

בעניין שבין:

1. **שלום שלומי, ת"ז 123456789**
 2. **ליאורה לירי, ת"ז 987654321**
- שניהם ע"י ב"כ עומר חרמוני ו/או יובל שחר ו/או
גיני סידיקוב
ממשרד חרמוני שחר סידיקוב ושות'
רח' האוניברסיטה 1, הרצליה
טלפון: 01-2345678; פקס': 02-1234567

המערערים;

- נ ג ד -

מדינת ישראל
באמצעות המחלקה הפלילית בפרקליטות
המדינה

המשיבה;

הודעת ערעור

המערערים מתכבדים להגיש בזאת ערעור על הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה, כבוד השופטת ציפי מזרחי, בת"פ 11111-02-21, שבמסגרתה הורשעו המערערים בעבירות של חבלה חמורה ותקיפה הגורמת חבלה ממשית (מערער), ותקיפה סתם (מערערת).

הודעת ערעור זו מופנית כנגד הכרעת הדין של בית משפט קמא הנכבד.

הכרעת הדין מצורפת כנספח 1 להודעת הערעור.

1. פתח דבר

1. כבר בפתחם של דברים נאמר כי עניין לנו בהאשמות המושתתות על יסודות עובדתיים ומשפטיים רעועים אשר מתבססים על תוצרי מערכת Help Me (להלן: המערכת). מערכת שהיא, כשלעצמה, מהווה כלי רגיש ובעל פוטנציאל ליצירת נזק של ממש, בו המשטרה עושה שימוש ללא כל סמכות בדין, ובכך פוגעת, פגיעה בלתי מידתית, בזכות לפרטיות, בזכות לאוטונומיה, בזכות להליך הוגן ובחיסיון מפני הפללה עצמית.

2. השאלה המרכזית העומדת לפתחנו, היא האם ראיה שהושגה על ידי המשטרה, באמצעות מערכת מצלמת **ללא כל מקור סמכות** – לא מתוקף חקיקה פוזיטיבית (מכל סוג שהיא) ולא מכוח הלכה שיפוטית – יכולה לשמש כראיה קבילה לצורך חקירה והרשעה בהליך הפלילי.

3. כפי שנראה להלן, המענה על כך הוא **בלאו מהדהד**.

4. המערער 1 (להלן: שלום) והמערערת 2 (להלן: ליאורה) הם זוג צעירים בשנות ה-20 שכל חייהם עוד לפניהם, אשר מצאו את עצמם בעין הסערה של פרשייה המאיימת לכלוא אותם מאחורי סורג ובריח ולהכתים את שמם הטוב.

5. במה דברים אמורים? ביום 12.11.2020, בעת בילוים הלילי, ניטש ויכוח קולני בין שלום וליאורה לבין רחל (להלן: המתלוננת) ושניים מחבריה, כאשר האחרונים לא חוסכים את שבת לשונם. או-אז, שלום וליאורה, בשום שכל, בחרו "לנתק מגע", להתרחק מהמתלוננת וחבריה וללכת לדירה שבבעלותה של ליאורה. המתלוננת וחבריה לא הרפו, נהפוך הוא – הללו עקבו אחר שלום וליאורה, ודחקו עצמם **ללא כל רשות** (תוך הפעלת כוח פיזי), למקום מבטחה של ליאורה – ביתה, שהוא גם מבצרה.

6. לפי טענת המשיבה, המוכחשת מכל וכל, בביתה של ליאורה תקפו המערערים את המתלוננת וגרמו לה, כך נטען, לחבלה חמורה.
7. **הרשעת שלום** בעבירה של חבלה חמורה לפי סעיף 333 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ובעבירה של תקיפה הגורמת חבלה ממשית, לפי סעיף 380 לחוק העונשין; **והרשעת ליאורה** בעבירה של תקיפה סתם לפי סעיף 379 לחוק העונשין – מבוססות בעיקרן על סרטון של המאורע ששודר למשטרה דרך המערכת שהופעלה על ידי יעל, דודתה של ליאורה. בעת שהפעילה את המערכת, יעל חשבה כי גנבים פרצו לבית ורצתה לקרוא לכוחות ההצלה. ליעל לא הייתה כל כוונה או מודעות לכך שהשימוש במערכת יתעד את הוויכוח, ולבטח שלא ישמש נגד שלום וליאורה, אשר מתועדים בסרטון, כראיה בהליך פלילי שינוהל נגדם.
8. בקצרת האומר, וכפי שיוצג בהרחבה להלן, נבהיר כי השימוש במערכת בכלל ובסרטון מושא ענייננו בפרט מעורר שורה של קשיים משפטיים לא מבוטלים.
9. עקרון יסוד – ראשון במעלה – הוא כי רשות מנהלית (נאמר: המשטרה) חייבת להצביע על הוראת חוק המסמיכה אותה לבצע פעולה חקירתית. כך דורש עקרון שלטון החוק (הפורמאלי והמהותי). כך נדרש על-פי עקרון חוקיות המינהל. שומה עלינו לשוב ולשנן את יסודותיה של שיטתנו המשפטית "שלא מתכופפת מול שום צורך ציבורי [...] גם אם זה מקרה קשה אין בכך להצדיק כלל רע" (יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א 79–80 (מהדורה שנייה 2010)) (להלן: **זמיר הסמכות המינהלית**). בענייננו, המשטרה עושה מזה מספר שנים שימוש בתוצרי המערכת, **מבלי שתהיה לה סמכות לכך** – לא בחקיקה ראשית, לא בתקנות ואפילו לא בנוהל פנימי. על המחוקק לקבוע את גבולות השימוש במערכת ואת ההסדרים המפורטים שיבטיחו כי ישמר האיזון שבין הפגיעה בזכויות יסוד לבין צרכי אכיפת החוק. כל זמן שלא נעשה כך, נפגעות הזכות לפרטיות ולאוטונומיה והזכות להליך הוגן ולא-הפללה עצמית – של כל מי שבעל כורחו מתועד בוידאו ואודיו על ידי המערכת. אפשרויות המשטרה לשימוש במערכת רק הולכות ומתעצמות לאור מספרם ההולך והגדל של משתמשי המערכת, וכן לאור השיפור הטכנולוגי ביכולות ניתוח וידאו והיכולת להעשיר את המידע על דרך הצלבה עם מאגרי מידע נוספים המצויים בידי המשטרה וגורמים נוספים.
10. ביחסים שבין האזרחים לרשויות אכיפת החוק ידועה מושכלת היסוד כי **הפרט אמור להיות חופשי ממעקב של הרשויות ומאיסוף מידע לגביו**. במקרים שקיים לגביו חשד לביצוע עבירה, ולרוב – לא כל חשד ולא כל סוג עבירה – יתירו (בהחלטה שיפוטית) מעקב מסוג זה. השימוש במערכת, שמחברת בין מצלמת הטלפון הנייד הפרטי של האזרח למוקד משטרה, על ידי משטרת ישראל מפרה עקרון זה. לשיטתנו האינטגרציה בין האפליקציה למשטרה מובילה לכך שהמשטרה – באמצעות האזרח – מבצעת חיפוש וירוטאלי בביתם של שלום וליאורה ואף במקרים עתידים עשויה לבצעה האזנת סתר שלא כדין.
11. זאת ועוד, כפועל יוצא של השימוש במערכת, **המשטרה מחזיקה (ללא כל מגבלה או פיקוח) במאגר מידע עצום**, אשר מכיל צילומים אישיים של אזרחים ללא ידיעתם, וכן צילומים של מקומות פרטיים (כגון ביתו של אדם). מאגר מידע זה משמש את המשטרה לצרכים שונים, בין היתר, לצורך ביצוע חקירות פליליות, הגשת כתבי אישום הצלבות מידע וכיו"ב.
12. כלי שמתעד ו"זוכר" את פעולתם של אלפי אזרחים – שאינם חשודים בהכרח בביצוע עבירה – במקומות פרטיים וללא ידיעתם, מקים חשש מאיים וממשי "מפני כוחה העוזף של המדינה, שתרכז בידיה מידע רב לגבי אזרחים ותעשה שימוש לרעה במידע" (בג"ץ 8070/98 **האגודה לזכויות האזרח נ' משרד הפנים**, פס' 2 לפסק הדין של כבוד השופט גרוניס (10.5.2004)) (להלן: **עניין מרשם האוכלוסין**). בשל כך, **יש לפסול את הסרטון שתיעד (באופן חלקי ביותר) את אירועי הלילה של יום ה-12.11.2020 כראיה, ואת העדות שניתנה על ידי המערערים כראיה נגזרת מכוח שורה של עילות בדין**, ביניהן דוקטרינת הפסילה הפסיקתית אשר מעוגנת היום בסעיף 56 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, וזאת כפי שיפורטו להלן.

13. עוד נראה להלן כי גם אם בית המשפט הנכבד ישיר את הסרטון בענייננו, הסרטון שלפנינו צולם מקרן זווית בהתחשב בעובדה שהטלפון נשמט מידה של יעל, ולא משקף את מצב הדברים המלא לאשורו. על כן, וללא כל קשר לקבילות הסרטון, **שגה בית משפט קמא באופן פרשנותו את הסרטון**, כאשר קבע כי הסרטון מהווה "ראיית זהב" על בסיסה הרשיע את שלום וליאורה. כפי שנראה, המערערים פעלו **מתוך הגנה עצמית** כדי לעצור את תקיפת המתלוננים אשר עקבו אחריהם, חדרו לביתם ללא רשות, ונהגו בצורה תוקפנית ומאיימת כלפי שלום וליאורה אשר חששו לשלום גופם. לשיטתינו, לא ניתן לבסס מסקנה אחרת על סרטון המתעד באופן לא ברור רק את חלקו הסופי של האירוע אשר התחיל בהשתלשלות אירועים מוקדמת וקריטית להבנת המקרה והסיטואציה אליה נקלעו המערערים. כפי שאמרו חכמנו "אין למדים על הסתם אלא מן המפורש" (בבא מציעא, צ"ז).

14. אשר על כן, בית המשפט הנכבד מתבקש לפסול את הסרטון המהווה ראיה אשר הושגה ללא הסדר בחוק, ללא צו שיפוטי וללא פיקוח ובהתאם לזכות את שלום וליאורה מכל אשמה. כפועל יוצא מכך, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע כי המשטרה אינה רשאית להשתמש במערכת במסגרת הליכים משפטיים (חקירות והעמדה לדין) לנוכח הפגיעה הגורפת והרחבה בזכויות חוקתיות של כלל אזרחי המדינה, ולקרוא למחוקק לומר את דברו.

15. כפי שניתן להתרשם, הסוגיה שלפנינו טומנת בחובה איזונים עדינים ומעלה שאלות עקרוניות. לא יהא זה חידוש כי כאשר בית המשפט הנכבד הזה מתכנס – גם ביושבו כערכאת ערעור פלילי – הוא דן בכל הרבדים והסוגיות שהמאורע מעורר. על כן, יש שהשימוש שהמשטרה עושה במערכת יבחן גם בראיה הקשרית רחבה, שתהווה גם "מפת דרכים" לרשויות החקירה והאכיפה תוך שרטוט גבולות המותר והאסור.

16. להלן ניגש להצגת הדברים כסדרם – דבר דבור על אופניו.

2. העובדות הצריכות לעניין וההליכים שקדמו לערעור

17. סיפור שהיה כך היה: **ביום 12.11.2020** שלום וליאורה, זוג חברים שידוע כנעים הליכות בסביבת חיפה ופרוריה, יצאו יחדיו למועדון לילה אשר ממוקם מרחק הליכה מביתה של ליאורה. השניים נכנסו למועדון, ובמשך זמן-מה בילו בנעימים ללא כל הפרעה. בשלב מסוים של הערב, התפתח בין שלום וליאורה ובין המתלוננת ויכוח קולני אשר כלל גידופים קשים ואמירות נבזיות מצד המתלוננת.

18. בעקבות העימות, וכדי להימנע מהידרדרות המצב, שלום וליאורה בחרו לעזוב את המועדון ולחזור לביתה של ליאורה תוך שהם מקווים להשאיר מאחוריהם את הוויכוח שניטש. אלא שאיתרע מזלם והמתלוננת ושניים מחבריה, החליטו לצאת מהמועדון **ולעקוב** אחרי שלום וליאורה. בהגיעם אל דלת הכניסה, המתלוננת ושניים מחבריה **דחפו עצמם**, תוך הפעלת כוח פיזי וניצול יתרון המספרי, לתוך חלל ביתה של ליאורה. בתוך הבית, החלו חילופי דברים קולניים, כאשר ליאורה ושלום קוראים לפולשים לצאת, וכלל המערבים מטיחים זה בזה האשמות קשות.

19. כשברקע מתנהל העימות המתואר, יעל – דודתה של ליאורה ששהתה בחדר הסמוך – חשבה שמדובר בגנבים שפרצו לדירה ולכן הפעילה בטלפון הנייד שלה את המערכת במטרה להזעיק את עזרת המשטרה.

20. כשהגיעה יעל למבואת הבית הופתעה לגלות כי מדובר במכריה וכי שום גנב לא פרץ לביתה של ליאורה – פרט למתלוננת כמובן. בסערת האירועים הטלפון נשמט מידיה של יעל, ונבעט ברחבי החדר תוך שהוא מתעד ומצלם באופן חלקי ובלתי-ברור את הנעשה בבית, ישירות למוקד 100 של המשטרה. יודגש: יעל **שכחה** שהפעילה את המערכת – שכן אילו הייתה יודעת שמדובר בבני הבית שנכנסו לא הייתה משאירה אותה פועלת.

21. בשלב מסוים החלה המתלוננת להתקרב באופן מאיים לעברה של ליאורה תוך שהיא מניפה את ידה הימנית לאוויר באיום, בצורה כזו שכל בר דעת היה סבור שמדובר בפעולה שנועדה לפגוע בגופה של ליאורה. שלום, שנבהל מאוד

וחשש באופן ממשי לליאורה, התיז גז פלפל – **מתוך הגנה עצמית** – על המתלוננת בניסיון להרחיק אותה מליאורה ולעצור התקיפה. בעקבות אירועים אלה אושפזה המתלוננת עם חבלות בגפיים ובעיניה.

22. בה בעת, מוקדנית משטרה, קיבלה את הסרטון שהופק מתוך המערכת, צפתה בו בזמן אמת ושלחה ניידת משטרה לדירה, בעוד שהסרטון אוטומטית נשמר במאגרי המידע של המוקד. אומנם לא ידוע מתי המוקדנית הפסיקה לצפות בסרטון ומהו הסרטון המלא שנשמר במאגרי המשטרה, אולם אין מחלוקת שיעל שכחה שהמערכת בכלל נפתחה, וסביר להניח שהמוקדנית המשיכה לצפות לתוך חלל הבית גם לאחר סיום ההתקוטטות. אין אנו מטילים דופי ביושרם של המשרתים במשטרה, אולם ידוע כי "יצר לב האדם רע מנעוריו" וכבר היו דברים מעולם של שימוש שלא כדיו במאגרי מידע על ידי שוטרים (ראו: בג"ץ 78/01 **רס"ב שלמה טקסירו נ' בשר לבטחון פנים** (נבו, 7.11.2001)). אכן, "בעידן שמסומן בהתפתחות טכנולוגית החשש מפני יצר המציצנות בקרב גורמים מוסדיים הופך לבר-קימא" (רינת קיטאי סנד'רו "משפט זוטא ביחס לראיות שהוגו שלא כדין כאמצעי להתגברות על שיקול חיוניות הראיה" **ספר סלים ג'ובראן 911** (אהרן ברק ואח' עורכים, 2023)).

23. הסרטון נמסר באותו הלילה ממטה מוקד 100 לחוקרי המשטרה שחקרו את האירוע ואז לפרקליטות.

24. במהלך אותו לילה ובימים שלאחר מכן, במסגרת חקירת המשטרה, הציגו השוטרים את הסרטון עשרות פעמים לשלום וליאורה. השוטרים חקרו את שלום וליאורה **תוך שהם מציגים להם את הסרטון**, באופן הפוגם בעדותם, ולא ניתן להפריד בין הסרטון לגרסאות שנמסרו במהלך חקירותיהם.

25. במסגרת הכרעת הדין, קבע בית משפט קמא את הקביעות הבאות: (א) המשיבה פעלה בסמכות – אם כי לא צוין מקור הסמכות – עת השתמשה במערכת לצורך קבלת הסרטון; (ב) הסרטון קביל כראיה במשפט – תוך שנקבע כי הוא "משקף ויזואלית את האירוע" – ובגינו ניתן להרשיע את שלום וליאורה תוך שייחוס לו משקל רב; (ג) עדות המערערים קבילה ומשקלה ניכר.

26. בכל הכבוד הראוי, שגה בית משפט קמא כאשר פסק את שלוש הקביעות דלמעלה אשר בעקבותן הרשיע את שלום וליאורה ועל כן מוגש הערעור דנן.

27. כל אחת מהקביעות דלעיל תזכה למענה רחב היקף במסגרת הערעור מושא ענייננו. אולם כדי שלא יצא הדף חסר, נציין מענה ראשוני, ולא ממצה, לכל אחת מהקביעות שנפסקו בהכרעת הדין דלמטה:

27.1. **באשר לסמכות המשטרה** – נהפוך ונהפך: בהוראות החוק השונות השזורות בדברי חקיקה שונים, אולם מקור סמכות לכך לא נמצא. יתרה מזאת, בנמצא אין כל זוכר, ולו ברמז, לנוהל פנימי שמסדיר, ולמצער תוחם, את פעילות המשטרה. במסגרת חלק זה נעלה טענה – שטרם זכתה להתייחסות מבית המשפט הנכבד הזה ושורשיה נטועים במשפט המשווה – כי ההתקשרות בין האפליקציה למשטרה עולה כדי חיפוש וירטואלי שלא כדין בביתם של שלום וליאורה.

27.2. **באשר לקבילות הסרטון כראיה** – הסרטון, משהושג באופן לא חוקי, פסול מלשמש כראיה במשפט הפלילי – בין מכוח חוק הגנת הפרטיות ובין מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית אשר זכתה לביטוי סטאטוטורי בפקודת הראיות רק לאחרונה.

27.3. **באשר לקבלת הודעות המערערים במשטרה** – יש לפסול את הודעות המערערים שנגבו במשטרה, ולבטח שאין לתת להן משקל, שכן אלו נגבו תוך כדי הצגת הסרטון מספר רב של פעמים, לנוכח העדות ובכך, כפי שיוצג בהמשך, זוהמה גרסתם בראיה הלא קבילה אשר השפיעה על זכרונם.

27.4. **באשר לפרשנות הסרטון** – הסרטון, אשר לא מתעד את תחילת ההתרחשות והאיום על המערערים, צולם בכאוס, תוך נפילת המצלמה ודחיקתה לקרן זווית כך שהוא מביא בפני הצופה תמונה חלקית בלבד. כפי שיוצג, ובהתאם לדיני הפרשנות, סרטון שכזה לא יכול לשקף נאמנה את האירוע בשלמותו, ולא ניתן להתבסס עליו, באופן שבו התבסס בית משפט קמא.

3. מערכת Help Me: סוף עידן החוקיות ופגיעה בזכויות חוקתיות

3.1 תיאור המערכת

28. נעמוד על מאפייני מערכת Help Me בכדי להבהיר כיצד פוגעת בזכויות חוקתיות של הפרט, באופן שמחייב הסמכה חוקית מפורשת לשימוש המשטרה במערכת (אשר כפי שנפרסם בהרחבה אין בנמצא). כל אלו מובילים למסקנה שלא ניתן לאפשר שימוש במערכת במסגרת חקירות פליליות ללא שינוי חקיקתי.
29. מערכת Help Me היא **אפליקציה אזרחית**, שפותחה על ידי חברה פרטית, אותה יכול כל משתמש להוריד למכשיר הטלפון הנייד שלו. המערכת פותחת בפני המשתמש אפשרות לפנייה ישירה למוקד המשטרה, בלחיצת כפתור. כשמופעלת, **המערכת משדרת באופן מידי סרטון המצולם בזמן אמת ישירות למוקד המשטרה**, כך שהסרטון נשמר באופן אוטומטי במאגר המוקד המשטרה.
30. המערכת נועדה על-פניו לאפשר למשתמש גישה קלה ומהירה למוקד המשטרה. כמו כן, היא מאפשרת למשטרה לראות בזמן אמת את המתרחש ובהתאם למידע לספק מענה למצב.
31. כמו כל אפליקציה אחרת, יש להוריד את המערכת מחנות האפליקציות בטלפון הנייד, ובהתחברות אליה למסור פרטים אישיים ולאשר את תנאי שימוש. בין תנאי השימוש, הרלוונטיים לענייננו להם מסכים המשתמש הם כדלקמן: מתן גישה למצלמת הטלפון, גישה לאודיו ומלכאורייקרופון המכשיר (סאונד), גישה לשירותי מיקום (GPS). זה המקום לציין כי בעוד שהגישה למצלמה ולמיקרופון ניתנים למשטרה רק כאשר האזרח מבצע פעולה אקטיבית, שירותי המיקום גלויים למשטרה בכל עת.
32. **על מנת להפעיל את המערכת**, המשתמש נדרש להיכנס לאפליקציה, ללחוץ על לחצן האפליקציה והטלפון שלו מיד משדר סרטון הכולל ווידאו ואודיו למוקד המשטרה. שם, מוקדנית המקבל את הפנייה צופה בסרטון בזמן אמת, ומחזיקה בשליטה הבלעדית מתי להפסיק את השידור, אשר נשמר אוטומטית במאגרי המוקד (ראו סעיף 11 לתקנון האפליקציה). המוקדנית מקבל את השידור ללא מנגנון אימות או בקרה נוסף שיוודא את תחילתו. כלומר, המכשיר יכול להתחיל לשדר בטעות אם מישוהו שיחק בו או הניח אותו לא נכון – הן במרחב הפרטי והן במרחב הציבורי. במילים אחרות המשטרה – באמצעות האזרח – חודרות למרחב הפרטי של האדם צופה במתרחש ושומרת את הסרטון בין אם מדובר במקרה המעלה חשד לפלילים ובין אם לאו.
33. זה המקום להבהיר כי אין להשוות בין מוקד 100 הטלפוני לבין המערכת שבכגון דא. נסכים, אפוא, כי הן מוקד 100 והן המערכת מהווים כלים המאפשרים לאזרח לפנות למשטרה בעת מצוקה, אולם פרט לכך, רב המפריד על הדומה ביניהן. ראשית, מוקד 100 המשטרתי מוסדר בחוק מוקדי חירום, התשע"ו-2016, ס"ח 874, בעוד שהמערכת הוקמה ופועלת תחת גוף פרטי, ולבטח אינה מוסדרת בתוספת של החוק דנא. שנית, אם למשטרה היו עד עכשיו אוזניים, כעת יש לה גם עיניים. במילים אחרות, המערכת מעניקה בידי המשטרה כוח מסוג חדש – שונה לגמרי מזה שעמד לרשותה עד היום.
34. על רקע זה, יש להבין כי הפעלת המערכת טומנת בחובה קשיים שאין להתעלם מהם: לאחר קבלת הפנייה, הסרטון – אפילו אם מדובר בסרטון 'סתם' ששודר בטעות – נשמר במאגר מידע משטרתי. נדגיש כי פרט מידע זה לא נכלל בתנאי השימוש או בתקנון האפליקציה. מאגר זה, אשר אינו מוסדר בחוק, זמין לשימוש המשטרה ללא הגבלות גישה או הגבלות לשימוש עתידי. מאות ואלפי שוטרי משטרת ישראל יכולים, ללא כל מנגנון מבקר, לצפות בסרטונים השמורים במאגר שוב ושוב, לצפות בקטעי זמן נבחרים, לשלוט בפיקסל ולהעבירם לגורמים אחרים – פעולות אשר אינן מתאפשרות במסגרת הפעלת המוקד הטלפוני. יתרה מכך, בעוד שטיב ההתקשרות בין המוקד הטלפוני לאזרח הוא בילטרלי, ההתקשרות עם המערכת היא מולטילטרלית (מצלם-מצולם-משטרה). ברי אפוא, כי במצב מעין זה

מתקיימת פגיעה חמורה בפרטיותם של צדדים שלישיים שלא יודעים שהם מצולמים, פגיעה שלא רק מתאפיינת בהקלטת שמע אלא גם בתיעוד וויזואלי.

3.2. פגיעה בזכויות יסוד וחירויות הפרט

35. שימוש המשטרה במערכת פוגעת בזכויות חוקתיות, וביניהן הזכות לפרטיות, הזכות לאוטונומיה והזכות להליך הוגן, לצד פגיעה בעקרונות יסוד של המשטר הדמוקרטי ובכללם: שלטון החוק, עקרון חוקיות המנהל וחוקת החפזות. בנוסף, השימוש במערכת טומן בחובו סיכונים מובנים נוספים עליהם נעמוד להלן.

36. הפגיעה מתקיימת בכל שלב בפעילות המערכת: החל מהקישור הישיר של האפליקציה למערכות משטרתיות, דרך המענה על-ידי מוקדנית שאינה מוסמכת לפעילות אותה היא מבצעת וכלה בשמירת הסרטון (האוטומטית) במאגר מידע משטרתית, והאפשרות לשימוש עתידי בו לשם כל מטרה – ללא פיקוח, בקרה או הסדרה בחוק.

37. נעמוד כעת על הזכויות הנפגעות מפעילות המערכת כסדרן.

הזכות לפרטיות

"הזכות לפרטיות היא מאדניו של המשטר הדמוקרטי. היא יסוד מרכזי בקשר שבין אדם לחברה. היא מאפשרת לפרט לממש את האוטונומיה ולהגדיר את מערכת יחסיו עם החברה... השתתפותו של הפרט בחברה, נכונותו לתפקד כפרט השומר על כללי החברה וחוקיה, כפרט הנכון להתערב ולתרום, מותנית בידיעתו כי נתון לו גם מרחב פרטי שבו עושה הוא כבשלו ושבדידיו השליטה המלאה על הנעשה בו." (נע"מ 9341/05 התנועה לחופש המידע נ' רשות החברות הממשלתית, פס' 41 לפסק הדין של כבוד השופטת ארבל (נבו 19.5.2009)).

ההדגשות בציטוט דלעיל ובציטוטים דלהלן נוספו אלא אם צוין אחרת.

38. בשיטת המשפט הישראלית ישנה הסכמה רחבה כי הזכות החוקתית לפרטיות וצנעת הפרט היא "מהחשובה שבזכויות האדם", "בעלת חשיבות עליונה", ו"אין חולק על מעמדה הרם של זכות זו בעיצוב משטר דמוקרטי." (ראו, בין רבים, בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל, פס' 16 לפסק הדין של כבוד השופט דנציגר (נבו 8.10.2017); ע"פ 2126/05 ג'רייס נ' מדינת ישראל, פס' 11 לפסק הדין של כבוד השופטת ארבל (נבו 26.6.2006)); בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה, פס' 8 לפסק הדין (נבו 14.5.2006) (להלן: עניין פלונית)).

39. ממועד חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אף מוקנה לזכות לפרטיות מעמד חוקתי (סעיף 7 לחוק-היסוד).

40. איסור הפגיעה בפרטיות מעוגן כיום גם בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 סעיף 1 לחוק זה קובע כי "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו".

41. בענייננו, המשטרה, בחסות עדשת המצלמה, חדרה לביתו של אדם – "מבצרו' הקנייני, האישי והנפשי" – צפתה במתרחש ואף שמרה את הסרטון במאגר מידע (ע"פ 5026/97 גלעם נ' מדינת ישראל, פס' 9 לפסק הדין (נבו 13.6.1999)). מדובר בהתנהלות לא חוקית שפוגעת בפרטיותו של האדם במקום הפרטי ביותר שלו. כך, למשל, בבג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מה(2) 456, 470 (1994) (להלן: עניין דיין), קבע כבוד השופט ברק כי:

"הזכות החוקתית לפרטיות משתרעת, בין השאר [...] על זכותו של אדם לנהל את אורח החיים שבו הוא חפץ בדל"ת אמות ביתו, בלא הפרעה מבחוץ [...] הזכות לפרטיות נועדה, על-כן, להבטיח כי אדם לא יהא שבוי בביתו, ולא יהא אנוס לחשוף עצמו בביתו להפרעות שאין הוא רוצה בהן" (עניין דיין. ראו גם עניין פלונית, בפס' 10).

42. גם השירה העברית ראתה בביתו של האדם כמבצרו. כך, בשיר של המשורר יהושע צפריר "הבית", נכתב: "[...] בֵּית אֵינוֹ סֵתֶם מִבְּנֵה שֶׁל בָּטוֹן, כִּי בֵּית מְעַנֵּיק הַיְגָשֶׁת בְּטָחוֹן" (הבית יהושע צפריר 1962). ביטוי נוסף לכך ניתן למצוא

בשירו של נתן יונתן "אל תירא", שם נכתב: "אין לך מבוזה אחרת אין לך ברה אחרת אלא לבוא אל הבית ולסגור אחריו דלת אל תירא." (אל תירא נתן יונתן, 1956).

43. אמת, תפקידו של בית המשפט הוא "לשמור על צנעת הפרט מפני מוסדות שלטון הנוטים יותר ויותר להתערב בענייני האזרחים" (עניין דיין, עמ' 487). בצדק ציין כבוד השופט סולברג כי פגיעה בפרטיותו של אדם, במיוחד על ידי רשויות המדינה הריהי "כואבת עד מאד – מרה כלענה, חדה כחרב – לא אחת יותר מאשר פגיעה פיזית, והיא מסוגלת לזעזע את עולמו של כל אדם" (בש"פ 1999/17 שם טוב נ' מדינת ישראל, פס' 9 לפסק הדין של כבוד השופט סולברג (נבו 3.3.2017)).

44. בנסיבות הנוכחיות השימוש במערכת על ידי המשטרה פוגע בפרטיות המערערים במספר מישורים (חלק ממשיים וחלקם פוטנציאליים). נעמוד על כולם כמפורט להלן.

הזכות לפרטיות של מושא הצילום ברשות היחיד

45. השימוש במערכת מוביל לפגיעה קשה בזכות לפרטיות לה בית המשפט הנכבד לא יכול לתת יד. המידע הרב אשר נאסף על אודות מושא הצילום (בנסיבותינו זוג המצוי בביתם הפרטי) חונה תחת הזכות לפרטיות, הן במובנה החוקתי והן לפי חוק הגנת הפרטיות.

