

המערערים:

1. שלום שלומי, ת"ז 123456789

2. ליאורה לירי, ת"ז 987654321

על-ידי ב"כ: גב' גיני סידיקוב, גב' יובל שחר ומר עומר חרמוני
רח' כנפי נשרים, הרצליה

- נ ג ד -

המשיבה:

מדינת ישראל

באמצעות פרקליטות המדינה – המחלקה הפלילית
על-ידי ב"כ גב' יובל קימלמן, מר רן שלו, ומר שלבי וסר
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים

עיקרי טיעון מטעם המשיבים

בהתאם להחלטת בית-המשפט הנכבד, המשיבים מתכבדים להגיש את עיקרי הטיעון מטעמם, לקראת הדיון הקבוע בפני כבוד ההרכב ליום 13.6.2024 לשמיעת הערעור.

בית-המשפט הנכבד מתבקש לקבל את הנימוקים שפורטו בכתב התשובה ובעיקרי הטיעון דנו, ולדחות את הערעור הואיל ומשטרת ישראל פעלה כדין ובסמכות עת אספה ראיות קבילות שהצדיקו את הרשעת המערערים.

המדינה סומכת את ידיה על הכרעת הדין של בית-המשפט קמא מטעמיו, ותוסיף ותפרט כדלהלן.



יובל קימלמן, עו"ד



רן שלו, עו"ד



שלבי וסר, עו"ד

1. פתח דבר

1. עובדות כתב האישום בגינן הורשעו המערערים פשוטות: בתאריך 12.11.2020 שהו המערערים במועדון לילה בחיפה וצרכו מספר משקאות אלכוהוליים. עימות מילולי שנוצר במועדון בין המערערים לבין נפגעת העבירה וחבריה, הסלים אל מחוץ למועדון והמשיך בבית מערערת 2. בשלב מסוים נפגעת העבירה התקרבה לכיוון מערערת 2 והניפה ידה "בלהט הוויכוח ללא כוונה להכות" (בפס' 53 להכרעת הדין). אולי כתגובה, או אפשר מפאת תוקפנותם של המערערים, אלו תקפו את המתלוננת, הטיחו אותה לקרקע והתיזו גז פלפל בפניה. התקיפה גרמה להובלת נפגעת העבירה באמבולנס טיפול נמרץ ולאשפוז בבית-חולים תוך שהיא סובלת מפגיעות חמורות בגפיה ובעיניה. כל האירוע תועד על-ידי דודתה של המערערת 2 (להלן: **יעל**) בסרטון, באמצעות אפליקציית החירום החדשנית "Help Me" (להלן: **האפליקציה**) המיועדת למתן סיוע לאזרחים בעת צרה. המכשיר שידר באופן סימולטני (אודיו ווידאו) סרטון למוקד משטרת ישראל ששמרה אותו והשתמשה בו לאורך ההליך ובחקירה, **שם הודו הנאשמים במיוחס להם**. בגין מעשיהם הורשע מערער 1 בביצוע עבירת חבלה חמורה ותקיפה הגורמת חבלה ממשית לפי סעיפים 333 ו-380 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 בהתאמה; ומערערת 2 הורשעה בעבירת תקיפה סתם לפי סעיף 379 לחוק העונשין.

2. עת הגיעו המערערים לבית-משפט קמא הם כפרו באשמתם, וטענו כי הראיות שנאספו נגדם אינן קבילות וכי פעלו בהגנה עצמית. עמדות המערערים באשר לקבילות השימוש בסרטון ותפיסתו; לראיות הנגזרות ממנו; לפגיעה בפרטיותם ולזכותם להליך הוגן; ולחוסר סמכות המשטרה, נדחו בבית-משפט קמא באומרו: "**מצאתי לקבוע כי המאשימה פעלה בהתאם לסמכותה כאשר עשתה שימוש בסרטון במהלך חקירת האירוע, וכי הגשת הסרטון כראיה במשפט נעשתה כדין**" (בפס' 48 להכרעת הדין).

3. במסמך זה נשיב לטענות המערערים כדלקמן: נראה כי המשטרה פעלה בסמכות ובדין. כחלק מכך, נציג את עקרון ההסכמה מדעת, ההגנות והפטורים העומדים לרשותה; ואת חשיבות האפליקציה. לחילופין נראה כי הפגמים שנפלו לכאורה בהליך החקירה הם מינוריים ולא מצדיקים את פסילת הראיות שנאספו בהליך החקירה. נבסס את חשיבות הסרטון, קבילותו, והפרשנות הראויה לו. כל אלו כאמור על מנת למצות את הדין עם המערערים ולאפשר לנפגעת העבירה לזכות במעט נחת רוח.

2. סמכות המשטרה

4. המערערים תולים את עיקר ייבם בשאלת סמכות המשטרה לעשות שימוש בסרטון על כל תצורותיו לרבות: תפיסתו, האזנה לרכיב השמע שבו, הצפייה בו, שימוש בהליך החקירה ולבסוף השימוש בו במסגרת ההליך עצמו כראייה. לגישתם, פעולות אלו, לרבות תפיסת הסרטון והשימוש בראיות הנגזרות ממנו, אינן חוקיות ופוגעות בפרטיותם. כפי שנראה להלן, המערערים מתעלמים מהוראות החוק והפסיקה שמקימות למשטרה מספר מקורות סמכות וחובה לפעול כפי שפעלה.

2.א. עקרון חוקיות המנהל

5. אין חולק, וזוהי נקודת המוצא של המשיבה, כי עקרון חוקיות המנהל הוא עקרון בסיסי של המשפט המנהלי, לפיו לרשות מותר לפעול רק אם הוסמכה לכך בחוק. בהליך זה נוכיח כי המשטרה פעלה בהתאם לעקרון החוקיות, שכן הייתה סמכות להאזין ולצפות בסרטון הווידאו, לתפוס את המידע במאגר המידע ולהשתמש בו בחקירה; ולמצער עומדים לזכות המשטרה פטורים והגנות שמכשירים את הסרטון כראיה ממילא.

2.ב קושי רדיפת המחוקק אחר השינויים וההתפתחויות הטכנולוגיות

6. בבואנו לבחון האם בעניינם של המערערים המשטרה פעלה בגבולות הדין, יש לשים לב לכך שהמערערים מנסים לאתגר את חשיבות האפליקציה תוך ניצול העובדה שהמחוקק תמיד ירדוף אחר הטכנולוגיה. מדובר בניצול ציני שנועד להתחמק מאימת הדין, ולמנוע מאוכפני החוק למנף את הטכנולוגיה החדשה בפקטיקות חקירה ויישום הדין.

7. לגישת המדינה, הסמכות שהוענקה למשטרה בסעיף 4 לפקודת המשטרה, [נוסח חדש], התשל"א-1971, נועדה, בין היתר, לאפשר למשטרה להסתגל ולהתאים עצמה להתפתחויות הטכנולוגיות.

8. הענקת סמכות כללית לרשויות אכיפת החוק להשתמש בטכנולוגיה חדשנית, במסגרת משפטית גמישה, חיונית למאבק באיומים פליליים מודרניים ושמירה על ביטחון הציבור. על-ידי אימוץ ההתקדמות הטכנולוגית ומתן הכלים והסמכות הנדרשים לרשויות, מדינות יכולות להתמודד טוב יותר עם צורות מתפתחות של עבריינות ולהבטיח את שלמות ותכליות מערכת המשפט – סדר וביטחון. נבהיר, כוונת המדינה היא לא לתת סמכות למפרע לגופי אכיפת החוק, אלא לאפשר להם לפעול בסבירות, בגבולות הדין.

9. לגישת המדינה, הגבלת המשטרה בגבולות משפטיים צרים, באמצעות פרשנות דווקנית ולא תכליתית של הוראות החוק הקיימות, תסכן את ביטחון הציבור ותפריע לרשויות במאמצי מיגור עבריינות והרתעת עבריינים. ציפייה לחיקוק מדויק, שך כל פעולה ספציפית של המשטרה, איננה אפשרית, שכן החוק רודף אחר המציאות, ולא להפך. בדומה, גם סמכות המשטרה לנהל את מוקד 100 החירומי, נובעת מאותו הסעיף. ודוק, אין סעיף אחר ספציפי שקובע שלמשטרת ישראל הזכות לנהל מוקד חירום. האם גם אותו תבקש ההגנה לבטל?

10. יפים בהקשר זה, דברי השופט עמית בע"פ 4039/19 נחמני נ' **מדינת ישראל**, בפס' 26 לפסק-הדין (נב 17.3.2021), הממחישים את קושי רדיפת המחוקק אחר הטכנולוגיה. שם, המשטרה השתמשה בטכנולוגיה מתקדמת לפענוח דגימת DNA והצלבת נתונים כדי למצוא ולהרשיע עברייני אלים. כך נכתב:

"ניתן לפרש את החוק באופן שמתאים אותו לשינויים טכנולוגיים ומדעיים גם אם המחוקק לא שיער ולא חזה שינויים אלה, שכן "החוק הוא יצור חי, פרשנותו צריכה להיות דינמית. יש להבינו באופן שישתלב במציאות המודרנית ויקדם אותה" (ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית) (ההדגשות הוספו).

