



בבית המשפט העליון

רע"פ 1201/12

רע"פ 7589/12

לפני :
כבוד השופט ס' ג'ובראן
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט נ' הנדל

המבקש ברע"פ 1201/12 : יוסף קטיעי

המבקש ברע"פ 7589/12 : אלון מאיר

נ ג ד

המשיבה ברע"פ 1201/12
וברע"פ 7589/12 : מדינת ישראל

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בתל אביב-יפו בעפ"ג 15474-08-11 שניתן על ידי כבוד
הנשיאה ד' ברלינר והשופטים ג' קרא ומ' סוקולוב

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בתל אביב-יפו בע"פ 18576-04-12 שניתן על ידי כבוד
הנשיאה ד' ברלינר והשופטים ג' קרא ומ' סוקולוב

בשם המבקש ברע"פ 1201/12 : עו"ד זוהר ברזילי

בשם המבקש ברע"פ 7589/12 : עו"ד ירון דוד

בשם המשיבה ברע"פ 1201/12
וברע"פ 7589/12 : עו"ד נעימה חנאווי

פסק-דין

השופט נ' הנדל:

1. הקשר בין המשפט הפלילי ובין התפתחות האינטרנט עומד במוקד הליך זה. מונחות לפנינו שתי בקשות רשות ערעור על שני פסקי דין של בית המשפט המחוזי בתל

אביב-יפו שהוחלט לדון בהן במאוחד. עניינן של הבקשות פרשיה עובדתית משותפת בגדרה נידונו שני המבקשים ו-17 נאשמים נוספים בגין ביצוע עבירות מין באמצעות רשת האינטרנט. ברקע לאירועים, תחקיר של ערוץ 10 שעסק בגברים בוגרים המשתמשים באתרי אינטרנט ליצירת קשר מיני עם קטינים או קטינות. במסגרת התחקיר, הונחו ארבעה תחקירנים להיכנס לאתרי האינטרנט, להציג עצמם כילדה בת 13 ולנהל בשמה שיחות עם הפונים. שני המבקשים יזמו שיחות מיניות עם התחקירניות, ואף נפגשו עימן. בגין מעשים אלה הורשע המבקש ברע"פ 1201/12 המשיג על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בע"פ 11-08-15474 (כב' הנשיאה ד' ברלינר, והשופטים ג' קרא ונ' סוקולוב) בביצוע עבירת ניסיון למעשה מגונה וניסיון להטרדה מינית, ובכך הפך את פסק דינו של בית משפט השלום בתל אביב (ת"פ 8371-07 מפי השופט ד' מור). הבקשה ברע"פ 7589/12 מופנית כלפי פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בגדרו הורשע המבקש (להלן: מבקש 2) בעבירת ניסיון להטרדה מינית (ע"פ 12-04-18576 על-ידי הרכב מעלה). פסק הדין אישר את פסק דינו של בית משפט השלום (ת"פ 8468-07 מפי כב' השופטת ל' מרגולין).

הבקשות מעוררות, בין היתר, שלוש סוגיות הנוגעות לממשק של כללי הדין הפלילי, הן המהותי והן הפרוצדוראלי, עם המדיום האינטרנטי. האם תחקיר עיתונאי שנערך באינטרנט על-ידי תחקירנית שהציגה עצמה כקטינה ובעקבותיו הוגש כתב אישום בעבירת ניסיון, מקים לו טענת הגנה מן הצדק. הסוגיה השנייה עניינה המחשבה הפלילית הנדרשת בעבירת הטרדה מינית המבוצעת באופן אנונימי באמצעות האינטרנט. השלישית עוסקת בשאלה האם יש מקום לחרוג מהכלל בדבר פומביות הדיון ופרסום תכניו נוכח היקף החשיפה הטמונה באינטרנט. בשלוש הסוגיות ראינו לנכון לתת רשות ערעור בשל כך שמדובר בשאלות משפטיות שחשיבותן חורגת מעבר למקרים שלפנינו ואשר טרם נידונו על-ידי בית משפט זה. היות ששתי השאלות הראשונות עומדות לדיון רק במסגרת הכרעת הדין ברע"פ 1201/12, אגש תחילה לתיאור השתלשלות ההליכים בבקשה זו. לאחר מכן אדרש לשאלה השלישית המשותפת לשתי הבקשות. כמו כן אתייחס לטענות נוספות של המבקשים, לגביהן הוחלט שלא להעניק רשות ערעור.

רע"פ 1201/12

2. בין החודשים נובמבר עד דצמבר 2007, יצר המבקש, יליד שנת 1972, קשר אינטרנטי של החלפת מסרים כתובים (להלן: צ'אט) עם אחת התחקירניות של ערוץ 10 שהציגה עצמה כ"סיונוש 13" באתר אינטרנט המכונה "גילוי עריות". סיוון הבהירה

למבקש בתחילת הקשר, כך נטען, שהיא בת 13 שנים. על פי כתב האישום שהוגש לבית משפט השלום בתל אביב, המבקש יזם שיחות אינטרנט ושיחות טלפון שנשאו תוכן מיני עם התחקירנית. בתחילה שוחח עם התחקירנית על "העצמה נשית" בדמות בעיטות אישה באיבר המין הגברי. התכנים הפכו לבוטים ככל שחלף הזמן. במסגרת אותו קשר, המבקש שלח לתחקירנית תמונות של איבר המין הזכרי וכן של גבר עירום שאישה בועטת לכיוון אזור חלציו. ביום 12.12.07 לאחר שנדברו להיפגש מבעוד מועד, הגיע המבקש לפגוש את סיוון בכתובת שהוצגה לו כבית הוריה בזמן שאינם נמצאים בארץ. במקום המתינה למבקש שחקנית בת 18 הנראית כילדה צעירה שהציגה עצמה כסיוון. לאחר שהשניים החלו לנהל שיחה, השחקנית יצאה מהחדר בתואנה כלשהי והמפגש הופסק. המבקש נעצר באותו מעמד.

בגין השיחות האינטרנטיות שניהל המבקש עם סיוון, הואשם המבקש בביצוע עבירת ניסיון להטרדה מינית בקטינה שטרם מלאו לה 15 שנים, לפי סעיף 3(א)(6)(א) ו-5(א) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1988 בצירוף סעיף 25 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. אשר להגעת המבקש לפגישה עם סיוון במקום שהוצג כביתה, הואשם המבקש בביצוע עבירת ניסיון למעשה מגונה לפי סעיף 348(א) בנסיבות סעיף 345(א)(3) ביחד עם סעיף 25 לחוק העונשין.

3. בית משפט השלום בתל אביב (כב' השופט ד' מור) זיכה את המבקש משני האישומים המיוחסים לו משלושה טעמים. הראשון, המבקש הודח לבצע את העבירות על-ידי התחקירנית של ערוץ 10 בנסיבות המקימות לו הגנה מן הצדק לפי סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. זאת תוך יישום הגנת "הפח היקוש" המוכרת במשפט האמריקני (Entrapment) לפיה הדחה עשויה לעלות כדי פגיעה בזכות הנאשם להליך הוגן. השני, ביחס לעבירת הניסיון הטרדה מינית, נקבע שלא התקיימה אצל המבקש המחשבה הפלילית הנדרשת לכך שסיוון הינה קטינה מתחת לגיל 15, כאחת מנסיבות העבירה בסעיף 3(א)(6)(א) לחוק למניעת הטרדה מינית. זאת מכיוון שבתנאי הגלישה האנונימית באינטרנט, בגדרם המשתתפים מציגים עצמם כטוב בעיניהם ומשחקים את "משחק הדמויות", אין המבקש יכול להיות מודע לגיל או לזהות האמיתית של המשווח עימו. אף אם התעורר חשדו של המבקש, נקבע שאין ביכולתו לברר את הגיל האמיתי של סיוון. הטעם השלישי נוגע לניסיון לביצוע מעשה מגונה; בית משפט השלום מצא שלא הוכח כי מעשי המבקש עברו את שלב ההכנה והגיעו לכדי ניסיון לבצע מעשה מגונה בקטינה שטרם מלאו לה 14 שנים; שכן

כאשר נכנס המבקש לביתה של השחקנית טרם הספיק לברר עד תום אם מדובר בקטינה, ולכן הוא עדין לא גמר בלבו לבצע את העבירה.

במהלך ההליכים בבית משפט השלום הוטל צו איסור פרסום על פרטיו המזהים של המבקש. בעקבות הליכי ערר, דן בית משפט זה בבקשת המבקש להותיר את איסור הפרסום. בהחלטה מיום 20.10.10 קבע ההרכב כי ספק אם בידי המבקש עילה להמשך איסור הפרסום, אך הורה שאיסור הפרסום יתבטל רק ביום מתן גזר הדין בבית משפט השלום (החלטה בבש"פ 4916/10 שניתנה על-ידי כבוד השופטים א' א' לוי, ח' מלצר וי' עמית).

בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו קיבל את ערעורה של המדינה על פסק דינו של בית משפט השלום והרשיע את המבקש בשתי העבירות. לגבי עבירת ניסיון הטרדה מינית של קטינה, בית המשפט המחוזי סבר שלא היה מקום לסטות מההלכה המחייבת ולאמץ את הלכת ה"פח היקוש". בנוסף, וגם בהנחה שניתן לזכות נאשם על בסיסה, נקבע שהתמונה העובדתית מצביעה כי המבקש כלל לא הודח או שודל. נהפוך הוא, על בסיס תמלילי השיחות בין המבקש לתחקירנית הסיק בית המשפט המחוזי שהמבקש הוא שיזם את שיחות הצ'אט והטלפון והכתיב את תוכן המיני, בעוד שתגובות התחקירנית היו סתמיות. אשר לנימוק השני - היעדר מחשבה פלילית ביחס לרכיב הגיל בעבירת הניסיון להטרדה מינית - מצא בית המשפט המחוזי כי עובדות המקרה תומכות במסקנה שהמבקש ידע את גילה של סיוון. בהקשר זה ציין בית המשפט המחוזי כי גם בפן העקרוני אין טעם להבחנה בין הטרדה מינית בתקשורת אינטרנטית אנונימית לתקשורת טלפונית אנונימית. לגבי הנימוק השלישי בעבירת הניסיון למעשה מגונה, בית המשפט המחוזי קבע שהמבקש הגיע למקום המפגש בידיעה - הגם שמבחינה עובדתית אינה תואמת את המציאות - שסיוון קטינה בת כ-13 שנים; על רקע זה, המבקש ביצע את תכנונו, והשלמת העבירה נמנעה ממנו שלא בגללו עקב יציאת התחקירנית מן החדר. לפיכך הרשיע בית המשפט המחוזי את המבקש בשתי העבירות שיוחסו לו, והחזיר את הדיון בשאלת העונש לבית המשפט השלום. עוד החליט בית המשפט המחוזי שדעתו של בית משפט השלום ננעלה בעניין תיק זה, ולכן מן הראוי שהדיון בשאלת העונש יעשה לפני מותב אחר.

בבואו לגזור את דינו של המבקש, נתן בית משפט השלום דעתו לטיעוני הצדדים ולראיות שנפרשו לפניו. המבקש ביקש להימנע מפרסום פרטיו המזהים משום הפגיעה החמורה שתיגרם לו ולמשפחתו. הוגשה חוות דעת מטעם פסיכולוגית שטיפלה

במבקש שהעידה כי קיים חשש ממשי לאובדנות מצד המבקש אם ייחשף שמו. כן התקבלה חוות דעת להערכת מסוכנות שמצאה שהמבקש בעל רמת מסוכנות נמוכה לרצידיביזם מיני. המלצת שירות המבחן הייתה להטיל על המבקש עבודות לשירות הציבור. בית משפט השלום בתל אביב-יפו (כב' השופט ד' בארי) גזר על המבקש 4 חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים וביצוע שירות למען הציבור בהיקף של 260 שעות. בית משפט השלום קיבל את בקשתו של המבקש להמשיך את איסור פרסום שמו. החלטת בית המשפט העליון פורשה על-ידי בית משפט השלום כמותירה בידו שיקול דעת לבחון את הדברים לאחר עיון בראיות לעונש. הוא קבע שעיקרון פומביות הדיון יפגע מזערית אם פסק דינו של בית המשפט המחוזי וגזר הדין יפורסמו תוך ששמו של המבקש יוחלף ב"פלוני".

על גזר הדין הוגשו ערעורים על-ידי שני הצדדים; המבקש ערער על חומרת העונש שהושת עליו וביקש להורות על אי-הרשעה, ואילו המדינה הגישה ערעור הן אודות קולת העונש והן בנוגע להחלטה לאסור על פרסום שמו של המבקש. בית המשפט המחוזי דחה את ערעור המבקש על גזר הדין וקיבל את ערעור המדינה. נקבע כי גם במישור הדיוני וגם במישור המהותי אין מקום לבטל את הרשעת המבקש. הבקשה לאי-הרשעה נטענה בבית משפט השלום אגב אורחא; שירות המבחן לא התבקש להביע דעתו לגביה ולכן אין בנמצא המלצה בעניין זה. יתרה על כן, ציין בית המשפט המחוזי, המדובר במקרה חמור של התכתבות מינית ארוכה עם ילדה בת 13 - לפי הבנת המבקש - שמחייב הרשעה. הודגשה הקלות של ביצוע עבירות אלו במרחב האינטרנטי. בית המשפט המחוזי שקל את העונשים שהושתו על נאשמים אחרים בפרשה, ונתן משקל לתפוצה שעבר התיק והזמן הרב שחלף מאז החל ההליך. נוכח האמור, השית בית המשפט המחוזי על המבקש חודשיים מאסר בפועל שירוצו בדרך של עבודות שירות ותשלום קנס בסך 5,000 ש"ח.

בנוסף, ביטל בית המשפט המחוזי את צו איסור הפרסום על פרטיו המזהים של המבקש ותמונתו. הודגש כי החלטת בית המשפט העליון כי איסור הפרסום יבוטל ביום מתן גזר הדין בבית משפט השלום צלולה וברורה ואינה מותירה שום מקום לפרשנות. גם לגופו של עניין, קבע בית המשפט המחוזי שנסיבות תיק זה אינן מצדיקות מתן צו איסור פרסום. הודגש כי החריג לכלל פומביות הדיון המעוגן בסעיף 70(ד) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 המאפשר לבית המשפט לאסור פרסום כדי למנוע פגיעה חמורה בפרטיות צד להליך פורש בצמצום בפסיקת בית המשפט העליון. בית המשפט המחוזי לא מצא שנזקיו של המבקש במידה ויפורסמו פרטיו מבוססים די

הצורך, אף לא באמצעות חוות דעתה של המומחית מטעמו. לכן, ומשלא עומדת למבקש יותר חזקת החפות, קבע שאין עילה להמשך איסור הפרסום.

4. בבקשת רשות ערעור שהגיש המבקש נתבקשנו לדון בשלוש סוגיות משפטיות שהתעוררו בהכרעת הדין, שחשיבותן חורגת לטענתו מעניינו הפרטני. הסוגיה הראשונה היא השפעת התחקיר של ערוץ 10 על הרשעתו של המבקש, במסגרת טענת הדחה וטענת הגנה מן הצדק. השאלה השנייה נוגעת לקביעת בית המשפט המחוזי כי הוא היה מודע לגילה של סיוון במהלך השיחות האנונימיות ברשת. השאלה השלישית מתייחסת לעבירת הניסיון לבצע מעשה מגונה עם הגעת המבקש לדירה בה המתינה התחקירנית.

המדינה סומכת ידה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. לעמדתה, המקרה אינו מגלה עילה למתן רשות ערעור בפני ערכאה שלישית. הסוגיות המשפטיות שהועלו בנימוקי הבקשה בנוגע לתחקיר של ערוץ 10 ועולם האינטרנט אינן השאלות המרכזיות בתיק שכן התיק הינו עובדתי גרידא. כך או כך, טוענת המדינה, השאלות המשפטיות אינן חדשניות אלא קיימת בעניינן הלכה משפטית שיושמה כדין על-ידי בית המשפט המחוזי.

ראינו לנכון כאמור להיעתר לבקשה ליתן רשות ערעור ברע"פ 1201/12 ולדון בבקשה לגופה כאילו ניתנה רשות והוגש ערעור על פי הרשות שניתנה. זאת בשתי הסוגיות הראשונות שנטענו על-ידי המבקש ביחס להכרעת הדין. אפתח בהתייחסות לטענת המבקש לגבי פעולות תחקירני ערוץ 10 והשלכתן על הרשעתו. לאחר מכן אדון בשאלה של מודעות המבקש לגילה של סיוון על רקע מאפייני התקשורת באינטרנט. שאלה זו התעוררה בדיון על ההרשעה בעבירת הניסיון להטרדה מינית והיא גם בעלת השפעה על הרשעתו של המבקש בעבירת הניסיון למעשה מגונה. אחריה אשוב לטענה אחרת של המבקש, לגביה הוחלט שלא להעניק רשות ערעור, ביחס לעבירת הניסיון לבצע מעשה מגונה.

טענות המבקש ועמדת המדינה ביחס לפרסום פרטיו המזהים של המבקש בפסק הדין על רקע החשיפה באינטרנט תידונה במאוחד עם הבקשה השנייה בהמשך (רע"פ 7589/12). כפי שיובהר, עמדתי היא כי יש להעניק רשות ערעור גם בסוגיה זו.