46. בעניינו שימוש המשטרה במערכת הוא "צילום אדם כשהוא ברשות יחיד" ולכן מהווה פגיעה בפרטיות בהתאם לסעיף 32(3) לחוק הגנת הפרטיות. כמו כן, במקרים עתידיים שימוש המשטרה במערכת עשוי לעלות כדי פגיעה נוספת בדמות "האזנה האסורה על פי החוק", לפי סעיף 22(2) לחוק זה (דיון מעמיק בפגיעות עתידיות יובא במסגרת פרק 4.8 "הפוטנציאל הפוגעני (מאוד) של השימוש במערכת" להלן).

47. עולה אפוא כי ב"רשות היחיד" הפרט זוכה להגנה לפרטיותו. למותר לציין כי כאשר אדם נמצא בתוך ביתו, בית המשפט מתייחס לכך כמקרה מובהק שבו אדם נמצא ברשות היחיד (השוו ת"פ (שלום ת"א) 22744/09/11 מדינת ישראל נ' סנין, פס' ד' (נבו 4.6.2021) (להלן: עניין סנין)).

48. בטרם נתייחס לאופן שבו המשטרה משתמשת במערכת ולסרטון שנקלט במוקד בזמן-אמת, נעמוד תחילה על מספר הבחנות חיוניות לענייננו.

48.1. הצילום על ידי יעל, הוא כשלעצמו, אינו תקין: ברשות היחיד אדם מצפה ציפייה מוגברת, וכמעט מוחלטת, לפרטיות. לכן, צילום שלום וליאורה בביתם, ללא הסכמתם, תהווה פגיעה בפרטיות – בין אם מושא הצילום יודע על הצילום ובין אם לאו – העולה לכדי עוולה אזרחית ואף עשויה לעלות כדי עבירה פלילית (אם נעשתה במזיד), והראיות (הצילומים) יפסלו (ראו: סעיפים 4–5 ו-32 לחוק הגנת הפרטיות; עניין פלונית; החלטת גניזה בפרשה 1454/תיק פל"א 3316/19 בפס' 28), לכן, מקל וחומר שיעל אינה יכולה לשדר צילום של בני הבית בביתם בזמן אמת למשטרה או לכל גוף חיצוני אחר. הנה כי כן, יוצא אפוא, כי פעולה שאסורה לביצוע ואף עשויה להיחשב עבירה פלילית לו הייתה מבוצעת על ידי האזרח, מקבלת הכשר והופכת למותרת כאשר מבוצעת על ידי המשטרה באמצעות האזרח בבחינת – "ידו הארכוה של השולח", קרי משטרת ישראל.

48.2. מקריאת עמדת המשיבה אפשר היה לחשוב שיעל הגיעה לתחנת המשטרה עם דיסק און קי שבו הסרטון, ומסרה אותו, אך ברור שלא כך בענייננו. אין לגזור גזרה שווה בין אדם שהשיג את הסרטון ומסר אותו למשטרה, לבין כך שהמשטרה השיגה את הסרטון תוך כדי השימוש שעושה במערכת. כהערה מקדמית, על הטענה כי המשטרה חפה מכל פעולה אקטיבית וכי יש לשייך את צילומם של שלום וליאורה אך ליעל, על דרך "פנייה למשטרה" – נשיב ונאמר כי מדובר בהנחת המבוקש. עצם ההתקשרות עם האפליקציה – והפעלתה דרך Proxy (נאמר: יעל) – מהווה, כשלעצמה, פעולה אקטיבית כך שאין לראות במשטרה גוף פאסיבי בהליך. מה-גם שהמשטרה היא זו שצריכה לאשר את הפסקת השידור מרגע שהופעל (ראו לעניין זה סעיף 11 לתקנון השימוש באפליקציה, לפיו "עם הפעלת השידור,

הפסקתו מותנית באישור מוקדן המשטרה מקבל הקריאה. האישור יינתן על בסיס שיקול דעתו הבלעדי בהתאם לנסיבות בשטח, ועל-פי מידת החשש לביטחון הפונה".

48.2.1. זה המקום להבהיר מספר נקודות: **ראשית**, בנתון לכך שהמשטרה לא הייתה יכולה להפעיל אפליקציה פרטית (שלא מכוח הסמכה חוקית, כפי שיפורט בהרחבה בפרק 4), ומאחר שהמשטרה לא יכולה להתקשר ישירות עם האזרח ועל בסיס הסכמתו בלבד לרכוש מקור סמכות לביצוע פעולה שלא הוסדרה בדין כלל – יוצא, אפוא, כי המשטרה לא יכולה להשתמש בשירותי האפליקציה דרך Proxy (להלן "יעל"). במילים אחרות, המשטרה לא יכולה לפעול דרך תאגיד פרטי כדי לעקוף דרישות ומגבלות המוטלת עליה כרשות מרשויות המדינה, ולכן החוזה שיצרה הוא חסר תוקף (השוו: ע"א 65/85 **עיריית נתניה נ' נצ"ב נתניה בע"מ** (1986); ת"א (שלום ת"א) 28312/12/16 **מרעי נ' מדינת ישראל** (נבו 4.6.2020), שם המשטרה פנתה למפעל הפיס – גוף אזרחי, לעזרה כדי לפעול לסגירת עסקו של התובע; לעניין הקביעה שהסכמה חוזית של פרט בחוזה שאסור לרשות להתקשר בו אינה יכולה להוות תחליף לסמכות שלא נתונה בידי הרשות, ראו: ע"א 7368/06 **דירות יוקרה בע"מ נ' ראש עיריית יבנה** (פורסם בנבו, 27.6.2011); והשוו לפסק הדין המכונן של בית הלורדים *Att'y Gen. v. Wilts (United Dairies, (1922) 127 L.T. 822, 823 (H.L.*), שם נקבע כי בנסיבות בהן הרשות אינה מוסמכת לבצע פעולה שהחוק אינו מאפשר לה, אזי שהיא גם אינה מוסמכת לבצע זאת דרך צדדים שלישיים).

48.2.2. **שנית**, הפגיעה בפרטיות היא תמורה במיוחד לאור העובדה שהתיעוד המצולם נשמר במאגר מידע וכן לנוכח "מיהות הגורם אשר קולט את האמצעים הנדונים", קרי משטרת ישראל, כמו-גם מ"מהות האמצעים [...] קרי, שמדובר במנגנון שלו השפעה ממשטרת וממשמעת" (ראו בג"ץ 2109/20 **בן מאיר נ' ראש הממשלה**, בפס' 38 (נבו 26.4.2020) (להלן: עניין **בן מאיר**)).

48.2.3. **שלישית**, כאשר האזרח מגיע מיוזמתו בכוונה למסור סרטון למשטרה, שיקול הדעת נותר אצלו, היינו – לא יעביר סרטוני 'סתם' שצולמו בטעות. זאת בעוד שהפעלת האפליקציה בטעות על ידי המשתמש עשויה להוביל לקריאות שווא ופגיעה לא מוצדקת בפרטיות המצולמים, להערכות שגויות מצד המשטרה בעקבות הפעלת האפליקציה, וכתוצאה מכך להרשעה ב"אירוע" שאינו התקיים באמת או שלא היה מדובר מלכתחילה. מצב דברים זה עשוי להוביל לקיפאון וליצור אפקט מצנן דווקא בקרב אזרחים שומרי חוק. כאן המקום לשוב ולהזכיר כי בענייננו יעל בכלל שכחה כי הפעילה את המערכת.

49. כפי שעולה מתיאור המערכת והנסיבות, המשטרה "נכנסה" באין מפריע לתוך ביתה של ליאורה והייתה בת-חורין לצפות במתרחש. תמונות מביתו הפרטי של אדם, אפילו אם הוא לא מופיע בהן או אם מדובר בהדמיות של הבית, נתפס כ"מידע בעל רגישות גבוהה ביותר" (ע"א 1697/11 **א. גוטסמן אדריכלות בע"מ נ' ורדי**, פס' 12 לפסק הדין של כבוד השופט פוגלמן (נבו 23.1.2013)). למידע זה פוטנציאל שיחשוף פרטים אישיים על האדם. מצילום אדם ברשות היחיד, וביתו בפרט, ניתן לדלות מידע רגיש מאד – הרבה מעבר למטרת הצילום הספציפי – למשל, על העדפות דת, תרבות ופנאי, מצב כלכלי, נטייה מינית, טיפולים רפואיים ועוד (מיכאל בירנהק "פרטיות במשבר: הנדסה חוקתית והנדסת פרטיות" **משפט וממשל** כד 149 (2022) (להלן: **ברינהק הנדסת פרטיות**)). נדגיש כי לאדם יש ציפייה סבירה כי ביתו לא יהפוך להיות "בית האח הגדול".

50. זאת ועוד, המערכת משמשת כמעין כלי מעקב (אד-הוק) של המשטרה בחסות האזרח. למנגנון מעקב מעין זה יש **השפעה ממשטרת וממשמעת** – משל היו האזרחים דמות בספרו של ג'ורג' ארוול "1884" – המגבילה את פעילות וחירות הפרט ופוגעת בחופש האזרח במובנו הבסיסי ביותר (הגם אם לא באופן מוחשי אלא תודעתי). כפי שמנומק בהנחיית רשם מאגרי המידע בעניין השימוש במצלמות מעקב: "למבט העוקב אחרי בני אדם יש כוח ממשמע וממסטר המשפיע על אופן התנהגותם [...] חלק ניכר מהפעילויות הנתפסות באמצעי התיעוד הדיגיטליים הן פעילויות שגרתיות יומיומיות תמימות, שאינן מהסוג שהחברה מבקשת למנוע. בשל כך למעקב המתמיד יש גם השלכה שלילית [...] (הנחית רשם מאגרי המידע מס' 4/2012 "שימוש במצלמות אבטחה ומעקב ובמאגרי התמונות הנקלטות בהן", פס' 2.2).

51. נדגיש כי כוחו הממשטרי של מנגנון מעקב דוגמת המערכת אינו מבוסס בהכרח על מעקב בפועל (כאמור: למשטרה ניתנת גישה רק כאשר האזרח לחץ על כפתור האפליקציה). כוחו הממשטרי של מנגנון המעקב מתבסס על עצם ידיעת הפרט שהמשטרה – בעזרת צדדים שלישיים – יכולה ועשויה לצפות בו (גם בסביבתו האישית ביותר), דבר שמעורר תחושת חשדנות ומערער את האמון גם ביחס למעגל האנשים הקרוב.

52. די בהכרה זו כדי לדכא את התנהגות האזרחים בחברה ליברלית ולגרום להם לחיות בחשש מתמיד (מיכאל בירנהק **מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה** 182, 429 (2010)). וכפי שמסביר דניאל סולוב בלשונו:

"Video surveillance... limits our freedom. It can tie us to our past by creating a trail of information about us... Surveillance is a sweeping form of investigatory power. It extends beyond a search, for it records behavior, social interaction, and everything that a person says and does... Surveillance gives **significant power to the watchers**. Part of the harm is not simply in being watched but in the **lack of control that people have over the watchers**". (DANIEL J. SOLOVE, NOTHING TO HIDE 178-179 (2011)).

53. אין לעצור בזאת. ליבת הזכות לפרטיות כוללת גם מידע על חייו האינטימיים של האדם. מי לידנו יתקע כי מחר-מחרתיים, הסרטון שמשודר בזמן אמת למוקדנית המשטרה לא יכיל פרטים שאינם קשורים לסיבת הפעלת המערכת מלכתחילה. כך למשל, מוקדנית המשטרה עשויה להיחשף למצבים אינטימיים, למצבו הכלכלי של אדם, למצבו הרפואי ולעובדות הקשורות לגופו. להכל ידוע ואין חידוש בדבר כי אחת הפגיעות הקשות בפרטיות היא כאשר מתבצעת "חדירה של גורמי חקירה לחדרי ביתם של אזרחים וחיתוט בשאלות אינטימיות" (בע"מ 5082/05 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני**, פ"ד ס(3) 201, 222 (2005)).

54. יתר על כן, חוק הגנת הפרטיות קובע כי לא תתרחש פגיעה בפרטיות מקום שישנה הסכמה לפגיעה זו (סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות) הסכמה זו יכולה להיות מפורשת ויכולה להיות משתמעת (סעיף 3 לחוק הגנת הפרטיות; עניין **פלונית**, פס' 20). לא ניתן לראות בהסכמת ליאורה להכניס לביתה את יעל או בהסכמת יעל לשימוש באפליקציה טעם המצדיק פגיעה בזכות לפרטיות של ליאורה ושלוש (ולעניין זה ראו הרחבה בפרק "הסכמה מדעת"). "יש להיזהר ולא להפעיל את הכוח המצדיק של ההסכמה על מקרים בהם ברור כי אין הסכמה ממשנית] והשימוש בהסכמה הוא לכן קונסטרוקטיבי ופיקטיבי" (רות גביזון "איסור פרסום הפוגע בפרטיות" **זכויות אזרח בישראל – קובץ מאמרים לכבוד חיים ה. כהן** 177, 199 (1982)).

55. בענייננו המערערים מעולם לא הסכימו שגורם זר – המשטרה – "יכנס" מרחוק לביתם ויצפה במתרחש. לא מדובר בסרטון מוגמר אשר "הוגש" למשטרה על ידי יעל, יעל הלכה למעשה פתחה את דלת הבית בפני המשטרה, כך שיוכלו לצפות בכל שמתרחש והסרטון מהווה תיעוד של כל הנ"ל. הסכמתה (לכאורה) של יעל, שאינה בעלת הבית ונמצאת בו כאורחת, לא מאפשרת למשטרה להיכנס ולצפות בבית, ועל כך נרחיב בפרקי "החיפוש הוירטואלי" ו"הסכמה מדעת". (ראו לעניין זה הע"ז (אזורי ת"א) 43060/03/15 **מדינת ישראל נ' בן משיח** (נבו 19.07.2018) (להלן: עניין **בן משיח**), שם מפקחים מטעם רשות האוכלוסין וההגירה נכנסו לבית הנאשמת, ללא ידיעתה או הסכמתה, והוכנסו לבית על ידי העובדת הפיליפינית שעבדה שם. הובעה הדעה בפסיקה שיש להשיג את ההסכמה מבעלי המקום, ולא ממי שעובד בו, ובעקבות הצטברות פגמים רבים בחקירה נפסלו הראיות שהושגו כתוצאה מהחיפוש הלא חוקי; השוו גם לעמדת כבוד השופט ט' שטרסברג כהן בע"א 439/88 **רשם מאגרי מידע נ' ונטורה**, פ"ד מח(3) 808, 835 (1994)). בפסיקה נקבע כי אפילו קיומה של מערכת יחסים קרובה כנישואין, אינה מלמדת כשלעצמה על הסכמה משתמעת לפגיעה של אחד מבני הזוג בפרטיותו של השני (עניין **פלונית**, בפס' 20).

56. **בכל הקשור לפגיעה בפרטיות, שימוש המשטרה במערכת מהווה מדרון חלקלק**. ידוע כי יש להישמר מהדרדרות כזאת משום ש"למדרון החלקלק יש פן נוסף, והוא החשש מפני התופעה של 'פעם השתמשת – התמכרת'". (בג"ץ 6732/20 **האגודה לזכויות האזרח נ' הכנסת**, פס' 3 לפסק הדין של כבוד השופט עמית (נבו 1.3.2021) (להלן: עניין

איכוני השב"כ). כבר בשיר השירים נכתב כי "פתח שהוא כחודה של מחט, עלול להיפתח כפתח שיהיו עגלות וקרונות נכנסות בו" (שיר השירים רבה, ה'). החשש למדרון חלקלק בענייננו עד כדי חדירה לתוך חייהם של אחרים הוא אינהרנטי ואיננו רוצים חלילה להידמות למדינות אחרות שמפעילות טכניקות שונות למעקבים אחר אזרחיהן. הגם אם טענתנו כי "האזרח הופך להיות שוטר סמוי בפוטנציה" היא תאורתית גרידא, הרי שדי בה כדי לעורר אימים על המרחב הציבורי כולו (ראו: **ברינהק הנדסת פרטיות עמ' 165**).

57. סוד גלוי הוא כי ההתפתחות הטכנולוגית של העשורים האחרונים פתחה בפנינו מגוון עצום של אפשרויות חדשות שרק ילכו ויתרבו, ובכלל זה – לאסוף ולאגור מידע אישי, ולהפוך את המרחב הציבורי לפנאופטיקון (זהו המבט הממשמע שעליו הצביע מישל פוקו, כשניתח את הצעת הפנאופטיקון של ג'רמי בנת'אם). עם זאת, לא כל דבר שניתן לעשות גם ראוי לעשותו, וודאי לא כאשר מדובר בפעולה שלטונית שמבוצעת דרך האזרח (המשמש כ-Proxy), וזאת כדי לטשטש את היעדר מקור סמכות וכן לחמוק מעקרונות המשפט הציבורי. ויודגש: פגיעה "בפרטיות מצד המדינה היא חמורה מפגיעה בזכות שנעשית במישור הבינאישי או הצרכני"; על אחת כמה וכמה בענייננו, מקום שהפגיעה היא באמצעות רשות בטחונית (עניין **איכוני השב"כ**, בפס' 65 לפסק הדין של כבוד השופט ברון).

58. לכן, ככל שיש הכרח לאזן בין הזכות לפרטיות וזכויות נאשמים מזה לבין אינטרסים ציבוריים המגולמים בבירור הראייתי (חקר האמת; יעילות החקירה המשטרית) מזה – יש לעשות זאת תוך הקפדה על עקרונות היסוד של שיטתנו, ובפרט של המשפט הציבורי. כפי שסבר בירנהק: "כאשר למשטרה יש טעם מספיק לבדוק מדוע היה אדם במקום מסוים במועד מסוים, היא יכולה לפנות ולבקש מבית המשפט צו מתאים. במקרים אחרים **דרושה סמכות לפעולה** כזו, ובחינה של תכלית האיסור של המידע ושל מידתיות הפעולה" (מיכאל בירנהק "פרטיות בעיר הדיגיטלית" **מחקרי משפט** לד' (2011) (להלן: **בירנהק "פרטיות בעיר הדיגיטלית"**)).

59. יש להקפיד על עקרונות יסוד אלו, אחרת נבואתו של פרופ' יצחק זמיר עשויה להתרגש עלינו: "נותרתי מוטרד במידה מסוימת מפני העתיד לבוא. לנגד עיני ריחפה התמונה של משטרה שעומדת מעל החוק ועושה כרצונה [...] [במצב כזה] הדרך תהיה פתוחה להפוך את מדינת ישראל למדינת משטרה שאין בה ערך לזכויות אדם". (יצחק זמיר "פרשת קו 300" (משרד המשפטים, מיזם שורשים במשפט 10.3.2019)).

שמירת הסרטונים במאגרי מידע מהווה פגיעה בפרטיות

60. כפי שהוסבר לעיל, כאשר פלוני מפעיל את המערכת, מתבצע צילום בזמן אמת המועבר למוקדנית המשטרה השולטת בסגירת הצילום מכאן והלאה. הסרטון נשמר אוטומטית במאגר נתונים ייעודי – ללא תלות בשאלה האם הצילום נועד לשמש כראיה לצורך כתב אישום או לאו. מאגר נתונים כזה, אשר מאוחסנים בו נתונים אישיים של אדם – מבלי שיועד על כך ומבלי שיכול לדעת איזה מידע ניתפס בסרטון ומתי המשטרה תעשה בו שימוש – פוגע אנושות בזכות לפרטיות, באוטונומיה, ובחרויות הפרט.

61. זאת ועוד, מאגר המידע עשוי להכיל מידע רב שאינו קשור במישרין לאירוע אשר תועד דרך המצלמה. כך, למשל, אנשים שמצאו עצמם אגב אורחא בסביבת האירוע המצולם, עשויים להיות מתועדים על-ידי עובר אורח. כך, נוצרת למשטרה גישה למאגר עצום של מידע אליו יכולים אלפי שוטרים לגשת ולהשתמש בעתיד, ללא תנאים מוגדרים.

62. מאגר המידע של המערכת דומה, בשינויים המחויבים, ל"כלי" המעקב של השב"כ (כפי שנראה בעניין **בן מאיר**). אכן, ניתן להניח, שהמידע ששמור ב"כלי" המשטרתי אינו מלא כמו היסטוריית המיקומים שהשב"כ שואב ברציפות מכל ספקי התקשורת בארץ. ועדיין, גם בענייננו מדובר **במנגנון המאפשר לצפות בצילומים של אדם בהווה ובעבר**. המערכת עתידה לתעד אנשים, שבסבירות גבוהה חלקם בכלל לא מהווים חלק מאותו מאורע שהתכוונו לצלם, אך בכל זאת המצלמה קלטה אותם. למאגר מידע דוגמת המאגר שנוצר משימוש במערכת נדרש אישור מפורש בחוק. לעניין זה ראו והשוו לתקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת) (מאגר נתוני זיהוי תקשורת), התשס"ט-2008, אשר מגדירות שלא יקושרו מערכות מחשב למאגר נתונים בו החוק עוסק ללא אישור המתקבל בתנאים מוגדרים (בסעיף 3(ב)).

63. צילום הסרטון ושמירתו במאגר אף פוגעת בזכות המערערים לאוטונומיה. הזכות לאוטונומיה נובעת מהזכות לכבוד המעוגנת בסעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. במסגרתה, זכותו של כל פרט להחליט על מעשיו בהתאם לבחירותיו ולפעול בהתאם להן, ואף נקבע כי זו זכות מרכזית להווייתו של כל אדם, וחיונית להגדרתו העצמית (ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים כרמל, פ"ד נג(4) פס' 15 לפסק הדין של כבוד השופט אור 526 (1999)).

64. הזכות לפרטיות – כמו הזכות לכבוד האדם אליה היא קשורה בקשר הדוק – מבוססת על האוטונומיה של הפרט, ונועדה לאפשר לפרט "תחום מחייה" בו הוא הקובע את דרכי התנהלותו, בלא מעורבותה של החברה. הזכות לאוטונומיה לא מסתכמת רק ביכולת לבחור אלא גם בהיבט הפיזי של "להיעזב במנוחה" (ראו בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456 (1994); עניין פלונית).

65. בענייננו, זכות המערערים לאוטונומיה נפגעה בשני רבדים. ראשית, בשלילת יכולת המצולמים, שלום וליאורה, לבחור האם להופיע בסרטון. למעשה, צילום הסרטון וצפיית המשטרה בו נכפה עליהם, ללא ידיעתם. שנית, בעצם שלילת יכולתם לבחור האם ישמר הסרטון שבו הם מופיעים במאגר מידע או אם ייעשה בו שימוש כלשהו, נפגעה חירותם להכריע בנוגע להיבט מרכזי בחייהם. שלילת האוטונומיה שלהם השפיעה על מהלך חייהם בכך שהסרטון, הועבר לרשויות החוק, ושימש (שלא בצדק) כראיית זהב בהרשעתם.

66. ככלל, גם כאשר מציבה הרשות מצלמות בהיתר, קיימות הנחיות ברורות, כיצד יוצבו המצלמות, שכל מטרתן לצמצם את ההשלכות והיקף הפגיעה בפרטיות שנובעות מהצבת אותה מצלמה. כך, למשל, יש ליידע את הציבור על הצבת המצלמות, למשל ע"י שלט קריא וברור. כך גם הצבת המצלמה צריכה להיעשות באופן שיצמצם את הפגיעה ככל שניתן, מבחינת זוית הצילום, שעות הצילום, רזולוציית הצילום וכדומה. ניתנות גם הנחיות ברורות בנוגע לשמירת התיעוד, והגורמים שרשאים לגשת אליו (ראו "מצלמות מעקב – הדין החל ואופן השימוש", משרד המשפטים (3.11.2010)).

67. יתר על כן, באנלוגיה לדיון שהתעורר סביב טכנולוגיות מעקב שמופעלות על-ידי השב"כ לצורך התמודדות עם נגיף הקורונה, בית המשפט הבהיר כי שימוש בכלי כזה מוביל לפגיעה קשה בזכות לפרטיות ולצנעת הפרט וקבע כי "כאשר הרשות [המשטרה] אוספת מידע אודות הפרט בלא שמתקבלת לך הסכמתו (צד שלישי שלא הסכים שהמשטרה תראה אותו), מופסקת למעשה יכולתו האוטונומית לשלוט בזרם המידע אודותיו" (עניין בן מאיר, בפס' 37 לפסק הדין של כבוד השופטת חיות).

68. ואפילו התייחס לנושא בית המשפט הנכבד בעניין סנין, ללא כל קשר למעורבות בפלילים, בקבעו כי צילום, אפילו שנשמר בידי המצלם ללא כל כוונת הפצה, "מפקיע לחלוטין מידי אובייקט הצילום את האוטונומיה שלו. קיבוע הדמות והמעשה [...] באמצעים דיגיטליים [...] הינו מעשה בלתי הפיך של שלילת הפרטיות, שאף תיקונו (על-דרך השמדת התיעוד) איננה עוד בידי המצלם." (שם, בפס' ד(2)(ג)).

69. לשיטתנו, מעבר לפגיעה באוטונומיית המערערים נושא דיון זה, קיימת פגיעה בצדדים נוספים. איסוף נתונים באופן כזה, כמו שמבצעת המערכת מן ההכרח שיכלול נתונים אודות עוברי אורח, אשר לא עשו דבר והסיכון הנשקף מהם אפסי, ללא ידיעתם, הוא לא חוקתי ופוגע גם בזכותם לאוטונומיה.

איומים נוספים על זכויות בשימוש המשטרה במערכת

70. מעבר להיבטי הפרטיות הכרוכים בהפעלת המערכת, סיכונים נוספים גלומים בהפעלתה. כך, למשל, מתקפת סייבר על מערכת שמחזיקה במידע רגיש של אנשים רבים, ותאפשר לגורם זר להיחשף למידע, לחשוף אותו ברבים, ולנצל אותו (השוו אלדד הבר וטל ז'רסקי "דרכי ההגנה על תשתיות חיוניות במרחב הסייבר בישראל משפט וממשל יח 99 (2017)).

71. באופן דומה, קיים איום תמידי שתושג גישה בלתי מורשית ויעשה שימוש חורג במידע אישי מתוך המאגר. כפי שציין לאחרונה בית המשפט לתעבורה, חשיפת המידע לפני מאות או אלפי שוטרים, ללא כל בקרה בדבר המידה שבה הם זקוקים לו, אם בכלל, היא בעייתית. "הדבר עלול לעורר חשש לשימוש לא מבוקר שיש בו כדי לגרום לפגיעה בזכויות הפרט לרבות הזכות לפרטיות [...]". אין להטיל דופי ביושרם של המשרתים במשטרה אולם ידוע כי כבר היו דברים מעולם של שימוש שלא כדין במאגרי מידע על ידי שוטרים" (פ"ל (תעבורה י-ם) 63/08/19 **מדינת ישראל נ' דענא**, פסי' 23–24 (נבו 2020.6.23) (להלן: עניין **דענא**)).

72. כאמור, כל יעודה של המערכת הוא לספק עזרה לאזרח. אולם לא רק השימוש המערכת למטרות הצלה לא מוסדר באף חקיקה או נוהל פנימי, אלא שגם העברת הסרטונים ממאגרי המידע לגופי התביעה – פעולה שדורשת לפחות צו – לא הוסדרה. פרקטיקת העברת נתונים בין רשויות בשם צורכי היעילות וללא כל הסדר הועמדה לדיון בבג"ץ 6824/07 **מנאע נ' רשות המיסים**, (2010) (להלן: עניין **מנאע**), שם נפסלה פרקטיקה שלטונית של העברת מספרי תעודות זהות של נהגים שנעצרו – ללא כל חשד – לרשות המיסים לצורך תשלום חוב, ככל שקיים, באופן מידי. כבוד השופט פוגלמן ציין כי: "שליטה של אחר במידע, לא כל שכן הצלבתו עם מקור מידע נוסף, ניתוחו והעברתו לצדיים שלישיים, וקבלת החלטות בהסתמך על מידע זה, פוגעים באגד של זכויות אדם" (שם, פסי' 37).

73. הפגיעה הברורה והישירה של השימוש במערכת על ידי משטרת ישראל במסגרת חקירות והליכים פליליים ובכלל, מחייבת כי שימוש שכזה ייעשה רק אם ישנה סמכות ברורה ומפורשת שמתירה לרשויות לעשות שימוש במערכת; שמגבילה את השימוש; ומיישמת מנגנוני בקרה ראויים ויעילים על שימוש שכזה.

4. למשטרה אין סמכות להשתמש בסרטון במסגרת הליך פלילי

74. כפי שנפרסם בהרחבה להלן, השימוש שעושה המשטרה במערכת נוגד את עקרון חוקיות המנהל שכן אין לו כל הסמכה מפורשת בדין. בחלק זה נעמוד על כך שלא ניתן להצדיק את שימוש המשטרה במערכת דרך הוראות חקיקה שונות. לשיטתנו, בתורת הפרשנות המוכרת בדין הישראלי לא ניתן לפרש את החקיקה הפלילית ככולת בחובה סמכות כה פוגענית וכה בלתי-מוגדרת.

4.1 קבלת הסרטון מהווה הפרה של עקרון החוקיות

"עקרון חוקיות המנהל הוא האליף בי"ת של משטר דמוקרטי ושלטון החוק. אחד מענפיו החשובים [של עקרון חוקיות המנהל] **הינו המשפט הפלילי**. המשפט הפלילי מופעל בידי רשויות מנהליות: המשטרה, התביעה הסגורה הציבורית ואף הרשות השופטת. כולן מפעילות כוח ואמורות להישען על חוק מסמך." (מרדכי קרמיניצר "עשור לתיקון 39 לחוק העונשין: דברי תגובה" **מגמות בפלילים** – **לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין** 609, 622, 624 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים 2010)).

75. עקרון חוקיות המנהל קובע כי בהעדר הסדר חקיקתי **המקנה סמכות מפורשת ומגדיר את גבולותיה**, אין למשטרה סמכות לבצע פעולה כלשהי, בעוד שהמצב הוא הפוך ביחס לפרט. אולם אין מדובר בחידוש מרעיש – עניין לנו בעקרון עתיק-יומין אשר מופיע כבר בסיפור הבראי מפיו של זה שאמר והיה העולם: "מִפְּלֵעַ-עַץ-הַגֶּן אֶכֶל תֹּאכֵל וּמִעֵץ הַדַּעַת טוֹב וְרַע לֹא תֹאכֵל מִמֶּנּוּ" (בראשית ב' ט"ז-י"ז).