2.ג חשיבות האפליקציה

11. בבואנו לבחון את הוראות הדין הקיימות, עלינו לשים לב לחשיבות האפליקציה. כאשר אדם נמצא במצוקה, לרשותו עומד מוקד החירום הטלפוני של משטרת ישראל, בכל שעות היממה, לרבות לאזרחים שבידיהם מכשיר סלולרי ללא ספק סלולר. זאת הואיל וכך שהמשטרה אמונה על ביטחון הציבור (השוו: סעיף 3 לפקודת המשטרה). אולם יש להכיר ולהודות בכך שהתפתחותה המתמדת של הטכנולוגיה עשויה להעניק פתרונות יעילים יותר ממוקד זה. זו מטרת האפליקציה; המעניקה גישה ישירה ויעילה יותר לאזרח במצוקה – בחינם. בבחינת סמכות המשטרה בראי עקרון חוקיות המנהל, נדגיש שהאפליקציה מקדמת ערך קרדינלי – הצלת חי אדם ומניעת פגיעות בעקבות תופעות עברייניות שונות (כמפורט בתקנון).

12. האפליקציה סייעה ומסייעת, לאלפי אזרחים נורמטיביים ואוכלוסיות מיוחדות בקבלת סיוע ישיר ובלתי-אמצעי מגופי הביטחון וההצלה השונים במדינה. הרצון לפתח את האפליקציה נולד עקב אירוע טרגי בו בנו של מייסד האפליקציה נפצע קשה בשוד אלים, שבו אירע כשל מערכתי במערכות הקריאה הטלפונית של המשטרה אשר הקשה על איתור הנאשמים בפרשה.

13. טענות המערערים מתמקדות בסמכות המשטרה לקבל מידע דרך האפליקציה ובפגיעה לכאורה בפרטיות המשתמשים וסובביהם. ההפך הוא הנכון – האפליקציה מקדמת שמירה על זכויות האדם החשובות והבסיסיות ביותר: הזכות לחיים, לשלמות הגוף ולקניין. האפליקציה היא הזיקוק הטכנולוגי של הרצון המשותף של האזרח ושל המדינה להגן על זכויות האדם; זאת בייחוד, בעת צרה. נדגיש, המערערים שוגים בכוונת מכוון שהאפליקציה פותחה ומשומשת על-ידי המשטרה; אלא שהמשטרה **נענית** לאזרח, המתקשר דרכה, ולמשטרת ישראל אין ולא היה כל יד בפיתוח האפליקציה ובחירת האזרח להשתמש בה. ליעל הייתה היכולת להתקשר במוקד 100, ובחירתה החופשית הייתה להתקשר באמצעות גורם נוח, יעיל, ומהיר זה.

14. ניכר לאורך הערעור, שהמערערים מעלים טענות היפותטיות בדוגמת "מה אם?". טענתם היא כי ייתכנו מקרים בהם המשטרה תעשה שימוש לרעה בתוצרים שתועדו באפליקציה. המדינה סבורה שיש לדחות ניסיון זה להציג את המשטרה כגוף מסוכן, קונספירטיבי ופוגעני. איננו עוסקים בסוגיות עקרוניות וספקולטיביות, ואיננו מניחים הנחות שגויות על היות המשטרה משטרת מחשבות שדורסת באופן גס ומכוון זכויות יסוד. ראו והשוו את כתבי הטענות ועיקרי טענות המערערים, אשר לדידם, המדינה שוגה במציאתה את משטרת ישראל כגוף שאמון על הביטחון ומנסה "לצייר" אותה, כמקדמת אכיפת החוק. טענה זו מספיקה כדי ללמד את הבוז שלהם כלפי משטרת ישראל.

15. בנוסף, **אין זה מסמכותו או ממקומו של בית-המשפט, בייחוד ביושבו כערכאת ערעור פלילית לעסוק בעניינים שבתיאוריה**. כך קבע השופט זמיר בבג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, נג(5) 241, 250–249 (1999):

"[...] העתירות נושאות אופי תאורטי. הן אינן מתבססות על מערכת עובדות, ואינן מבקשות סעד לגבי מקרה זה או אחר, אלא הן מעלות שאלה משפטיות, בעלת אופי כללי, ללא קשר לעובדות של מקרה מסוים". [...] "הכלל הבסיסי הינו כי בדרך כלל בית-המשפט לא ידון בעתירה, אף אם הייתה אקטואלית, משעה שנעשתה תיאורטית".

16. כך גם נקבע בת"פ (מחוזי נצי') 13347-08-13 **מדינת ישראל נ' גולדשטיין** (נבו 10.6.2014). שם דן בית-המשפט בתקיפות סכין חמורות, כשסנגורית קורבן העבירה פירטה מצבים אפשריים בהם חומרת המעשים הייתה יכולה להוביל לתוצאות קטלניות יותר. בתגובה קבע בית-המשפט: "מטרת המשפט איננה לעסוק בשאלות תאורטיות של 'מה היה אם', אלא לדון במקרים קונקרטיים שהתרחשו הלכה למעשה" (בעמ' 5).

17. כנכתב לעיל, תרחישי הקיצון אותם מתארים המערערים מהווים מעשיות חסרות שחר שאין להן קשר לעניינם של המערערים. בשים לב, האפליקציה פותחה במישור האזרחי; השימוש בה בוצע על-ידי אזרח ואין למשטרה כל יד בפיתוחה, שימושה ובבקשת הסרטון. ודוק, לא בוצעה הקשה בטעות להפעלת האפליקציה, תיעוד שלא לצורך או המשך צפייה/האזנה לתיעוד לאחר התקיימות העבירה. **גם אם יש לדון בטענה תיאורטית זו, המדינה גורסת שתקיפה עקיפה, הנגזרת מהליך פלילי במהותו, ובו מקרה קונקרטי בעל נסיבות עובדתיות קיימות, אינו המישור הפרוצדורלי הראוי**. חרף היעדר הבשלות, על המערערים לכל הפחות לתקוף ישירות את קיום האפליקציה כשלעצמה, בעתירה ישירה. ראה דנ"פ 5387/20 **רותם נ' מדינת ישראל**, 14 (נבו 15.12.2021):

"המונח תקיפה עקיפה (Collateral attack) בהקשר בו עסקין מתייחס באופן כללי להעלאת טענות מהמשפט החוקתי ומהמשפט המינהלי בהליך שיפוטי אחר ובכלל זאת: הליך לקביעת אחריות אזרחית או לקביעת אשמה פלילית. התקיפה ננקטת באותם הליכים מאחר שתוצאתם תושפע משאלת קיומם של פגמים חוקתיים או פגמים בפעולה המינהלית".

18. הרבה למעלה מן הצורך, תציין המשיבה כי היא פועלת לפרסום הנחייה שתסדיר בצורה ברורה ושקופה לציבור את השימוש שעושה המשטרה באפליקציה ותוצריה, ובכלל זה תגביל את שמירת הסרטונים לתקופות זמן מוגדרות; תחייב כי הסרטונים יישמרו במאגר מידע שעומד בהגדרות אבטחה מתקדמות ועוד. כמובן שאין בעובדה שהנחיה זו טרם פורסמה, כדי לגרוע מסמכות המשטרה לפעול כפי שפעלה בעניינם של המערערים, כמתואר בהרחבה בכתב התשובה ולהלן.

ד.2 השימוש בסרטון כראיה בהליך הפלילי נעשה מכוח סמכויות ההצלה של משטרת ישראל

19. משטרת ישראל מוסמכת באופן מהותי ופורמלי לאכוף את הסדר הציבורי במדינת ישראל, מכוח סעיפים 3 ו-4 לפקודת המשטרה. סעיפים אלו מהווים תנאי מהותי בביסוס סמכותה הרחבה של המשטרה לפעול באירוע אלימות בו עסקינן. עם זאת, המדינה מכירה בכך שעל המשטרה מוטלות חובות להפעיל את סמכויותיה בתבונה, במיומנות ובסבירות, שתכליתן לאזן את הנזקים בין זכויות האזרחים לבין הרצון למצות את הדין עם עבריינים בהליך הפלילי.

20. לכן, לשוטרים סמכויות רבות, ביניהן גם סמכות שימוש בכוח, חיפוש, מעצר וכניסה למקומות בהם מתקיים חשד ממשי לפגיעה חמורה בסדר הציבורי ובביטחונו (ראה סעיף 4 לפקודה, ס"ק (3)(א)–(ב)). הסמכות הכללית של המשטרה לפעול הובאה בע"פ 61/73 שמואלי נ' מדינת ישראל, כח(1) 281, 295 (1973). שם נקבע שתפקיד פקד משטרת ישראל משתרע אפוא לא רק על אזור עבודתו הגיאוגרפי:

"[...] מוסמך, ואף מצווה, כל שוטר שיש לו ידיעה או חשד רציני שיבוצע מעשה-עבירה, לפעול בעצמו, במידה שהנסיבות מחייבות זאת, לשם מניעתו, גילוי או תפיסת העברייני, וזאת אף אם מדובר בביצוע מעשה-עבירה במקום שאינו שייך לאזור שבו הוא משמש כרגיל בתפקידו המשטרתי. לא יתכן, למשל, שאם הגיע לשוטר המשמש בתפקיד זה בירושלים מידע שעבירה מסוימת עלולה להתבצע בחיפה, הוא יישב בחיבוק ידיים ולא יעשה לשם מניעתה...."