5. טענת המבקש היא כי פעולות ערוץ 10 והתחקירנית מטעמו מקימות לו הגנה מפני הרשעה. למקרא בקשתו ודברי סנגורו בדיון על-פה, עולה שלטענה זו שלושה רבדים. האחד, מבחינה עובדתית שגה בית המשפט המחוזי בקובעו שלא קדמה לשיחות המיניות הדחה מצד התחקירנית. טוען המבקש כי לאחר שלא אזכר כל תוכן מיני בהתכתבויותיו עם סיוון למשך שלושה שבועות, היו אלה פעולות התחקירנית שמשכו אותו לתכנים מיניים. כך לטענתו גם על פי תרשומות עובדי תכנית התחקירים. הרובד השני, על פי הנטען טעה בית המשפט המחוזי בפרשנותו את הלכת ה"סוכן מדיח" ו"הפח היקוש". המבקש טוען שבמקרה שהמטרה לא חשדה בו קודם לתחקיר של ערוץ 10, יש לקבוע שפעולות התחקירנית מהוות הטמנת פח מכוונת שצריכה להוביל לזיכוי. טענה זו נסמכת על קביעת בית משפט השלום כי התנהגות התחקירנית חצתה את גבולות המותר במידה העולה על הנדרש והיוותה הדחה בלתי ראויה (עמ' 20 לפסק הדין של בית המשפט השלום). הרובד השלישי בטענת המבקש מופנה כנגד מהות התחקיר הפרטי של ערוץ 10 שיצר את התשתית לביצוע העבירות על-ידי המבקש ללא מקור חוקי לטענתו. המבקש טוען כי אופן ניהול החקירה היזומה על-ידי ערוץ 10 כלפי המבקש - שעה שלא היה לגביו חשד קודם, בשם אינטרסים כלכליים וללא פיקוח או הכשרה של התחקירנית - פגע בזכויותיו. בנסיבות אלו לגישתו, קיום ההליך הפלילי כרוך בפגיעה בתחושת הצדק וההגינות עד כי היא מקימה לו הגנה מן הצדק.

בית משפט השלום כאמור נדרש לטענות אלו באריכות. הוא מצא, בין היתר, כי הגיע המועד לאמץ את גישת בתי המשפט הפדראליים בארצות הברית שמאפשרים לזכות נאשם שביצע עבירה בעקבות הטמנת פח על-ידי סוכן בשל הפגיעה בזכותו להליך הוגן. זאת דרך ההגנה מן הצדק המעוגנת בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. כך קבע בית משפט השלום תוך שציין כי ההלכה בישראל לא הכירה עד כה בהגנת ה"פח היקוש". מן האמור יוצא כי ביחס לפעולות ערוץ 10 עולות שלוש סוגיות שונות. אדון בהן כסדרן.

6. נעסוק תחילה בשאלה העובדתית – האם, הלכה למעשה, נעשתה הדחה או שידול של המבקש מצד התחקירנית לביצוע עבירת הטרדה מינית? התשתית העובדתית היא השיחות שהתנהלו בין המבקש לתחקירנית. אין מחלוקת כי ההתכתבויות נשאו אופי מיני. אף שבתחילה המבקש דיבר בעיקר על "העצמה נשית", בית משפט השלום קבע כי: "השיחות הופכות אט אט לבעלות תוכן מיני" (עמ' 15 להכרעת הדין). עוד קבע בית משפט השלום כי גישת התחקירנית הידידותית וה"זורמת" גררה את המבקש

לעבר התכנים המיניים. ההדחה והשידול התבטאו לדבריו לא בפיתויים מילוליים חד משמעיים, אלא באמצעות שאלות, בקשות להסברים ורמיזות העשויות ליתן חופש ללשונו של המבקש. בית המשפט המחוזי הגיע למסקנה אחרת על בסיס החומר: המבקש הוא שיזם את ההתכתבות עם התחקירנית באתר ואת השיחות הטלפוניות בהמשך. המבקש הכתיב את תוכן השיחות – החל מהעצמה נשית על-ידי הכאת גברים באזור החלציים, עבור בתיאור איברי המין הזכריים והנקביים, וכלה בשיחות על גירוי מיני ויחסי מין. תשובותיה של התחקירנית, אף אם הביעו עניין או סקרנות, אינן מגיעות כדי שידול או הדחה.

המדובר בממצא עובדתי המבוסס היטב ונגזר מסיפור המקרה. מסקנתו של בית המשפט המחוזי משכנעת. קביעה הפוכה פירושה תהא מתיחת גבולותיה של טענת ההדחה כך שתחול גם על כל שיתוף פעולה בין ה"מדיחה" ובין הנאשם. במקרנו, הראשונה לא הכניסה מילים לפיו של השני; אלא, נושאי השיחות ואופיין המיני יצאו לדרכן בדרור לשונו של המבקש. תשובות התחקירנית היו בגדר תגובה למסגרת שהגדיר המבקש ולא היו הגורם או הזרז למימד המיני שנשאה התקשורת בין השניים. התערבותו של בית המשפט המחוזי בהכרעת בית משפט השלום איננה בממצאים העובדתיים שנקבעו אלא במידה בה המבקש אחראי להתרחשותם. לעמדתו מסקנה אחרת תפגע בעיקרון האוטונומיה של היחיד ובאחריות הפלילית שלו על מעשיו. על כן, לא מצאתי לנכון להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי בעניין זה.

בדחותנו את טענת המבקש במישור העובדתי, ניתן לומר כי במבט ראשון אין הכרח להמשיך ולדון בשני הרבדים הנוספים שנוגעים להשלכות פעולות ערוץ 10 על הרשעתו - ההדחה וההגנה מן הצדק. ברם, עסקינן בשאלות משפטיות שטרם התבררו עד תום. התגלעה מחלוקת ממשית בין המסקנה המשפטית של בית המשפט השלום ובית המשפט המחוזי על רקע נסיבות המקרה הייחודיות. בנוסף, בחינת טענת ההגנה מן הצדק - על החידוש שבה, התפתחותה בהלכה, וגבולותיה הפתוחים שטרם שורטטו - מלמדת כי אף על יסוד הממצאים העובדתיים שנקבעו, נותר עוד מקום לדיון משפטי. בשל כל אלה רואה אני לנכון להתייחס לטענות לגופן. יוזכר בהקשר זה שבית משפט השלום כאמור נדרש להיבט המשפטי בטענות אלו. לגישתו ראוי לאמץ את גישת בתי המשפט הפדראליים בארצות הברית לגבי הגנת ה- Entrapment המאפשרת לזכות נאשם שביצע עבירה בעקבות הטמנת פח על-ידי סוכן בשל הפגיעה בזכותו להליך הוגן. זאת דרך הצינור של ההגנה מן הצדק המעוגנת בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

7. בכל הנוגע לשאלת ההדחה, הדין הנוהג בשיטת משפטנו ברור ועקבי. ההלכה היא כי אין ההדחה או השידול למעשה עברייני פוטרים את העבריינן מאחריות פלילית הרובצת עליו על-ידי זיכוי מאשמה, אלא עשויים להביא להקלה מסוימת בעונשו של נאשם (ע"פ 7830/08 מחאמדה נ' מדינת ישראל (14.12.08); ע"פ 15/78 ביבס נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(3) 64 (1978); ע"פ 360/80 מדינת ישראל נ' אפנג'ר פ"ד לה(1) 228, 235). בצדק ציין בית המשפט המחוזי שהלכה זו נבחנה על-ידי בית משפט זה ונותרה על כנה גם לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ע"פ 6097/98 ויקטור דיין נ' מדינת ישראל (24.06.99)(להלן: עניין דיין)). באותו עניין נקבע "בפנינו הדחה על ידי סוכן משטרה במלוא מובן המילה... ממש שידול דבר עבירה, שידול אשר בלעדיו לא הייתה העבירה נעשית כלל." הודגש בעניין דיין כי "שידול על-ידי סוכן משטרה אינו שולל את האחריות הפלילית של אדם, גם אם המשודל היה אדם תמים, שומר חוק, שסוכן היה זה שעורר בו את הרצון לעבור את העבירה". השפעת התנהגות המדיח - מקומה נותר בגזר הדין ולא בהכרעת הדין.

המקרה שלפנינו מתאפיין בשתי נקודות עובדתיות שונות. האחת, נוכח יוזמתו הברורה של המבקש בשיחות עם התחקירנית ותשובותיה הלקוניות והמינימאליסטיות, לא התגבשו כמצוין לעיל מבחינה עובדתית הדחה או שידול. הנקודה השנייה נוגעת לזהות הגוף המעורב בטענת המבקש בביצוע העבירה – לא סוכן מטעם המשטרה אלא תחקירנית ערוץ טלוויזיה. זאת בשים לב שעירוב המשטרה בתחקיר נעשה רק בשלב האחרון לפני קיום המפגש בין התחקירנית למבקש. המדינה טוענת כי ערוץ 10 לא נכנס לנעליה של רשות האכיפה היות שלא ניהל חקירה פלילית, אלא רק יצר סיטואציה עובדתית מסוימת.

העובדה שטענת ההדחה מופנית כלפי פעולת גוף פרטי להבדיל מסוכן משטרה מציגה זווית נוספת בטענת המבקש בענייננו (השוו: ע"פ 5268/04 מינין נ' מדינת ישראל (7.11.05)). טענת ההדחה נולדה עקב השימוש שעושות רשויות המשטרה בסוכנים סמויים כאמצעי להביא עבריינים לדין. הגם שהפעלת סוכני משטרה נתפסת כ"רע הכרחי" ואינה מקימה מניעה להעמדה לדין של מבצע העבירה, הפסיקה הציבה לה גבולות. בתי המשפט עמדו על הפסול בהכשלתו של אזרח ישר-דרך לבצע דבר עבירה שלא היה מבצע אלמלא ההדחה על-ידי סוכן משטרה. נאמר כי אל למשטרה להצמיד סוכן מדיח לאדם אלא אם יש בידיה מידע מקדים ואמין בעל יסוד סביר להאמין כי אותו אדם מעורב בפעילות עבריינית (ע"פ 470/83 משה מורי נ' מדינת

ישראל, פ"ד לט(1) 1, 5 (להלן: עניין מורי)). כן נקבע כי על סוכן סמוי להימנע מלהפעיל אמצעי לחץ מוגזמים כדי לשכנע חשוד לבצע עבירה (ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221, 364-365 (להלן: ענין יפת)). יתכן והמדיח הפרטי, בדומה לאיש משטרה או אכיפה, ביצע מעשה אשר שידל אחר לבצע דבר עבירה; אך בשונה ממנו, הוא אינו מוגן על פי הדין (בהקשר זה ראו: ע"פ 4048/91 יאסין בן עלי דהאר נ' מדינת ישראל (29.12.93); ע"פ 1224/07 אברהם בלדב נ' מדינת ישראל (10.02.10); גבריאלי הלוי תורת דיני העונשין ג, בעמ' 563 (2010) וכן סעיפים 30 ו-34 לחוק העונשין). עיקרון יסודי בדיני עונשין הוא כי האחריות בפלילים היא אחריות אישית (ע"פ 246/68 ווגר נ' היועמ"ש, פ"ד כב(2) 477). כך גם ביחס למודח. הבחינה המשפטית של התקיימות יסודות העבירה בהליך הפלילי מתמקדת בנאשם. לפי הגישה הישראלית כמתואר, כאשר הוכח על פי ראיות קבילות היסוד הנפשי והעובדתי אצל הנאשם, אין פעילותם של אחרים כשלעצמה, יהיו אשר יהיו, גורעת מאשמו.

גישת המשפט האמריקאי, שהוצגה גם בפסק דינו של בית משפט השלום, יכולה להאיר בשאלה זו. במדינות ארצות הברית נאשם יכול לטעון להגנת ה- Entrapment מפני אחריות פלילית. משמעותה היא כי תהא זו הגנה מוחלטת לנאשם שהוכיח כי הרעיון הפלילי לבצע את העבירה נולד רק בעקבות שידולו של הסוכן המשטירתי. התפתחו בפסיקה האמריקאית שתי גישות של ההגנה. לפי הגישה הסובייקטיבית, המיושמת במרבית המדינות, על בית המשפט להתמקד בבחינת התנהגות הנאשם ומחשבותיו; אם הנאשם נטה לבצע את העבירה גם ללא השידול, ההגנה לא תקום לו (1932) 287 U.S. 435, 451 (Sorrells v. U.S.). הגישה האובייקטיבית לעומת זאת בוחנת את התנהגותה של הרשות בנפרד מהנאשם. הרציונאל בבסיס גישה זו הוא שאין למחול להתנהגותה הפסולה של הרשות בגלל נטייתו הפלילית של הנאשם (Sorrells, at 458-59).

כך או כך, לפי שתי הגישות נאשם במדינות ארצות הברית יכול להעלות את טענת ההדחה רק כאשר הטמנת הפח נעשתה על-ידי סוכן ממשלתי. בתי המשפט חזרו ועמדו על כי הדחה בידי אזרח פרטי שאין לו כל זיקה לממשלה איננה מהווה הטמנת "פח יקוש" (U.S. v. Layeni, 90 F.3d 514, 517 (D.C. Cir. 1996); U.S. v. Sarmiento,) (786 F.2d 665, 667 (5th Cir. 1986); אחת ההצדקות לשלילת ההגנה היא שהדחה פרטית היא למעשה שידול, והנאשם שנענה לו באמת אשם בביצוע העבירה (U.S. v. Manzella, 791 F.2d 1263, 1269 (7th Cir. 1986)). הצדקה נוספת שהועלתה בפסיקה האמריקנית מקורה במטרת הגנת ה"פח היקוש" המכוונת למנוע מהממשלה לעודד

ביצוע עבירות פליליות בעוד שהיא אמונה על הסדר הציבורי (*State v. Taylor*, 599 P.2d) (1958) 369, 372 U.S.; *Sherman v. U.S.*, 356 U.S. 369, 372 (1958); *Utah* 1979) 496, 500. מטרה זו אינה תקפה כלפי אדם פרטי. מקרה אחד שנידון בבית משפט במחוז השביעי הפדראלי דומה במידה מסוימת לעניינו. אישה בוגרת התכתבה באמצעות אתר האינטרנט MySpace עם אדם לאחר שזה יצר קשר עם ביתה הקטינה, תוך שהתחזתה להיות נערה בת 15 שנים (*U.S. v. Morris*, 549 F.3d, 552 (7th Cir. 2008)). לאחר שהשניים קבעו להיפגש כדי לקיים יחסי מין והנאשם שלח לאם כרטיס אוטובוס, לשכת החקירות הפדראלית (FBI) התערבה ונכנסה במקום האם למנוי שלה באתר. בית המשפט הפדראלי ציין כי הגם שהיה זהיר ושקול יותר אילו האימא הייתה מדווחת לרשויות כאשר נודע לה שהנאשם יצר קשר עם ביתה במקום לבצע בעצמה חקירה, עדיין לא עומדת לנאשם הגנת ה-Entrapment מול מעשיה הפרטיים. מסקירה זו עולה כי אף אימוץ הגנת ההדחה על פי המודל האמריקני לא היה מסייע בידי המבקש.

8. נותר עוד לדון בסוגיה המשפטית השלישית שהעלה המבקש בנוגע לתחקיר שערך ערוץ 10. טענתו היא כי פעולות התחקירנית והתנהלות הערוץ כפי שעולה מהממצאים העובדתיים פגעו בחוש הצדק וההגינות באופן המקים למבקש הגנה מן הצדק. התשתית לטענה זו מצויה בתרומה, אם לא הדחה, של ערוץ 10 לביצוע העבירות.

הדוקטרינה של הגנה מן הצדק נשענת על סמכותו של בית המשפט לבטל אישום העומד בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית (עניין יפת, בעמ' 370). היא נקלטה בשיטת משפטנו מהמשפט המקובל האנגלי דרך הפסיקה (ע"פ 8168/05 פלינק נ' מדינת ישראל, פס' 29 (31.05.07)). בעניין יפת דן בית משפט זה בדוקטרינה לראשונה עקב טענת הנאשמים כי העבירות שיוחסו להם בוצעו על דעתן ובעידודן של הרשויות הממלכתיות ולכן לא ראוי לקיים את ההליך הפלילי. בפסק דין זה הוטבע רף מחמיר להחלת ההגנה שכונה מבחן ה"התנהגות הבלתי נסבלת של הרשות". לפי מבחן זה, רק בנסיבות חריגות בהן התנהגות הרשות מגעת כדי "התנהגות שערורייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם.." יהיה רשאי בית המשפט לבטל את כתב האישום (בג"ץ 1563/96 כץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נה(1) 529, 544 (1997)). בפרשה זו התייחס השופט ד' לוין לתכלית ההגנה מן הצדק מחמת השתק פלילי של הרשות והיא שמירה על ריסון עוצמתה של הרשות כשזו עושה שימוש לא הוגן בסמכותה (שם, בעמ' 369).

לאחר שניתן פסק דין יפת הושמעה ביקורת בספרות כלפי המבחן הצר שבית המשפט הפעיל בדונו בטענת הגנה מן הצדק. נטען כי מבחן זה ירתיע את הערכאות הדיוניות ולא יספק מענה לטעמים העשויים להצדיק את הפסקת ההליך הפלילי (י' נקדימון, הגנה מן הצדק 64-65 (2009); ב' אוקון, ע' שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוט" המשפט ג, 381 (תשנ"ו); ז' סגל, א' זמיר "הגנות מן הצדק כיסוד לביטול אישום – על קו התפר בין המשפט הפלילי למשפט הציבורי" הפרקליט מז 42 (תשס"ד); מ' לוי "עוד על מהות ההגנה מן הצדק ועל המבחן לקבלתה – הערות, ביקורת והצעה למבחן חלופי" המשפט 19 80 (תשס"ה)). בהמשך הורחב גדר תחולתה של ההגנה מן הצדק על כל מקרה בו "קיומו של ההליך הפלילי פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות" (ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ פ"ד נט(6) 776, 806 (להלן: עניין בורוביץ)). מבחן "הפגיעה הממשית בתחושת הצדק" שנקבע בעניין בורוביץ היה מרוכך יותר מהמבחן שהוטבע בפסק הדין בעניין יפת. בנוסף, מוקד הבחינה הוסט מהתנהגות הרשות אל עבר מצבו של הנאשם על רקע נסיבות ההליך. נקבע שמטרתה של ההגנה היא לעשות צדק עם הנאשם, ולא לבוא חשבון עם רשויות האכיפה על מעשיהן הנפסדים.