76. לעקרון החוקיות משנה חשיבות כאשר מדובר בסמכויות שבמסגרתן הרשות פוגעת בזכויות אדם, ובוודאי כך כאשר מדובר בסמכויותיה של המשטרה הרשאית בנסיבות המתאימות לפגוע בזכויות הבסיסיות ביותר של אדם (רע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל**, פסי' 22 לפסק הדין של כבוד השופטת ביניש (6.3.2012) (להלן: עניין **בן חיים**)). פעולת המשטרה העלולה לפגוע בזכויות הפרט **חייבת להיות מעוגנת בחקיקה ראשית**. "[...] אין הרשות [המשטרה] יוצאת ידי חובתה **בהצבעה על הוראת חוק כללית** שיכולה להתפרש כמקור סמכות לפעולתה [...] **על ההסמכה**

- לפעולה להיות ברורה, מפורטת ומפורשת בחקיקה ראשית" (עניין מנאע, פס' 14). והשוו רע"א 2588/16 פלונית נ' קצין התגמולים, פס' 38 לפסק הדין של כבוד השופטת ברק-ארז (5.11.2017) (להלן: עניין קצין התגמולים)).
77. בית המשפט העליון חזר על מושכלות יסוד אלו בבג"ץ 4455/19 טבקה נ' משטרת ישראל, (25.1.2021) (להלן: עניין טבקה), שם פסל פעולות שהמשטרה טענה לחשוב שהן "נלוות" לסמכות לדרוש הצגת תעודת זהות:
- "האזרח חסין מהתערבותם של אנשי שררה כל אימת שהדין אינו מתיר להם במפורש להתערב בענייניו; ובהיעדר הוראות דין כאמור, לאנשי שררה אין כוח משפטי להתערב בענייניו של האזרח ולגרוע ממצבת זכויותיו על ידי הטלת חובות ומגבלות [...] החסינות מפני התערבות שלטונית, ממנה נהנה האזרחי בעמדו מול אנשי שררה נטולי הכוח המשפטי להתערב בענייניו, מאפשרת לו למצות את חירויותיו עד תומן – זאת, מאחר שלאנשי השררה לא נותר אלא לעזובו לנפשו" (שם, פס' 12 לפסק הדין של כבוד השופט שטיין).
78. בענייננו, אין חולק כי אין כל הסמכה חוקית "ברורה, מפורטת ומפורשת בחקיקה ראשית" שמאפשרת למשטרה לעשות שימוש במערכת במסגרת חקירה והליך פלילי, ולהשתמש בתוצרי המערכת כראיה במשפט פלילי.
79. ואפילו אם קיים מקור הסמכה, כפי שקבע בית המשפט הנכבד בבג"ץ 3390/16 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת (נבו 8.7.2021), גם הסמכה מפורשת אבל חסרה לא עומדת בעקרון חוקיות המנהל, בקביעתו כי בתיקון החוק הנדון "אין כל התייחסות לזהותו של הגורם המוסמך לקבל את ההחלטה ולאמות המידה שינחו אותו בקבלתה, ובמובן זה ההסמכה בו פגומה וחסרה".
80. היעדר הסמכה מתאימה בדין, לא עצר בידי המשטרה: זו עשתה שימוש בכלים טכנולוגיים הפוגעים בזכויות האדם; עשתה דין לעצמה – ובכך חרגה, חריגה של ממש, מעקרון חוקיות המנהל שהינו כלל בסיסי, בה"א הידיעה, "יסוד היסודות" של שלטון החוק (ברוך ברכה משפט מינהלי א 35 (1987); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי א 97 (2010) (להלן: ברק-ארז משפט מינהלי)).
81. על החריגה הקיצונית של המשטרה מעקרון חוקיות המנהל בעת שהיא מפעילה את המערכת, ניתן ללמוד – על דרך האנלוגיה – מהאופן בו הסדיר המחוקק את סמכותן של רשויות מקומיות להשתמש בטכנולוגיה מצלמות לאכיפת עבירת "שימוש שלא כדין בנתיב נסיעה" בחוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 113, התשע"ה–2015 (ס"ח 2499) (5.8.2015) (עמוד 238)). בסוגיה זו, המחוקק לא הסתפק בהענקת הסמכות להפעיל מצלמות, אלא קבע בתיקון לפקודת התעבורה הסדרים מהותיים ומפורטים כדי לצמצם את הפגיעה בפרטיות האזרחים, ובין היתר קבע כי ניתן להפעיל את הסמכות רק על עבירות ספציפיות, וקבע את הנסיבות הקונקרטיים שבהן ניתן יהיה לעשות זאת; עוד קבע המחוקק את ההסמכה וההכשרה הנדרשות כדי לטפל במצלמות ובמידע המופק מהן; הגביל את חיבור מאגר המידע שיופק מהמצלמות למאגרי מידע אחרים ברשות המקומית וקבע הוראות בדבר אבטחת המידע (ראו: סעיף 1א27 לפקודת התעבורה [נוסח חדש]).
82. יתרה מכך, כניסתו לתוקף של התיקון לפקודה הותנתה בהתקנת תקנות מפורטות, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, שבהן יוסדרו: אופן הצבת המצלמות; אופן שמירת הצילומים והמידע המתועד בהם ומשך שמירת הצילומים; אופן הגישה לצילומים; ההרשאות השימוש, ובכלל זה חיבור מאגר המידע למאגרים אחרים ועוד.
83. עניינו רואות, שכאשר נדרש המחוקק להסמיך רשות מנהלית להשתמש במצלמות מעקב לצורך אכיפת עבירת תנועה ספציפית, הוא לא מסתפק בהסמכה "רזה" ורואה הכרח לכלול בחוק המסמיך הוראות מפורטות "שתכליטן הגנה על פרטיותם של נוסעים ועוברי אורח העוברים בתחומי השטח המצולם" (מתוך דברי ההסבר לתקנות שהותקנו מכוח החוק המסמיך – תקנות התעבורה (הפעלת מצלמות בידי רשות מקומית לשם תיעוד שימוש שלא כדין בנתיב תחבורה ציבורית), התשע"ו–2016)).

84. הדברים האמורים תקפים, בבחינת קל וחומר בנסיבותינו, בהן מדובר בסוגיה מורכבת לאין שיעור מזו שמתעוררת במצלמות לאכיפת עבירות התנועה, שכן מדובר בפרקטיקה פוגענית בהרבה: האדם המצולם באמצעות המערכת לא יודע על כך, ויכול להיות עובר אורח ללא כל זיקה למפעיל הצילום או לאירוע המתרחש. בעוד שניתן למצוא שילוט המתריע על מצלמה לאכיפת עבירות תעבורה בכל מקום בו מוצבת, המערכת, בניגוד למצלמות תעבורה, מצלמת באופן ישיר מהטלפון שמפעיל אותה. בכך באפשרותה (כמו שקרה בענייננו) לחדור למעוז פרטיותו של האדם – ביתו. איסוף מידע רב תוך פגיעה בפרטיות מחייב **הסדרה בחקיקה ראשית**. הסדרה כזו יש בה כדי להבהיר בכללים ברורים את אופן השימוש במערכת, את הגורמים במשטרה שיהיו רשאים להיחשף למידע המופק ממנה, אבטחת המידע המצוי בה, דרכי שמירתו והגבלת הנגישות אליו תוך הקמת מערך שיאשר הפקת הנתונים ומגדיר מי הרשאים לעיין בהם.

85. נוסף ונאמר כי אפילו השימוש במצלמות גוף של שוטרים זכה להנחיות מנהליות מפורשות אשר צמצמו את היקף השימוש בהן (נוהל מצלמות גוף מספר 220.003.16 (להלן: הנוהל)). כך למשל, סעיף 2(ב) לנוהל קובע כי "לשימוש במצלמת גוף השלכות כבדות משקל בהיבטים של הגנת פרטיות, זכויות חשודים, נאשמים, נפגעי עבירה, שוטרים ודיני ראיות. בשל כך יש להשתמש בכלי זה רק בזהירות מרבית". בנוסף, סעיף 9(א) לנוהל קובע כי "היה האירוע בבית מגורים, יודיע השוטר לשהים במקום **מיד** עם פתיחת הדלת כי הוא נושא מצלמה המתעדת את האירוע".

86. **בענייננו, השימוש במערכת לא הוסדר אפילו לא בנוהל פנימי**, ואין כל הודעה לנוכחים כי ישנה מצלמה שמסדרת את מעשיהם ישירות למשטרה.

87. למותר לציין שקידום תיקון חקיקה מתאים או לחלופין נוהל פנימי כזה או אחר הנשען על סמכויות עזר (סעיף 17 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981) אינם יכולים למלא חוסר מהותי או לפגוע בזכויות יסוד בהעדר סמכות עיקרית (ראו: בר"ש 1190/18 **ועדת האתיקה לשכת עורכי הדין – מחוז ת"א נ' ידד** (נב) 28.3.2019); עניין **קצין התגמולים** בפס' 56–57).

גם הצורך לגשר בין חקיקה קיימת לטכנולוגיה חדשה לא יכול לייצר מקור סמכות יש מאין

88. המשיבה מנסה לסנגר על פעולתה בכך ש"הפער בין החקיקה הקיימת לבין הטכנולוגיה הזמינה מציב אתגרים לא פשוטים". אלא שהצורך של הרשויות בטכנולוגיות חדשות, לא מהווה "קארט בלאנש" לפגיעה בנושאים בזכויות יסוד ללא כל סמכות בדיון. המענה לאתגרים אלה הוא בדיון ציבורי ובחקיקה, שיעצבו את אופן השימוש בטכנולוגיות מידע חדשות, ולא בשיטת "נעשה ונמשע" של עיצוב חקיקה לאחר שנקבעו עובדות בשטח.

89. בהקשר זה נביא תיאור תמציתי שנכלל בהערות המועצה להגנת הפרטיות לדו"ח רשם מאגרי המידע לפני למעלה מעשור, על רקע פגמים שנפלו בקידום פרויקטים של המדינה:

"לאחרונה אנו עדים לדפוס מדאיג שאופייני למיזמים נוספים של המדינה: רישות רחובות הערים במצלמות מעקב; מאגר ביומטרי של זרים; שהמדינה התחייבה בפני בג"צ לעגנו בדיעבד בחקיקה; מאגר התמונות 'הביומטריות' במשרד התחבורה; מאגר המידע של ראמ"ה במשרד החינוך ועוד. רשויות המדינה בונות ומפעילות מערכות הפוגעות בפרטיות, ורק לאחר מכן – לעתים אחרי שנדרשו לעשות כן על ידי נציגי היועץ המשפטי לממשלה – נזכרים שיש צורך לעגן את הפעילות בחקיקה. בדרך זו הן עוקפת – **חדשות לבקרים, פעם אחר פעם** – את הכנסת. הרשות המבצעת מונעת דיון ציבורי, וקובעת עובדות בשטח עוד לפני שהתקיים דיון ראוי לגבי האיזון הנאות בין הזכות לפרטיות לבין אינטרסים אחרים" (הערות המועצה להגנת הפרטיות לדו"ח רשם מאגרי מידע לשנת 2011, עמוד 33).

90. נראה כי דברים אלו תואמים לענייננו ומדברים בעד עצמם.

91. מצב שבו חידושי הטכנולוגיה מופעלים בשטח לפני שמתבצעת לגביהם הסדרה חוקית מפורטת ואחראית אינו ראוי ואינו חוקי. יתר על כן, ניסיון העבר מלמד שבדרך זו מסיג המינהל הציבורי פעם אחר פעם את גבולו של המחוקק, ובסופו של דבר, כאשר נפנים לעגן בחקיקה את פעילותה של המערכת הטכנולוגית, נאלץ המחוקק לתפור את ההסדר החוקי לפי העובדות שנקבעו בשטח. יוצא, אפוא, שמעבר לכך שהמערכת פוגעת בזכויות יסוד, הכשרתה בדיעבד בדרך זו פוגעת אנושות בעקרונות יסוד של הפרדת רשויות וערכי הדמוקרטיה.

92. ראוי להביא את דבריו של אסף הרדוף אשר תואמים ככפפה ליד בענייננו :

”צילום סתר משטרתי הוא פעולה שהמחוקק לא הסמיך. חרף דמיונה להאזנת סתר, האחרונה סובבת סביב ”שיחה”. לפיכך, בנבדל מהאזנת סתר, צילום סתר משטרתי ברשות היחיד אינו פעולה שהמשטרה מוסמכת לבצע, ואינו פעולה שבית המשפט מוסמך לאשר למשטרה לבצע. יתרה מזאת, קיים איסור פלילי כללי על צילום אדם ברשות היחיד בסעיף 2(3) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ”א – 1981, ולא קיים מנגנון שיפוטי לאשר מראש צילום כזה. עקרון חוקיות המנהל פירושו שצילום אדם בסתר ברשות היחיד בידי המשטרה הינו פעולה חסרת סמכות.” (ראו אסף הרדוף ”דין פלילי בלתי מוסמך: עקרון חוקיות המנהל פוגש את המשפט הפלילי” המשפט ספר דנציגר 389, 394–395 (2017) (להלן: **הרדוף ”דין פלילי בלתי מוסמך”**)).

93. בענייננו, אמנם האזרח הוא זה שמפעיל את שידור האפליקציה, אך מיד לאחר מכן המשטרה היא היחידה שיכולה להפסיקו ולכן הלכה למעשה שולטת בשידור. עצם התקשרות המשטרה עם המערכת, כך שתיצור ערוץ וידאו ישיר בינה לבין האזרח, היא שמכניסה **כל שידור של האפליקציה תחת הגדרת ”צילום משטרתי”**. לשיטתנו, הטענה כי המשטרה חפה מכל פעולה משום שיעל היא זו ששידרה את הסרטון, מהווה, בכל הכבוד, נסיון מוסווה של המשטרה לחמוק ממרות הדין ועקרונות המשפט הציבורי להם היא כפופה. כאמור, הצילום על ידי יעל – המעלה מורכבויות בפני עצמו – מהווה רק חלק ראשוני משרשת פעולות פסולות.

94. נסכם ונאמר כי שימוש המשטרה במערכת מנוגד לעקרון חוקיות המנהל לפיו הדין הוא אביה מולידה של הרשות, ואין לה אלה מה שהדין קצב לה במפורש. עקרון זה מורה כי **”החוק הוא לא רק מקור, אלא גם הגבול של כל תפקיד וכל סמכות של כל רשות”** (יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א 73 (מהדורה שנייה 2010)) (להלן: **זמיר הסמכות המינהלית**)).

95. על רקע המקובץ דלעיל, נבקש את התערבותו של בית המשפט הנכבד שיפסול את הראיות שהושגו בחוסר סמכות, יורה על הפסקת השימוש המשטרתי במערכת ועל מחיקת כל סרטון שנשמר במאגר כתוצאה משימוש זה.

4.2 לא ניתן להצדיק את השימוש במערכת דרך הוראות חקיקה שונות

96. כאמור, החקיקה שמסמיכה את הרשות השלטונית לפגוע בזכויות יסוד צריכה להיות **מפורשת ברורה ומפורטת**, בעוד שבענייננו לא קיימת כל סמכות בחוק לשימוש שעשתה המשטרה במערכת ובסרטון שהופק תוך כדי שימוש זה. המשיבהגורסת אחרת, ומצהירה בזו הלשון כי השימוש המשטרתי במערכת נעשה בסמכות כבר היום.

97. בכל הכבוד הראוי, הוראות החוק שהמשיבה הפנתה אליהן בהליך שהתקיים בפני בית משפט קמא, לא מקנות סמכות לשימוש במערכת כפי שהמשטרה עושה כיום.

98. לטענת המשיבה, מקור סמכות המתיר למשטרה להשתמש במערכת ובתוצריה נמצא בסעיפים 3–5 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל”א–1971; לחלופין בסעיפים 18–19 לחוק הגנת הפרטיות; ולחלופי חלופין בסעיף 32 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ”ט–1969.

99. כפי שנראה להלן, כל מקורות הסמכות שאליהם מפנה המשיבה לא יכולים להקים למשטרה סמכות לעשות שימוש במערכת, בוודאי שלא במסגרת הליכים פליליים. עוד יוער כי תפיסת הסרטון אינה מהווה תפיסת חפץ כדין, אלא תיעודו של חיפוש וירטואלי שבוצע באופן לא חוקי.

100. כדי להצדיק את הפנייתה לדינים שאין להם כל קשר למערכת, טוענת המשיבה כי ניתן וצריך לפרש את דרישת ההסמכה באופן גמיש יותר ולא לדבוק באופן דווקני בלשון החוק. אלא שהפרשנות הגמישה לה טוענת המשיבה, לא רלוונטית לעניינו שכן פרשנות "גמישה" שכזו תתאפשר אך ורק כאשר הטעמים בבסיס הזכויות המוגנות אינם בעלי חשיבות חברתית גבוהה – **ולא כך הדבר בעניינו** (בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל (נבו 27.3.2016) (להלן: עניין מתווה הגז)).

101. נעמוד כעת על הוראות החוק השונות שבהן מנסה המשיבה למצוא סמכות.

פקודת המשטרה

102. טענתה המרכזית של המשיבה היא שהמערכת מופעלת בסמכות, שכן הפעלתה נועדה לאפשר למשטרת ישראל לבצע את ליבת התפקידים ומשימות המוטלים עליה מכוח סעיפים 3–4 לפקודת המשטרה.

103. בכל הכבוד, מדובר בטענה קפקאית, שגויה ומסוכנת.

104. הוראות החוק אליהן מפנה המשיבה אינן מקור סמכות ברור, מפורט ומפורש, והדבר עולה בבירור אפילו מכותרותיהן: "תפקידי המשטרה ו"סמכות כללית של שוטרים". אם תתקבל הטענה כי ניתן לשאוב מקור סמכות מסעיפים 3–4 לפקודת המשטרה – לא יהיה כל צורך בחקיקת חוקים אחרים כלשהם, שכן לא משנה מה תעשה המשטרה, היא תטען שהיא עושה זאת על מנת לבצע את תפקידיה ומשימותיה ולכן יש לה סמכות. ברור שלא לכך כיוון עקרון חוקיות המנהל.

105. בעת"ם (מנהליים ת"א) 45606/10/10 **איגוד האינטרנט הישראלי נ' ניצב שחר איילון** (נבו 2.4.2012), טענה המשטרה, כי מכוח סעיף 3 לפקודת המשטרה היא מוסמכת להורות לספקיות אינטרנט לחסום גישה לאתרי הימורים. בית המשפט המחוזי קבע כי מדובר בסעיף כללי, המגדיר את יעודה של המשטרה ומטרותיה ושאינו מקנה לה סמכות ספציפית להוציא את הצווים. שכן "אם נפרש את סעיף 3 באופן הזה, נמתח ללא כל גבול את סמכות המשטרה באופן שלא הולם משטר דמוקרטי. כל משטרה, באשר היא, תפקידה לעסוק במניעת עבירות ובגילויין, ואולם האמצעים שגורמי האכיפה רשאים להשתמש בהם יהיו לעולם מוגבלים, ועליהם להסתמך על הסמכה שבחוק" (שם, בפס' 29). בערעור על פסק הדין אישר בית המשפט העליון את הקביעה הזו: "הוראה זו, בסיסית וחשובה, אך מפאת כלליותה מקדמת אותנו אך במעט" (עע"ם 3782/12 **מפקד מחוז ת"א במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי**, פס' 18 לפסק הדין של כבוד השופט סולברג (נבו 24.3.2013) (להלן: עניין איגוד האינטרנט)).

106. כך גם בעניין **בן חיים**, שם קבעה כבוד השופטת ביניש, כי בסעיף 3 יש "הגדרה כללית של תפקידי המשטרה" וזו "מהווה את הבסיס לקביעת סמכויותיהם ותפקידיהם הפרטניים של השוטרים, הפזורים בהוראות חוק שונות" ובהמשך הוסיפה, כי "עצם העובדה ששוטר פועל לשם מטרות [המנויות בפקודת המשטרה] אינה מכשירה את חריגת השוטר מסמכויותיו, אך יש בה כדי להשפיע על פרשנות סמכויות אלה". בהתאם לכך פנתה כבוד השופטת לבחון סמכויות שעוגנו בחוקים אחרים (שם, בעמודים 305, 329 ו-339). עוד נקבע בעניין **טבקה**, כי סעיף 3 "הוא הבסיס לגדר באמצעותו את סמכויותיהם של שוטרים הפזורות בהוראות חוק שונות" (שם, בפס' 29 לפסק הדין של כבוד השופטת חיות). גם בעניין **ג'בארין**, נקבע כי "סעיף 3 לפקודת המשטרה אינו אלא סעיף כללי המגדיר את תפקידי המשטרה. אין בו מקור הסכמה עצמאי" (בג"ץ 5887/17 **ג'בארין נ' משטרת ישראל** (נבו 25.7.2017) (להלן: עניין ג'בארין)).

107. הנה כי כן, סעיף 3 לפקודת המשטרה משמש לכל היותר ככלי עזר פרשני, שיסייע לקבוע את היקף הסמכויות המעוגנות בדברי חקיקה אחרים, אך אינו מהווה מקור הסמכה עצמאי.

108. גם סעיף 4 לפקודת המשטרה הוא סעיף כללי שלא מקים סמכות לפעולות בעניינו. כפי שנקבע בעניין **ג'בארין**, סעיף 4 אינו עונה על דרישת ההסמכה המפורשת כאשר מדובר בפגיעה בזכויות יסוד, שכן הסעיף "מקנה סמכות לכל "שוטר", וממילא אין מקום להנחה שהמחוקק בחר להקנות סמכות כה רחבה בידיו של כל שוטר" (שם, בפס' 10).

109. בנוסף, סעיף 44 מסמיך שוטר, שעה **שמצא שקיים חשש ממשי לפגיעה חמורה**, להיכנס לכל מקום (סעיף 44(3)(א)) ולעשות כל פעולה (סעיף 44(3)(א)) הדרושה **באופן חיוני**. הסעיף כאמור, מתנה סמכותו של השוטר בכך שימצא שקיים חשש ממשי כדי שיוכל להיכנס למקום שהכניסה אליו דרושה באופן חיוני, וגם אז, כאשר נמצא אדם במקום, **על השוטר חובת זיהוי, הודעה ואזהרה טרם כניסתו**.

110. מעבר לכך שלא הייתה כל הזדהות, הודעה או אזהרה בעניינינו טרם הפעלת המערכת ובחינת המוקדנית את חלל הבית, לשיטתנו, סעיף 44 גם לא יכול להתקיים לאור דרישת הימצאות החשש הממשי, ונסביר. הטענה כי עצם הפעלת המערכת היא שמקימה את החשש הממשי, היא בגדר אבסורד, שכן לפיה כל פנייתו של אזרח למשטרה תקיים את דרישת החשש הממשי. הייתכן שעצם "הצלצול" למשטרה, בטרם נענה, ובטרם החל שיח או דיאלוג כלשהו עם פונה (או בעניינינו בטרם נפתחה המצלמה) הוא שמקיים את דרישת החוק כי "מצא השוטר חשש ממשי לפגיעה חמורה"? מסופקנו. ניתוח זה מבטל הלכה למעשה את הדרישה מהשוטר ואף מעביר אותה אל האזרח הפונה, ובכך מייתר את הדרישה שהשוטר (גורם האכיפה המוסמך) יפעיל את שיקול דעתו בנושא, מלכתחילה.

111. נביא בהקשר זה, את עניין **דענא**, שם השתמשה המשטרה במערכת המתעדת תנועותיהם של רכבים הנעים בכבישי הארץ, ללא מקור סמכות בחוק, ובעקבות שימוש זה עיכבה את הנאשם הנוהג לבדיקת רישיונות וגילתה שרישיונו פסול. שם, לא נפסלה פעולת עיכוב הנהג לבדיקת רישיונותיו שכן זו פעולה בסמכות אשר לא נדרש חשד סביר לביצוע עבירה כדי לקיימה. בשונה מעניין **דענא**, בעניינינו עצם השימוש בטכנולוגיה הוא שמקים את החשש שבגינו קמה הסמכות לכאורה, ולכן השימוש במערכת מעלה קושי אינהרנטי לביסוס החשש.

112. לשיטתנו, למשטרת ישראל **לכל היותר** סמכות לשלוח ניידת אל ביתה של ליאורה, ואינה מוסמכת לשימוש בפונקציות הפוגעניות במערכת – החל מצפייה בסרטון, דרך שמירתו במאגר מידע, ועד לשימוש בו כראיה נגד המערערים במסגרת ההליך הפלילי. קיים פער תהומי בין סמכות פעולה למניעת פשע לבין סמכות לחקירתו בדיעבד, אותו נדמה שהמשיבה שכחה. התייחסות לשני אלו כאחד, מעלה חשש שהמשטרה תוכל לעשות כל שיעלה על רוחה, בחסות ההצדקה של פעולה "למניעת פשע", בעוד שהמלחמה בפשיעה אינה חזות הכול.

113. על מנת שנעשה מלאכתנו שלמה, זה המקום לציין כי בעת האחרונה **עבר בקריאה שניה ושלישית חוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 40)**. כפי שנראה להלן, תיקון זה לא מהווה מקור סמכות בנסיבותינו. **אזרבה** – הוא מהווה ראיה מוצקת לכך שהמערכת בעניינינו אסורה לשימוש.

114. סעיף 10ב קובע כי "משטרת ישראל לא תציב, לא תתקשר ולא תפעיל 'מערכת צילום מיוחדת' ולא תעשה בה שימוש טכנולוגי, אלא בהתאם להוראות לפי פרק זה, ולאחר שנקבעו לגבי סוג מסוים של מערכת צילום תקנות לפי סעיף 10כג(א). שימוש טכנולוגי פורש כך "שמירת מידע, אחזור מידע, עיבוד מידע, בדיקת תמונה וזיהוי חד-ערכי של חפץ, בזמן אמת או בדיעבד". כידוע, המערכת בעניינינו קשורה בטבורה למחשבי המשטרה תוך שהיא עושה "שימוש טכנולוגי" בה. כפי שהוסבר בהרחבה לעיל, אין נפקא מינה שהצילום מצולם על ידי אזרחי ישראל, שמהווים, ללא ידיעתם, את זרועה הארוכה של המשטרה. כאמור, מדובר בנסיון של המשטרה לחמוק מהנורמות של המשפט הציבורי דרך התקשרות עם גוף פרטי שפיתח את האפליקציה.

115. סעיף 10ג(ב) קובע כי "מצלמה מיוחדת נייחת תופעל באופן המיועד לצלם מקום ציבורי [...] **ולא תצלם אדם כשהוא ברשות היחיד**". התיקון עוד קובע כי שימוש במערכות צילום תהיה למניעת פגיעה חמורה בביטחון הנפש או הרכוש ולמניעת עבירות פשע חמור בעת קיום חשש ממשי.

116. הנה כי כן, התיקון לפקודה בא ללמדנו שני דברים: ראישת אין סמכות מכללא או מה שהמשיבה מכנה "סמכות הצלה כללית", לבטח כשמדובר במרחב הפרטי – מה שנקרא "היא הנותנת". שנית, גם השימוש במרחב הציבורי מוגבל לעבירות חמורות בלבד – מה שנקרא "היא הנותנת".

117. לא למותר לציין כי ערעור זה אינו מתיימר לעסוק בחוקיות התיקון דנן – אשר ללא כל ספק מהווה סלע מחלוקת ומעלה עמדות אמביוולנטיות רבות. משימה זו תונח לעתיד לבוא. טוב יעשה בית המשפט הנכבד אם יבחן את התיקון לחוק דרך מסננת הביקורת השיפוטית. אך כאמור, בשלב זה, לא בכך עסקינן.

החריגים בחוק הגנת הפרטיות

118. בענייננו, המשיבה תולה את יהבה בסעיפים 18–19 לחוק הגנת הפרטיות, וגורסת כי הללו מהווים מקור סמכות. בכל הכבוד הראוי, יש לדחות את הטענה וזאת בשל הטעמים השונים להלן.

119. כפי שנכתב לעיל, השימוש במערכת פוגע בזכויות רבות כאשר בראשן ניצבת הזכות לפרטיות. להכל יודע כי מדובר בזכות יסוד, ועל כן אין מקום לקיצורי דרך בדמות "הנחת עבודה". אמת, "הגנות ופטורים שיש לגורמי השיטור והביטחון אינם מקימים, ואינם יכולים להקים מקור סמכות בדיעבד" (מיכאל בירנהק **פרטיות חוקתית** 399–400 (2023) (להלן: **פרטיות חוקתית**)). בית המשפט הנכבד הזה אף התייחס לכך בעניין **קצין התגמולים**, בקבעו כי הוראת סעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות מעניקה הגנה במקרה פרטי, בדיעבד, וכי "אין בה כדי להכשיר מראש מדיניות כללית של רשות מינהלית הכרוכה בפגיעה בפרטיות." (שם, בפס' 59 לפסק הדין של כבוד השופטת ברק ארז).

120. למעלה מן הנדרש, כדי שנעשה מלאכתינו שלמה, נתייחס לסעיפים עליהם מצביעה המשיבה ונראה מדוע בכל זאת אינם מהווים מקור סמכות לפעולת המשטרה.

121. סעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות מעניק הגנות על פגיעה בפרטיות בנסיבות מסוימות, תוך שהוא מכיר במספר חלופות. המשיבה טוענת כי פעולתה – הפוגעת עמוקות בפרטיות – חוסה תחת סעיף 18(2) משום שנעשתה "בתום לב". אמנם סעיף 18(2) אכן מונה מספר חלופות נסיבתיות שבהתקיימותן עשויה לקום הגנה לצד הפוגע, אולם אלו אינן מתקיימות בענייננו, וממילא "הגנות בחקיקה אינן יכולות להוות מקור סמכות" (הרדוף "דין פלילי בלתי מוסמך", בעמ' 394–396). נעמוד בקיצור נמרץ על החלופות הרלוונטיות לענייננו.

121.1. סעיף 18(2)(א) קובע כי "הפוגע לא ידע ולא היה עליו לדעת על אפשרות הפגיעה". כל בר דעת, וודאי גוף כגון המשטרה שתפקידו, בין היתר, הוא לשמור על חריות הפרט, יכול לדעת כי שימוש בתוצרי המערכת – אפליקציה חינוכית המופעלת בקלות מכל מקום לרבות ברשות היחיד – ללא קבלת הסכמה מהמצולמים עלולה לפגוע בפרטיות.

121.2. סעיף 18(2)(ב) קובע כי "הפגיעה נעשתה בנסיבות בהן על הפוגע היתה מוטלת חובה חוקית או מקצועית לעשותה", וסעיף 18(2)(ד) מספק הגנה אם "הפגיעה נעשתה כחלק מעיסוקו הרגיל של הפוגע". בנסיבות דנא, מוקדנית המשטרה סיימה את חובתה המקצועית **מיד לאחר שליחת ניידת לאירוע**. שמירת הסרטון במאגר וכן צפייה במתרחש לאחר סיום המאורע – אינן בגדר "עיסוק רגיל".