21. בענייננו, עסקינן באירוע חריג, שמקים חובה למשטרה לפעול כפי שפעלה. הטלפון הנייד והסרטון שימשו את המשטרה והוכיחו את החשש הממשי לפגיעה בנפגעת העבירה. כאשר נודע למשטרה על ביצוע העבירה, "בתלונה או בכל דרך אחרת", מחויבת היא לפתוח בחקירה מתוקף סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. בענייננו, יעל תיעדה את מצוקתה הגדולה של המתלוננת, (בין אם בכוונה ובין אם לאו) כאשר הושלכה באלימות אל הקרקע והותז גז פלפל לעבר עיניה. ברור שעל המשטרה לפתוח בחקירה.

22. חובת המשטרה לפעול מיד כשנודע לה דבר התקיפה, היא חובה עתיקת יומין, שתחולתה מופנית כלפי כל אדם באשר הוא. בתרבותנו היהודית מוזכרת החובה כאחת מבין תרי"ג מצוות – "לא תעמוד על דם רעך" (ויקרא, 15, 16), והיא אף עוגנה בדין, בחוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998. תחולת המצווה/סעיף החוק מופנית כלפי כל אדם באשר הוא. מכאן, קל וחומר, וביתר שאת כלפי אנשי אכיפת החוק – השוטרים.

23. המדינה גורסת כי אין זה מן הנמנע, שכאשר גוף הצלה פועל, הוא עלול לאתר ראיות מפלילות המעידות על ביצוע פשע אגב עילת הקריאה הראשונית. אין מדובר בסוגיה חדשנית, והיא מתקיימת מזה עשרות שנים. כך, בת"ק 8960-10-20 (שלום ב"ש) פרקליטות מחוז ירושלים (פלילי) נ' בוחבוט (נבו 15.5.2022), בני זוג הזעיקו את המשטרה, לאחר שהבחינו באדם מנסה לפתוח את דלת דירתם. השוטרים שהוזעקו חשדו שהנאשם נמצא תחת השפעת חומר פסיכו-אקטיבי, מה שהוביל לחיפוש על גופו ומציאת סמים בחזקתו, והרשעתו בהחזקת סמים שלא לצריכה עצמית. כמו כן, בת"פ (מחוזי ת"א) 260/95 מדינת ישראל נ' הרש (נבו 15.12.1996)

הזעיקו תושבים את המשטרה ומכבי האש בשל חריף בסביבתם, ובחיפוש נמצאו נוסחאות להכנת סמים ותרכובות כימיות שהכילו סמים. אלו שימשו בערכאה הדיונית את הפרקליטות, והובילו להרשעת הנאשמים.

24. זוהי נקודת המוצא שמכוחה יש לבחון את התנהלות המשטרה בעניינם של המערערים – אין מחלוקת שהמשטרה פעלה בעניינם של המערערים מכוח סמכויות ההצלה הנתונות לה, ואגב סמכויות אלה נחשפה המשטרה לביצוע עבירות פליליות שחייבו את התערבותה, ובכלל זה חקירת העבריינים ומיצוי הדין עימם.

2.ה הסרטון הוא ראיה חפצית, המותרת לשמירה ושימוש על-ידי משטרת ישראל

25. בניגוד למאמצי ההגנה לטעון אחרת, הרשעת המערערים על בסיס סרטון שהופק באמצעות האפליקציה כלל לא מעלה סוגיות חדשניות או פורצות דרך. אין עסקינן בחיפוש וירטואלי, או בהאזנת סתר אסורה – עניין לנו בחפץ מסוג סרטון שנתפס כדין על-ידי המשטרה לצורך שימוש בו כראיה.

26. סעיף 32 לפקודת סדר דין פלילי (מעצר וחיפוש), התשכ"ט-1969 מקנה לשוטר את הסמכות לתפוס חפצים, "אם יש לו יסוד סביר להניח כי באותו חפץ נעברה, או עומדים לעבור, עבירה, או שהוא עשוי לשמש ראיה בהליך משפטי בשל עבירה". על-פי סעיף 1 לפקודה, חפץ הוא: "תעודה, מסמך, חומר מחשב או בעל חיים" (ההדגשה הוספה). הואיל והסרטון הופק ממכשיר הפועל באמצעות תוכנה (הפלאפון), יש לראות בו חומר מחשב מכוח סעיף 1 לחוק המחשבים, התשנ"ה-1995. לכן, יש לראות בסרטון "חפץ", אשר מכוח סעיף 33 לפקודה, למשטרה סמכות לתפוס ולשמור עד הגשתו לבית-המשפט במסגרת ההליך הפלילי.

27. תפיסת הסרטון ושמירתו משולה לתפיסת מצלמה, המתעדת עבירה. על כן, לימים, ראתה המשטרה לנכון לקבוע נוהל אח"מ 300.01.319 "חיפוש אחר אמל"ח ומצלמות ללא צו שיפוטי" (15.5.2023), שיסדיר מצבים בהם ישנו צורך קריטי מידי לתפוס חומרי מצלמה המתעדים עבירות בטרם יושמדו; על כן, יתאפשר לקצין משטרה לתפוס בלא צו. כך גם בענייננו, לאחר שצפתה המוקדנית – קצינת החמ"ל, בסרטון, סברה כי יש צורך בשמירתו, גם בהיעדר צו. ודוק, הוראות הנוהל מסמיכות את פעולות המשטרה כטענת חילופין, הואיל והמשטרה לא עשתה כל פעולה אקטיבית להשגת הסרטון והפקתו.

28. הסרטון הוא החפץ היחיד שהגיע למשטרה; לא נעשה כל שימוש ו/או חיפוש בטלפון הנייד למעט התוצרים שנמסרו על-ידי יעל למוקד המשטרה. בהקשר זה ניתן להקביל את האפליקציה למקבילה הטכנולוגית של משלוח דואר, ותו לא.

29. בכך הדברים אומרים, יצירת קורלציה בין ההוראות שהוצגו לעיל, מעלות מסקנה אחת ברורה – עסקינן בחפץ שסמכות תפיסתו הייתה נתונה באותה עת למשטרה. לא רק שביכולתה לתפוס את הסרטון מתוקף סמכויות אלו, אלא זוהי חובתה בהתייחס לחומרת העבירה ולתפקיד המשטרה באכיפת החוק.

1.2 הסרטון לא מהווה "חיפוש וירטואלי" כטענת המערערים, ותוצריו קבילים לשימוש בהליך הפלילי

30. לשיטת המערערים המוקדנית הצופה בתשדיר האפליקציה (דרך יעל) מבצעת פעולת "חיפוש וירטואלי" בניגוד להוראות סעיף 26 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש), הואיל והצפייה בוצעה ללא צו שיפוטי, הסכמה מודעת ונוכחות שני עדים כנדרש.

31. הנחת המוצא של המערערים שגויה. הצפייה בסרטון כלל לא עולה כדי פעולת חיפוש. בחינה מילונית פשוטה של המילה "חיפוש" מעלה כי ביכולתו של המחפש לרצות בכך, והלה שואף במציאת ממצאים. כך, "חיפוש" מוגדר במילון אבניאון: "בדיקה כדי לדעת איפה נמצא משהו או משהו; בילוש, בדיקת ביתו של חשוד או

סביבתו כדי למצוא זברים אסורים וכד"ו. בדומה, "Search" לפי מילון אוקספורד: *Search (noun) – An attempt to find someone by searching; an effort to find something one seeks, especially when it is lost, hidden, or unknown*.

32. בענייננו, הרצון וההוצאה מן הכוח אל הפועל של שידור הסרטון למשטרה היה של יעל בלבד; למעשה, המוקדנית נאלצה לצפות בו לאחר שיעל בחרה לשתף בו, כי חשה בסכנה. המשטרה לא ביצעה כל פעולה אקטיבית הנוגעת לתפעול המצלמה, מיקומה או תוצריה.

33. יתרה מכך; כשאדם או שוטר מעוניין לחפש דבר, פשיטא שבלבו אוחזת דעה כי הוא תוהה שמא ימצא ממצא, כמתואר בהגדרות לעיל. בענייננו, המשטרה לא רצתה לחפש, אלא נאלצה לקבל חפץ (הסרטון), שיסייע לה להגשים את תפקידה ברוח סעיף 3 לפקודת המשטרה – למגר עבריינות ולסייע לציבור, בהשלטת ביטחון וסדר. כך גם נכתב בת"ק ב"ש 1295-01-15 **מדינת ישראל נ' הרניב**, 12 (נבו 6.4.2017):

"למינוח "חיפוש", אין הגדרה בדיני החיפושים שלנו. יש הגדרה למהו 'חיפוש חיצוני' ומהו 'חיפוש פנימי' בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), תשנ"ו-1996, עם זאת בפסד"פ אין הגדרה ואין תשובה לשאלה חיפוש מהו, מעבר לתכליות שבא להבטיח. [...] לאור העובדה שהסעיף לא תוקן ע"י המחוקק, לאחר המהפכה החוקתית, ולא בוצעו בו ההתאמות המתבקשות מעלייתן של זכויות היסוד במדרג הנורמטיבי עלי חוקי היסוד, **ראוי לו לבית המשפט לפרשו בצמצום ולדקדק בקיום תנאיו**" (ההדגשה הוספה).