על רקע הרחבת תחולתה של ההגנה מן הצדק, התווה בית המשפט בעניין בורוביץ כי ההכרעה לגבי החלת ההגנה מן הצדק בכל מקרה תיעשה תוך איזון בין ערכים ואינטרסים התומכים בניהול ההליך הפלילי לבין אלו המצדיקים שלא לקיימו, כגון הגנה על זכויות יסוד של נאשם ושמירת אמון הציבור בבית המשפט (שם, 807-808). לשם בחינת תחולת ההגנה נקבע מבחן תלת-שלבי: בשלב הראשון, נקבע כי על בית המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים הפליליים ועוצמתם במנותק משאלת אשמתו של הנאשם. ודוק: השאלה אינה האם הנאשם אחראי לעבירה המיוחסת לו, אלא האם נכון לנהל את משפטו. בשלב השני, על בית המשפט לבחון אם עקב קיום ההליך הפלילי למרות הפגמים בו נוצרת פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות. ההכרעה בשלב השני דורשת איזון בין האינטרסים השונים והמגוונים. אם נמצא שהתשובה חיובית, בשלב השלישי בית המשפט צריך לבחון אם לא ניתן לרפא את הפגמים באמצעים מתונים ומידתיים יותר מאשר ביטולו של כתב האישום. לצד זאת, בית המשפט במקרים אחרים שב והטעים את הזהירות והצמצום שיש לנהוג בהפעלת הדוקטרינה (ראו למשל: ע"פ 6922/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 33 (1.2.10))(להלן: עניין פלוני)).

ומן הפסיקה לחקיקה. בשנת 2007 עוגנה טענת ההגנה מן הצדק בסעיף 149 לחוק סדר הדין הפלילי שמכיל רשימת טענות מקדמיות שנאשם רשאי לטעון לאחר

תחילת משפטו כדי להביא לביטול או תיקון כתב האישום. אמת המידה שמתווה החוק היא: "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". שאלת היחס בין ההגנה מן הצדק החקוקה ובין הדוקטרינה ההלכתית והמבחנים שנקבעו בפסיקה טרם לובנה עד תום על-ידי בית משפט זה (ראו לדוגמא: חוות דעתו של השופט ח' מלצר בע"פ 1292/06 יחיא תורק נ' מדינת ישראל (20.07.09)). הובעה העמדה כי ההבדלים בין השניים אינם ניכרים או משמעותיים (עניין פלוני, פס' 34 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל). גישה נוספת הציעה כי יתכן שהעדפת מבחן ה"סתירה המהותית" בסעיף 149(10) על פני מבחנים מצמצמים יותר מעידה על נכונות להרחיב במידת מה את תחומה של ההגנה (ע"פ 5672/05 טגר נ' מדינת ישראל, פס' 111 לפסק הדין (21.10.07) (להלן: עניין טגר)).

על רקע התפתחות זו, נידונה בבית משפט זה טענה לפיה מעורבות הרשות בעבירה על-ידי עידוד אקטיבי לביצועה צריכה להקים הגנה מן הצדק. נפסק כי על פי סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי יש לבחון האם ניהול ההליך הפלילי - על אף מעורבות הרשות - יעמוד בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית (עניין טגר, פס' 115 לפסק הדין). כשלעצמי, הייתי מדגיש כי ההגנה מן הצדק צמחה מהיצירה הפסיקתית אל עבר ספר החוקים. המונח "הגנה מן הצדק" אינו מופיע בחוק סדר הדין הפלילי. נדמה כי סיבה אחת לכך היא שאין הטענה מהווה הגנה מפני אשמה שבכוחה להביא לזיכוי, אלא טענה מקדמית שהתוצאה האפשרית הנובעת מקבלתה היא ביטול או תיקון כתב האישום (סעיף 150 לחוק סדר הדין הפלילי). טעם נוסף הוא בבחירת המחוקק להדגיש בטענה המקדמית שהוספה לא רק עקרונות של צדק אלא גם של הגינות משפטית. כך או כך, נראה שהסטנדרטים שהותוו בפסיקה המאוחרת בדבר אופייה של ההגנה מן הצדק לפני התיקון לחוק סדר הדין הפלילי ישמשו כמורה דרך וכלי עזר לפרשנות אופן יישום סעיף 149(10).

מעניין יהא להשוות בין טענת ההגנה מן הצדק ובין הלכת הפסילה הראייתית בפסק דין יששכרוב (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, סא(1) 461). שניהם עומדים על הדרישה לנהל משפט צודק והוגן לנאשם. זוהי התפתחות משותפת ומבורכת שמבשרת על נכונות של המחוקק ובית המשפט להשקיף על המשפט הפלילי מתוך ראייה רחבה של ערכי יסוד. השוני ביניהם בא לידי ביטוי במושא הבחינה: בעוד פסק הדין בעניין יששכרוב מתמקד בדיני הראיות וקבילותן, טענת ההגנה מן הצדק בוחנת את ניהול ההליך בכללותו. אם תרצו, פסילת ראיה לעומת פסילת הליך.

נקודה נוספת עניינה עיתוי העלאת טענת ההגנה מן הצדק והכרעה בה. לא מן הנמנע כי טענת ההגנה מן הצדק תתעורר לראשונה במהלך בירור המשפט ולא בשלב המקדמי. במצב כזה, לא הייתי שולל את הטענה רק מפני שלא הועלתה בשלב המקדמי של ההליך (השוו: הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51) (הגנה מן הצדק), התשס"ז-2007 ה"ח 143, בעמ' 138). לא פעם ההכרעה בטענה מקדמית דורשת שמיעת ראיות ולא ניתן לפסוק בה רק על בסיס עיון בתוכן כתב האישום. כמובן, ישנן טענות מקדמיות שראוי להעלותן בתחילת המשפט וניתן להכריע בהן באותו שלב. דוגמא לכך היא טענה כי בית משפט השלום נעדר סמכות על סמך הכתוב בכתב האישום. לצד זאת, קיימות טענות מקדמיות שאף אם נטענות בשלב המקדמי, יש שהן תתבררנה רק במהלך המשפט. כזו עשויה להיות בנסיבות מסוימות טענת התיישנות. שעה שהטענה המקדמית בסעיף 149(10) מבוססת על תשתית עובדתית שעומדת בליבת כתב האישום, כפי שכאן, היא דורשת שמיעת ראיות במהלך המשפט. לפיכך, ההחלטה בטענה תינתן במסגרת הכרעת הדין. במצב האחרון, הביקורת הערעורית ביחס לטענת ההגנה מן הצדק תיבחן על פי נימוקי הכרעת הדין.

9. מן הכלל אל הפרט. מה הם המאפיינים הייחודיים בטענת ההגנה מן הצדק בענייננו? בקליפת האגוז, מרכזיותו של הגורם הפרטי בסיפור מעשה העבירה. הבשלתו של תיק זה, כמו גם הבקשה הנוספת שעומדת לפנינו ושבעה-עשר תיקים נוספים, נבעו מפעולת ערוץ טלוויזיה ששכר תחקירנים במיוחד כדי לאתר גברים שנכונים ליצור קשר מיני עם ילדים באינטרנט. בית משפט השלום הדגיש שוב ושוב בהכרעת הדין את הפגם הנובע מכך שהאינטרס המסחרי, טעמי הרייטינג והשיקולים העסקיים של ערוץ הטלוויזיה הם שהנחו את פעולות התחקירנים. זאת להבדיל מהשיקול הציבורי של הבאת נאשמים לדין בשמו פועלות רשויות האכיפה.

פעילותם של ה"סוכנים" הפרטיים יוצרת קשיים שונים. בית משפט זה הביע בעבר הסתייגות מהעברת סמכויות שלטוניות מובהקות לידיים פרטיות (ראו בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר (19.11.09) בעניין הפרטת בתי הסוהר). כאן לא מדובר בהפרטה או האצלת סמכויות שלטוניות אלא תחקיר של גוף פרטי. ההכשרה והפיקוח הקפדני על הפעלת סוכני משטרה מבחינים ביניהם לבין גופים פרטיים (לדעה ביקורתית כלפי הפרטת שירותים ציבוריים ראו: Avihay Dorfman & Alon Harel, *The Case Against Privatization*, 41(1) PHIL. & PUB. AFF 67 (2013)). חירותם של גופים פרטיים ככלל וגופי עיתונות בפרט מכבלי הרשות המוסמכת מקלה ומטרידה כאחד. מקלה - לדוגמא, שוטר חייב להזהיר נאשם טרם

חקירתו. לא כן המצב ביחס לתחקירן הפרטי. התנהגות השוטר כפופה לביקורת של בית דין משמעת. אף שהעיתונאי כפוף גם הוא לאתיקה העיתונאית ולמועצת העיתונות, מסגרת הביקורת שונה. רשויות האכיפה, כגורם רשמי בהליך הפלילי, כפופות לחוקים ונהלים רבים המגדירים את המותר והאסור להן. הפסיקה דורשת שהפעלת סוכן משטרה מדיח תיעשה רק כאשר היא הדרך הסבירה היחידה להשגת הראיות הדרושות להעמדה לדין (עניין מורי, בעמ' 1). לעומת זאת, בעניין טגר דווקא העובדה שמשטר הביטחון פעל בכובעו כגוף פרטי המבצע עסקאות מסחריות, להבדיל מכובעו כרשות אוכפת חוק, היוותה שיקול מרכזי מול התנהלות המדינה (פס' 117 לפסק הדין). הקלות אלו גם מטרידות. חוסר הכפיפות של גופים פרטיים לכללי הרשות הציבורית מעורר חוסר נוחות. נהוג לחשוש מהאפשרות שרשויות האכיפה יפעילו את סמכותן מעבר לנדרש. צידו השני של חשש זה הוא האפשרות שגורם לא מוסמך ימלא את תפקידו (השוו: רע"פ 322/03 משה אלי נ' מדינת ישראל (04.05.03)).

האמור אינו גורע מתפקידו של התחקיר התקשורתי. הניסיון מלמד כי פעמים רבות הוא תורם להשגת תוצאות חברתיות חשובות. אין בדברים אלה לתחום גבולות בין התחקיר התקשורתי ובין החקירה המשטרתית. לטעמי חשוב לשאול האם אין גבול והיכן הוא עובר. בלי לדון בתשובה, אסתפק בתהייה הבאה: אף שעיתונות חוקרת חשובה בחברה דמוקרטית, האם אין להבחין בינה ובין "עיתונות שוטרת"? מטרתה להציף לבטים שעשויים להתלוות לתחקיר מהסוג שנערך כאן. ראוי כי מועצת העיתונות תעמיק ותרחיב דעתה בעניין. האיזונים בכגון דא רגישים ומורכבים ביותר. ברם, זה אינו נושאנו. המסגרת הדיונית כאן היא המשפט הפלילי. העניין נדרש בגדרו כדי להבין את מהות טענת ההגנה מן הצדק ביחס לתחקיר הפרטי, והאם בכוחה להצדיק את ביטול כתב האישום שהוגש נגד המבקש.

10. כאן, התחקיר בוצע על-ידי ערוץ 10 על דעתו ולא כשלוח של המשטרה. לא נטען לפנינו כי פעולות התחקיר של ערוץ 10 אסורות על פי החוק. טענת המבקש היא כי התנהלות התחקירנית וערוץ 10 שהדיחו אותו לביצוע העבירה בעלת השפעה על הרשעתו עקב הפגיעה בזכותו להליך הוגן.

מהטעון האמור עולות שתי שאלות – כללית ופרטנית. השאלה הכללית היא האם ניתן לטעון להגנה מן הצדק בשל פעולות חקירה המבוצעות על-ידי כלי תקשורת. השאלה הפרטנית בענייננו היא האם בכוחן של פעולות ערוץ 10 כגוף פרטי בנסיבות העניין להקים למבקש הגנה מן הצדק?

התשובות לשתי השאלות יינתנו בהתאם להתפתחות דוקטרינת ההגנה מן הצדק בדין הישראלי. אילו היינו נדרשים לענות על השאלה הכללית בהתאם לאמת המידה הראשונה להענקת ההגנה מן הצדק שנקבעה בעניין יפת, התשובה הייתה בשלילה משני טעמים. ראשית, במבחן זה הדגש הושם על שיקול דעת התביעה והתנהגות הרשות. במקרה שלנו, ערוץ 10 יזם את התחקיר כלפי המבקש לא כגוף חוקר ולא בשיתוף פעולה עימו. לכן, בהיעדר פגם או התרשלות בהתנהגות הרשות נראה שלא הייתה מתקבלת טענת הגנה מן הצדק רק בשל הדחה על-ידי גוף פרטי. מסקנה זו מתיישבת עם הגנת ה-Entrapment האמריקנית המצומצמת למקרי הדחה בידי סוכן. הטעם השני הינו רף הפגיעה הגבוהה שנדרש לתחולת ההגנה על פי מבחן ה"התנהגות הבלתי נסבלת של הרשות" שנקבע בעניין יפת. נתקשה לומר כי הגשת כתב האישום נגד המבקש בהינתן מעורבות ערוץ 10 והשיחות שערכה התחקירנית מטעמו עם המבקש הייתה בדרגת חומרה כה גבוהה.

האם תשתנה התשובה לשאלה הכללית על פי סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי והמבחנים שנקבעו בפסיקה המאוחרת? התשובה מורכבת. הרף שנקבע בהלכה הפסוקה נע ממבחן של "התנהגות שערורייתית של הרשות" למבחן המתמקד בהבטחת הליך פלילי הוגן וצודק לנאשם. שינוי זה מאפשר להתחשב בפעולות שלא נבעו ממעשי הרשות אך עדיין פגעו בתחושת הצדק וההגינות בהליך. אף שנראה שעדיין ברוב המקרים תהא סוגיית ההגנה מן הצדק קשורה להתנהגות הרשות, כבר נפסק שאין לשלול אפשרות שהפגיעה בתחושת הצדק וההגינות תיוחס לנסיבות שאינן תלויות ברשויות כל-עיקרן אך המחייבות את המסקנה כי לא יהיה ניתן להבטיח לנאשם קיום משפט הוגן (עניין בורוביץ, 807). עמדה זו משתלבת עם סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי, לפיו מוקד הבדיקה מושם על שאלת הצדק וההגינות שבניהול ההליך הפלילי (השוו: עניין טגר, פס' 115). לשון הסעיף אינה מחייבת כי הרשות תהא הגורם שפגע בהליך ואף אינה מעניקה משקל לזהות הגוף הפוגע. נוסח החוק שנבחר על-ידי ועדת חוקה, חוק ומשפט מנחה אותנו לעמוד על קיומה של "סתירה מהותית לעקרונות הצדק וההגינות עקב קיומו של ההליך הפלילי" (ראו: הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51)(הגנה מן הצדק), בעמ' 138).

הנה כי כן, ההגנה מן הצדק שזכתה להכרת המחוקק היא עודנה רקמה פתוחה שמחייבת פרשנות (זאב סגל ואבי זמיר "הגנה מן הצדק באור חוק סדר הדין הפלילי – סדר חדש של הגינות משפטית" 99 דיויד וינר: על משפט פלילי ואתיקה 231 (2009)).

יוזכר כי לשון הטענה בסעיף 149(10) היא: "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". ברי, התביעה היא הגורם אשר אמון על הגשת כתבי אישום נגד נאשמים והיא המנהלת את ההליכים נגדם. לעומת זאת, הבחינה האם המצב המשפטי עומד בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית מופנית לא רק כלפי התנהלות התביעה אלא גם רשויות אחרות, ואף גורמים אחרים המשפיעים על ההליך הפלילי. התביעה החלה את ההליך הפלילי עם הגשת כתב האישום ולכן ברור מדוע פעמים רבות התנהגותה תעמוד במוקד הטענה; אך הכרעה בטענת הגנה מן הצדק נתונה לבית המשפט. ראייתו רחבה ומתבוננת על כל הנסיבות העוטפות את שלבי ההליך. אמת המידה היא סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות בראי המשפט הפלילי. אין בכך לסטות מהתפיסה כי יהיה מקום לקבל הטענה המקדמית של הגנה מן הצדק רק במקרים חריגים. התנהגות לא נאותה של גורם תקשורתי, ככל שקיימת, אינה מובילה בהכרח למסקנה שלא ניתן לנהל משפט צודק והוגן, תוך מתן משקל מתאים להתנהגות האמורה. זו המורכבות בתשובה: התנהגותו של גורם שאינו הרשות עשויה להשפיע על התשובה. אך בסופו של דבר ההכרעה נבחנית אל מול החלטת התביעה להגיש כתב אישום נגד נאשם ולנהל את משפטו.

על בסיס התפתחות חקיקתית זו ועליית משקלה של טענת ההגנה מן הצדק בפסיקה, אין להוציא מכלל אפשרות שבמקרים מתאימים מעורבותו של גוף פרטי בהליך הפלילי ובפרט ניהול חקירה יזומה על-ידי כלי תקשורת עשויים לפגוע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות של ההליך עד כדי החלת ההגנה מן הצדק.

11. עתה שבים אנו לשאלה הפרטנית – האם בניהול ההליך נגד המבקש נוצרת סתירה מהותית לעקרונות צדק והגינות? לכך יש להשיב בשלילה. נבחן את עניינו של המבקש בשלושה היבטים. ראשית, מהותו של הפגם הנטען. בענייננו, המבקש טוען לפגם בהליך עקב התנהלות התחקירנית וערוץ 10. למעשה זהו הבסיס לטענת ההגנה מן הצדק. ברם, הפן העובדתי בעניינו של המבקש אשר לוקה בהוכחת קיומה של הדחה, גם אינו מצדיק את החלת ההגנה מן הצדק באופן שתשפיע על הרשתות. כפי שנקבע לעיל, התחקירנית לא פנתה בעצמה למבקש באתר "גילוי עריות". התחקירנית לא שידלה את המבקש לבצע את העבירה. אגב, ערוץ 10 הקפיד על התנהלות עובדיו, ובחלק מהמקרים החליט להפסיק תחקירים בשל חשש להדחת הפונים על פי בדיקת רישומי השיחות. כמובן, מבקרה זו לא ניתן להסיק לגבי מקרים אחרים בהם המשיך התחקיר. יוזכר עוד שלא נטען כי ערוץ 10 והתחקירנית מטעמו פעלו באופן לא חוקי.