121.3. סעיף 18(2)(ג) מספק הגנה אם "הפגיעה נעשתה לשם הגנה על ענין אישי כשר של הפוגע". המשיבה נתלת בסעיף זה בטענה כי הפגיעה נעשתה לשם הגנה על עניינה האישי של יעל, אך לא היא הפוגעת בענייננו, ואפילו אם נייחס לה אחריות מזערית בפגיעה, ההגנה שבחוק תעמוד לה ולא למשטרה.

121.4. סעיף 18(3) מגן על הפוגע כשבפגיעה היה "עניין ציבורי המצדיק אותה בנסיבות העניין". הסיטואציה בענייננו אינה עניין ציבורי מיוחד המצדיק פגיעה בפרטיות. אדרבה, בת"א 4585/02/19 **נוה נ' שטייף** (נבו 2019.5.28) הושגו ראיות תוך פגיעה בפרטיות הנוגעות לשחיתות של בכיר במערכת המשפט – עניין בעל אופי ציבורי מובהק – אך לא התקבלה טענת ההגנה בדמות "עניין ציבורי".

121.5. בשולי הדברים נעיר כי המחוקק קבע בסעיף 18(2)(ה) הגנה למצבים של "פגיעה בדרך של צילום [...] שנעשתה ברשות הרבים". אולם באשר לפגיעה בדרך של צילום ברשות היחיד המחוקק שתק שתיקה רועמת. שתיקה זו לא מהווה לאקונה אלא הסדר שלילי מהדהד, שממנו אנו למדים על חומרת הפגיעה ברשות היחיד.

122. סעיף 19 על פי כותרתו, לשונו, ודברי ההסבר שנלוו לו, פוטר מאחריות רשויות ביטחון, לרבות המשטרה, "לגבי פגיעות שנעשו במסגרת תפקידן ולמען מילוי התפקיד כל עוד נעשו **בסבירות**" (דברי ההסבר לסעיף 7 – הסעיף המקביל לסעיף 19 בחוק – בהצעת חוק הגנת הפרטיות, תש"ס-1980 (הצעת חוק 1453, עמוד 210 (5.5.1980)).

123. הפטור המדובר נקבע בחוק הגנת הפרטיות ומתייחס ל"אחריות לפי חוק זה" בלבד, דהיינו, במקרה שבו רשות או מי מטעמה פגעו בפרטיות באופן המקיים עילה להגשת תביעה אזרחית או כתב אישום ותו לא (לפי סעיפים 4 ו-5 לחוק בהתאמה): "עניינה של הוראת סעיף 19 לחוק הגנת הפרטיות – אשר נחקק טרם כינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – הוא בשלילת עילת תביעה לפי חוק הגנת הפרטיות, ואין בו כדי להקנות למשטרה פטור גורף מפגיעה בזכות החוקתית לפרטיות" (עניין **טבקה**, פס' 33 לפסק הדין של כבוד השופטת חיות).

124. מעבר לזאת, גם לו היה הפטור שבסעיף 19 רלוונטי בענייננו, עדיין הוא "מותנה בכך שהמעשה שגרם לפגיעה בזכות הפרטיות נעשה בסמכות [...] ובכך שהפגיעה נעשתה באופן סביר במסגרת תפקידם" (שם). תנאים אלו אינם מתקיימים בענייננו, כאשר הפגיעה שהמערכת מסבה לזכויות היסוד אינה סבירה ואינה מידתית.

125. על כן, פעולת המשטרה הפוגעת כאמור בפרטיות ואינה חוסה תחת ההגנות והפטורים הקבועים בחוק.

4.3. נחיצות וצורך אינם תחליף לסמכות

126. טיעון המשיבה מתמקד בתועלות המערכת במקום במקור הסמכות החסר. כך, בניסיונה להצדיק את פעילותה המתמשכת של המערכת ללא חקיקה מסמיכה, מציינת המשיבה, כי השימוש במערכות טכנולוגיות חדשות שיש בהן כדי לשפר ולייעל באופן משמעותי את ביצוע תפקיד המשטרה, הוא חיוני ונדרש.

127. שוב ושוב מזהירה המשיבה מפני התוצאות הקשות שיגרמו ככל שבית המשפט הנכבד יורה לה לחדול משימוש במערכת, תוך שהיא מדגישה על תרומתה המשמעותית של המערכת, על היותה כלי רב חשיבות לגילוי חקר האמת נוכח המציאות במחוזותינו.

128. דא עקא, דווקא היכולות והאפשרויות האדירות שהמערכת מציעה (שעליהן איננו חולקים) הן שצריכות להדיר שינה מעיניו של כל שוחר דמוקרטיה, שמא נתעורר יום אחד למדינת משטרה (Police State) הנוהגת בזילות כלפי זכויות היסוד של אזרחיה. (השוו: עניין **בן מאיר**, פס' 37 לפסק הדין של כבוד השופטת חיות; ראו גם: אורי וולובלסקי "שימוש אזרחים בכטב"מים – אתגר חדש לזכות לפרטיות" **משפט ועסקים** יט 993 (2016)). בהקשר זה יפות ומתאימות אמירותיו החוזרות והנשנות של בית המשפט הנכבד כי "**צורך אינו מקור הסמכה**" (עניין **קצין התגמולים**, פס' 58 לפסק הדין של כבוד השופטת ברק-ארז. והשוו בג"ץ 5100/94 **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נג(4) 817 (1999)).

129. לא מכבר היטיבה לתאר זאת כבוד השופטת חיות בעניין **טבקה**:

"המשטרה טענה כי פעולות השיטור הנוספות, בדמותם של עזרים טכנולוגים, מהוות כלי חיוני בידי השוטרים לצורך מילוי תפקידם וכי התועלת הגלומה בהן [...] היא משמעותית. [...] עצם העובדה שסמכות כזו או אחרת עשויה לסייע למשטרה בשמירה על הסדר הציבורי, אין בה כדי להצדיק את השימוש בה – צורך אינו מקור סמכות". (שם, בפס' 29 לפסק הדין).

130. לכך התייחסה גם כבוד השופטת ברק ארז בעניין **איכוני השב"כ**:

"ייתכן למשל שהשימוש במידע גנטי היה יכול להרים תרומה נוספת למאבק בפשיעה אילו כל אזרחי המדינה היו נדרשים למסור דגימה למאגר כללי שישמש את המשטרה. אולם, מחשבה זו כלל אינה עולה על הדעת. ובצדק רב." (שם, בפס' 12 לפסק הדין; ראו גם זמיר **הסמכות המינהלית**, בעמ' 79–80).

131. גם אם יש הצעות חוק תלויות ועומדות, אין בהן כדי לשנות מהמסקנה המתחייבת כי בהיעדר הסמכה מפורשת בחוק, המשיבה אינה יכולה להשתמש בסרטון אשר הושג תוך שימוש במערכת Help Me שלא כדין, ואף מחויבת להפסיק לפגוע בזכויות הפרט באמצעות המערכת. להפך, הצעות החוק האלה מלמדות כי המצב החוקי הקיים לא מתיר למשטרה לעשות שימוש במערכת כלל.

4.4. פעולת המשטרה בענייננו מהווה חיפוש וירטואלי לא בסמכות ועל כן הסרטון נתפס שלא כדין

132. כאשר בוחנים לעומק את הפעולות שביצעה המשטרה בעניינם של המערערים באמצעות המערכת, דומה כי פעולות אלה מהוות למעשה מעין חיפוש (ווירטואלי) בביתו של אדם. כפי שנראה להלן, הדין המצוי אינו יכול להוות מקור סמכות עבור "חיפוש ווירטואלי" זה של המשטרה – גם לא דרך פרשנות מקיימת.

133. לפנינו מצב בו עיני המשטרה הלכה למעשה בתוך ביתה של ליאורה, בזמן אמת. כפי שמפרט סעיף 11 לתקנון המערכת: "מרגע הפעלת השידור, הפסקתו מותנית באישור מוקדן המשטרה מקבל הקריאה. האישור יינתן על בסיס שיקול דעתו הבלעדי בהתאם לנסיבות בשטח, ועל-פי מידת החשש לביטחון הפונה." כלומר, מרגע הפעלת המערכת, השליטה בשידור ביידי מוקדן המשטרה, הוא ולא אחר.

134. נדגיש כי כאשר המשטרה צופה אל תוך הבית, היא נחשפת לכל הסביבה ויכולה להיחשף למגוון פרטים נוספים, אשר אינם חלק מהאירוע ולא לשמם היא נקראה. נבקש מבית המשפט הנכבד לבחון חיפוש לפי מהות הפעולה, שכן פרשנות תכליתית של פעולת החיפוש תראה שמדובר בסיטואציה בה נכנס שוטר לביתו של החשוד ורואה את הנמצא שם ואת המתרחש, וכי בימינו אנו, חיפוש יכול להתבצע באמצעות עיני השוטר, וללא דריכת כף רגלו הפיזית בחלל הבית.

135. ניתן למצוא התייחסות של בית המשפט הנכבד לנושא בת"פ (שלום רמי) 12310/09/16 משטרת ישראל נ' סעאיזה (נבו 13.06.2019), שם נקבע כי שוטר אשר מסייר ובוחן היטב את חדרי הבית הפרטיים, גם כאשר לא נוגע או מזיז דבר, מבצע חיפוש לכל דבר ועניין. החיפוש התבצע לא כדין, לכן פסל בית המשפט את תוצרי החיפוש ואת הודעת הנאשמת במשטרה כראיה נגזרת לחיפוש.

136. בעניינו, המשטרה אימצה לעצמה טכניקה חדשנית שעוקפת את כל המנגנונים הקבועים בחוק – המאפשרת לה להיכנס לביתו של אדם ולבצע חיפוש ("ווירטואלי") בביתו. כך, הלכה למעשה – המשטרה, בחסות עדשת המצלמה חודרת באין מפריע למבצרו של האדם תוך שהיא עוקפת את כל החובות בדין ומשנה את התפיסה המסורתית ביחס לפעולת החיפוש.

137. סוגיה זו אמנם טרם הגיעה לפתחו של בית משפט נכבד זה, אך הפסיקה האמריקאית הכירה בשימוש במצלמות שמתעדות את פנים הבית כחיפוש וירטואלי, ועל כן חלים עליו כל הכללים של חיפוש. דברים אלו אינם נטענים על ידנו בעלמא, אלא מבוססים על שורה של פסקי דין מן המשפט המשווה:

137.1. בעניין **Kyllo**, בית המשפט העליון בארצות הברית בראשות כבוד השופט סקאליה, קבע כי שימוש במצלמה תרמית שסורקת חלקים מסוימים של הבית ומשקפת תמונה של פנים הבית, עולה כדי חיפוש (ווירטואלי) בתוך הבית. על-כן, קבע בית המשפט כי מדובר בחיפוש שלא כדין לפי התיקון הרביעי ופסל את הראיה, בזו הלשון:

" In the case of search inside the house – even if it is not physical but virtual due to technology – there is a ready criterion, with roots deep in the common law, of the minimal expectation of privacy that exists, and that is acknowledged to be reasonable. To withdraw protection of this minimum expectation would be to permit police technology to erode the privacy guaranteed by the Fourth Amendment".(Kyllo v. United States, 533 U.S. 27 (2001)).

137.2. השימוש במערכת בענייננו, בהתאם לנקבע על ידי כבוד השופט סקאליה חושף לעיני המשטרה פרטים אשר ללא המערכת – לא היו נחשפים בפניה אלא במצב של חיפוש פיזי. עצם העובדה שמוקדן המשטרה השיג את המידע על ידי צפייה בחלל הבית, היא שתעיד על התרחשות החיפוש. ואפילו כשמדובר במצלמה סטטית ולמשטרה אין יכולת להזיז את עיני המצלמה אלא רק לעצור אותה, זכותו של הפרט לשמירה על פרטיותו בביתו אינה תלויה בכמות או באיכות המידע שהתקבל, אם כי מדובר בזכותו "לבצר את ביתו מפני כל חדירה או חיפוש של הרשויות" (בתרגום חופשי). ראו זאת כלשונו:

"The Fourth Amendment's safeguarding of an individual's home has never been contingent upon the quality or quantity of the information received. Instead, it has consistently been upheld as the right of the individual to fortify their home against any intrusion or search by the authorities." (Kyllo, p. 537)

כבוד השופט סקאליה עומד על כך ששימוש בטכנולוגיה המאפשרת למשטרה לצפות אל תוך הבית, נחשב לחיפוש משטרתית.

137.3. בעניין Moore-Bush, בית המשפט במסצ'וסטס, ארצות הברית, קיבל את בקשת הנאשם לפסול צילומים של ביתו שצולמו במצלמת מעקב שהותקנה על ידי קציני אכיפת החוק על עמוד שירות סמוך. בניגוד לטענת המדינה, בית המשפט מצא כי שימוש המדינה במצלמת מעקב מהווה חיפוש ווירטואלי ואין זה משנה שהחיפוש אינו אקטיבי. מבחינת בית המשפט, יכולת המדינה לפקח על בית הנאשם מאפשרים לה לאסוף פרטים אינטימיים על חייו [United States v. Moore-Bush, 381 F. Supp. 3d 139, 141 (D. Mass. 2019)].

137.4. בעניין Toggle בית המשפט העליון בארצות הברית אישר קבלת ראיות שהושגו על ידי מצלמות רחוב שהתקינה המשטרה מחוץ לביתו של הנאשם. המצלמות תיעדו אירועים שחשופים לכל עין ולכן לא היה לנאשם ציפייה סבירה לפרטיות. אולם בית המשפט הדגיש כי שונים הם פני הדברים אילו היה מדובר במצלמות המשדרות תמונה של חלל הבית. במצב כזה חזר בית המשפט והדגיש כי ניתן לראות חיפוש וירטואלי ככזה שאינו מוגן תחת התיקון הרביעי לחוקה (United States v toggle (7th cir 2021), בעמוד 509).

138. טענת החיפוש נתמכת גם בכך שבמסגרת פעולת המשטרה נתפס הסרטון – שהוא חפץ שנועד לשמש את המשטרה במסגרת החקירה הפלילית. החוק בישראל מבחין בין חיפוש רגיל, חיפוש בחומר מחשב, איסוף נתוני תקשורת והאזנת סתר. חיפוש רגיל וחיפוש במחשב מוסדרים בפקודת סדר הדין הפלילי אשר מסדירה גם תפיסת חומר שנמצא בידי צד שלישי.

המסגרת הנורמטיבית בדין המצוי לעניין פעולת החיפוש

139. מקובל לחלק את פעולת החיפוש לשלושה מצבים שונים מבחינה פרוצדורלית:

139.1. הראשון המוכר הוא פנייה של נציג המדינה אל בית המשפט לצורך קבלת צו חיפוש (בהתאם לסעיף 24 לפקודת סדר הדין הפלילי).

139.2. מצב נוסף הוא חיפוש שנעשה על-ידי המשטרה, ללא צו חיפוש, וזאת בכפוף לאחת החלופות המנויות בסעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי.

139.3. המצב השלישי הוא חיפוש שנעשה על-ידי המשטרה, ללא צו חיפוש, ומבלי שמתקיימת אחת לפחות מבין החלופות המנויות בסעיף 25 לפקודה (למשל, מצב בו "הסכמה מדעת" המהווה תחליף ל"יסוד להניח", שעליו נעמוד להלן בפרק 4.6).

140. לשיטתנו, אף אחת מהדרכים הפרוצדורליות לעיל לא מתקיימת בנסיבותינו, ולא יכולה לשמש כמסגרת נורמטיבית מתאימה להכשרת הפרקטיקה של "חיפוש וירטואלי".

141. ויודגש: השימוש בסרטון שהופק מהמערכת אינו חוקי ואף שולל את חובת הפעלת שיקול-הדעת של המשטרה. המשטרה בדרך זו, מבצעת פעולה שהיא הלכה למעשה חיפוש, תוך פגיעה בלתי מיידתית בפרטיות, ללא צו שיפוטי או כל הסמכה אחרת בחוק.

142. נפנה לסעיפים הרלוונטיים בפקודת סדר הדין הפלילי לעניין חיפוש, ונראה כי אלו לא יכולים לשמש כמסגרת נורמטיבית להכשרת פעולת המשטרה בענייננו.

143. סעיף 24 לפקודה, מגדיר "סמכות לפי צו חיפוש" כדלקמן:

"(א) צו חיפוש ישמש אסמכתה לכל שוטר, או לאדם אחר שנקב השופט בצו, אם ראה שהנסיבות מחייבות לייפות לכך כוחו של אותו אדם –

(1) לערוך חיפוש בבית או במקום לפי האמור בצו החיפוש ולתפוס כל חפץ הנחזה כמתואר בצו ולעשות בו כאמור בצו;

(2) לעצור כל אדם הנמצא בבית או במקום ונחזה כמי שיש לו, או שהיתה לו, יד בעבירה שנעברה, או שמתכוונים לעבור, באותו חפץ או לגביו".

144. כמתחוויר מסעיף 24(א)(1) דרך המלך היא כי חיפוש בביתו של אדם יעשה לאחר שהתקבל צו חיפוש. אלא שבענייננו המשטרה, ללא קבלת צו שיפוטי, חדרה לביתה של ליאורה, ללא ידיעתה ולבטח ללא הסכמתה (כפי שיובהר בהרחבה בפרק 4.6 להלן).

145. לשיטתנו, אם בית המשפט יקבל ויכשיר דפוס פעולה זה; קרי שרק על בסיס מערכת Help me יכולה המשטרה לצפות במתרחש בביתו של אדם, ללא צו שיפוטי ייעודי, הדבר ירוקן מתוכן את דרישת המחוקק, לפיה דרך המלך של פעולת החיפוש צריכה להיות תחת דלת אמותיו של הצו השיפוטי המבוסס על ביקורת שיפוטית.

146. כך, למעשה, מתעורר החשש מפני מדרון חלקלק שבו קודם המשטרה תחדור לחלל מסוים (בענייננו: ביתה של ליאורה), ורק לאחר-מכן תפנה אל השופט לקבלת צו אשר יכשיר בדיעבד את החיפוש הלא חוקי. פרקטיקה פוגענית זו, תעקוף את הרשות השופטת (נותנת הצו) ותקנה הלכה למעשה סמכויות יתר למשטרת ישראל.

147. סעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי, מציב מנגנון באמצעותו יכולה המשטרה לבצע חיפוש ללא צו בבית – בהתקיים אחת מחלופותיו:

"(א) שוטר רשאי, בלא צו חיפוש, להיכנס ולחפש בכל בית או מקום אם –

(1) יש לשוטר יסוד להניח שמבצעים שם פשע, או שפשע בוצע שם זה מקרוב;

(2) תופש הבית או המקום פונה לעזרת המשטרה;

(3) אדם המצוי שם פונה לעזרת המשטרה ויש יסוד להניח שמבוצעת שם עבירה;

(4) "[..]".

148. לשיטתנו, סעיפים אלו אינם יכולים לחול בנסיבותינו ויש לקרוא אותם דרך המתודה הידועה בדבר "מקבילית הכוחות". ונסביר:

149. ביחס לסעיף 25(א)(1), עצם השימוש במערכת מבטל את דרישת הדין כי לשוטר – הוא ולא אחר – יהא "יסוד להניח" קיומו של פשע (השוו סעיף 71(א) (עיכוב כלי רכב לשם חיפוש) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו–1996), וזאת בשני אופנים:

149.1. פעם אחת, כאשר המערכת משמשת ככלי לגיבוש הרכיב של "יסוד להניח". נסביר: נניח כי לשוטר לא היה כל חשד או לכל היותר חשד ראשוני בלבד, שבמקום מסוים מתבצע פשע. או אז, השוטר עושה שימוש בסרטון המשודר מן המצלמה (המופעלת מרחוק באמצעות המערכת) לצורך גיבוש רכיב ה-"יסוד להניח" שמתבצע במקום מסוים פשע, וזאת על-מנת להכשיר את הראיות שייתפסו.

149.2. פעם שנייה, נראה כי האפליקציה מעבירה את הרכיב של "ייסוד להניח" אל האזרח, ובכך מונעת, הלכה למעשה, מהשוטר (נציג הרשות) להפעיל שיקול דעת – כך או כך המצלמה נפתחת ו"העיניים" של המשטרה מצויות כעת בתוך הבית מבלי שיש כל מדרג של מידתיות (בג"ץ 70/50 מיכלין נ' שר הבריאות, שר האספקה והקיצוב, פ"ד ד 319 (1950)).

149.3. לצורך ביסוס הטענה, ניטול כדרך משל את פסק הדין של בית המשפט העליון בארצות הברית בעניין **Jardin**, שם נקבע שהשימוש בכלב משטרה בפתח הבית של אדם מהווה חיפוש שלא כדין וזאת משום שהחשד הסביר גובש על ידי הכלב. עקב כך השופט סקאליה קבע כי יש לפסול את הראיה, ובלשונו:

"The police's use of trained dogs to investigate the house and its immediate vicinity is a 'search' within the meaning of the Fourth Amendment. The fact that the officers learned what they learned **only** by running a dog near Jardines' **is enough to establish that a search occurred** [...] **The evidences are fruit of an unconstitutional search** [...] [therefore] they are invalid" (Florida v. Jaradines, 569 U.S. 1 (2013)).

149.4. על רקע זה ברי, אפוא, כי הרכיב של "ייסוד להניח" אינו מתמלא אצל השוטר.

150. בנוסף, רכיב "היסוד להניח" לצורך חיפוש **מיוחס לעבירות מסוג פשע** (חוק העונשין: סיווג עבירות (תיקון מס' 39) תשנ"ד 1994). בנידון דידן, ליאורה לא תועדה מבצעת פשע אלא **עוון בלבד** (סעיף 379 לחוק העונשין, תשל"ז-1977). על כן, ממילא בעניינה של ליאורה לא ניתן היה להכשיר חיפוש וירטואלי ללא צו שכן מדובר בעבירת עוון.

151. **ביחס לסעיף 25(א)(2)**, הדורש כי תופש הבית יפנה לעזרת המשטרה בענייננו **לא תופש הבית (ליאורה) פנתה לעזרת המשטרה דרך המערכת**, ואף לא הייתה לה כל ידיעה שהמערכת הופעלה.

152. **ביחס לסעיף 25(א)(3)** – משום שמדובר "באדם שנמצא שם" (נאמר: צופה חיצוני או צד ג'), המחוקק דורש, **שוב**, כי הרשות המנהלית תוכיח שהתגבש הרכיב של "ייסוד להניח". במילים אחרות, המחוקק דורש שהרשות המנהלית **היא זו שתפעיל את שיקול דעתה** – לפני שזו מבצעת את פעולת החיפוש – ולא תקבל כל קריאה מצד ג' "ככזה ראה וקדש" בבחינת חיבור המצלמה למוקדנית המשטרה באופן מיידי. עוד נוסף, כי אמנם סעיף 25(א)(3) מדבר על כל עבירה – תהא אשר תהא – אולם אין הוא מבטל את הדרישה להפעלת שיקול דעת, רכיב שהמערכת מייטרת לחלוטין, ואף מעבירה אותו לצד ג'.

153. זאת ועוד. סעיף 26(א) לפקודת סדר הדין הפלילי קובע כי "חיפוש, בין על פי צו ובין שלא על פי צו, ייערך בפני שני עדים שאינם שוטרים". בענייננו אין חולק כי השוהים בדירה לא היו מודעים כלל לחיפוש וגם לא לפגיעה בפרטיות. מצב דברים זה משול למקרה בו המשטרה פורצת לבית של חשוד ללא צו חיפוש, מבלי שהוא נמצא בבית ומבלי שיש בבית גורם כלשהו. ברי כי פעולה כזו של המשטרה לא תהיה חוקית, ולכן גם חיפוש בשלט רחוק ללא כל מודעות של בעלי הבית ומבלי עדים הוא לא חוקי ופסול.

לא מדובר בתפיסת חפץ לפי סעיף 32 לחוק סדר הדין הפלילי

154. טענת המשיבה כי קבלת הסרטון בענייננו מהווה תפיסת חפץ בהתאם לסעיף 32 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש), התשכ"ט-1969, **שגויה מיסודה**, ונבהיר. **הסרטון שנתפס, הוא תולדה של החיפוש הוירטואלי**. ללא החיפוש – לא היה הסרטון, שכן זה, נוצר סימולטנית תוך כדי שמתבצע החיפוש. כאשר התחילה יעל את השידור הישיר למשטרה, עדיין לא קיים חפץ לתפוס, בעוד שהמוקדנית, הרואה את המתרחש דרך עיני המצלמה, מבצעת את החיפוש הוירטואלי, ופועלת. החפץ – קרי הסרטון, נוצר מעצם שמירתו על ידי המוקדנית, כתוצאה מהחיפוש.

155. לא מדובר בחפץ שהגיע לידי המשטרה, שכן המשטרה בענייננו מעורבת ביצירת הסרטון – הראיה. המשיבה טוענת כי יעל העבירה מרצונה את הסרטון למשטרה, אם כי הנדון לא דומה לראיה, שכן כאשר הפרט מגיש למשטרה סרטון שישמש כראיה, שיקול הדעת מלכתחילה האם להגיש אותו או לא, בידינו. זאת בעוד שבענייננו, ההגשה (לכאורה)

של הראיה אליה טוענת המשיבה, אינה נתונה לשיקול דעתה של יעל כלל, אלא מתרחשת אוטומטית עם הפעלת האפליקציה. לא מדובר באזרח הפונה מיוזמתו למשטרה במטרה למסור דבר מה כראיה, ואף יותר מסביר להניח כי אם שיקול הדעת היה נותר בידיה של יעל לאחר האירועים, לא הייתה פונה למשטרה עם הסרטון מלכתחילה.

156. אין מחלוקת כי כל סרטון באשר הוא נכנס בגדר הגדרת "חפץ" בדין. עם זאת, בענייננו כאמור לא מדובר בחפץ שנמסר למשטרה, אלא בכזה שנוצר תוך כדי **ובמסגרת חיפוש שלא כדין**. שכן החפץ, נוצר כאשר נשמר הסרטון במאגר המשטרה, ולא היה קיים לפני כן. לפיכך, מדובר בחפץ שהושג שלא כדין – כתוצאה מחיפוש לא חוקי.

157. סעיף 32 לפקודת סדר הדין הפלילי 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". החוק אם כן, בדומה לסעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי, מציב בפני השוטר דרישת יסוד להניח. סעיף 32, אינו יכולים לחול, שכן בדומה למצב המתואר בסעיף 25 (לעיל בפס' 147-152), לא ניתן לומר שמתגבש אצל השוטר יסוד להניח לביצוע העבירה, מעצם "צלצול טלפון המוקד".

158. סוף דבר ועיקרו: מן האמור עולה כי "החיפוש הוירטואלי" שביצעה משטרת ישראל בביתה של יעל, נעשה שלא כדין בניגוד להוראות פקודת סדר הדין הפלילי. בנסיבות אלה, גם החפץ שנתפס על ידי משטרת ישראל בעקבות החיפוש הלא חוקי, קרי הסרטון, נתפס שלא כדין, וכפי שיפורט בפרק הבא – יש לקבוע כי הם אינו קביל בעניינם של המערערים.

159. לחתימת חלק זה נאמר שהביטוי "דע מה למעלה ממה, עין רואה ואין שומעת, וכל מעשיו בספר נכתבין", שהיה אלגוריה לכוחות אלוהים, הפך היום למציאות מקובלת בה עיני המשטרה עשויות להימצא בכל מקום וזמן (משנה אבות ב, א).

4.5 פעולת המשטרה אינה בסמכות גם לאור רוח הוראות חוק האזנת סתר

160. בטרם נצלול לגופו של עניין נזכיר כי בנסיבות דנא הסרטון שנתפס על ידי המשטרה באמצעות המערכת כולל גם סאונד; קרי, את השיח בין שלום וליאורה למתלוננת.

161. סעיף 1 לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979, מגדיר:

"האזנה" – האזנה לשיחת הזולת, קליטה או העתקה של שיחת הזולת, והכל באמצעות מכשיר;

"האזנת סתר" – האזנה ללא הסכמה של אף אחד מבעלי השיחה".

162. עיון בפסיקה וכן בדיוני ועדת החקירה הפרלמנטרית לחקר האזנות סתר, מס' 00416809 26.1.2009, מעלה כי חוק האזנות סתר אינו חל על סרטונים.

163. כך, בת"פ (מחוזי ב"ש) 50074/03/13 **מדינת ישראל נ' אדגה** (נבו 24.3.2014) (להלן: עניין **אדגה**) קבע בית המשפט המחוזי כי צילום וידאו של מצלמת אבטחה בחנות לא יהווה "האזנת סתר". נקבע כי האזנת סתר היא רק מה שבבחינת דיבור, ובית המשפט סרב לקבל כראיה את התיעוד הקולי הנלווה לסרטון, בהיותו "האזנת סתר" שאינה מותרת. במילים אחרות, בית המשפט מפריד בין הקול לבין התיעוד החזותי שבסרטון. מסקנה זו נלמדת גם מסיכומי דיוני ועדת החקירה הפרלמנטרית לחקר האזנות סתר, שם נקבע, בין היתר, כי עיון בהודעות SMS במכשיר הטלפון הסלולארי אינו בגדר האזנת סתר.

164. גם בסעיף 7.4(ו) להנחיות פרקליטות המדינה – הקשבה או עיון בהאזנת סתר שלא כדין ושימוש בה כראיה במשפט, ניתנה הדעת על מקרה של צילום סתר בווידיאו הכולל גם הקלטה קולית:

"במקרה של צילום סתר בווידיאו, הכולל גם הקלטה קולית, ניתן לשקול האם יש אפשרות להסתפק בצילום הסתר הוויזואלי בלבד ללא הקלטת הקול, כך שלמעשה לא יידרש היתר להקשבה ולעיון לפי

סעיף 22 לחוק האזנת סתר. במקרה כזה הצילום ייבחן לאורן של הוראות חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א – 1981, באשר לקיומן של הגנות למבצע צילום הסתר ובאשר לקבילותה של הראיה שהושגה תוך פגיעה בפרטיות.

165. על רקע זה, נראה כי קיים קושי לקבוע שהסרטון שהנפיקה המשטרה באמצעות המערכת מהווה האזנת סתר. ועדיין, לשיטתנו המשטרה לא יכולה ליהנות מן ההפקר ולטעון כי ללא חקיקה – לא חלה עליה כל מגבלה. **נבקש להציע לבית המשפט הנכבד לבחון בענייננו את הסמכות הדומה ביותר – האזנת סתר שהיא לשמע בלבד.**

166. חוק האזנת סתר, במהותו, נועד לאזן בין הזכות לפרטיות מזה ובטחון החברה מזה על ידי יצירת מנגנון המגדיר פרוצדורה מסודרת שרק דרכה ניתן לפגוע בזכויות הפרט ולבצע האזנת סתר (השוו): דברי ההסבר להצעת חוק האזנת סתר, התשל"ח-1978, ה"ח 1361).