34. באשר לעניין **Moore-Bush** ו-**Toggle** שאוזכר על-ידי המערערים, קשה להתעלם מהיעדר הדמיון הקיים בענייננו. בעוד שבפסקי-הדין אלו המשטרה ביצעה **צעד אקטיבי** בהצבת מצלמות מעקב ותיעוד נאשמים במטרה להפעילם ליצירת קצה חוט חקירתי; בענייננו המדינה לא עשתה דבר לקבלת הממצאים אלא נקראה לסיוע וקיבלה ראית חפצית מוגמרת, ברורה ואיכותית. על כן, המשטרה פעלה בסמכות, מפורשת או לכל הפחות משתמעת, לנקוט באמצעים בהם נקטה בכדי לטפל/למנוע/לאסוף ראיות וממצאים.

35. לאור האמור לעיל, חיפוש הוא אקט פיזי המתבצע בהתאם לדרישה, רצון וחשד לביצוע עבירה. הנחת היסוד היא, שהשוטר ה"רוצה" לחפש, מסוגל לפעול למיקסום החיפוש ולשלוט בחיפוש, באמצעות גופו, קרי, להיז את עיניו, ידיו ורגליו ימינה, שמאלה, מעלה ומטה. בענייננו אפוא, לא הייתה לשוטר יכולת לשלוט במצלמה ותוצריה, קל וחומר, בנפילת המכשיר. הלה קיבל סרטון-חפצי מוגמר.

36. לגישת המערערים הצילום פוגע בפרטיותם, ולכן הוא לא חוקי. מנגד, המדינה טוענת כי יעל איננה פרוקסי של המשטרה, אלא ההפך הוא הנכון – היא ביקשה את עזרת המשטרה. גם אם חשים המערערים שפרטיותם נפגעה, עליהם לפעול במישור האזרחי ונגד יעל. ראה והשווה: ת"א (מחוזי תל אביב-יפו) 56857-07-22 **כרייף נ' שטייף** (נבו 27.12.2023). גם בהקשר זה ניתן לטעון שיעל חששה לחייה ולבית אחייניתה ופעלה בהתאם לסעיף 262 לחוק העונשין – אי מניעת פשע.

37. לגישת המדינה, גם אם נפגעה הפרטיות, מדובר בפגיעה מידתית ומינימלית. נמחיש דברינו על דרך האנלוגיה. אם שכן מבחין ממרפסתו לתוך בית שכנו ובו גבר מכה את אשתו, ובוחר לתעד זאת ולפעול למיגור האלימות, האם הפגיעה בפרטיותו תועדף על פני בטחונה של המוכה בשימוש בסרטון כראיה (בכפוף לבקשתה להתלונן)? בדומה, במתקפת הטרור הרצחנית שאירעה בישראל ב-7.10.2023, משטרת ישראל וצה"ל ביצעו שימוש בתיעוד האכזרי שביצעו המחבלים בעת הפגיעה בקורבנותיהם. אלו המחשבות לתצלומים שנעשו ברשות

היחיד, בניגוד לסעיף 2(3) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 אך הפגיעה הייתה מזערית ביחס לתועלת הראייתית החשובה. נזכיר שבענייננו, הסרטון לא הופץ ברבים, אלא התקבל במחשבי המשטרה בלבד, ולכן הפגיעה צריכה לשאת משקל דל במבחן האיזון.

38. לחילופין, אם בית-המשפט הנכבד יסבור באקטיביזם שיפוטי וחדשני, כי החפץ (הסרטון) הוא למעשה חיפוש משטרתי וירטואלי, הרי שממילא על-פי הוראות סעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) החיפוש נעשה כדין, והוא איננו פוסל את הסרטון כראיה.

39. לפי הוראות סעיף 25(א) לפקודה לעיל, שוטר רשאי לחפש ולהיכנס לבית בלא צו, כשיש לו יסוד להניח שמתבצע שם פשע 25(א)(1); ; כשתופס הבית פונה לעזרת המשטרה 25(א)(2); ; כשאדם הנמצא שם (יעל) פונה לעזרת המשטרה ויש יסוד להניח ביצוע עבירה 25(א)(3). בנוסף, בקיום חשד סביר שבבית יש תיעוד/מצלמה העשויים לשמש ראיה לביצוע פשע חמור/עבירה, ואי-ביצוע החיפוש יסכל מטרת החיפוש ולא ניתן להוציא צו בנסיבות – ניתן לחפש בלא צו 25(ב)(2). לשיטת המדינה, די בכך כדי להכשיר את הפעולה. סמכות החיפוש התקבלה בסימולטניות לביצוע הפשע בענייננו, ובייחוד לאור העובדה שהחיפוש לכאורה, הוגבל למה שהמצלמה, שהופעלה על-ידי יעל, הציגה, מדובר בחיפוש סביר, וחוקי.

40. המדינה תוהה: "מה מצופה משוטר לעשות?" לעצום עיניו אל מול פשע, שבגינו הוזעק לעזרה, כאשר הוא צופה במסך המחשב? הפעלת המצלמה על-ידי יעל, בין אם במכוון (פעולה המגשימה את התנאי בסעיף 25(א)(2)) ובין אם בתום-לב/היסוס/פחד רגעי/בהיעדר כוונה אשר אינה נדרשת לצורך קיום סעיף 25(א)(1), שכן ברור שבאירוע האלימות בין הצדדים בוצע פשע המחייב את התערבות המשטרה.

41. לגישת המערערים החיפוש לא נעשה מול שני עדים כנדרש בסעיף 26(א) לפקודה. אלא שהמערערים התעלמו מסעיף 26(א)(1) לפקודה, לפיו ניתן לבצע חיפוש כשיש דחיפות לערכו ולא ניתן לבצע זאת בנסיבות העניין. כיצד שוטר שלא נכח במקום ידרוש נוכחות עדים? לכן, בנסיבות דנן, פשיטא ששוטר שאינו דורש בחיפוש, לא יוכל לדאוג לנוכחות עדים.

42. כפי שנקבע בבש"פ 1495-20 קגן נ' מדינת ישראל, בפס' 14 (נבו 15.3.2020); שם נכנס צוות בילוש לדירה ללא צו שיפוטי, כיוון שעל-פי החשד שהתעורר, היו שם חשודים נוספים הקשורים לחשוד העיקרי:

"אך למעלה מכך, גם אם הייתה מתקבלת טענת העוררים כי לא ניתנה הסכמת מי מהם לחיפוש, הרי שנוכח סמיכות הזמנים שבין המועד שבו התקבל המידע על בסיסו נוצר החשד, לבין מועד עריכת החיפוש, שאלת ההסכמה לעריכת החיפוש אינה רלוונטית (עניין בן חיים, פסקה 37). כמו כן, על פני הדברים, נסיבות של חשד מהסוג שהתעורר בעת מעצרו של עבו אסא מגלות לכאורה גם דחיפות המחריגה את הצורך בביצוע חיפוש בליווי שני עדים שאינם שוטרים (לפי סעיף 26(א)(1) לפסד"פ)".

2.2 הסכמה מדעת כמקור סמכות למשטרה וכנסיבה שמפחיתה משמעותית את היקף הפגיעה בזכויות

43. למעלה מן הצורך, נציג עתה מקור סמכות נוסף, מוכר, ולא חדשני – הסכמתה המודעת של יעל, מקנה סמכות למשטרה לפעול.

44. נזכיר, יעל בחרה להוריד את האפליקציה, והיא בחרה להתקשר עם המשטרה – על כך, אין עוררין.

45. הורדת האפליקציה מלווה בדרישת אישור תקנון בהקלטה. לרוב תקנוני אפליקציות הם ארוכים ומסורבלים, ובכך מעלים ספק בנוגע לנפקותם המשפטית והסכמת המשתמש. אולם, "Help Me" בחרה להתקשר עם משתמשיה באמצעות תקנון פשוט, קל להבנה, בהיר ותכליתי; שעיקרו מתן הסבר למשתמש אודות האפליקציה והיכולות המוענקות למשתמשיה כשמאן דהוא משתמש בה (ראה סעיפים 2, 8-9 ו-14 לתקנון).

46. התקנון הוא חוזה. כידוע, חוזה יכול להיכרת גם בהתנהגות לפי סעיף 6(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. יעל הסכימה ארבע פעמים להתקשרות עם המשטרה באמצעות האפליקציה: כשהסכימה לתנאי השימוש; כשאפשרה לאפליקציה גישה לסאונד ולמצלמה בעת שימוש; כשלחצה על כפתור "שדר" בערב האירוע; כשאחזה במכשיר הפלאפון בצורה ברורה כל הדרך מחדרה, בצורה ברורה ויציבה שמלמדת על רצונה להציג את המתרחש. זוהי הסכמה מלאה; מודעות מקימה כשלעצמה מקור סמכות למשטרה לצפות בסרטון ולעשות בו שימוש.