שנית, מעשי המבקש. הוא אשר יזם את שיחות הצ'אט באתר. התכנים המיניים בשיחות עם סיוון הועלו מרצונו ובעצמו. המבקש הכתיב את נרטיב היחסים המיני מול התחקירנית. ההצעות המיניות הן פרי יוזמתו. בראייה זו אמנם ערוץ 10 יזם את השרשרת העובדתית; אך מן השלב בו המבקש החליט לפנות לתחקירנית באתר, התנהגות הערוץ והתחקירנית לא היו אלה שהובילו להתקיימות רכיבי העבירה. המבקש אחראי להמשך השתלשלות האירועים.

ההיבט השלישי בוחן את קיום ההליך הפלילי נגד המבקש על רקע שני ההיבטים הראשונים. אף אם ניתן לבקר את ערוץ 10 על שיזם מלכתחילה תחקיר ביחס אליו כאשר לא היה חשוד בפלילים ועל שהמשיך בתחקיר לבד עד לפני המפגש בין התחקירנית למבקש – אז שותפה המשטרה, לא די בכך. הלך "החקירה הפרטית" ואופן התנהלותה לא פגעו באחריות האישית של המבקש לביצוע העבירות. המבקש ביצע את מעשיו במודעות ומבחירה חופשית. מרכיבים אלה הם הדומיננטיים בתמונת ההתנהגות העבריינית של המבקש. אין במעורבות ערוץ 10 במקרה זה לסתור את אלה. במצב זה החלטת המדינה לקיים את ההליך אינה כרוכה בפגיעה בזכויות היסוד של המבקש. מנקודת מבטם של המבחנים שאוזכרו בעניין בורוביץ, מסופקני אם הפגמים בדרך ניהול התחקיר העיתונאי הינם בעוצמה המצדיקה את ביטול ההליך נגד המבקש. זאת ביתר שאת אם ניקח בחשבון את השיקולים מנגד - חומרת העבירה בה מואשם המבקש, שבוצעה כלפי קטינה לפי ידיעתו, והצורך למגר עבריינות זו. הגשת כתב אישום נגד המבקש בנסיבות אלו אינה נמנית עם המקרים החריגים שדורשים את ביטולו מטעמי צדק והגינות. גם בהתחשב בהשלכה של הפגם במעורבות ערוץ 10, ובמידה שקיים, על המבקש וזכויותיו – ניהול המשפט נגד המבקש אינו בלתי ראוי. המסקנה הינה שאין בקיום ההליך משום "פגיעה חמורה בתחושת הצדק וההגינות" (עניין בורוביץ בעמ' 807) והוא אף אינו עומד בסתירה מהותית לעקרונות אלו לפי סעיף 149(10) לחסד"פ.

טרם חתימת הסוגיה נזכיר כי בתי המשפט הכירו בהדחה על-ידי סוכן כשיקול לקולא לגזירת העונש של העברייין (עניין מורי, בעמ' 6). לעמדת הדין מאפשר לשקול גם השפעה של גורמים אחרים מלבד סוכני משטרה על ביצוע העבירה במקרה המתאים. על פי תיקון מס' 113 לחוק העונשין משנת 2012, בית המשפט יקבע מתחם עונש הולם למעשה עבירה שביצע נאשם תוך התחשבות, בין היתר, בנסיבות הקשורות בביצוע העבירה (סעיף 40ט(א) לחוק העונשין). עם נסיבות אלו מונים את "חלקו היחסי של הנאשם בביצוע העבירה ומידת ההשפעה של אחר על הנאשם בביצוע העבירה" (תת סעיף 40ט(א)(2)). אמנם התיקון לחוק לא חל על עניינו של המבקש בשל מועד הכרעת

הדין. אך נראה כי גם לפני התיקון ניתן היה לשקול השפעה על ביצוע העבירה מכוח כללי הענישה.

לעניין עונשו של המבקש, ככל שהוא חלק מבקשתו לרשות ערעור, אוסיף שלטעמי בית משפט המחוזי לא החמיר עימו יתר על המידה. על המבקש הוטלו חודשיים מאסר בפועל שירוצו בדרך של עבודות שירות וקנס על סך 5,000 ש"ח, עונש זה הולם את נסיבות ביצוע שתי העבירות – ניסיון להטרדה מינית וניסיון למעשה מגונה, גם בהשוואה ליתר המורשעים בפרשה. לאחר שקילת מעורבות ערוץ 10 בפרשה ונוכח קביעתנו שלא בוצעה הדחה על-ידם, אין מקום להתערבותנו בגזר הדין של בית משפט המחוזי ואין עניין זה מצדיק רשות ערעור.

12. עיינתי בהערותיו של חברי השופט י' דנציגר, שיש בהן טעם ועניין רב. נראה שיש מן המשותף בעמדותינו. דבריו פתחו פתח לחדד את עמדתי ביחס לשאלת ההדחה. אעשה זאת תוך הבחנה בין שלושה צמתים בהליך הפלילי – זיכוי, פסילת ראיה, וביטול כתב אישום.

הצומת הראשון ממוקם ביחס בין הלכת ה"פח היקוש" ובין הכרעת הדין. סבורני כאמור כי טענת ההדחה לביצוע עבירה כשלעצמה אינה מקימה הגנה מאחריות בפלילים. זאת להבדיל מהשפעתה האפשרית על גזר הדין. בכך הציג חברי את עמדתי בצורה מדויקת, ובצומת זה קיימת מחלוקת בינינו. עם זאת, אינני שולל כי הרובד העובדתי של הדחה עשוי להיות רלוונטי לביסוס אחת ההגנות מאחריות המפורטות בחלק המקדמי של חוק העונשין.

הצומת השני עומד בנקודת הממשק בין הלכת ה"פח היקוש" או הדחה ובין הגנה מן הצדק, או ליתר דיוק סעיף 149(10) לחסד"פ. כפי שנימקתי לעיל, עמדתי היא כי ייתכן שבנסיבות חריגות, קיומה של הדחה עובדתית או מעורבות אחרת של גוף פרטי תצדיק ביטול כתב אישום או הפסקת הליך פלילי. זאת אם נוצרת סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית. להשקפתי, טבעי הוא כי "הדחה" עובדתית תמצא את מקומה בהגנה מן הצדק, אך לא בהגנה מפני אחריות פלילית. שהרי הראשונה בוחנת את ההליך הפלילי במנותק משאלת האשמה של הנאשם, ומאפשרת להביא לביטולו של ההליך ללא בחינת קיומן של כל יסודות העבירה הפלילית. לכן, הפסקת הליכים ולא זיכוי מאשמה – פטור ממשפט ולא מאחריות פלילית.

הצומת השלישי מצוי במפגש בין הגנת ה"פח היקוש" ובין פסק דין יששכרוב. הייתי מדגיש שהם פועלים במסגרות שונות. הפח היקוש מוגדר כשידול לדבר עבירה ואילו פסק דין יששכרוב התווה דרך לבחינת קבילותן של ראיות שהושגו באמצעים לא כשרים. עולה כי המקום המתאים ליישם את הלכת יששכרוב הוא בשדה של דיני הראיות ולא בהגנות מפני אחריות פלילית. שאלות נוספות של פיתוח המשפט הפלילי הייתי משאיר לעת מצוא.

יושם אל לב השוני בין שלושת הצמתים בהם מתעוררת שאלת ההדחה. בעוד שהראשון עניינו הקלה בגזר הדין לעומת זיכוי בהכרעת הדין, השני נוגע להגנה מן הצדק שיכולה להביא לתיקון או ביטול כתב אישום, ואילו השלישי – עניין יששכרוב – ענינו נשואות לפסילת ראייה. ככלל, צומת צומת במקומו הוא.

מודעות לגיל של סיוון

13. בית המשפט המחוזי הרשיע את המבקש בביצוע ניסיון להטרדה מינית לפי סעיף 3(א)(6)(א) בצירוף סעיף 5(א) לחוק למניעת הטרדה מינית בגין השיחות המיניות שניהל עם התחקירנית באינטרנט. היסוד הנפשי הנדרש לביצוע עבירה התנהגותית זו הוא מודעות לטיב המעשה ולקיום נסיבות העבירה (סעיף 20(א) לחוק העונשין). בענייננו הנסיבה הרלוונטית היא כי המבקש היה מודע לכך שהנמענת של ההצעות או ההתייחסויות המיניות היא קטינה שטרם מלאו לה 15 שנים, או לחלופין שהמבקש חשד בדבר ונמנע מלברר זאת (סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין). המחלוקת בסוגית המודעות של המבקש לגיל של סיוון רלוונטית גם לעבירת הניסיון לבצע מעשה מגונה. הבחינה בשלב זה תהא במודעות תוך כדי השיחות האינטרנטיות שנערכו כי הן היו הבסיס העובדתי למפגש שנערך ביניהם. לאמור: המסקנה לגבי שאלת המודעות לגיל תשפיע על הרשעת המבקש בשתי העבירות.

נפסק על ידי בית המשפט המחוזי שהמבקש ידע ידיעה של ממש את גילה של הקטינה. לקביעה זו מתנגד המבקש וגורס כי לא היה מודע שהוא אכן משוחח עם ילדה בת 13, על אף שאמרה לו זאת. המבקש טוען כי הגם שהתקיימו סממנים בדבר גילה המוצג של סיוון, הוא האמין שמשוחח עם בוגרת. אי אמונתו כי סיוון בת 13 שנים נבעה לטענתו מביטחונה המופרז מדי של סיוון ביחס לקטינה, מההתנסות הבוגרת שלה ומהעובדה שכאשר ביקש שתשלח תמונה משפחתית - נמנעה מכך. לעמדת המדינה, בית המשפט קבע עובדתית שהמבקש היה מודע לגיל הקטינה או למצער עצם ענינו מלברר את גילה ולכן מתקיימים יסודות העבירה לפי החוק למניעת הטרדה מינית.

למעשה טענת המבקש היא כי נכיר בהגנה חדשה מפני אחריות פלילית הייחודית לרשת האינטרנט, אותה הוא מכנה "הגנה וירטואלית". משמעותה היא שתחת מעטה האנונימיות ברשת האינטרנט כל אדם יכול להתחזות לאחר ולכן המתקשר באינטרנט אינו יכול להיות מודע לזהות הצד השני, אפילו זה הציג עצמו באופן מסוים. המבקש נסמך על קביעת בית משפט השלום כי לא ניתן להחיל את הרכיב של "מודעות לקיום נסיבות" בדרישת המחשבה הפלילית על התקשרות וירטואלית אנונימית. על בסיס זה, קבע בית משפט השלום שגם אין בידי המבקש דרך אובייקטיבית לברר נסיבות לאשורן לפי דרישת עצימת העיניים, אף אם ירצה בכך. בית המשפט המחוזי ציין כי השקפה זו עומדת בניגוד לתכלית החקיקה ולהגיון. המדינה בדיון לפנינו מבקשת לדחות את טענת המבקש שכן משמעותה היא כי עבירות באינטרנט תהיינה בלתי ענישות. לגישה יש להתאים את העבירות לשינויים במציאות, אך אין לפטור התנהגויות אסורות רק משום שבוצעו באמצעות תקשורת אינטרנטית אנונימית.

כאמור החלטנו ליתן רשות ערעור בבקשה ברע"פ 1201/12 ולדון בה כאילו הוגש ערעור על פי הרשות שניתנה גם בשאלת המודעות לקיום יסודות העבירה אצל אדם המשתמש בתקשורת מקוונת ואנונימית. השאלה שלפנינו בעלת חשיבות משפטית וציבורית לא מועטה, וניתן לשער כי הרלוונטיות שלה תגבר יחד עם ההתפתחויות הטכנולוגיות. היא נושקת לסוגיה רחבה יותר שחורגת מגדרי הענף הפלילי ומהותה ההתמודדות של המשפט עם האינטרנט – האם פעולות ברשת האינטרנט צריכות להיות מוסדרות כחלק מהמרחב המשפטי הפיזי או שמא הן מהוות מרחב משפטי נפרד שזכאי להסדרה עצמאית (לגישה אחת ראו: Joseph H. Sommer, *Against Cyberlaw*, 15 BERKELEY TECH. L.J 1145 (2000); לדעה ההפוכה: יובל קרניאל וחיים ויסמונסקי "חופש הביטוי, פורנוגרפיה וקהילה באינטרנט" מחקר משפט כג (2006); Lawrence Lessig, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, 113 HARV. L. REV. 501, 502 (1999)). סוגיה זו נגזרת ממאפייניה המיוחדים של רשת האינטרנט. כך למשל, האופי הגלובלי של האינטרנט מקשה על הפעלת סמכות שיפוט מקומית ובינלאומית על מעשים מקוונים שעשויים להיות בעלי השפעה במספר אזורים (ראו למשל: בש"א (י-ם) 2841/03 רעות אלקטרוניקה ורכיבים בע"מ נ' מראות אימאג' (14.12.03)); ה"פ (י-ם) 3137/04 AHAVA (USA) נ' ג'דבלין ג'. (10.10.04)). בנוסף, האנונימיות המתאפשרת בתקשורת האינטרנטית אף היא תורמת את חלקה ליצירת סוגיות משפטיות מגוונות שלא היו נפוצות קודם לכן (רע"א 4447/07 מור נ' ברק

אי.טי.סי [1995] החברה לשירותי בזק בינלאומיים, פס' 10 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' ריבלין (25.03.10)).

האתגרים השונים שמציב האינטרנט למשפט באים לידי ביטוי גם בתחום המשפט הפלילי על שלושת ענפיו: הדין המהותי, דיני הראיות וסדר הדין הפלילי. שאלות רבות עולות באשר לאופן היישום של החקיקה הפלילית הקיימת על פעולות חדשות שמתאפשרות עקב ההתפתחות הטכנולוגית או על התנהגויות פוגעניות מוכרות שנפוצות יותר באינטרנט (לניתוח מרחיב ראו: אסף הרדוף הפשע המקוון (2010)). הערכאות השונות דנו זה מכבר במעשים מקוונים על פי האיסורים הקיימים בדיני העונשין. למשל, הימורים מקוונים נידונו לפי סעיף 225 לחוק העונשין (ע"פ 6889/11 מדינת ישראל נ' אלירן עובד (14.5.12)) והעברת חומר רגיש באמצעות תוכנה מוצפנת לארגון אויב נידונה לפי 111 לחוק העונשין (ע"פ 3417/10 מדינת ישראל נ' פלוני (31.1.11)). בנוסף, המחוקק יצר הסדרים חדשים וייעודיים שמטרתם לתת מענה למציאות החדשה, כדוגמת חוק המחשבים, התשנ"ה-1995 שמגדיר עבירות מחשב חדשות. כמו כן, נערכו התאמות בחוקים הקיימים לשימוש באינטרנט (ראו למשל: סעיף 18(א)(6) לתיקון מס' 3 לחוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, התשס"ו-2006 שמאפשר לחדור לחומר מחשב הנמצא באחזקתו של עבריין המין וגם במחשב במקום עבודתו בהסכמת המעסיק).

14. במקרה דנא, על אף שהוכח כנדרש, בין היתר באמרתיו הברורות של המבקש עת נחקר במשטרה כפי שיוצג, כי היה מודע לגיל המוצג של בת שיחו, טענותיו והדיון שנערך בבית משפט השלום הציפו את הדיון בדבר התאמת היסוד הנפשי של המחשבה הפלילית לתקשורת אינטרנטית אנונימית. עמדתי היא כי צדק בית המשפט המחוזי כאשר קבע שאין להבחין בין ביצוע הטרדה מינית בתקשורת האנונימית ובין ביצועה באמצעי תקשורת אחר. אין ליצור שטח אקס-טריטוריאלי במרחב האינטרנטי בו מתירים לצד אחד לטעון שאינו יכול לדעת מבחינה משפטית מה גילו של שותפו לתקשורת. מסקנה זו אינה נובעת רק מההכרח אלא מן המציאות. גם אם מציאות זו עשויה לעורר קשיים מסוימים בהוכחה, די בכלים המשפטיים הקיימים כדי להתגבר על המשוכה.

אציין שלושה טעמים לעמדתי.

האחד, המחשבה הפלילית מוגדרת בסעיף 20(א) לחוק העונשין כקיומה של "מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה". המודעות מהווה מצב נפשי של הנאשם ביחס לנתונים עובדתיים המוצבים לפניו. המודעות נבחנת באופן סובייקטיבי – נדרשת מודעות בפועל של עושה העבירה לטיב התנהגותו ולקיום הנסיבות (ע"פ 3116/99 גיל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 193, 204). גם בביצוע פעילות מקוונת הדגש במחשבה הפלילית מושם על מודעותו של הגולש הקונקרטי ברשת ולא על מודעותו של הגולש הסביר לנסיבה מסוימת, או יכולתו של גולש כללי להיות מודע לנסיבה. אין לשלול מראש את האפשרות לפיה גולש מסוים יהא חסר מודעות לנסיבות עבירה כלשהי עקב העמימות בהתקשרות אינטרנטית.

במקרה שלפנינו, עולה מחומר הראיות ואף מהכרעת הדין של בית משפט השלום דבר ידיעתו של המבקש אודות גילה של התחקירנית: המבקש העיד שהתחקירנית הציגה עצמה כילדה בת 13, וכי הבין שסביר להניח שכינוייה של התחקירנית בשם: "סיונוש13" משקף את גילה. המבקש היה מודע לגילה כאשר באחת מההתכתבויות אמר לסיונוש כי לא רצוי שתיכנס להיריון עקב קיום יחסי מין בגיל 14-15. בחקירתו במשטרה המבקש אישר שהתחקירנית אמרה שהיא בת 13, אלא שהיא נשמעת בוגרת יותר: "למרות שהיא בת 13, בשטח זה נראה אחרת והיא הפגינה בגרות והבנה של הדברים" (ת/57).