167. החוק קובע כללים מפורשים מתי ניתן להאזין בסתר לאזרח. כך, למשל, חוק האזנת סתר דורש אישור בית המשפט, לפי בקשת קצין משטרה מוסמך, לביצוע האזנת סתר לאור הפגיעה בזכויות הפרט המתוארת לעיל. ואפילו אם ניתן היתר, הוא מוגבל, ובית המשפט נוטה להגביל את היקף ההאזנה ככל שניתן בהתאם לצורכי החקירה המשטרית, לרבות הגבלה של האזנות לאדם ספציפי ולתקופה נקובה. בנוסף לכך, המנגנון של האזנות סתר שמבוצעות על-ידי המשטרה כפוף לפיקוח היועץ המשפטי לממשלה, הוועדה לביטחון לאומי, וועדת החוקה, אשר להן המשטרה מגישה דין וחשבון על ההיתרים שניתנו להאזנות (ראו סעיף 6 לחוק האזנת סתר).

168. לאור האמור לעיל, נקל להיווכח כי האזנת סתר כדין היא פעולה הכפופה למסכת אישורים משמעותית. יוער כי החוק מציב מחסומים (דיוניים ומהותיים) גבוהים יותר כאשר מדובר בהאזנות ברשות היחיד (ראו לעניין זה אלכס שטיין, "הערות לחקיקה האזנת סתר ומעקבים אלקטרוניים נסתרים כאמצעים לקידומה של חקירה פלילית ובטחונית", **משפטים** יד 527, 533 (1985)). כאשר דובר על סרטון המכיל גם אודיו – ונדגיש: סרטון אשר צולם ברשות רבים וללא ידיעת המצולמים – בית המשפט סירב לקבל את ההקלטה הקולית, בעוד שאת הסרטון הוא הכשיר (השוו, בין רבים, עניין **אדגה**; עת"ם (מנהליים חי') 16238/07/22 **הצלחה** – **לקידום חברה הוגנת נ' קריית הספורט והבילוי חיפה בע"מ** (נבו 26.12.2022)).

169. אולם שונים הם פני הדברים כאשר עסקינן בסרטון סתר **ברשות היחיד** בו **המצולם הוא לא אחר מבעל הבית** – היינו, ליאורה. במצב מעין זה, **הפגיעה בפרטיות חמורה ופולשנית אף יותר מהפגיעה שבהאזנה לשיח אותה נועד לאזן** חוק האזנת סתר. כפי שמסביר הרדוף, "בנבדל מהאזנת סתר, צילום סתר משטרתי ברשות היחיד אינו פעולה שהמשטרה מוסמכת לבצע, ואינו פעולה שבית המשפט מוסמך לאשר למשטרה לבצע." (הרדוף "דין פלילי בלתי מוסמך", בעמ' 394–395)

170. אם אלה הכללים שקבועים להאזנת סתר שהיא שמע בלבד, אשר מפרה באופן בוטה את זכויות הפרט, יש להחיל לכל הפחות כללים אלה, ולטעמינו כללים נוקשים יותר, על תיעוד סתר שכולל לא רק סאונד אלא גם ווידאו. גם אם סרטון אינו נכנס בצורה מהודקת תחת הגדרת האזנת סתר, מדובר בפגיעה חמורה יותר, שכן כאן נוסף להאזנה לשיח (בה דן חוק האזנות סתר), מתקיימת "**האזנה ויזואלית**" – **לא רק שמיעה אלא גם צפייה** במתרחש דרך הסרטון. על אחת כמה וכמה שבמקרה כזה יידרש היתר ספציפי ומפורש – לכל הפחות בדומה לזה הנדרש מכוח חוק האזנות סתר, כאשר לא זה ולא זה התקבלו בענייננו. אין מחלוקת שלא התקבל צו של נשיא מחוזי ובכלל לא היה חשד לביצוע עבירת פשע. לכן, ניתן לומר גם משיקולים מהותיים כי המשטרה חרגה משמעותית מכל הסמכה שאי פעם תוענק לה.

4.6. הסכמה מדעת כמקור סמכות

171. אף לא ניתן להכשיר שימוש בסרטון כראיה במשפט הפלילי מכוח הסכמה לכאורה של המערערים. בענייננו, סוגיית ההסכמה מדעת רלוונטית לשני רבדים – החיפוש הווירטואלי והפגיעה בפרטיות. בחלק זה נראה תחילה שלא הייתה כל הסכמה מדעת שמכשירה את החיפוש הווירטואלי והשימוש בסרטון כראיה במשפט הפלילי, של אף אחד מהמערערים. לאחר מכן, נראה שגם לא הייתה הסכמה מדעת לפגיעה בפרטיות בניגוד לסעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות.

172. השאלה מה תחשב הסכמה מדעת נדונה בהרחבה במסגרת עניין **בן חיים**. שם, בחן בית המשפט הנכבד האם הסכמת הפרט תשמש כמקור סמכות לביצוע חיפוש על גופו או בביתו של אדם, בהיעדר מקור סמכות אחר. נקבע כי הסכמה מדעת של האדם מושא החיפוש עשויה להכשיר חיפוש שאין לו מקור סמכות בדין ולהרחיב את פרשנות החלופות המנויות בסעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי, בתנאי שאותה הסכמה תהיה הסכמת אמת מודעת ורצונית (עניין **בן חיים**, פס' 31 של כבוד השופטת חיות).

173. במסגרת פסק הדין, מגדירה כבוד השופטת בייניש בקווים כלליים, כיצד יש לבחון הסכמה מדעת לחיפוש:

"הסכמה מדעת; היינו, הסכמה הניתנת תוך מודעות של האדם מושא החיפוש **לזכותו לסרב לביצוע החיפוש, ולכך שהסירוב לא ייזקף לחובתו** [...] נוכח פערי הכוחות האינהרנטיים הטמונים ביחסים שבין המשטרה לאזרחים אין די בכך שהאדם מושא החיפוש מתבקש ליתן את הסכמתו לביצוע החיפוש כדי שהוא יידע כי נתונה לו הזכות לסרב לביצוע החיפוש וכדי שהסכמתו לביצוע החיפוש תיחשב להסכמה מדעת" (**שם**, בפס' 26–27 לפסק הדין).

174. אם כן, הפסיקה קבעה שכדי לייחס לאדם הסכמה מדעת לעריכת חיפוש משטרתי נדרשים שלושה תנאים. ראשית, נדרשת הסכמתו של מושא החיפוש לעריכת החיפוש, אך לא די בכך. נדרש בנוסף להבהיר לאדם במפורש שנתונה לו הזכות לסרב לביצוע החיפוש, ושסירוב כאמור לא ישמש כנגדו.

175. בענייננו, הסרטון כאמור מהווה חיפוש ווירטואלי **בביתה של ליאורה** (ולא של יעל). בהתאם לנקבע בעניין **בן חיים**, בהעדר עילה חוקית לעריכת החיפוש בביתה של ליאורה, נדרשת הסכמתה מדעת. כפי שפירטנו לעיל בהרחבה, למשטרה לא היה כל מקור סמכות לבצע את החיפוש הווירטואלי, ואין חולק על כך שליאורה, בעלת הבית, לא הייתה מודעת להפעלת המערכת. לא ניתן לייחס לליאורה שום הסכמה, ובוודאי שלא הסכמה מדעת שכן לא יכולים להתקיים התנאים שהתוותה ההלכה בעניין **בן חיים**, **מקום בו ליאורה אינה מודעת לחיפוש כלל**. המערכת לא מותקנת במכשיר של ליאורה, לא היא שאישרה את תקנון השימוש, והיא לא מודעת לכך שיעל הפעילה אותה ולמשמעות הפעלה זו.

176. אפילו אם נייחס ליעל הסכמה מדעת לביצוע החיפוש (ולא היא), מדובר בהסכמה שהיא לא רשאית לתת, שכן אין לה את הסמכות והרשות להסכים לחיפוש ווירטואלי שנעשה בביתה של ליאורה. בית המשפט הכיר בכך שלצורך כניסת גורמי אכיפה לחפש בביתו של אדם **נדרשת הסכמה מדעת של בעל המקום, בעוד שלא ניתן להסתפק בהסכמת אדם אחר שנמצא (בהיתר) בבית**. כך למשל, בעניין **בן משיח** קבע בית הדין האזורי לעבודה כי מפקחי רשות האוכלוסין וההגירה ערכו חיפוש שלא כדין, שכן ביקשו רשות כניסה לבית מהעובדת הפיליפינית ולא מבעלת הבית, ולפיכך יש לפסול את הראיות שהושגו בעקבות חקירתם, לרבות הראיות החפציות. בית המשפט מתייחס בפסיקתו גם לע"פ (ארצי) 46908/05/15 **מדינת ישראל נ' שמגר** (נבו 26.11.2017) שם הסכמת העובדת ששהתה בנכס לא הייתה הסכמה מדעת ולכן לא הוכרע האם ניתן להסתפק בהסכמתו של אחר, אך הובעה הדעה כי רק מי שזו "רשות היחיד" שלו יכול להסכים לכניסת הפקחים לנכס, בעוד שהסכמתו של אדם אחר המצוי בנכס ואינו נמנה עם הבעלים או המחזיקים של המקום, לא מקימה סמכות כניסה לבית (**שם**, בפס' 35). לא זו אף זו, שכן גם ליעל לא ניתן לייחס **הסכמה מדעת** לחיפוש. במהלך השימוש באפליקציה אין כל הבהרה שמתבצע חיפוש שיכול לשמש בהליך הפלילי, שנתונה למשתמש הזכות לסרב לחיפוש, ושסירוב לא יכול לשמש כנגדו. לפיכך, ובהתאם לעניין **בן חיים**, בכל מקרה לא ניתן לייחס הסכמה לתקנון האפליקציה כהסכמה מדעת לחיפוש הווירטואלי בבית.

177. ראוי לציין כי בעניין **בן חיים** כבוד השופט דנציגר בדעת מיעוט סבר כי אפילו הסכמה מדעת **לא יכולה** לאפשר סמכות לחיפוש, כאשר אין לכך מקור בחוק, בזו הלשון:

"סבורני כי ניתוח השאלה [שאלת הסכמתו של אדם לעריכת חיפוש כמקור הסמכה] במושגים של הזכות לפרטיות וזכותו של אדם לוותר על פרטיותו אינו רלוונטי בשים לב לדרישות הנגזרות בנסיבות העניין מעקרון חוקיות המנהל, לפיו כל מה שלא הוסמכה הרשות לעשות הרי שאינה מוסמכת לעשותו

(זאת גם בהינתן הסכמה). גם אם אדם מוותר על פרטיותו הרי שהויתור כשלעצמו אינו מקים מקור הסמכה סטטוטורי כמתחייב מעקרון חוקיות המנהל. " (שם, בפס' 3).

178. לעמדתו של כבוד השופט דנציגר התייחסה הסנגוריה הציבורית בעמדתה שהובאה ברע"פ 9446/16 ביחס לחדירה לטלפון על בסיס הסכמה מדעת בלבד (להלן: **עמדת הסנגוריה**). שם, עמדה הסנגוריה על כך שלרשויות החקירה אין סמכות לבצע חיפוש במכשיר סלולארי (חיפוש בחומר מחשב, אשר לא מתקיים בענייננו) בהתבסס על הסכמת הנחקר בהיעדר צו שיפוטי, שכן מדובר בהסמכה "שבלעדיה רשויות החקירה אינן יכולות לבצע חיפוש כלל ועיקר, אלא אם כן יינתן צו שיפוטי" (שם, בפס' 41). הסנגוריה הציבורית אף סברה כי יש לבחון מחדש את הלכת **בן חיים** תוך אימוץ דעת המיעוט של כבוד השופט דנציגר, שכן לשיטתה לא ניתן לפגוע בזכות חוקתית ללא הסמכה מפורשת בחוק או על פי חוק, בעוד שלפרט אליו פונה השוטר בבקשה לבצע חיפוש כלל לא נתונה אוטונומיה לסרב לחיפוש (שם, בפס' 45).

179. לשיטתנו, אפילו אם הייתה בתקנון האפליקציה התייחסות לכך שהפעלת האפליקציה והנתונים שיאספו כתוצאה ממנה יכולים לשמש כראיה בהליך הפלילי, התייחסות כזו לא מספקת את דרישת ההסכמה מדעת, ויש צורך בהבהרות ברורות יותר, דוגמת התראה בולטת שתופיע על המסך בעת השימוש באפליקציה, אותה לא ניתן להסיר ללא לחיצה על כפתור ההסכמה – בזמן אמת, בכל פעם שמופעלת האפליקציה, ולא באופן חד פעמי בשעת התקנתה על מכשיר הטלפון.

180. בענייננו אם כך, לא הייתה הסכמה מדעת של המערערים לצילום – ומשכך לחיפוש. ככלל, כל מצולם שאינו בעל הטלפון ש"לחץ על הכפתור" – אינו מודע לצילום, ובוודאי שלא נתן הסכמה מדעת לכך. האפליקציה מתעדת אנשים שלא הסכימו להצטלם, לרוב לא יודעים שהם מצולמים ובהכרח לא יודעים אם באפשרותם לסרב להצטלם. בשום שלב, לא ניתן למערערים הסבר על ביצוע החיפוש הווירטואלי או על אפשרותם לא להשתתף בו, והדבר התבצע בעל כורכם.

181. ניתן לראות את חומרת הפגיעה בצדדים שלישיים גם דרך אנאלוגיה לעמדת הסנגוריה לעניין חיפוש במכשיר סלולארי, אשר פוגע לא רק בזכות הפרטיות של הנחקר עצמו, אם כי בזכותם לפרטיות של צדדים שלישיים רבים. גם אם נניח כי פלוני יכול לוותר על זכותו לפרטיות באופן חופשי ומושכל (אם כי עמדת הסנגוריה אינה סבורה שכך), עדיין אין הוא יכול לוותר על זכותה של אלמונית המופיעה בתמונות במכשירו הסלולארי (שם, בפס' 109).

182. גם אם נצמד בשביל אותו סללה המשיבה – כי לא מדובר בחיפוש וירטואלי ועל כן אין צורך בהסכמה מדעת בהתאם להלכת בן חיים – **ממילא החתימה על תקנון השימוש במערכת לא מהווה הסכמה לפגיעה בפרטיות המערערים ולשימוש שהתבצע בסרטון בפועל.**

183. עקרון ההסכמה הוא חלק בלתי נפרד מדיני הפרטיות, לפיו לפרט צריכה להיות יכולת לשלוט בחשיפת המידע האישי שלו. ככלל לעניין הסכמתו של פלוני בעניין זה, נדרש שתהא הסכמה מדעת.

184. כך למשל, סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות קובע כי "אדם לא יפגע בפרטיות זולתו ללא הסכמתו". סעיף 3 מגדיר הסכמה כ-"הסכמה מדעת, במפורש או מכללא", כאשר המונח "מדעת" נוסף במסגרת תיקון 9 לחוק, ביוני 2007. כלומר, **בהתקיים פגיעה בפרטיות בהתאם לסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות, ובהיעדר הסכמה מדעת, מדובר בפגיעה בפרטיות שאינה מותרת בחוק.**

185. ניתן למצוא דרישה להסכמה מדעת גם בדינים אחרים בהקשרים של פרטיות: כך, במסגרת דיני החוזים נמצא דרישה להסכמה מדעת במקרים של וויתורי פרטיות הנעשים במסגרת חוזית (למשל בעת השתתפות בראיון, בלקיחת תמונה או בפרסום מידע אישי); וגם בדיני הנזיקין, לדוגמה בתביעה לרשלנות רפואית, או-אז לרופא תעמוד הגנה אם המטופל נתן הסכמה מדעת לקיום ההליך (ראו סעיף 13 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996).

186. ניתן לומר שמשמעותה של ההסכמה מדעת לחשיפת מידע במסגרת דיני הפרטיות היא "**שבידי האדם שנתונה לו זכות לפרטיות (מושא המידע) היה המידע הדרוש לו באורח סביר כדי להחליט אם להסכים למסירת המידע**

ולשימושים שייעשו בו, ובכלל זה להעברתו לצדדים שלישיים." (מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" משפט וממשל יא 9, 50 (התשס"ח)).

187. בהתאם ללשון החוק, כדי להתיר את הפגיעה האסורה בפרטיות נדרשת הסכמה של הפרט שפרטיותו נפגעת. בית המשפט מתייחס לכך בעת"מ (מחוזי ת"א) 28857/06/17 עמותת חברות הסייעוד נ' משרד הבטחון (נבו 1.7.2019). שם, נדונה פגיעה בפרטיות של נכי צה"ל דרך חשיפת נתוני מיקום שלהם בניגוד להסכמתם. כבוד השופטת אגמון גונן קבעה כי ארגון נכי צה"ל לא יכול להסכים לפגיעה בפרטיות שבחשיפת פרטי המיקום של חבריו, כאשר אלו מתנגדים לכך בתוקף (שם, בפס' 16.6). השופטת אגמון גונן מתייחסת לכך ש"חשיפת מידע לגבי אדם, שלא מרצונו וללא הסכמתו, ומבלי שחושף המידע מוסמך לעשות כן בחוק" מהווה פגיעה חוקתית בפרטיות (שם, בפס' 16.5)

188. הפעלת המערכת, פוגעת בפרטיותם של כל אותם צדדים שלישיים הנתפסים בעדשת המצלמה ללא ידיעתם, ואין ספק כי לא ניתנה הסכמתם לפגיעה זו, שיתכן ואינם מודעים לכך שהתרחשה. לא ניתן לייחס הסכמה לשמירת הסרטון במאגר משטרת, או לאפשרות להשתמש בו כראיה במשפט הפלילי לשלום וליאורה, המערערים שפרטיותם נפגעה, אשר מעולם לא פגשו בתקנון האפליקציה ולא ידעו על קיומה או על הפעלתה והתיעוד בתוך ביתם, ואף אין בהסכמה של משתמש האפליקציה (בענייננו יעל) להתיר פגיעה שכזו באחר.

189. לשיטתנו, לא ניתן לייחס לאדם החותם על תקנון המערכת הסכמה לכלל השימוש בה.

190. נדגיש כי התקנון לא כלל כל מידע או הסכמה לשמירת הסרטון במאגר מידע משטרת או לשימוש בסרטון בהליכים פליליים. לפיכך, לא ניתן לייחס ליעל משתמשת האפליקציה הסכמה לשמירת הסרטון במאגר משטרת, או לאפשרות להשתמש בסרטון שנועד לקרוא לעזרה, כראיה במשפט לאחר מכן.

191. גם אם נמצא סעיף דומה בתקנון, יש להתייחס לתקנון המפרט את תנאי השימוש באפליקציה כאל חוזה אחיד, וכידוע בחוזים שכאלו קיימים פערי כוחות גדולים בין מנסחו לצרכן החותם עליו (ראו, למשל, רע"א 5860/16 Facebook Inc נ' בן חמו, פס' 22 (נבו 31.5.2018)). ההנחה הרווחת היא שבחוזים אחידים דוגמת אלו, הצרכנים אינם קוראים את התנאים לעומק, לכן לא ניתן לייחס למשתמש שחתם על התקנון הסכמה לכל מאפייני האפליקציה המפורטים בו.

192. נוסף כי גם פעולת המשטרה בכל הקשור לקבלת הנתונים מהאפליקציה לא חפה מקשיים. המשטרה, שמקבלת מידע אישי מגורם פרטי לא יכולה להתעלם מהקשיים שיש בקבלת הסכמה לכאורה על דרך אישור תקנון שימוש ותו לא. מאחר שהרשות כפופה לנורמות של המשפט הציבורי, עליה לבחון בעצמה את ההסכמה שנתן הפרט לאפליקציית Help Me והיא אינה יכולה לסמוך על הצהרה כללית של הגוף הפרטי שלפיה העברת הסרטון אליה נעשית כדין (השוו סעיף 11 לחוק הגנת הפרטיות, המגדיר חובות למבקש מידע לשם החזקתו או שימוש בו במאגר). הרשות צריכה לוודא שההודעה מפורטת דיה, ובו-זמנית ברורה ונגישה; באחריות המשטרה לוודא שההסכמה היא מדעת ומרצון במהותה ובצורתה (שם).

193. העובדה שהמערכת נוצרה על ידי חברה פרטית והופעלה על ידי אדם פרטי, אינה פוטרת את הרשות הציבורית מחובותיה. די בכך שהמשטרה קיבלה את המידע, ועשתה בו שימוש כדי להחיל את הנורמות המחמירות יותר של המשפט הציבורי, נוסף לנורמות של המשפט הפרטי, על זרימת המידע (בירנהק – פרטיות בעיר דיגיטלית)).

194. ויובהר: יעל משתמשת האפליקציה גם לא הסכימה מעולם לשימוש בסרטון לאחר מכן, כראיה בהליך הפלילי.

195. אפילו אם ניתנה הסכמתו של פלוני לפגיעה בפרטיותו (ולא כך שכן פרטיותם של שלום וליאורה היא זו שנפגעה), מדובר בהסכמה מוגבלת בזמן, שניתנת למטרה מסויימת, ובכל מקרה עומדת לו האפשרות לחזור בו מהסכמתו. בתי המשפט מכירים באפשרות לחזור מהסכמה כאשר מדובר בפגיעה בפרטיות, במיוחד במקרה של פגיעה בצנעת הפרט (ראו למשל ת"א (שלום חיפה) 24285/09/14 פורטל נ' זוננשטיין, פס' 35 (נבו 1.8.2016); וגם ת"א (שלום הר"י)

21945/07/14 **פלוני נ' סמל** (נבו 31.1.2016), שם נקבע כי גם אם אדם הסכים לפרסום תמונות במועד צילומן הסכמתו לא מאפשרת את פרסום התמונות ללא מגבלת זמן).

196. הסכמתו של משתמש האפליקציה ניתנת **לזמן מוגבל**, לשידור בזמן אמת של האירוע, ולא לשמירתו במאגר משטרתי לשימושים עתידיים, ובוודאי שלא עבור התביעה. בית המשפט מכיר בכך שהסכמה לפגיעה בפרטיות באמצעות תמונות יכולה להינתן **למטרה מסוימת**, וכאשר מטרה זו אינה עומדת יותר, אין הצדקה או היתר לפגיעה (ראו ת"פ (שלום קר') 19692/07/21 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פס"כ 28 (נבו 28.04.2022)). לפיכך, לאחר שהמוקדנית מקבלת הפנייה קוראת לניידת משטרה לזירת האירוע, תמה המטרה לשמה נוצרה הפנייה, ופגה הסכמת המשתמש לכל שימוש נוסף בסרטון שהופק.

197. **להסכמה מדעת בדיני הפרטיות יש אלמנטים ייחודיים**, לרוב מדובר בהסכמה חד צדדית המוגבלת בזמן ואדם רשאי לחזור בו מהסכמתו בנסיבות מסוימות. לפי הפסיקה, כשמדובר בהסכמה חד-צדדית בה רק צד אחד מוותר על פרטיותו ללא תמורה (לעומת הסכמה דו-צדדית) ניטה יותר לקבל חזרה מהסכמה (ע"א 8954/11 **פלוני נ' פלונית**, פ"ד סו(3) 691 (2014)). לפיכך ניתן לראות את החשיבות הרבה שמייחסים בתי המשפט לשמירה על הזכות לפרטיות, בכך שלא מתירים פגיעה בה אפילו אם התקבלה הסכמת הפרט לפגיעה במועד מסויים, שכן הסכמה זו אינה תקפה ללא הגבלת זמן. נזכיר שבענייננו כלל לא התקבלה הסכמה של שלום וליאורה שתיעוד שלהם ישמר במאגר מידע וישמש בעתיד לכל מטרה שהיא וללא הגבלת זמן.

198. בדומה לישראל, מדינות שונות רואות לנגד עיניהן את החשיבות של שליטת הפרט במידע לגביו במסגרת דיני הפרטיות. כך למשל, במדינות האיחוד האירופי תקנות הגנת הפרטיות – ה-GDPR (General Data Protection Regulation) – נועדו לאפשר לפרט לשלוט על המידע שנאסף עליו: היכן הוא נשמר, על-ידי מי הוא מעובד, מה השימוש שנעשה בו, וחזרה מהסכמה לאיסוף המידע. ישראל הכירה בחשיבות ההגנה על הפרטיות ושליטת הפרט על המידע שלו בהשראת ה-GDPR, ועיגנה את תקנות ה-GDPR ביחס למידע אירופי בתקנות הגנת הפרטיות (הוראות לעניין מידע שהועבר לישראל מהאזור הכלכלי האירופי), התשפ"ג-2023.

199. לשיטתנו, כעניין של מדיניות, אין לקבל הסכמה לתקנון שימוש באפליקציה כהסכמה מדעת המאפשרת חיפוש אצל פלוני או אלמוני, מה גם שבענייננו כפי שהוצג לא ניתנה כלל הסכמה מצד המערערים לבטח שלא הסכמה מדעת – לא לשימוש במערכת Help Me המצלמת אותם בתוך ביתם הפרטי, ובוודאי שלא לשימוש המשטרה במערכת באופן בו השתמשו בו הלכה למעשה כחלק מהראיות שנועדו להפליל אותם.

200. משלא נמצא מקור סמכות לפעולת המשטרה, ומשלא מתקיימת החלופה של הסכמה מדעת כתחליף למקור הסמכות, שימוש המשטרה במערכת אינו כדין. לשיטתנו, השימוש במערכת פוגע פגיעה בלתי מידתית בזכויות הפרט, ועל כן אין לאפשר אותו אלא דרך הסמכה המוסדרת בחקיקה ראשית.

4.7 הפגיעה בזכויות ללא סמכות – בלתי מידתית

201. המשיבה ממעיטה בחומרת הפגיעה של המערכת משום שלטענתה המערכת מופעלת באופן מידתי תוך צמצום, ככל הניתן, של הפגיעה בפרטיות. הפגיעה בענייננו אינה מידתית (ראו סעיפים 205–212), אך גם לו הייתה כזו, לא היה בכך כדי לגרוע מהצורך בהסכמה מפורשת בחוק. **סמכות לחוד ומידתיות לחוד**.

202. טענה דומה לזו שמעלה המשיבה, עלתה גם במקרה בו חוברו מסופי המחשב של בנקים למרשם האוכלוסין (עניין **מרשם האוכלוסין**). נטען שם על-ידי המשיבים, שהפגיעה בפרטיות מינורית כיוון **שהשימוש** שהבנקים עושים **בפועל** בגישה הישירה למרשם האוכלוסין אינו חורג מהמותר על פי דיני הפרטיות וכללי אבטחת מידע, ומתבצע בהתאם להנחיות רשם מאגרי המידע. לאור זאת, גרסו המשיבים – בדיוק כמו המשיבה כאן – שראוי להגמיש את דרישת ההסכמה המפורשת, ולפרש באופן רחב הוראת חוק קיימת, שהתירה לרשות האוכלוסין למסור פרטי מידע מן המרשם במענה לבקשת מידע פרטנית.

203. בית המשפט הנכבד דחה טענה זו מכל וכל, וקבע כי הפגיעה בפרטיות שנוצרת כתוצאה מהתחברות גוף פרטי, **דרך קבע**, למאגר מידע ממשלתי היא משמעותית ומחייבת הסמכה מפורשת בחוק. **בית המשפט לא הסתפק בהסדרי הפרטיות הוולונטריים** ועמד על כך שיש לקבוע הסדרים מעין אלה בחקיקה. אם עבור גוף פרטי, אשר חלות עליו פחות מגבלות מאשר גוף ציבורי, נדרש אישור חוקי כדי להתחבר למאגר מידע ממשלתי, מקל וחומר שכאשר מתהפכות היוצרות כמו בענייננו – וגוף ציבור מבקש להתחבר למערכת פרטית, תדרש הסמכה שכזאת.

204. הפגיעה בפרטיות בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נדרשת לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה. העיקרון המרכזי העומד ביסוד פסקת ההגבלה הוא, שההסדרים שיבטיחו שהפגיעה תהיה מידתית **ייקבעו על ידי המחוקק**. כללים וולונטריים שנקבעים על ידי הרשות המבצעת עצמה, לעולם אינם יכולים להוות תחליף לחוק. שיקול דעתה של הרשות המבצעת הוא מוטא, וכמו שאירע גם בענייננו, הגדרת גבולות הסמכות על ידי רשויות האכיפה תביא בהכרח **לפגיעה בלתי מידתית בזכויות אדם**. לא בשל כוונה רעה, אלא בשל ניגוד עניינים מוסדי: הרשות מטבע ייעודה ואחריותה שואפת למקסם את הכלים והכוחות שסייעו לה במילוי משימותיה. **המחוקק הוא שאחראי ובכוחו לאזן ולהגביל את הכוח** – זו תכליתו של עקרון החוקיות כאמור.

205. טענת המשיבה בדבר **מידתיות** הפגיעה צריכה להידחות מטעם נוסף: הסדר שמסמיך את הרשות להפעיל מערכת טכנולוגית מורכבת חייב להתייחס לכלל השימושים **שהמערכת מאפשרת** ולא רק לשימושים **שהרשות עושה** במערכת. כך, למשל, בעניין **מרשם האוכלוסין**, בית המשפט סירב להתייחס לחיבור ישיר של מחשבי הבנקים למחשבי רשות האוכלוסין כאל עניין טכני – עוד אמצעי למימוש הסמכות החוקית, שהייתה נתונה לרשות האוכלוסין, למסור מידע במענה לבקשה פרטנית. התחברות גוף פרטי דרך קבע למאגר מידע ממשלתי באמצעות תקשורת מחשבים הייתה לא פחות ממהפכה. לצד היתרונות והתועלות החברתיות שלה, היא הותירה שורה של פגיעות בכוח ובפועל בפרטיות.

206. כך גם בענייננו. מצב דברים בו המשטרה עשויה לנכוח בכל מקום תוך שהיא הופכת את האזרח למעין שוטר סמוי – ואת מושא הצילום לדמות המרכזית בסרט "The Truman Show" (שם חייו של Truman נצפים על ידי המשטרה) – מאיים להפוך אותנו לחברה במעקב, ומציב אותנו על הסף של מדרון חלקלק. זהו מהלך מהפכני שמוליד "צרכנים משפטיים חדשים [ויוצר] **אתגר משמעותי** בפני המגנים על הפרטיות" (עניין **איכוני השב"כ**, פס' 6 לפסק הדין של כבוד השופט הנדל).

207. כדי להבין עד כמה האופן שבו המשטרה מפעילה את המערכת – בלא קשר למקור הסמכות – **אינו מידתי**, יש להשוות **פיקוח אנושי למול פיקוח טכנולוגי**.