47. ראה ת"ק ת"א 7510-07-15 ג'יי ברנד נ' משטרת ישראל/מחוז ת"א, בפס' 22 (נבו 20.2.2016); שם נדחתה תביעה כנגד המשטרה בטענה לחיפוש לא חוקי בטלפון. בית-המשפט אישר פעולות חיפוש וצפייה בהיעדר צו:

"[...] מעדויות השוטרים ומדו"ח הפעולה עולה כי התובע הוא שהציג לשוטרים את התמונות שצילם, ועשה זאת כשהוא מחזיק את מכשיר הטלפון הנייד שלו בידיו, מבלי שהשוטרים נגעו במכשיר. כך שניתן לומר כי התובע הסכים להצגת התמונות שצילם, וגם אלמלא התקיים יסוד סביר להנחת דעת השוטרים לביצוע עבירה על ידי התובע, היו השוטרים רשאים לצפות בתמונות ובסרטון שצולמו".

48. נפנה עתה, בקצירת האומר, להשיב לטענות המערערים.

49. טענת ההגנה לפיה יעל לא הסכימה לכך שהתיעוד ישמש כנגד המעורבים בהליך הפלילי חסרת אחיזה במציאות. כאשר אדם נזקק לסיוע, או לחילופין, כאשר הוא עד לאירוע פלילי האם נדרשת הסכמתו/דעתו באשר לאופן ההליך והאישום הפלילי שיוגש כנגד הנאשמים באירוע? הלכה למעשה, יעל ביצעה התקשרות עם המשטרה. האפליקציה הייתה האמצעי ותו לא, באמצעותו ביקשה סיוע ממוקד המשטרה. יצירת התקשרות עם גורמי אכיפת החוק, וביחוד משטרת ישראל מייצרת בצורה אינהרנטית אפשרות לנקיטה בצעדים ובהליכים פליליים כנגד המעורבים באירוע.

50. כמו כן, טענת ההגנה לפיה נפתח צוהר לכל רשת חברתית לשלוח פרטים באשר למשתמשיה כשעולה חשש לביצוע עבירה שגויה בהקשרנו. ודוק, איננו עוסקים ברשתות חברתיות או אתרים שונים אלא באפליקציה שתכליתה הבלעדית היא לספק למשתמש מענה משטרתי מידי בעת חירום. בניגוד, לרשתות חברתיות שלעיתים מסתירות את הגורמים שנחשפים למידע שנמסר על ידי משתמשי האפליקציה, בעניינה של אפליקציית "Help Me" הקישור הישיר בין האפליקציה לבין המשטרה הוא מהות האפליקציה, זוהי כל מטרתה – מטרה גלויה וידועה לכל.

51. המערערים טוענים שהסכמתה של יעל, שונה מהסכמתם מדעת של המערערים ולכן איננה מכשירה את פעולות המשטרה. אולם, לפי ע"פ 480/85 קורטאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 673 (1986); שם נקבע שחפץ המתגלה עקב ניתוח חירום שבוצע באדם בניגוד להסכמתו, במטרה להציל את חייו, עשוי להיות ראיה קבילה במשפט – גם בענייננו, אין כל צורך בהסכמתם המודעת של המערערים כדי לעשות שימוש בסרטון כראיה בעניינם.

52. אחיזתה של יעל בבירור במכשיר הפלאפון ביציבות לאורך כל הבית, מלמדת על רצונה הברור לתעד, את שחשבה שמתרחש: עבירה פלילית מסוכנת כלפי בית אחייניתה ורכושה. המדינה אינה שוללת את האפשרות שנפילת המכשיר לקרן זוית לא נעשתה בטעות, אלא בכוונת מכוון. כשהבינה שהיא מתעדת מצב בו אחייניתה מבצעת עבירה פלילית, זרקה את המכשיר אל הקרקע. בכך אנו עדים לכך שיעל הבינה שהתיעוד עשוי להשתמש כנגד המעורבים בהליכים פליליים. בכך ניתן להקיש להסכמה מדעת משתמעת.

53. הנה כי כן, הסכמתה הברורה של יעל ניתנה בארבע הזדמנויות ברורות ונפרדות. לעומת זאת, הסכמתם של המערערים כלל לא נדרשה, וממילא לא התקבלה. ובכן, לא הסכמה מדעת מבקשים לאשרר המערערים, אלא מתן פטור מהרשתתם הקבילה בדין. הסרטון תיעד את מעשיהם בצורה ברורה, דרישתם להסכים מראש לתיעוד מעשיהם משולה למצב בו יבקש כל עבריין לפסול את הראיות נגדו בטענה שלא הסכים להפקתן.

ח. פטורים והגנות לרשות המשטרה

54. לחילופין, גם אם לא תישמע דעת המדינה, וימצא בית-המשפט שלא הייתה למשטרה מקור סמכות; יש לקבוע כי המשטרה נהנית מפטורים והגנות מכוח חוק הגנת הפרטיות, ובפרט סעיף 18 לחוק.

55. המשטרה לא יכולה לחזות מראש שניסיונה לסייע לאות המצוקה ששידרה יעל יפגע בפרטיות המערערים. המוקדנית קיבלה קריאה לעזרה ופעלה כחובתה (ס"ק 18(א)). בנסיבות אלו, גם אם הייתה פגיעה, זו נעשתה כשלוטר חובה חוקית, מוסרית ומקצועית לפעול (ס"ק 18(ב)); בנוסף, הפגיעה נעשתה כדי להגן על יעל, שפחדה לשלומה (ס"ק 18(ג)); גם באשר לס"ק 18(ד), הוראות החוק מתקיימות הואיל והפגיעה נעשתה תוך ביצוע העיסוק הרגיל של שוטר, ולא נעשה פרסום ברבים.

56. גם אם הייתה פגיעה בפרטיות, זו עומדת בתנאים הנדרשים לקבלת הגנה בדין, ולכן צריכים לשאת משקל מועט בהליך. יתרה, סעיפים 19(א)–(ב) לחוק הפרטיות מעניקים פטור מאחריות, על מעשה שנעשה על-ידי המוסמך לעשותו בדין. המשטרה מנויה בסעיף 19(ג) לחוק כמוסמכת ובכך זוכה בפטור. ראה בג"ץ 10271/02 פריד נ' משטרת ישראל מחוז י-ם, סב(1) 26, (2006):

19"ב) לחוק הגנת הפרטיות מוסיף, כי רשות בטחון לא תשא באחריות לפי חוק זה על פגיעה שנעשתה באופן סביר במסגרת תפקידיה ולשם מילויים. [...] משטרת ישראל הנה "רשות בטחון" כמשמעה בסעיף 23 לחוק הגנת הפרטיות. משמע, "כאשר פועלת המשטרה לשם 'מילוי תפקידה', הרי שגם אם יש בחומר הנמצא בידה מידע הנוגע לצנעת הפרט, לא חל עליה איסור המונע את מסירת החומר".

57. הנה כי כן, המדינה מבקשת להכיר בסמכות הרחבה המפורטת במסמך זה, לצד הפטורים וההגנות המוקנים לה בדין ככאלו שאפשרו לה לפעול כשפעלה. הכול, למען הגנה על שלום הציבור ומיצוי הדין עם הנאשמים. לכל היותר הפגיעה בפרטיות מינורית ונחותה, ביחס לתכלית שמילאה המשטרה.

3. הסרטון קביל כראיה במשפט

58. המערערים נכשלו בהוכחת התקיימות התנאים הנדרשים להפעלת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. המערערים מבקשים לפסול את הסרטון בטענה שהוא ראיה בלתי-קבילה; אותה יש לפסול מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית ברוח ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, סא(1) 461 (2006) וסעיף 56–55 לפקודת הראיות, התשל"א-1971.

59. המדינה סבורה שהמערערים לא עומדים בתנאים להפעלת הדוקטרינה, היחסית; המחייבת פגיעה משמעותית; לתכלית שאינה ראויה ובמידה בלתי סבירה. באשר לאמות המידה המכוונות את שיקול דעת בית-המשפט בהפעלת הדוקטרינה, נקבע:

"הנחת המוצא בשאלת קבילות ראיות היא הנוהגת עימנו מאז ומתמיד, ולפיה ראיה שהיא רלוונטית – קבילה במשפט. [...] מדובר בנוסחת איזון עקרונית השואפת להשגת פשרה ראויה בין מכלול הזכויות והאינטרסים הרלוונטיים לשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין ובהם: חשיפת האמת העובדתית, הלחימה בעבריינות וההגנה על זכויות המערער ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו [מנגד]".

60. בית-המשפט הפנה לחזקת התקינות המנהלית ולעובדה שנקודת המוצא בהמצאת ראיות היא שהמטרה נוהגת בתום לב; אלא אם מעשיה נגועים בזדון או באי-חוקיות מכוונת (רע"פ 1088/86 מחמוד נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניית הגליל המזרחי, פ"ד מד(2) 417, 419 (1990)).