נציין כי טענה דומה נטענה בבית המשפט לערעורים בלוס אנג'לס שבארצות הברית. נאשם שניהל שיחות מקוונות עם סוכן שהתחזה לילדה בת 15 בשם לורי הואשם בביצוע מעשה מגונה בקטין באמצעות תקשורת אינטרנטית (State v. Yates, 15 (So.3d 1260, 1264 (La. Ct. App. 2009)). הנאשם טען להגנה לפיה הוא האמין באופן סביר שלורי הייתה מעל גיל 18 למרות הצהרותיה אחרת. זאת בין השאר כיוון שלגישתו חדר הצ'אט נועד למשחקי תפקידים פנטזיונרים ("fantasy role-playing") ולכן הניח שלורי היא למעשה מבוגרת המשחקת תפקיד של ילדה. בית המשפט לערעורים דחה את טענתו, והתמקד בראיות והצהרות הנאשם שהוכיחו כי הוא האמין שלורי אכן בת 15 שנים (שם, בעמ' 1267).

הטעם השני הוא שסטייה מדרישת המחשבה הפלילית ביחס למעשים מקוונים אינה עולה עם הוראות חוק העונשין. סעיף 19 לחוק העונשין קובע כי "אדם מבצע עבירה רק אם עשה במחשבה פלילית". זאת למעט אם מדובר בעבירה הדורשת

ביסודה הנפשי רשלנות, או העבירה היא מסוג של אחריות קפידה. המחשבה הפלילית היא נקודת המוצא לדרישת היסוד הנפשי בכל העבירות. כל אימת שהמחוקק חפץ לסטות מדרישה זו עליו לעשות כן מפורשות (הלוי, כרך ב' בעמ' 62). בהתאם, דרישת המחשבה הפלילית תקפה גם ביחס להתקשרות אינטרנטית שהרי זו לא הוחרגה על-ידי הוראות הדין הפלילי. באופן דומה, בית משפט זה החיל דין שווה על התנהגויות פליליות שבוצעו באמצעי הטכנולוגיה המודרנית. כך למשל צוינה האפשרות שהיסוד העובדתי בעבירת מעשה מגונה "באדם" יכול להיעשות במגע וירטואלי (ע"פ 9012/08 פלוני נ' מדינת ישראל פסקה 8 לחוות הדעת (23.1.12); ע"פ 7725/11 פלוני נ' מדינת ישראל, חוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז (24.01.13)). בענייננו, סעיף 19 לחוק העונשין – דרישת המחשבה הפלילית – חל על עבירות לפי החוק למניעת הטרדה מינית כמו יתר הוראות החלק הכללי של חוק העונשין מכוח סעיף 34 כג לחוק העונשין. כפי שציין בית המשפט המחוזי, בהצעת החוק למניעת הטרדה מינית (תיקון מס' 4) (הטרדה מינית של קטין שטרם מלאו לו 14 שנים), התשס"ז-2006 נאמר כי מטרתה "להרחיב את ההגנה הקבועה כיום בחוק על קטינים שטרם מלאו להם 14 שנים מפני הטרדות מיניות...ובהם תקשורת באמצעות האינטרנט". בעת שתוקן החוק יש יסוד להניח כי המחוקק היה מודע לאפשרות התקשורת האנונימית. אף על פי כן, לא נקבעה דרישת יסוד נפשי אחרת עבור מעשים אנונימיים. על כן, אין מקום למסקנה אחרת.

הטעם השלישי לדחיית טענת המבקש הוא שאין הצדקה עקרונית להחריג תקשורת אנונימית מדרישת המחשבה הפלילית. אמנם תקשורת אנונימית ברשת, כמו גם כל תקשורת אנונימית אחרת, מעוררת קשיים מסוימים. אחד מהם הוא כי אדם יכול לפרסם דבר מה או לפעול ברשת האינטרנט בעילום שם ללא קושי ממשי. ישנם המנצלים את האנונימיות כדי לעבור על החוק על סמך הנחה שלא ניתן לזהותם (ע"פ 8225/12 פלוני נ' פלוני פס' 19 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן (24.02.2013)). לעתים נמצא שקשיים אלה מצריכים כי המחוקק יצור הסדרים חדשים ולעתים ניתן להתמודד עימם באמצעות הדין הקיים (לדיון בעניין זה ראו: ע"א 9183/09 The football Association Premier League נ' פלוני (13.05.13)). טענת המבקש היא כי אופייה האנונימי של ההתקשרות באינטרנט חותר תחת היכולת להיות מודע לעובדות המוצגות על-ידי בן שיחו כיון שכל העת מפעמת במתקשר המחשבה שבן שיחו עשוי להתחזות לאחר. טענה זו לא ניתנת להלום. ברי כי האינטרנט מקל על התחזות. אך גם בהתקשרויות אחרות עשויים להתקיים פערי מידע שבגינם יטען אדם שאין ביכולתו להיות מודע לנסיבות המציאות. במובן זה האינטרנט אינו הראשון שמציף קושי ראיתי בהתקשרות שאינה חזיתית. קדמו לו הטלפון, וקודם לכן המכתב. אף בעולם הפיזי יכול

אדם לשקר לאחר ביחס לגילו ואף לגבות שקר זה עם תעודת זיהוי מזויפת (ראו טענה דומה שנטענה על-ידי המערער בע"פ 206/12 לויגזל נ' מדינת ישראל פס' 15 (א) לפסק הדין (30.07.12)). במצב כזה, מודעותו של נאשם מסוים ביחס לגילו של המתחזה תיבחן על פי אמרתיו של האחרון או ראיות נסיבתיות. עם זאת, ברי כי אין להסיק מהתחזות זו שבכל מקרה לא ניתן להיות מודע לגילו של אדם.

בל נשכח כי לעניין מודעות נקבע בסעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, כי רואים כמודעות גם חשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות והימנעות מבירורן. על כן, כאשר מתעורר חשד אצל אדם, לרבות המתקשר בהתקשרות אנונימית, בדבר התקיימות נסיבה שעשויה להקים התנהגות פלילית, החוק מורה לו לברר את אמיתות חשדו. בענייננו, לנוכח הראיות לפיהן המבקש היה מודע מבחינה סובייקטיבית לגילה המוצג של סיוון, אין צורך להידרש לכלל של עצימת עיניים בסעיף 20(ג)(1) לחוק. שאלה יפה, שלא התעוררה כאן, היא טיב הקשר בין דרישת הבירור בסעיף זה ובין המדיה האינטרנטית.

סיכומו של דבר, על פי הדין הקיים דרישת המחשבה הפלילית חלה על המתקשר באמצעי מקוון ואנונימי. על כן, ובהתאם לחומר הראיות, המבקש ברע"פ 1201/12 היה מודע לגילה של סיוון. הרשעתו בעבירת הניסיון להטרדה מינית נעשתה כדין.

ניסיון למעשה מגונה

15. המבקש משיג גם על קביעת בית המשפט המחוזי כי מעשיו עולים כדי ניסיון לבצע מעשה מגונה. טענתו היא כי לא ניתן לקבוע מעבר לכל ספק סביר שכאשר הגיע למקום המפגש היה מודע כי סיוון קטינה ושמטרתו הייתה לבצע מעשה מיני. טוען המבקש כי הבהיר לסיוון טרם המפגש שהיא תקבע את הפעולות שיעשו, תרגילי הגנה עצמית או מעבר לכך. לכן לפני שהגיע לדירה לא התגבשה אצלו מטרה לבצע מעשה מיני. המבקש מדגיש שמרגע הגעתו לדירה חלפו מספר דקות ספורות, במהלכן לא ביצע דבר שמעיד על תחילת ביצוע העבירה. בהקשר זה מפנה המבקש לע"פ 9511/01 קובקוב נ' מדינת ישראל, נ"ו (2), בו נקבע ששלב ראשוני בביצוע עבירה יכול לעלות כדי עבירת ניסיון רק אם נלווית לו כוונה ברורה וחד משמעית. בהיעדרה, לטענת המבקש, מעשיו אינם עולים כדי עבירת ניסיון.

לא מצאתי להעניק רשות ערעור בסוגיה זו שאינה מעלה שאלה משפטית חדשה החורגת מעובדות המקרה. הקביעה כי המבקש היה מודע לגילה המוצג של סיוון היא נקודת המוצא לדיון בהרשעת המבקש בעבירת הניסיון לבצע מעשה מגונה. כך עולה מהדיון בפרק הקודם. עבירת הניסיון מורכבת מיסוד עובדתי ומגילוי יסוד נפשי של כוונה. היסוד העובדתי הנדרש בעבירת הניסיון הוא: "עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה" (סעיף 25 לחוק העונשין). היסוד הנפשי במקרה בו עבירת הניסיון מתייחסת לעבירה התנהגותית כמו עבירת המעשה המגונה, הוא מודעות כלפי המעשה והנסיבות של העבירה המושלמת, בנוסף לשאיפה לביצועה (ע"פ 1599/08 לוינשטיין נ' מדינת ישראל (19.02.09)). על התביעה להוכיח כל יסוד בפני עצמו, אך אפשר שניסבות של יסוד אחד תסייענה להוכחת היסוד האחר. ייתכנו מקרים בהם ניתן ללמוד על כוונת המבצע מתוך התנהגות הנאשם ובמקרים אחרים היסוד הנפשי יעלה ממכלול נסיבות האירוע – מעשי הנאשם והתנהגותו לפני, במהלך ולאחר המעשה (ע"פ 1639/98 דהן נ' מדינת ישראל פ"ד נה(4) 501, 517). עבירת הניסיון יכולה להתקיים גם במקרים בהם ההתנהגות החיצונית מצויה בשלב ראשוני אם היא מלווה בכוונה ברורה וחד משמעית (עניין קובקוב, בעמ' 695).

בענייננו, היסוד הנפשי לשם התקיימות עבירת הניסיון לבצע מעשה מגונה בקטינה שטרם מלאו לה ארבע עשרה שנים הוא שאיפה לבצע מעשה מגונה בסיוון תוך מודעות שהיא קטינה מתחת לגיל ארבע עשרה (סעיף 348(א) בצירוף סעיף 345(א)(3) לחוק העונשין). בית משפט השלום זיכה את המבקש מעבירה זו על רקע קביעתו כי המבקש לא היה מודע לנסיבה אודות גילה של סיוון. קבענו כאמור כי מתקיימות ראיות ברורות להוכיח שהמבקש היה מודע לגילה של סיוון כבת 13 שנים. כוונתו של המבקש לבצע מעשים מגונים נלמדת מדבריו שלו בגדרם העיד כי הגיע למפגש מתוך אווירה מינית, כמו גם משיחותיו עם סיוון לפני המפגש מהן עולה כוונה לבצע מעשים מיניים כגון לשפשף את איברי מינם זה בזה. כוונה ברורה זו מתחזקת מתוך דברי המבקש שנאמרו עם גביית הודעתו במשטרה באותו יום שנערך המפגש (ת/57, עמ' 2 שורות 15-17):

"היום קבענו להפגש בשעה 15:00 כשבשלב הראשון היינו אמורים לעשות אימון של טכניקות הגנה עצמית עם בגדים ואחרי כן אם היא רוצה גם בעירום כי זו שאלה שהיא שאלה גם בצ'ט. ואחרי כן גם היינו אמורים לעשות דברים של סקס אם היא רוצה..."

היסוד העובדתי בעבירת הניסיון לבצע מעשה מגונה נבחן לנוכח מודעות המבקש לגילה המוצג של סיוון ומטרתו לפני הגעתו למפגש. המבקש וסיוון נדברו

מראש להיפגש בדירתה כאשר הוריה אינם בארץ. תכניתו של המבקש הייתה לבצע מעשים בעלי אופי מיני מובהק כגון טכניקות האימון המדוברות שכוללות מגע באזור איברי המין. היסוד העובדתי במקרה הוא הגעת המבקש בשעה המיועדת למקום המפגש שנקבע עם התחקירנית שהציגה עצמה כסיוון בת ה-13. המבקש נכנס לביתה. בין השניים החלו חילופי דברים. תכניתו הופסקה בגלל צאתה של התחקירנית מן החדר. בית המשפט המחוזי קבע כי מעשיו של המבקש יוצאים מגדר הכנה ומהווים ניסיון. נראה שלא נפלה טעות בקביעה כי הגעת המבקש למפגש עם התחקירנית מהווה חוליה ראשונה בשרשרת מעשים המתבצעים לקראת השלמת עבירת המעשה המגונה המושלמת. נזכיר כי בהתאם לסעיף 26 לחוק העונשין, אין נפקא מינה לשם הרשעה בעבירת ניסיון אם עשיית העבירה לא הייתה אפשרית היות שמבחינה אובייקטיבית השחקנית לא הייתה קטינה, כיוון שהמבקש לא היה מודע לכך. בנסיבות הענין, אף אם מדובר בשלב ביצוע ראשוני, די בו לצד התקיימות היסוד הנפשי אצל המבקש. לא מצאתי הצדקה להתערב במסקנת בית המשפט המחוזי.

השימוש בארצות הברית במבצעי עוקץ ללכידת עבריינים שמנהלים קשר מיני עם ילדים באינטרנט הוביל להגשת כתבי אישום רבים בעבירות ניסיון. במקרים אלה, התעוררה שאלה איזה מעשה יספק את דרישת היסוד העובדתי בעבירת הניסיון. הגישה שאומצה על ידי מרבית המדינות בארצות הברית והערכאות הפדראליות לבחינת קיומו של היסוד העובדתי בעבירת הניסיון מתמקדת במעשים שביצע הנאשם בפועל. היא בוחנת האם אלו מהווים צעד משמעותי (Substantial Step) כחלק מדרך פעולה שמתוכננת להסתיים בביצוע העבירה (MODEL PENAL CODE § 5.01 (1)(c)). ביחס לניסיון בעבירות מין, הדעה המקובלת היא כי התכתבות אלקטרונית עם קטין לבדה אינה מספיקה להרשעה בניסיון לבצע מעשה מיני להבדיל מביצוע עבירת שידול (Solicitation; *State v. Young*, 139 S.W.3d 194, 197 (Mo. Ct. App. 2004)). לצד זאת, מרבית בתי המשפט ראו בפעולה של אדם שכוללת קביעת מקום מפגש עם קטין במטרה לקיים יחסי מין והגעה לאותו מקום, כמספיקה להרשעה בעבירת ניסיון (ראו לדוגמא: *State v. Peterman*, 118 P.3d 1267, 1273 (Kan. 2005)).

מקרה אחד שנידון בבית המשפט לערעורים במיזורי עסק בנאשם שערך התכתבויות אלקטרוניות עם סוכן שהתחזה לקטינה בת 14, פיתה אותה להיפגש עימו ברכבו, והגיע למקום המפגש שנקבע מראש במועד שנקבע בכוונה לקיים יחסי מין (State v. Young, 139 S.W.3d 194, 195-97 (Mo. Ct. App. 2004)). או אז הוא נעצר על ידי המשטרה. בית המשפט לערעורים פסק שהשיחות המקוונות לבדן אינן מספקות

להרשעה בעבירת ניסיון לאונס מחמת גיל, אך כי המעשה הנוסף של הנאשם בהגעתו למקום המפגש מקיים את הרכיב הנדרש - הוא צעד משמעותי לכיוון השלמת העבירה אשר חורגת מהכנה בלבד. מעשה זה מעיד כי הנאשם נקט כל הצעדים שיכול היה כדי לבצע את עבירת האונס ולכן הוא מספק את היסוד העובדתי לצורך הרשעה בניסיון לבצע אונס (שם, בעמ' 197). הכרעה דומה ניתנה על ידי בית המשפט העליון בדרום קרוליינה ביחס לביצוע ניסיון עבירת מין להבדיל מעבירת אונס כלפי קטינה פיקטיבית (state v. Green. 724 S.E.2d 664, 672 (S.C. 2012)). פסיקות אלו תואמות את המסקנה בענייננו כי פעולתו של המבקש שהגיע לדירתה של מי שחשב שהיא ילדה בת 13 על מנת לבצע מעשים מיניים, מספקת כדי לקיים את היסוד העובדתי בעבירת הניסיון למעשה מגונה.

ניתן להבהיר את דרישת היסוד העובדתי בעבירת ניסיון דרך הצגת עבירה אחרת. ארבעה אנשים החליטו לבצע עבירת שוד בנק בצוותא. מתי יצאו מעשיהם משלב ההכנה ונכנסו לעבירת ניסיון? האם די כי קנו את הציוד הנדרש לביצוע העבירה? מה הדין אם ארבעת המעורבים הגיעו לנקודת מפגש לשם נסיעה יחדיו לבנק? תהיינה התשובות לשאלות אלה אשר תהיינה, נראה כי לשם ביצוע עבירת ניסיון שוד, די בכך שכפות רגליהם של הארבעה דרכו בבנק במטרה לבצע את השוד. זאת אף אם טרם נעשה צעד נוסף, כגון פניה לפקיד הבנק או הפעלת איום על עובד אחר. בהקשר שלנו הייתי אומר, ובהיעדר כל ראיה אחרת, כי כניסה לבית על פי תכנון מראש כדי לפגוש את הקטינה ולבצע עימה מעשים מיניים עונה על דרישת סעיף 25 לחוק העונשין.

סיכום ביניים

המבקש יזם את השיחות המיניות עם סיוון ללא הדחה מצידה וכן היה מודע לנסיבות עבירת הניסיון להטרדה מינית, לרבות גילה המוצג. בנוסף, מעשיו של המבקש בהגיעו לפגישה עם סיוון בצירוף כוונתו המוכחת להשלים את העבירה יצאו משלב ההכנה והגיעו כדי ניסיון לבצע מעשה מגונה. על כן הייתי מציע לחבריי להותיר את פסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניינו של המבקש על כנו. המבקש השיג גם על החלטת בית המשפט המחוזי לפרסם את פרטיו המזהים. טרם נדון בשאלה זו המשותפת לשתי הבקשות שלפניי, אפרט את השתלשלות העניינים בבקשה השנייה.