208. כאמור, ברגע שהאזרח לוחץ על אפליקציית Help Me, השידור נפתח למשטרה **באופן מיידי**, וכך גם השליטה על הפסקתו, כך שהמצלמה נפתחת ו"עניינו" של השוטר עשויות למצוא עצמן בתוך ביתו של האזרח מבלי שבוצעה כל עבירה.

209. אופן פעולה זה אינו מידתי, וקיימות חלופות פוגעניות פחות. כך, למשל, היה ניתן לבצע שיחת טלפון מקדימה; פתיחת צ'אט עם המוקדנית; הקפצת "חלון אזהרה" וכיו"ב. בעוד שבענייננו מצלמת הטלפון מתחברת ישירות למשטרה. כך, יוצא אפוא, כי כל קריאה מצד ג' מתקבלת כ"כזה ראה וקדש" – חיבור המצלמה מתבצע מיד – דבר הדוחק את הזכות לפרטיות לקרן זוית.

210. הדרישה למידתיות בפעולותיה של המשטרה אינה מהווה חידוש. על דרך האנלוגיה ניתן לראות, למשל, כי סעיף 23א(ב) לפקודת סדר הדין הפלילי העוסק בחיפוש בחומר מחשב קובע כי "לא יערך חיפוש [...] אלא על פי צו [...] שתנאיו יקבעו באופן שלא יפגעו בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש", קרי: הפגיעה בפרטיות צריכה להיות מידתית. ובכן, נקל להיווכח כי נוסח הסעיף מהדהד באופן ברור את פסקת ההגבלה.

211. דוגמה נוספת ניצבת בדמותה של הדרישה המופיעה בסעיף 23א(א) לפיה פעולת חיפוש על ידי הרשות החוקרת תעשה אך ורק על-ידי אדם בעל כישורים מתאימים; ובלשון הסעיף: "חדירה בחומר מחשב [...] יבוצעו על ידי בעל תפקיד

מיומן לביצוע הפעולה. על דרך האנלוגיה מתעוררת השאלה הבאה: האם "מוקדן.ית צעיר.ה" – כפי שעולה מענייננו – עונים לדרישה "בעל תפקיד מיומן" כדי לקבוע מתי להפסיק את השידור? **מסופקנו**.

212. נקל להיווכח כי המחוקק ער לפוטנציאל הפגיעה בזכויות השונות של הפרט ולכן משרטט גבולות ברורים – "[אפשרות אחרת] בה הגדרת גבולות הסמכות תבוצע על ידי הרשות, תוביל בהכרח לפגיעה בלתי מידתית בזכויות יסוד [...] העיקרון המרכזי שעומד ביסוד מבחני המידתיות הוא, שההסדרים שיבטיחו שהפגיעה תהיה מידתית ויגדרו את המותר והאסור, **ייקבעו על ידי המחוקק**" (ברק-ארז **משפט מינהלי**, בעמ' 98).

4.8 הפוטנציאל הפוגעני (מאוד) של השימוש במערכת

213. ידוע לכל ואין חידוש בדבר כי כאשר בית המשפט הנכבד הזה מתכנס הוא דן בכל הרבדים והסוגיות שהמאורע מעורר ואף עשוי לעורר בבחינת מבט צופה פני עתיד וזאת כדי לייצר מטריה נורמטיבית אחידה.

214. על כן, גם אם בענייננו בית המשפט ימצא שלא התקיים חיפוש ווירטואלי שלא כדין משום שרגלו של השוטר לא דרכה בביתה של ליאורה, ומשום שהסרטון אינו עולה כדי חפץ שנתפס במהלך החיפוש, נרצה לטעון כי במקרים עתידיים פעולת המשטרה עשויה לעלות כדי חיפוש ווירטואלי שלא כדין ולחלופין כהאזנת סתר לא חוקית.

215. כדי להמחיש את הטעון העקרוני **בעניין החיפוש הווירטואלי**, נעמוד בקצרה על תרחיש פוטנציאלי נוסף, ושון בנפשכם:

216. פלוני, שהיה בבית דודתו, לחץ דרך הטלפון הנייד שלו על לחצן השידור באפליקציית Help Me וירד במדרגות אל עבר הרעש. בהגיעו למקום הרעש, נתפס בעדשת המצלמה גנב. אולם פרט לגנב, נתפס בעדשת המצלמה שק סמים ששייך לדודתו והיה מונח על השולחן. כעת, המשטרה רוצה להרשיע את דודתו של פלוני בסחר בסמים – **עבירה אשר ביחס אליה לא התעורר חשד ולא היה "יסוד להניח" כלל וכלל**. (השוו למשל: ת"פ (שלום קרי) 363/03 **מדינת ישראל נ' ציון** (נבו 27.2.2005) "[...] שהתקבל מידע על רכוש החשוד כגנוב [...] במקרה של עבירה כזו אין עילה המצדיקה ערכית חיפוש בביתו, או בחצירו של אדם, ללא-צו.>").

217. הדוגמא דלעיל באה ללמדנו שני דברים:

217.1. ראשית, הסרטון שמשודר למשטרה – שלעיתים עשוי להיות משודר גם לאחר גמר המאורע שבעקבותיו נפתחה הפנייה – יכול להציג פרטים נוספים המצויים בדירה. ודוק: המשטרה עשויה להיחשף לחפצים או מידע שלא היה לגביהם כל "יסוד להניח" כי הללו מצויים ומוחזקים בדירה. לשון אחר: המשטרה יכולה, ועשויה, להשתמש במידע **נוסף** שנקלט בעדשת המצלמה לצורך חקירה עתידית – שהרי שהסרטון גם נשמר במאגר – ביחס לאירוע שאינו קשור לחשד ההתחלתי ולאירוע בגינו הופעלה המערכת. כל זאת, כמובן, ללא הסכמתו או ידיעתו של בעל הדירה. אם זו אינה אלא פעולה העולה כדי חיפוש, איננו יודעים חיפוש מהו.

217.2. שנית, גם הדוגמה ההיפוטית הזו – כמו בענייננו – ממחישה את החשש שמא עיניה של המשטרה ימצאו בתוך חלל הבית, וזאת מבלי לדעת מראש האם אכן מדובר בעבירה מסוג פשע (כפי שדורש הדין החרות כאמור לעיל).

218. בשולי הדברים, ועל רקע הדוגמה ההיפוטית שהוצעה לעיל, נרצה לעמוד על חשש נוסף. נניח כי המצלמה הופעלה וחבורה ישירות למוקד המשטרה, אך הפעם הייתה זו הפעלת שווא או הפעלה בטעות, כזו שלא העלתה כל ראייה לביצוע עבירה פלילית כלשהי. אולם, תוך כדי התבוננות המשטרה בחלל הבית – שעשויה להימשך גם זמן-רב – המוקדנית נחשפה ליחסים אינטימיים בין בני זוג בחלל הבית, למצבם הנפשי והכלכלי (בעקבות בחינת סדר וארגון חלל הבית), למסמכים רגישים ועוד כהנה וכהנה. ויודגש: הפגיעה בפרטיות אינה רק חשיפה לעיני אדם אחר, הפגיעה היא **אובדן השליטה של האדם במידע האישי בביתו**.

219. **לעניין האזנת סתר**. כאמור, האזנת סתר היא ל"שיחה" בלבד, ולכן בשונה מחיפוש ווירטואלי או חקירה לחומר מחשב – שאינם תלויים במושא הצילום – האזנת סתר אינה יכולה להתגבש בעניין צילום של סוגי מידע כגון צילום של חלל

הבית (השוו: אסף הרדוף "צילום חכם: האם צילום מחשב ללא רשות ראוי להיות עבירה פלילית?" **משפטים** יב 133 (2019), וגם לעיל בפרק 4.5) עם זאת, לשיטתנו, ייתכן שבמסגרת השימוש במערכת, תזוז אותה נקודה עשרונית כך שנעבור ממצב שבו פעולת המשטרה לא עולה כדי האזנת סתר, למצב שבו מתקיימת האזנת סתר. נסביר:

220. בענייננו, המשטרה לא מבססת את האשמותיה על אודיו שנקלט כחלק מהסרטון. וכאמור בפרק 4.5, ניתן להפריד בין הצילום להקלטת הקול כדי להימנע מקבלת היתר להקשבה ולעיון לפי סעיף 22 לחוק האזנת סתר.

221. על סמך הדברים האמורים המאשימה עשויה לטעון (תמיד) כי לצורך ההרשעה אין צורך בהקלטה הקולית. אולם, טיעון זה לא יכול לעמוד שכן ההאזנה כבר התבצעה – הדברים נשמעו והפגיעה נעשתה – והמשטרה יכולה לסבור כי הסרטון (ללא שמע) מספיק. כמו כן, בהנחיות פרקליט המדינה נכתב כי "יש להיזהר ממצב שבו הפרדת ערוץ השמע והסתפקות בערוץ הוויזואל בלבד יובילו להשמטת אמירות רלוונטיות המלוות את המעשים שנצפו בצילום הוויזואל". (שם, הנחייה מס' 7.4 "הקשבה או עיון בהאזנת סתר שלא כדין ושימוש בה כראייה במשפט").

222. לשיטתנו, ייתכנו מקרים בהם המאשימה דווקא כן תרצה לעשות שימוש בהקלטה הקולית שנקלטה במסגרת הצילום. כך למשל, מקרה בו המוקדנית תמשיך לצפות (ולהאזין) למתרחש במרחב וזאת משום שפלוני (שאינו חלק משיחת המצולמים) שכח לסגור את האפליקציה או לחלופין פתח אותה בטעות. או אז, קלטה המוקדנית (בין אם בשידור הישיר, בין אם בצפייה החוזרת מתוך מאגר המידע) פרט מפליל שנאמר בין המצולמים ותרצה להשתמש בו כראיה בהליך הפלילי. ברור כי מדובר בהאזנת סתר.

223. נקודה נוספת שיש לתת עליה את הדעת היא כי פלוני (ששכח לסגור את האפליקציה) אינו מקיים את היסוד הנפשי הנדרש של האזנת סתר, אך עשוי להיחשב כמסייע למשטרה לבצע האזנת הסתר שלא כדין – כך השימוש במערכת על ידי המשטרה הופך את אזרחי מדינת ישראל לפושעים בפוטנציה.

224. ועדיין, נראה כי ברע"פ 3651/14 מיטה נ' מדינת ישראל (נבו 23.7.2014), כבוד השופט מלצר זורע את הזרע הראשון לעתיד לבוא. באותו עניין דובר בסרטון שלא כלל אודיו ושנעשה בסתר בידי משפחת הקשישה, בידיעתה ובביתה. בית המשפט קבע כי החוק לא מאפשר לקרוא לתוך התיבות: "דיבור" או "בזק" גם תיעוד חזותי ללא קול של מעשי אלימות שאין בהם דו-שיח, וכי לאור הסכמתה המשתמעת של הקשישה, אין בשאלה סוגיה עקרונית שמצדיקה ערעור ברשות.

225. אולם, וזה העיקר, כבוד השופט מלצר – בהערת אגב – ציין כי תיעוד חזותי של התקשרות בין אנשים יכול להיחשב הקלטה, ומה שיכריע אם מדובר בהאזנת סתר הוא קיומה של "שיחה", למשל צילום שבו מתקיים גם שיח ואפילו צילום תקשורת בשפת הסימנים. בעניינו שיח מתקיים גם מתקיים. הערת אגב נוספת היא שפגיעה בפרטיות הקשישה – בעלת הבית – הייתה מצדיקה דיון נוסף בעניין חוקיות הסרטון.

226. נציין שבשנים האחרונות אין זה סוד כי "המשפט רודף אחר ההתקדמות הטכנולוגית והבעיות המשפטיות שהיא מציבה, רודף ואינו משיג" (בג"ץ 5870/14 חשבים בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט (נבו 12.11.2015)). משכך, שומה עלינו לתת למעשים את משמעותם האמיתית בזיקה ליכולות הטכנולוגיות של ימנו אנו.

227. בהנחה שנגיע למסקנה, הנכונה לשיטתנו, כי השימוש במערכת עשוי לעלות, כדי האזנת סתר שלא כדין מטעמה של המשטרה – הרי שאין להתיר את השימוש בה שכן היא אינו עומד בהוראות חוק האזנות סתר. מאחר שאין זה המקרה הניצב בפנינו – לא נרחיב עוד בעניין; ואולם, פוטנציאל השימוש הפוגעני שניתן לעשות במערכת, חשוב בהחלט גם לעניינם הפרטני של המערערים, ועל כן מצאנו להרחיב בעניין זה.

4.9 סיכום ביניים: דרך המלך היא דרך המחוקק

228. מן המקובץ לעיל עולה, כי אין כדין הקיים מקור סמכות שיכול להכשיר, את שימוש המשטרה במערכת Help Me, ולבטח שלא במקרה המונח לפנינו. ענייננו במערכת שהשימוש בה מותיר את הזכות לפרטיות ככלי ריק, בה משתמשת המשטרה ללא כל סמכות חוקית, ולא ניתן לייחס לפרטים הנפגעים הסכמה מדעת, אשר תכשיר את השימוש.

229. בנסיבות דנא, הגיע לפתחו של בית המשפט פיתוח טכנולוגי חדש המצריך הסדרה משפטית שאינה קיימת. שימוש המשטרה בכלי טכנולוגי מתקדם – אשר כפי שהוצג בעל פוטנציאל לפגוע פגיעה קשה בזכויות חוקתיות – לא ניתן להסדיר על בסיס הסדר משפטי קיים (שחסרות בו ההתאמות הנדרשות) בדרך של פרשנות מקיימת או באנלוגיה להסדר שכזה בדרך של היקש.

230. שינוי דרסטי של כללי המשחק הנוהגים ראוי שיתבצע על-ידי המחוקק. נדרש איזון אינטרסים בין ערכים מתחרים. ואל יקל הדבר בעינינו, בצדק נאמר כי "הכשרת שימוש בכלים טכנולוגיים – אשר מניה וביה מייצרים התנגשות בין אינטרסים נוגדים – מהווה משימה לא פשוטה כלל עבור בתי המשפט" (תהילה אלטשולר "פרטיות בעידן של שינוי" עמ' 12 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2012)).

231. לשיטתנו, החוקים השונים שהוצגו על ידי המשיבה לא יכולים (במתכונתם הנוכחית) להכשיר את הפרקטיקה החדשה שאימצה המשטרה – איסוף ראיות מפלילות באמצעות אפליקציה אזרחית, מבלי לערוך שינויים, אחרת, וכפי שעמדנו על כך לעיל, תתרוקן לשון החוק מתוכן ומהדרישות שהיא מציבה.

232. בנסיבות אלה, הפרשנות המקיימת לה טוענת המשיבה – בין אם דרך פרשנות מרחיבה של סעיף 25(א) לפקודת סדר הדין הפלילי, ובין אם דרך יסוד ההסכמה – לאו פרשנות היא; נהפוך הוא – זהו שינוי חוק של ממש. רצוי וחשוב ככל שיהיה – אין זה תפקידו של בית המשפט הנכבד. המחוקק הוא שצריך להשמיע את קולו ולהסדיר את הסוגייה בחקיקה מתאימה, תוך התחשבות במכלול השיקולים והאינטרסים המתחרים. אנו סבורים כי בית המשפט לא צריך ולא יכול להיכנס בנעלי המחוקק, ועל כן יש לקבוע ששימוש המשטרה במערכת ובתוצריה כנגד המערערים נעשה בחוסר סמכות.

233. יודגש: דרישה זו לא מהווה חידוש, נהפוך הוא. בית המשפט העליון נוקט, לעיתים קרובות, בגישה המבכרת את הזהירות והאיפוק: נפנה בהקשר זה לפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין מור, במסגרתו נקבע (ברוב דעות) כי אין מקום ליצור – על דרך של חקיקה שיפוטית – הסדר המאפשר הגשת תביעה משפטית לחשיפת שמו של גולש אנונימי בהעדר הסדר חקיקתי. כך, בלשונו של כבוד השופט ריבלין: "ממילא ברור שפתיחת הפתח והכשרת הפעילות נושאת עמה השלכות רוחב מרחיקות לכת [...], לא מצאתי כי קיימת כיום מסגרת דיונית הולמת למתן צו המורה לחשוף את זהותו של גולש אנונימי, ולשיטתי אין "להמציא" מסגרת כזו ב"חקיקה שיפוטית". (רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טיסי. [1995] החברה לשרותי בזר בינלאומיים בע"מ, פ"ד סג(3) כבוד השופט ריבלין 688 (2010)).

234. דוגמה נוספת לכך היא פסק הדין בעניין טלראן בו נמנע בית המשפט הנכבד מלייצר הגנה משפטית על עקיפת אמצעי הגנה טכנולוגיים במסגרת דיני הקניין הרוחני, והדיון הוחזר לבית המשפט המחוזי שיבחן אם יש מקום לצעד שכזה במסגרת דיני עשיית עושר (ע"א 5097/11 טלראן תקשורת (1986) בע"מ נ' צ'רלטון בע"מ (נבו 2.9.2013)).

235. בשתי הדוגמאות דלעיל, בהעדר הסדר חוק הנוגע להתפתחות הטכנולוגית הרלוונטית, העדיף בית המשפט העליון לפעול בהתאם לעקרון החוקיות, המורה כי כל שלא נאסר על אדם – מותר לו; וכל שלא הותר לרשות – נאסר עליה; **כך צריך להיות גם בענייננו.**

236. בית המשפט העליון, אשר להכרעותיו משמעות תקדימית, לא צריך לשמש כ"מעבדת הניסויים" לבחינת אופן ההתמודדות המשפטית הראויה עם חידושי הטכנולוגיה. כפי שטוענות מרקוביץ-ביטון ונחמיאס, "[על בית המשפט], במיוחד בהליך הפלילי, לנהוג במשורה בבואו לייצר חקיקה שיפוטית המאפשרת לרשות החוקרת להשתמש בטכנולוגיות חדשות, וזאת משום שהדבר עשוי להוביל להשלכות פוגעניות בעתיד" (מרקוביץ-ביטון ונחמיאס "גישת בתי המשפט בישראל לטכנולוגיות מתפרצות בתחום זכויות יוצרים" טכנולוגיות מתפרצות, 469).

237. כפי שקיימת חזקה פרשנית הגורסת שאין בכוונת המחוקק להסמיד את הרשויות לקבוע בעצמן הסדרים ראשוניים, כך גם אין כוונתו שסוגיות הנוגעות להסדרים ראשוניים יוכשרו בדרך של חקיקה שיפוטית, מבלי שהמחוקק נתן דעתו בנושא (השוו: עניין מתווה הגז).

238. נטעים ונדגיש כי גם חקיקה ראשית על-ידי המחוקק לא תרפא את כל הפגמים שהוצגו לעיל, כמו למשל, חדירה בחסות מערכת Help Me למקומות פרטים של אדם, כשהוא ברשות היחיד ללא הסכמתו וידיעתו, ושמירת המידע במאגר בו ניתן להשתמש לצרכים ספקולטיביים עתידיים. פעולות אלו פסולות מיסודן, ואין לאפשר אותן כלל נוכח הפגיעה הבלתי מידתית בפרטיות, בחירות הפרט ובזכות להליך הוגן. מכל מקום, הדיון וההכרעה באשר להסדרים מידתיים ומאוזנים צריך להתקיים, לפחות בשלב הראשון, ברשות המחוקקת.

5. נוכח כל האמור לעיל – יש לפסול את הסרטון כראיה

5.1. ראיות מול זכויות – דין הסרטון להיפסל לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית

239. נבקש מבית המשפט הנכבד לפסול את קבלת הסרטון כראיה לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. דוקטרינת הפסילה הפסיקתית הכתה שורש בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461 (2006) (להלן: עניין יששכרוב), ואף עוגנה בחקיקה בעקבות עניין יששכרוב בסעיף 56א לפקודת הראיות, [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות) במסגרת תיקון מס' 19 לפקודת הראיות בשנת 2022.

240. לפי סעיף 56א לפקודת הראיות, בית המשפט רשאי לפסול קבלת ראיה אם היא הושגה שלא כדין, קיימת זיקה בין הפעלת האמצעי הפסול לבין השגת הראיה וקבלתה תפגע באופן מהותי בזכות הנאשם להליך הוגן. בית המשפט בעניין יששכרוב דורש תנאי נוסף שאינו נזכר בסעיף והוא שקבלת הראיה לא נעשתה באופן החורג מגדרה של פסקת ההגבלה (שם, בפס' 63). הסעיף והדוקטרינה מתווים בנוסף שלושה שיקולים שיש להתחשב בהם: חומרת ההפרה ואופייה; מידת ההשפעה של ההפרה על הראיה שהושגה; והעניין הציבורי בקבלה או אי קבלה של הראיה.

הסרטון בענייננו הושג שלא כדין

241. הפסיקה מתייחסת למספר מצבים שנופלים תחת ההגדרה "הושגה שלא כדין": הושגה באמצעים הנוגדים חוק, תקנה או נוהל מחייב; אמצעים בלתי הוגנים; או אמצעים שפוגעים שלא כדין בזכות יסוד מוגנת (עניין יששכרוב, בפס' 64). לשיטתנו, האירוע בענייננו נכנס בגדר כל שלושת המצבים.

242. ראשית, כפי שפורט בפרק 4 לעיל, הסרטון הושג ללא כל הסמכה חוקית. לא ניתן למצוא מקור חוקי שמאפשר את השגת הסרטון באמצעות המערכת, ולכן השימוש בסרטון עומד בניגוד לעיקרון שלטון החוק, לחוק הגנת הפרטיות, ולזכויות יסוד בשיטתנו המשפטית, כמפורט בפרק 3. הסרטון, הוא תוצר של חיפוש וירטואלי שבוצע שלא כדין, על ידי המשטרה, באופן הפוגע בפרטיות בעלי הבית וכלל המופיעים בו. בין אם מדובר בתיעוד של החיפוש עצמו ובין אם נתפס כראיה כתוצאה מהחיפוש, הסרטון נתפס כתוצאה מפעולה לא חוקית שאינה בסמכות.

243. אפילו אם נייחס את יצירת הסרטון ליעל (ולא כד, שכן לאחר לחיצה על כפתור האפליקציה איבדה כל שליטה על הסרטון), אזי שביצעה פעולה הפוגעת בפרטיות המערערים, בניגוד לחוק הגנת הפרטיות. בכל מקרה לשיטתנו, לא ניתן להתייחס לסיטואציה כאילו יעל "מסרה" את הסרטון למוקדנית המשטרה, בטרם ידעה מה מתועד בסרטון מלכתחילה. לא מדובר בכניסתו של אזרח לתחנת משטרה ומסירת "דיסק און קיי" ובו סרטון למשטרה שתשתמש בו כרצונה, אלא בפתחת שידור ישיר למשטרה, המתעד עתיד לא ידוע כשלמצלם אין יכולת להפסיק את התיעוד.

244. שנית, הראיה הושגה באמצעים בלתי הוגנים. המשטרה שמרה את הסרטון במאגר מידע, והסרטון הועבר לידי התביעה מבלי שהדבר נכתב במפורש בתנאי השימוש של המערכת ומבלי הסכמה מהמשתמשת, יעל או מהמערערים מושא הצילום אשר זכויותיהם נפגעו כאמור. חוסר ההוגנות של עצם השימוש במערכת בא לידי ביטוי בפערי הכוחות המשמעותיים בין יעל כאזרחית וצרכנית השירות לבין המשטרה שהיא גם הרשות וגם מחזיקה במאגר המידע, אשר משתמשת בחברה הפרטית שמתחזקת את המערכת וביעל כ-"Proxy" כדי לבצע פעולה אסורה. חוסר הוגנות נוסף בא לידי ביטוי כלפי המתועדים בעיני המצלמה (בענייננו – שלום וליאורה) אשר אינם מודעים כלל לכך שהמשטרה מביטה בהם בזמן אמת, דרך הפעלת האפליקציה על ידי יעל, ומתעד את פעולותיהם בסרטון הנשמר במאגר.

245. שלישית, **הסרטון הושג באמצעים הפוגעים שלא כדין בזכות בסיסית מוגנת**, הזכות לפרטיות, כשנעשה שימוש בסרטון שצולם במרחב הפרטי בניגוד לחוק להגנת הפרטיות. כפי שפורט בהרחבה בפרק 3 לעיל, הזכות לפרטיות בעלת חשיבות עליונה, מאדניו של המשטר הדמוקרטי, שכן בישראל טרם גובשה מגילת זכויות חוקתיות שלמה בשונה מדרישת דוקטרינת פרי העץ המורעל – הדוקטרינה המקבילה בארה"ב וקנדה (עניין **יששכרוב**, פס' 56 לפסק הדין של כבוד השופטת ביניש). הסרטון בענייננו צולם במרחב הפרטי, ביתה של ליאורה, ללא הסכמתה או הסכמת המצולמים ואף לא בידיעתם.

246. קיימת זיקה בין הפעולה הבלתי חוקית – החיפוש הוירטואלי שהתבצע על ידי המשטרה או לחילופין הפגיעה בפרטיות שמבצעת המשטרה, באמצעות יעל, לבין השגת הראיה – הסרטון, שכן ללא החיפוש לא היה נוצר סרטון מלכתחילה. לחילופין, אלמלא הפגיעה בפרטיות וצילום המערערים בסתר, לא היה מושג הסרטון. נביא לעניין זה את קביעת בית המשפט הנכבד ברע"פ 3829/15 **קסאי נ' מדינת ישראל** (נבו 20.12.2018) (להלן: עניין **קסאי**), שם נקבע כי כאשר ראיה הושגה תוך פעולה שאינה חוקית, בנסיבות בהן **הראיה לא היתה מתגלית אלמלא הפעולה**, בעוד שהעבירות המיוחסות אינן מן הסוג החמור ביותר, יש לפסול את הראיה (שם, בפס' 37). בעניין **קסאי**, בית המשפט פסל ראיה חפצית – סכין, אשר התקבלה בעקבות עיכוב לא חוקי שביצעו פקחים במערער, תוך יישום דוקטרינת הפסילה הפסיקתית.

השגת הסרטון פוגעת גם בזכות להליך הוגן

247. משביססנו מדוע הסרטון בענייננו הושג שלא כדין, נפנה לתנאי השני הנדרש לפסילה פסיקתית, ונראה לבית המשפט הנכבד מדוע קבלת הסרטון בענייננו תפגע באופן מהותי בזכותם של שלום וליאורה להליך הוגן.

248. מטרתה של הזכות להליך הוגן היא להבטיח הגינות פרוצדוראלית בכל שלבי ההליך הפלילי, החל משלב החקירה ולאורך כל שלבי המשפט. כדי לשמור על זכות זו, נדרשת ראייה רחבה תוך התחשבות בשיקולים כמו מניעת עיוות דין (עניין **יששכרוב**, בפס' 65 לפסק הדין של כבוד השופטת ביניש). מדובר בזכות מסגרת, הקובעת שאדם יחשב לחף מפשע כל עוד לא הוכחה אשמתו. נאשם זכאי להליך הוגן ופומבי, שישמור על זכויותיו ולא יפגע בהן מעבר לנדרש לקיום ההליך. כך למשל, פגמים דיוניים חמורים שמונעים מהנאשם הליך הוגן יעלו כדי עיוות דין אשר יצדיק קיום משפט חוזר (ראו מ"ח 3032/99 **ברנס נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(3) 354 (2002) (להלן: עניין **ברנס**)).

249. הזכות להליך הוגן הוכרה כזכות חוקתית הנובעת מסעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו, בין רבים, עניין **ברנס** בעמ' 375; עניין **יששכרוב** בפס' 67). נקבע כי הפגיעה בזכות להליך הוגן עלולה לפגוע בזכות החוקתית לחירות שמעוגנת בסעיף 5 לחוק היסוד, ועלולה גם לפגוע בהערכתו העצמית של הנאשם עד כדי יצירת "תחושת ביזוי וחוסר אונים כאילו היה "חייל" במשחק", ולכן לפגוע בכבודו המוגן בסעיפים 2 ו-4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (עניין **יששכרוב**, בפס' 67).

250. אחד העקרונות הבסיסיים בחברה דמוקרטית הוא שרשויות השלטון אינן רשאיות לפלוש לפרטיותו של אדם, אלא אם הוא עצמו – במעשיו האינדיווידואליים – סיפק הצדקה לכך. לשיטתנו כאמור, שימוש המשטרה במערכת Help Me כחלק אינטגרלי מהליך החקירה המשטרית, ללא כל הסכמה או הסמכה, פוגע בזכות להליך הוגן.

251. בעניין **יששכרוב**, מפרטת כבוד השופטת ביניש כי הדרישה להליך הוגן נובעת, בין היתר, מהצורך להגן על ההליך המשפטי ולשמור על אמון הציבור במלאכת עשיית הצדק (**שם**, בפס' 65). כבוד השופטת עומדת על הקושי שבהגדרת הזכות להליך הוגן והשוני בין שיטות משפט שונות. כבוד השופטת ביניש מציגה מספר מאפיינים שעוזרים להבין את הזכות כפי שהיא מיושמת בישראל: ראשית, מטרת הזכות היא להבטיח הגינות פרוצדורלית; שנית, הזכות חלה בכל שלבי ההליך הפלילי גם בחקירה וגם במשפט; שלישית, הגנה על הזכות להליך הוגן לא מתמצית בהשפעה פוטנציאלית של הפגם על תוצאת הדיון המשפטי, אלא נדרשת ראייה רחבה תוך התחשבות בשיקולים כלליים של הגינות, צדק ומניעת עיוות דין (**שם**, בפס' 66). מדובר בזכות מסגרת שממנה נגזרות זכויות דיוניות כמו ידיעה במה

החשוד מואשם, קבלת ייצוג על ידי עורך דין, משפט פומבי, הזכות להתגונן במשפט, להביא ראיות ועוד. כמו כן, הזכות כוללת בתוכה את חזקת החפות, החיסיון מפני הפללה עצמית ועקרון החוקיות (שם).

252. דוקטרינת הפסילה הפסיקתית קובעת שראיה תיפסל אם קבלתה במשפט תגרום לפגיעה מהותית בזכות להליך הוגן שלא על פי דרישותיה של פיסקת ההגבלה. נדרשת פגיעה משמעותית, לתכלית שאינה ראויה ובמידה שעולה על הנדרש (עניין **יששכרוב**, בפס' 67). בענייננו, הפעולות שהתבצעו לקבלת הסרטון **פגעו בזכות המערערים להליך הוגן באופן משמעותי ולא מידתי**: התקשרות עם הטלפון ושידור אוטומטי של הצילום למערכות המשטרה שמהווה חיפוש ווירטואלי ללא סמכות בחוק או צו; שמירת הסרטון במאגר מידע ללא צו, הסמכה או הסכמה; שימוש בסרטון כראיה בבית המשפט ללא כל מקור סמכות. ביצוע פעולות ללא סמכות לא עומד בהגינות הפרוצדוראלית הנדרשת מתוקף זכותו של נאשם להליך הוגן, ואף בענייננו מובילות לעיוות דין.