61. טרם יקבע בית-המשפט אם לפסול ראיה, יבצע איזון בין האינטרסים של חקר האמת, זכויות הפרט, הגנה על האינטרס הציבורי, חומרת העבירה, תום לב של הרשות והערמת קשיים מצד המערער. יישום דוקטרינת הפסילה הפסיקתית על עניינם של המערערים מוביל למסקנה אחת ויחידה – אין לפסול את הסרטון כראיה. חוקרי המשטרה לא פעלו בזדון, או באופן מכוון לפגוע בזכויות המערערים. להיפך, רשויות החוק פעלו כמצופה מהן לאחר קבלת אות מצוקה – ללא דיחוי ובתום לב.

62. גם הפגיעה בפרטיות המערערים היא לא מהחמורות שנראו במחוזותינו. המערערים אומנם היו ברשות היחיד; אך לא נמצאו במצב אינטימי, חשוף או אישי. **במיוחד כאשר יעל החזיקה בבית כדין**. יש לדחות את ניסיון הסנגוריה להרחיק שוב לתיאוריה ולשאלות "מה היה אילו" – ולהתמקד בפגיעה הקונקרטית שנעשתה בעניינם של המערערים. שכן, אל מול הפגיעה המצומצמת והתחומה בפרטיות המערערים, ניצבות פעולותיהם החמורות בהן: הטחה אל הרצפה, התזת גל לפלל וגרימת חבלות ממשיות. באשר לטענת הפגמים שלכאורה התרחשו לאורך ההליך ראה ע"פ 2180/02 קאסם נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 653, 654 (1991). שם נקבע:

"אמנם בנסיבות מסוימות עלולים פגמים בחקירה להוות פגיעה בזכות יסוד חוקתית ותוצאתם עלולה להיות פסילת קבילותה של ראיה אך לא כל פגם בחקירה מהווה פגיעה בזכות יסוד חוקתית מן הסוג הפוסל קבילותה... העניין מסור לשיקול-דעתו של בית-המשפט על-פי אופייה של הפגיעה בזכות היסוד [...] חומרת הפגיעה והאינטרסים הציבוריים העומדים מנגד... (ההדגשה הוספה).

63. בתי-המשפט יורו לפסול ראיות שנוצרו בפגיעה קשה וחרیפה בזכויות חשודים. בבג"ץ 355/79 קטלן נ' שב"ס, פד לד(3), 294 (1980), שב"ס ביצע חוקן כפוי באסירים לאיתור סמים; בע"פ 480/85 קורטס נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 673 (1986), חשוד בבליעת סם נותח בכפייה; בד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים ואח' נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837 (1988), חשוד בבליעת סם נכפה בהקאה. בפרשות אלו נראו פגיעות קשות וחמורות בזכויות חשודים; ואילו בענייננו לא חוקן, ולא סמים, לא פגיעה קשה ולא אי אלו מעשי זוועה אחרים. בידינו ראיה חפצית המעידה על אשמת המערערים. לא היה כל מגע פיזי בין השוטרים למערערים.

64. גם אם נצא מנקודת הנחה שנפל פגם כלשהו בדרך השגת הסרטון, הרי שלא יכולה להיות מחלוקת שפגם זה לא משפיע על מהימנות הראיה. פסילת הסרטון תוביל למצב אבסורדי, בו ראית זהב מוסטת הצידה, בגין פגיעה מינורית ושולית.

65. המערערים טוענים שזכותם להליך הוגן נפגמה. בהקשר זה נבהיר את העובדה הפשוטה שהזכות להליך ההוגן איננה חד כיוונית. מעבר לכך שהמדינה סבורה שלא נפלו פגמים מהותיים בהליך, בע"פ 4988/08 פרחי נ' **מדינת ישראל**, סה(1) 626 (2011) נקבע כי:

"יש לזכור כי הגינות ההליך אין משמעה רק הגינות כלפי הנאשם אלא גם כלפי נפגעי העבירה והציבור בכללותו הזכאים לקבלת הגנה מפני פגיעה בשלום, בביטחונם או בכבודם כבני אדם. וכדבריו הקולעים של הנשיא שמגר בדנ"פ 3750/94 פלוני נ' **מדינת ישראל**, פ"ד מח(4) 621, 630 (1994): "ההגינות הליך, אשר אחריה אנו תרים, היא לא רק הגינות כלפי הנאשם, אלא גם כלפי מי שמבקש עזרתה של החברה כדי שתסיק מסקנות מביזויו והשפלתו כאדם".

66. לכך יש להוסיף שהפגיעה הנטענת לזכויות המערערים לא השפיעה על אותנטיות הראיה. כשאין מחלוקת בדבר אותנטיות הראיה, ואיננה הושפעה מהפגם שהוביל ליצירתה – יש גם לכך משמעות. ראה בע"פ 5417/07 **בונר נ' מדינת ישראל**, 16 (נבו 30.5.2013). שם נקבע כי:

"כמעט אין לך תיק שבו לא מועלית טענה לפסלות ראיה, ובעיקר, טענה לפסלות הודאה על סמך הלכת יששכרוב... לעיתים מתקבל הרושם כי הלכה זו נתפשת בטעות כ"חפש את הפגם". ולא היא. **הלכת יששכרוב קובעת כלל פסלות יחסי, והיא לא באה להחליף תכלית חקר האמת.**" (ההדגשה הוספה).

67. נוכח תום הלב של המשטרה; העובדה שפעלה בסמכות ובהגנות המוקנות לה בחוק; הפגיעה התחומה והמצומצמת בזכויות המערערים בהתחשב בעבירות המיוחסות להם; המדינה סבורה שאין פגיעה בזכות להליך הוגן המעלה סיבה לפסילת הראיה. שיח הראיות של הנאשם בהליך פלילי איננו טענת סל לפסילת ראיות מוצקות והליכים תקינים המתקיימים במסגרת המאבק בפשיעה ובאלימות בחברה הישראלית. עמד על כך השופט עמית בעניין **נחמני** (בעמ' 69). מן הראוי לסיים בדברים האמורים:

"[...] תהליך שעובר המשפט הפלילי בשני העשורים האחרונים – משיח של ראיות לשיח של זכויות. בימים עברו, המשפט הפלילי התמקד בעבודה המייגעת והאפורה של בחינת כל ראיה לגופה, קבילותה, משקלה והצטברותה למכלול של ראיות, והכל על מנת לממש את תכלית כל התכליות של המשפט – חקר האמת. אך בעשורים האחרונים דומה כי המקום של ה"יש הראייתי" הולך ונזנח לטובת טענות לפגמים כאלה ואחרים בחקירה ובהליכי התביעה, טענות לאי חוקיות של מעשה זה או אחר במהלך החיפוש-תפיסה-חקירה, טענות להגנה מן הצדק ועוד. **טענות כאלה, מסיטות את ההליך הפלילי מדרך המלך ומהתכלית של חקר האמת, גורמות להליך הפלילי להסתרב ולהתארך עוד יותר**, ולמעשה מביאות להיפוך תפקידים: "המערער קם מכיסאו והופך לקטגור, והמאשימה אמורה מכאן ואילך להתגונן ולהוכיח כי פעלה כחוק" (ההדגשות הוספו).

68. טענת המערערים שהסרטון מציג התרחשות חלקית (נפילת הסלולר) לא מערערת את קבילותו, שכן גם לאחר הנפילה המשיך המכשיר לתעד המתרחש באופן אותנטי וללא התערבות אדם. על כך עמד השופט (כתוארו אז) קדמי בספרו: יעקב קדמי **על הראיות** – חלק ראשון – הדין בראי הפסיקה, 1323 (2009). שם הובהר שהדרישה לקבלת ראיה בהירה, לא שוללת אפשרות הגשת ראיה, כל עוד משקפת נאמנה את המתרחש:

"השאלה העיקרית היא תמיד זו: אם ההקלטה משקפת נאמנה את האירוע ואם התשובה על כך היא בחיוב כי אז הונח היסוד לקבילותה. המבחן הינו, אפוא, מבחן ענייני ולא מבחן טכני פורמלי גרידא. אשר על כן, לא נפסלה הקלטה רק בשל כך שאין היא כוללת את סיום השיחה, [...]; לא נפסלה הקלטה רק משום שחלקים ממנה אינם ברורים, כאשר חלקים אחרים ברורים ועומדים בפני עצמם".

