הקלות המטרידה של הפיתוי: בעקבות פרשת ערוץ 10

ד"ר אסף הרדוף*

א. מבוא

לפני כחודש ניתן על ידי בית המשפט המחוזי פסק הדין בערעור המדינה בפרשת ערוץ 10. כעולה מפסק הדין, בשלהי 2007 יזם ערוץ 10 תכנית טלוויזיה בה יאותרו פדופילים המנצלים צ'אטים באינטרנט ליצירת קשר מיני עם קטינים. לשם כך נכנסו תחקירנים לרשת, הציגו עצמם כילדות וניהלו צ'אטים עם הפונים. פלוני פנה לאחת התחקירניות, שכונתה "סיוונוש 13", והציגה עצמה כסיוון בת ה-13 ושלחה לו את "תמונתה": תמונת ילדה. הוא ניהל עמה שיחות בעלות אופי מיני ואף שלח לה תמונות פורנוגרפיות. בהמשך, הגיע לפגוש את סיוון בביתה, שלדבריה היה ריק מהוריה שבחו"ל. בבית המתינה שחקנית צעירת חזות, כבת 18, והציגה עצמה כסיוון. החלה שיחה, שנפסקה בצאת השחקנית מהחדר ועם כניסת דב גילהר שהתעמת עם פלוני. פלוני הואשם בניסיון למעשה מגונה ובניסיון להטרדה מינית. בבית משפט השלום הוגש כל חומר הראיות בהסכמה, והעד היחיד שנשמע היה פלוני. בית משפט השלום זיכה את פלוני בגין הגנה מן הצדק (בשל הדחתו ע"י התחקירנית ובהתחשב בפסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו); לאור היעדר היסוד הנפשי הנדרש; ומפני שמעשיו לא יצאו מגדר הכנה. ביום 30.6.10, בפסק דין קצר יחסית (ארבעה עשר עמודים לעומת ארבעים ושבעה של בית משפט השלום), נתקבל ערעור המדינה. נפסק שמדובר במקרה חריג שמאפשר התערבות בממצאיה העובדתיים של הערכאה הראשונה, "במיוחד לנוכח העובדה שהעד היחיד שנשמע הוא המשיב". נקבע ש"שגה בית-משפט קמא בקביעותיו בכל אחד מהנדבכים", תוך ביקורת חריפה על סטייתו של השופט מהלכת **ביבס**[1] (המכשירה שימוש בסוכן מדיח), בשם ההליך ההוגן וזכויות האדם, ותוך קביעה שלא דובר כלל בהדחה (מימד הנזיפה שב ועולה לאורך פסק הדין). נהפכה הקביעה שפלוני לא ידע את גילה של "סיוון" ונדחתה התיזה לפיה האינטרנט אינו מאפשר לברר את גיל הנמען. נמצא שהתקיימו יסודות הניסיון: פלוני הגיע לבית "סיוון" ב"ידיעה פוזיטיבית" שמדובר בילדה בת 13, בתכנון לבצע מעשים מיניים, ו"אם לזאת לא יקרא ניסיון, שוב איננו יודעים ניסיון מהו". הערעור נתקבל ופלוני הורשע בכל המיוחס לו. הדיון הושב מטה לגזירת הדין, תוך הוראה להעביר את התיק למותב אחר, באשר "דעתו של בית משפט קמא ננעלה". ברשימה זו אתייחס באופן ביקורת[2] להיבט יחיד[3] של פסק הדין: שאלת ההדחה.

ב. הדחה ציבורית והדחה פרטית

שתי מלים השבות ונשנות בפסק הדין המקורי נעדרות בפסק דין הערעור: "רייטינג" ו"מסחרי". דומה שבית המשפט המחוזי לא שיווה כל חשיבות לכך שסיפור המעשה נולד וטופח עד לבגרות בערוץ מסחרי המוגע משיקולי רייטינג. הדברים טרדו מאד את שופט השלום, שקבע כי מה שקביל ביחס לסוכן משטרתי אינו קביל ביחס לסוכן מסחרי והתרשם שההפקה שאפה לייצר "אייטם" שערורייתי שיביא רייטינג ויחזיר את ההשקעה ב"תחקיר", תוך התנהלות מדיחה מצד המפיקים והתחקירנית (שלפי הכרעת דינו של בית משפט השלום אמרה בשלב מסוים שהיא לבדה, "רטובה לגמרי" ו"מחליפה בגדים"). הובאו ציטוטים מטרידים של אנשי ההפקה, מהם עלו מעורבות אקטיבית מצד אנשי הערוץ, צער לנוכח גילויי מתינות מצד פלוני בתחילת הדרך ועליצות לאור שיחות מאוחרות עמו, "חזקות ומטורפות". השופט מור קבע: "אם ייטמן פח יקוש, ייעשה הדבר בזהירות הנדרשת, ע"י אנשי הרשות, כשהשיקול המסחרי אינו זה הדוחף ומכתיב את מעשיהם".[4] בית המשפט

המשך בעמ' 12

* מרצה מן החוץ במכללה למנהל ובמרכז האקדמי כרמל לדיני עונשין, דיני ראיות והפשע המקוון; מחבר הספר **הפשע המקוון** (נבו, 2010); לשעבר תובע וסנגור בפרקליטות הצבאית. תודה רבה לעורכים, ד"ר אלקנה לייסט ועו"ד רענן גלעדי, על הערות מועילות. האחריות לכל טעות שנפלה במסגרת הרשימה - עליי בלבד. לתגובות: asafh@gvat.org.il

1 ע"פ 15/78 **ביבס נ' מ"י**, פ"ד לב(3) 64.

2 **גילוי נאות:** לאחר הזיכוי, הוצע לי להצטרף לצוות ההגנה בערעור. השבתי בשלילה, וזאת מבלי שלמדתי את חומר הראיות, מבלי שקראתי את פסק הדין ומבלי שנפגשתי עם צוות ההגנה וללא היכרות בינינו. רשימתי זו נכתבה לאחר פניות מצד חברי, עו"ד חיים ויסמונסקי (שברשימתו המופיעה אף היא בגיליון זה, אליה אתייחס כאן בעקיפין בלבד, מביע תמיכה בשימוש בפיתיונות לתפיסת פדופילים באינטרנט) ואחד העורכים, ד"ר אלקנה לייסט. רק לאורן קראתי את פסקי הדין. הכתוב ברשימה זו הוא על דעתי בלבד.

3 הטיוטה המקורית של רשימה זו כללה גם ניתוח ביקורתי של רכיבי העבירה (נפשי ופיזי) במיוחד ביחס לעבירת ההטרדה המינית אך גם ביחס לעבירת הניסיון למעשה מגונה. לבקשת העורכים ומטעמי מקום הרשימה הסופית מתמקדת אך ורק בשאלת ההדחה; לשאלות המעניינות הנוספות העולות מפסק הדין אדרש בפעם אחרת.

4 השופט הפנה לדברי הנשיאה ביניש: "כיוון ששלילת הזכות לחירות אישית תהא מוצדקת אך ורק אם תיעשה במטרה לקדם אינטרס ציבורי חיוני או להגן עליו,

המשך מעמ' 11

המחוזי לא התייחס כלל לשאלת הגורם היוזם. האם הקביעה שאין מדובר בהדחה מכשירה התעלמות מכך שגורם פרטי המונע משיקולים מסחריים הוא אבי הפרשה? דומני שלא. בין אם נקרא לזה "הדחה" או "תחקיר יזום", לא נוכל לעצום עינינו נוכח העובדה שלפנינו רשת חוקרת פרטית, שאינה מסתפקת בתחקירים המתייחסים לחשוד פלוני, אלא יוצאת למסע ציד - ציד פדופילים.