253. בבחינתנו את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית עלינו לבחון מגוון שיקולים בהתאם לנסיבות, אותם ניתן לחלק לשלוש **קבוצות של שיקולים**: אופייה וחומריתה של אי החוקיות הכרוכה בהשגת הראיה; מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה; הנזק מול התועלת החברתית הכרוכים בפסילת הראיה.

254. במסגרת קבוצת השיקולים הראשונה – חומרת ההפרה ואופייה של אי החוקיות – נבדוק האם מדובר בהפרה טכנית של כללי החקירה התקינים. בענייננו, הופר עקרון החוקיות המנהל באופן מובהק שכן למשטרה לא הייתה סמכות כלשהי לקבל את הסרטון, לשמור אותו ולהשתמש בו כראיה בבית המשפט. **לא מדובר בהפרה טכנית, זניחה או קלת ערך** של כללי החקירה התקינה, אלא בהפרה בוטה תוך פגיעה בזכויות יסוד מרכזיות ובראשן הזכות לפרטיות.

255. ניתן לבדוק האם רשויות אכיפת החוק עשו את השימוש בזדון או בתום-לב, אם כי אפילו אם הרשות פעלה בתום לב, אין בכך הכרח כדי למנוע את פסילת הראיה כאשר הדבר מתחייב מההגנה על זכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן (עניין **יששכרוב**, בפס' 71). בענייננו, המשטרה פגעה ביודעין בזכויות המערערים: תקנון השימוש של האפליקציה אינו מתייחס כלל לשמירה ושימוש עתידי בסרטונים שיצולמו באמצעותה, בעוד שהמשטרה, אשר עושה שימוש בסרטונים אלו – וודאי יודעת על כך.

256. על הרשות המשתמשת במערכת של גוף פרטי, אשר פוגעת באופן מובהק בפרטיות האזרחים, לבחון בעצמה את ההסכמה שנתן הפרט לפגיעה, והיא אינה יכולה לסמוך על הצהרה כללית של הגוף הפרטי שלפיה העברת הסרטון אליה נעשית כדין. למרות שמדובר באפליקציה אזרחית – מן הראוי שרשות אכיפת החוק, המתקשרת עם גורם אזרחי לביצוע פעולות שיטור, תהא אחראית לבחון ולוודא גם את ההסכמות שהגוף האזרחי מקבל מהאזרח (או אם לא מקבל אותו) (בהתאם לנטען בפס' 192–193 לכתב ערעור זה).

257. במסגרת קבוצת השיקולים השנייה – מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה – נבחן האם קיום הראיה הוא עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתה. למרות שמדובר בסרטון, קרי חפץ, אשר ניתן לטעון שיש לו "קיום עצמאי", בית משפט נכבד זה הכיר לא מכבר כי עצם חפציות הראיה אינה תנאי שיחייב לקבל אותה על אף הפגמים שבהשגתה. כך למשל, גם כאשר מדובר בראיות חפציות שיש להן "קיום עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתן", בעובדה כי "עסקינן בראיות שלא היו נמצאות על ידי המשטרה אלמלא החיפושים הבלתי-חוקיים [...] יש [...] כדי לתמוך בפסילתן" (עניין **בן חיים**, בפס' 35).

258. גם בעניין **פרחי**, עמד על כך כבוד השופט דנצינגר בדבריו כי "אין קשר הכרחי בין עובדת היותה של הראיה 'חפצית' לבין פגיעה בהגינות ההליך המשפטי" (שם, בפס' 11). כבוד השופט דנצינגר סבר שיש ליישם את הגישה הקנדית לפיה אין די בסיווגה הפורמלי של הראיה כ"חפצית" כדי לקבוע את מהימנותה וקבילותה אלא יש לבחון את פסלותה בהתאם למבחן "הרצון החופשי" (שם).

259. בענייננו, אף לא מדובר בראיה "עצמאית", שכן **אילו לא אי החוקיות, הראיה לא הייתה נוצרת מלכתחילה**. הסרטון, אשר צולם במסגרת מערכת הפועלת ללא כל הסמכה חוקית, הוא תולדה של החיפוש הוירטואלי ושל הפעולה הפוגעת

בפרטיות. מדובר בסרטון שנוצר במערכת תוך מעורבות משטרתית אשר בלעדיה לא הייתה נוצרת הראיה כלל. ללא פעולת הצילום האסורה הפוגעת בפרטיות, לא היה סרטון מלכתחילה.

260. קבוצת השיקולים השלישית עוסקת בהשפעת פסילת הראיה על מלאכת עשיית הצדק במובן הרחב, האם המחיר החברתי בפסילה גבוה מהתועלת שבפסילה. נציין שרוב השופטים בעניין **יששכרוב** הביעו חשש ששיקולים הכוללים את חשיבות הראיה וחומרת העבירה יביאו להקפדת חסר על הכללים דווקא בחקירת פשעים חמורים בהם נדרש הנאשם להגנה משמעותית יותר (**שם**, בפס' 73), ואף הושארה ב"צריך עיון" השאלה האם עלינו להתחשב בשיקולים אלה בכלל. נקבע כי לשיקולים אלו כמו חומרת העבירה וחשיבות הראיה יש לייחס לכל היותר משקל נמוך, ובכל מקרה נזכיר כי בענייננו ליאורה ושלוש מואשמים על לא עוול בכפם בעבירות שחומרתן נמוכה (בניגוד לעבירות דוגמת אונס או רצח בהן לא עסקינן), מה גם שלא ניתן לייחס לסרטון חשיבות מכרעת כראיה לאור ששת המעורבים שמסרו גרסאות על שהתרחש.

261. לשיטתנו, כפי שהוצג בהרחבה לעיל, לאי פסילת הראיה מחיר חברתי גבוה שכן יזמין ערבוב בין המרחב הפרטי והציבורי, משטור של האישי ואינטימי ומעקב של גופי האכיפה בכל מקום בו נמצא אזרח עם מערכת Help me המותקנת על מכשירו. קבלת סרטון שנוצר כמו בענייננו כראיה במשפט הפלילי תוביל למשטור פעולות הפרט (גם אם באופן לא מודע), אשר יודע **שבכל רגע נתון ובכל מקום**, הוא יכול להיות מצולם ללא ידיעתו, ושהסרטון עלול לשמש כנגדו בהליכים פליליים מאוחרים. כל זאת בעוד שהמחיר החברתי בפסילה נמוך שכן המעשים המיוחסים למערערים, מבלי להקל ראש, אינם מן החמורים. המערערים בענייננו אנשים נורמטיביים, נעדרי עבר פלילי שלא מסכנים את הציבור, אשר עצם ניהול ההליך הפלילי מהווה הרתעה עבורם.

262. בהתאם לאמור לעיל, נבקש מבית המשפט לפסול את הסרטון מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית וסעיף 56 לפקודת הראיות שכן הסרטון התקבל שלא כדין וקבלתו פוגעת בזכויות בסיס מוגנות.

5.2. סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות

263. כמו כן, נבקש מבית המשפט הנכבד לא לקבל את הסרטון כראיה כיוון שהוא פוגע בפרטיות המערערים, זאת בהתאם לסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, לפיו לא ניתן להשתמש בסרטון כראיה בהליך מבלי שיתנו הסכמה מדעת לכך:

"32. חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות יהיה פסול לשמש ראיה בבית משפט, ללא הסכמת הנפגע, זולת אם בית המשפט התיר מטעמים שיירשמו להשתמש בחומר, או אם היו לפוגע, שהיה צד להליך, הגנה או פטור לפי חוק זה."

264. בעניין **פלונית** מפרט בית המשפט את אמות המידה לשימוש בשיקול הדעת השיפוטי במסגרת כלל הפסילה היחסי הקבוע בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות. מחד, כלל זה מבוסס על ההנחה שעצם הפגיעה בפרטיות אינה שוללת בהכרח קבילותו של החומר הפוגע, שכן בית המשפט רשאי להתיר להשתמש בחומר. מאידך, נקבע כי בית המשפט אינו רשאי לומר כי מכיוון שהחומר שהושג תוך כדי פגיעה בפרטיות רלוונטי לקביעת האמת, הוא יוכל לשמש ראיה בבית המשפט, יהיו נסיבות השגתו אשר יהיו. לכן, ניתן לקבוע כי חומר שהושג תוך כדי פגיעה בפרטיות פסול מלשמש כראיה גם אם יש לו ערך ראייתי לקביעת האמת. סעיף 32 מבוסס על איזון בין הערכים המתחרים, אשר מותנה מטבעו, במשקל שיינתן לערכים השונים:

"עצם התרומה לקביעת האמת אינה מספיקה כדי להתיר את השימוש בחומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות. אין להעניק לקביעת האמת את המשקל המכריע באיזון, תוך שלילת כל משקל לפגיעה בפרטיות ולערכים האחרים שכלל הפסילה נועד להגן עליהם." (**שם**, בפס' 32 לפסק הדין של כבוד השופט ברק).

265. עניין **פלונית** אומנם עסק בהליך אזרחי, כאשר הפוגע הוא צד להליך, אך יפים הדברים שקבע שם בית המשפט לעניין השיקולים לפסילה מכוח סעיף 32, גם לענייננו.

266. ראשית, נקבע כי ככל שעוצמת הפרת הפרטיות גדולה יותר, כך גדל משקלו של השיקול המבקש להגן על הזכות לפרטיות בהשוואה לשיקולים הנוגדים. כך למשל, גם השאיפה להבטיח הליך הוגן החושף את האמת עשויה לסגת מפני פגיעה קשה וחמורה בזכות לפרטיות. שנית, נקבע כי ככל שהראיה פחות חיונית להוכחת האמת תגבר הנטייה לפוסלה, ולהפך. בהקשר זה יש להתחשב באפשרות הקיימת להוכיח את האמת במקרה הקונקרטי באמצעות חומר אחר שהושג כדין כמו עדים, שיכולים לשמש במקום הראיה הפוגעת. נקבע כי הפגיעה בפרטיות אינה מוגבלת למעשה הצילום, ונובעת גם מחוסר תום הלב בבילוש ובהתחקות אחרי אנשים בביתם (**שם**, בפס' 34–35).

267. בענייננו, לנוכח הפגיעה החמורה שבצילום הסרטון בביתה של ליאורה ברשות היחיד, ללא ידיעתה או ידיעת יתר המצולמים או קבלת הסכמתם, לאור כך שמדובר בסרטון חלקי שהפרטים המוצגים בו אינם ברורים, ולאור העדים הרבים שמוכנים לתת עדותם, יש לפסול את הסרטון.

268. בענייננו כאמור, מדובר בפגיעה חמורה בפרטיות המערערים אשר צולמו ללא ידיעתם בין כתלי ביתם מבצרים. לשיטתנו, הסרטון אינו מהווה "ראייה חיונית", שכן מדובר בסרטון חלקי שאינו כולל את מלוא פרטי האירוע, ואף מצולם מקרן זווית ולא מציג תמונה ברורה של האירוע, שכן הטלפון המצלם נשמט מידיה של יעל, נבעט והתגלגל ברחבי החדר החשוך. בעוד שלא ניתן להסתמך על הסרטון בענייננו, ניתן היה לגבות עדותם של ששת המעורבים להבנת השתלשלות האירועים, במקום שימוש בראיה שלא משקפת נאמנה את המציאות ופוגעת בפרטיות פגיעה חמורה. הסרטון מהווה ראיה פוגעת שאינה חיונית כלל, וקיימות לה חלופות בדיון.

6. יש לפסול את הודעות המערערים במשטרה

269. כפי שנראה להלן, קיימים פגמים מהותיים באופן בו נגבתה הודעת המערערים במסגרת החקירה המשטרתית, ועל כן נבקש מבית המשפט הנכבד לפסול גם אותה – שכן היא מהווה ראיה נגזרת שהוגשה אך ורק בשל ובעקבות הסרטון הלא חוקי שנתפס על ידי המשטרה.

270. עדותם של ליאורה ושלוש נגבתה שלא כדין תוך שהם **צופים בסרטון לא קביל**: במשך שעות ארוכות, במספר רב של הזדמנויות, הראו למערערים את הסרטון לאחר אירוע טראומטי ומבלבל בשעות הלילה. הנסיבות והשידור העקבי של גרסת התרחשות אחת ויחידה השפיעו על תפיסת המציאות של המערערים כך שגם אם זכרו בתחילת החקירה את האירוע מנקודת מבטם האישית, הסרטון החלקי הבנה את זיכרונם והטה אותו לגרסא המצולמת וטו לא. **לא ניתן להפריד בין הסרטון הלא קביל לבין הגרסאות שמסרו** שכן אלו נבנו על סמך הסרטון.

271. בנוסף להיותו לא קביל, מדובר **בסרטון חלקי בלבד**. הסרטון, אשר צולם תוך כדי נפילת המצלמה, אינו ברור ותופס התרחשות חלקית בלבד של האירוע בזמן ובמקום. כפי שהיטיב ציין בית משפט קמא, הסרטון אינו כולל את חילופי הדברים בין הצדדים שקדמו להידחפות המתלוננת וחבריה לבית המערערת, ובבית שררה מהומה גדולה. למועד צילום הסרטון קדמו אירועים רבים שרלוונטיים לתפיסת האירוע בשלמותו: תחילתו בסכסוך בבר, עזיבתם של המערערים את המקום כדי להימנע מהסלמה, מעקב המתלוננים אחרי המערערים לביתם ואף ההידחפות בכוח אל תוך דירתה של ליאורה, תוך כדי התנגדותה. במהלך ליל האירוע ובימים שלאחריו הוצג הסרטון לכלל המעורבים עשרות פעמים מה שהוביל, לשיטתנו, וכפי שיתואר בהמשך, לעיוות של תפיסתם את האירוע בזיכרונם, והבניית עדותם לגרסה אותה רואים בסרטון.

6.1 על ההודעות להיפסל מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית

272. לשיטתנו, על בית המשפט לפסול את הודעות המערערים במשטרה מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, שכן מדובר בהודעות שזוהמו באמצעות סרטון לא קביל שהושג שלא כדין ולכן אף ההודעות אינן קבילות, כראיה הנגזרת מהסרטון. לפי דוקטרינת הפסילה החוקתית, כפי שזו פורטה בפרק 5 ועניין **יששכרוב**, נבחן גם לגבי ההודעות האם הושגו שלא כדין תוך פגיעה בזכות המערערים להליך הוגן.

273. לצורך **בחינת אי החוקיות**, יש להביא בחשבון את אופייה הייחודי של הראיה הנגזרת, הבא לידי ביטוי בזיקה המתחייבת בינה ובין הראיה הראשית. הפסיקה קבעה כי יש לתת משקל מרכזי לאופי הזיקה הקיימת ביניהן, כך שכאשר מתקיימת זיקה חזקה אי החוקיות שדבקה בראיה הראשית תכתים את הראיה הנגזרת, ותגבר הנטייה לפוסלה (ראו: ע"פ 4988/08 פרחי נ' **מדינת ישראל**, פ"ד סה(1) 626, פס' 20 (2011) (להלן: עניין פרחי); וגם ע"פ 7388/20 בן אוליאל נ' **מדינת ישראל** (נבו 1.9.2022) (להלן: עניין בן אוליאל)).

274. בעניין **בן אוליאל**, חיזק בית המשפט העליון את פסיקת בית המשפט המחוזי ואת הלכת פרחי, ופסל ראייה נגזרת – הודאת נאשם, אשר ניתנה מיד לאחר הודאתו הראשונה שהושגה בחקירה ב"אמצעים מיוחדים". נקבע שמתקיימת זיקה מהותית בין הראיה הפסולה הראשית – הודאת הנאשם תחת הפעלת לחץ, והראיה הנגזרת – הודאה נוספת מאוחרת, כיוון שניתנה בסמיכות לקבלת ההודאה הראשונה, ולא הייתה מפורטת (ראו בפס' 31). חשוב לציין כי בית המשפט בעניין זה התיר קבלת ראיות נגזרות אחרות – הודאות אשר נגבו בחלוף יותר מ-36 שעות לאחר גביית ההודאה הפסולה, שכן הן היו מפורטות, עקביות וכללו אילוסטרציה פיזית של האירוע. בית המשפט העליון קבע שמדובר בהודאות מאוחרות שניתנו באופן חופשי ומרצון. עם זאת, בית המשפט הכיר בקשר הסיבתי-עובדתי בין הראיות, ובכך שהמערער לא היה מודה פעם נוספת במעשיו לולא הודאתו הראשונה (שם, בפס' 61 לפסק הדין של כבוד השופט אלרון).

275. בענייננו אם כן, כל בר דעת יסכים כי קיים קשר סיבתי עובדתי בין הסרטון להודעות המערערים תוך כדי הצפייה בו. הודעות המערערים, אשר נגבו תוך צפייה חוזרת בסרטון, ללא כל ספק הושפעו ממנו, כאשר מתקיימת זיקה חזקה בין השניים ולא ניתן להפרידם. זיקה זו מכתימה את ההודעות באי החוקיות של הסרטון.

276. בנוסף, כפי שנראה בפרק הבא (6.2), בענייננו גביית ההודעות תוך כדי צפייה בסרטון גרמה לכך שהן לא נמסרו באופן חופשי ומרצון, ועל כן, לפי עניין **בן אוליאל**, לא ניתן לקבלן. הסרטון אשר הושג באופן שאינו חוקי מהווה הראיה הראשית הפסולה, בעוד שהודעות המערערים, נגבו **תוך כדי** הצפייה בסרטון מספר רב של פעמים, ולא ניתן לנתק את הזיקה הסיבתית-עובדתית והזיקה הסיבתית משפטית בין השתיים.

277. גביית הודעות באופן שכזה פגעה בזכות המערערים להליך הוגן. לצורך בחינת הפגיעה כאמור, נבחנות אופייה וחומרנה של אי החוקיות הכרוכה בהשגת הראיה; מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה; והנזק מול התועלת החברתית הכרוכים בפסילת הראיה. כך נקבע גם בנוגע לראיות נגזרות, בעניין פרחי:

"כדי שראיה נגזרת תפסל מלשמש במשפט, על המערער הנטל להוכיח כי בדומה לראיה הראשית שנפסלה, קבלתה של הראיה הנגזרת תוביל לפגיעה מהותית שאיננה מידתית בזכותו להליך הוגן. אמות המבחן לכך יהיו אותם שיקולים המשמשים את הראיה הראשית בשינויים המתאימים" (שם, בפס' 20).

278. גביית הודעות המערערים תוך הצגת סרטון פוגעת בזכות המערערים להליך הוגן ובחיסיון מפני הפללה עצמית באופן המצדיק את פסילתה, ונסביר.

279. הזכות להליך הוגן באה לידי ביטוי גם בהסדר הנוגע לחיסיון מפני הפללה עצמית, הקבוע בסעיף 2(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות) 1927, ובסעיף 47 לפקודת הראיות. החיסיון גורס כי לפרט יש את הזכות להימנע מפעולה שעשויה להפליל אותו, בין אם בדיבור, במסירת מסמכים או במענה על שאלות כשהוא מתוחקר, כעד או כחשוד. בעניין פרחי, פירט בית המשפט הנכבד את הרציונליים העומדים מאחורי החיסיון – מניעת הודאות שווא שימסרו כתוצאה מבלבול ולחץ, צמצום פערי הכוחות בין גורמי האכיפה והנאשם, והגנה על פרטיותו וחירותו של האדם. משמעות החיסיון "היא כי אין האדם חייב להשיב על שאלה, אם יש בתשובתו כדי להניח את היסוד להעמדתו לדין פלילי." (שם, בפס' 11). החיסיון חל על גרסה שנאמרה בעל פה וכולל את זכות השתיקה אם ההודעות נגבות מנאשם (ראו, למשל, רע"פ 4574/99 **מדינת ישראל נ' לגזיאל**, פ"ד נד(2) 289 (2000)).

280. עצם השימוש בסרטון שאינו קביל, פוגע ביכולת המערערים להימנע מאי-הפללה עצמית ולנצל את זכותם לשתיקה. הסרטון משפיע על הודעות המערערים בכך שגורם להם לייחס למשטרה ידע או יכולת הוכחה אחרת מזו שעומדת להם במציאות – שכן בעת שנגבו מהם ההודעות המערערים לא ידעו שהמשטרה לא הייתה רשאית להשתמש בסרטון כראיה קבילה בהליך המשפטי נגדם. תפיסה זו של המצב מאלצת אותם לתת עדות ולא לנצל את זכות השתיקה מתוך הנחה שאין להם טעם או יכולת להתגונן. ענייננו בשימוש באמצעים שפוגעים שלא כדין בזכות יסוד מוגנת, ובזכות להליך הוגן.

281. יפים לעניין זה דבריה של כבוד השופטת ברק-ארז בע"פ 2868/13 **חייבטוב נ' מדינת ישראל** (נבו 02.08.2018) (להלן: **עניין חייבטוב**), בהתייחסה לשוטר מדובב אשר נותן סמים למדובב בכדי לקבל ממנו מידע, וקביעתה כי "לא כל תחבולה היא לגיטימית, ובפרט לא כזו השוללת – על רקע המצג הכוזב שבבסיסה – את יכולת הבחירה של הנחקר אם למסור את הודאתו." (שם, בפס' 5).

282. יתרה מזאת, המערערים חששו מההשלכות של סירובם למסור את ההודעה בחקירה. **עמדת הסנגוריה** שעוסקת בחדירה לטלפון נייד על סמך הסכמה מדעת בלבד (אשר הוזכרה לעיל בפרק 4.6), מתייחסת להשפעות של סירוב נחקר למסור דבר מה. כשעוסקים בהשפעת סירוב יש לבחון הן את ההשפעה האובייקטיבית, כיצד הסביבה תופסת את סירוב הנחקר; והן את ההשפעה הסובייקטיבית, כיצד הנחקר תופס את סירובו בעצמו. במקרים רבים כאשר הנחקר נמצא תחת חקירה משטרתית והלחצים האינהרנטיים שבה, הוא יעדיף להיתפס כמי שמתן פעולה עם גורמי החקירה מחשש שסירובו ישמש נגדו. לפי עמדת הסנגוריה התביעה הצבאית אף העידה ששיתוף פעולה מצד הנחקר משרה אווירה של פרודוקטיביות, שלטענת הסנגוריה מעודדת את הנחקר לא לסרב, גם כשהדבר נחוץ במסגרת חסיונו מפני הפללה עצמית.

283. בענייננו, שידור הסרטון פעם אחר פעם בפני המערערים לאחר אירוע מבלבל, בשעות הלילה המאוחרות, בנסיבות המלחיצות של חקירה על ידי גורם סמכות משפיע באופן מהותי על בחירתם ויכולתם לסרב לתת הודעה. תנאים אלו במצטבר, שללו משלום וליאורה את היכולת לממש את חסיונם מפני הפללה עצמית.

284. לפיכך, לאור הפגיעה הקשה המוצגת בזכויות המערערים, **נבקש מבית המשפט לפסול מכוח דוקטרינת הפסילה החוקתית את עדותם כראיה נגזרת.**

6.2. על העדות להיפסל שכן אינה חופשית ומרצון

285. אם לא די בכך, אף יש לפסול את עדות המערערים מכוח סעיף 12 **לפקודת הראיות**, שכן מדובר בעדות שאינה חופשית ומרצון.

286. סעיף 12(א) לפקודת הראיות קובע כי הודיית נאשם תהיה קבילה רק אם הייתה חופשית ומרצון. כפי שנקבע לא פעם בבית המשפט, מבחן חופשיות הרצון נתפס לא רק ככלי להבטחת מהימנותן של הודאות, אלא גם ככלי המשמש להגנה על טוהרו של ההליך הפלילי ועל זכויות הנאשמים בגדרו של הליך זה, כמו גם כגורם מרתיע מפני שימוש באמצעי חקירה פסולים (ע"פ 1292/06 **תורק נ' מדינת ישראל**, בפס' 17 (נבו 20.7.2009)).

287. גביית גרסת המערערים בחקירתם, תוך שהחוקרים מציגים להם סרטון שהושג שלא כדין, ולא רק אלא סרטון חלקי, מוטה, שלא מתאר נאמנה את השתלשלות האירועים, מייצרת עיוות פסיכולוגי של תפיסת הנאשם את האירוע בזיכרונו, ובכך שוללת את חופשיות הרצון של גרסתו, וזאת ללא צורך לבחון האם בפועל, באופן סובייקטיבי, הצגת הסרטון השפיעה ושינתה את גרסתו. כפי שהוצג בעניין **חייבטוב**, בפסקה 84:

"אמצעי חקירה פסולים כגון.... הפעלת לחצים פסיכולוגיים אסורים על הנחקר, שוללים, מניה וביה, את קבילות הודאתו... זאת, מבלי שיש צורך לבחון את מידת השפעתם בפועל של אמצעי החקירה הפסולים על רצונו החופשי של הנחקר ועל אמינות ההודאה".

288. נוסף בהקשר זה ממסקנותיה של **ועדת גולדברג**, הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר דין-וחשבון, ירושלים, התשנ"ה 1994. ועדת גולדברג הוקמה כדי להתמודד עם שתי בעיות – הרשעה על סמך הודאה בלבד ועילות למשפט חוזר – והמליצה **לשנות את סעיף 12 לפקודת הראיות**. לדעת הוועדה, השינוי דרוש גם בגלל חוסר הבהירות של מבחן "חופשית ומרצון" לצד חקיקת חוקי היסוד. להלן הניסוח שהציעה הוועדה לתיקון הסעיף:

"אמרה של אדם לא תשמש ראיה נגדו במשפט פלילי שהוא נאשם בו, אלא אם שוכנע בית המשפט שהנאשם נתן אותה מרצונו החופשי, ושלא כתוצאה מאלימות מאיום או מפיתוי, או ששוכנע מתוך האמרה או בדרך אחרת שהיא אמרת אמת".

289. דברי ההסבר להצעת התיקון, מציינים שכדי לאפשר משפט צדק מבחינה מהותית, גם כשהדרישה הטכנית לא הוכחה, בית המשפט לא יסתפק בכך שהודיה ניתנה מרצונו החופשי של הנחקר כדי לקבלה, ונדרש גם לראות שמדובר בהודיית אמת שלא הטו אותה. לדעת הוועדה, הביטוי 'רצון חופשי' איבד את משמעותו, ועלול לעוות את הערכת העובדות ולגרום למסקנות מלאכותיות ומאולצות (עמודים 11-13). עלינו להכיר בכך שאדם במעצר לא בהכרח פועל מרצונו החופשי כברירת מחדל. הוועדה הציעה לחלק את מידת הלחץ שהפעיל החוקר על הנחקר לפי דרגות חומרה: הראשונה שימוש באלימות של ממשל, השנייה, הטעיה, פיתוי או הפעלת לחץ אחר שיביא להודיה או למתן אמרה. נטל ההוכחה על החוקרים, להוכיח שלא הפעילו את הלחץ הזה.

290. בענייננו, המערערים נמצאו תחת חקירה משטרתית, והודעותיהם נגבו תחת לחץ והטעיה שכן הוצג להם סרטון שאינו קביל אשר "דוחק אותם לפינה". מידת לחץ זו נמנית בדרגת החומרה השנייה המפורטת במסקנות ועדת גולדברג, ומן הראוי לציין שהחוקרים לא עמדו בנטל ההוכחה שלא הופעל לחץ שכזה.

291. בע"פ 347/75 הירש נ' **מדינת ישראל**, פ"ד (3) 197 (1976) (להלן: **עניין הירש**), מוצגת גישה ביחס לפסילת הודאה מכוח סעיף 12(א) לפקודת הראיות. גישה זו, שנשמעת בעיקר מפיו של כבוד השופט לנדוי, קובעת כי גם **הפעלת לחצים פסיכולוגיים על נחקר תוביל לפסילת הודאתו**:

"הרשעות בעקבות קבלת הודאות כראיה שלא ניתנו מרצון, כלומר הן ניתנו כתוצאה מכפייה פיזית או פסיכולוגית, אינן יכולות לעמוד. זה הדין לא מפני שהודאות כאלה עלולות להיות כוזבות אלא מפני האמצעים, שבהם השתמשו כדי להוציא אותן מפי הנאשם, נוגדים עקרון יסוד של אכיפת המשפט הפלילי שלנו: ששיטתנו היא שיטה אקוזטורית ולא אינקוויזיטורית - שיטה שבה חייבת המדינה להוכיח את האשמה בראיות שהושגו באופן בלתי-תלוי וחופשי ואין היא רשאית להוכיח את האישום מפי הנאשם עצמו בדרך כפייה." (**שם**, בעמוד 201 לפסק הדין).

292. גישה נוספת, כפי שנקבעה בע"פ 115/82 **מועדי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לח(1) 197 (1984) (להלן: **עניין מועדי**) ומתוארת היטב בעניין **חייבטוב**, היא הגישה המיושמת בימנו כהלכה מחייבת לפיה בודקים האם היה באמצעי הפסול כדי לשלול את רצונו הטוב והחופשי של הנחקר למסור את ההודעה:

"יש לבחון, מבחינה עובדתית, האם היה באמצעי הפסול כדי לשלול את רצונו הטוב והחופשי של הנחקר במסירת ההודאה, וכאשר התשובה היא חיובית, תיפסל ההודאה מחשש לאמינותה. עם זאת, באותם מקרים בהם הופעלו כלפי הנחקר אמצעי חקירה פסולים באופן קיצוני, כך שהפעלתם מגעת כדי "פגיעה בצלם דמות האדם", תפסל ההודאה, מניה וביה, מבלי לבחון את ההשפעה בפועל של אמצעי החקירה הפסול על חופשיות רצונו של הנחקר." (**עניין חייבטוב**, בפס' 84).

293. לשיטתנו, אין להתעלם מהגישה המתוארת בעניין **הירש** המציבה במרכז את זכויות הנאשם ואת עקרון שלטון החוק.

294. בנוסף, בבחינת הדין המצוי ובהתאם לעניין **מועדי**, ניתן לומר בענייניו שהסרטון והשפעותיו הפסיכולוגיות יצרו מציאות אחרת בראש המערערים שפגעה בתפיסה הסובייקטיבית שלהם ואילצה אותם למסור גרסה בחקירת

המשטרה שאחרת לא היו נותנים. לכן, יש לפסול את הודעות המערערים במשטרה שהושפעו מהסרטון, ולכן נגבו בצורה שאינה חופשית ומרצון.

295. גביית ההודעות במסגרת החקירה המשטרתית תוך צפיית הנחקרים בסרטון, מהווה הבניה פסולה של זיכרון הנחקרים, אשר פגמה כאמור בתפיסת האירוע בזיכרונם.