4. קבילות הראיות הנגזרות

69. לגישת המערערים הואיל והודעותם נבעו מצפייתם בסרטון, אלו מהוות ראיות נגזרות שדין להיפסל. לגישת המדינה ההודעות אינן תלויות בסרטון ולכן לא נגזרות ממנו.
70. אין עסקינן במצב בו החקירה פצחה חודשים או שנים לאחר האירוע; המעורבים מסרו הודעה בסמוך לאירוע, בגמירות דעת מלאה ועל בסיס זיכרונם הרענן. נבקש להבהיר שההליך הראוי בעת חקירה הוא להשיב אמת לשאלות החוקרים, בין אם ברשותם ראיות מרשיעות או לאו. בדומה לשאר טיעוני המערערים לעניין הפרוצדורה, טרונייתם המרכזית היא שהייתה ראייה מרכזית שמוכיחה אשמתם, והצגתה מונעת מהם את היכולת לשקר בחקירה ולטעון לחפותם. סביר שאדם חף מפשע לא ימהר להודות באשמה, גם אם מוצגת לו ראייה המעידה על כן. אם בית-המשפט יקבל טענתנו המפורטות לעיל שהסרטון והפקתו קבילים כראיה, פרק זה בטל מעיקרו. הסרטון, ששיקף את מה שאירע באותו הלילה, לא עיוות את זכרונם של המערערים, לא שינה אותו ולא השפיע עליו.
71. יתרה מזו; מחובתה של המשטרה להציג לחשודים את כל הראיות שיש נגדם כדי לתת להם את ההזדמנות להתייחס אליהן וליתן לדברים שמוצגים בהן מענה. אם המשטרה לא הייתה מציגה למערערים את הסרטון במהלך החקירות, אז הייתה הסנגוריה מזדעקת וטוענת כי לא הוטחו במערערים כל הראיות שנאספו בעניינם וכי מדובר בפגם חקירתי משמעותי. לא ניתן לאחוז בחבל משני קצותיו.
72. גם אם נצמד בנתיב שאותו סללו המערערים – ונבחן את הודעות הנחקרים כאילו הן ראיות נגזרות, הרי שממילא יש לקבוע כי הן קבילות וניתן לעשות בהן שימוש כנגד המערערים. הואיל והסרטון ממילא משקף את מה שאירע באותו הלילה, ולא בוצע בו כל שינוי או מניפולציה על-ידי המשטרה, הסרטון לא זיהם את גרסאותיהם, לא השפיע על זיכרונם ובוודאי שלא שינה אותו.
73. נזכיר ש"דוקטרינת פירות העץ המורעל" לא אומצה במלואה בשיטת המשפט הישראלי. הלכת **פרחי** קבעה כי **"ככלל, ראייה נגזרת תהיה קבילה במשפט"** (בפס' 20). פסילת ראייה נגזרת תהיה במקרים חריגים. מקרים אלו יחויבו להוכיח קשר-סיבתי משפטי בין הראיה הראשית לראיות הנגזרות ככאלו שזיהמו באופן מהותי את כל התוצרים שנבעו מההליך או מהראיה העיקרית. בענייננו נראה אפוא שהמערערים מתעקשים בטיעונם, כי אלמלא קיום הסרטון במחשבי המשטרה לא הייתה מתקיימת חקירה בעניין המערערים ואלו היו יוצאים ללא רבב. אולם נראה שהמערערים מתעלמים מן העובדה שנפגעת העבירה הגיעה לבית-החולים פצועה וחבולה. כאשר מאן דהוא מגיע לבית-החולים פצוע, הוא יישאל אודות מקור הפציעה. כשעולה ניחוח פלילי לפציעה זה ישמש באופן אינהרנטי כעילה לפתיחת חקירה.
74. המערערים מבקשים לפסול אוטומטית את הראיות הנגזרות, אך נוכח מבחני הפסיקה בעניין **פרחי**, המדינה סבורה שיש לקבוע שאין מדובר בראיה נגזרת שיש לקבוע שאינה קבילה בשל ניתוק הקשר-הסיבתי בין הראיה הפסולה לכאורה (הסרטון) לבין הודעות המערערים במשטרה.
75. בענייננו, קיים נתק מהותי בין הפסול לכאורה בסרטון, לבין ההודעות שמסרו הנחקרים בחקירה אודות אשמתם. העובדה שאולי קיימים כשלים בהליך קבלת הסרטון (החפץ) ובתפיסתו, לא משליכה, ודאי שלא ישירות, על אופיו המהימן וקבילותו. אי-החוקיות שדבקה בסרטון אינה פוגמת בהודעה שנמסרה, שכן מדובר בראיה שונה באופייה – כמובא בע"פ 4583/13 ס' נ' **מדינת ישראל**, בפס' 56 (נבו 2015):

"אם היה לקבל אילו מטענות המערער בדבר 'זיהום' גרסאות המתלוננים, ואיני סבור כן, הרי שאין פירוש הדבר הטלת ספק 'אוטומטית' במהימנות גרסאות אלו. זאת, לנוכח ביטויים שונים שנמסרו מפיהם של המתלוננים, והמצביעים על 'ממשות החוויה', שעברו בבית המערער. בית משפט זה קבע, לא אחת, כי 'זיהום' חקירה אינו פוגם, בהכרח, במהימנות גרסתו של הנחקר, שעה שזה מוסר עדות אותנטית ו'חיה' אודות המעשים שנעשו בגופו".

76. יתרה מזו, סיווג ההודעה של המערערים כלא רצונית שגוי שכן הוא לא עולה כדי אף אחת מן הקבוצות המוכרות בספרות כעלולות להביא לפסילת הודאה כלא רצונית (ראה והשווה: יעקב קדמי **על הראיות** חלק ראשון 42 (1999)). הודעות המערערים לא נגבו באלימות, בשיטות חקירה לא הוגנות המכוונות לשבירת רוח הנחקרים, בלחץ נפשי לא הוגן, בהשפלה, בתחבולה או בפיתוי והבטחות שווא. קבוצות אלו תכליתן למנוע השפעה פסולה על הזיכרון האנושי באופן שלא ניתן יהיה להסתמך עליו. עדות המערערים הסתמכה אך ורק על רחשי ליבם וזיכרונם האותנטי.

77. כל טרוניית המערערים בעניין הוא הצגת הסרטון כפעולה מניפולטיבית. לגישת המדינה, ההפך הוא הנכון. החזקה בראיה מפלילה נגד נאשם, והסתרתה ממנו עשויה להיחשב כפעולת תחבולה המחבלת בזכות להליך ההוגן. הפסיקה הכירה בחובה של החוקר להטיח בפני הנחקר ראיות מסבכות כנגדו, ולגבות הודעות בכפוף להן (ראה: מ"ת (שלום י-ם) 57067-03-22 **מדינת ישראל נ' אלמדואי**, בפס' 9 (נבו 14.04.2022)). העובדה שלא נעשתה בהליך גביית ההודעה מניפולציה או תחבולה על-ידי המשטרה אלא שנגבתה הודעה בהליך בו הנאשמים יכלו באותה מידה לערער על תיעודם ולטעון לחפותם.

78. המדינה סבורה שדבקות הנאשמים בטענות רבות נגד הפרוצדורה, תוך דחיקה לקרן זווית של טענות חפות "קלאסיות", צריכה לשאת משקל. בכך יש ללמוד על מהימנות החקירה ואמיתיותה. ראה דברי השופט עמית בעניין **נחמני** :

"מענים של הקוראים לא נעלמה העובדה שההגנה לא העלתה את הטענה הקלאסית שאנו מצפים לשמוע מפי כל סניגור: "מרשי חף מפשע". ההגנה לא העלתה טענה זו, מאחר שאשמתו של המערער זועקת מההצטברות הראייתית שעליה עמדתי לעיל." (בפס' 102).

79. פסילת הראיות הנגזרות תהווה הלכה למעשה אימוץ של דוקטרינת "פירות העץ המורעל" באופן מלא בדין הישראלי. לדעת המדינה, צעד שכזה עלול להוביל לפגיעה תמורה באינטרס הציבורי ובזכויות נפגעי העבירה (ראה והשווה: גבריאל הלוי **תורת דיני הראיות** כרך ג', פרק ה', 283 (2013)). הואיל והמערערים הודו ומסרו הודעות אותנטיות. בנידון דידן, בשיח ראיות מול זכויות – הדין עם הראיות; בוודאי כאשר הפגיעה בזכויות הייתה מינורית ולא השפיעה על אותנטיות הראיות שהופקו.

4.4 התייחסות לטענת המערערים באשר לזכות לאי-הפללה עצמית

80. המערערים מסרו את הודאתם למשטרה מרצונם החופשי. לא נעשתה כל מניפולציה או שיטת חקירה שנויה במחלוקת שיכלה להשפיע על הודאתם. לשיטת המערערים, כשהוצג להם הסרטון בחקירות נפגמה זכותם לשתיקה ואי-הפללה עצמית. המדינה סבורה אחרת.

81. התעלמות מכללי הפסיקה מעידה על החולשה הטמונה ביסוד הטיעון הנ"ל. ראשית, בע"פ 2132/04 **קייס נ' מדינת ישראל** (נבו 28.5.2007) נקבע שזכות השתיקה ואי-הפללה עצמית היא יחסית. אל מולה ניצבים האינטרס הציבורי ותכליות המשפט הפלילי – הגנה על הציבור, מיגור פשיעה ושיקום העברייני. שנית,

כשמוצגת לנאשם ראייה חפצית המעידה על אשמתו, טענה שהודאתו פוגעת בזכותו לאי-הפללה עצמית בפועל מחלישה את זכויותיו. הודאת נאשם היא לקיחת אחריות משמעותית למעשיו ומהווה חלק משמעותי בשיקומו. הודיה במעשה עבירה היא כשלעצמה ויתור הזכות לאי-הפללה עצמית – ברי, אלו מנוגדות זו לזו. המסקנה בהקשר זה היא שהצפייה בסרטון, מלמדת שהודיה הייתה הפעולה החכמה לעשות. האם נמנע ממטרת ישראל להציג ראיות בפני נאשמים על אודות אשמתם?

