4) לאמנה, שכותרתו "Jurisdiction", קובע כי האמנה אינה מתנה על גישתן של המדינות ביחס לסמכות התחיקה, השפיטה והאכיפה שלהן.

מנגנוני העזרה המשפטית הפורמליים אינם שוללים עזרה משפטית לא-פורמלית. זו תמיד אפשרית במסגרת יחסים בין מדינות.⁹¹

לטעמי, הדרכים האלה רחוקות מלספק מענה הולם לבעיית האקסטרה-טריטוריאליות המובנה בחקירות פליליות במרחב הסייבר. כל המסלולים שמניתי לעיל מניחים כי המדינה הזרה תיאות לשתף פעולה עם פנייתה של המדינה החוקרת. בפועל, שיתוף הפעולה לא יתקיים בין מדינות שאינן ביחסי שלום, לרוב המדינה הזרה לא תשתף פעולה ככל שהמעשה אינו נחשב לעבירה פלילית על פי דיניה, או כאשר עוצמת החשד המצדיק פתיחה בחקירה אינו על פי הסטנדרט המקובל בדיניה הפנימיים. רוב המנגנונים שמניתי לעיל גוזלים זמן יקר, שעלול להביא לאובדן הראיות הדיגיטליות, למחיקתן או שינוין. אמנם, מנגנוני העזרה המשפטית המהירים והמיוחדים לראיות דיגיטליות שנקבעו באמנת מועצת אירופה בדבר פשעי מחשב משפרים את האכיפה הפלילית האקסטרה-טריטוריאליית באופן משמעותי, אולם מנגנונים אלה פועלים אצל המדינות שהן צד לאמנה בלבד, ולגבי עבירות שאסורות על פי דיניהן של שתי המדינות הנוגעות בדבר, המדינה המבקשת והמדינה בה שמורה הראיה. האמנה דורשת, כדרישת חובה, הסכמה על בסיס צר למדי של עבירות פליליות בלבד, ומכאן שהשונות בסטנדרט הפלילי בין המדינות השונות יכול להיות גבוה למדי. כפי שהסברתי בפרק 2(ה) (2) לעיל, האמנה מהווה אמנם את הניסיון המעשי הבולט ביותר לאכיפה בין-לאומית, אולם פתרון זה, כפתרון כולל שנועד לבוא בנעלי האכיפה הפלילית המדינתית במרחב הסייבר, אינו צֶלִיח.

פעולות האיסוף הנחסרות כתוצאה מהתפישה הטריטוריאליית:

אילו פעולות איסוף נחסרות כתוצאה מהתפישה הטריטוריאליית, כפי שפירטתי את מרכיביה היישומיים לעיל? על מנת להשיב על שאלה זו, אשוב אל הטקסונומיה שהצגתי בפרק המבוא, בו מניתי חמישה פרמטרים ממיינים לפעולות האיסוף השונות: *האחד*, אבחנה בין פעולות איסוף שמבוצעות על-ידי הרשות החוקרת בעצמה לעומת פעולות איסוף המבוצעות על-ידי אדם אחר; *השני*, אבחנה בין פעולות איסוף בעלות אופי כללי, שאינן תלויות בחקירה פלילית ספציפית, לבין פעולות איסוף בעלות אופי פרטיקולרי המתבצעות אד-הוק עם התעוררות צורך חקירתי וחשד קונקרטי במקרה נתון; *השלישי*, אבחנה בין פעולות איסוף המבוצעות בידיעת החשוד לבין פעולות איסוף המבוצעות באופן

⁹¹ ראו: Perritt, לעיל ה"ש 40; Brenner & Schwerha, לעיל ה"ש 40.

EDNA KARNAVAL LIBRARY FOR THE MASSES

סמוי. הרביעי, אבחנה בין תפיסה של ראייה קיימת, תפיסה של ראייה העתידה להיאגר במקום איסופה המיועד, ויצירת תיעוד. החמישי, אבחנה בין פעולות איסוף כלפי חומרים המצויים בטריטוריה של המדינה החוקרת לבין פעולות כלפי חומרים המצויים מחוץ לטריטוריה.

הפרמטר האחרון, המבחין בין פעולות איסוף בחו"ל לבין פעולות איסוף בארץ, הוא הנוגע לענייננו. כאשר מדובר באיסוף ראיות במרחב הפיזי, נדרשים החוקרים, ככל שהפעולה מבוצעת על-ידם, או האדם המצווה לכך על-ידי רשויות האכיפה, ככל שהפעולה מבוצעת על-ידו, לנסוע פיזית לחו"ל או לנתב את הראיה המבוקשת לטריטוריה של המדינה החוקרת. אולם, בכל הנוגע לחקירה במרחב האינטרנטי, כפי שטענתי לעיל, עצם הימצאות הראיות בחו"ל אינה מעלה ואינה מורידה מבחינת טיב הפעולה המבוצעת. הפעולה יכולה להתבצע ממקום מושבו של החוקר, או האדם הנמען לצו, במדינה החוקרת. מבחינה טכנית, אין כל הבדל, בדמות "גבול", עם ההתקשרות של החוקר לחומר מחשב המצוי במחשבים מחוץ לטריטוריה. על כן, בכל הנוגע לאיסוף ראיות דיגיטליות באינטרנט, ניתן באופן מעשי לזנוח את הפרמטר של מקום הימצאות הראיה המבוקשת - בארץ או בחו"ל - כפרמטר הממין את פעולות האיסוף השונות מבחינת טיב הפעולה. אולם, מבחינת הסמכות לביצוע הפעולה, הרי שנוכח התפישה הטריטוריאלית במרחב הסייבר, קיים איסור נוקשה על איסוף הראיות כשהן מצויות במחשבים מחוץ לטריטוריה. במלים אחרות, כל פעולות האיסוף, בין אם הן מבוצעות על-ידי הרשות החוקרת או על-ידי אדם המצווה לכך, בין אם הן מבוצעות על-ידי בידיעת מושא הפעולה או בחשאיות, בין אם מדובר בפעולה פרטיקולרית או כללית, ובין אם מדובר בפעולה של תפיסת חומר קיים, תפיסת חומר העתיד להיאגר או יצירת תיעוד של החומר האמור - ככל שהן מבוצעות כלפי חומרי מחשב המצויים במחשבים בחו"ל, הן אסורות.

הקריאה לאכיפה פלילית אקסטר-טריטוריאלית במרחב הסייבר:

המבקר החריף ביותר של כלל הווטו החקירתי הנ"ל הוא ג'ק גולדסמית' (Goldsmith). גולדסמית' צידד בהמשך תפקודה של המדינה כגורם האוכף את הדין הפלילי במרחב הסייבר.⁹² לדעתו, המדינה צריכה לשמר את הלגיטימציה שלה כגורם אוכף הדין הפלילי במרחב. מטעמים מעשיים של יעילות והיתכנות לביצוע חקירות פליליות במרחב הסייבר, יש לטענתו לאפשר למדינה לשמר את הלגיטימציה כאמור

⁹² ראו: Goldsmith "Unilateral Regulation of the Internet", לעיל ה"ש 40. כן ראו: Jack L. Goldsmith, *Regulation of the Internet: Three Persistent Fallacies*, 73 CHI. KENT L. REV. 1119 (1998).

על-ידי הכשרת פעולות איסוף של מידע משרתי מחשב המצויים מחוץ לתחום השיפוט.⁹³ אם תוסר מגבלת סמכות איסוף הראיות הבין-לאומית, לכאורה עלולה להתעורר במלוא חריפותה הבעיה שעליה הצביעו דיוויד ג'ונסון ודיוויד פוסט, ולפיה כל פעילות מקוונת, בפרט פעילות אינטרנטית, תהא כפופה לדיני כל המדינות.⁹⁴ זאת על בסיס ההנחה שכל פעילות ברשת, בפרט פעילות הכרוכה באלמנט של פרסום תוכן ברבים, או פניה להצעת שירותים לציבור, היא בעלת השפעה על משתמשי מחשב מכל המדינות, ועל כן סמכות התחיקה של כל מדינה ומדינה יכולה להתפרש עליה. במקרה כזה עלולה להיווצר תופעה של "סחרור דינים שלילי", שלפיו המדינה השמרנית ביותר תכפה למעשה את דיניה על כלל משתמשי הרשת. גולדסמית' השיב לחשש זה, כי תופעת סחרור הדינים השלילי תתרחש רק ביחס לספקיות שירות אשר יש להן שלוחה מקומית, שנגדה ניתן להוציא לפועל את פעולת האכיפה, או ביחס לספקיות שירות אותן ניתן להסגיר למדינה האוכפת. הלכה למעשה, טען גולדסמית', קבוצה זו של ספקיות שירות אינה כה גדולה, ומכאן שבעיית סחרור הדינים השלילי הנובעת מהסרת מגבלת סמכות איסוף הראיות הבין-לאומית במרחב המקוון – אינה כה אקוטית.⁹⁵

לקריאה המעשית לביטול כלל הווטו במישור סמכות האכיפה הבין-לאומית קמו מתנגדים. פטרישיה בליה (Belia) טענה כי הגם שכיום כללי סמכות האכיפה הבין-לאומית מעוגנים במשפט הבין-לאומי ההסכמי, למעשה מקורות הכללים הללו במשפט הבין-לאומי המנהגי. על כן, צורך פרקטי לגבור על מגבלות סמכות האכיפה הבין-לאומית במרחב הסייבר, חזק ככל שיהיה, אינו יכול להגמיש כללים של המשפט הבין-לאומי המנהגי.⁹⁶ ניקולאי סייטץ (Seitz) הביע עמדה עקרונית המתנגדת לאפשר לרשות החוקרת לחדור לחומר מחשב האגור בשרתים מחוץ לטריטוריה, למעט במקרים בהם המידע הממוחשב פתוח לעיון כלל הציבור או במקרים של הסכמה מאת המחזיק במידע.⁹⁷ עמדתו של סייטץ נסמכת על עיקרון של מעין הדדיות: אם כל מדינה תתיר חדירה של חוקריה לחומרי מחשב האגורים בשרתי מדינות זרות, משמע שכל מדינה תיפגע בעצמה על-ידי פעולה של הרשויות החוקרות של המדינות האחרות. למעשה סייטץ מניח במידה מסוימת את המבוקש, בכך שהוא קובע אוטומטית שאכן יש פגיעה יסודית בריבונותה של המדינה, ברגע שרשות חוקרת של מדינה אחרת אוספת,

⁹³ ראו: Goldsmith, לעיל ה"ש 42, בעמ' 107.

⁹⁴ Johnson & Post, לעיל ה"ש 55, בעמ' 1374.

⁹⁵ ראו: Jack L. Goldsmith, *The Internet and the Abiding Significance of Territorial Sovereignty*, 5 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 475, 483-485 (1998). כן ראו: Goldsmith "Unilateral Regulation", לעיל ה"ש 40, בעמ' 140-139.

⁹⁶ ראו: Belia, לעיל ה"ש 40, בעמ' 61-65, 70-80.

⁹⁷ Seitz, לעיל ה"ש 40.

באמצעות התקשרות מרחוק, ראיות דיגיטליות המצויות במחשבה של אותה מדינה. על כל פנים, גולדסמית' לא השיב, לפי שעה, לביקורת אלה.

* * *

לסיכום, התפישה הטריטוריאלית מתורגמת, הלכה למעשה, לכלל וטו שלפיו ככל שהראיה הדיגיטלית אגורה במחשב מחוץ לטריטוריה של המדינה החוקרת, הרי שאין למדינה החוקרת סמכות לאסוף את אותה ראיה. על פי גישה זו, במרחב הסייבר חקירות רבות תהפוכנה לאקסטרה-טריטוריאליות. גולדסמית' טען כי כתוצאה מכך תיווצר בעיה משמעותית של אכיפה פלילית המדינתית במרחב הסייבר, ועל כן קיים הצורך הפרקטי בפריצת גבולותיה של התפישה הטריטוריאלית. הטענה של גולדסמית' נעדרת הצדקה נורמטיבית עצמאית לחריגה מהתפישה הטריטוריאלית, מעבר לעצם ההצבעה על הקושי שמייצרת התפישה הטריטוריאלית במרחב הסייבר. בהמשך הדיון, בפרק 3(ו) להלן, אציע הצדקות נורמטיביות לפריצת גבולותיה של התפישה הטריטוריאלית ביחס לדיני איסוף ראיות בחקירה פלילית במרחב הסייבר. ככל שייפרצו גבולותיה של התפישה הפיזית, ייפתח דיון נוסף בסוגיית ההגנות החוקתיות שתיפרשנה על החשודים וצדדים שלישיים נוספים, המושפעים מן החקירה, במקרה של פעולה אקסטרה-טריטוריאלית שכזאת: האם יחולו דיני החוקה של המדינה החוקרת, של המדינה בה אגורה הראיה, או של מדינת תושבותו של החשוד (בהנחה שזו מדינה שונה)? אדון בנושא זה להלן בפרק 5(ג).

אעבור עתה להציג מספר דוגמאות לפריצות של התפישה הטריטוריאלית כפי שניסחתי אותה לעיל. חלקן הוכרו במשפט הבין-לאומי ההסכמי וחלקן במשפטן הפנימי של מדינות שונות. פריצות אלה הן בבחינת היוצא מן הכלל המעיד על הכלל. לאחר מכן אציג את התפישה הטריטוריאלית ואת הפריצות הבודדות שלה כפי שהוצעו בהצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – המצאה, חיפוש ותפיסה), התשע"ד – 2014 (להלן – "הצעת חוק החיפוש" או "הצעת החוק").⁹⁸ בהמשך הפרק אציג ביקורות שונות לתפישה הטריטוריאלית, הן במישור הארכיטקטוני-טכנולוגי, הן במישור האפיסטמולוגי והן במישור המעשי, ואבקש לערער למעשה על שלושת היסודות הנ"ל המרכיבים מבחינה יישומית, את התפישה.

⁹⁸ ה"ח הממשלה 867. הצעת החוק מבוססת על דין וחשבון הוועדה לסדר דין פלילי (אמצעים משטרתיים) (חיפוש, הצגה, תפיסה וחילוט) משנת 1996 (המכונה – "ועדת לוין"), בתוספת עבודה ממושכת במשרד המשפטים, שבמסגרתה הוסף פרק העוסק באיסוף ראיות דיגיטליות, אשר לא הופיע בעבודתה של ועדת לוין. על הצעת החוק אפרט עוד להלן, פרק 4(ב)2) פרק 4(ד).

ה. פריצות מעשיות של התפישה הטריטוריאלית ביחס לדיני איסוף ראיות במרחב

הסייבר

קיים צורך משטרתי מעשי הולך וגובר לפרוץ את גדרי החומה הטריטוריאלית בנוגע לאיסוף ראיות במסגרת חקירה פלילית במרחב הסייבר. בחלק זה, אציג כמה מהלכים משפטיים בין-לאומיים להכרה בפעולות אקסטרה-טריטוריאליות במסגרת חקירה פלילית במרחב הסייבר. לאחר מכן, אציג כמה מהלכים אונילטרליים, אותם נקטו מדינות שונות, ביחס לפעולות איסוף שונות במרחב הסייבר. בכל הנוגע לפריצות של התפישה הטריטוריאלית במסגרת מהלכים במשפט הבין-לאומי ההסכמי, ברי כי הם עדיפים, שכן הם מונעים טענות בדבר פגיעה בריבונות כתוצאה מפעולה אקסטרה-טריטוריאלית. המהלכים האונילטרליים שאותם אמנם מותרים על פי משפטן הפנימי של המדינות המקיימות אותם, אולם נוכח תפישת הריבונות הטריטוריאלית ונוכח תפישת הטריטוריאליות ביחס למרחב הסייבר, אותן מדינות עלולות להיחשב כמי שמפרות ריבונות של מדינות אחרות.

1. הסכמה בין-לאומית על חדירות אקסטרה-טריטוריאליות

אמנת מועצת אירופה בדבר פשעי מחשב כוללת הוראה בסעיף 32 המתייחסת לחריוגות אקסטרה-טריטוריאליות מוסכמות. על פי סעיף זה, מוכרת הסמכות לבצע חדירה לחומר מחשב מחוץ לתחום השיפוט בשני המצבים הבאים: *האחד*, כאשר המחזיק בחומר המחשב מביע את הסכמתו (כדין ומרצון – "Lawfully and Voluntary") לכך;⁹⁹ *השני*, כאשר מדובר בחומרים הנגישים לכלל הציבור. שנתיים קודם לכן השיגו מדינות ה-G8 הסכמה דומה על התרת גישה אקסטרה-טריטוריאלית של רשויות חקירה לחומרי מחשב באותם תנאים. מסמך ה-G8 הוא מסמך עקרוני, ואינו מחייב מבחינת המשפט הבין-לאומי כמו אמנה (גם אמנה מחייבת כמובן רק את המדינות שחתמו ואשררו אותה).¹⁰⁰

במבט ראשון ההסכמות האמורות מתנות על המגבלה הטריטוריאלית ביחס לאיסוף ראיות בחקירה פלילית במרחב הסייבר. אולם, במבט נוסף ניתן לומר כי ההתניה האמורה דווקא משעתקת את התפישה הטריטוריאלית: *ראשית*, היא מכירה בכך שהמרחב המקוון פרוש טריטוריאלית בהתאם למיקומו של השרת בו אגורה הראיה הדיגיטלית המבוקשת. *שנית*, היא מכירה במשתמע בכך שביחס לכל המדינות שאינן צד לאמנת מועצת אירופה או להסכמות ה-G8, לא ניתן לחדור לחומרי מחשב

⁹⁹ האמנה קובעת כי מי שנותן את ההסכמה לחדירה למחשבו, לרבות לחדירה מחוץ לתחום שיפוט, צריך להיות מוסמך על פי דיני אותה מדינה ("Lawfully Authorized") למסור את ההסכמה לגבי חומר המחשב המדובר.