296. בהתאם לספרו של קדמי על הראיות (יעקב קדמי על הראיות: הדין בראי הפסיקה (מהדורה משולבת ומעודכנת נבו תש"ע-2009)), ניתן לחלק ריענון זיכרונם של נחקרים לשתי קטגוריות. הראשונה, הצגת מסמכים והקראת תצהירים שכבר ניתנו על ידי הנחקר שהוא ריענון זיכרון מותר. השנייה, ריענון זיכרון על ידי בניית זיכרון שלא קיים, שהוא ריענון אסור שמקבע פרטים בזיכרונו של הנחקר ומאפשר התאמת גרסתו לגרסאות של אחרים. בקטגוריה השנייה נכנסים מגוון מקרים בהם הושפעה הודעת הנחקר, כך שלא ניתן לראות בה יותר כהודעה הסובייקטיבית לאירוע, ועל כן אף לא יכולה להיחשב שהודעה אובייקטיבית המתארת נאמנה את שהתרחש.

297. על מורכבות הזיכרון האנושי, והאפשרות שפלוני יודה במעשה שלא הוא עשה כאשר צופה במצג חזותי, נכתב רבות בספרות הפסיכולוגית. כך, למשל, הפסיכולוג האמריקאי William James כתב בהקשר זה כבר בשנת 1890 (בתרגום חופשי):

"אחת הסיבות השכיחות ביותר לתעתוע בזיכרונות נאשמים מצוי בסרטונים המשמשים כראיה. סרטונים, לרוב, אינם מיצרים תמונה חד-חד ערכית, אולם הם בהחלט מעוררים במוחו של החשוד את הספקות שמא אולי הוא עשה את המעשה הנבזה. [או-אז] החשוד – שהחוקרים מראים לו את הסרטון שוב-שוב – נתקף מצפון ואשם, ומעדיף להודות במעשה; הכל, כדי שהתחושות הקשות שמנקרות בו ייפסקו.

כך, למעשה, מסלקים הדמיון והפחד את המציאות מן הזיכרון, ונותרים לשלוט במקומו. עד מהרה אין אנו מסוגלים עוד להבחין בין מה שאירע בפועל לבין מחשבותינו על שהיה עשוי להתרחש" (WILLIAM JAMES, THE PRINCIPLES OF PSYCHOLOGY (1890)).

298. מחקרים בתחום הפסיכולוגיה הקוגניטיבית מכירים בכך שניתן, בדרכים שונות, לגרום (גם אם לא במכוון) לעיוות זכרונו של עד ולשינוי הדרך בה הוא תופס וזוכר את האירוע שחוה. לכך מתייחס ינון היימן במאמרו הרלוונטי לענייננו (ראו ינון היימן "פסיכולוגיה משפטית: החשיבה המטא-קוגניטיבית של עדי-ראייה והשפעתה על תהליכי קבלתן של החלטות שיפוטיות" מאזני משפט י 97 (התשע"ה) (להלן: היימן "פסיכולוגיה משפטית")), שם מתאר היימן שלושה שלבים רווחים בגישות התיאורטיות המתארים את התהליך אותו עובר אדם בשחזור אירוע:

299. השלב הראשון, הוא שלב הרכישה (acquisition) בו האדם חווה את האירוע המקורי והוא מקודד לתוך זכרונו. בשלב זה האדם (במודע או לא במודע) מחליט במה להתרכז, שכן הסביבה מלאה בגירויים אשר הוא לא יכול להפנות את תשומת ליבו לכולם יחדיו.

300. השלב השני, הוא שלב השימור (retention), בו האירוע משתמר בזיכרון, במהלך הזמן שבין האירוע עצמו לבין המועד שבו האדם נדרש לשלוח אותו מהזיכרון ולדווח עליו. בשלב זה חלק מהמידע עשוי להשתנות. דברים רבים יכולים לקרות בשלב הזה ו"לזהם" את הזיכרון המקורי – לדוגמה שיחה על האירוע או היחשפות לפרטי האירוע באמצעי התקשורת.

301. השלב השלישי הוא שלב השליפה (retrieval), בו האדם שולף את המידע מזיכרונו. הוא יכול לשלוח הן את המידע הנובע מהאירוע עצמו, והן את המידע הנובע ממרכיבים חיצוניים לאירוע עצמו אשר "התערבבו" בזיכרונו, והוא ייטיח אליהם כאל פרטים רלוונטיים לאירוע המקורי.

302. ובאופן מדויק ורלוונטי לנסיבותינו מדגיש כי:

"יש מקרים שבהם זכרוננו של העד יתעתע בו, והוא יוטה על-ידי מניפולציות מכוונות או בלתי-מכוונות – אם בשל אמונות, ציפיות או "דעות קדומות"; אם בשל מרכיבים חיזוניים לאירוע עצמו; ואם בשל היחשפות למידע כוזב (misinformation) לאחר האירוע. מניפולציות אלה גורמות לעיוות הזיכרון המקורי, להחלשתו או לגריסתו." (היימן "פסיכולוגיה משפטית", בעמ' 103).

303. כך למשל, ניתן לשנות את הדרך שבה אדם זוכר אירוע באמצעות שאלות. סוגיה זו רלוונטית, בין היתר, לדרך חקירתם של עדי-ראייה על-ידי חוקרי המשטרה, שהרי השאלות שהחוקרים שואלים יכולות להטות ולהטעות את העדים (היימן "פסיכולוגיה משפטית", בעמ' 116).

304. לשיטתנו, חשיפת המערערים לסרטון בעת גביית הודעותיהם הבנתה את ההודעות לגרסה אותה רואים בסרטון, ובכך מנעה מהם לספק עדות סובייקטיבית אמיתית לגבי האירוע. הסרטון מתחיל בהתרחשות בתוך הבית, בעוד שלא כולל את האירועים שקדמו לכך – מעקב המתלוננת וחבריה אחרי המערערים והידחפות לתוך ביתם בכוח. בסרטון רואים את המתלוננים והמערערים מסתובבים בחוסר מנוחה אחד מסביב לשני תוך כדי צעקות ומהומה שלא מאפשרים לצופה לשמוע את תוכן השיחה. המצלמה נופלת, ונבעטת כך שלמשך כמה שניות לא רואים דבר. לאחר מכן רואים את המתלוננת, רחל, מניפה את ידה הימנית למעלה באיום, בתגובה דוחפת אותה המערערת ליאורה על הספה כשבמקביל שלום מרסס עליה גז פלפל. לשיטתנו, חשיפת המערערים לסרטון בעת גביית הודעותיהם הבנתה את ההודעות לגרסה הצרה אותה רואים בסרטון, ובכך מנעה מהם לספק עדות סובייקטיבית אמיתית לגבי האירוע.

305. הצפייה בסרטון פעמים רבות זיהמה את הזיכרון המקורי וקיבעה פרטים מסוימים מהאירוע בזיכרונם של המערערים – את הפרטים המופיעים בסרטון, קרי ההתרחשות בפנים הבית – בעוד שבמקביל, היא קיבעה את "אין" פרטים האחרים, אשר לא מופיעים בו כמו ניסיון המערערים להימנע מהעימות, מעקב המתלוננת וחבריה אחרי המערערים והידחפותם האלימה לדירה שאינה שלהם כמו גם את הבעות פניהם המבוהלות של המערערים. כך למעשה התקבעה בזיכרונם של המערערים תמונה חלקית בלבד של האירוע, המושפעת ישירות ממה שמוצג בסרטון, ובהכרח אינה כוללת את מה שחסר בו, בעוד שבענייננו כאמור – החסר עולה על הנגלה בסרטון.

306. למעשה, במצב שבו מציגים לנחקרים שוב ושוב את הסרטון והזיכרון של הנחקרים נבנה על הצפייה החוזרת ונשנית בסרטון – הופכת את גרסאות הנחקרים להד של הסרטון. אין מדובר בשתי ראיות נפרדות שמחזקות זו את זו, אלא ב"העתק הדבק" של אותה ראייה פסולה ולא קבילה, תוך העמקת הפגיעה בזכויותיהם של המערערים. נוכח כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע שיש לפסול גם את הודעותיהם של המערערים במשטרה.

6.3. על בית המשפט הנכבד לזכות את הנאשמים מכוח דוקטרינת הגנה מן הצדק

307. בנוסף לטענות שהוצגו לעיל, וכחלופה אחרונה, נבקש לפסול את הודעות המערערים במשטרה גם מטעמים של הגנה מן הצדק. דוקטרינת ההגנה מן הצדק אומצה בישראל מהמשפט האנגלי והוכרה רשמית כדוקטרינה הנובעת מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בע"פ 2910/94 יפת נ' **מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 353 (1994). דוקטרינה זו מאפשרת לבית-המשפט שלא להפעיל את סמכותו במקרים שאין באפשרותו להעניק לנאשם משפט הוגן, או שיש בניהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות המשפטית.

308. היום, מעוגנת הדוקטרינה כטענה מקדמית בסעיף 149(10) לחסד"פ, למקרים בהם ההליך עומד "בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". לשון הסעיף מאפשרת לבית המשפט להרחיב את הדוקטרינה למה שנתפס צודק וניתן לראות זאת במרוצת השנים בהחלטה על יותר מקרים. לדוגמה, שימוש בדוקטרינה גם במקרים בהם הייתה אכיפה מפלה שלא מתוך כוונת זדון (ראו, רע"פ 1611/16 **מדינת ישראל נ' ורדי** (נבו 31.10.2018)).

309. כבוד השופט מלצר בעניין **חייבטוב**, בדעת מיעוט, זיכה את חייבטוב גם מכוח דוקטרינת ההגנה מן הצדק. בפסיקתו הוא עמד על ההבדל בין דוקטרינת הפסילה החוקתית וטענת ההגנה מן הצדק:

"הפסילה הפסיקתית היא **מכוונת ראיות**, ואילו ההגנה מן הצדק היא **מכוונת הליך** ועל פי הלכת ברוביץ היא צריכה לצלוח שלושה שלבים כדי שתתקבל (זיהוי הפגם וסיווג עוצמתו כחמור, שקילת האיזון בין האינטרסים הרלוונטיים הנוגדים והעדפת עקרונות של צדק והגינות משפטית על פני הצורך במיצוי הדין, והתאמת הסעד לליקוי). ראו: נקדימון, בעמ' 68-73. מעבר לכך ההגנה מן הצדק מכוונת עצמה לנאשם, להגינות ההליך כלפיו ולצדק, ונותנת עדיפות לערכים אלה על פני הצורך בהרשעה [...]. הפסילה הפסיקתית נושאת פניה לעבר (נסיבות ההודאה, או דרך השגת הראיה) ואילו ההגנה מן הצדק יוצאת לדרך ממה שקרה, אך מדגישה את ההשלכות של הדבר על התנהלותן של הרשויות בהווה ועל תדמית מערכת המשפט בזמן נתון ובעתיד" (שם, בפס' ה-ו).

310. בע"פ 4039/19 נחמני נ' **מדינת ישראל** (נבו 17.3.2021), השופטת ברק-ארז מדגישה את הצורך בטענות דינויות כמו הגנה מן הצדק.

311. בענייננו, בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע, מכוח הדוקטרינה וסעיף 10)49 לחוק סדר הדין הפלילי, כי ישנה סתירה מהותית בין עקרונות הצדק וההגינות המשפטית להליך המשפטי שהתקיים כיוון ההליך שהביא להרשעתם של ליאורה ושלוש מלא בפגמים. תחילה, **הסרטון שודר למשטרה ללא סמכות**, באמצעות proxy תוך פגיעה בפרטיות המצולמים, ללא הסכמתם (ראו פרק 4 לעיל). לאחר מכן הסרטון **נשמר במאגר מידע ללא סמכות** וללא ידיעתה או הסכמתה של המצלמת ואף הועבר בין המשטרה לתביעה לצורך הגשת כתב האישום בעניינם של ליאורה ושלוש. הפגמים בהליך לא נעצרו בתביעה אלה חדרו גם לחצר בית המשפט קמא שקיבל את הסרטון הלא קביל מבלי לפסול אותו ואת עדותם של המערערים שניתנה תחת הלחץ הפסיכולוגי של צפייה בסרטון פעם אחר פעם.

312. לכן, **יש לקבל במקרה זה גם טענה של הגנה מן הצדק** כיוון שהפרוצדורה הלקויה שפורטה לעיל יכולה לפגוע אנושות בצדק שמערכת אכיפת החוק שואפת להשיג, שכן גם צדק לא מושג בכל מחיר.

7. לא ניתן ליתן לסרטון את הפרשנות אותה נתן לו בית משפט קמא

313. לחלופין, אם יסבור בית המשפט הנכבד כי על אף כל האמור לעיל יש בכל זאת לקבל את הסרטון בענייננו, ברצוננו להראות לבית המשפט הנכבד כי בהתבסס על **כלל השתלשלות האירועים**, המערערים פעלו בהגנה עצמית. כמו כן, שגה בית משפט קמא בקביעתו שהסרטון משקף ויזואלית את האירוע ומהווה "ראיית זהב" לאשמתם של המערערים.

314. כאמור לעיל, הסרטון מתעד התרחשות חלקית בלבד הן בזמן והן במקום, ולא ניתן להסיק מסקנות ברורות מסרטון כזה, שצולם כשהטלפון המתעד נבעט ברחבי החדר. אין להתעלם מכך שהאירוע בענייננו התחיל הרבה לפני ההתרחשות המתועדת בסרטון, ופרטים רבים מהאירוע כלל אינם מופיעים בו. שלום וליאורה יצאו לבילוי ונקלעו לויכוח, ממנו ניסו להימנע ולעזוב את המקום. עם זאת, המתלוננת וחבריה עקבו אחרי שלום וליאורה ונדחפו בכוח לביתם, ללא הסכמה, בשעות הלילה המאוחרות. גם בתוך הבית פעלו המתלוננת וחבריה בותקפנות ואגרסיביות כשלא הפסיקו לצעוק ולגדף, התקרבו אל שלום וליאורה (תוך כדי צעקותיהם), כשהמתלוננת הניפה את ידה באוויר באיום באופן שעורר חשש ממשי שאילץ את המערערים להגיב – כדי להגן על עצמם. כל אלו חלק אינהרנטי להשתלשלות האירועים, והכרחיים כדי להבין את האירוע בשלמותו.

315. כמו כן, מהמעט שניתן להבין מהסרטון, תגובתם של שלום וליאורה הייתה כמעט סימולטנית לאיום המתלוננת, כששניהם מנסים להגן כל אחד על עצמו ועל רעהו – ליאורה כשהיא דוחפת את המתלוננת ושלוש כשהוא משתמשת בגז הפלפל.

316. בנסיבות אלה, שאלת המשקל שיש להעניק לסרטון ולמתרחש בו היא שאלה כבדת משקל.

317. כפי שנקבע בע"פ 2653/98 **בן דוד נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(4) 529 (1998) וע"פ 1427-23 **אבו רביע נ' מדינת ישראל** (נבו 01.05.2024), רשאי בית המשפט להכריע על-פי מראה עיניו והתרשמותו מראיות כמו סרטון. "בית המשפט 'קולטי' את העדות שימוסרת' הראיה החפצית בדרך של התרשמות' ממנה וקובע מימצאים על-פי התרשמותו, כשהוא סומך על 'מראה עיניו'. " אמנם ידועה ההלכה המושרשת, לפיה בית-משפט לערעורים לא יסטה, דרך כלל, מממצאים עובדתיים שקבעה הערכה הראשונה, אך כשמדובר בסרטון, לא עומד לבית משפט קמא יתרון ההתרשמות הישירה, וערכאת הערעור יכולה לבחון מחדש את הממצאים שנקבעו בהתבסס על הסרטון :

"...במקום שבו מדובר בהשוואה בין "תמונות" – והוא הדין בהשוואה בין "קולות" מוקלטים או בין "חתימות" נתונות – לא עומד לערכאה הדיונית "יתרון ההתרשמות הישירה", וערכאת הערעור רשאית להעמיד עצמה בנעליה" (שם, בפס' ד' לפסק הדין).

318. לשיטתנו, שגה בית משפט קמא כאשר לא נתן דעתו לכך שהסרטון לא משקף את מלוא האירוע, שכן אינו כולל את האירועים המשמעותיים שקדמו לו. כפי שנקבע בת"פ (שלום י-ם) 33333/03/20 **מדינת ישראל נ' בן חמו** (נבו 1.8.2023), גם כאשר לא מוטלת בספק אמינות הסרטון, על בית המשפט להתייחס גם לאירועים רלוונטיים שקדמו לו :

"...מה שקדם כ"הקדמה" לאירוע הינו בעל רלוונטיות ועל בית המשפט לשמוע עדות בעניין ולקבוע המשקל שיש לייחס ל"הקדמה". "...על בית המשפט לתת משקל ראייתי ראוי לסרטון לעומת ה"חסר" לאחר שמיעת מכלול העדים ועיון בראיות." (שם, בפס' 25 ו-36).

319. הסרטון בענייננו, כמו סרטונים אחרים, לא מעביר את מלוא המידע הרלוונטי ומראה רק את סיום האירוע ללא האירועים שקדמו לו וגרמו למערערים להרגיש מאוימיים סובייקטיבית, ואובייקטיבית כמו מעקב אחירהם ופריצה לביתם. בנוסף, בשל החושך, התזוזות והזווית הלא טובה לא ניתן לראות את הבעות הפנים של המערערים, ואת הפחד שחשו באותו רגע בו הרימה המתלוננת את ידה. ככלל, ניתן לומר שהצופה בקלטת וידאו מצוי בעמדת נחיתות במידע לעומת מי שנכח באירוע וחווה אותו על בשרו. סרטון מתעד רק את מה שב"שדה הראייה" של עדשת המצלמה, וכלום מן המופיע מחוץ לה. לעיתים הסרטון "מפספס" את כל המידע והתגובות שקורות בסיטואציה, ואף לא קולט כלל מידע המועבר בדרכים לא מילוליות. כך נכתב למשל, בהקשר של צילום הליכי המשפט והתייחסות לווידיאו כתחליף לפרוטוקול כתוב, על השוני בין צפייה בהצגה חיה בבית המשפט לבין הצגה בווידיאו, בה לא כל המידע מועבר במלואו אל הצופה :

"השוני בין הצגה חיה לבין הצגה בווידיאו יכול להתבטא בהבדל במידע המועבר בדרכים לא מילוליות במהלך המשפט, מידע שאינו מועבר אל הצופה בקלטת הווידאו, כגון תגובות של הנאשם או של עורך-הדין במהלך עדותו של עד, שאינן נקלטות במצלמת הווידאו; התבטאויות ביניים של השופט או של הנאשם שיחות בין עורך-דין ללקוחו וכיוצא באלה. **שדה הראייה הרחב של קובע העובדות במהלך המשפט מצטמצם בשימוש בווידיאו.**" (עמנואל גרוס "חקר האמת והביקורת השיפוטית – התערבות של ערכאת ערעור בממצאי עובדה: עיון נוסף" **ספר גבריאל בך** 225, 273 (דוד האן, דנה כהן לקח ומיכאל בך עורכים 2011) (להלן: **גרוס "חקר האמת"**)).

320. הסרטון בענייננו, לא רק חסר ברמה העובדתית שכן לא מתעד את העימות במועדון, ואת כניסתם האגרסיבית ללא הזמנה של רחל וחבריה לבית הנאשמים, אלא אף לא מספק עדות אובייקטיבית למתרחש. בניגוד לתיעוד של מצלמה שמוצבת באופן יציב בחלל הבית כך שתציג את מלוא המרחב, בענייננו הסרטון צולם בטלפון נייד שנשמט לרצפה מידי יעל המצלמת, ואף נבעט במהלך האירוע, כך שתיעד ב"דרך לא דרך" את האנדרלמוסיה ששררה. הסרטון לא מראה את האירועים שקדמו לצילום ואינו מראה את תחושתם הסובייקטיבית של המערערים שאליהם פרצו לבית – שכן בקושי ניתן לראות את הבעות פניהם של מי מהמערערים. התחושות והמחשבות שהיו למערערים, וגם למתלוננים לא באות לידי ביטוי בסרטון, לכן הסתמכותו המוחלטת של בית משפט קמא רק על הסרטון, וקביעתו

כי "התובנות והפרשנויות של עדי הראיה על האירועים העובדתיים בדיעבד לא מעלים ולא מורידים" (פס' 55 לפסק הדין של בית משפט קמא), בעייתית. לא ניתן להסיק מסקנה ברורה מסרטון שכזה, ללא התייחסות לעדויות שישלימו את החסר, ולאחר שישקלו כל אלו אין בנו ספק שבית המשפט יסבור שאכן הנאשמים פעלו בדרך של הגנה עצמית.

321. למרות המחשבה הרווחת שראיות חזותיות דוגמת סרטון הן "אובייקטיביות" ונחשבות לאמינות יותר מאשר עדות בעל פה, הן נתונות לפרשנות משתנה. תצלומים, גורמים לצופים להאמין שהם מייצגים את המציאות באופן ניטרלי ואובייקטיבי, גם כאשר אינם בהכרח כאלה. בעיה זו ניתן לכנות בשם 'ריאליזם נאיבי':

"By seeming "automatically understood" and "intuitively credible", images induce viewers to believe they represent reality neutrally and objectively — a notion referred to as naive realism. So defined, the problem of naive realism has a long history in law." (Anna Veronica Banchik, *Too Dangerous to Disclose? FOIA, Courtroom "Visual Theory", and the Legal Battle Over Detainee Abuse Photographs*, 43 L. & SOC. INQ. 1164, 1166 (2018)).

322. כאשר משתמשים במידע חזותי כראיה, מן ההכרח לפרש אותו, ומקרים רבים יעידו על כך שאנשים שונים (ולענייננו – שופטים שונים) יפרשו את אותו מידע חזותי בצורות שונות.

323. אדם הוא אדם הוא אדם. גם שופטים, על אף ניסיונם המקצועי ויכולתם לכאורה לשפוט ללא משוא-פנים, אינם חסינים מפני השפעות של ניסיון עבר וציפיות (היימן "פסיכולוגיה משפטית", בעמ' 113). הצופה בסרטון, עתיד לפרש את המתרחש בו (גם אם לא במודע) באופן המושפע מאמונותיו וחוויותיו האישיות. כל אלו ישפיעו על קביעותיו בנוגע לעובדות אותן רואה בסרטון ועל התוצאות המשפטיות עבור הצדדים.

324. ניתן לראות ביטוי לכך בע"פ 1427/23 אבו רביע נ' מדינת ישראל (נבו 1.5.2024), שם קיצר בית המשפט את עונשי המאסר של המערערים שהורשעו בביצוע לינץ' בנהג שהוביל למותו. האירוע צולם במצלמות של שוטרים ששהו במקום, כולל נהיגתו הפרועה של הנהג שקדם ללינץ'. בית המשפט הנכבד פירש את המסכת העובדתית שהוצגה בסרטונים באופן שונה מאיך שתפס אותה בית המשפט המחוזי, וקבע שנהיגת הנהג עולה לכדי ניסיון דריסה שאילץ את המערערים לפעול בספונטניות ואינסטינקטיבית. למרות ששתי הערכאות נחשפו לאותן ראיות חזותיות - סרטון, מסקנותיהן היו שונות עד כדי שינוי ההכרעה המשפטית.

325. דוגמה להשפעות אלו ניתן לראות גם, במחקר שנעשה בארצות הברית, במטרה לבדוק אם הצבת מצלמות גוף לשוטרים תעזור להפחית את הקיטוב באוכלוסייה ביחס לקביעות הנוגעות לאלימות משטרתית, והאם בסיטואציות נתונות שוטרים פעלו כדין אם לאו. מממצאי המחקר עולה כי כאשר אדם צופה בסרטון בו שוטר עוצר אזרח, בקביעותו לגבי ראיית הסרטון ומה מוצג בה – האם השוטר השתמש בכוח, קיבל החלטה בצורה הוגנת או הפר את החוק – הוא מביא איתו את גישתו ודעותיו הקודמות, ואת "מידת ההזדהות" שלו עם המשטרה, כל זה למרות שמדובר באירוע שנתפס בסרטון. כך נכתב במסקנות המחקר:

"When over a thousand Americans... watch video footage showing police officers arresting citizens, they bring their prior attitudes toward the police to bear on their judgments of the evidence. Crucial judgments, such as whether the officer used force, made decisions in a fair way, or ultimately violated the law, are significantly influenced by viewers' prior level of identification with police – even though the events are captured on tape." (Rozeanna Sommers, *Will Putting Cameras on Police Reduce Polarization?*, 125 YALE L.J. 1304, 1323 (2016)).

ובתמצית לענייננו:

“viewers rely significantly on their beliefs to determine what happened in the videos and what the legal consequences for the parties should be.” (p. 1324).

326. בהקשר לכך, אף נמצא כי שוטרים בארה"ב חוששים מן השימוש במצלמות גוף לתיעוד פעולותיהם, ומביעים דאגה שהראיות החזותיות (כמו למשל במקרי תלונה על שימוש באלימות) יתפרשו באופן שגוי על-ידי אלו שמחוץ לרשויות אכיפת החוק, ביניהם המושבעים, שאינם יכולים להבין או לתפוס את ההנחות עליהן התבסס השוטר בתפעולו את האירוע (Sarah Brayne, Karen Levy & Bryce Clayton Newell, *Visual Data and the Law*, 43 L. & SOC. INQ. (2018), 1149, 1155).

327. אם כך, גישה המכירה בכל הני"ל דוחקת בבתי המשפט להפוך לצרכני מדיה נבונים, ומבקשת שכאשר מתייחס בית המשפט לראיה ויזואלית כמו הסרטון בענייננו, עליו להכיר בכך שהסרטון לא מהווה ראיה אובייקטיבית מלאה של המציאות אלא כי מוצגת בפניו ראיה חלקית, ולקבל החלטותיו מתוך ההבנה שהתוכן המוצג, הקשרו ואופן ההצגה החזותית ישפיעו בהכרח על איך שיתפסו את המוצג בסרטון:

“An emerging jurisprudence of the visual urges courts to become more savvy media consumers and to adopt a constructivist stance toward visual data that recognizes all representations as necessarily partial and promotes decoding how images’ content, context, and visual mode of presentation impact what they appear to convey unproblematically.” (Banchik, p. 1167).

328. נבקש מבית המשפט הנכבד להתחשב בכל המובא לעיל בפרשנותו את הסרטון החלקי והמוטה, בטרם יקבע מסמרות בנושא.

329. לצורך כך, נציע לבית המשפט בבואו לבחון את הסרטון, כאילו בוחן מהימנותו של עד.

330. סעיף 53 לפקודת הראיות, קובע את אמות המידה שעל פיהן יכריע השופט בשאלת המהימנות של העד ובשאלת משקל עדותו, ואף אינו מגביל את בית המשפט להתרשמותו מהתנהגות העד, אלא מסמיכו להגיע לעמדה שאינה מתיישבת דווקא עם התרשמותו זו אלא מבוססת על שיקולים אחרים, כגון השוואת דברי העד לעדויות אחרות, העמדת דבריו במבחן של "הגיון, שכל ישר וניסיון חיים" וכיוצא באלה (ראו: גרוס "חקר האמת", בעמ' 253).

331. כך גם נקבע בע"פ 567/80 אביטן נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 684 (1981), קביעת ממצאי מהימנות מחייבת לעמת את העדות שניתנה עם עדויות וראיות אחרות:

“קביעת ממצאי מהימנות על-ידי בית המשפט היא לעתים קרובות, תהליך מורכב; אין בו סדר דברים כרונוולוגי, ולעתים קרובות אין הערכתה של כל עדות, כשהיא לעצמה, מגלה את התמונה הכוללת... קביעת ממצאי מהימנות מחייבת לא רק שקילת הערך הסגולי של עדות פלונית, כשהיא עומדת בפני עצמה, אלא גם את עימותה עם עדויות ועם ראיות אחרות” (שם, בפס' 4).

332. על כן, נבקש מבית המשפט הנכבד לקבוע כי המערערים פעלו בדרך של הגנה עצמית, שכן לא ניתן להגיע למסקנה אחרת מעל לכל ספק סביר. תחילת הסרטון מציג את חלל הבית בבירור, עם כניסת יעל לחדר ניתן לראות בחטף את המתלוננת צועקת על המערערים ואז הטלפון נשמט מידיה, מתגלגל על הרצפה, ומתעד תנועות רגליים, עד שמציג מקרן זוית את המערערים, הקוראים למתלוננת וחבריה לצאת מהבית ומנסים לחמוק ממגע. ניתן לראות בסרטון (בשניה 23) את המתלוננת מניפה את ידה באופן מאיים ביותר לעבר ליאורה, בעוד שזו ניצבת לפני קיר ואין לה לאן לחמוק, ונאלצת להדוף את המתלוננת. בו בזמן – שלום שניצב ליד ליאורה, בניסיון נואש להגן עליה שולף את גז הפלפל מכיסו ומנסה להרחיק בעזרתו את המתלוננת מעליה.

333. כמו כן, נבקש לצמצם את המשקל שנתן בית משפט קמא לסרטון, כיוון שפרשנות הסרטון אינה אובייקטיבית, מושפעת מהעמדות וראיית העולם של הצופה ובוחנת את האירוע בכללותו ב"ראיית המנהרה" שיוצר הסרטון.

8. אחרית דבר

334. נחבר את כל האמור לעיל. בהתחשב בכך שלמשטרת ישראל אין סמכות להתקשר עם מערכת Help Me; לצפות באמצעותה באזרחים, בביתם, ללא ידיעתם; לשמור תיעוד זה במאגר מידע ללא כל פיקוח או הסדרה; ולהשתמש בתיעוד זה במסגרת ההליך הפלילי, ובהינתן שלא ניתנה הסכמה שתתיר את השימוש בהתאם לדין, נבקש מבית המשפט הנכבד לקבוע כי אין לקבל את הסרטון שהופק ללא סמכות כראיה, ואין לעשות בו שימוש או להתבסס עליו לצורך הרשעת המערערים.

335. לחילופין בלבד, מתבקש בית המשפט הנכבד לצמצם את המשקל שנתן לסרטון ולקבוע כי המערערים פעלו בהגנה עצמית.

336. בהתאם, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל ערעור זה, ולקבוע כי יש לזכות את המערערים מכל המיוחס להם.

337. בנוסף, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבה למחוק כל תיעוד של סרטון דנן במאגר, ולאסור על כל שימוש נוסף של המשיבה במערכת, בטרם הסדרת הסוגייה על-ידי המחוקק, כדין.

יובל שחר, עו"ד

עומר חרמוני, עו"ד

גיני סידיקוב, עו"ד

ב"כ המערערים 2-1