16. בשלהי שנת 2007 פנה מבקש 2 באמצעות צ'אט באתר אינטרנט אל תחקירנית ערוץ 10 שכוונתה גם היא "סיונוש"13 אשר הציגה עצמה כבת 13. מבקש 2 ניהל עם סיוון שיחות בעלות אופי מיני בוטה שכללו פירוט מעשים מיניים שחפץ לבצע עימה. בהמשך הגיע מבקש 2 למקום מפגש כדי לפגוש את סיוון כשהיא לבדה והוריה מחוץ לארץ לפי דבריה. כתב האישום המתוקן שהוגש כנגד מבקש 2 לבית משפט השלום בתל אביב-יפו מייחס לו ביצוע עבירת ניסיון להטרדה מינית של קטינה מתחת לגיל 15 לפי סעיף 3(א)(6)(א) בצירוף סעיף 5(א) לחוק למניעת הטרדה מינית ביחד עם סעיף 25 לחוק העונשין.

מבקש 2 הודה בביצוע העבירה בהתאם להסדר טיעון, ונשלח טרם הרשעה לשירות המבחן על מנת שיכין תסקיר שיתייחס גם לשאלת אי ההרשעה. שירות המבחן המליץ להימנע מהרשעה ולהטיל על הנאשם שירות לתועלת הציבור וצו מבחן. בדיון לעניין הטיעונים לעונש, ביקש מבקש 2 להימנע מהרשעתו לפי סעיף 71א(ב) לחוק העונשין. לאחר ששקל את הפגיעה האפשרית במבקש 2 ובמשפחתו וכן ההליך השיקומי שעבר, לא מצא בית משפט השלום להורות להימנע מהרשעתו. נקבע שהליכי האימוץ שננקטים על-יד מבקש 2 ורעייתו אינם מצדיקים הסדר אי-הרשעה, בפרט כשלא בוססה המסקנה כי צפויה פגיעה ממשית במצבו הנפשי. בית משפט השלום גזר על מבקש 2 מאסר על תנאי לתקופה של 6 חודשים למשך שלוש שנים בתנאי שלא יעבור עבירת מין וכן הטיל עליו צו מבחן לתקופה של שנה, במהלכה ייטול חלק בקבוצה ייעודית בתחום עבריינות המין.

במהלך ההליכים ניתנה החלטה זמנית לאסור את פרסום פרטי ההליך הפלילי המתנהל נגד מבקש 2 כולל פרטים מזהים כלשהם, פרטים אודות כתב האישום ואודות חומר הראיות (החלטה מיום 05.08.08 בבש"פ 286/08 מאת כב' השופטים א' פרוקצ'יה, ע' ארבל וח' מלצר). בהמשך, ובעקבות בקשת המדינה לשקול מחדש את החלטת הביניים, הוחלט על-ידי בית משפט זה "על הסרת החסוי מפרסום שמו המלא של המבקש [2] ומפרסום כתב האישום", להוציא מספר פרקים ופרטים מזהים שלו (החלטה מיום 20.10.09). לאחר הרשעת מבקש 2 על-ידי בית משפט השלום, ביקשה המדינה לבטל את צו איסור הפרסום החלקי שנותר על התיק ואילו מבקש 2 ביקש להותירו. בית משפט השלום נעתר לבקשתו של מבקש 2 והורה כי "צו איסור הפרסום החלקי במתכונת שנקבעה על-ידי ביהמ"ש עליון יעמוד בעינו... ככל שהנאשם יגיש ערעור על הרשעתו עד להחלטה אחרת של בית המשפט המחוזי".

יצוין כי תוך כדי ניהול המשפט נגדו, הגיש מבקש 2 תלונה לנציבות תלונות הציבור על שופטים במסגרתה טען כי נגרם לו עינוי דין בגין התמשכות משפטו לאורך שלוש שנים ומחצה מאז הגשת כתב האישום. הנציבה קבעה כי דרך ניהול המשפט לא הייתה תקינה והתמשכות ההליכים בתיק הייתה בלתי סבירה וגרמה לעינוי דין מתמשך ועל כן תלונתו מוצדקת (החלטת כב' השופטת (בדימ') ט' שטרסברג-כהן מיום 13.09.11).

מבקש 2 הגיש ערעור לבית המשפט המחוזי על הרשעתו ועל ההחלטה להתיר את פרסום פסק הדין. טענתו הייתה כי יש להתחשב בשיהוי המשמעותי בניהול ההליכים כנגדו ובאופן ניהולם גם במסגרת בחינת ההרשעה ולא רק בעת גזירת העונש. לטענתו אי-הרשעה מוצדקת בעניינו בהתחשב בכך שכתב האישום בו הודה נמצא ברף חומרה נמוך לעומת נוסחו המקורי, מאחר ששירות המבחן המליץ להימנע מהרשעה ואף נציבת תלונות הציבור על שופטים קבעה כי תלונתו מוצדקת. עוד הוסיף מבקש 2 כי לפרשה היו השלכות כבדות על חייו - הוא פוטר מעבודתו וטיפול הפוריות שעברה בת זוגו כשלו. הודגש על-ידו שהרשעתו תחסום בפניהם את האפשרות לפנות לאפיק של אימוץ ילד. בית המשפט המחוזי קבע בערעור שלא ניתן לסיים את ההליך הפלילי בעניינו של מבקש 2 ללא הרשעה. זאת הן נוכח אופי העבירה בה הודה מבקש 2 שמצריכה הגנה על קטינים מפני הטרדות באינטרנט והן כיוון שלא הוכח כי תהיה פגיעה בעבודתו ובפריון של מבקש 2 וזוגתו (פסק הדין מפי כב' הנשיאה ד' ברלינר, וכב' השופטים ג' קרא ומ' סוקולוב). באשר לסוגיית הפרסום הוסיף בית המשפט המחוזי כי משנדחה הערעור ולא עומדת עוד למבקש 2 חזקת החפות, אין כל סיבה לאסור את פרסום ההליך.

ביום 27.09.12 הגיש מבקש 2 לבית משפט זה בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי וביקש לאחד את הדיון עם רע"פ 1201/12. פרסום פרטי הפרשה עוכב עד למתן החלטה בבקשה (בש"פ 7084/12). בבקשתו של מבקש 2 מועלות על-ידו שתי טענות עיקריות. האחת נוגעת להרשעתו והשנייה לפרסום פרטיו המזהים.

אשר לראשונה, מבקש 2 משיג על קביעת בית המשפט המחוזי כי לא ניתן לסיים הליך בעבירה בה הודה ללא הרשעה ממספר טעמים. האחד, לטענתו המעשה שביצע מצוי ברף הנמוך של העבירות מאחר שהוא הסתיים בניסיון ולא נגרמה פגיעה

אמיתית לקורבן העבירה שהייתה תחקירנית בגירה. בנוסף, אף עבירות מין חמורות יותר, שהערך המוגן העומד בבסיסן הוא הגנה על קטינים, הסתיימו ללא הרשעה. השני, קביעת בית המשפט המחוזי לגבי קלות הביצוע של עבירות הטרדה מינית מהמחשב הביתי נכונה גם לגבי עבירות אלימות במשפחה שמתבצעות בין ד' אמות הבית. ואילו גם בהן יש שמסתפקים בהסדר של אי הרשעה. השלישי, הפגמים בניהול ההליך נגד מבקש 2, שקיבלו גושפנקא על-ידי נציבת תלונות הציבור, יחד עם הטיפול השיקומי היסודי שעבר מבקש 2, מטים את הכף לכיוון אי הרשעה. לטענתו הם אף מקימים טענת הגנה מן הצדק.

לעמדת המדינה, אין להיעתר לבקשת מבקש 2 ליתן רשות ערעור שכן סוגית אי-ההרשעה שמועלית כבר נדונה והוכרעה בפסיקתו של בית משפט זה בע"פ 2083/96 כתב נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 337. שם נפסק כי הימנעות מהרשעה אפשרית במצב שההרשעה גורמת לפגיעה חמורה בשיקום הנאשם וכאשר סוג העבירה מאפשר לוותר על ההרשעה. לטענתה, אין זה המקרה בעניינו של מבקש 2 ובכל מצב בקשתו עוסקת רק ביישומה של ההלכה על המקרה דנא. בנוסף, אף לגופם של דברים, טוענת המדינה, החלטת בית המשפט המחוזי מוצדקת על רקע סוג העבירה והערך המוגן החשוב העומד בבסיס העבירה בה הורשע מבקש 2 – הגנה על קטינים מפני עברייני מין הפועלים ברשת האינטרנט. עוד היא טוענת שמבקש 2 לא הצליח להוכיח קיומו של נזק קונקרטי שיגרם כתוצאה מהרשעתו.

לעמדתי אין מקום ליתן רשות ערעור בסוגיה זו. דומה כי אין המדובר בשאלה משפטית בעלת השלכת רוחב מעבר למקרה הפרטני של מבקש 2 (רע"א 103/82 חניון חיפה נ' מצת אור, פ"ד לו(3) 123, 128 (1982)). טענתו של מבקש 2 מתמקדת בנסיבות עניינו האישיות שמקיימות לגישתו את הקריטריונים לסיום הליך ללא הרשעה. במקרה זה שתי ערכאות שקלו בכובד ראש את כלל טענותיו של מבקש 2, על נסיבותיו האישיות בנוגע לפרנסתו והליך האימוץ, וכן הימשכות ההליך הפלילי שנוהל נגדו. לא נמצא שהנזק הצפוי למבקש 2 מן ההרשעה בלתי סביר ביחס לחומרת מעשיו. בית המשפט המחוזי קבע בפסק דינו שמבקש 2 לא הצליח להוכיח שיגרם נזק חמור כתוצאה מהרשעתו. טפסי האימוץ שהגיש מבקש 2 לבית המשפט המחוזי חייבו לדווח גם על רישומים פליליים, אף בהיעדר הרשעה. יוזכר כי הרשעה היא הכלל, והסדר אי-ההרשעה הוא החריג. ניתן להיווכח בזאת על-ידי בחינת טבלת הענישה של הנאשמים האחרים המעורבים בפרשה שהוצגה לפנינו. מתוך שבעה-עשר התיקים האחרים, רק אחד הסתיים ללא הרשעה. מוכן אני להניח במסגרת בקשה זו שיש מקום להקל בעונשו

של מבקש 2, כמוהו המבקש, לנוכח נסיבות המקרה לרבות היעדרו של נפגע עבירה בפועל. עם זאת, העונש שהוטל על מבקש 2 אינו חמור יתר על המידה. יש בו לשקף את נסיבות העבירה – המעשה והעושה. נדמה כי תוצאה של אי-הרשעה – שהיא העיקר בערעורו של מבקש 2 לעניין העונש – תהיה בלתי מידתית. על כן, אציע לחבריי לא לשנות מהרשעתו של מבקש 2.

פרסום פסקי דין בעידן האינטרנט

17. טענתו השנייה של מבקש 2 עניינה הכלל בדבר פרסום פסקי דין על רקע הפצתם ברשת האינטרנט. עד כה הוטל צו איסור פרסום חלקי על פרטיו המזהים של מבקש 2. הוא משיג על החלטת בית המשפט המחוזי לבטלו. לטענתו עקב השינוי המהותי שיצרה הסביבה הדיגיטאלית, יש צורך לערוך חשיבה מחדש לגבי דיני פרסום פסקי דין ופרשנות עיקרון פומביות הדיון. המשמעות של פרסום פסק דין כיום בהינתן החשיפה הרחבה באינטרנט היא ששמו של המורשע מוכתם לדיראון עולם על גבי דפי האינטרנט ומלווה אותו בכל ראיון עבודה ובכל מפגש אליו מגיע. לכן, חרף הבכורה של עיקרון פומביות הדיון, לדעתו רצוי להתחשב בהשפעה זו בעת קביעת היקף הפרסום בכל תיק כפוף למערכת נסיבותיו. בנסיבות עניינו, טוען מבקש 2 שפרסום פסק הדין יפגע באופן חמור בפרטיותו ובשאיפותיו שלו ושל רעייתו לאמץ ילד.

גם המבקש ברע"פ 1201/12 העלה טענות בעניין זה. פסקי הדין בעניינו פורסמו ללא פרטיו המזהים. המבקש טען לפנינו כי עיקר העונש בפרשה מצוי דווקא בפרסום פסק דינו באינטרנט כיון שהוא נגיש בכל מקום וזמן. לגוף הדברים עמדתו של המבקש היא כי שגה בית המשפט המחוזי בעניינו כשלא נתן משקל ממשי לחוות הדעת שהגיש מטעם הפסיכולוגית הקלינית לפיה ישנו חשש אמיתי לאובדנות מצידו באם פסק הדין יפורסם. כמו כן, ביקש לתת משקל לנזק שיגרם לילדיו המשתייכים למגזר הדתי. לאחר הדיון בעל פה לפנינו ביקש המבקש לצרף לתיק ראיות חדשות שמצביעות על מצבו הכלכלי והאישי. על בסיס כל אלה, המבקש טוען כי פרסום פסק הדין יגרום נזק חמור ובלתי הפיך לפרטיותו שמצדיק לפי סעיף 70 לחוק בתי המשפט להורות על אי-פרסום פרטיו המזהים.

עמדת המדינה היא שאין הצדקה עניינית לסטות מעיקרון פומביות הדיון ולהשאיר את איסור הפרסום בעניינם של שני המבקשים אף בהינתן הפרסום באינטרנט. היא מדגישה כי בשתי הבקשות, בית משפט זה נדרש לסוגיה וערך את האיזון הראוי בענינו. בעניינו של המבקש ברע"פ 1201/12, נבחנה בקשתו מספר פעמים ובהחלטתו

האחרונה קבע ההרכב כי למרות שאין עילה להמשך פרסום, איסור הפרסום יוארך ויתבטל ביום מתן גזר הדין (בש"פ 4916/10 מיום 20.10.10). עוד מוסיפה המדינה כי סוג הנזקים שמציגים שני המבקשים הם הנזקים הצפויים הרגילים הנגרמים עקב העמדה לדין ופרסום פסקי דין. המבקש לא הוכיח כי יגרם לו נזק נפשי, וכפי שנטען בבית המשפט המחוזי נמצאו פגמים בחוות הדעת מטעם המומחה שהגיש.

לגבי מבקש 2 טוענת המדינה שהוא לא הוכיח את הנזק שיגרם לפרנסתו או לתהליך ההפריה שעבר עם זוגתו. מעבר לכך, לטענתה קיים אינטרס ציבורי לפרסם פסקי דין בעניין עבירות מין בקטינים, ייתכן אף במיוחד מקום שאחד המורשעים משתתף בהליכים לאימוץ ילדים. לגישת המדינה, נימוקיהם של המבקשים מתמצים בחוסר הנוחות שתיגרם להם עקב הפרסום. תוצאה זו נלווית לכל פסק דין מרשיע, ולכן אין סיבה לסטות מהכלל בדבר פומביות הדיון בשתי הבקשות.

הייתי מציע לחבריי לדון בסוגיה משותפת זו לשתי הבקשות למתן רשות ערעור כאילו ניתנה הרשות והוגש ערעור על פיה. הסוגיה עקרונית ובעלת השלכות כלליות. אעמוד תחילה בקצרה על המסגרת הנורמטיבית המסדירה את כללי פומביות הדיון במשפט הישראלי.

18. עיקרון פומביות הדיון הינו עיקרון על בשיטתנו, המעוגן בסעיף 3 לחוק יסוד: השפיטה. בסעיף 68 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 פירט המחוקק את הכללים המעשיים באשר לאופן יישומו של העיקרון, והוא פותח בהצהרה: "בית משפט ידון בפומבי". עיקרון פומביות הדיון נועד להבטיח שדיוני בית המשפט יהיו פתוחים ונגישים לקהל הרחב ועל מנת שפועלה של מערכת המשפט והליכיה יהיו שקופים ונתונים לפיקוח ציבורי (ע"פ 8698/05 אזולאי נ' מדינת ישראל, ס(3) 163, 172 (להלן: עניין אזולאי)). עיקרון פומביות הדיון משמיע מעצמו את הפרסום הפומבי של המתרחש בין כותלי בית המשפט. באמצעות הפרסום מתוודע הציבור לנעשה באולמות בית המשפט אף מבלי להיות נוכח בגופו. לשם כך, נודעת חשיבות יתרה לאמצעי התקשורת אשר משמשים כמתווך הלכה למעשה (שם). במובן זה עיקרון הפומביות אין מטרתו להעניש את המורשעים, אלא לשמור על מעמדו של בית המשפט ולבסס את אמון הציבור בו. נדמיין לרגע את האפשרות ההפוכה לפיה עשיית בית המשפט היתה נותרת אפופת מסתורין, ואת ההשפעה של נתון זה על מלאכת הצדק. מלאכה זו חייבת להיעשות וגם להיראות.

סעיף 70 לחוק בתי המשפט מהווה חריג לכלל פומביות הדיון. הוא קובע סמכות לאסור פרסום על דיונים במספר עניינים חריגים שהמחוקק ראה אותם כבעלי רגישות מיוחדת, אלא ברשות בית המשפט. הוראת החוק שעליה מבססים המבקשים את בקשתם מצויה בסעיף 70(ד) לחוק בתי המשפט, המסמיך את בית המשפט:

”לאסור כל פרסום בקשר לדיוני בית המשפט, במידה שהוא רואה צורך בכך לשם הגנה על בטחונו של בעל דין, עד או אדם אחר ששמו הוזכר בדיון או לשם מניעת פגיעה חמורה בפרטיות של אחד מהם...”