¹⁰⁰ ראו לעיל בפרק 2 טקסט לה"ש 229.

האגורים בשרתים בשטחן. שלישית, היא מכירה בכך שבכל שאר הסיטואציות החקירתיות לא תותר חריגה אקסטרה-טריטוריאלית. אותם שאר המצבים, הם דווקא השכיחים יותר במהלך חקירה פלילית: לדוגמה, חדירה לחומר מחשב ללא הסכמת המחזיק, או חדירה לחומרי מחשב הפתוחים רק לקהל מסוים (למשל, תכני פייסבוק של חשוד מסוים, שאינו משתף בהם את כל הציבור, אלא רק את "החברים" אותם אישר). סיטואציה חקירתית שכיחה נוספת היא כאשר מתבקש מראש חיפוש ברשת בין-מחשבים, ולא במחשב בודד (Network search), ואחד המחשבים ברשת, אליו יש לחשוד גישה, מצוי פיזית בחו"ל. דוגמה דומה היא כאשר הרשות החוקרת מחפשת אחר ראיות במחשבו של חשוד, והמחשב כולל קישוריות לחומרי מחשב נוספים במחשב אחר, המחובר אל המחשב המקורי ברשת (בלי שהרשות החוקרת ידעה על כך מראש). לאור כל זאת, ניתן לראות באמנה או בהסכמות של מדינות ה-G8 כניסיונות חסרים ביותר לפרוץ את המסגרת של התפישה הטריטוריאלית ביחס לאיסוף ראיות במסגרת חקירה פלילית במרחב הסייבר.¹⁰¹

2. דין מדינתי המתיר חדירה אקסטרה-טריטוריאלית במצבים מסוימים

לא אתיימר להקיף כאן את מערך הדינים של כל המדינות. אציג כמה קטגוריות של מקרים בהם הוכרה האפשרות לבצע פעולות איסוף ראיות אקסטרה-טריטוריאליות, על פי התפישה הטריטוריאלית ביחס למרחב המקוון.¹⁰² בכל קטגוריה כזאת אציג כדוגמה שיטת משפט אחת או יותר, שאימצה את ההיתר האקסטרה-טריטוריאלית. אל מול הדוגמאות שיובאו להלן, אציין כבר עתה כי במשפט ישראלי הנוהג אין היתר לחדירה אקסטרה-טריטוריאלית לחומר מחשב האגור או העובר בתקשורת בין מחשבים בחו"ל; קיים היתר, פרי פסיקה, להוצאת צו המצאת מסמכים (ובכלל זה חומר מחשב) המצויים בחו"ל, ואשר לנמען לצו, המצוי בישראל, יש גישה כדין אליהם. בהמשך אתייחס להצעת

¹⁰¹ לעמדה ברוח זו ראו: Amalie M. Weber, *The Council of Europe's Convention on Cybercrime*, 18 BERKELEY TECH. L.J. 433, 443-444 (2003). כפי שצינו מנסחי האמנה בדברי ההסבר שלהם לסעיף 32 לאמנת מועצת אירופה בדבר פשעי מחשב (לעיל ה"ש 46):

"There was detailed consideration of instances in which it may be acceptable for States to act unilaterally and those in which it may not. The drafters ultimately determined that it was not yet possible to prepare a comprehensive, legally binding regime regulating this area."

¹⁰² איני מתייחס כאן להפעלת סמכויות ביטחון אלא להפעלת סמכויות איסוף בלבד. סמכויות הביטחון, עליהן עמדתי בפרק המבוא, טקסט לה"ש 25-31, יכולות להיות אקסטרה-טריטוריאליות. כך, למשל, ציינתי שהחקיקה האמריקנית העניקה במפורש סמכויות ביטחון אקסטרה-טריטוריאליות. עוד אציין שעל פי הפסיקה ראיות שהושגו באמצעות חוק ה-Foreign Intelligence Surveillance Act האמריקני עשויות להיות קבילות בהליך פלילי "רגיל", במידה שהמטרה המקורית לאיסופן היתה ביטחונית על פי התכליות המוכרות בחוק. ראו, למשל, *United States v. Pelton*, 835 F.2d 1067 (4th Cir. 1987); *United States v. Ning Wen*, 477 F.3d 896, 898-899 (7th Cir. 2007).

חקיקה המתייחסת לראשונה לאפשרות להכיר, בתנאים מצומצמים, בחדירה אקסטרה-טריטוריאלי ללחומר מחשב.¹⁰³

א) גישה לחומר מחשב הנגיש לכלל הציבור

הכוונה בחומר מחשב הנגיש לכלל הציבור היא לאתר אינטרנט שאין כל הגבלה יזומה של מנהלו על הגישה אליו. על מנת להמחיש את הסיטואציה הנדונה כאן, אביא את הדוגמה הבאה: נניח שנפתחת בישראל חקירה בגין עבירת הסתה לגזענות. העבירה הנחקרת בוצעה על דרך של פרסום תכנים מסיתים לכאורה באתר אינטרנט אמריקני. מטרתו של הפרסום המסית להגיע לקהל יעד רחב יחסית, ולכן הוא מוצב באתר אינטרנט הפתוח לכלל הציבור, ואינו דורש הרשמה מיוחדת, תשלום או כדומה. משטרת ישראל מעוניינת לחקור את העבירה. צעד ראשון בחקירה יהיה לאסוף את הפרסום המסית לכאורה על-ידי העתקתו מאתר האינטרנט. מה דינה של פעולה זו? האם קמה סמכות למשטרת-ישראל להעתיק את התכנים המסיתים מהאתר הזר? האם יש לראות בפעולה כפעולה אקסטרה-טריטוריאלי?

כל אחת מהמדינות, שהן צד לאמנת מועצת אירופה בדבר פשעי מחשב או חברה ב-G8, מכירה באפשרות לגשת לחומר מחשב הנגיש לכלל הציבור באינטרנט, אף אם הוא אגור בשרתים בחו"ל. הדין הקיים במדינת-ישראל שותק לעניין זה.¹⁰⁴ על פי התפישה הטריטוריאלי הטהורה, הסיטואציה הנדונה כאן היא של ביצוע פעולת איסוף אקסטרה-טריטוריאלי. עם זאת, כיוון שמדובר בפעולת איסוף מרשות הרבים, והפעולה היא בבחינה המותרת לכל תושב במדינה החוקרת, סביר להניח שברמה המעשית, המדינה הזרה, בה מצוי חומר המחשב, לא תראה בפעולת הרשות החוקרת משום פגיעה ממשית בריבונותה, הגם שפורמלית מדובר כאן בחריגה מסמכות אכיפה טריטוריאלי מובהקת, כפי שהיא מתפרשת כיום.

¹⁰³ ראו להלן בפרק 3(ו).

¹⁰⁴ דיון בגישה לחומר באינטרנט הנגיש לכלל הציבור והמצוי בשרתים מחוץ לטריטוריה המדינתית, מורכב למעשה משניים: האחד, דיון בשאלת מקור הסמכות של הרשות החוקרת לגשת לחומרים הנגישים לכלל הציבור, גם אם חומרים אלה מצויים בשרתים במדינה החוקרת. השני, בהינתן שקיימת סמכות לגשת לחומרים האמורים, יש לבחון מה מקור הסמכות לחדירה לחומרים פומביים שכאלה כשהם אגורים מחוץ לטריטוריה של המדינה החוקרת, ומה ההשלכות של פעולה אקסטרה-טריטוריאלי שכזאת מבחינתה של המדינה שבה מצויים החומרים המדוברים. ענייננו, בהקשר של פעולה אקסטרה-טריטוריאלי באינטרנט, הוא למעשה בשאלה השנייה.

ב) גישה לחומר מחשב האגור בשרתים בחו"ל בהסכמה כדין של המחזיק בו

גם כאן, כל אחת מהמדינות, שהן צד לאמנת מועצת אירופה בדבר פשעי מחשב או חברה ב-G8, מכירה באפשרות לגשת לחומר מחשב אשר הובעה לגבי הסכמה של בעל גישה והרשאה כדין כי הרשות החוקרת תחדור אליו.¹⁰⁵ החוק הישראלי שותק, ככלל, לגבי סמכות החדירה לחומר מחשב בהסכמה, ובכלל זה הוא שותק גם לגבי סמכות החדירה האקסטרה-טריטוריאלית בהסכמה.¹⁰⁶ שאלת הגישה וההרשאה כדין היא שאלה מורכבת למדי, בשני ממדים: האחד, בממד היקפו של חומר המחשב הכלול במסגרת ההסכמה. כך, לדוגמה, תישאלנה שאלות האם וכיצד תיפרש ההסכמה על חומר מחשב מחוק, על לוגים שהמחשב מייצר לצורך ניטור עצמי של הפעילות בו. הממד השני נוגע לשאלת זהותו של המחזיק בחומר המחשב הרשאי להסכים לחדירה אל החומר. כך, לדוגמה, לא ברור מעמדו של טכנאי מחשבים המחזיק ברשותו מחשב של לקוחו לצורך תיקון; מעמדו של מנהל רשת; מעמדו של הורה ביחס לילדו הקטין; מעמדו של אדם המשתמש במחשב ביחס לזולתו, המשתמש באותו מחשב אך תחת פרופיל משתמש אחר; מעמדו של מעביד ביחס לעובדיו, וכיוצא בזה.¹⁰⁷

¹⁰⁵ ראו, למשל, בארצות-הברית את ה-DOJ Manual, לעיל ה"ש 40, בעמ' 139-140. בארצות-הברית הפסיקה מכירה באפשרות של המחזיק בחומר המחשב לוותר על זכותו החוקתית לפרטיות לפי התיקון הרביעי לחוקה. די בהסכמה של אחד מן המחזיקים ולא מחייבת הסכמה של כולם. זאת על בסיס הפסיקה המוחלת על דיני החיפוש בחזרים, ראו: Georgia v. Randolph, 547 U.S. 103 (2006). כן ראו (בהתייחס במישרין לחדירה לחומר מחשב): People v. Dagwan, 711 N.W. 2d 386 (Mich. App. 2005). עם זאת, ראו את: United States v. Hudspeth, 459 F. 3d 922 (8th Cir. 2006), שם נפסק כי ברגע שמחזיק אחד במקום סירב לביצוע החיפוש ותפסת מחשבו, לא ניתן לפנות למחזיק אחר במשותף עימו ולקבל את הסכמתו.

¹⁰⁶ שאלת הסמכות החוקית לחדור לחומר מחשב בלא צו, בהסכמה כדין המחזיק / המשתמש / בעל ההרשאה / הגישה, אינה מוכרעת בדין הישראלי הקיים, גם כאשר ההקשר הוא פנימי ולא אקסטרה-טריטוריאל. אמנם בעניין בן חיים הכיר בית-המשפט העליון בסמכות לערוך חיפושים במקום ועל הגוף בהסכמה, ללא צו שיפוטי ואף ללא עילה מכוח הפסד"פ (ראו רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, תק-על (1)12 5259 (2012)); אולם, לשונו של סעיף 23 לפסד"פ נוקטת ניסוח קוגנטי, ולפיו לא תתבצע חדירה לחומר מחשב אלא בצו בית-משפט המפרט את המטרות והתנאים לביצועה. מיגל דויטש, שנטל חלק מרכזי בניסוח הצעת חוק המחשבים, אשר תיקנה את סעיף 23 לפסד"פ הדין לחדירה לחומר מחשב, טען כי כוונת המחוקק הייתה לחייב ביצוע חדירה לחומר מחשב בצו בית-משפט בלבד. ראו מיגל דויטש "חקיקת מחשבים בישראל" עיוני משפט כב 427, 455-456 (1999). עם זאת, בכמה מקרים הכירו בתי-המשפט באפשרות העקרונית להתיר חדירה לחומר מחשב בהסכמה, בהעדר צו שיפוטי מסמיך. ראו, למשל, ע"פ (מחוזי-ת"א) 61187-06-14 קורס נ' מדינת ישראל (פורסם ב"נבו", 30.3.2015). כן ראו כמה החלטות מערכאות צבאיות, לדוגמה: ח"א (מחוזי) 81/08 התצ"ר נ' רבן (לא פורסם, 27.7.2009); ז"י (מחוזי) 120/14 התובע הצבאי נ' שניר פלח (לא פורסם, 25.6.2014). זו גם עמדתו של נמרוד קוזלובסקי המחשב וההליך המשפטי 63-64 (2000).

¹⁰⁷ ראו למשל הדיון בארצות-הברית בשאלה האם טכנאי מחשבים שקיבל את המחשב לבדיקה רשאי למסור הסכמה לביצוע החדירה. ראו: United States v. Anderson, 2007 WL 1121319 (N.D. Ind. 2007), שם השיבו על השאלה בחיוב; מנגד ראו: United States v. Barth, 26 F. Supp. 2d 929 (W.D. Tex. 1998), שם השיבו על השאלה בשלילה. כן נדונה השאלה האם הסכמה של משתמש אחד במחשב יכולה לחול על חדירה לקבצים מוצפנים או מוגני סיסמה של מחזיק אחר באותו מחשב. לעמדה המשיבה על השאלה בשלילה, ראו: Trulock et al v. Freeh et al, 275 F. 3d 391 (4th Cir. 2002). לעמדה המשיבה על השאלה בחיוב, ראו: United States v. Andrus, 483 F. 3d 711 (10th Cir., 2007); People v. Brown, 279 Mich. App. 116; 755 NW2d 664 (Mich. App. 2008). בתגובה, התעוררה השאלה האם הורים יכולים למסור הסכמה לחדירה למחשבים של ילדיהם. בעניין Andrus הנ"ל נקבע כי להוריו של בגיר (בן 51), אשר התגורר בבית הוריו ולא שילם שכירות, ישנה הרשאה למסור הסכמה לחדירה למחשבו, זאת כאשר להורים היתה גישה לחדרו וכאשר הם שילמו את חשבון האינטרנט בבית. כן ראו: DOJ Manual, לעיל ה"ש 40, בעמ' 23-24, שם נקבע כי במקרה שבו הילד משלם שכירות להוריו בגין מגוריו בביתם, או כאשר הילד נוקט אמצעים מפורשים למנוע גישה של ההורים למחשב או לחלקים מדירתם, וכן בשם לב לגילו של הילד שבו מדובר, הרי שלא ניתן לראות בהורים כבעלי סמכות להסכים לחדירה למחשב של ילדם. אשר לשאלה האם מעביד רשאי להסכים לחדירת הרשויות לחומרי מחשב של עובדיו, ראו למשל את: United States v. Ziegler, 474 F.3d 1184, 1191 (9th Cir. 2007), שם נפסק שמעביד יכול להסכים לחדירה למחשב של עובד שלו, אותו הוא (המעביד) סיפק לו. באותו מקרה המעביד אף פרסם מראש בקרב העובדים את מדיניותו לפיה הוא

ג) הפעלת סוכנים וירטואליים באתרים ה"יושבים" בשרתים בחו"ל

נניח כי חשוד נחקר בגין ביצוע עבירות מין, הטרדה מינית ופרסומי תועבה באמצעות האינטרנט. עוד נניח כי החשוד יוצר קשר עם קורבנותיו באתרים חברתיים כגון "פייסבוק" (ששרתיו מחוץ לישראל) ו"מקושרים" (ששרתיו בישראל). המשטרה מבקשת לטמון פח לחשוד. מוחלט על פעולה בכיסוי של שוטרת, שתפתח כרטיס ותעדכן פרטים ותמונות ב"פייסבוק" וב"מקושרים", ותיצור קשר עם החשוד, על-ידי כך שתציע לו "חברות". עוד נניח שחשוד אינו חושף את כל ה"פרופיל" שלו, הכולל תמונות, סרטונים שלו, פרטי מידע אישיים שכתב על עצמו וכן "קיר" עם פוסטים שלו ושל חבריו, לכל משתמשי האתר, אלא רק למי שאושר על-ידו מראש כ"חבר". הסוכנת המשטרתית הופכת ל"חברה" של החשוד, תוך יצירת מצג שווא כלפיו. בזכות מצג שווא זה היא מקבלת את האפשרות לגשת ולעיין בחומרי המחשב שלו ולעקוב אחר פרסומיו הפתוחים רק לקהל "חבריו". כן היא מקבלת את האפשרות לתקשר עמו בעצמה באותם אתרים חברתיים. מה דינה של הפעלה האמורה? האם דינה משתנה בין "פייסבוק" האמריקני לבין "מקושרים" הישראלי?

מדינות שונות, בהן מדינת-ישראל, מפעילות סוכנים וירטואליים באינטרנט.¹⁰⁸ שאלת כשרות פעולתו של הסוכן הסמוי ברשת יכולה להיבחן דרך הפריזמה של הסכמה המושגת בתחבולה מותרת לאיסוף הראיות, אך סביר להניח שקונסטרוקציית ההסכמה לא תעמוד במבחן בית-המשפט, שכן הסכמה בתחבולה משטרתית לא תיחשב להסכמה מדעת הדרושה כדי לאיין פגיעה בפרטיות.¹⁰⁹ ואולם, פעולת הסוכנים הסמויים ברשת תיתפש, לדעתי, ככורח-בל-יגונה העשוי להיות מוכשר דרך הפריזמה של פטור מאחריות לפי חוק הגנת הפרטיות לאנשי רשות ביטחון (בכלל זה המשטרה) הפועלים באורח

נוהג לסרוק את מחשבי העובדים. מדיניות מוצהרת זו העניקה למעביד, כך נפסק, סמכות גם "להסגיר" את המחשבים לרשויות החקירה.

¹⁰⁸ לעניין זה (בהקשר של לכידת פדופילים באינטרנט), ראו למשל חיים ויסמונסקי "סוכנים וירטואליים לחשיפת פדופילים באינטרנט – בעקבות "פרשת ערוץ 10" הסניגור 160, 5 (2010). כן ראו, ביחס למשטרת אנגליה, את: Jamie Barlett et. al, *Policing in an Information Age*, THE CENTRE FOR THE ANALYSIS OF SOCIAL MEDIA (CASM) (2013) 13-17 http://www.demos.co.uk/files/DEMOS_Policing_in_an_Information_Age_v1.pdf?1364295365 המחברים דיברו על פיתוח תחום מודיעין משטרתית חדש, אשר כונה על-ידיהם "Socmint", קיצור של Social media intelligence (על משקל מודיעין אנושי Human intelligence – "Humint", מודיעין של אותות דיגיטליים Signal intelligence – "Sigint", מודיעין המבוסס על איסוף ממקורות גלויים Open source intelligence – "Osint" ועוד).

¹⁰⁹ סעיף 3 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א – 1981, דורש כתנאי לכשרות ההסכמה כי ההסכמה תהיה "מדעת, במפורש או מכללא". על פי נתיב זה, יש לשאול האם השגת הסכמה, תוך התחזות של הסוכנת המשטרתית על-ידי שימוש בזהות "תמימה", פוגמת בעצם ההסכמה. בהמשך לדוגמת הסוכנת הסמויה החוברת לחשוד ב"פייסבוק" וב"מקושרים", החשוד נותן הסכמה מודעת לצרף את הסוכנת כחברה שלו ולחשוף בפניה את נתוני הפרופיל האישיים שלו. הוא אמנם אינו מרומה על-ידי הסוכנת לעניין עצם המעשה (צירוף חבר לדרך שלו ב"פייסבוק" או ב"מקושרים"), אולם הוא בהחלט מרומה לעניין זהות העושה. עוד ראו את מיכאל בירנהק **מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה** 99-100 (2010); מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" **משפט וממשל** יא 9, 49-51 (2007). בירנהק הביע שם את עמדתו (העקרונית, לא בהקשר הנדון של פעולת סוכן משטרתית סמוי) כי ניתן להרכיב עקרונות של דיני חוזים על דרישת "ההסכמה מדעת" לפגיעה בפרטיות, ומכאן שהסכמה שהושגה ברמייה או בהטעיה אינה הסכמה מדעת ואינה הסכמה כלל. מנגד, מעניין לציין כי בארצות-הברית הכירה הפסיקה בהשגת הסכמה במרמה על-ידי סוכן משטרתית כהסכמה כשרה לצורך התנאה על הזכות לפרטיות כפי שהיא נקובה בתיקון הרביעי לחוקה האמריקנית. ראו: Lewis v. United States, 385 U.S. 206, 210 (1966); Hoffa v. United States, 385 U.S. 293, 302 (1966). מנגד,

סביר במסגרת תפקידם.¹¹⁰ האם סעיף הפטור בחוק הגנת הפרטיות יכשיר את פעולת הסוכן הווירטואלי בהיבט האקסטרה-טריטוריאלי, ככל שהוא יאסוף ראיות האגורות בשרתים מחוץ לטריטוריה של המדינה החוקרת? במקרה כזה, קשה לצפות כיצד מדינה זרה, האמונה על התפישה הטריטוריאלי, שתדע על הפעלת סוכן שאוסף ראיות האגורות במחשבים בשטחה, תתפוש את הפעולה מבחינת אפשרות הפגיעה בריבונותה.

ד) חדירה למחשבים בחו"ל במסגרת חיפוש ברשת (Network search)

בבלגיה קובע סעיף 388(3) ל-Criminal Instruction Code (CIC) כי בית-המשפט יכול להסמיך את הרשות החוקרת לחדור לרשת מחשבים, ובמקרה כזה, ניתן להעתיק מידע הדרוש לחקירה שלא נמצא על המחשב המקורי שאליו כוון הצו השיפוטי מלכתחילה. הדין הבלגי מכיר בסמכות "לתפוס" את המידע הממוחשב, במובן זה של מחיקתו מרשות מחזיקו (Deleting) או חסימת הגישה אליו על-ידי מחזיקו (Blocking) ונטילת העתקו לרשות היחידה החוקרת. לחלופין, יכולה הרשות החוקרת רק להעתיק את המידע הממוחשב, בלי לשלול אותו מידי מחזיקו. על כל פנים, במסגרת חדירה לרשת מחשבים, רשאית המשטרה הבלגית לחדור לחומרי מחשב מחוץ לטריטוריה הבלגית. במקרה כזה, יותר לה להעתיק את המידע הממוחשב בלבד ולא למוחקו, ויש לדווח מיד למשרד המשפטים הבלגי אשר מחויב ליידע לאלתר את הרשויות במדינה הזרה על דבר ההעתקה כאמור.¹¹¹

באסטוניה קיימת חקיקה דומה לזו שבבלגיה, המתירה, במסגרת חיפוש ברשת מחשבים, העתקה של חומר מחשב האגור בשרתים מחוץ למדינה. לאחר ביצוע ההעתקה קיימת חובת יידוע של

¹¹⁰ סעיף 19(ב) לחוק הגנת הפרטיות קובע כדלקמן: "רשות בטחון, או מי שנמנה עם עובדיה או פועל מטעמה, לא ישאו באחריות לפי חוק זה על פגיעה שנעשתה באופן סביר במסגרת תפקידם ולשם מילוי". על פי נתיב זה, תישאל השאלה האם חרף הנחת המוצא שפעולתה של הסוכנת המשטרית פוגעת בפרטיות, היא מזכה בכל זאת את המשטרה בפטור מאחריות לפי חוק זה. אשר לדרישת הסבירות המנויה בסעיף 19 לחוק הגנת הפרטיות, נראה כי זו תיבחן על פי השאלה האם יש במעשהו של הסוכן הסמוי משום הדחה פסולה (Entrapment) לדבר עבירה. ראו למשל ע"פ 15/78 **ביבס נ' מדינת ישראל**, פ"ד לב(3) 64, 74-70 (1979); ע"פ 360/80 **מדינת ישראל נ' אפנגר**, פ"ד לה(1) 228, 232 (1980); ע"פ 470/83 **מורי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לט(1) 1, 5 (1985); ע"פ 1224/07 **בלדב נ' מדינת ישראל**, תק-על(1) 5907, 5924-5928 (2010); ישגב נקדימון **הגנה מן הצדק** 229-223 (מהדורה שניה, 2009); עמנואל גרוס "סוכן מדיח – כטענת הגנה במשפט הפלילי" **הפרקליט** לו 107 (1987); גדי אשד "החקירה המשטרית והמודיעין האנושי" **משפט וצבא** 18, 223 (2005). בהקשר של הפעלת סוכנים סמויים לחשיפת דפופילים הפועלים באינטרנט, ראו הטענות אצל אסף הרדוף "הקלות המטרידה של הפיתוי: בעקבות פרשת ערוץ 10" **הסניגור** 160, 11 (2010). כן ראו את פסק-דינו של בית-המשפט העליון מהעת האחרונה בפרשת "ערוץ 10" ברע"פ 1201/12 **קטיעי נ' מדינת ישראל** (פורסם ב"נבו", 9.1.2014). בארצות-הברית אציין רק כמה פסקי-דין "קלאסיים" בנושא, המתמקדים כאמור בשאלת עוצמת ההדחה של הנאשם על-ידי הסוכן והגינות פעולתה של הרשות במקרה כזה: *United States v. Sherman*, 356 U.S. 369 (1958); *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435 (1932); *States v. Russell*, 411 U.S. 423 (1973); *Hampton v. United States*, 425 U.S. 484 (1975); *Jacobson v. United States*, 503 U.S. 540 (1992).

¹¹¹ ראו: Code d'Instruction Criminelle, 1808, Art. 88 § 3 (Bel.). EU Update to the Handbook of Legal Procedures of Computer and Network Misuse in EU Countries for assisting CSIRTs 39 (2005), available at: http://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/technical_reports/2006/RAND_TR337.pdf ("EU Update" ראו גם: Smith, לעיל ה"ש 40, בעמ' 285).

המדינה הזרה בדבר ביצוע פעולה זו.¹¹² בהונגריה קיימת חקיקה המתירה העתקה של מידע האגור בחו"ל במסגרת פעולת איסוף ראיות ברשת מחשבים.¹¹³ באוסטרליה מתיר החוק, במסגרת חיפוש ברשת מחשבים (Network search) להגיע אל כל המחשבים המחוברים ברשת היכן שהם נמצאים, לרבות מחשבים המצויים בחו"ל. ככל שמיקומו של כל מחשב ומחשב בחו"ל ידוע, קמה חובה ליידע את הרשויות הזרות בדבר ביצוע החדירה לאותם המחשבים, לאחר מעשה.

מעניין לציין שכל ארבע המדינות האלה – בלגיה, אסטוניה, הונגריה ואוסטרליה – חתמו על אמנת מועצת אירופה בדבר פשעי מחשב, ואף אשררו אותה. מדינות אלה קבעו בסטנדרט החוקי הפנימי שלהן היתר לחריגה אקסטר-טריטוריאלית רחבה יותר מהמותר על פי האמנה. הדבר אפשרי כמובן מבחינת מערכת הדינים הפנימית של אותן מדינות, שכן האמנה קובעת רף מינימלי להסכמה בין-מדינתית, ולא רף מקסימלי מותר. על כל פנים, בין אם מדינות אלה חתומות על אמנת מועצת אירופה ובין אם לאו, נראה לי כי מבחינת מערך הדינים של שאר המדינות, פעולה אקסטר-טריטוריאלית במסגרת Network search עלולה להיחשב כפגיעה בריבונותן של המדינות האחרות, בהנחה שאותן מדינות מחזיקות אף הן בתפישה טריטוריאלית ביחס לסמכות האכיפה הפלילית ובהנחה נוספת שאיסוף הראיות הממוחשבות האגורות בשטחן נעשה שלא בטעות בתום לב, אלא בידיעה מראש שמדובר במידע האגור בשטחן.

ה) צווים פרסונליים אקסטר-טריטוריאליים

כפי שציינתי בפרק המבוא,¹¹⁴ אחד הקריטריונים לסיווג פעולות איסוף הוא המבחן של הגורם המבצע בפועל את הפעולה: ישנן פעולות המבוצעות על-ידי הרשות החוקרת עצמה וישנן פעולות אחרות המבוצעות על-ידי אדם או גורם אחר המצווה לכך. הצווים מן הסוג השני הם אישיים (in personam), ואינם מופנים כלפי חומר המחשב עצמו או כלפי אתר או "מקום" מסוים במרחב המקוון (בשונה, למשל, מצו חדירה לחומר מחשב, המופנה למחשב מסוים, או למידע מסוים המאוחסן בו). כיוון שכך, ניתן – גם תחת תפישה טריטוריאלית – לפתח גישה, שלפיה כל עוד האדם אליו מופנה צו ההמצאה נמצא בישראל, הרי שכלפיו אין כל חריגה מסמכות האכיפה הטריטוריאלית. בהמשך לאותה גישה, ניתן לומר שעצם הגישה של האדם עצמו (אליו מופנה צו ההמצאה) אל חומר המחשב האגור בחו"ל, ככל שהוא בעל גישה חוקית, אינה מהווה פגיעה בריבונותה של המדינה הזרה בה אגור פיזית חומר

¹¹² ראו: EU Update, לעיל, בעמ' 88.

¹¹³ ראו: EU Update, לעיל, בעמ' 133.

¹¹⁴ ראו פרק 1(ב).

המחשב. מנגד, ניתן לטעון שכיוון שהנמען לצו ההמצאה פועל בכפייה, לנוכח הוצאת צו ההמצאה עם השוט המשפטי של בזיון בית-המשפט במקרה של אי ציות לצו, הרי שהנמען לצו מגויס לשמש כזרועה הארוכה של הרשות החוקרת המושטת אל מחוץ לטריטוריה שלה. זאת על בסיס התפישה של ההמצאה כתחליף לחיפוש בחצרים או לחדירה על-ידי הרשות החוקרת עצמה.

במשפט הישראלי הוכרה הסמכות להוצאת צווי המצאת מסמכים, לרבות חומר מחשב, האגורים מחוץ לטריטוריה הישראלית. העוגן לסמכות קבוע בסעיף 43 לפסד"פ. הסעיף לאקוני למדי ונוסחו לא מתייחס לשאלת מיקום החומרים שיומצאו מכוחו.¹¹⁵ אולם הסיווג של צוויים אלה כצוויים אישיים איפשר הרחבת תחולה בפסיקת בית-המשפט העליון, וכך, בעניין שרון נקבע כי צו המצאה לפי סעיף 43 לפסד"פ יכול לחול לגבי חומרים המצויים פיזית בחו"ל.¹¹⁶ סעד נוסף, של ביצוע בעין על דרך של תפיסת חומרי המחשב שמחוץ לתחום השיפוט על-ידי המשטרה, במקומו של הנמען לצו, אינו מוכר במשפט הישראלי. וכך, בעניין שרון אמנם הוצא צו המצאה לגבי חומרים המצויים מחוץ לתחום השיפוט, אולם הסנקציה כנגד אי ביצוע הצו הייתה יכולה להיות במישור של פקודת בזיון בית-המשפט ולא במישור של ביצוע פעולת האיסוף על-ידי הרשות החוקרת במקומו של שרון, שאליו הופנה הצו.

¹¹⁵ זו לשון הסעיף: "ראה שופט שהצגת חפץ נחוצה או רצויה לצרכי חקירה או משפט, רשאי הוא להזמין כל אדם, שלפי ההנחה החפץ נמצא בהחזקתו או ברשותו, להתייצב ולהציג את החפץ, או להמציאו, בשעה ובמקום הנקובים בהזמנה".

¹¹⁶ כה נפסק מפי המשנה לנשיא אור בע"פ 1761/04 שרון נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 9, 17-18 (2004):

"בחיים המודרניים של זמננו הנגישות אל חפץ מסוים, אינה כרוכה בהכרח בהחזקתו הפיזית. לעיתים, יכול אדם להגיע 'בלחיצת כפתור', אל מידע המצוי בשליטתו, אך לא בהחזקתו הפיזית. את המסמכים שהחזיקו בעבר בני אדם במגירה, בספרייה או בארכיון, מחליפים כיום, במקרים רבים, מאגרי מידע ברשת האינטרנט. כך למשל, מקבלים לקוחות הבנקים מידע שוטף על פעולות בחשבונותיהם, דרך האינטרנט ובאמצעות שימוש בסיסמא מזהה שמאפשרת להם ולהם בלבד, נגישות מיידית אל המידע וכן את הנפקתו המיידית בצורה של מסמך. בצורה דומה, מנויים בני אדם על חשבונות דואר אלקטרוני שניתן להגיע אליהם, באמצעות סיסמא, דרך כל מחשב המחובר לאינטרנט, בכל מקום ברחבי העולם, להדפיסם ולקבל את המידע בדרך של מסמך. התפתחויות אלה מחלישות במידה רבה את הקשר בין הנגישות או הזמינות של חפץ לבין החזקתו הפיזית. הן מלמדות כי מהעדר החזקתו הפיזית של החפץ, אין לגזור בהכרח את היעדר הנגישות אל אותו חפץ. בנסיבות אלה, כדי לקיים את תכליתו של סעיף 43 בנסיבות חיינו כיום, תכלית שהיא קידום החקירה או המשפט, מן הראוי לפרש את סעיף 43 כך שצו על פיו יוכל להשתרע גם על חפצים אשר למי שהצו מופנה אליו שליטה עליהם במובן זה שבכוחו למסורם או להציגם".

גם בתחום סדרי הדין האזרחיים הוכרה אפשרות הוצאת צוויים אישיים בעלי תחולה אקסטר-טריטוריאלית. תקנה 383 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד – 1984 קבעה את הסמכות להוציא צו Mareva לאדם להימנע מלעשות דיספוזיציות בנכסים שברשותו. הסמכות להוציא צו Mareva הוכנסה לתקנות סדר הדין האזרחי בשנת 2001. סמכות זו הוכרה לראשונה בפסק-הדין האנגלי המפורסם: Mareva Compania Naviera SA v. International Bulkcarriers SA, [1980] 1 All ER 213 (Eng. C.A.). בעניין בנק סטנדרט צ'יטר הכיר השופט ריבלין בתחולה הבין-לאומית של צו Mareva על פי תקנות סדר הדין האזרחי, וזאת על בסיס נוסחו ה"אישי", בניגוד לנוסח "קנייני". ראו רע"א 4556/03 בנק סטנדרט צ'יטר - תאגיד חוף נ' קטב, פ"ד נו(6) 1, 7-6 (2003). במלים אחרות, הנמען לצו הוא העיקר ולא הנכס מושא הצו, ועל כן ניתן להכיר בתחולתו האקסטר-טריטוריאלית של הצו. במידה שהנמען לצו Mareva אינו מציינת לצו הסנקציה היא בזיון בית-המשפט. דוגמה נוספת מומחשת בפרשת רייפמן. באותו מקרה, ננקטו הליכי פשיטת רגל נגד רייפמן, והמנהל המיוחד שמונה לפי פקודת פשיטת הרגל הורה לו מכוח סעיף 56(ב) לפקודה למסור את אחזקותיו במניות חברת אמבלייז אשר נסחרו בבורסה בלונדון. ראו סעיף 56(ב) לפקודת פשיטת הרגל (נוסח חדש), התש"ס – 1980; רע"א 6067/09 רייפמן נ' CCM Master Qualified Fund LTD, תק-על 09(3) 2888 (2009); ע"פ 7174/09 רייפמן נ' ארז, תק-על 09(3) 4320 (2009). ליישום נוסף של צו Mareva בזיקה בין-לאומית, ראו הפ"ב (מחוזי ת"א) 23485-02-10 ממיסטבלוב נ' Tchaturia, תק-מח 10(1) 1157 (2010). לשורשים ישנים יותר של הסמכות להורות לתושבים ישראלים למסור מניות המוחזקות על-ידם בבנקים בחו"ל ראו עניין אמסטרדם, לעיל ה"ש 2. עם זאת, גם בסדרי הדין האזרחיים הנחת המוצא היא שאין סמכות להעניק סעד על פעילות מחוץ לגבולות המדינה. ראו למשל רע"א 8831/05 הרר נ' דיאליט, תק-על 06(3) 3388 (2006); אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 536 (מהדורה אחת עשרה, 2013).

בנוסף לאמור, לאחרונה נפסק בעתירה למתן צו מניעה על פי דיני התעמולה בבחירות לכנסת, כי במקרה של סרט תעמולה פסול, על המפלגה שהפיקה את הסרטון לפעול מול אתרי האינטרנט, לרבות אתרי האינטרנט הזרים כ-Youtube, על מנת שהסרטון יוסר.¹¹⁷ בכך ביקשה, למעשה, ועדת הבחירות המרכזית לממש את הצו שהעניקה באורח אקסטר-טריטוריאלי, כלפי המפלגה הנתונה תחת סמכות השיפוט שלה.

במשפט האמריקני קיימת אפשרות נוספת, במסגרת צו המצאה אישי בהליך פלילי (כמו גם בהליך אזרחי), לכפות על שלוחה מקומית של חברה זרה לספק נתונים האגורים ברשות החברה הזרה מחוץ לשטחי ארצות-הברית.¹¹⁸ כן ניתן לציין בהקשר זה, כי בית-המשפט העליון האמריקני הכיר באפשרות לכפות על מתדיין זר בערכאה אמריקנית להמציא נתונים המצויים בבנק מחוץ לארצות-הברית, וכי חובתו של המתדיין הזר במקרה כזה לפעול על פי מיטב יכולתו לנסות ולהמציא את הנתונים המבוקשים.¹¹⁹ פסיקה דומה מצויה גם בקנדה.¹²⁰

עוד במשפט האמריקני, לאחרונה התפתח מאבק משפטי סביב דרישתו של בית-משפט אמריקני מחברת מיקרוסופט (חברה אמריקנית) להמציא תכנים מחשבון דוא"ל של לקוחה, לצורך קידום חקירה פלילית, כאשר תכנים אלה אגורים בשרתי החברה באירלנד.¹²¹ מיקרוסופט התנגדה לבקשה, בטענה שלמעשה מדובר בצו אקסטר-טריטוריאלי, המחיל את סטנדרט הפרטיות האמריקני כלפי

¹¹⁷ תב"כ 5/20 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' חבר הכנסת בנימין נתניהו, ראש הממשלה, פסקה 30 (פורסם ב"נבו", 20.1.2015).

¹¹⁸ ראו: Todd Jones, *Compulsion Over Comity: The United States' Assault on Foreign Bank Secrecy*, 12 N.W. J. INTL. L. & Bus. 454 (1992), שם סוקר המחבר את התפתחות הפסיקה האמריקנית, האזרחית כמו גם הפלילית, בנוגע לצווי המצאה לבנקים זרים, בעלי שלוחה אמריקנית. מצד אחד, טענו הבנקים הזרים לפגיעה בחיסיון הבנקאי כפי נוסחו במדינה הזרה, ומצד שני, עמד על הפרק האינטרס האמריקני לחקר האמת ולקיום הליך שיפוטי הוגן בו ייחשף החומר הרלוונטי לשני בעלי הדין. ראו עוד: Gary E. Davidson, *Congressional Extraterritorial Investigative Powers: Real or Illusory?*, 8 EMORY INT'L L. REV. 99, 106-120 (1994).

¹¹⁹ ראו: *Societe Internationale pour Participations Industrielles et Commerciales v. Rogers*, 357 U.S. 197 (1958). באותו מקרה דובר בתביעה של חברה שווייצית נגד ממשלת ארצות-הברית בפני ערכאה אמריקנית. ממשלת ארצות-הברית עתרה להורות לתובעת להמציא נתונים בנקאיים שווייצרים. התובעת טענה כי לא תוכל להמציא את הנתונים האמורים, כיוון שיהיה בכך משום הפרה של דיני הסודיות הבנקאית השווייצרית, כמו גם עבירה של ריגול (בשל הסגרת הנתונים למדינה זרה). בערכאה הראשונה קבע בית-המשפט, כי נוכח העובדה שהתובעת השווייצרית לא המציאה את הנתונים שנצטוותה להמציא, התביעה האזרחית שהגישה תימחק. בבית-המשפט העליון הפכו את התוצאה האופרטיבית של הערכאה הדיונית, אם כי קבעו את העיקרון של חובת מילוי הוראת ההמצאה של בית-המשפט האמריקני. נקבע כי ברמה העקרונית דיני החיסיון הבנקאי הזר, ואף החשש שהמצאת הנתונים תהווה עבירת ריגול, אינם יכולים לחסן מראש מפני מילוי הוראות בית-המשפט האמריקני. עם זאת, ברי כי אין ביכולתו של המתדיין הזר לכפות על הבנק בשוויץ למלא את בקשותיו, וכאן למעשה נעצרת השליטה האקסטר-טריטוריאלי של בית-המשפט האמריקני.

¹²⁰ ראו: *eBay Canada Ltd. v. M.N.R.*, [2010] 1 F.C.R. 145 (Ca.).

¹²¹ ייתכן בהחלט, שאילו מיקרוסופט היתה נדרשת להמציא מידע עסקי שלה, האגור בשרת בחו"ל, המאבק המשפטי לא היה מתחולל, לנוכח העובדה שמדובר במידע של הנמען לצו באופן ישיר. בענייננו, הצו השיפוטי מתייחס למידע של לקוח של מיקרוסופט, כאשר מידע זה אגור מחוץ לטריטוריה האמריקנית.

אירלנד, ופוגע למעשה בריבונות הארית. נכון לעת הזאת, בתי-המשפט האמריקנים קנו לעצמם סמכות

בסיטואציה זו.¹²²

פרשה מעניינת נוספת, הדומה במידת מה לפרשת מיקרוסופט האמריקנית, היא הפרשה הנוגעת למאבק המשפטי שניהלה Yahoo! מול הרשויות בבלגיה. בפרשה זו, התובע הבלגי ציווה על נציגות יאהו! בבלגיה להסגיר תכנים של תיבות דוא"ל של יאהו!, אשר על פי החשד שימשו לצורך ביצוע עבירות מרמה.¹²³ יאהו! סירבה לציית להוראה, בטענה שמדובר בתיבות דוא"ל, המנוהלות על-ידי שרתי החברה מחוץ לטריטוריה הבלגית, ועל כן הדרך לקבל את תוכן היא באמצעות בקשה לעזרה משפטית מארצות-הברית, ששם מוחזקים השרתים. בית-המשפט הבלגי לערעורים קבע כי יאהו! בבלגיה מחוייבת לציית להוראה שניתנה על-ידי התובע הבלגי. זאת על בסיס תפישה מקסימליסטית,¹²⁴ הגורסת שכל עוד יאהו! לא פעלה לחסימת משתמשים מבלגיה, על פי כתובת ה-IP שלהם, הרי שיאהו! מוחזקת כמי שהסכימה להיכפף לסמכות השיפוט והאכיפה הבלגית. על כן, עליה לציית להוראות שניתנו כשורה על-ידי רשויות אכיפת החוק בבלגיה, אף אם המידע המבוקש אגור בשרתי החברה מחוץ לטריטוריה הבלגית.¹²⁵

3. התפישה הטריטוריאלית והצעת חוק החיפוש

הצעת חוק החיפוש, אשר פורסמה כאמור בשנת 2014,¹²⁶ מגלמת תפישה טריטוריאלית ביחס לדיני איסוף הראיות, בתוספת ניסיון מעשי להגמיש את האיסור על אכיפה פלילית אקס-טרה-טריטוריאלית במספר נקודות. אציג תחילה את ביטוי התפישה הטריטוריאלית שבהצעת חוק החיפוש ולאחר מכן את החריגות שהותרו לפיה.

¹²² In re Warrant to Search a Certain E-Mail Account Controlled and Maintained by Microsoft Corp., 15 F. Supp. 3d. 466 (S.D.N.Y. 2014). מיקרוסופט ביקשה להתנגד לצו, ובקשתה נדחתה על-ידי בית-המשפט הפדראלי המחוזי. כעת, הוגש ערעור לבית-המשפט הפדראלי לערעורים. לקראת דיון זה הוגשו מספר עמדות של "ידידי בית המשפט" ובהם ממשלת אירלנד, ארגוני זכויות אדם וכן ספקיות שירות שונות ברשת, שאינן צד להתדיינות הקונקרטי. למעקב אחר ההליכים ראו: <http://digitalconstitution.com/about-the-case>.

¹²³ על פי הדין הבלגי, קבלת תוכן של תיבת דוא"ל יכולה להתבצע על פי הוראה הניתנת כשורה על-ידי תובע מוסמך, ואין דרישה להסמכה בצו שיפוטי.

¹²⁴ תפישה זו מתיישבת עם גישתה מרחיבת-הסמכות של בלגיה, הניכרת גם בכל הנוגע לסמכות המוכרת בדין הפנימי הבלגי, ואשר נסקרה לעיל, לעריכת חיפושים בחומרי מחשב האגורים מחוץ לטריטוריה הבלגית. ראו לעיל בעמ' 144.

¹²⁵ הכרעתו המתורגמת של בית-המשפט לערעורים בבלגיה (Yahoo! Inc. 2012/CO/1054) מיום 20.11.2013 מצויה בכתובת: <http://journals.sas.ac.uk/deeslr/article/view/2138/2068>.

¹²⁶ ראו לעיל הי"ש 98.

א) איתור התפישה הטריטוריאלית בהצעת חוק החיפוש

בדומה לחוקים אחרים במשפט הישראלי הנוגעים לסמכויות אכיפה של המדינה, אין בהצעת חוק החיפוש הוראה מפורשת הקובעת את מגבלת הטריטוריאליות. המגבלה צרובה בדנ"א של הצעת החוק, והיא נתפשת כמובנת מאליה. כיצד בכל זאת ניתן ללמוד על התפישה הטריטוריאלית החולשת על הצעת חוק החיפוש? ראשית, כיוון שהצעת החוק שותקת לעניין השאלה העקרונית של תחולת דיני האכיפה של מדינת-ישראל אל מעבר לטריטוריה שלה, חל הדין הכללי בנושא זה, אשר כפי שהראיתי לעיל, מניח הנחת טריטוריאליות, בהתאם למקובל גם במשפטן של מדינות נוספות ובמשפט הבין-לאומי. מעבר לכך, ברמה הקונקרטיית ניתן להבחין כי לשונה של הצעת החוק משופעת במלים המבטאות תפישה טריטוריאלית ביחס לראיות הדיגיטליות. ההצעה מדברת, במספר הזדמנויות, על ה"מקום" בו מצוי חומר המחשב, ומכאן שההצעה מבטאת את הגישה לפיה הראיה הדיגיטלית ניתנת למיקום, וכי המקום הוא השרת בו מצוי חומר המחשב.

החריגות האקסטרה-טריטוריאליות, שיפורטו מיד בהמשך, אף הן למעשה משעתקות את התפישה הטריטוריאלית, בבחינת יוצא מן הכלל המעיד על הכלל: מעצם העובדה שהצעת החוק נוקבת בכמה מקומות במפורש בכך שמותר איסוף של חומר מחשב בכל מקום בו הוא נמצא, לרבות בחו"ל, נובע שלשיטת מנסחי הצעת החוק, במקום שלא צוין הדבר – אסור לעשות כן. יתרה מזאת, גם עצם ההכרה בחריגה אקסטרה-טריטוריאלית מבטאת, ברמה התפישתית, הכרה בכך שמיקום אגירת הראיה הוא הקובע.

ב) החריגות שהותרו בהצעת חוק החיפוש

כאמור, על פי המשפט הישראלי אין היתר לפעולות אוניטרליות לאיסוף ראיות אקסטרה-טריטוריאליות, בחריג אחד, שנפסק בעניין שרון, של צו המצאה אישי המופנה לאדם המצוי בישראל ביחס לחומרים אליהם יש לו גישה, המצויים מחוץ לטריטוריה הישראלית (וייתכן שבנוסף גם חל החריג של גישה למידע ממוחשב הנגיש לכלל הציבור). במסגרת הצעת חוק החיפוש ישנו ניסיון ראשון לעגן בחקיקה היתרים לפעולות בעלות השלכה אקסטרה-טריטוריאלית בארבע נקודות:

הראשונה, צו המצאה בעל נפקות אקסטרה-טריטוריאלית. סעיף 73(א) להצעת חוק החיפוש קובע כי, ככל ששוכנע בית-המשפט בדבר קיומן של עילות למתן צו המצאה – "בנוגע לחומר מחשב הקשור לעבירה, רשאי הוא לצוות על בעל הגישה לחומר המחשב להמציאו במועד, במקום ובתנאים שיקבע". סעיף זה שותק לעניין תחולתו האקסטרה-טריטוריאלית, אלא שהגדרת "בעל גישה" לחומר

מחשב, בסעיף 72 להצעת החוק, קובעת כי הלה ייחשב - "מי שהוא בעל גישה לחומר המחשב, בין שחומר המחשב מצוי בישראל ובין שהוא מצוי מחוץ לישראל, ובכל זה ספק שירות" (הדגשות שלי - ח.ו.1). קריאת שני הסעיפים יחדיו מלמדת כי מוצע, שניתן יהיה למסור צו המצאה לבעל גישה לחומר מחשב, שיחייבו למסור גם חומר מחשב האגור בחו"ל, ככל שהוא בעל גישה אליו. אם נשוב אל עניין שרונ, באותו מקרה דיבר בית-המשפט העליון במושגים של נגישות, זמינות המידע ושליטה עליו ללא החזקה פיזית של המחשב בו מצוי המידע. הדוגמה שהביא בית-המשפט נגעה לשירותי בנקאות באמצעות האינטרנט ולשירותי דוא"ל על-ידי ספק שירות המצוי בחו"ל. בשתי דוגמאות אלה, כיוון בית-המשפט את דבריו ללקוחות המנויים על שירותים אלה, ולא אל ספקיות השירות עצמן. הצעת החוק צועדת צעד נוסף במשעול זה וקובעת כי גם ספק שירות, גם מנהל רשת, גם מעביד המחזיק בשליטה על חומרי המחשב של עובדיו - כל אלה יכולים להידרש להמציא חומרים של אחר, האגורים בחו"ל, ובלבד שהחומרים האלה בני גישה מבחינתם. יתרה מזאת, ההמצאה על-ידי אותם צדדים שלישיים יכול שתיעשה בלא ידיעת החשוד (שהוא, אינטואיטיבית, מי שנכנה כ"בעל החומרים").¹²⁷

השנייה, הצעת חוק החיפוש מציעה להכיר בסמכות שמירת מידע (preservation). על הצורך בהכרה בסמכות זו ארחיב בפרק הבא, בו אנתח את התפישה הפיזית ביחס לראיות הדיגיטליות ואת פעולות איסוף הראיות המוחמצות בעקבות תפישה זו. בהקשרנו הנדון עתה, הרי שבדומה להוראות ביחס לצווי המצאה, מצויין בהצעת החוק שגם צווי שמירה יכולים לחול לגבי חומרי מחשב האגורים בחו"ל, ובלבד שלנמען לצו הייתה הרשאה או גישה אל החומרים האלה.¹²⁸

השלישית, בהצעת החוק נקבע כי חדירה בהסכמה של "בעל הרשאת גישה" לחומר המחשב, תוכל להתבצע ביחס לכל מקום בו אגור חומר המחשב. סעיף 90(א) להצעת החוק מורה כי שוטר רשאי לבצע חדירה לחומר מחשב בלא צו בית משפט, אם "בעל הרשאת הגישה" לחומר המחשב הסכים לכך ובהתקיים אחת מהעילות למתן צו חדירה למחשב.¹²⁹ "בעל הרשאת גישה" לחומר מחשב מוגדר,

¹²⁷ סעיף 8(ב) להצעת חוק החיפוש קובע, ביחס לצווי המצאה של מוצגים חפציים, כלל שלפיו הנמען לצו ההמצאה לא יגלה את תוכנו של הצו או את דבר ביצועו. החרג, כך על פי סעיף, הוא "אם התיר זאת בית המשפט בצו". סעיף זה יוחל, לפי סעיף 80 להצעת החוק, גם על צווי המצאה של חומר מחשב. סעיף 76 מורה כי - "בהחלטה למתן צו כאמור המופנה לספק שירות שאינו החשוד בעבירה, ישקול בית המשפט את האפשרות להורות למשטרה ליידע את החשוד על ביצוע הצו". במלים אחרות, בררת המחדל, על פי הצעת החוק, הוא אי גילוי, אם כי בית-המשפט נדרש להתייחס לנושא של צו המצאה שמופנה לספק שירות ביחס ללקוחו, ולשקול את גילוי דבר ביצוע הצו לחשוד, אשר ביחס למידע שלו הוצא הצו.

¹²⁸ ראו סעיף 74(א) להצעת החוק, המתייחס לצו שמירה המופנה ל"בעל הגישה לחומר המחשב", כאשר הגדרת "בעל הגישה לחומר המחשב" לעניין זה זהה להגדרת "בעל הגישה" ביחס להמצאת חומר מחשב. אציין עוד כי בדומה לצווי המצאה, גם בנוגע לצווי שמירה, נדרש ככלל הנמען לצו, לרבות ספק שירות, לשמור על סודיות הצו. ראו סעיף 80, ביחד עם סעיף 8(ב) וסעיף 76.

¹²⁹ חדירה לחומר מחשב בהסכמה, ללא צו שיפוטי, כוללת הגבלות והסתייגויות שונות בנוגע לטיב ההסכמה ומגבלותיה. כך, למשל, נדרש כי המסכים יהיה "בעל הרשאת גישה", ולא "בעל גישה", כפי שנקבע לעיל ביחס לנמענים לצווי המצאה או שמירה. ועוד, סעיף 90(ב) להצעת החוק מונה שורה של מגבלות נוספות, לפיהן: ספק שירות אינו רשאי לתת הסכמה

בסעיף 72 להצעת חוק החיפוש, כ-בגיר שיש לו הרשאת גישה לחומר מחשב, **בין שחומר המחשב מצוי בישראל ובין שהוא מצוי מחוץ לישראל**" (הדגשות שלי – ח.ו.).

על פי הרציונל של הצעת חוק החיפוש, ההסכמה של בעל הרשאת הגישה לחומר המחשב יכולה להתפרש אל חומרי מחשב האגורים מחוץ למדינת-ישראל, בעוד שצו שיפוטי המסמיך את הרשות החוקרת לחדור לחומר מחשב (בלא הסכמת בעל הרשאת הגישה) אינו יכול להתפרש אל חומרים אלה. רציונל זה אינו ייחודי להצעת החוק. גם אמנת מועצת אירופה בדבר פשעי מחשב, בסעיף 32, מתירה חדירה אקסטרה-טריטוריאלית לחומר מחשב רק במקרה של הסכמה כדין של המחזיק בחומר המחשב, ולא במקרה של צו שיפוטי כופה המתיר חדירה.

הרביעית, חדירה לחומר מחשב הפתוח לכלל הציבור. סעיף 97(ב) להצעת החוק קובע כי "חומר מחשב הפתוח לעיון הציבור **בין שחומר המחשב מצוי בישראל ובין שהוא מצוי מחוץ לישראל**, בין בתשלום ובין שלא בתשלום" (הדגשות שלי – ח.ו.). – לא ייחשב ככזה המחייב צו חדירה לצורך עיון בו על-ידי הרשות החוקרת, והרשות החוקרת לא תוגבל טריטוריאלית לפי מקום אגירתו של חומר המחשב. בדברי ההסבר לסעיף זה, מפנה הצעת החוק לאמנת מועצת אירופה בדבר פשעי מחשב, המתירה, בסעיף 32, חריגה אקסטרה-טריטוריאלית במקרה של חומר הפתוח לעיון ושימוש הציבור.

4. סיכום

התפישה הטריטוריאלית ביחס לאיסוף ראיות דיגיטליות במסגרת חקירה פלילית במרחב הסייבר מתבטאת בפגיעה ממשית ביכולת החקירה המדינתית במרחב. היא מייצרת מעין כלל וטו, לפיו כל אימת שהראיה הדיגיטלית אגורה במחשב מחוץ לטריטוריה, הרי שאיסוף הראיה מהווה פעולה אקסטרה-טריטוריאלית החורגת מכללי סמכות האכיפה הבין-לאומית. מדינות שונות ניסו להגיע להסכמה מולטי-טרלית באשר לסיטואציות חקירתיות שבהן תותר פעולה בעלת מאפיינים אקסטרה-טריטוריאליים. כמו כן, מדינות שונות פרצו בכמה סוגיות את גדריו הנוקשים של כלל הווטו הטריטוריאלי ביחס לסמכות איסוף ראיות המצויות במחשבים שמחוץ לטריטוריה. לאור זאת, בחנת את הוראות הצעת חוק החיפוש, המבקשות גם הן להתיר בדין הישראלי מספר חריגות אקסטרה-טריטוריאליות בחקירה הפלילית במרחב הסייבר (חלק מההוראות מעגנות פסיקה או פרקטיקה נוהגת וחלק מחדשות).

לחדירה בלא צו לגבי חומר מחשב של לקוחו; מעביד ככלל לא יוכל לתת הסכמה לגבי חומר מחשב פרטי של עובדו; ההסכמה יכולה להיות מסויגת לגבי חומרי מחשב מסוימים בלבד מתוך המחשב.

חריגות אלה מעידות על הקושי המעשי הממשי בניהול חקירה פלילית במרחב הסייבר בהתאם למגבלות הטריטוריאליות של המרחב הפיזי. לצד הצורך המעשי כאמור, אציג בהמשך ביקורות המבקשות לתקוף את עצם ההצדקה לקיומה של התפישה הטריטוריאליה ביחס לחקירה הפלילית במרחב הסייבר.

1. פריצת גבולות התפישה הטריטוריאליה ביחס למרחב הסייבר – דיון נורמטיבי

אציג שלוש ביקורות שונות כנגד יישומה של התפישה הטריטוריאליה על החקירה הפלילית במרחב הסייבר. הביקורת הראשונה תתמקד במשמעות המיקום של המידע והיישומים בתוך מרחב הסייבר לצורך קביעת כללי סמכות אכיפה בין-לאומית. הביקורת השנייה תתמקד בפעולות איסוף הראיות עצמן תוך עמידה על ארכיטקטורת הרשת, אופן השימוש בה ומאפייניהן של פעולות האיסוף בתוכה מבחינה טכנולוגית. הביקורת השלישית תבחן כיצד תיאוריות ביחס למושג ה"ריבונות" יכולות להצדיק סטייה מהתפישה הטריטוריאליה כפי שהיא חולשת כיום על דיני איסוף הראיות במרחב הסייבר. אבקש להקדים ולהדגיש כי מטרתי בהצגת הביקורות הללו אינה להצדיק באופן גורף פעולה של הרשות החוקרת המדינתית כלפי כל סוגי הראיות הדיגיטליות במרחב הסייבר בכל מקום בו הן מצויות (או נחשבות כמצויות). במלים אחרות, הביקורות הללו אינן מאיינות את משמעות המקום, או את משמעות הטריטוריאליזם, ביחס למרחב הסייבר, אלא הן מבקשות לערער את יסודות התפישה הטריטוריאליה במרחב כפי שהיא התעצבה כיום.

1.1 ביקורת אפיסטמולוגית

כפי שהראיתי, התפישה הטריטוריאליה מתבטאת בשלושה עיקרים: הראיה הדיגיטלית ניתנת למיקום; מיקומה הוא המחשב בו היא מאוחסנת; מקום איסוף הראיה נחשב למקום בו מאוחסנת הראיה הדיגיטלית. הביקורת האפיסטמולוגית מתמקדת ביסוד הראשון, כי הראיה הדיגיטלית ניתנת למיקום. על פי ביקורת זו, היסוד הראשון קורס בכל הנוגע לזירה הקיברנטית.

הביקורת האפיסטמולוגית נשענת על נקודת מוצא, לפיה ההתבוננות על מרחב הסייבר במונחים של מקום היא מטאפורית. הביקורת מתמקדת פחות בשאלה האם המרחב הקיברנטי, כמכלול, הוא מקום נפרד או שונה מהמקום הפיזי, אלא היא מתמקדת בתוככי המרחב המקוון, וגורסת כי למיקום

המידע והיישומים בו אין משמעות דומה לזו המוענקת למיקומם של חפצים במרחב הפיזי.¹³⁰ גם אם ניתן לשייך בנקודת זמן נתונה את המידע הדיגיטלי המבוקש כראיה למחשב מסוים ברשת, וגם אם ניתן לדעת את מיקומו של המחשב המסוים האמור מראש, כנדרש מבחינתה של הרשות החוקרת לצורך בחינת סמכותה הבין-לאומית, עדיין המשמעות של מיקום זה והפונקציות שמיקום זה משרת אינן אותן המשמעויות והפונקציות המוענקות ל"מיקום" במרחב הפיזי. לכן, לצד הקליפה הטכנית של אפשרות ההצבעה על מיקום הראיה, לא יהיה לה מעבר לכך גרעין מהותי, ועל כן ניתן לומר שלא יהיה מדובר למעשה במיקום של ממש, על כל משמעויותיו ונפקויותיו המשפטיות.¹³¹

במרחב הפיזי ל"מיקום" חפצים בתוך "מקום" יש משמעות. כך, למשל, המיקום במרחב הפיזי הוא אחד, ולא ניתן לשכפול או לביזור. המיקום נותר סטטי לאחר בחירתו. כתוצאה מכך, בעל השליטה בחפץ הבוחר את המיקום של החפץ מבצע פעולה בעלת משמעות פיזית, אך גם משפטית. הוא מניח את החפץ במרחב פיזי ובמרחב משפטי כהחלטה מודעת. במרחב הסייבר אין למיקום המידע והיישומים שבתוכו משמעות בעלת ערך כפי שמתקיים במרחב הפיזי. כתוצאה מכך ניתן לטעון כי לא צריכה להיות למיקום המידע (הראיתי בפוטנציה) במרחב הסייבר משמעות משפטית. על מנת להמחיש את הטיעון אציג שלוש דוגמאות:

1) ראובן ושמעון מחליטים לפתוח חשבון דוא"ל הניתן לגישה מכל מחשב המחובר לאינטרנט (Webmail). ראובן מחליט לפתוח את החשבון בשירות הדוא"ל של חברת וואלה הישראלית ואילו שמעון מחליט לפתוח את החשבון בשירות Gmail של גוגל האמריקנית. סביר להניח שהפרמטרים שיעניינו את ראובן ושמעון בהחליטם לפתוח את חשבונות הדוא"ל הם אמינות השירות, יכולות סינון דואר הזבל, נפח האחסון של דוא"ל בתיבה וכדומה. עוד סביר להניח שהפרמטר של מיקום שרתי הדוא"ל של החברות לא יעניין במיוחד את ראובן ושמעון. יתר על כן, ייתכן בהחלט שמיקום שרתי הדוא"ל כלל לא יהיה ידוע לראובן ושמעון. לא זו אף זו, אלא שגם מבחינת ספקיות שירותי הדוא"ל, לא יהיה זה חשוב כלל מהיכן נרשם משתמש האינטרנט

¹³⁰ על כן, הביקורת יכול לדור בכפיפה אחת הן עם התפישה שלפיה המרחב הקיברנטי הוא מקום אחד, נפרד מהמרחב הפיזי, והן עם התפישה שלפיה המרחב הקיברנטי אינו צריך להיתפש כלל כ"מקום" אלא כמדיום לביצוע התקשרויות, כאמצעי או כמכשיר, ולא כמרחב אליו המשתמש נכנס. לתפישת המרחב הקיברנטי כמקום אחד, נפרד, ראו למשל: "Law and Borders" Johnson & Post, לעיל ה"ש 55. וליישום פסיקתי של גישה זו ראו: *Voyeur Dorm, L.C. v. City of Tampa*, 265 F. 3d 1232, 1236 (11th Cir. 2001). לתפישת המרחב הקיברנטי כמדיום ולא כמקום ראו למשל: ANDREW L. SHAPIRO, *THE CONTROL REVOLUTION: HOW THE INTERNET IS PUTTING INDIVIDUALS IN CHARGE AND CHANGING THE WORLD WE KNOW* 710-712 (1999).

¹³¹ טיעון אפיסטמולוגי כללי זה נתמך על-ידי תיאוריות מודרניות של גיאוגרפיה פוליטית (Political Geography). ראו למשל: Julian V. Minghi, *Boundary Studies in* ; Eric Fischer, *On Boundaries*, 1 *WORLD POLITICS* 196 (1949) (Roger E. Kasperson & Julian V. Minghi eds., 1969) *Political Geography, in THE STRUCTURE OF POLITICAL GEOGRAPHY* 140, 146.

לשירותי הדוא"ל האמורים. גם מבחינת המדינות בהן פועלות ספקיות שירותי הדוא"ל אין כל פיקוח, לא מראש ולא בדיעבד, על הנרשמים לשירות. עוד סביר להניח כי גם מבחינת האנשים המתכתבים בדוא"ל עם ראובן ושמעון, אין כל משמעות לבחירה שלהם בשירות הדוא"ל של וואלה או של Gmail. במלים אחרות, כל הצדדים הנוגעים, במישרין או בעקיפין, לעולם הדוא"ל אינם מעניקים משמעות לסוגיית המיקום של שרתי הדוא"ל או של משתמשי השירות.

(2) שירותי מחשוב ענן (Cloud Computing) מבקשים לשנות את האופן שבו משתמשי האינטרנט צורכים שירותי מחשוב כגון הפעלת יישומים ואגירת מידע. שירותים אלה מתבצעים מתוך ה"ענן", שהוא בבחינת "קופסה שחורה" עבור משתמש האינטרנט, שמטרתה לספק שירותים מוזלים, יעילים ואמינים.¹³² לא בכדי המטאפורה שנבחרה לשירותים אלה היא מטאפורת ה"ענן", שהוא מקום מעורפל, הנמצא בתנועה ובשינוי, אשר אינו מאפשר למקם דברים בתוכו. עבור משתמש האינטרנט ה"מקום" שבו נאגר המידע שלו או שממנו מסופקים לו השירותים היישומיים – אינו בעל משמעות, ולרוב גם אינו ידוע.¹³³ משתמש האינטרנט לא עובר כל תהליך של הכרה במיקומו של ה"ענן", לא כל שכן במיקומם של הדברים בתוך הענן, וכן אין הוא עובר את התהליך ההופכי, של עצימת עיניים במודע ביחס למיקומו של ה"ענן" ומיקומי המשנה בתוכו.

(3) משתמש האינטרנט מישראל מחליט לגלוש לאתר אינטרנט מסוים. אתר האינטרנט, לצורך הדוגמה, אגור בשרתים בארצות-הברית. נוכח ריבוי הגולשים מישראל לאותו אתר אינטרנט, מחליט ספק הגישה לאינטרנט לבצע פעולת caching, קרי העתקה של תוכן האתר אל שרתיו בישראל, ואספקת תכניו למנוייו במהירות ותוך הוזלת העלויות של הגלישה כל פעם מחדש דרך הכבלים התת-ימיים של האינטרנט אל השרת בחו"ל. מבחינת משתמש האינטרנט, אין כל משמעות לכך שהוא גולש למעשה אל שרתי ספק הגישה לאינטרנט, ולא אל אתר האינטרנט האמריקני עצמו. מבחינת אתר האינטרנט האמריקני, תהליך ה-caching נעשה בלי ידיעתו.¹³⁴ דוגמה נוספת היא כאשר אתר האינטרנט עצמו, ולא ספק הגישה לאינטרנט, מחליט לבצע פעולת redirection לכל משתמש אינטרנט המגיע אל האתר שלו. ה-redirection יכול שיעשה

¹³² ראו גם בפרק 2 לעיל, בה"ש 58.

¹³³ ראו: United Nations Office on Drugs and Crime, Comprehensive Study on Cybercrime 140-141 (Draft – February 2013) http://www.unodc.org/documents/organized-crime/UNODC_CCPCJ_EG.4_2013/CYBERCRIME_STUDY_210213.pdf

¹³⁴ דוגמה זו הובאה כבר בשנת 1998 על-ידי גיואל ריידינברג (Reidenberg), ראו: Joel R. Reidenberg, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology*, 76 TEX. L. REV. 553, 564 (1998).

לצרכי תחזוקת השרת בו נמצא אתר האינטרנט, או מטעמים של החלפת שרת אחסון של האתר, או מטעמים של ויסות עומסים על השרת (נוכח ריבוי משתמשי אינטרנט המבקשים להיכנס לאתר, יחסית לכמות משתמשי האינטרנט שיכולים להיכנס אליו בו-זמנית). פעולת ה-redirection יכול שתעביר את משתמש האינטרנט משרת אחסון של האתר המצוי במדינה א' לשרת אחר המצוי במדינה ב'. מבחינת משתמש האינטרנט, וייתכן גם שלעתים מבחינת מנהל השרת, אין משמעות למעבר זה.

דוגמאות אלה ממחישות כי קיימות סיטואציות טיפוסיות שונות של שימוש במרחב הסייבר בהן המשתמש אינו מייחס חשיבות למיקומם של חלק ניכר מן המופעים במרחב.¹³⁵ גם מבחינת כל שאר הצדדים הנוגעים בדבר, החל מספקית השירות, דרך המדינה בה מצוי השרת ועד לצדדים שלישיים עמם בא משתמש המחשב במגע – לעתים מזומנות אין משמעות לשאלת המיקום. מעבר לאי-משמעות המיקום של המידע והיישומים במרחב הסייבר ואופן מיקומם בעיני המשתמש ושאר הנוגעים בדבר, ניתן לטעון מנגד, כי אם נחיל בדיוקנות מבחן שקובע סמכות אכיפה של המדינה לפי מקום הימצא הראיה הדיגיטלית, ובה בעת שולל סמכות אכיפה כזאת מכל שאר מדינות העולם, הרי שבדוגמאות אלה, בפרט בדוגמה האחרונה של שימוש ב-caching ו-redirecting, עשויות מדינות שונות לאחוז בסמכות בלעדית, בשל פרמטר שולי יחסית בנסיבות המקרה – שעשוי לנבוע מסיבות טכניות ולהיות זמני במהותו - ולא בשל זיקות מהותיות הנוגעות לטיב הפעולה או השירות המקוון בו מדובר.

בסיכומו של דבר, ההנחה שהראיה הדיגיטלית ניתנת למיקום בתוך המרחב הקיברנטי, העומדת בבסיס התפישה הטריטוריאלית ביחס לאיסוף ראיות בחקירה פלילית במרחב הסייבר, אינה תואמת את האופן שבו נתפש המרחב הקיברנטי, בנסיבות מסוימות, בעיני משתמשיו כמו גם בעיני המדינות הרלוונטיות השונות. הביקורת האפיסטמולוגית גורסת כי אין ערך למיקום בתוככי המרחב הקיברנטי כפי שניתן לו במסגרת החלת התפישה הפיזית על סמכויות האיסוף של המדינה במרחב הקיברנטי. ביקורת זו סוללת את הדרך לטיעון העקרוני, כי פעמים רבות אין להעניק לפיכך גם משמעות משפטית למיקום המידע (כראיה) בתוך המרחב הקיברנטי.¹³⁶

¹³⁵ לטיעון ברוח זו, בדבר נזילות המידע במרחב הסייבר, המביאה לאובדן משמעות המיקום של המידע, ראו: Jennifer Daskal, *The Un-Territoriality of Data*, Yale L.J. (Forthcoming 2016) pp. 26-28, available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2578229

¹³⁶ כמובן שביקורת זו מוגבלת לזווית ההתבוננות האפיסטמולוגית, המדגישה את ההכרה והענקת המשמעות למקום. ברי כי יכולה להישמע טענה כי שאלת המשמעות של המיקום אינה צריכה להיות מכרעת. על פי טענה זו, המשפט יכולין את התנהגות הפרטים מבלי להתחשב במשמעות ההכוונה עבורם או עבור המדינות השונות.

2. ביקורת ארכיטקטונית וטכנולוגית

הביקורת הארכיטקטונית-טכנולוגית מכוונת כלפי שני היסודות הבאים של התפישה הטריטוריאליטית: היסוד שלפיו הראיה הדיגיטלית ניתנת לשיוך (ולפיכך למיקום) למחשב מסוים בו היא מאוחסנת, והיסוד שלפיו אבן הבוחן לקביעת סמכות אכיפה בין-לאומית של המדינה החוקרת הוא מקום אחסונה של הראיה הדיגיטלית. ביקורת זו גורסת כי יסודות אלה קורסים בזירה הקיברנטית.

אציג תחילה את הביקורת כלפי היסוד הראשון מבין השניים. על פי הביקורת, יסוד זה מציב "דרישת מסוימות", שלפיה ניתן יהיה להצביע על מקום מסוים מובהק בתוך המרחב המקוון שבו מצויה הראיה הדיגיטלית. ברם, קשה לבודד, לבדל ולמקם מידע במרחב המקוון, כך שייחוס לכל פרט מידע מיקום מסוים וייחודי ברשת. ארכיטקטורת המרחב המקוון, בפרט האינטרנט, היא מבוזרת מעצם טבעה, התקשורת בה מועברת בשיטה של פירוק ל-packets ושליחתם באופן נפרד ליעד, דרך מסלולים נפרדים. חלק מתופעות הפשיעה באינטרנט מנצלות את משאבי הרשת ואת אלמנט הביזוריות שלה. כך, למשל, התקפות של DDoS מגייסות כמות גדולה של מחשבים תמימים המחוברים לרשת במקומות שונים בעולם, מקומות שאינם ידועים למפעיל המתקפה או לקורבנה. באופן דומה, הפצה של דואר זבל (SPAM) מבוססת על גיוס מחשבים רבים (Zombies) ממקומות שונים שאינם ידועים למפיץ.¹³⁷ מכאן, שעלול להיווצר קושי לשייך כל מידע וכל פעולה ברשת למקום פיזי אחד מסוים. יש לזכור כי ככל שעוסקים בדיני איסוף הראיות, ובפרט בסמכות האיסוף של הרשות החוקרת מבחינה בין-לאומית, על רשויות החקירה לדעת מראש את המיקום של הראיות הדיגיטליות המבוקשות על-ידם, בטרם הן מבצעות את פעולת האיסוף, על מנת שלא תימצאנה בדיעבד כמי שפועלות בחוסר סמכות. כיוון שבחינת המיקום של הראיה הדיגיטלית נדרשת ex ante, הקושי באיתור המיקום מחרף עוד יותר.

שתי התפתחויות מן העשור האחרון ביחס לאופן השימוש באינטרנט תורמות להפיכת המקום באינטרנט לעניין נזיל עוד יותר. ההתפתחות הראשונה היא בדמות המעבר לאינטרנט 2.0, שבו משתמשי האינטרנט יוצרים ועורכים תכנים בעצמם. נניח אתר אינטרנט שמבוסס על שיתוף תכני גולשים (לדוגמה רשת חברתית, אתר פורומים וכדומה). המידע והפעילות באתר מעוצבים ברובם על-ידי משתמשי האינטרנט, שבחרים מתי ומהיכן להתחבר, איזה מידע להעלות ואיזה מידע להעתיק לרשותם. המידע שבאתר יכול להימצא במספר מקומות בו-זמנית (בשרתי האתר ובמחשביהם

¹³⁷ ראו למשל אצל: Nimrod Kozlovski, *A Paradigm Shift in Online Policing – Designing Accountable Policing* 63-66 (J.S.D. Dissertation, Yale Law School, 2005).

האישיים של משתמשי האתר). במידה שיכולים המשתמשים גם למחוק את התכנים באתר, לפחות את אלה שהם העלו אליו, הרי שהמקום עשוי להיות נזיל: בפרק זמן מסוים הוא יכול להימצא בשרתים של האתר וברגע אחר ייעלם משם ויימצא רק במחשבים של המשתמשים שהורידו אותו עד למחיקתו. ההתפתחות השנייה היא בדמות המעבר לאינטרנט 3.0, המתאפיין בהנגשת האינטרנט למכשירים ניידים (סמארטפונים וטאבלטים) ואף לחפצים אחרים בשימוש יומיומי והגברת הנגישות לאינטרנט ממקומות ציבוריים (Wireless networks).¹³⁸ אם בעבר משתמש האינטרנט נתפש כמצוי בנקודה קבועה, בעוד שאתרי האינטרנט שאליהם גלש היו המשתנה הדינאמי בפעילותו באינטרנט, הרי שכיום גם משתמש האינטרנט דינאמי, במובן זה שהוא יכול להשתמש באינטרנט מכל מקום. במלים אחרות, צריכת האינטרנט אינה עוד "מנקודה קבועה לכל מקום", אלא "מכל מקום לכל מקום".

עד כאן באשר לביקורת על כך שהראיה הדיגיטלית לא תמיד ניתנת לשיוך (ולפיכך למיקום) למחשב מסוים בו היא מאוחסנת. עתה אציג את הביקורת על היסוד השלישי של התפישה הטריטוריאלית, שעל פיו אבן הבוחן לקביעת סמכות אכיפה בין-לאומית של המדינה החוקרת הוא מקום אחסונה של הראיה הדיגיטלית. כאמור, סמכות האכיפה נשמרת בקפידה יחסית כסמכות הצמודה לטריטוריה של המדינה. כך הוא במקרה של אכיפה במרחב הפיזי, וכך הוא במקרה של אכיפה במרחב האינטרנטי. אולם, במרחב הפיזי המקרה הטיפוסי הוא שמושאי הפעולה, מבצעי הפעולה, הפעולה עצמה והראיה המבוקשת – מצויים ומתרחשים כולם באותו מקום.¹³⁹ כך, למשל, חיפוש בביתו של חשוד מתבצע כאשר הן השוטרים והן החשוד באותו מקום, החיפוש עצמו נערך במקום וגם הראיה המבוקשת מצויה באותו המקום, קרי בבית החשוד. לפנינו "אחדות מרובעת" ביחס לאיסוף ראיות בחקירה פלילית במרחב הפיזי. עם זאת, המקרה הטיפוסי של איסוף ראיות במרחב המקוון שובר את האחדות המרובעת האמורה, ולפיו החוקר, החשוד, פעולת האיסוף והראיה המבוקשת לא חייבים להשתייך לאותו המקום ולאותה המדינה.

לפיתוח הטענה, אפנה לעולם האזנות הסתר לתקשורת טלפונית, שבו פותחו תובנות מסוימות הנוגעות לענייננו עוד טרם עידן הסייבר. עולם האזנות הסתר הטלפונית איפשר לערוך חלוקה משולשת בין מיקומים של כמה גורמים: החוקרת, רכיב ההאזנה (שם מואזנת השיחה בפועל, קרי מתבצעת פעולת האיסוף בפועל), משוחח א' ומשוחח ב'. נניח כי נעברה עבירה המקימה סמכות שיפוט ישראלית, והעבירה נחקרת על-ידי משטרת-ישראל. כל אחד מארבעת הגורמים האלה יכול להיות בישראל או

¹³⁸ להצבעה על עלייה בהנגשת האינטרנט באמצעות מכשירים ניידים, ראו למשל את הנתונים של ה-OECD בנושא המצביעים על גידול של 18% בשנת 2012 בהנגשת האינטרנט למכשירים ניידים ("mobile"). חיבורי האינטרנט ה"ניידים" עברו משמעותית, מבחינה מספרית, את חיבורי האינטרנט ה"ניידים". ראו: <http://www.oecd.org/internet/broadband/oecdbroadbandportal.htm>

¹³⁹ לטיעון ברוח דומה ראו Daskal, לעיל ה"ש 135, בעמ' 29-33.

EDNA KARNAVAL LIBRARY FOR THE MASSES

מחוצה לה, אם כי ברי כי החוקרת תפעל מישראל, שאחרת תימצא כמי שמפעילה סמכות שלטונית בטרטוריה זרה ובכך יש כדי לפגוע בריבונות של מדינה זרה. נוצרת קשת של אפשרויות כמפורט להלן (טבלה מס' 3.1):

טבלה מס' 3.1 – ספקטרום הסיטואציות האקסטרה-טרטוריאליות בהאזנת סתר

מס'	מיקומה של החוקרת	מיקום רכיב ההאזנה	משוחח א'	משוחח ב'
1	ישראל	ישראל	ישראל	ישראל
2		ישראל	חו"ל	ישראל
3		ישראל	ישראל	חו"ל
4		ישראל	חו"ל	חו"ל
5		חו"ל	ישראל	ישראל
6		חו"ל	חו"ל	ישראל
7		חו"ל	ישראל	חו"ל
8		חו"ל	חו"ל	חו"ל

בעולה מטבלה זו, ככל שמדובר בהאזנת סתר לתקשורת בין שני משוחחים - או ליתר דיוק שני טלפונים - בלבד, הרי שיכולות להיווצר שמונה סיטואציות עובדתיות שונות, בכל הנוגע לשאלת המיקום הטרטוריאלי של הטלפונים המואזנים ושל רכיב ההאזנה (בישראל או בחו"ל). זאת, שוב, בהנחה שהשוטרת המבצעת את פעולת האיסוף נמצאת בישראל. ברי כי הסיטואציה שבשורה 1 לטבלה אינה מעוררת כל שאלה משפטית הקשורה לביצוע פעולת אכיפה אקסטרה-טרטוריאלית. עם זאת, כל אחת מהסיטואציות האחרות מעוררת לכאורה סוגיה אקסטרה-טרטוריאלית במידה משתנה. הגישה הרווחת בישראל,¹⁴⁰ כמו גם בארצות-הברית¹⁴¹ ובקנדה,¹⁴² היא שהמיקום הקובע הוא של רכיב ההאזנה ולא של יעד ההאזנה (או המשוחחים עמו), לעניין עצם הסמכות לבצע את הפעולה.¹⁴³

דוגמת האזנת הסתר הטלפונית מעלה כי מקום ביצוע פעולת האיסוף עצמה מכתוב את ה"מיקום" הרלוונטי לעניין בחינת סמכות האכיפה האקסטרה-טרטוריאלית. בדוגמת האזנת הסתר

¹⁴⁰ הדבר עולה מפרשת אל מצרי, לעיל ה"ש 20. לעמדה המבכרת את מיקומו של החשוד על פני מיקומו של רכיב ההאזנה, עמדה אשר לא התקבלה בעניין אל מצרי, ראו אלי וילצ'ק "קבילות ראיות שהושגו בחו"ל בהאזנת סתר" משפטים טז 462 (1986).

¹⁴¹ ראו: United States v. Tavaréz, 40 F.3d 1136; United States v. Rodriguez, 968 F.2d 130 (2nd Cir. 1992); United States v. Ramirez, 112 F.3d; United States v. Denman, 100 F.3d 399 (5th Cir. 1996); United States v. Luong, 471; United States v. Jackson, 471 F.3d 910 (7th Cir. 2000); 849 (7th Cir. 1997); State of New Hampshire v. Windhurst; F.3d 1107 (9th Cir. 2006), לעיל ה"ש 18.

¹⁴² ראו למשל: In re CSIS, [2010] 1 F.C.R. 460 (Ca.).

¹⁴³ לעומת זאת, לעניין ההגנה החוקתית שתחול על יעדי ההאזנה במקרה של האזנה אקסטרה-טרטוריאלית, ייתכן שתהיה חשיבות גם לעצם מיקומם של המשוחחים, תלוי במודל התחולה החוקתית של המדינה החוקרת. נושא זה יידון בהרחבה להלן בפרק 5(ג).

לא התעוררה האבחנה בין מקום ביצוע פעולת האיסוף לבין מקום הימצא הראיה המבוקשת, אבחנה רבת-חשיבות בכל הנוגע לחקירה פלילית באינטרנט. מבחינה מעשית,¹⁴⁴ אבן הבוחן לקביעת המקום המיוחס לחקירה הפלילית באינטרנט היא מיקומה של הראיה הדיגיטלית הנאספת, בעת איסופה. במלים אחרות, לא מקום ביצוע פעולת האיסוף, אלא מקום הימצא הראיה הנאספת, הוא הקובע לעניין השאלה האם מדובר בפעולת איסוף אקסטרה-טריטוריאלית במסגרת חקירה פלילית באינטרנט.

מבחן מקום ביצוע הפעולה ומבחן מקום הימצא הראיה עשויים להוביל לתוצאות שונות בנוגע לשאלת האקסטרה-טריטוריאליות של פעולת האיסוף. נניח שחוקרת משטרה ישראלית מבקשת להעתיק חומר מחשב המצוי בחו"ל, או לשתול רכיב האזנה למחשב המצוי בחו"ל באמצעות התחברות מרחוק דרך האינטרנט. בשתי דוגמאות אלה החוקרת נמצאת בישראל ומבקשת לבצע את הפעולות הנ"ל באמצעות הפעלת מחשבה מישראל.¹⁴⁵ על פי מבחן מקום הימצא הראיה המבוקשת, החוקרת הישראלית מבצעת פעולת איסוף אקסטרה-טריטוריאלית. על פי מבחן מקום ביצוע הפעולה, נראה שהפעולה מתבצעת ממדינת ישראל ואינה נחשבת כאקסטרה-טריטוריאלית.

ועוד, נניח דוגמה נוספת, שבה חוקרת המשטרה משתילה באופן סמוי את רכיב ההאזנה במחשבו של החשוד, בעת שזה נמצא בישראל, ואילו כעבור זמן נוסע החשוד לחו"ל עם מחשבו ורכיב ההאזנה משדר ממנו אל החוקרת באמצעות האינטרנט. סיטואציה זו יכולה להתרחש בין בכוונה תחילה של החוקרת ובין שלא במתכוון. על פי מבחן מקום הימצא הראיה, פעולת ההאזנה נחשבת טריטוריאלית כל עוד המחשב נמצא בישראל, ואולם כאשר הוא יוצא לחו"ל, הפעולה הופכת לאקסטרה-טריטוריאלית ואסורה על פי דיני סמכות האכיפה הבין-לאומית. על פי מבחן מקום ביצוע הפעולה, גם השלב שבו המחשב מצוי בחו"ל עשוי להיחשב לשלב שאינו מעורר מגבלה אקסטרה-טריטוריאלית, והדבר תלוי באופן שבו נתפשים גבולות הפעולה: האם בשלב השתלת רכיב ההאזנה בלבד, או שמא בכל שלב בו מתבצעת ההאזנה בפועל.

ראינו אפוא, כי מבחן מקום הימצא הראיה הוא דווקא יותר ממבחן מקום ביצוע פעולת האיסוף. על פי הביקורת הארכיטקטונית-הטכנולוגית על התפישה הטריטוריאלית בדיני איסוף הראיות במרחב הסייבר, ניתן לבסס טענות כדלקמן: ראשית, מרחב הסייבר עשוי ליצור הפרדה בין מקום ביצוע הפעולה לבין מקום הימצא הראיה; שנית, מבחן מקום הימצא הראיה אינו חד דיו

¹⁴⁴ ראו לעיל בפרק 3(ד)1).

¹⁴⁵ אציין שוב כי אילו החוקרת הייתה מבקשת להשתיל פיזית את רכיב ההאזנה במחשב המצוי בחו"ל, או לחדור אל המחשב עצמו במקום הימצאו, הרי שפעולתה הייתה בניגוד לכללי סמכות האכיפה הבין-לאומית, ולמעשה לא היה בפעולתה כל הבדל לעניינו, לעומת פעולת איסוף אחרת במרחב הפיזי.

לקביעת אינטרס ריבוני של המדינה הזרה, בה אגורה הראיה המבוקשת; שלישית, כאשר הפעולה מתבצעת על-ידי שוטר במדינה החוקרת, מתקחה משמעותית הטיעון בדבר פגיעה בריבונותה של המדינה הזרה.

ארחיב מעט על החלק השני של הטענה, מנקודת מבט של ארכיטקטורת המרחב הקיברנטי: מקום הימצאה של הראיה הדיגיטלית אינו תמיד ידוע מראש, שכן המרחב הקיברנטי אינו באופן אמיתי "מקום" פיזי,¹⁴⁶ בעוד שמקום ביצוע פעולת האיסוף הוא עניין ברור וידוע. כך, למשל, ייתכן שבידי רשויות החקירה תהיה בשלב ראשון כתובת IP שמייצגת אך ורק את שרת ה-proxy שדרכו בוצעה הפעילות הפלילית, והתחקות אחרי החשוד לפי כתובתו של ה-proxy server ממנו פעל תוביל למסקנה כי הפעולה הייתה במדינה X בעוד שבפועל הוא פעל ממדינה Y, ורק התקשר דרך מדינה X. הידיעה בדבר המדינות בהן "עבר" החשוד תוכל להיות בדיעבד בלבד. כמו כן, חלק מפעולות האיסוף מתייחסות למידע העובר בתקשורת בין-מחשבים (לדוגמה בהאזנת סתר לתקשורת אינטרנטית), שאז עניין המיקום של המידע הוא, מעצם טבעו, נויל ומשתנה. יתרה מזאת, חלק מהראיות הדיגיטליות חשובות ומשמעותיות דווקא כאשר הן מצויות בתקשורת בין מחשבים. כך הוא למשל כאשר מבקשים לאסוף ראיות על הפעלת נגיפי מחשב. עדיף לחוקרים לאתר את הפעלת נגיף המחשב בפועל מאשר לאתר את עצם ההחזקה בנגיף, אשר אינה מהווה עבירה כשלעצמה.¹⁴⁷ ככל שמקום הימצא הראיה הדיגיטלית אינו תמיד ידוע, הרי שהתבססות על נתון זה כאמת המידה לבחינת סמכות האכיפה הבין-לאומית – אינה ישימה.¹⁴⁸

אסכם עד כאן. התפישה הטריטוריאלית בחקירה הפלילית במרחב הסייבר מכתובה כי מקום הימצא הראיה הדיגיטלית הוא המקום הקובע ביחס לשאלת סמכות האכיפה הבין-לאומית. לעומת מבחן זה ניתן להציע את מבחן מקום ביצוע פעולת האיסוף. מרחב הסייבר מאפשר ביצוע פעולות איסוף ראיות מרחוק, תוך התחברות ממחשב אחד למחשב אחר, ככל ששניהם מחוברים לרשת. הפעולה מתבצעת ביחס לראיה דיגיטלית המצויה אמנם במחשב בחו"ל, אבל מתוך מחשב המצוי

¹⁴⁶ ראו הדיון בפרק 3(ד)(2).

¹⁴⁷ ראו סעיף 6 לחוק המחשבים, התשנ"ה – 1995.

¹⁴⁸ מטעם זה ביקש משרד המשפטים האמריקני לתקן את ה-FED. R. CRIM. (P. 41), ולקבוע בו במפורש כי יותר להסמיך את הרשות החוקרת לבצע פעולות של חדירה מרחוק לחומרי מחשב, אשר מיקומם לא ידוע, ואשר ייתכן כי בפועל הם אגורים בשרתים מחוץ לטריטוריה האמריקנית. זאת כל עוד הרשויות אכן אינן מסוגלות לאתר את מיקומו של חומר המחשב הדרוש לחקירה, בשל שימוש באמצעים להסוואת זהות המשתמש במחשב או להסוואת מיקומו של חומר המחשב. ראו: Advisory Committee on Criminal Rules, Proposed Amendment to Rule 41 (2014), available at: <http://www.uscourts.gov/rules-policies/archives/agenda-books/advisory-committee-rules-criminal-procedure-april-2014>, p. 165

בטריטוריה של המדינה החוקרת. הראיה נאספת ונאגרת במחשב המצוי בטריטוריה של המדינה החוקרת. החוקר מושך את המידע אליו, והמחשב בו אגור המידע המבוקש אינו "דוחף" אותו.¹⁴⁹ יש לזכור בכל הנוגע לסמכות התחיקה והשיפוט של המדינה ביחס למרחב הקיברנטי, הונהג הכלל, שלפיו המחשב אליו מגיע התוכן המקים את העבירה הפלילית, מקים סמכות למדינה בה מצוי המחשב, במובן זה שהמעשה נתפש כעבירת פנים.¹⁵⁰ היקש מסמכות התחיקה והשיפוט אל סמכות האכיפה מוביל למסקנה כי פעולת האיסוף צריכה להיחשב ככזו המתבצעת במחשבו של החוקר, ולא דווקא במחשב היעד, אשר ביחס אליו מתבצעת פעולת האיסוף.

3. ביקורת במישור תיאוריות של ריבונות

שופט בית-המשפט העליון האמריקני ג'וזף סטורי (Story) כתב בשנת 1834 :

"[E]very nation possesses an exclusive sovereignty and jurisdiction within its own territory. The direct consequence of this rule is, that the laws of every state affect, and bind directly all property, whether real and personal, within its territory; and all persons, who are resident within it, whether natural born subjects, or aliens; and also all contracts made, and acts done within it... Another maxim, or proposition, is, that no state or nation can, by its laws, directly affect, or bind property out of its own territory, or bind persons not resident therein, whether they are natural born subjects, or others."¹⁵¹

הריבונות מתאפיינת בטריטוריה, וטריטוריה מאפיינת את גבולות סמכותה המשפטית של המדינה, וכללי הסמכות המשפטית מהווים ביטוי של הריבונות. תפישת היסוד בדבר תפקידה של המדינה המודרנית גורסת כי על המדינה לשמש אמצעי הגנה על שלומו ורווחתו של הציבור החוסה תחת כנפיה, קרי בשטחה. בשם תפישה זו נמסרת לריבון מרות על הנעשה בשטחו הגיאוגרפי. מבחינה היסטורית וכן מבחינה רעיונית, ניתן לזהות תפישה שורשית עמוקה של הצמדה בין ריבונות, סמכות

¹⁴⁹ על תקשורת push לעומת תקשורת pull ראו למשל: Jerry Kang, *Cyber-Race*, 113 HARV. L. REV. 1130, 1148 (2000); Benoliel, לעיל ה"ש 79, בעמ' 53-54.

¹⁵⁰ ראו הסקירה לעיל בפרק 3(ג)(1).

¹⁵¹ ראו: JOSEPH STORY, COMMENTARIES ON THE CONFLICT OF LAWS, FOREIGN AND DOMESTIC, IN REGARD TO CONTRACTS, RIGHTS, AND REMEDIES, AND ESPECIALLY IN REGARD TO MARRIAGES, DIVORCES, WILLS, SUCCESSIONS, AND JUDGMENTS 19-22 (Reprinted ed. 1972). המהדורה הראשונה של ספר זה יצאה בשנת 1834. המיזוג בין ריבונות, סמכות וטריטוריה פועל כלפי פנים (עליונות השלטון כלפי התושבים המצויים בטריטוריה) וכלפי חוץ (עצמאות מפני התערבות חיצונית בפעולת השלטון ביחס לטריטוריה שלו). על כפל מובנים זה, ראו גם: H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 24-25 (2nd ed. 1994).

וטריטוריה. תפישה זו היא נחלת המשפט הישראלי,¹⁵² כמו גם נחלת המשפט האמריקני¹⁵³ ונחלתו של המשפט הבין-לאומי.¹⁵⁴ לעתים נדמה כי התפישה כה יסודית, עד שהחוק אינו צריך לנקוב במפורש כי המשפט חופף את הטריטוריה של המדינה, וכי זו הנחת היסוד. רק חריגה מהנחה זו צריכה להיאמר במפורש.¹⁵⁵

מכאן נובע, שככל שמדינה מבקשת להרחיב את סמכותה אל מחוץ לטריטוריה שלה, וככל שההרחבה נעשית אל עבר שטחה של מדינה אחרת, ולא לעבר אזורים שאינם בבעלות מדינות אחרות, כגון הים הפתוח, הרי שנוצר משחק "סכום אפס", לפיה הרחבת הסמכות של מדינה אחת אל מעבר לגבולות הטריטוריה שלה משמעה הצרת הסמכות של מדינה אחרת. זאת, אלא אם כן מחליטות המדינות לשתף-פעולה ולהפוך את החריגות האקסטר-טריטוריאליות למוסכמות.¹⁵⁶

המונח "ריבונות" שנוי במחלוקת הן במסגרת המשפט הבין-לאומי והן בתחום מדע המדינה והיחסים הבין-לאומיים.¹⁵⁷ נוכח עמימותו של מושג הריבונות, היו שטענו כי אין הוא יכול להוות מונח משפטי, ויש למוחקו ממגילת האו"ם המחייבת שוויון ריבוני בין המדינות החברות בו.¹⁵⁸ עוד במסגרת עמדה זו, הטענה היא שהמונח ריבונות הוא מתחום היחסים הבין-לאומיים, וכי המונח הרלוונטי יותר לזירה המשפטית הבין-לאומית הוא המונח עצמאות, במובנו כאי-התערבות בענייניה הפנימיים של

¹⁵² פרופ' פלר כתב בספרו "ייסודות ביני עונשין":

"התחולה הטריטוריאלי של הנורמה הפלילית היא גם ביטוי אלמנטרי של ריבונות המדינה; המדינה היא הכח המאורגן היחיד של החברה המתקיימת בתחום גבולותיה, המוסמך לקבוע את קו הגבול בין המותר לאסור מבחינה פלילית, לדרוש מכל אלה המצויים בתחום ריבונותה לכבד את דפוסי ההתנהגות הקובעים בה, ולטפל בכל אלה שהפרו דרישה זו... תחולתה הטריטוריאלי הבלתי מסוייגת של הנורמה הפלילית של המדינה היא היבט של ריבונותה כלפי פנים וכלפי חוץ כאחד" (פלר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 239).

ראו גם: ש"ז פלר ומרדכי קרמניצר "הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש ודברי הסבר תמציתיים" **משפטים** יד 127, 201 (1984). אמירתו זו של פלר אומצה בפסיקת בית-המשפט העליון. ראו ע"פ 4391/03 **אבו ריא נ' מדינת ישראל**, תק-על 405 (4) 2821, 2828 (2005). ראו עוד, בהקשר לסמכות התחיקה הכללית של המדינה, לאו דווקא זו הפלילית: אהרן ברק **פרשנות במשפט**, כרך שני (פרשנות חקיקה) 578 (1993).

¹⁵³ ראו: Restatement, לעיל ה"ש 1, B, cmt. 206 §.

¹⁵⁴ ראו למשל, Shaw, לעיל ה"ש 6, בעמ' 487-488. שאו כינה תפישה זו כאקסיומה הבסיסית של המשפט הבין-לאומי הקלאסי.

¹⁵⁵ ראו בנימין רובין "תחום תחולת המשפט, שטח המדינה ומה שביניהם" **משפטים** כה 215, 216-219 (1995).

¹⁵⁶ כך הוא למשל במקרה של הכרה בחסינות דיפלומטית לנציגים מוסמכים של מדינות זרות. נציגים אלה כפופים למשפט של מדינתם ולא לזה של מדינת שירותם.

¹⁵⁷ ראו: Winston P. Nagan & Craig Hammer, *The Changing Character of Sovereignty in International Law*; LASSA OPPENHEIM, *INTERNATIONAL ; and International Relations*, 43 COLUM. J. TRANS. L. 141 (2004); LAW: A TREATISE 66 (Arnold D. McNair ed., 4th ed. 1928).

¹⁵⁸ ראו: Charter of the United Nations (San Francisco, 1945), § 2(1). לעמדה המצדדת במחיקת הריבונות כמונח משפטי, ראו למשל יהושע ברקאי **המשפט הבינלאומי** 72-75 (1957) והמקורות המובאים שם. מנגד, לעמדה המצדדת בתפישת הריבונות כמונח משפטי, ראו למשל את WILLIAM BLACKSTONE, *COMMENTARIES ON THE LAWS OF* ; ENGLAND, Vol. I, 46 (facsimile of the 1st ed. 1979) Alan James, *The Practice of Sovereign Statehood in* ; ENGLAND, Vol. I, 46 (facsimile of the 1st ed. 1979). *Contemporary International Society*, 47 POLITICAL STUDIES 457 (1999).

המדינה.¹⁵⁹ הרולד לאסקי (Laski) אף טען כי גם במסגרת השיח הפוליטי, לאו-דווקא המשפטי, יש לזנוח את השימוש במונח ריבונות ולהתבונן על הזירה הבין-לאומית ועל היחסים בין המדינות במונחים של כוח / סמכות (Power).¹⁶⁰ בכל זאת המצב הנוהג הוא כי לריבונות יש נפקות משפטית. המדינות מחויבות בהתחשבות בריבונותן של מדינות אחרות. כיבוד הריבונות של מדינות זרות נתפש כמעין עיקרון וטו, המאיין פעולות מדינתיות בעלות השלכה אקסטרה-טריטוריאלית. על כן, יש מקום לעמוד על משמעותו של המונח.

סטפן קרייזנר (Krasner) עמד על ארבע קטגוריות של שימוש במונח ריבונות:¹⁶¹ **האחת, ריבונות פנימית** (Domestic sovereignty), היינו סמכותו הסופית והעליונה של השלטון על הקבוצה הנתונה למרותו. **השנייה, ריבונות בין-מדינתית** (Interdependence sovereignty), היינו שליטה על התנועה אל המדינה ומחוצה לה. **השלישית, ריבונות בין-לאומית** (International legal sovereignty), היינו מעמדה של המדינה ביחס למדינות אחרות וההכרה בה בזירה הבין-לאומית. **הרביעית, ריבונות וסטפליית** (Westphalian sovereignty), או כפי שחוקרים אחרים כינו זאת: ריבונות במובן ריאליסטי,¹⁶² היינו יצירת מוסד לארגון קבוצה פוליטית המתבסס על שני עיקרים: טריטוריאליות ומניעת התערבות חיצונית במנגנונים הפנימיים של המוסד הריבוני. כפי שניתן לראות הטריטוריאליות מאפיינת פן אחד, של הריבונות במובן מוסדי, אך לא במובנים מהותיים של סמכות, שליטה והכרה הדדית. עוד מעניין לציין כי הקטגוריה הראשונה, של ריבונות במובן פנימי, אינה נזקקת לכאורה למדינה, בעוד ששלוש הקטגוריות האחרות מדברות על המדינה עצמה.¹⁶³ במלים אחרות, קיימת זיקה ברורה בין ריבונות לבין המדינה, אך אין מדובר בחפיפה מלאה. המדינה כמוסד וכ"שחקן" בזירה הבין-לאומית מחייבת התייחסות במונחים טריטוריאליים, בעוד שהריבונות, במובנה הפנימי (שהוא גם המובן העתיק ביותר של המונח), אינה מדברת במדינה, אלא ביחסים בין השלטון לבין נתיניו.

ברי כי הריבונות אין משמעה כוח מוחלט ובלתי ניתן לפיקוח של המדינות לנהוג בענייניהן הפנימיים והחיצוניים לפי ראות עיניהן וללא הגבלות. המשפט הבין-לאומי מטיל מגבלות על המדינות.

¹⁵⁹ ראו סיבל, לעיל ה"ש 12, בעמ' 80.

¹⁶⁰ ראו: HAROLD J. LASKI, A GRAMMAR OF POLITICS 44-45 (4th ed., 1938).

¹⁶¹ ראו: STEPHEN D. KRASNER, SOVEREIGNTY – ORGANIZED HYPOCRISY 9-25 (1999).

¹⁶² ראו למשל: Anne-Marie Slaughter, *Interdisciplinary Approaches to International Economic Law: Liberal International Relations Theory and International Economic Law*, 10 AM. U. J. INT'L L. & POL'Y 717, 723-724 (1995); Anne-Marie Slaughter, *International Law in a World of Liberal States*, 6 EUR. J. INT'L L. 503, 507 (1995); David G. Post, *The "Unsettled Paradox": The Internet, the State, and the Consent of the Governed*, 5 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 521, 523-524 (1997).

¹⁶³ להרחבה על הפרדה בין תפיסת הריבונות לבין המדינה ראו: JOHN HOFFMAN, SOVEREIGNTY 11-20 (1998).

מדינות הסוטות ממרותו של המשפט הבין-לאומי מנצלות לרעה את ריבונותן (Abuse of sovereignty).¹⁶⁴ הכללים המנהגיים ה"טבעיים" אינם דיספוזיטיביים והם מחייבים את המדינות. יתרה מזאת, המשפט הבין-לאומי ההסכמי מחייב את המדינות החתומות על ההסכמים, לפחות כל עוד לא ביטלו את התחייבותן זו. אעיר כי עד כה הריבונות נתפשת, על פי גישה זו, כסכום הכוחות הנותרים למדינה לאחר ההסדרה של המשפט הבין-לאומי.¹⁶⁵

מונח ה"ריבונות" גמיש לאורך ציר הזמן. תפישת הריבונות עברה ועוברת שינויים לאורך ההיסטוריה.¹⁶⁶ קרייזנר הראה כיצד תפישת הריבונות השתנתה בתגובה להתפתחויות חברתיות ומדיניות.¹⁶⁷ אמנם, לדידו של קרייזנר, בליבת ההגדרה של ריבונות עדיין נותר העיקרון של הפעלת סמכות בטריטוריה נתונה,¹⁶⁸ אולם נוכח הגמישות המושגית של הריבונות, נראה שאין לראות במונח ה"ריבונות" משום חסם טבעי מפני ניתוח התפישה הטריטוריאלית הנוהגת ביחס למרחב הסייבר. יצוין כי בעידן הגלובליזציה הכלכלית והתקשורתיות, עוד טרום עידן האינטרנט ובוודאי לאחר התפשטות האינטרנט בשימוש כלל-עולמי, רבו הקולות המדברים על פוסט-לאומיות (Post nationalism), על היחלשותה של המדינה ובפרט על היחלשות מושג הריבונות של המדינות. הטענה המושמעת היא שבעידן של גלובליזציה, מושגי הגבולות הפיזיים מיטשטשים, מדינות וגופים לא-מדינתיים משפיעים באופן משמעותי על מדינות ופרטים בטריטוריות אחרות, הן ברמת המאקרו-המדינתית והן ברמת המיקרו של הפרט במדינה הזרה, ובכך יש משום התערבות בענייני הפרטים הנתונים למרותן של מדינות זרות.¹⁶⁹ כנגד טענה זו נשמעו שני טיעוני תשובה, האחד של הנרי פֶּרִיט (Peritt) והשני של ג'ואל טרכטמן (Trachtman). פֶּרִיט טען כי הגם שיש בהתפתחויות הטכנולוגיות והתקשורתיות כדי לאיים על סוג מסוים של תפישת ריבונות לא-ליברלית, הרי שבכל הנוגע למשטרים ליברליים, המכירים בבזזר

¹⁶⁴ ראו: Nagan & Hammer, לעיל ה"ש 157, בעמ' 176-182; FRANCIS H. HINSLEY, SOVEREIGNTY 208-213 (2nd ed. ; 1986).

¹⁶⁵ ראו: The Lotus Case, לעיל ה"ש 10, בעמ' 18. כן ראו את עמדת השופט אנצ'לוטי בעניין: Customs Regime Between Germany and Austria, Advisory Opinion, 1931 PCIJ Series A/B No. 20, ICGJ 276 את: Hans Kelsen, *The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis of International Organization*, 53 YALE L. J. 207 (1944).

¹⁶⁶ לבחינה היסטורית של התפתחות התפישה של המונח "ריבונות", מימי האימפריה הרומית ועד ימינו אנו ראו למשל את הסקירה אצל: Hinsley, לעיל ה"ש 164; CHARLES E. MERRIAM, HISTORY OF THE THEORY OF SOVEREIGNTY SINCE ROUSSEAU (1999).

¹⁶⁷ ראו קרייזנר, לעיל ה"ש 161.

¹⁶⁸ ראו: Stephen D. Krasner, *Sovereignty: An Institutional Perspective*, 21 COMP. POL. STUD. 66, 86 (1988).

¹⁶⁹ ראו למשל את הסקירה בכרך כתב-עת שהוקדש לנושא: Symposium, *The Decline of the Nation State and its* JEAN-MARIE; *Effects on Constitutional and International Economic Law*, 18 CARDOZO L. REV. 903 (1996); Johnson & Post; GUEHENNO, THE END OF THE NATION-STATE (Victoria Elliott trans., 1995), לעיל ה"ש 55, בעמ' 1376-1370; John O. McGinnis, *The Decline of the Western Nation State and the Rise of the Regime of International Federalism*, 18 CARDOZO L. REV. 903 (1996).

הכוח בין השלטון לבין האזרחים, תפישת הריבונות ממילא שונה והיא מפויסת יותר ביחס בין הממשל לבין האזרחים. בשונה מהעמדה הריאליסטית, אין התפישה הליברלית של ריבונות מבוססת על טריטוריאליזם ועל ייחוד הסמכות בטריטוריה נתונה.¹⁷⁰ על פי תפישה זו, המדינה ומושג ה"ריבונות" נועדו לשרת אינטרסים משותפים של קבוצות פרטים.¹⁷¹ גם האינטרנט מקדם ערכים ואינטרסים של הפרט, ועל כן הוא אמצעי להגשמת ערכים ליברליים. הריבונות היא מכשירנית ולא מוחלטת, וכך גם האינטרנט הוא מכשירני, כשהערך אותו שניהם – הריבונות והאינטרנט – נועדו לשרת הוא הערך של קידום תועלתו של הפרט. משכך, האינטרנט אינו סותר, ואינו יכול לסתור, את הריבונות. האינטרנט אף יכול לקדם ריבונות במובנה הליברלי.¹⁷² תפישת הריבונות שמציע פריט היא תלויה עמדה פוליטית-משטרית, ובמלים אחרות היא מתחום מדע המדינה יותר מאשר מתחומי המשפט. טרכטמן טען כי הקישור בין ההתקדמות הטכנולוגית והיחלשות מושג ה"ריבונות" נובע מתפישה שגויה של הריבונות כעניין מוחלט וקוגנטי, בעוד שבפועל מעולם לא הייתה הריבונות אלא מושג גמיש שעובר שינויים תלויי זמן, מקום והסכמה בין מדינות.¹⁷³ אם כך, אין לדבר על היחלשות מושג ה"ריבונות" בעקבות התפתחות המרחב המקוון, אלא על היתכנות להגמשה נוספת של המושג.

הצגה מוכרת ומרכזית במשפט הבין-לאומי של מושג הריבונות מופיעה בבוררות בעניין האי **Palmas** משנת 1928.¹⁷⁴ באותו מקרה הוצע כי מושג הריבונות אינו צריך להיתפש רק כסמכות של המדינה כלפי פנים, ואף לא כעצמאותה כלפי חוץ, אלא גם כחובתה כלפי חוץ.¹⁷⁵ בעניין האי פלמאס קבע הבורר הובר (Huber) כי אם לפעולה המתרחשת מתוך מדינה א' יש השפעה ממשית על אוכלוסיית מדינה ב', ומדינה א' אינה מונעת את המשכו של המצב האסור, הרי שמדינה א' אינה מתפקדת כריבונית ומתקיימת הצדקה להתערבות מדינה ב' בנעשה בשטחה של מדינה א'. ההצדקה של מדינה ב' לפעול היא כדי למלא את חובתה להגן על אנשיה (Responsibility to protect).¹⁷⁶ נראה כי הפרשנות

¹⁷⁰ ראו: Henry H. Peritt, *The Internet as a Threat to Sovereignty? Thoughts on the Internet's Role in Strengthening National and Global Governance*, 5 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 423 (1997).

¹⁷¹ ראו: Anne-Marie Slaughter "Interdisciplinary Approaches", 92 COLUM. BURLEY, *Law Among the Liberal States: Liberal Internationalism and the Act of State Doctrine*, L. REV. 1907 (1992).

¹⁷² ראו: Peritt, לעיל ה"ש 170, בעמ' 437-441.

¹⁷³ ראו: Joel P. Trachtman, *Cyberspace, Sovereignty, Jurisdiction and Modernism*, 5 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 561, 563-565, 567 (1997).

¹⁷⁴ ראו: The Island of Palmas Case (Netherlands v. United States), 2 U.N. Rep. Int'l Arb. Awards 829 (1928).
¹⁷⁵ ראו לעיל, בעמ' 839. ראו גם Shaw, לעיל ה"ש 6, בעמ' 490.

¹⁷⁶ עוד על החובה של המדינה להגן על תושביה (Responsibility to protect) בעידן הגלובליזציה, ראו: Tobias Stroll, *Responsibility, Sovereignty and Cooperation – Reflections on the 'responsibility to Protect', in INTERNATIONAL LAW TODAY: NEW CHALLENGES AND THE NEED TO REFORM 1* (Doris Konig ed. 2007).

הזאת למונח ריבונות מאפשרת לבחון מצבים בהם המדינה תפעל באופן אקסטר-טריטוריאלי לשם שמירה על ענייניה הפנימיים.

בהיקש מהאי פלמאס למרחב הסייבר: אם שרת מחשב מצוי פיזית במדינה א', אולם מתבצעת ממנו עבירה בשטחה של מדינה ב', ומדינה א' אינה חוקרת את העבירה בעצמה, בין מיוזמתה ובין על פי פנייה ממדינה ב', הרי שיכולה לקום הצדקה למדינה ב' לפתוח בחקירה עצמאית ולבצע את פעולות האיסוף מאותו שרת במדינה א', משני מקורות – פנימי וחיצוני. המקור הפנימי הוא אחריותה של מדינה ב' להגן על אנשיה הנפגעים מפעילות פלילית במרחב הסייבר. המקור החיצוני הוא אי עמידתה של מדינה א' בחובתה במישור הבין-לאומי כלפי חוץ, קרי חובתה למנוע המשכו של מצב המשפיע על תושבי מדינה ב'.

בסיכומו של עניין, התפישה הטריטוריאלית ביחס לחקירה הפלילית במרחב הסייבר מניחה בפועל פעפוע מושגי בין המונחים של ריבונות, סמכות וטריטוריה. עם זאת, כפי שהראיתי לעיל, ניתן למצוא לפחות בחלק מהמובנים הגרעיניים של מושג ה"ריבונות" הפרדה רעיונית מהמונח טריטוריה. יתרה מזאת, מושג ה"ריבונות" גמיש ובעל פוטנציאל להשתנות ולהתאים עצמו למציאות המשתנה. ועוד, כפי שהראיתי לעיל, גם בכל הנוגע למובנים שונים של מושג ה"סמכות", אין היצמדות טריטוריה. על כן, אין לקבל באופן דטרמיניסטי את הזיקה בין שלושת המונחים הנ"ל: ריבונות, סמכות וטריטוריה. פרימת הקשר בין שלושת המונחים הכרחית לצורך פיתוח ביקורת על התפישה הטריטוריאלית ביחס לאיסוף ראיות במרחב הסייבר. ניתן להציע בסיס רעיוני למודל חקירתי בעל השלכות אקסטר-טריטוריאליות דווקא מתוך ערכים יסודיים של ריבונות המדינה, ולא, כפי שניתן לשגות ממבט ראשון, מתוך הנחה בדבר היחלשות ריבונותה של המדינה.

2. סיכום

התפישה הטריטוריאלית של דיני איסוף הראיות במרחב הסייבר מביאה להתנגשות בלתי נמנעת בין עקרונות מהמשפט הבין-לאומי לבין עקרונות מהמשפט הפלילי. המשפט הבין-לאומי הוא משפט של מדינות. מדינות הן יחידות הניתוח. גם כשעסקין במשפט בין-לאומי פלילי, ההתייחסות היא להסכמות בין מדינות על כללי השיפוט של נאשם בביצוע עבירות פליליות. כיוון שמשפט האינטרנט והמשפט הפלילי הם דיסציפלינות משפט המתייחסות לאנשים ולהסדרת היחסים בינם לבין המדינה, נוצר כאן עירוב תחומין: משפט של מדינות מקרין על משפט של אנשים.

EDNA KARNAVAL LIBRARY FOR THE MASSES

דיני החקירה הפלילית מאזנים, על פי רוב, בין האינטרסים של רשויות אכיפת החוק לבין זכויות חשודים וצדדים שלישיים רלוונטיים. שיקול כיבוד ריבונותן של מדינות זרות אינו שיקול שמוכנס למשוואה באופן תדיר, הגם שהוא קיים במסגרת החקירה הפלילית במרחב הפיזי. עם זאת, בזירה הקיברנטית הופכת כל עבירה, ובעקבותיה כל חקירה, לבעלת פוטנציאל מידי להפוך לחקירה בין-מדינתית. כתוצאה מכך, שיקול שאינו בליבת דיני איסוף הראיות הופך לשיקול המושל בכיפה, בשל אופיו כשיקול המשול ל"כרטיס אדום" העוצר כיווני חקירה מסוימים במרחב הסייבר מלהתקיים.

בנוסף, כפי שהראיתי, ההגבלה הטריטוריאלית של סמכות האכיפה ביחס לאיסוף ראיות בחקירה פלילית במרחב הסייבר – בעייתית מבחינה מעשית ואינה מוצדקת בהתחשב בארכיטקטורת המרחב ובמהותן של הראיות הדיגיטליות, וכן אינה מתאימה מבחינה אפיסטמולוגית. יש מקום אפוא לשינוי אמות המידה ביחס לסמכות האכיפה במרחב הסייבר. ככל שתוכרנה סמכויות איסוף בעלות מובן אקסטר-טריטוריאלי (על פי התפישה הטריטוריאלית דהיום ביחס למרחב הסייבר), תתעורר שאלת הפרישה החוקתית במלוא עוזה, ובתדירות תכופה יותר מאשר היא מתעוררת כיום בדיני איסוף הראיות. על כך אפרט בפרק 5(ג) להלן, אך עוד קודם לכן אציג את התפישה הנוספת, החולשת על דיני איסוף הראיות הדיגיטליות במרחב הסייבר, אותה אכנה ה"תפישה הפיזית".