82. נבחן עתה שישה תבחינים גמישים, שהוצעו בספרות המשפטית על-ידי המלומדים חיים ויסמונסקי ועמוס איתן, בספרם: "החיסיון מפני הפללה עצמית: בחינה מחודשת בראי הטכנולוגיה" משפטים נא (843), 895–896 (2022), ונועדו לסייע בשיקול דעת בית-המשפט. הראשון, מעורבות הנחקר ביסוד החקירה; השני, האם ניתן להשיג את הראיות ללא שיתוף פעולה של הנחקר. בענייננו, שני התבחינים הנ"ל עצמאיים, קרי, לא נדרשת כל התערבות או השפעה על הנחקר בהשגתן. הן אינהרנטיות להליך ומחויבות במסגרתו. השלישי והרביעי עוסקים בעוצמת החשדות והראיות ובחומרת העבירה. בענייננו, הן החשדות והן החומרה חזקות דיין כדי להתגבר על החיסיון, נוכח ראיית הזהב. החמישי והשישי עוסקים בצורך וברלוונטיות של הראיה בקידום הליך החקירה, ככזו שעוזרת להתגבר על הזכות לחיסיון. בענייננו, אין חולק אודות חשיבות הסרטון ונחיצותו בהליך.

83. בכל הנוגע לזכויותיה של יעל באשר לטענות לעיל; המדינה מפנה לדנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש, פ"ד סה(2) 377 (2012), בו נקבע שהזכות לאי-הפללה עצמית היא אישית הנוגעת לנחקר גרידא. הואיל ויעל מסרה את הסרטון למטרה והיא איננה מואשמת בדבר, זכות זו והפעלתה בהקשרה איננה רלוונטית לענייננו. בתפקודה כעדה, ניתן לומר שחובתה האזרחית היא למסור מידע התורם להליך. נראה אפוא שגם בהיעדר עדות המערערים, בהתחשב בקיום ראייה חפצית בדמות הסרטון, ההודעה בחקירה אינה עולה כדי הפללה עצמית. המשטרה לא פירשה את הסרטון, לא קטעה חלקים ממנו, ולא הציגה אותו באמתלה שמא קיימים סרטונים/עדויות אחרות, שמטרתם להשפיע על עדות הנאשמים. כל שעשתה המשטרה הוא הצגה כנה של הראיה המרכזית, המבססת את פועלם ואשמתם של המערערים – על כן, גם בהיעדר הודאה, דינם הוא אחד.

5. הסרטון כראיית הזהב ופרשנותו

84. המדינה סבורה שבהירות הסרטון כראיה, מחייבת דרך פרשנות אחת, המבססת אשמת המערערים. אלו הטיחו את נפגעת העבירה אל הקרקע, ולאחר מכן התיזו בפניה גז פלפל וגרמו לה לפציעות חמורות. התייעוד במלואו מופיע בסרטון.

85. הפרשנות שניתנה לראיה מתבססת על התפיסה לפיה מעמד אינהרנטי להליך. קרי, השופט לא הופך לעד בפרשנותו, אלא הראיה החפצית מוסרת עדות, והוא מבסס התרשמותו עליה (ראה: ע"פ 2653/98 בן דוד נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(4) 529, 539 (1998)). על כן קבע בית-המשפט קמא: הסרטון מהווה ראיית זהב המבססת אשמת המערערים; הסרטון מלמד שהמערערים לא היו מצויים בסכנה; נפגעת העבירה הניפה ידה בלהט הוויכוח ללא כוונה להכות; הסרטון הוא ראיה קשיחה, שניתן להשקיף עליה מהצד גם ממרחק הזמן ויש להעדיפה על תובנות העדים (פס' 50–55 להכרעת הדין).

86. המערערים תולים תקוותיהם בכך שלבית-המשפט דלמטה אין עדיפות על-פני בית-המשפט הנכבד בפרשנות ראיות חפציות. נדגיש שלרוב סוגיות פרשנות ראיות ויזואליות מסוג סרטונים רלוונטיות למקרים מורכבים, הכוללים שאלות זיהוי נאשמים. בענייננו, המדינה סבורה שניתוח הראיה הקפדני, הסדור והמפורט שבוצע בבית-משפט קמא צריך לשאת משקל, ועל בית-המשפט לאשרר ממצאיו. בטרם תפרוס המדינה טיעוניה

המפורטים באשר לפרשנות הסרטון בראי דיני ההגנה העצמית, נעלה קושיה באשר לניהול ההליך של המערערים: **אם הסרטון אכן מוכיח חפותם, מדוע שידרשו לפסולו?** שכן, הסרטון, הוא הראיה היחידה לכאורה שמוכיחה את חפותם, בייחוד נוכח הימצאות המתלוננת. סתירות אלו מעידות על אי-אמינות המערערים וניסיונם להיחלץ מן ההליך הפלילי בכל דרך.

87. אדם שפעל באלימות כלפי אחר ייחנה מעילת הגנה עצמית לפי סעיף 34 לחוק העונשין, אם זו הייתה הדרך היחידה והבלעדית לפעול כשפעל, עת עמד במצב מסכן חיים, חירות או גוף. סעיף 34(א) מונה מצבים בהם לא תחול ההגנה; ביניהם אדם מן הישוב היה יכול למנוע את היווצרות המצב בטרם עשה את המעשה, למנוע מעצמו או מזולתו להיכנס למצב בהתנהגות פסולה. לסעיפים אלו מצטרפת הפסיקה בעניין ע"פ 1964/14 **שימשילשווילי נ' מדינת ישראל**, 2 (נבו 6.7.2014), בו הוזכרו התנאים הנדרשים לתחולת הסייג; כדלהלן:

"א. מטרת ההגנה העצמית היא להדוף תקיפה שלא כדין; ב. על המותקף או זולתו לעמוד בסכנה מוחשית; ג. דרישת המיידיות; ד. האדם הטוען לסייג של הגנה עצמית לא נכנס למצב בהתנהגות פסולה; ה. נחיצות בפעולת הדיפת התקיפה; ו. הדיפת התקיפה תהיה סבירה".

88. בחינה פשוטה של דרישת הבלעדיות והמידתיות בראי הסרטון מלמדת כבר בראשיתה שלא עסקין באירוע מסכן חיים, הואיל וידה הייתה עירומה מכל כלי נשק. לכל היותר, אם חשה מערערת 2 בסכנה שכזו, נראה שדי בפסיעה קלה אחורה, בכדי להתחמק מהנפת ידה של נפגעת העבירה. הדיפתה יכלה להתבצע בצורה סבירה ולא בהטחתה האלימה אל הקרקע, שלאחריה הותז גז פלפל לעיניה. סימוכין לכך מופיעים בע"פ 4784/13 **סומך נ' מדינת ישראל** (נבו 18.2.2016), שקובע כי דרישת הנחיצות נחלקת לשניים: זו האיכותית וזו הכמותית. בענייננו, עמדו למערערים חלופות פוגעניות פחות (נחיצות איכותית), בוודאי שלא נדרשה פעולה נוספת מעבר להטחתה האגרסיבית והבלתי-סבירה אל הקרקע (נחיצות כמותית).

89. חשוב להבהיר שהמדינה מכירה בקושי הטמון במתן פרשנות מאוחרת לאירועים שקרו ותועדו בעדשת המצלמה. עניין **סומך** עמד על דברים אלו ממש, וקבע כי ישנו קושי להיכנס לנעלי התוקף עת פעל להציל את חייו. אמנם אין הדבר מסיר את סמכות בית-המשפט לעשות כן, אך יש להתחשב בכך. בענייננו, לא תוקף או איש ביטחון שפעל להציל את חייו, אלא זוג מערערים שתקפו באגרסיביות יתרה, בלא כל סכנה לחייהם.

90. נפילת המצלמה לא השפיעה על תיעוד הסרטון. הפרקים שלעיל שעסקו בשאלת הסמכות וקבילות הראיות הבהירו שלא נעשתה בהן כל מניפולציה או עריכה. העלאת טענות כדוגמת חלקיות הסרטון וקטיעותיו ניטחות אל קרקע המציאות הבהירה המוכיחה מעל לכל ספק סביר, את אשמת המערערים, ואת חומרת מעשיהם.

6. סוף דבר

91. טרם חתימה, המדינה מדגישה כי מדובר במקרה ברור, העוסק בהבאת נאשמים אלימים לדין, כאשר אלו מעלים מגוון טיעונים היפותטיים ותיאורטיים, שתכליתם לברוח ממיצוי דין. ניסיון המערערים לאחוז בחבל משני קצותיו, בבקשתם לפסול את הסרטון, שלטענתם גם מוכיח את חפותם, מלמד על אשמתם.

92. על כן, וכפי שפורט בהרחבה בכתב הטענות, מתבקש בית-המשפט הנכבד לדחות את הערעור ולהשאיר החלטת בית-המשפט קמא על כנה.