תת-סעיף זה מגדיר שני טעמים התומכים בהטלת איסור פרסום מחמת פגיעה בצדדים להליך משפטי. מביניהם רלוונטית לענייננו הסמכות לאסור פרסום לשם מניעת פגיעה חמורה בפרטיותו של אדם הקשור להליך המתנהל בבית המשפט. בקשות המבקשים לפנינו מעמידות את השאלה האם פרסום פסקי הדין המרשיעים יגרמו פגיעה חמורה בפרטיותם של המבקשים? שאלה זו מודגשת על רקע החשיפה הרחבה באינטרנט.

אינני מתעלם מהאירוניה בדיון בסוגיה בתיקים אלו. העבירות בהן הורשעו המבקשים חמורות דווקא משום שבוצעו באמצעות האינטרנט. זאת לנוכח המאפיינים המייחדים אותו כאמצעי תקשורת שחוצה גבולות, מטפס מעל גדרות וחודר לתוך בתים. תודות לאינטרנט, המאפשר לעברייני לשלוח את “מקלדתו” למרחקים, עברייני יכול לבצע עבירה אינטימית ביתר קלות. נגישות זו של רשת האינטרנט עומדת עתה ביסוד טענתם של המבקשים כי דפוס הפרסום השתנה. ניתן למצוא מן האמת בטענה זו. אכן, טכנולוגיות המידע הדיגיטליות תורמות כיום יותר מבעבר בהפצת תכנים ומקלות על גישה רחבה למידע. במציאות החדשה אפשר לומר כי עברנו ממשטר נורמטיבי לפיו אין לאסור פרסום למצב עובדתי של חובת פרסום דה-פקטו. לאמור: כללי פומביות הדיון ופרסום פסקי דין מקבלים בעת הזאת משמעות מעשית אמיתית. הגם שבעבר דלתות בית המשפט היו פתוחות, משפטים רבים לא זכו לתיעוד או סקירה. כיום, למעט החריגים, כמעט כל החלטה או פסק דין מתפרסמים וכל אחד יכול לעיין בהם בלי שנצרכת מיומנות מיוחדת. מה המשמעות של שינוי זה?

מצד אחד, הפרסום ברבים באינטרנט מועיל בהגשמת התכליות המרכזיות העומדות בבסיס הכלל של פרסום פסקי דין. הוא מחזק את זכות הציבור לדעת ומסייע לפרטים בחברה לגבש את השקפותיהם ודעותיהם על בתי המשפט (ראו: ע”פ 11793/05 חברת החדשות הישראלית בע”מ נ’ מדינת ישראל פס’ 13 לפסק הדין

(5.4.06)). מצד שני, השינוי בכללי הפרסום מלווה לעתים בהשלכות שאינן נקיות מקשיים. האם הפרסום הפך את המידע לנגיש מדי, מהיר מדי, נצחי מדי? בפסיקה הובעה העמדה לפיה ראוי כי בית המשפט יביא בחשבון את האפשרות שצו איסור פרסום יופר, בין היתר באמצעות רשת האינטרנט, בשוקלו האם לאסור פרסום (עניין פלונית, פס' 21 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן). בנוסף, לאחרונה תיקן המחוקק את סעיף 70 לחוק בתי המשפט וקבע איסור על פרסום שמו של חשוד שטרם הוגש נגדו כתב אישום ב-48 השעות הראשונות שלאחר תחילת החקירה כדי לאפשר לו למצות את זכותו לפנות לבית המשפט. תיקון זה התבקש נוכח הפרסום המהיר כדרך כלל של שם החשוד באמצעי התקשורת ובפרט באינטרנט, לפני שהספיק החשוד לבקש איסור פרסום שמו (תזכיר חוק הצעת חוק בתי המשפט (תיקון – עיכוב פרסום שם חשוד), התשס"ט-2009). המחוקק הכיר, אפוא, בפגיעה לא מידתית בחשודים כתוצאה מאופיו המהיר של הפרסום באינטרנט. הפרסום צפוי להביא לתחושת חוסר נוחות ולפגיעה בשמו הטוב של החשוד, שעלולים להותיר את רשמייהם בעתיד, וכל זאת כאשר טרם נקבעה אשמתו (בש"פ 2484/05 דוד פרי נ' מדינת ישראל (18.07.05) (להלן: עניין פרי)). דוגמא נוספת מוצאים אנו בחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981. בסעיף 16(א) נקבע כי משעברה תקופה מסוימת מיום הרשעתו של אדם, יראו את ההרשעה כאילו נמחקה ולא יימסר מידע לגביה אלא לגופים המנויים בחוק. האם ניתן מבחינה טכנולוגית להורות על מחיקת הרשעה שפורסמה בפסק דין או בכתבה עיתונאית? השאלות שהוצגו לא יזכו לתשובה במסגרת שלנו. די בהצגת המורכבות העובדתית בפרסום פסקי דין בתחילת המאה ה-21.

19. בבקשות שלפנינו מדברים אנו בשאלת פרסום פרטיו המזהים של אדם שהורשע בפלילים – האם מתקיימת העילה של פגיעה חמורה בפרטיות לפי סעיף 70(ד) לחוק בתי המשפט? שאלה זו מציבה משני צידי המתרס את פומביות הדיון וחופש הפרסום בצד אחד, ומולם – את זכות היסוד לפרטיות של המורשע (ראו: סעיף 7(א) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). הכלל בדבר פרסום תוכנו של הליך משפטי נסוג לאחר אהם הוכחה קיומה של פגיעה פוטנציאלית בזכות לפרטיות. יש להדגיש שלא כל פגיעה תיצור יסוד להטלת איסור פרסום על פי סעיף 70(ד), אלא רק פגיעה חמורה בפרטיות. חומרת הפגיעה מושפעת מאופי המידע שמבוקש פרסומו. ככל שהוא משתייך לעניינים בליבת המונח פרטיות, ניטה לראותם כפגיעה חמורה בפרטיות (ע"א 4963/07 ידיעות אחרונות בע"מ נ' פלוני, פס' 10 לפסק הדין (27.02.08)). בנוסף, אף חשיפת חומר שתגרום לנזק בלתי הפיך למורשע או לצד ג' שחורג מנזק "סתם" עשוי להביא לפגיעה

חמורה בפרטיותו של אדם (ע"פ 9150/08 מדינת ישראל נ' איתמר ביטון, פס' 10 לפסק הדין (23.07.09)).

טענת המבקשים כי פרסום פרטיהם המזהים באינטרנט יגרום נזק חמור ובלתי הפיך לפרטיותם, מצריכה לעמוד על המנגנון הסטנדרטי של פרסום פסקי דין מרשיעים כיום. ברי כי פרסום פסק דין פלילי זוכה לחשיפה גדולה ומהירה מבעבר. בנוסף לאתרי התקשורת המקוונים ולאחר הרשות השופטת, הוקמו מאגרים אלקטרוניים ייחודיים שמרכזים, עורכים ומסווגים את הפסיקה, למשל לפי סוג העבירה. להבדיל מאמצעי התקשורת הכתובה ואף המשודרת, ברשת המקוונת פרטיהם של המורשעים נגישים לכל אדם ובכל מקום ב"לחיצת כפתור" בלבד (השוו בסוגיה המשיקה של חוק המרשם הפלילי: ע"א 8189/11 רפאל דיין נ' מפעל הפיס (21.02.13)). מנועי החיפוש הכלליים מאפשרים להגיע לפסק הדין המרשיע על-ידי חיפוש ממוקד של שמו של אדם. החשיפה הופכת כאמור לנצחית היות שהמידע נותר בזיכרון הדיגיטלי של האינטרנט. כאשר מדובר בפסק דין מרשיע שמתאר את מעשיו הפליליים של הנאשם, ניתן לשער אפוא כי אופיו המתואר של הפרסום באינטרנט יעצים את הפגיעה בכל מורשע. האם הוא מצדיק לאסור את פרסומו לפי החוק?

עודנו מצויים בגדרי סעיף 70(ד) לחוק בתי המשפט, לפיו הפומביות היא הכלל ואיסור הפרסום הוא החריג. המחוקק העמיד את נקודת הסטייה מהפרסום הפומבי של הליכים משפטיים במקום בו נגרמת פגיעה חמורה בפרטיות. ללא שינוי חקיקתי, אין מקום כי נשנה מהאיזון הקיים היום בסעיף 70(ד) לחוק בתי המשפט. איזון זה הינו ניטרלי לטכנולוגיה. דהיינו, לא ניתן לשקול את הפרסום באינטרנט כיוצר פגיעה חמורה כשלעצמו (השוו לערעור בגדרו נדחתה טענה זו: ע"פ 9695/10 פואד אבו ערישה נ' מדינת ישראל (23.1.2011)). ניתן להניח כי פרסום שמו של המורשע, מסב נזק לשמו, לכבודו ולמשפחתו (השוו: בש"פ 10731/08 מיצקין נ' מדינת ישראל (4.01.09)). ואולם אין די בנזק זה הנלווה מטבעו לפרסום פסק דין מרשיע, אף אם הוא מפורסם באינטרנט. קבלת העמדה של המבקשים תהפוך את החריג לכלל והכלל לחריג. הואיל ועסקינן בכלל-על, שמעוגן גם בחוק יסוד: השפיטה, כל עוד שהמחוקק לא שינה את דברו, אל לבית המשפט לערוך איזונים שעשויים לשנות את הכללים מהיסוד.

לצד הפגיעה הנגרמת לפרטיותו של אדם, יש מקום לבחון גם את החשיבות הציבורית שבפרסום פסק הדין. במקרה של אדם שהורשע בפלילים האינטרס הציבורי לפרסום חזק. חוק בתי המשפט חל על כלל סוגי ההליכים. עם זאת במשפט הפלילי יש

לציבור עניין מובנה בפרסום פסקי דין. בהכללה ניתן לומר שההליך האזרחי הוא מנגנון שיוזם אזרח אחד נגד אזרח שני. בהליך הפלילי המדינה מאשימה את הנאשם בשם כל אזרחיה, והיא הצד שניצב מול הנאשם. זאת משום שמעשה העבירה נתפש כפגיעה לא רק בקורבן העבירה, אלא במדינה ככלל ובסדר הציבורי בה. המדינה היא גם הקובעת והמגדירה מהי העבירה הפלילית. בעניינים הפליליים, גוברת במיוחד זכות הציבור לדעת את הפרטים של הפרשה ואת המתרחש באולמות בית המשפט. העניין הציבורי עשוי להשתנות בשל מהות המעשים הפליליים שהאדם הורשע בעשייתם או בהתאם לזהות הנאשם, כגון איש ציבור (בש"פ 5759/04 גבריאלי תורג'מן נ' מדינת ישראל 667 (1.08.04)). יוער כי הפסיקה האמריקאית מצדיקה את החשיבות בפרסום פסקי דין פליליים ואת פרטיהם המזהים של נאשמים בנימוק נוסף. הוא רצונם הלאישי של הקורבן ושל הציבור לוודא שמשפטם של נאשמים בפלילים מתנהל באופן הוגן ושקוף (*Press-Enterprise Co v. Superior Court of Cal.*, 464 U.S. 501, 508 (1984); *Globe Newspaper Co. v. Superior Court*, 457 U.S. 596, 606 (1982); *CAL. WELF. & INST. CODE* § 827.5 (LexisNexis 2013); *U.S. v. L.M.*, 425 F.Supp.2d 948, 953-56 (N.D. Iowa, 2006)).

העניין הציבורי בפרסום פסק הדין הפלילי גם נגזר מהשלב בו נמצא ההליך השיפוטי. בניגוד לחשוד שטרם הוגש נגדו כתב אישום או אף נאשם לאחר הגשתו של כתב אישום, לאדם המורשע בפלילים לא עומדת כבר חזקת החפות. האינטרס הציבורי בפרסום פרטי המקרה גובר על האינטרס הפרטי של האדם שהורשע כי פרטיו לא יפורסמו (עניין אזולאי, בעמ' 174). ברובד הכללי, פרסום פסק הדין מאפשר להתריע מפני אדם שהורשע בביצוע עבירות שיש בהן כדי לסכן את הציבור, ולהרתיע עבריינים אחרים בכוח (השוו: עניין תורג'מן). ברובד הקונקרטי, וכפי שציין בית המשפט המחוזי בעניינו של המבקש ברע"פ 1201/12, פרסום פסקי דין מרשיעים בעבירות מין יסייע בהתמודדות עם התופעה הקשה של עבריינות מין באינטרנט ויעודד הגשת תלונות.

אינני שולל כי יתכנו מקרים בהם יהיה מקום לשקול את הנזק שיגרם כתוצאה מהפרסום המקוון במסגרת האיזון בין פומביות הדיון ובין הזכות לפרטיות של הנאשם שהורשע בפלילים. למשל, כאשר פסק הדין מכיל מידע אישי רגיש הנוגע בצנעת הפרט (להשוואה ראו: בג"ץ 5119/10 פלוני נ' משטרת ישראל (06.03.13)). במשפט הישראלי ישנה נכונות לשקול את הנזק שיגרם לנאשם במשפט פלילי במסגרת החלטה האם לפרסם את תוכנם של ההליכים. ברם, נכונות זו באה לידי ביטוי בחריגים לעיקרון

פומביות הדיון, לגביהם נפסק כי יש לפרשם על דרך הצמצום כדי להקפיד בשמירה על פומביות הדיונים (ע"פ 353/88 וילנר נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(2) 444, 451).

להשלמת התמונה ולא בשולי הדברים, יצוין כי כיום פועלת "ועדה לבחינת שאלות הנוגעות לפרסום פרטים מזהים בפסקי דין ובהחלטות של בתי המשפט ולעיון בתיקי בתי המשפט". זאת בהתחשב בפרסומם של מסמכים אלו במאגרים משפטיים ובאתרי אינטרנט. הוועדה מונתה על ידי שר המשפטים ובראשה עומד השופט (בדימ') י' אנגלרד (הזמנת הציבור להגיש עמדות פורסמה בכתובת-<http://elyon1.court.gov.il/heb/hodaa/pskidin.pdf>). אני מביע עמדה בשאלות סבוכות כלליות אלו. המשטר הנורמטיבי של הדין הקיים הוא הקובע במקרים שלפנינו.

20. בעניינו של המבקש ברע"פ 1201/12, בית המשפט המחוזי לא מצא שנוזקו במידה ויפורסמו פרטיו מבוססים די הצורך. אכן, עולה קושי של ממש לקבוע כי פרסום פסק הדין עולה כדי פגיעה חמורה בפרטיותו. אשר לטענת המבקש כי קיים חשש שהפרסום יביא לפגיעה נפשית חמורה בו, יודגש כי נמצאו קשיים בחוות הדעת של הפסיכולוגית הקלינית שקבעה כי המבקש מצוי במצוקה נפשית ממשית. הפסיכולוגית לא נפגשה עם גרושתו וילדיו של המבקש, ואף לא עם המבקש עצמו משך כשלוש שנים לפני שנתנה עדותה בבית המשפט. החששות האובדניים לא נתמכו בתסקירי שירות המבחן. בנוסף, בית משפט זה נדרש לבקשתו של המבקש ביחס לפרסום פרטי המבקש מספר פעמים. לאחר שהתחשב בחוות הדעת של המומחים לבריאות הנפש, החליט ללכת לקראת המבקש ולהורות על ביטול איסור הפרסום רק ביום מתן גזר הדין של המבקש. משמע, בכל מקרה לא נמצא מקום להותיר את איסור הפרסום לאחר גזירת דינו של המבקש.

בנוסף, אין בידי לקבל את טענת המבקש כי מאחר שילדיו משתייכים למגזר חובשי הכיפות יגרם להם נזק בלתי הפיך כנימוק המצדיק איסור פרסום. נראה שעיקר חששו נובע מהקלון שימיט פרסום הרשעתו על שמו ועל משפחתו. אין חולק כי פרסום פרטיו ופרטי הפרשה צפוי לפגוע במידה מסוימת במשפחתו הקרובה. עם זאת, לא נראה כי נזק זה עולה על הפגיעה שתגרום לנאשם אחר שיורשע בביצוע עבירות מין (השוו: עניין פרי). קביעה קטגורית כי עצם השתייכות המבקש לאוכלוסיה מסוימת מוכיחה כשלעצמה את חומרת הפגיעה הייתה מטיבה עם המבקש ביחס לנאשמים מורשעים אחרים. משלא עומדת למבקש יותר חזקת החפות, האינטרס הציבורי כאמור מטה את הכף לכיוון פרסום זהותו.

בעניינו של מבקש 2 תלוי צו איסור פרסום חלקי שניתן עד למתן הכרעה בערעור בבית המשפט המחוזי, והוארך בהחלטת בית משפט זה. טוען מבקש 2 כי פרסום פרטיו המזהים יגרום לפגיעה ביכולת תעסוקתו. ברם, הודגש בעבר כי פגיעה ישירה או עקיפה בפרנסתו של אדם אינה מצדיקה להורות על איסור פרסום שכן היא פגיעה המלווה כל הרשעה (בש"פ 4814/05 ביטאר נ' מדינת ישראל (26.07.05)). בנוסף, מבקש 2 לא ביסס את הפגיעה בהליכי האימוץ בהם הוא משתתף יחד עם בת זוגו. ניכר שהפגיעה תיגרם בעיקר כתוצאה מביצוע המעשים הפליליים וקיומו של רישום פלילי, ולא דווקא עקב פרסום פסק הדין. לקראת הדיון לפנינו הגיש מבקש 2 חוות דעת פסיכיאטרית עדכנית מהתקופה האחרונה. יש לציין לטובה כי מבקש 2 לקח אחריות על מעשיו והשתתף בטיפול שיקומי רציני לבדו וגם יחד עם רעייתו. שיקול זה נלקח לזכות מבקש 2 בעת מתן גזר דינו בבית משפט השלום, שנותר על כנו בערעור. על מבקש 2 הוטל מאסר על תנאי בן שישה חודשים למשך שלוש שנים וצו מבחן לתקופה של שנה. ייתכן שפרסום פסק הדין יאתגר את המשך תהליך השיקום של מבקש 2; ברם, הדבר נכון ביחס לכל הרשעה, ואף יותר בקרב הרשעות בעבירות מין. קבלת טיעונו של מבקש 2 תחתור תחת עיקרון פומביות הדיון בתיקים דומים נוספים. אין היא מקימה עילה המצדיקה סטייה מפומביות הדיון לפי סעיף 70 לחוק בתי המשפט. זאת במיוחד שעה שמוצו כל ההליכים המשפטיים.