ג. תפיסה, ציד ודיג

הטכנולוגיה של ימינו מאפשרת שיטור יזום, כזה שאינו מגיב לתלונה בחיפוש המבצע. המשטרה, ככלל, היא ריאקטיבית: מגיבה לאירוע או לתלונה. מנגד, לעתים היא יוצאת למסעות ציד יזומים. אלו קלים מאד ברשת, זולים לעומת החלל הפיזי ומסוכנים פחות, ולכן אינם כופים התמקדות ביעדים שנבחרו בקפידה.[5] ניתן להקים אתרי דמה של מוצרים מזיקים (מלכודות דבש) שאמורים למשוך את המשתמשים להותיר פרטים או זיהוי באשראי, מה שיאפשר להגיע אליהם בהמשך.[6] האינטרנט מקל על מבצעי עוקץ, גם לגבי פדופיליה.[7] אך מדוע לצאת לציד? איננו זקוקים לסיוונוש בשביל לתפוס עבריינים אינטרנט. אנו יכולים לצאת לדיג. לפני כעשור וחצי התייחס אדלר לחיפוש ממשלתי באמצעות תוכנה בדיסקים קשיחים במחשבים רבים במקביל. הוא הניח שלתוכנת החיפוש תהיה השפעה מזערית על כל אחת מהמערכות האישיות, ושהתוכנה לא תדווח על דבר למעט הימצאות או היעדרות של סחורה דיגיטאלית מוברחת - למשל, קובץ פדופיליה או קובץ שמפר זכויות יוצרים. החיפוש ייערך ללא רשות המשתמשים ומבלי סיבה מיוחדת לסבור שהם אשמים, ולא יגלה לרשויות דבר, למעט זהות המשתמשים שמחזיקים בקבצים אסורים.[8] כמו התולעת, ישנם כלים טכנולוגיים נוספים שמאפשרים לנו לראות/לירות באפלת האינטרנט ולמצוא, לפי אמות מידה שהוזנו, דוא"ל שמכיל מלים מוגדרות, תמונות, וכדומה. כזה הוא למשל "הטורף" (Carnivore), שמאפשר לייירט תקשורת אלקטרונית במהלך שלב השידור.[9]

ד. מה רע בחיפוש אקטיבי?

חיפוש אקטיבי אחר פושעים אינו דבר פסול. החברה אינה חייבת לשבת בחיבוק ידיים ולהמתין לפושע שיכה. אך יש לשים לב: הדין הפלילי **תמיד** פועל באופן ריאקטיבי, מעניש בגין מעשים **שכבר נעשו**. לעתים (לא רחוקות) פועל הדין הפלילי באופן מניעתי, באמצעות יצירת "עבירות סיכון", שנועדו לתפוס ברשתן לא מי שגרם לנזק (או יצר סיכון ממשי לנזק), אלא מי שמעשהו מאותת על כך שהוא צפוי או עלול להזיק בעתיד. כאלו הן עבירות ההחזקה (אנו כולאים אדם שהחזיק נשק בלא רישיון משום החשש שבעתיד יעשה בו שימוש מסוכן), השימוש בחומרים מסוכנים (אנו כולאים אדם שהחזיק או השתמש בסמים בגין החשש שבהמשך יפגע בסביבתו באופן כלשהו), ועוד.[10] **העבירות צופות פני עתיד; אכיפתן צופה פני עבר**. החזקת? השתמשת? סימנת את עצמך כמטרה של הדין הפלילי.[11] גם החיפוש אחר **עבירות בהתהוות** נסמך על רעיון התגובה של הדין הפלילי. שוטר שמפטרל באישון לילה ורואה אדם קרב לחלון בית יכול לעוצרו במידה שמעשיו הגיעו לכל הפחות לתחומי הניסיון לפריצה. במידה שלא כן - יוכל השוטר להרתיע בנוכחותו את אותו ספק פורץ; אך בשום אופן לא יוכל להביאו לדין פלילי. **הדין הפלילי מחפש מעשים שנעשו**. אנשי ערוץ 10 חיפשו (תוך התחזות אקטיבית) **מעשים שייעשו**. התולעת של אדלר יותר אקטיבית מהם במובן פנייתה לקהל יעד רחב בהרבה; אך היא גם פחות אקטיבית, בחפשה ראיות לעבירה שכבר נעשתה, להבדיל מכזו שאלמלא האקט המתערב (הסוכן) ייתכן שהייתה נעשית מול קורבן אמיתי, אך ייתכן גם שלא הייתה נעשית כלל. וזו, לטעמי, שאלת מפתח.

ה. מה רע בתולעת של אדלר?

לורנס לסיג שב וכתב על הדוגמה של אדלר, אותה תפס כמקרה מבחן לשאלות של אכיפה ברשת. האם תולעת כזו מפרה את הזכות החוקתית לפרטיות? חיפוש כזה יעיל, באשר אינו מטיל נטל מעיק על חפים מפשע (נטל במובן חוויית החיפוש ולא במובן הפגיעה המהותית בפרטיות); אך גבולות החיפוש המעשיים והמשפטיים נשחקים. לכאורה, זהו חיפוש בלתי חוקי: אין עילה סבירה לחפש אצל כל אזרח. ברם, אולי לחפים מפשע אין מה לחשוש?[12] לטעמי, יש גם יש. היום תולעת כזו, מחר אחרת. החשש הוא משחיקת תפיסת הפרטיות ותחושת הפרטיות, מהתחושה של שוטר הנסמך על כתפינו יומם וליל. דומני שזו תחושה שאין צדיק בעולם שירצה בה.

השאלה האם הגורם השולל את החירות פועל בראש ובראשונה על מנת לקדם את האינטרס הציבורי (יהא אשר יהא), או שמא בראש מעייניו עומד אינטרס פרטי כלשהו היא שאלה קריטית הניצבת בגרעין הקשה של הזכות לחירות אישית. התשובה לשאלה האמורה היא בעלת חשיבות ביחס לעצם הלגיטימיות של שלילת החירות". ראו פסקה 22 לבג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ועסקים ואח' נ' שר האוצר** (2009, לא פורסם).

5 ראו: Jarrod S. Hanson, Entrapment in Cyberspace: A Renewed Call for Reasonable Suspicion, 1996 U Chi Legal F 535, 536, 542-543 (1996).

6 Electronic Evidence Compliance – A Guide for Internet Service Providers, 18 Berkeley Tech. L.J. 945, 956-957 (2003) (Prepared by the U.S. Internet Service Provider Association).

7 Dru Stevenson, Entrapment by Numbers, 16 J. Law. & Pub. Pol'y 1, 5 (2005); חיים ויסמונסקי "אכיפה פלילית נגד פדופילים באינטרנט".

8 Michael Adler, Cyberspace, General Searches, and Digital Contraband: The Fourth Amendment and the Net-Wide Search, 105 Yale L.J. 1093, 1098-1100 (1996), בה"ש 29 לטקסט תיאר אדלר דרכים להשגת גישה כזו.

9 ה-FBI פיתח תוכנה זו כדי להילחם בטרור, בלוחמת מידע, בפדופיליה ועוד. ראו למשל: Stephen W. Tountas, Carnivore: Is the Regulation of Wireless Technology a Legally Viable Option to Curtail the Growth of Cybercrime?, 11 Wash. U. J.L. & Pol'y 351, 361-362, 367 (2003); Amitai Etzioni,

ומה שרע בתולעת רע גם במשמר אזרחי שאינו מפטרל אחר מבצעי עבירות בהתהוות, אלא מתקשר עם החשוד ודן עמו על החלון ממנו ניתן לפרוץ לבית, תוך תקווה גדולה שאומנם יפרוץ וייצר אייטם מוצלח. זו נקודה שהדגיש בית משפט השלום בפרשת ערוץ 10 ואף נשען עליה לאבחון ההלכה בנושא סוכן מדיח. התוצאה בערעור: נזיפה על הסטייה מהתקדים המחייב של הלכת **ביבס** הנ"ל, שכן בית המשפט העליון שב עליה בעידן חוקי היסוד בעניין **דיין**.[13] ביקורת חריפה זו הייתה שלא במקומה. ראשית, פסק דין **דיין** הנו קצרצר, בן שני עמודים, ואין בו אמירה מהותית כלל.[14] בבוא ערכאה נמוכה להכריע בקושיה משפטית, עליה לציית לפסיקת הערכאות שמעליה ובראשן בית המשפט העליון; אך במידה שהיא סבורה שרוחו של בית המשפט העליון בשנים האחרונות מושכת באופן כללי לכיוון זכויות אדם בהליך הפלילי, הרי שאין פסול במחשבה מחדש על פסיקה ישנה מעידן בו זכויות הנאשם זכו להגנה פחותה; בעיקר אם המחשבה מחדש מסתמכת על פסיקה חדשה קשורה של בית המשפט העליון - למשל, בעניין הקשר בין המשפט הפלילי לבין תהליך ההפרטה.[15] שנית, לעתים שינוי גדול מתחיל מערכאה נמוכה. הלכת **יששכרוב** החשובה החלה בבית הדין הצבאי המחוזי, שבדעת רוב החליט לחדש הלכה; סוף הפרשה ידוע.[16] ושלישית עשרה ימים לאחר פסק דין השלום וארבעה חודשים וחצי לפני פסק דין המחוזי פסק בית המשפט העליון בעניין **בלדב**. השופטת פרוקצ'יה כתבה פסק דין מפורט וחשוב (בהסכמת השופטים ארבל ואלון): "אל למשטרה לשגר סוכן מדיח לאדם אלא אם בידה מידע אמין המחשידו כמי שנוהג לבצע פשעים חמורים מן הסוג המהווה נושא לחקירה, וכאשר השימוש בסוכן הכרחי לצורך קידומה. אין להוציא מכלל אפשרות, כי עליית משקלה של טענת ההגנה מן הצדק בעשורים האחרונים עשויה להצדיק הערכה מחודשת של ההלכה המקובלת ביחס לסוכן מדיח, לצורך קביעת גבולות המותר והאסור בשימוש באמצעי זה, כדי שלא יחטא לתכלית שלשמה נוצר". ובהמשך: "הגישה הישראלית 'ההיסטורית'... על פיה, בדרך כלל, אין במעורבותה של הרשות במעשה העבירה כדי להקים מניעה להעמדתו של אדם לדין... הלכה זו ראויה לבחינה מחדש במיוחד לאור התפתחותה של ההגנה מן הצדק, והשתרשותה ההדרגתית בתודעה המשפטית בישראל. אכן, אין להוציא מכלל אפשרות כי תתכנה נסיבות חריגות, שבהן תרומתו של סוכן מדיח מטעם הרשות לביצוע עבירה פלילית תהיה כה מהותית, עד כי יהיה בה כדי להקים לנאשם טענת "הגנה מן הצדק" אשר בהתקבלה, עשויה היא להביא לביטול האישום נגדו".[17] כלומר, לא רק שבית משפט השלום לא חרג מסמכותו; פרשנותו קלעה היטב לרוח ההלכה העכשווית. ההוכחה הגיעה בחלוף עשרה ימים. בית המשפט המחוזי לא היה ער לפסק דין **בלדב**. אך גם בהיעדר מודעות לפסק דין חשוב זה, לא התייחס בית המשפט המחוזי לאבחון שערך בית משפט קמא לעניין **ביבס**.

קריקטורה ישנה אומרת: "באינטרנט, אף אחד אינו יודע שאתה כלב". האינטרנט מאפשר אנונימיות יחסית, שמקלה על תקשורת בין אנשים חסרי קשר, בפערי גיל, גזע, מגדר, דת ומעמד. יש בכך פנים חיוביים ושליליים. פן שלילי: פדופיל ינסה ליצור קשר עם ילדה לקראת מפגש. פן שלילי נוסף: גולשים פרטיים ינקטו יוזמות אקטיביות לאיתור פדופילים (ואזכיר למי ששכח: פדופיליה אינה עבירה כשלעצמה,[18] ובצדק - הדין הפלילי אינו יוצר עבירות מיצב), לאיתור משתפי קבצים, לאיתור עבריינים ביטוי ומי לא. גולש המנסה להכשיל גולש אחר בשם מטרה פרטית אינו הופך את הרשת למקום טוב יותר ואינו משרת את מטרות הדין הפלילי. דווקא משום שקל כל כך להפוך לאקדוחן פרטי (להשכיר?) ברשת, עלינו להישמר מכך. למשפט אסור לעודד תופעות שכאלו, של משמר אזרחי אקטיבי, במיוחד כשטעמי המשמר אינם הגנה על ערכים אלא רייטינג. די לו לרייטינג באחריותו ליצירת תכניות ריאליטי טורדניות; בל נאפשר ליצר המציצנות להוליד כתבי אישום.

ו. קריטריונים לחיפוש אקטיבי

אין פסול בחיפוש אקטיבי אחר עבריינים. עדיין, ישנם שיקולים שראוי שידריכו חיפוש כזה:

1. עליו להיערך אך ורק ע"י הרשות האוכפת או מטעמה.
2. עליו להיות זהיר בסימון מטרות. ככלל, מן הראוי להתמקד בחשודים ספציפיים ובחשד ספציפי,[21] להבדיל ממסעות דיג של זריקת חכות והצבת פיתיונות.[22] הגולשים אינם דגים שיש ללכוד, והאינטרנט אינו צריך לייצר תחושה של מדינת משטרה, פן נפסיד את כל התועלת העצומה הגלומה בו.

Implications of Select New Technologies for Individual Rights and Public Safety, 15 Harv. J. Law & Tec 257, 274-275 (2002). לתיאור כלי הטכנולוגיה ואפשרויות האכיפה הפלילית ברשת ראו **הפשע המקוון**, לעיל ה"ש 1, פרק 4ב.

10 Douglas Husak, **OVERCRIMINALIZATION – THE LIMITS OF THE CRIMINAL LAW** 37, 155-166 (2008); Douglas Husak ,Crimes outside the Core, 39 Tulsa L. Rev. 755, 771 (2004); R. A. Duff, Criminal Attempts 129-135 (1996)

11 ואיני נכנס כעת באופן כללי לשאלה המורכבת של ההצדקה ביצירת עבירות יצירת סיכון - שאלת ההפללה. לדיון בהצדקה של עבירת יצירת סיכון לדוגמה ראו פרק 5ג לספרי (החזקת פורנוגרפיית ילדים).

12 Lawrence Lessig, Constitution and Code, 27 Cumberland L. Rev. 1, 7-10 (1996); Lawrence Lessig, Code and Other Laws of Cyberspace 32-33, 17-18 (1999);Lawrence Lessig, The Architecture of Privacy, 1 Vand. J. Ent. L. & Prac. 56, 61 (1999).

13 ע"פ 6097/98 **דיין נ' מ"י** (לא פורסם, ניתן ביום 24.6.1999).

14 וכך כותבת השופטת דורנר: "בעניינו, שבו המערער הביע את רצונו לבצע שוד... אין כל יסוד לסטות מן ההלכה שהתגבשה בפסיקה עקיבה וממושכת, ויש לדחות את הערעור על ההרשעה."

המשך בעמ' 14

המשך מעמ' 13

3. עליו להיערך בשקיפות ובתיעוד מלא,[21] תוך הגדרת מטרות ברורות בתחילת החיפוש ועמידה בהן ותוך הימנעות מאכיפה סלקטיבית,[22] והכל על סמך קריטריונים מפורטים של "עשה" ו"אל תעשה". עליו להימנע מהדחת אחר לביצוע עבירה. הדחה היא אולי דבר שאינו בהכרח מביא כשלעצמו לזיכוי; אך עודנה דבר מכוער ובלתי רצוי.

4. עליו להיות מידתי ולעמוד בגבולות פסקת ההגבלה.[23] אחד הדברים שאני מסיק מכך: חיפוש אקטיבי אינו צריך לתור אחר עבירות מסוג חטא ועוון.[24] המחוקק גילה דעתו שאין מדובר בעבירות חמורות; לכן יש להימנע מאמצעי חקירה פוגעניים מהרגיל ביחס אליהן, במיוחד כאשר על אותן עבירות קלות מורכב הניסיון הבלתי צליח, מנגנון שמלכתחילה מרחיב את פרישת הדין הפלילי מעבר לגבולותיו הטבעיים. מסקנה נוספת הנגזרת מדרישת המידתיות: כאשר הפיתיון תפס "דג" שמלכתחילה לא היה חשוד - אין להזדרז ולהגיש כתב אישום. אפשר שניתן יהיה להסתפק במתן אזהרה לאותו אדם, אזהרה שהרשות מודעת למעשיו ושהוא עלול למצוא עצמו ב"בנק המטרות" שלה בהמשך הדרך אם ימשיך במעשיו הנפסדים.[25]

חיפוש שייערך בניגוד לקריטריונים האמורים ראוי שיוליד, במקרים המתאימים (ודומני שפרשת ערוץ 10 היא מקרה מתאים במובהק), טענות הגנה במישור הראייתי או הפרוצדוראלי.[26]

ז. סיכום

העולם המודרני רווי פיתויים. האינטרנט העשיר והמגוון מספק שפע פיתויים לגולשיו; גולשים מספקים פיתוי ישיר (לעתים אסור ולעתים מותר) לגולשים אחרים; המרוץ אחר הרייטינג מספק פיתוי לערוצים המסחריים; ערוץ 10 סיפק פיתוי לפדופילים; ותוצר ה"תחקיר" סיפק פיתוי לתביעה ולבית המשפט. המדרון חלקלק, ופיתוי אחד מוביל לאחר. יותר מהגולשים ובוודאי יותר מהערוצים המסחריים, על המשפט הפלילי לעמוד בפיתויים ולומר דברו: אכיפת הדין הפלילי היא עניין לרשויות, ואין להסכים ל-vigilantes למיניהם. גם אני, כחברי ויסמונסקי וכרבים אחרים, סבור שהאינטרנט אינו משחרר מן המצור של הדין (הפלילי והאזרחי). אך אותו מצור אינו מרדף, אינו ציד ואינו דיג. מוטב לו למצור שיתמקד במי שכבר ביצעו עבירות ומוטב לו שייערך בשם הדין הפלילי ולא בשם הרייטינג.

15 פרשת המרכז האקדמי למשפט ועסקים, לעיל ה"ש 4.

16 ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי** (לא פורסם, מיום 4.5.06).

17 ע"פ 1224/07 **מ"י נ' בלדב** (ניתן ביום 10.2.10), פסקאות 67, 72. באותו עניין נפתחה חקירת המשטרה לאחר הודעה למשטרה על הצעת שוחד, וכך נוצר קשר בין המשטרה למודיע, שבהמשך הופעל כסוכן סמוי. פרוקצ'יה הדגישה שחקירת המשטרה החלה כשעלה חשד סביר לביצוע עבירה חמורה ורבת השלכות ציבוריות, להבדיל משימוש בסוכן סמוי המכוון כלפי אזרח תמים, שלא התעורר כלפיו כל חשד, ואשר נועד להפילו ברשת העבריינות הפלילית. בנסיבות המקרה, גם חריגת הסוכן מההנחיות שקיבל אינה מובילה לפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, המקימה למערער טענת "הגנה מן הצדק". ראו שם, פסקאות 74-75.

18 ראו **הפשע המקוון**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 335, ה"ש 96.

19 הכוונה בדרך כלל היא **להצטברות** של חשד וחשוד (ברור שחשוד מקושר לחשד מסוים). במקרים מסוימים מוצדק להפעיל חיפוש אקטיבי, לאור חשד ברור וללא חשוד ידוע. כך, למשל, אנס/רוצח סדרתי שפועל באזור מסוים מצדיק חיפוש אקטיבי, ואולי אף שימוש באמצעי פיתוי והדחה.

20 באופן כללי יש להימנע מחיפושי סל (blanket searches), שאיומם על הפרטיות גבוה במיוחד. ראו: Christopher S. Hagge, Veronia School District 47J v. Acton: The Demise of Individualize Suspicion in Fourth Amendment Searches and Seizures, 31 Tulsa L.J. 559, 559-560 (1996). דרישה לחיפוש על בסיס חשד אישי (individualized suspicion) תגביל את שיקול דעת הרשות לחפש ולתפוס, תמנע חיפושים ותפיסות שרירותיים או כלליים ותחייב הצדקה ספציפית לכל פלישה. ראו: Thomas K. Clancy, The Role of Individualized Suspicion in Assessing the Reasonableness of Searches and Seizures, 25 U. Mem. L. Rev. 483, 485 (1994). לדרישת החשד הסביר ברשת לעבירה מקוונת ראו: George P. Long, III, Who are you?: Identity and Anonymity in Cyberspace, 55 U. Pitt. L. Rev. 1177, 1178, 1212 (1994); Daniel J. Solove, Electronic Surveillance Law, 72 Geo. Wash. L. Rev. 1264, 1269 (2004). להרחבה בשאלת פגיעותיה האפשריות של האכיפה ברשת בזכויות ראו הפשע המקוון, לעיל ה"ש 1, פרק ד4.

21 לונה הציע שיטור שקוף (Transparent policing), שמחייב רֵאות של הבחירות המשטרתיות וכן הצדקה להן, וזאת כדי למנוע ניצול לרעה של הדין הפלילי. ראו Erik Luna, Principled Enforcement of Penal Codes, 4 Buff. Crim. L. R. 515, 565-567, 590 (2000) (לונה, אגב, הציע שבכלל, אכיפת מוסר מחוץ לזירה הציבורית צריכה להיות מגיבה ולא יוזמת, והדגיש שאין לפעול ללא חשד סביר. ראו שם, בעמ' 618-615); Erik Luna, Transparent Policing, 85 Iowa L. Rev. 1107, 1162-1170 (2000). קוזלובסקי הדגיש מאד במחקרו את שאלת האחריותיות (accountability) והציג טיעון כללי בעד מנגנוני אחריותיות בקשר לדין הפלילי באינטרנט, בין היתר כדי להגן על חירות האזרח ולחשוף ניצול לרעה. ראו Nimrod Kozlovski, A Paradigm Shift in Online Policing – Designing Accountable Policing, JSD Dissertation, submitted to Yale Law School 355-356, 387, 417 (June 2005).

22 החשש מאכיפה סלקטיבית גדל לצד התרחבות הדין הפלילי. ככל שיש יותר דין פלילי, יש יותר שיקול דעת לרשויות. יחד עם שיקול הדעת, גדל פוטנציאל הניצול לרעה, ובמיוחד לגבי עבירות שכיחות, המשטרה כותבת את החוק מחדש באמצעות הקביעה היכן לחפש אחר מפרי החוק. ראו William J. Stuntz, The Pathological Politics of Criminal Law, 100 Mich. L. Rev. 505, 509, 519, 539, 580 (2001); William J. Stuntz, Self-Defeating Crimes, 86 Va. L. Rev. 1871, 1873-1875, 1897 (2000).

23 ראו מהתקופה האחרונה ממש את פסק דינו של השופט ג'וברן שמדגיש את הצורך במידתיות לקראת העמדה לדין פלילי (להבדיל מהליך חלופי, ובהקשר הנדון משמעתי): בג"ץ 88/10 **שוורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה** (ניתן ביום 12.7.10). אם המידתיות אמורה ללוות את הפרט לקראת העמדה לדין, ודאי עליה ללוותו עת טרם סומן כחשוד.

24 דוגמת הרף התחתון של עבירת ההטרדה המינית, לפי סעיף 5(א) לחוק למניעת הטרדה מינית (פרשת ערוץ 10); ודוגמת החזקת תועבה, לפי סעיף 214(ב3) לחוק העונשין.

25 טאייפל גרס שטכנולוגיה של חיזוי או סינון אוטומטי צריכה להיות מונהגת רק ככלי חקירתי ולא ככלי ראייתי להוכחת אשמה. ראו K. A. Taipale, Technology, Security and Privacy: The Fear of Frankenstein, the Mythology of Privacy and the Lessons of King Ludd, 7 Yale J. L. & Tech. 123 (2004 / 2005). דומני שיש לומר יותר מכך: אמצעי חיפוש רחבי רשת צריכים להיות מונהגים, אם בכלל, רק ככלי מניעתי התראתי ולא ככלי אכיפה פלילית.

26 ראו באופן כללי: William J. Stuntz, Privacy's Problem and the Law of Criminal Procedure, 93 Mich. L. Rev. 1016, 1072 (1995). ביחס לתרופת פסילת ראיות באינטרנט ראו: Orin S. Kerr, Lifting the "Fog" of Internet Surveillance: How a Suppression Remedy Would Change Computer Crime Law, 54 Hastings L.J. 805, 807, 824 (2003); Solove, לעיל ה"ש 18, בעמ' 1299.