טרם סיום, ועל רקע טענות המבקשים בסוגיית הפרסום והשפעתו על חייהם, נדמה כי ראוי להוסיף מספר מילים: חוק בתי המשפט אינו שואף 'ללכת רכיל בעמו'. הכלל בדבר פרסום פסקי דין נועד להגשים תכליות חברתיות חשובות, לרבות הבטחת אמון הציבור במלאכתו של בית המשפט. ייתכן כי פרסום פסקי הדין המרשיעים בעבירות שנידונו כאן יפגעו במבקשים. לא נעלמו מעיניי הטענות בדבר דרך החתחתים שעבר כל אחד מהמבקשים. אך בהיעדר קיומו של חריג על פי הדין, אין די בכך. ואולם דרך השיקום והתשובה אינה נעולה בפני מורשעים. יש לקוות כי המבקשים לפנינו יצליחו בדרך זו ויתקדמו בחייהם, חרף ההליך והקשיים שנלווים לו.

סוף דבר

21. הייתי מציע לחבריי להעניק רשות ערעור בשתי הבקשות, לדון בבקשות לגופן כאילו ניתנה רשות והוגשו ערעורים על פי הרשות שניתנה. זאת בשלוש הסוגיות שהתעוררו – הדחה והגנה מן הצדק, המודעות לגילה של התחקירנית, ופרסום פרטיהם המזהים של המבקשים בפסקי הדין. דעתי היא כי יש לדחות את הערעורים. כמו כן,

אציע לדחות את הבקשות ביתר הסוגיות שלא נידונו כערעור. הכל מהנימוקים שפורטו. התוצאה היא כי הרשעותיהם וגזרי הדין של המבקשים נותרים על כנם. במסגרת זו אין מקום להוציא צו איסור פרסום בשני ההליכים. כתוצאה מכך, החלטות עיכוב הפרסום שניתנו בנידון אינן בתוקף.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

מצטרף אני להנמקה ולתוצאה של חברי השופט הנדל בכפוף להערות שלהלן.

1. בבקשות שלפנינו נחשפנו לדוגמאות נוספות לפשיעה המתבצעת במרחב האינטרנטי בעידן המודרני. מרחב זה הפך לכר פורה לפשיעה בתחומים שונים כגון הימורים בלתי חוקיים, הלבנת הון ואף עבירות מין כמו במקרים דנן.

התפתחות הפשיעה במרחב האינטרנטי מחייבת התאמת הדין הן על ידי המחוקק והן על ידי פרשנות החוק בפסיקתם של בתי המשפט. בשל הקצב המואץ של ההתפתחויות הטכנולוגיות, לעיתים מתקשה החקיקה להדביק את הפער ומשכך מחויבים בתי המשפט להיות הראשונים להתמודד עם אתגר זה. חשוב כי התאמת הדין תעשה תוך הקפדה על עקרונות המשפט הפלילי באופן שיעלה בקנה אחד עם עקרונות הצדק וההגינות העומדים ביסוד דוקטרינות "ההגנה מן הצדק" ו-"הזכות להליך הוגן".

2. אחת השאלות עמן התמודד חברי השופט הנדל היא מהו "מיקומה הגיאומטרי" של הגנת "הפח היקוש" (Entrapment). קרי, האם מדובר בדוקטרינה שיש בכוחה להביא לביטול כתב האישום או לזיכוי הנאשם או שמא כוחה יפה אך לצורך הקלה בעונש בשלב גזירת הדין. למיטב הבנתי השופט הנדל צעד בחוות דעתו בתלם שהתוותה ההלכה הפסוקה, אף לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לפיו "אין ההדחה או השידול למעשה עברייני פוטרים את העברייין מאחריות פלילית הרובצת עליו על-ידי זיכוי מאשמה, אלא עשויים להביא להקלה מסוימת בעונשו של נאשם" (שם, פסקה 7). אלא שעיון באסמכתאות אליהן הפנה השופט הנדל מעלה כי עסקינן

בפסקי דין של בית משפט זה שקדמו לאימוצה של דוקטרינת הפסלות הפסיקתית בפסק הדין בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם, 4.5.2006) (להלן: עניין יששכרוב) ושניתנו בטרם ההתפתחות הפסיקתית המשמעותית שחלה בהקשר זה לאחר פסק הדין בעניין יששכרוב [ראו והשוו: ע"פ 1301/06 עיזבון המנוח אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל (22.6.2009); ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל (1.8.2010); ע"פ 10049/08 אבו עזא נ' מדינת ישראל (23.8.2012)].

אכן, בבקשות דנן עלתה שאלת החלתה של הגנת "הפח היקוש" בגדרי דוקטרינת "ההגנה מן הצדק" אך גם השופט הנדל מציין בחוות דעתו כי קיים בסיס משותף לדוקטרינה זו ולדוקטרינת הפסלות הפסיקתית שעוגנה בעניין יששכרוב – עקרונות ההגינות והצדק. בשים לב לאמור לעיל, דומני כי בשלה העת לדון מחדש בשאלה האם יש מקום להחלת הגנת "הפח היקוש" לא רק בשלב גזירת הדין. ברם, לאור הממצאים העובדתיים ונסיבותיהן של הבקשות דנן, כפי שעמד עליהם השופט הנדל בחוות דעתו, נדמה כי הפרשה דנן אינה מהווה את המסד הראוי לדיון בשאלה משפטית נכבדה זו ויש להותירה לעת מצוא.

3. השופט הנדל מציין בפסקה 10 סיפא לחוות דעתו כי אין להוציא מכלל אפשרות כי הגנת "הפח היקוש", במסגרת ההגנה מן הצדק, תעמוד לנאשם ביחס לפעילותו של גוף פרטי במקרים מתאימים. בעניין זה אבקש להעיר כי בפרשה דנן מדובר בגוף שהוא כלי תקשורת, ערוץ 10, הכפוף לכללי האתיקה העיתונאיים וכן למרותה של מועצת העיתונות. כמו כן נתון ערוץ 10 לרגולציה ולפיקוח של מועצת הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, בעיקר מכוח חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990 ו-תקנות וכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו [נובפרט כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (אתיקה בשידורי טלוויזיה ורדיו), התשנ"ד-1994] שהותקנו על יסוד החוק האמור. ודוק, לא ניתן להתעלם מהחשש ל"מדרון חלקלק" בהתייחס לגורמים פרטיים שאינם נתונים לפיקוח, רגולציה ונורמות אתיות, שעלולים לנקוט אף הם בפעולות בילוש וחקירה שעשויות לחצות את הגבול בין האסור למותר תוך פגיעה בצנעת הפרט ובזכויות אדם נוספות. יש להיזהר מהסכנות הטמונות בפעילותם של גופים פרטיים שאינם נתונים למגבלות ופיקוח כלשהם. לצורך התמודדות עם סכנות אלה והשלכותיהן, אין זה בלתי סביר כי בנסיבות המצדיקות זאת ייקבע כי יש מקום להחלת הגנת "הפח היקוש" אף ביחס לגופים פרטיים באופן שייצור תמריץ נאות לרשויות המוסמכות לנקוט בפעולות פיקוח ובקרה ביחס לאותם גופים.

זאת ועוד, כשם שלא נשללה האפשרות להחיל את דוקטרינת הפסלות הפסיקתית באשר לגופים שאינם שלטוניים במובהק, כדוגמת גופים דו-מהותיים, אין לשלול על הסף את הרחבת תחולתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק ודוקטרינת הפסלות הפסיקתית, במקרים המתאימים, אף ביחס לפעולותיהם של גופים פרטיים, כפי שציין השופט הנדל בסיפא לפסקה 10 בחוות דעתו [לעניין החלת דוקטרינת הפסלות הפסיקתית על גופים שאינם שלטוניים באופן מובהק ראו והשוו: חוות דעתו של השופט א' רובינשטיין ברע"פ 851/09 שמש נ' מדינת ישראל (22.7.2010) ו-בדנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש (9.1.2012)]. יצויין כי על אף העובדה שבדיון הנוסף השופט רובינשטיין ואנוכי נותרנו בדעת מיעוט, לא נשללה לטעמי בדעת הרוב אפשרות החלת דוקטרינת הפסלות הפסיקתית בנוגע לגופים דו-מהותיים].

ברם, סבורני כי נסיבותיה של פרשה זו אינן מצדיקות דיון בשאלות כבדות משקל אלה בשים לב לנסיבות העובדתיות הפרטניות לאורן לא ניתן לבסס טענה כי פעילותו של ערוץ 10 פגעה בזכות להליך הוגן.

ש ו פ ט

השופט ס' ג'ובראן:

1. אני מצטרף לפסק דינו היסודי של חברי השופט נ' הנדל. כפי שציין, לפרשה מספר מאפיינים ייחודיים וחדשניים המצדיקים מתן רשות ערעור.

2. במחלוקת בין השופטים נ' הנדל ו-י' דנציגר, בנוגע להחלת הגנת "פח היקוש" ומיקומה הגיאומטרי הראוי בדין הפלילי, דעתי כדעת השופט נ' הנדל. שני חברי מסכימים כי במסגרת גזר הדין כשיקול לקולה, אין מניעה מלהתחשב בהגנה זו. לגבי הכרעת הדין, דומה כי חבריי מסכימים כי אין מניעה שדוקטרינה זו תיבחן במסגרת הגנה מן הצדק. המחלוקת ביניהם, להבנתי, סבה על תחולת ההגנה כעילה לפטור מאחריות פלילית.

3. במחלוקת זו, מקובלת עליי עמדתו של השופט נ' הנדל. פרק ה'1 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 קובע סייגים לאחריות פלילית. הגנת פח היקוש אינה מצויה בפרק זה. אין בפסיקה עמדה ברורה האם הסייגים הקבועים בפרק ה'1 הם בגדר רשימה סגורה (ראו: יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין 629-627 (2010) (להלן: רבין ואקי);

ע"פ 4675/97 רחוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 337, פסק דינה של השופטת ד' ביניש (1999)). דומה כי אופייה של הגנת פח היקוש, כפי שעמד עליה בהרחבה חברי נ' הנדל, אינו מצדיק מתן פטור לנאשם מבירור אחריותו הפלילית. הסייגים השונים לאחריות הפלילית הקבועים בחוק העונשין פוטרים נאשם מאחריות בגין אי כשרות לעמוד לדין (למשל מחמת גיל צעיר או העדר שפיות) או כאשר ההעמדה לדין אינה משרתת את מטרות דיני העונשין (למשל העבירה בוצעה מתוך הגנה עצמית) (ראו: דבין וואקי, בעמ' 623-626). הדחה לביצוע העבירה היא יצירת תשתית שהובילה אדם לבצע עבירה, שבלעדיה הוא לא היה מבצע (ראו: ישגב נקדימון הגנה מן הצדק 209 (2009) (להלן: נקדימון); פסקה 7 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל). לשיטתי, לא ראוי שהדחה לביצוע עבירה, אשר אין עניינה אי כשרות של מבצע העבירה לעמוד לדין או חוסר ברירה מצידו שהוביל לביצועה, תבוא בגדר סייגים אלה.

4. לעניין תחולתה במסגרת הגנה מן הצדק, דעתי כדעת שני חבריי. האפשרות לעשות שימוש בהגנת "פח היקוש" במסגרת הגנה מן הצדק לנאשם כבר הועלתה בפסיקת בית משפט זה ב-ע"פ 1224/07 מדינת ישראל נ' בלדב (10.2.2010) (להלן: עניין בלדב), שם נקבע כי "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" (שם, פסקה 72 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה. ראו גם: ע"פ 3396/09 אלהיב נ' מדינת ישראל פסקה 29 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (5.9.2011); נקדימון, בעמ' 226-229). כפי שסקר חברי, לשונו הברורה של סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, יחד עם התפתחות הדוקטרינה בפסיקת בית משפט זה, מובילה למסקנה כי דוקטרינת ההגנה מן הצדק מהווה "אכסניה" הולמת להגנת פח היקוש. כל זאת בכפוף כמובן למבחנים שבדין.

5. לעניין החלת הגנת פח היקוש על פעולת גוף פרטי במסגרת טענת הגנה מן הצדק, מסכים אני עם הדגש של חברי השופט י' דנציגר. האופן בו פעל במקרה דנא ערוץ 10 מעורר קשיים לא פשוטים. ראשית, פעולתו של ערוץ 10 היא במובן מסוים העברת סמכויות שיטור לידי גורם פרטי. זאת, ללא כל אפשרות פיקוח ממשית של הגורם המופקד על-פי-דין על הפעלת סמכויות אלה. אופן פעולתם של סוכנים מדיחים מטעם הרשות הוגבל בפסיקת בית משפט זה. השופטת א' פרוקצ'יה, בעניין בלדב, קבעה לעניין זה:

”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. כן מקובל הכלל כי אל לו לסוכן סמוי להפעיל אמצעי לחץ ושכנוע מוגזמים כדי לשכנע חשוד לבצע עבירה” (שס, בפסקה 67).

6. כאשר גוף פרטי נוטל סמכויות המסורות על פי חוק למשטרה, אין הוא פועל תחת המגבלות החוקיות החלות עליה ובכללן על סוכנים מדיחים מטעם הרשות, כגון החובה ליידע חשוד בדבר זכויותיו. לפיכך, תחקירים המתבצעים על ידי גופים פרטיים, אשר כרוכה בהם יצירת מצב עובדתי שאלמלא התקיימותו העבירה הקונקרטית שנעברה לא הייתה נעברת ומסתיימים בהעמדה לדין, יוצרים פוטנציאל לפגיעה בזכות החוקתית להליך הוגן.

7. שנית, חברי השופט נ' הנדל, התייחס בחוות דעתו לעניין הפרטת בתי הסוהר, בתור דוגמה להסתייגות שהביע בית משפט זה מהאצלת סמכויות שלטוניות לגוף פרטי. בהקשר זה, אזכיר, כי הטעם המרכזי שהוביל לביטול התיקון לפקודת בתי-הסוהר היה החשש מן הפוטנציאל לפגיעה בזכויות אסירים, כאשר אלו המפקחים עליהם, ובעלי סמכות להפעיל כנגדם כוח, מונעים משיקולים כלכליים (ראו: פסקה 54 לחוות דעה של הנשיאה ד' ביניש; חוות דעתי באותה הפרשה). טעמים אלו יפים גם לענייננו, כאשר גוף פרטי תורם או מדיח באופן אקטיבי אדם לביצוע עבירה פלילית, מתוך שיקולים עסקיים (להרחבה בנוגע לסוגיה זו, ראו: אסף הרדוף “הקלות המטרידה של הפיתוי: בעקבות פרשת ערוץ 10” הסניגור 160, 11-14 (2010)).

8. יוזכר, כי תחילת פרשה זו היא ביוזמה של ערוץ 10 לערוך תחקיר הנעשה למען שידורו בערוץ מסחרי. מצטרף אני לתייתו של חברי השופט נ' הנדל בפסק דינו לצורך להגדיר את הגבול הראוי בין “עיתונות חוקרת” לבין “עיתונות שוטרת” (פסקה 9 לחוות דעתו). עם זאת, עמדתי היא כעמדתו כי אין פסק דין זה המקום הראוי להידרש לסוגיה זו לעומקה. זאת, בייחוד נוכח הממצא שנקבע כי התחקירנית לא הדיחה את המבקש לבצע את העבירות בהן הורשע.

9. גם לעניין סוגיית פרטום פסק הדין, מצטרף אני להנמקתו של חברי השופט נ' הנדל. המציאות העכשווית מורכבת בהקשר זה. כיום, פועלים בישראל מספר רב של מאגרי מידע משפטיים מקוונים, דוגמת נבו, פדאור, ועוד. מאגרים אלה הביאו לזמינות ונגישות מלאים של החלטות שיפוטיות. כיום, חיפוש פשוט במנוע חיפוש דוגמת Google של שם אדם שהיה בעבר צד להתדיינות שיפוטית, יכולה להביא לחשיפה

מיידיית של מידע זה. אמנם, גם בעבר היה ניתן לגלות מידע בנוגע לצד מתדיין בהליך שיפוטי, בין באמצעות בקשה אקטיבית לעיון בתיק לבית המשפט, ובין באמצעות פרסומו בתקשורת. אולם, אז, לפגיעה בפרטיות הייתה "תאריך תפוגה", בעוד שהיום, המידע נצרב לעד במרחב הווירטואלי. במצב דברים זה, כאשר פוטנציאל הפגיעה בזכות לפרטיות גדול יותר כמעט בכל מקרה ומקרה, ייתכן שיש טעם של ממש בהוספת מנגנונים חלופיים או באיזון שונה בין זכות זו לעיקרון הפומביות. עם זאת, כאמור בפסק דינו של חברי השופט נ' הנדל, ההסדר החוקי הקיים הקבוע בחוק בתי המשפט על פיו הפרסום הוא הכלל, ואיסורו הוא החריג, נראה שאינו מאפשר איזון אחר. בנסיבות המקרה, קיים אינטרס ציבורי בפרסום פסקי הדין מרשיעים, ובכללם במאגרי המידע והחיפוש באינטרנט, שעה שהמבקשים ניצלו פלטפורמה זו ממש באופן פסול.

ש ו פ ט

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

המבקש (ברע"פ 1201/12) יתייצב לריצוי עונש מאסר בפועל של חודשיים שנגזרו עליו במסגרת עבודות שירות בפני הממונה על עבודות שירות בתאריך 20.2.2014 בשעה: 8:00 בהתאם להנחיות הממונה.

ניתן היום, ח' בשבט התשע"ד (9.1.2014).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט