

כב' הרכב השופטים: י' כשר, א' בן ארי, א' אליגון דר

המערערים:

1. שלום שלומי, ת"ז 123456789

2. ליאורה לירי, ת"ז 987654321

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

- נ ג ד -

המשיבה:

מדינת ישראל

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

כתב תשובה

המשיבה, מדינת ישראל, מתכבדת להגיש את תשובתה לערעור שהגישו מר שלום שלומי (המערער 1) והגב' ליאורה לירי (המערערת 2) (אשר יכוננו יחד להלן: המערערים) על הכרעת הדין שניתנה על-ידי בית-המשפט המחוזי בחיפה (כבוד השופטת ציפי מזרחי) במסגרת ת"פ 11111-02-21 מדינת ישראל נ' שלום שלומי ואח' (להלן: הכרעת הדין).

כפי שיפורט בכתב תשובה זה, בניגוד לטענות המערערים, בעניינם של המערערים, משטרת ישראל פעלה כדין ובסמכות; אספה ראיות קבילות – סרטון שמתעד באופן ברור את האירועים והודאות המערערים וחקירות עדי הראיה במשטרה; ובית-משפט קמא צדק בהכרעת דינו עת הרשיע את המערערים במיחוס להם.

1. פתח דבר

1. המדינה סומכת את ידיה על הכרעת הדין של בית-המשפט קמא מטעמיו, ותוסיף ותפרט כדלהלן.
2. כפי שפורט בכתב האישום שהגישה המשיבה, המערערים שהו במועדון לילה בחיפה ביום ה-12.11.2020 וצרכו מספר משקאות אלכוהוליים.
3. במועדון נוצר עימות מילולי בין המערערת לבין רחל כהן (להלן: המתלוננת) ושניים מחבריה. בשלב מסוים עזבו המערערים את המועדון והמתלוננת וחבריה הלכו אחריהם.
4. המריבה בין שתי קבוצות הצעירים המשיכה והסלימה גם בביתה של המערערת 2.

5. בבית המערערת 2 נמשך הוויכוח הקולני בין הצדדים שהסלים עד כדי תגרה פיזית – שבמסגרתה תקפו המערערים את המתלוננת וגרמו לאישפוז.
6. האירוע בבית המערערת 2 תועד בסרטון שהופק באמצעות אפליקציית "Help Me" (להלן: **האפליקציה**), אשר ניצבת במוקד הערעור, ושעליה נרחיב בתשובה זו.
7. בגין מעשיהם, הועמד המערער 1 לדין בביצוע עבירת חבלה חמורה ותקיפה הגורמת חבלה ממשית, לפי סעיפים 333 ו-380 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 בהתאמה; המערערת 2 הועמדה לדין בעבירת תקיפה סתם לפי סעיף 379 לחוק העונשין.
8. המערערים כפרו באשמה וטענו שהפעולות שיוחסו להם בכתב האישום נעשו מתוך הגנה עצמית וכי ממילא המאשימה לא עמדה בנטל ולא הוכיחה את אשמתם באמצעות ראיות קבילות.
9. עיקר המחלוקת שהתבררה בבית-משפט קמא, התמקדה בשאלת קבילותו ומשמעותו של סרטון שתיעד את מעשי המערערים באותו הלילה. סרטון זה נוצר במוקד 100, לאחר שדודתה של המערערת 2 התקשרה למשטרת ישראל באמצעות האפליקציה, ושידרה באופן ישיר מהטלפון שלה למוקד 100.
10. המערערים טענו בפני בית-משפט קמא שהסרטון אינו קביל כראיה, וכך גם כלל הראיות הנגזרות ממנו, שכן, כך לטענת המערערים, השימוש באפליקציה נעשה כדי לקרוא לעזרה בעת חשש לפורצים ולא נועד לשמש כראיה בהליכים פליליים. עוד טענו המערערים כי צפייה בסרטון מלמדת שהוא חלקי וחסר, ושעולה ממנו שהמערערים התגוננו מפני תקיפת המתלוננת וחבריה.
11. בהכרעת דינו קבע בית-משפט קמא שהמשטרה פעלה בהתאם לסמכותה – ובכלל זה כי הסרטון קביל כראיה, ושהמשטרה הייתה רשאית להציג אותו לנחקרים שונים. כמו כן, קבע בית-משפט קמא כי הסרטון מהווה ראיה זהב המדבר בעד עצמה, וכי מצפייה ישירה בסרטון שהוגש, יש לשלול את טענת המערערים להגנה עצמית.
12. לשיטת המערערים שגה בית-משפט קמא כאשר הרשיע את המערערים לאחר שקבע שהסרטון הוא ראיה קבילה שניתן להתבסס עליה. המערערים טוענים כי הסרטון לא קביל כראיה משום שהוא הופק בלא צו שיפוטי או הסמכה חוקית אחרת; תוך ביצוע חיפוש לא חוקי בבית המערערת 2; ותוך פגיעה בזכויות יסוד של המערערים: הזכות לאוטונומיה, לפרטיות, להליך הוגן ולאי-הפללה עצמית.
13. כפי שנראה להלן, עמדת המערערים שגויה וצדק בית-משפט קמא כאשר קבע שהסרטון הוא ראיה קבילה שהושגה כדין, שיש לבסס עליה (ועל יתר הראיות שנאספו בתיק) את הרשעת המערערים.
14. מבנה טיעוננו בכתב תשובה זה יהא כדלקמן:

א) בחלק הראשון נסקור את העובדות הנדרשות לעניין ונעמוד על חומרת הנזקים שגרמו המערערים למתלוננת ועל עוצמת הסטייה של המערערים מהנורמות החברתיות המצופות מהם.

ב) בחלק השני נראה כי המשטרה פעלה בהתאם לסמכות הנתונה לה על-פי דין כאשר קיבלה את הסרטון, תפסה אותו ועשתה בו שימוש במסגרת ההליך הפלילי נגד המערערים.

במסגרת פרק זה נדון בסוגיות הבאות: עקרון חוקיות המנהל; קושי רדיפת המחוקק אחר הטכנולוגיה; חשיבות האפליקציה; סמכויות ההצלה של המשטרה; עקרון ההסכמה מדעת; ומעמד ההגנות המוקנות בדין לרשויות הביטחון בפעולתן.

כמו כן בחלק זה נשיב לטענות המערערים באשר להיעדר החקיקה הקיימת לכאורה בעניין סמכות המשטרה ופעולותיה; מעמד השימוש באפליקציה והשלכותיה; ושאלת החיפוש הווירטואלי.

ג) בחלק השלישי נציג כי גם אם ייקבע שהמשטרה פעלה שלא בהתאם להסמכה חוקית, הרי שהפגמים בפעילות המשטרה (אם ישנם – והמדינה כופרת בכך) הם מינוריים ועל-פי ההלכה הפסוקה ממילא אין לפסול את הסרטון ואת הראיות הנגזרות ממנו כראיה קבילה לשימוש בבית-המשפט. נשיב גם לטענת המערערים בעניין הפגיעה לכאורה בזכות לאי-הפללה עצמית.

ד) בחלק הרביעי נדון בפרשנות של הסרטון כ"ראיית הזהב" והיבטי ההגנה העצמית שהועלו על-ידי המערערים; נתייחס לדיני הפרשנות הנהוגים בפסיקה ביחס להקלטות ולסרטוני וידאו, ונראה כי צדק בית-משפט קמא כאשר קבע כי הסרטון הוא כלי מרכזי שמבסס את אשמת המערערים

15. נפנה עתה להציג את הדברים בהרחבה המתבקשת.

## **2. העובדות הצריכות לעניין**

16. המרערים, צעירים בשנות ה-20 לחייהם, יצאו יחד בערב יום חמישי, 12.11.2020, למועדון לילה בעיר חיפה. מועדון הלילה נמצא בסמוך לביתה של מערערת 2, מרחק הליכה בלבד.

17. השניים נכנסו למועדון ובילו במקום. בעת שהייתם במקום, שתו המערערים מספר כוסות של משקה חריף. במהלך הבילוי נוצר עימות מילולי בין מערערת 2 לבין רחל כהן, המתלוננת.

18. בעקבות העימות המילולי יצאו המערערים אל מחוץ למועדון. מיד אחריהם יצאו מהמועדון גם המתלוננת ושניים מחבריה, אלון ודרור.

19. על-פי כתב האישום, צעדו המערערים לכיוון ביתה של מערערת 2, כאשר המתלוננת ושני חבריה הולכים אחריהם. בין שתי החבורות התקיימו חילופי דברים חריפים גם מחוץ למועדון. חילופי הדברים הלכו והחריפו והתפתח ויכוח קולני בין שתי הקבוצות שכלל חילופי האשמות וגידופים קשים.
20. המערערים נכנסו לביתה של מערערת 2, כאשר המתלוננת ושני חבריה נכנסו לדירתה של מערערת 2 לפני שהספיקה לסגור את דלת ביתה.
21. שתי החבורות המשיכו בחילופי הדברים הקולניים גם בתוך ביתה של מערערת 2, כאשר המעורבים מטיחים זה בזה האשמות קשות.
22. בשלב מסוים התקרבה המתלוננת לכיוונה של מערערת 2. בשלב זה דחפה מערערת 2 את המתלוננת בחוזקה, מה שגרם למתלוננת ליפול ארצה. במהלך האירוע, המערער 1 שראה את העימות בין מערערת 2 למתלוננת, התקרב לשתיים, והתיז לעברה של המתלוננת גז פלפל מטווח קרוב.
23. **בעקבות אירועים אלה, אושפזה המתלוננת כשהיא סובלת ממספר חבלות בגפיים ובעיניה**, והובהלה אל בית-החולים באמצעות אמבולנס טיפול נמרץ, כשעיניה עצומות ואף אינה מסוגלת מסוגלת לפקוח אותן. בנוסף, עקב השלכתה האגרסיבית אל הקרקע על-ידי מערערת 2, חוותה המתלוננת כאבים עזים בגפיה שהקשו על הליכתה והתניידותה בצורה עצמאית. המתלוננת, בחורה צעירה, נותרה חסרת סיכוי אל מול כוחו של מערער 1, גבר חזק, המלווה בנשק מסוג גז מדמיע שאותו התיז לעיניה מטווח אפס.
24. בגין תקיפות אלו הואשמו המערערים בבית-משפט קמא, כאמור, בעבירות חבלה חמורה ותקיפה הגורמת חבלה ממשית (המערער 1) ובעבירת תקיפה סתם (המערערת 2).
25. כאמור, כל האירוע שהתרחש בביתה של המערערת 2 תועד בסרטון – קולי וחזותי – באמצעות הטלפון הנייד של יעל, דודתה של מערערת 2 ששהתה בביתה בזמן האירועים, והפעילה בטלפון הנייד שלה את האפליקציה ששידרה באופן ישיר מתוך מצלמת הטלפון של יעל ישירות למוקד 100 של המשטרה. הסרטון נשמר על-ידי משטרת ישראל, ושימש את המשטרה לחקירת אירועי אותו לילה.

### **3. סמכות משטרת ישראל**

26. המערערים תולים את עיקר יהבם בשאלת סמכות המשטרה להשתמש בסרטון על כל תצורתיו, לרבות תפיסתו, האזנה לרכיב השמע שבו, הצפייה בו, שימושו בהליך החקירה ולבסוף השימוש בו במסגרת ההליך עצמו כראיה.
27. כפי שנראה להלן, טענות המערערים מתעלמות מהוראות החוק והפסיקה שמקימות למשטרה מספר מקורות סמכות; ויתרה מכך חובה לפעול מהרגע שבו נודע לה על ביצוע עבירה. למשטרת ישראל הייתה סמכות להאזין ולצפות בסרטון הווידאו, לתפוס את הסרטון ולהשתמש בו בחקירה; ולמצער עומדים לזכות המשטרה פטורים והגנות שמכשירים את הסרטון כראיה ממילא.

### 3.א עקרון חוקיות המנהל

28. משטרת ישראל היא ארגון האחראי על אכיפת החוק ושמירת הסדר הציבור. משטרת ישראל מהווה חלק בלתי נפרד מרשויות המנהל.<sup>1</sup> כרשות מנהלית שאמונה על זכויות האדם החשובות ביותר הכוללות את ביטחונו ושלמות גופו, חלים על המשטרה עקרונות המשפט הציבורי, וביניהם עקרון חוקיות המנהל.
29. עקרון חוקיות המנהל הוא עקרון בסיסי של המשפט המנהלי, ולפיו לרשות מותר לפעול רק אם הוסמכה לכך;<sup>2</sup> או מכוח סמכותה הפררוגטיבית.<sup>3</sup> העיקרון הבסיסי המובא לעיל הוא "יסוד היסודות" בכללי המשפט המנהלי, והוא מתחדד כשהפעולה המנהלית פוגעת בזכויות אדם.
30. העיקרון מקדם מטרות מגוונות כהפרדת רשויות והגבלת כוח, קידום שקיפות, ודאות והגינות, הגנה על זכויות הפרט ומניעת שרירותיות. המשפט הפלילי הוא חלק מהמשפט הציבורי ומופעל בידי רשויות מנהליות לרבות המשטרה, שבה עסקינן בחלק זה.<sup>4</sup> בשים לב, המשפט המנהלי מכיר היטב את חזקת התקינות, לפיה נקודת המוצא היא שרשות מנהלית פועלת נכון וכראוי, בעת הפעלת סמכויותיה. מסמך זה יוכיח שהמשטרה פעלה בהתאם לעקרונות אלו.

### 3.ב קושי רדיפת המחוקק אחר השינויים וההתפתחויות הטכנולוגיות

31. בבואו של בית-המשפט הנכבד להכריע אם קיים מקור סמכות שהסמיך את המשטרה לפעול כפי שפעלה בעניינם של המערערים, נבקש שבית-המשפט הנכבד לא יתן יד לניסיון של המערערים להתחמק מאימת הדין באמצעות ניצול העובדה שהמחוקק תמיד יאלץ לרדוף אחר הטכנולוגיה.
32. על מנת לא לתת יד להתחמקויות מתוחכמות מהוראות החוק, המדינה סבורה כי בית-המשפט נדרש לפרש באופן גמיש את הוראות החוק המקנות סמכויות אכיפה וחקירה למשטרה, וזאת כדי להתאים סמכויות אלה להתפתחויות הטכנולוגיות המהירות המתרחשות בעולמנו חדשות לבקרים.
33. בהתאם, יש להשתמש בכלים המצויים בחוק ובפסיקה המקנים לרשויות אכיפת החוק שיקול-דעת נרחב וגמישות בשימוש בטכנולוגיה כדי להילחם בפשיעה ביעילות. ביטוי לכך נראה בניסוח לשון החוק, בסעיף 4 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, כפי שיובא להלן.
34. הגבלת רשויות אכיפת החוק, כמו המשטרה, לפעול רק בהתאם לפרשנות הצרה של החקיקה הראשית הקיימת וללשון הארכאית של החוק, אשר חלקה נחקקה באמצע המאה הקודמת, תעודד עבריינים לנצל פרצות משפטיות כדי להתחמק ממורא הדין.

<sup>1</sup> ס' 8ב(א) לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971.

<sup>2</sup> יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** פרק 3: חוקיות המנהל 49 (מהדורה ראשונה, התשנ"ו).

<sup>3</sup> ס' 32 לחוק-יסוד: הממשלה.

<sup>4</sup> אסף הרדוף "דין פלילי בלתי מוסמך: עקרון חוקיות המנהל פוגש את המשפט הפלילי" **ספר יורם דנציגר** 389 (לימור זר-גוטמן ועידו באום עורכים) 2019.

35. הגבלת המשטרה בגבולות משפטיים צרים עשויה לסכן את ביטחון הציבור ולהפריע למאמצים למיגור צורות מתפתחות של עבריינות. מתן סמכות כללית לרשויות אכיפת החוק, בין היתר גם לעשות שימוש טכנולוגי בטכנולוגיה הממשיכה להגיח לעולמנו, יטיב עם החברה. בכך ינצלו שוטרים וחוקרים את כל סמכותם לעיל להגיב לאופי המשתנה ללא הרף של ההתנהגות הפלילית. נבהיר שאין המדינה מבקשת לתת סמכות למפרע לגופי אכיפת החוק, אלא לאפשר להם לפעול בסבירות בהתאם לדין.
36. הענקת סמכות כללית לרשויות אכיפת החוק להשתמש בטכנולוגיה במסגרת משפטית גמישה היא חיונית למאבק באיומים פליליים ושמירה על ביטחון הציבור. על-ידי אימוץ ההתקדמות הטכנולוגית ומתן הכלים והסמכות הנדרשים לרשויות, מדינות יכולות להתמודד טוב יותר עם צורות מתפתחות של עבריינות ולהבטיח את שלמות ותכליות מערכת המשפט – סדר וביטחון.
37. השופט עמית בעניין **נחמני**,<sup>5</sup> היטיב לתאר את הקושי של רדיפת המחוקק אחר הטכנולוגיה. שם נעשה שימוש משטרתי בדגימת DNA וחיפוש במאגרי מידע באמצעות טכנולוגיה מתקדמת, לצורך הרשעת עברייני אלים. בעניין **נחמני** נקבע כי למשטרה ישנה סמכות מוקנית להשתמש בטכנולוגיה החדשה – הגם שסמכות זו לא נכתבה בצורה מפורשת וחד משמעית בחוק:

”ניתן לפרש את החוק באופן שמתאים אותו לשינויים טכנולוגיים ומדעיים גם אם המחוקק לא שיער ולא חזה שינויים אלה, שכן, **החוק הוא יצור חי, פרשנותו צריכה להיות דינמית. יש להבינו באופן שישתלב במציאות המודרנית ויקדם אותה**, (ע”א 2000/97 **לינדורן נ’ קרנית** – **קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים**, פ”ד נה(1) 12, בעמ’ 33 (1999))” (שם, בפס’ 26 לפסק-הדין; ההדגשה הוספה).

38. הציטוט המובא בעניין **לינדורן**, אשר ניתן בשנת 1999, מלמד כי בית-המשפט הכיר בקושי המובנה במציאות המשתנה, ועל כן, קל וחומר כי גישה זו נכונה לימינו אנו. בעניין **נחמני** קבע בית-המשפט הנכבד כי יש לפרש את החוק באופן שיתאים לשינויים הטכנולוגיים והמדעיים, גם אם יוכח כי בעת חקיקת החוק, המחוקק כלל לא העלה על דעתו אפשרות לקיומן של התפתחויות טכנולוגיות אלה. גישה זו נועדה לתת לרשויות האכיפה יכולת להתמודד עם מציאות החיים הדינמית.
39. בהאתם לכך, בית-המשפט הנכבד מתבקש לבחון גם את השימוש שעשתה המשטרה בסרטון שהופק בעניינם של המערערים בראי החובה והצורך של המשטרה לעשות שימוש בטכנולוגיות מתקדמות כדי להתמודד עם הפגיעה הקיימת.

<sup>5</sup> ע”פ 4039/19 **נחמני נ’ מדינת ישראל** (נבו) 17.3.2021.

### ג.3 חשיבות האפליקציה

40. כאשר בוחנים את סמכות המשטרה בראי עקרון חוקיות המנהל, חשוב לתת משקל גם לכך שהאפליקציה מקדמת את הערך הראשון במעלה בכל חברה אנושית – הצלת חיי אדם ומניעת פגיעות קשות בעקבות תופעות עברייניות שונות.
41. משטרת ישראל עומדת לשירות כל אדם ואזרח בישראל, בין היתר באמצעות מוקד טלפוני שניתן לחייג אליו בשיחת חירום – מוקד 100. בשל הרצון להעניק מענה לאזרחים בכל שעה, ביום ובכל סיטואציה, ההתקשרות עם מוקד 100 של המשטרה אפשרית גם לבעלי מכשיר סלולרי שאין להם ספק סלולר.
42. אולם יש להכיר ולהודות בכך שהתפתחותה המתמדת של הטכנולוגיה, ראוי שתעניק גישה ישירה ומשופרת, מהירה ויעילה לאזרח הנמצא במצוקה.
43. בדיוק לצורך זה נבנתה אפליקציית "Help Me".
44. אפליקציית "Help Me" היא אפליקציה חינוכית הניתנת להורדה לכל מכשיר נייד חכם, הן מכשירים התומכים במערכת הפעלה מסוג IOS, והן מסוג Android. האפליקציה נועדה לאפשר למחזיקים בה להתקשר באופן יעיל, מהיר וחכם עם משטרת ישראל בעת צרה. במקרים דחופים, האפליקציה מאפשרת למשתמשים לקרוא לעזרה באמצעות מכשירם הנייד, ואף מאפשרת שימוש בטכנולוגיית המכשיר באמצעות הסרטה הכוללת שמע ותמונות נעות.
45. עד-כה האפליקציה סייעה ומסייעת לאלפי אזרחים נורמטיביים מן השורה ואף לאוכלוסיות מיוחדות, ובכללן קשישים/ות עריריים/ות, נערים/ות בסיכון, אזרחים/ות בעלי צרכים מיוחדים ובעלי מוגבלויות בקבלת סיוע ישיר מגופי הביטחון וההצלה השונים במדינה. תכלית האפליקציה (כמפורט בתקנון שלה) הוא בראש ובראשונה להציל חיים: להוות מקור ישיר ומהיר לאזרח לצורך יצירת קשר טלפוני-ויזואלי עם גופי המשטרה ואכיפת החוק כדי לסייע לו בעת צרה ומצוקה.
46. ביטוי נוסף לתכלית החיובית וההכרחית של האפליקציה ניתן למצוא בדברי מייסדיה. האפליקצייה נוצרה על-ידי המייסדים, אנשי ההיי-טק, עורך-דין שלמה דמיטרחה ותת-ניצב בדימוס סמי חקראותי בשנת 2017. בנו של עורך-דין דמיטרחה נפצע קשה באירוע שוד אלים שהתרחש בשנת 2015. בתחקיר השוד, התברר כי כשל מערכתי במערכות הקריאה הטלפונית של המשטרה הקשה על מתן מענה אפקטיבי לאירוע בזמן אמת. היעדר ממצאי וידאו וראיות בזירה הקשו על מציאת האשמים בשוד ובמחדליו שלא נפתרו עד היום. מאז ועד לימים אלו ממש, עורך-הדין דמיטרחה שם לעצמו כמטרה את הובלת השיפור הטכנולוגי בתחום המענה לקריאות מצוקה וסיוע לאזרחים ואוכלוסיות מצוקה ברחבי העולם.
47. ביום השקת האפליקציה לחנויות האינטרנטיות השונות בתאריך 1.1.2017 נשא בנאומו עורך-דין דמיטרחה את הדברים הבאים:

”זהו יום היסטורי למאבק בפשיעה ובאלימות הגואה ברחובות ישראל. מעתה, כל אזרח ישראלי יוכל בלחיצת כפתור לקבל סיוע ישיר ומיידי מגופי ההצלה והביטחון. “Help Me” מביאה לידי ביטוי את פסגת הטכנולוגיה והחדשנות הישראלית בתחום הביטחון האישי והסיוע לגופי אכיפת החוק במאה ה-21. לכל הספקנים, מניחי המקלות בגלגלים ואנשי התבהלה אני אומר היום שפרטיותכם לא תיפגע, בטחונכם יגבר ומשימתנו המשותפת לתיקון עולם תבוא לידי הגשמה באפליקציה ובמהפכה שהיא תוביל בתחום הנ”ל”.

48. דומה שאין חולק על מטרות החיוביות והחיוניות של האפליקציה.

49. טענות המערערים בנוגע לשימוש באפליקציה מתמקדות בסמכות המשטרה להשתמש במידע שנאסף דרך האפליקציה ובאפשרות הפגיעה בפרטיות המשתמשים וסובביהם בהליך פלילי. אלא שההפך הוא הנכון – האפליקציה מאפשרת לשמור על זכויות האדם החשובות והבסיסיות ביותר: הזכות לחיים, הזכות לשלמות הגוף, הזכות לקניין ועוד. השימוש באפליקציה מגלם את החופש של האזרח להתקשר בחוזים פרטיים עם ספקי אפליקציות, להורידן ולהשתמש בהן, ולהנות משימוש מיטבי מהמכשיר הנייד שברשותם; זאת בייחוד, בעת צרה. האפליקציה היא הזיקוק הטכנולוגי של הרצון המשותף של האזרח ושל המדינה להגן על זכויות האדם. זאת מבלי להתעסק או להתמקד בסמכויות המשטרה שהופעלו כדין ויפורטו להלן.

50. בהקשר זה, יש לדחות את הניסיון של המערערים להעצים את פוגענות השימוש באפליקציה על-ידי המשטרה באמצעות התייחסות בגוף הערעור למקרים שלא קרו במציאות. כך, לדוגמה, התייחסו המערערים למצב שבו תבחר המוקדנית להמשיך ולצפות במתרחש במרחב המצולם מעבר לנדרש לאחר שהסתיים אירוע החירום. בנוסף, העלו המערערים את הסיכון הטמון בביצוע טעות ושידור ישיר (broadcasting) למשטרה, הנושאים תוכן שלא קשור לעניין.

51. מדובר בניסיון מניפולטיבי לייצר מצג שווא כאילו משטרת ישראל היא גוף מסוכן ופוגעני. המערערים חותרים לאפיין ולהציג את משטרת ישראל כמסוכנת ופוגענית, בהיותה שולחת זרועות לעולם האזרחי וכופה עצמה על האזרח אשר מחוסר כל יכולת להתגונן. לא כך הדבר בישראל וודאי שלא באופן ספציפי בעניין המערערים.

52. במסגרת הערעור, אין אנו עוסקים בסוגיות עקרוניות, ואין אנו מניחים הנחות שגויות על היותה של משטרת ישראל משטרת מחשבות שדורסת באופן גס ומכוון את זכויות היסוד של האזרחים שעל בטחונם היא אמונה.



53. לגישת המדינה, נוהג הוא שבית-משפט אשר יושב כערכאת ערעור פלילית לא יעסוק בעניינים שבתיאוריה. הרחיב על כך השופט זמיר בבג"ץ **צמח**:<sup>6</sup>

"[...] עתירות נושאות אופי תאורטי. הן אינן מתבססות על מערכת עובדות, ואינן מבקשות סעד לגבי מקרה זה או אחר, אלא הן מעלות שאלה משפטיות, בעלת אופי כללי, ללא קשר לעובדות של מקרה מסוים".

54. זאת ועוד, נקבע בפסק-הדין כי:

"הכלל הבסיסי הינו כי בדרך כלל בית-המשפט לא ידון בעתירה, אף אם הייתה אקטואלית, משעה שנעשתה תיאורטית" (שם, בעמ' 250).

55. נוסף על כך, בעניין **גולדשטיין**,<sup>7</sup> שבו דן בית-המשפט בתקיפות סכין חמורות, כאשר הסנגורית של קורבן העבירה פירטה את המצבים האפשריים שבהם חומרת המעשים הייתה יכולה להוביל לתוצאות קטלניות יותר, קבע בית-המשפט כי:

"מטרת המשפט איננה לעסוק בשאלות תאורטיות של "מה היה אם", אלא לדון במקרים קונקרטיים שהתרחשו הלכה למעשה" (בעמ' 5).

56. בנסיבות אלה, בהן לא בוצעה הקשה בטעות להפעלת האפליקציה, תיעוד שלא לצורך או המשך צפייה/האזנה לתיעוד לאחר התקיימות העבירה, בית-המשפט הנכבד מתבקש להתעלם מטיעוני המערערים שמתייחסים למקרים היפוטטיים שלא התרחשו במציאות ושאינן קשר בינם לבין המקרה שבפנינו.

57. ראוי לציין כי הניסיון של המערערים לתקוף בתקיפה עקיפה את חוקיותה הכללית של פעילות המשטרה עת היא עושה שימוש בסרטונים המופקים באמצעות האפליקציה כולל הנחיית המשטרה למחוק מאגרי מידע וכיו"ב אינו במקומו.

58. תקיפה עקיפה, כחלק מההליך הפלילי והמקרה הקונקרטי המונח בפני בית-המשפט, אינה המישור הפרוצדורלי הנכון. אם המערערים סבורים שיש בסיס לטענותיהם בדבר היעדר סמכות המשטרה לעשות שימוש בסרטונים המופקים מהאפליקציה, על המערערים לתקוף בצורה ישירה את השימוש שעושה המשטרה באפליקציה, בהתאם להלכה שנקבעה בדנ"פ **רותם**:<sup>8</sup>

"המונח תקיפה עקיפה (Collateral attack) בהקשר בו עסקין מתייחס באופן כללי להעלאת טענות מהמשפט החוקתי ומהמשפט המינהלי בהליך

<sup>6</sup> בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241, 249 (1999).  
<sup>7</sup> ת"פ (מחוזי נצ') 13347-08-13 **מדינת ישראל נ' גולדשטיין** (נבו 10.6.2014).  
<sup>8</sup> דנ"פ 5387/20 **רותם נ' מדינת ישראל** 14 (נבו 15.12.2021).

שיפוטי אחר ובכלל זאת: הליך לקביעת אחריות אזרחית או לקביעת אשמה פלילית. התקיפה ננקטת באותם הליכים מאחר שתוצאתם תושפע משאלת קיומם של פגמים חוקתיים או פגמים בפעולה המינהלית".

59. בדומה, בעניין **גליק**,<sup>9</sup> דחה בית-המשפט את העתירה, הואיל וזו היוותה הלכה למעשה תקיפה עקיפה של החלטה מינהלית שהוגשה לערכאה שאינה מתאימה לדון בכך.

60. לאחר שהצגנו את המסגרת הנורמטיבית הכללית, נפנה להראות כי שימוש המשטרה בסרטון שהופק על-ידי האפקליציה, לאחר שיעל לחצה על האפליקציה והפעילה אותה כדי לקרוא לעזרת המשטרה, נעשה כדין בסמכות וברשות.

### **ד.3 השימוש בסרטון כראיה בהליך הפלילי נעשה מכוח סמכויות ההצלה של משטרת ישראל**

61. ככלל, הוראות החקיקה המסדירות את סמכויות החיפוש של המשטרה נועדו לאזן בין האינטרסים הציבוריים שהמשטרה אמונה על הגשתם לבין זכויות הפרט וחירותו. עמדה על כך הנשיאה (בדימי) ביניש בעניין **בן חיים**:<sup>10</sup>

"ההסדרה המפורטת של סמכויות [החיפוש הנתונות לשוטרי משטרת ישראל] בדברי חקיקה שונים נועדה לשרת שתי מטרות מקבילות. מחד גיסא נועדה הסדרה זו לאפשר למשטרה למלא כראוי את תפקידיה השונים באכיפת החוק ובתפיסת עבריינים, וכך לקדם את ההגנה על הביטחון האישי והסדר הציבורי במדינה. מאידך גיסא נועדה ההסדרה החקיקתית המפורטת לתחום את סמכויות המשטרה שהפעלתן כרוכה מעצם טיבה בפגיעה בזכויות אדם שונות ובחירויות הפרט" (בפס' 16 לפסק הדין).

62. סעיף 3 לפקודת המשטרה קובע כי:

"משטרת ישראל תעסוק במניעת עבירות ובגילויין, בתפיסת עבריינים ובתביעתם לדין... ובקיום הסדר הציבורי ובטחון הנפש והרכוש".

63. סעיף זה מסמיך באופן מהותי ופורמלי את עיסוקה של המשטרה כגוף האמון על האכיפה והסדר הציבורי במדינת ישראל. ביטוי נוסף לסמכות הכללית הנ"ל ניתן למצוא בסעיף 4 לפקודה הקובע כי "לכל שוטר יהיו כל סמכות, חסיון וחסינות הכרוכים במשרת שוטר לפי כל דין, ויטול על עצמו כל תפקיד ואחריות הכרוכים בה".

<sup>9</sup> דנ"א 1523/17 גליק נ' משטרת ישראל, 6 (נבו) 27.07.2017.  
<sup>10</sup> רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(3) 305, 328 (2012).

64. אכן, הוראה זו היא כללית ואינה מכשירה את כלל פעולות המשטרה למפרע. ברם, הוראה זו מהווה תנאי מהותי בבחינת סמכותה הכללית של המשטרה לפעול באירוע אלימות שבו עסקינן. ודוק, סעיף זה אינו סעיל סל ללא שיניים. הלכה למעשה, גם מוקד 100 המשטרתי שואב סמכותו מסעיף זה ממש. האם גם בכך אין סמכות? שאלה תיאורטית זו כמובן מקומה להיענות בשלילה.

65. אין חולק כי לצד הסמכויות הרחבות של אנשי המשטרה ישנן גם חובות רבות; ביניהן החובה "להפעיל את הסמכויות בתבונה ולהשתמש בכוחות הנתונים להם באותה מיומנות וסבירות ולנקוט אותם אמצעי זהירות המתחייבים בנסיבות המקרה, כפי שאדם סביר וכשיר לאותו עניין היה נוקט, והכל מתוך המגמה שלא לגרום נזק מעבר לנדרש לביצוע אותה משימה".<sup>11</sup>

66. כדי לבחון את סמכותה הספציפית של המשטרה לפעול כפי שפעלה, יש לפנות לסעיף 4א לפקודה, אשר מפרט את העילות בגינן נתונות לשוטר סמכויות שונות, כאשר הרלוונטיות לענייננו הן כדלקמן:

"(א) אם מצא שוטר קיום חשש ממשי לפגיעה חמורה בביטחון הנפש או הרכוש, רשאי הוא –

(1) להורות לכל אדם הנמצא באזור או במקום שבו קיים החשש האמור, הוראה סבירה הדרושה באופן חיוני לשם הצלת הנפש או הרכוש או למניעת הפגיעה, ובכלל זה להורות על מניעת גישה לאזור או למקום, או יציאה ממנו;

...

(3) לצורך הצלת הנפש או הרכוש –

(א) להיכנס לכל מקום שהכניסה אליו דרושה באופן חיוני ולהשתמש בכוח סביר כלפי אדם או רכוש לצורך ביצוע סמכות הכניסה כאמור, ובלבד שהשוטר זיהה עצמו לפני מי שנמצא במקום והודיע לו את המטרה שלשמה נדרשת הכניסה, ביקש את הסכמתו לכניסה והזהירו כי יש בכוונתו להשתמש בכוח לצורך הכניסה; חובת הזיהוי, ההודעה והאזהרה כאמור לא יחולו אם נוכח השוטר לדעת כי לא נמצא איש במקום;

(ב) לעשות כל פעולה הדרושה באופן חיוני, ולהשתמש בכוח סביר כלפי אדם או רכוש לצורך ביצוע פעולה כאמור" (ההדגשות הוספו).

<sup>11</sup> יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים חלק ראשון: הליכים שלפני משפט, כרך ב 716 (מהדורה מעודכנת 2008).

67. עמדה זו, הנוגעת לסמכות הכללית של המשטרה לפעול בגדר החוק הובאה גם בפסיקה. בעניין **שמואלי**,<sup>12</sup> נקבע שתפקידו של פקד משטרת ישראל אשר בתקופה הרלוונטית שימש ראש לשכת התנועה במרחב ירושלים, משתרע אפוא לא רק על אזור עבודתו הגאוגרפי:

"[...] רצוני להצביע על ההוראות [3–4] בפקודת המשטרה [...]. לפי הוראות אלו יוצא שמוסמך, ואף מצווה, כל שוטר שיש לו ידיעה או חשד רציני שיבוצע מעשה-עבירה, לפעול בעצמו, במידה שהנסיבות מחייבות זאת, לשם מניעתו, גילוי או תפיסת העברין, וזאת אף אם מדובר בביצוע מעשה-עבירה במקום שאינו שייך לאזור שבו הוא משמש כרגיל בתפקידו המשטירתי. העובדה, כי כדי שהמשימות המוטלות על המשטרה יוגשמו בדרך יעילה, נהוגה אצלה, מבחינה מינהלית, שיטת עבודה של חלוקת התפקידים בין אנשי המשטרה על בסיס גיאוגרפי, אין בכוחה לשנות את פני המסקנה האחרונה. לא יתכן, למשל, **שאם הגיע לשוטר המשמש בתפקיד זה בירושלים מידע שעבירה מסויימת עלולה להתבצע בחיפה, הוא יישב בחיבוק ידיים ולא יעשה לשם מניעתה**, ולו רק על-ידי מסירת המידע לאלתר לממונים עליו כדי שהם יעמידו את אנשי המשטרה באזור ההוא על הסכנה הנ"ל..." (ההדגשות הוספו).

68. כך גם צוין לאחרונה בעניין **אמסלם**,<sup>13</sup> שעסק בכשרות פעולות שוטר בעת ביצוע חיפוש בלא צו: "סע' 4 לפקודה מציין את סמכותם הכללית של שוטרים, ואילו סע' 4א לפקודה מקנה לשוטר סמכויות מרחיבות במקרה קיומו של חשש ממשי לפגיעה חמורה בביטחון הנפש או הרכוש".

69. גם בספרות המשפטית ישנם ביאורים לעניין הסמכויות לעיל וחשיבותן. ראו, למשל, את דבריהם של ד"ר עמיקם הרפז ועו"ד מרים גולן בספרם **משטר ושיטור – זכויות אדם וסמכויות משטרה**:<sup>14</sup>

"שתי סמכויות חשובות הנתונות לשוטרים: סמכות החיפוש וסמכות השימוש בכוח. מידת פגיעתן של סמכויות אלה בכבודו ובשלמות גופו של אדם גדולה במיוחד, ובמקרה של שימוש בכוח הפגיעה אף עלולה להביא לקיפוח חיים. אשר על כן, השימוש בסמכויות אלה מחייב את בעלי הסמכות לקור רוח, לזהירות ולידע משפטי באשר לאופן השימוש בהן. בשונה מהשופט היושב על כס השיפוט, היכול לקבל החלטות בשובה ובנחת ועל בסיס נתונים רבים המובאים לפניו, שוטר אינו נהנה מתנאים כאלה; בדרך כלל, כאשר הוא נדרש להשתמש בסמכויות אלה התנאים הם תנאי לחץ, מצוקה ומידע מוגבל וחלקי. על השוטר להבין את המצב לאשורו, לפרשו

<sup>12</sup> ע"פ 61/73 שמואלי נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 281, 295 (1973).

<sup>13</sup> ת"פ (שלום רמי) 29414-02-20 מדינת ישראל נ' אמסלם, 8 (נבו) 2022.10.2.

<sup>14</sup> עמיקם הרפז ומרים גולן **סמכויות לחיפוש ולשימוש בכוח** 176 (פרק 6: משפט ושיטור – זכויות אדם וסמכויות משטרה) (2018).

נכונה ולהגיב כהלכה בפרק זמן היכול להימדד בשניות ספורות ואולי אף פחות מכך".

70. ברוח המשפט העברי המצוי במקורותנו יש לזכור את הציווי "לא תעמוד על דם רעך"<sup>15</sup>, אחד מיני תרי"ג מצוות במסורת היהודית. חשיבות החובה לסייע אף עוגנה בחקיקה ראשית ותחולתה מופנית כלפי כל אדם באשר הוא. מכאן, קל וחומר, שביטוייה הנורמטיבי חל ביתר שאת כלפי אנשי אכיפת החוק – השוטרים. הרמב"ם מציין בהקשר זה "כל היכול להציל ולא הציל, עובר על לא תעמוד על דם רעך. וכן הרואה את חברו טובע בים, או ליסטים באים עליו, או חיה רעה באה עליו, ויכול להצילו הוא בעצמו, או ששכר אחרים להצילו ולא הציל [...] העושה אותם עובר על לא תעמוד על דם רעך"<sup>16</sup>.

71. ציווי קדום זה קיבל כאמור ביטוי גם בחקיקה האזרחית בישראל. הוראות החוק הרלוונטיות מובאות כדלקמן:<sup>17</sup>

"(א) חובה על אדם להושיט עזרה לאדם הנמצא לנגד עיניו, עקב אירוע פתאומי, בסכנה חמורה ומיידית לחייו, לשלמות גופו או לבריאותו, כאשר לאל-ידו להושיט את העזרה, מבלי להסתכן או לסכן את זולתו.  
(ב) המודיע לרשויות או המזעיק אדם אחר היכול להושיט את העזרה הנדרשת, יראוהו כמי שהושיט עזרה לענין חוק זה; בסעיף זה "רשויות" – משטרת ישראל, מגן דוד אדום ושירות הכבאות".

72. בעניינו, יש לראות באירוע האלימות שבו השתתפו המערערים ככזה **המקים חובה למשטרה** לפעול כפי שפעלה. נדגיש כי עסקינן באירוע חריג שבו יעל חשה בחרדה לשלמות ביתה וגופה, ולכן הזעיקה עזרה באמצעות האפליקציה. הלכה למעשה, יעל תיעדה את מצוקתה הגדולה של המתלוננת, כאשר הושלכה באלימות אל הקרקע והותז גז פלפל לעבר פניה. אירועים כאלו מובילים למצוקה של אזרח. כאשר מצוקה זו מובאת לידיעת המשטרה, קמה לשוטר חובה להתערב ולהגן על שלמות גופם של המעורבים למען הבטחת שלום הציבור.

73. הופעת הסרטון במחשבי המשטרה באופן אוטומטי יוצרת "חובת עשה" של המשטרה המקנה לה סמכות להיכנס לכל מקום "שהכניסה אליו דרושה באופן חיוני". היתכן ששוטר הנמצא במדרגות בניין מגורים לא יעלה לבחון אירוע אלימות המתרחש באחת מקומותיו של הבניין? לדידנו, יש להשיב על שאלה זו בשלילה. על דרך האנלוגיה, ניתן לראות בטלפון הנייד ובסרטון ככאלו אשר שימשו את המשטרה להוכיח את החשש הממשי לפגיעה בנפגעת ואף הסמיכו בדיעבד את המשטרה לפעול כפי שפעלה לצורך מניעת הפשע, לרבות צילומם של המערערים ופעולתם.

<sup>15</sup> ויקרא 19, 16.

<sup>16</sup> רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש א, יד.

<sup>17</sup> ס' 1 לחוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998.

74. סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 מחייב את המשטרה לפתוח בחקירה, אם נודע לה על דבר עבירה, בין אם בתלונה ובין אם **בכך זרך אחרת**. בכך, ניתן לראות ביטוי נוסף לכך שהמחוקק מכיר בחובת העשה של המשטרה לפעול, בקיום מצב הדורש זאת.

75. ביטוי לסמכות משטרת ישראל לפעול ולצבור ראיות מרשיעות, אשר לעיתים עשויות להיות מנותקות מסיבת הגעת המשטרה מלכתחילה מופיע בפסיקה הישראלית. כך, בעניין **הרש**,<sup>18</sup> שם הזעיקו תושבים את משטרת ישראל ומכבי אש בשל ריח חריף בסביבתם. במהלך החיפוש נמצאו נוסחאות להכנת סמים ותכרובות כימיות שהכילו סמים; ממצאים אלו שימשו בהמשך בערכאה הדיונית את הפרקילטות והובילו להרשעת הנאשמים.

76. בדומה לענייננו, אף בהיעדר צו ייעודי מבית-משפט לחיפוש, עת שהגיעו משטרת ישראל ומכבי האש למקום, ופעלו למען כיבוי השריפה ואיתור מקור הריח – נמצאו ראיות אשר הובילו להרשעות הנאשמים בפלילים. ההיקש הוא אינהרנטי, כאשר כבאי מוזעק לשריפה הוא מזהה לכוד בתוך הבית, או בתוך האירוע, מה מצפה ממנו? לפעול למען כיבוי השריפה בלבד ולהתעלם מאי-חוקיות זועקת לנגד עיניהם? נשיב באחת – לא.

77. עדות נוספת לכך שעלולים להיווצר אירועים שבהם גוף הצלה מוזעק לעזרה, ואגב הסיוע אותרו ראיות מפלילות, מנותקות מעילת הקריאה הראשונית, אשר הובילו לפתיחה בחקירה, עולה בעניין **בוחבוט**.<sup>19</sup> שם, בני זוג מבית שמש הזעיקו משטרה לביתם, לאחר שהבחינו בנאשם מנסה לפתוח את דלת דירתם. השוטרים שהוזעקו למקום חשדו כי הנאשם נמצא תחת השפעת חומר פסיכו-אקטיבי, מה שהוביל לחיפוש על גופו ומציאת סמים, שלאחר חקירה ומשפט הובילו להרשעתו בהחזקת סמים שלא לצריכה עצמית.

78. הנה כי כן, המשטרה הוזעקה למקום בשל חשד לביצוע עבירת פריצה או הסגת גבול. ניסיון הפריצה הקנה סמכות למשטרה לביצוע חיפוש בכליו של החשוד. החיפוש הוביל למציאת סם. כאן, נראה בשנית כי הלכה למעשה, כמו בחיים עצמם, "דבר מוביל לדבר" – פעמים רבות חקירת אירוע אחד יכולה לחשוף עבירות נוספות.

79. כללים אלו אשר נקבעו בחקיקה ובפסיקה מבססים את סמכותה ואת חובתה של המשטרה לפעול כפי שפעלה. אולם לא בכך נגמרות טענות המדינה באשר לשאלת הסמכות.

### **3.ה הסרטון הוא ראיה חפצית, המותרת לתפיסה ושימוש על-ידי משטרת ישראל**

80. למרות המאמצים המשמעותיים של ההגנה להציג כאילו עניינם של המערערים מעלה סוגיות עקרוניות וחדשניות, הרשעת המערערים על בסיס סרטון שהופק באמצעות האפליקציה כלל לא מעלה סוגיות

<sup>18</sup> ת"פ (מחוז ת"א) 260/95 מדינת ישראל נ' הרש (נבו 15.12.1996).  
<sup>19</sup> ת"פ (שלום י-ם) 8960-10-20 מדינת ישראל נ' בוחבוט (נבו 15.5.2022).

חדשניות או פורצות דרך. עסקינן למעשה במקרה פשוט, המתעד עבירת אלימות מוכרת, בקיום ראיות בהירות ומרשיעות.

81. כפי שנפרט להלן, אין עסקינן בחיפוש וירטואלי או בהאזנת סתר אסורה – עניין לנו בחפץ מסוג סרטון שנתפס כדין על-ידי משטרת ישראל לצורך שימוש בו כראיה.

82. הסרטון הוא חומר מחשב, מכוח סעיף 1 לחוק המחשבים, התשנ"ה-1995. זאת הואיל והוא הופק ממכשיר הפועל באמצעות תוכנה (המכשיר הנייד).

83. סעיף 1 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש), התשכ"ט-1969, מגדיר חפץ כך: "לרבות תעודה, מסמך, **חומר מחשב**, או בעל חיים".

84. כך גם בעניין **אסווז**, נקבע בבירור שצילום מצלמות אבטחה מהוות חומר מחשב.<sup>20</sup>

85. סעיף 32(א) לפקודה 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" (ההדגשות הוספו).

86. בנוהל 300.01.319 של משטרת ישראל,<sup>21</sup> שעניינו חיפוש מצלמה, נקבע כי: "אם התעורר חשד סביר, זה מקרוב, שיש בבית או במקום, מצלמה או תיעוד, העשויים לשמש ראיה לביצוע פשע חמור, ואי ביצוע החיפוש באופן מידי יסכל את מטרת החיפוש, ולא ניתן לקבל צו חיפוש, נוכח הצורך לבצע את החיפוש באופן מידי כדי למנוע את העלמת הראיה או הפגיעה בה, יבחן הקצין ליתן אישור לביצוע חיפוש ללא צו, בהתאם להוראות החוק". הנוהל מדגיש את החשיבות והתכלית המונחת ביסוד תפקיד המשטרה ככזו האמונה על ביטחון הציבור ואכיפתו. תכלית זו מחייבת מתן כלים אפקטיביים במציאות המודרנית הנוכחית אשר יש בידם להקל ולסייע למשטרה במילוי תפקידה. נזכיר, המשטרה לא עשתה כל פעולה אקטיבית להשגת הסרטון. זה נמסר לה באופן אוטמטי ומשכך לא נותר לה אלא לשמור אותו ככזה המתעד פעילות עבריינית פסולה ולפעול למען הליכי אישום.

87. בהתאם להוראות אלה יש לראות בסרטון "חפץ" כהגדרתו בחוק וככזה, יש בידי המשטרה סמכות לתפוס/להשתמש בסרטון במסגרת ההליך שבו נעברה עבירה פלילית על-ידי המערערים. המדינה מדגישה כי מטבע הדברים, תפיסת חפצים מסוג סרטונים וקטעי וידאו נעשית באמצעות שמירתם. בכך, הראיה החפצית, הופכת גשמית ורלוונטית לצורך שימושה.

<sup>20</sup> ת"פ (מחוזי חי') 68436-07-20 **מדינת ישראל נ' אסווז**, 25 (נבו) 17.03.2021.  
<sup>21</sup> נוהל אח"מ של משטרת ישראל 300.01.319 "חיפוש אחר אמל"ח ומצלמות ללא צו שיפוטי" (15.5.2023).

### 1.3 טענת המערערים כי הסרטון מהווה מעין "חיפוש וירטואלי" שגויה מיסודה

88. במסגרת הערעור, השוו המערערים לפעולת המוקדנית שצופה בסרטון שמשודר מעדשת המצלמה, באמצעות האפליקציה, לפעולת "חיפוש וירטואלי". לשיטתם, פגעה המשטרה בפרטיותם של הנוכחים במקום וביצעה חיפוש לא חוקי, ללא צו שיפוטי, בהיעדר הסכמת הנוכחים ונוכחות שני עדים, והכל בניגוד להוראות סעיף 26 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש).

89. אלא שטענת המערערים שגויה מיסודה ומניחה את המבוקש – כאילו הפעולה שביצעה המשטרה מהווה חיפוש, גם אם וירטואלי.

90. כדי לטעון שהסרטון מהווה חיפוש וירטואלי שבוצע ללא צו שיפוטי כדין, או כדי לטעון כי הסרטון מהווה חיפוש שבוצע בניגוד להוראות סעיף 26 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש), יש לצלוח תחילה את תנאי הסף – כי משטרת ישראל ערכה חיפוש בביתה של המערערת 2.

91. שהרי, רק אם מדובר בחיפוש שמבוצע על ידי המשטרה, יש תחולה להוראות הפרק השלישי בפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) שעוסק כולו ב"חיפוש".

92. כך הסמיך המחוקק שופט ליתן צו חיפוש לפי הוראות סעיף 23 :

"רשאי שופט ליתן צו לערוך **חיפוש** בכל בית או מקום (להלן – צו חיפוש) [...] "[בנסיבות המפורטות בסעיפי החוק] (ההדגשה הוספה).

93. עוד קבע המחוקק כי שוטר יהיה רשאי לבצע חיפוש בלא צו חיפוש במקרים מסוימים (סעיף 25 לפקודה):

"שוטר רשאי, בלא צו חיפוש, **להיכנס ולחפש** בכל בית או מקום" [בנסיבות המפורטות בסעיפי החוק; ומצוינות בהמשך] (ההדגשה הוספה).

94. ואילו סעיף 26 לפקודה מתייחס לתנאים שיש לקיים במקרה של חיפוש, בין אם מדובר בחיפוש על-פי צו ובין אם לאו:

"(26א) **חיפוש**, בין על פי צו ובין שלא על פי צו, ייערך בפני שני עדים שאינם שוטרים, זולת אם –

- (1) לא ניתן בנסיבות הענין ובגלל דחיפותו לערכו כאמור; נסיבות הענין וטעמי דחיפותו יפורטו בפרוטוקול שייערך;
- (2) שופט הרשה לערכו שלא בפני עדים;



(3) תופש הבית או המקום שבו נערך החיפוש, או אחד מבני ביתו הנוכחים שם, ביקש לערכו שלא בפני עדים; הבקשה תפורט בפרוטוקול שייערך" (ההדגשה הוספה).

95. ניתן לראות שנקודת המוצא הבסיסית היא כי הוראות הפרק השלישי לפקודת סדר הדין הפלילי יחולו רק במקרה שבו שוטר במשטרת ישראל ביצע חיפוש בביתו של אדם.

96. **אלא שהסרטון שתיעד את האירועים הוא כלל אינו חיפוש – לא וירטואל ולא פיזי.**

97. לשיטתנו, טענת החיפוש חסרת יסוד ושחר. אין המדינה רואה בסרטון ובתוצריו פעולת חיפוש. נזכיר כי הסרטון תועד, צולם, והוקלט על-ידי יעל. שום שוטר לא נכח במקום האירוע. המוקדנית נאלצה לצפות בסרטון לאחר שהראשונה בחרה לשתף בו כי חשה בסכנה.

98. כל מסע פרשני מתחיל בלשון החוק.

99. בחינה מילונית פשוטה של המילה "חיפוש" מעלה כי חיפוש מוגדר ביכולתו וברצונו של המחפש למצוא דבר מה. כך, למשל, מוגדר "חיפוש" **במילון אבינאון**:

"1) בדיקה כדי לדעת איפה נמצא מישהו או משהו: למדנו... מציאה מחיפוש;  
2) בילוש, בדיקת ביתו של חשוד או סביבתו כדי למצוא דברים אסורים וכד':  
המשטרה ערכה חיפוש בבית הנאשם בגנבה;  
3) [במחשב] א. הצבת מנגנון-גישה של החסן גישה אקראית באיכון או באיות נתונים ב. פעולה בקבוצת-פריטים לשם מיקום של פריט מסוים או של פריטים בעלי תכונה משותפת, או כדי לוודא שאין פריטים בעלי תכונה מסוימת כלולים בקבוצה".

100. כך גם בעבור המילה המקבילה ל"חיפוש" באנגלית ("Search") אשר מוגדרת, למשל, **במילון אוקספורד**:

Search (noun) – "An attempt to find someone by searching; an effort to find something one seeks, especially when it is lost, hidden, or unknown.

Search (verb) – "intransitive. To make a careful or thorough search of a place, area, etc., in order to find someone or something; to make a concreted attempt to find...".

101. טענתנו פשוטה היא. כאשר אדם או שוטר מעוניין לחפש חפץ, או כל העולה על רוחו, פשיטא שבליבו אוחזת דעה כי הוא **מתכוון למצוא**, והוא תוהה שמא ימצא ממצא או לא, כפי שמתואר בהגדרות המילוניות לעיל.

בענייננו, לא אחז אדם ברצון למצוא דבר, אלא זכה לקבל חפץ (הסרטון) אשר יסייע לו להגשים את תפקידו המצוי בסעיף 3 לפקודת המשטרה – למגר עבריינות ולסייע לציבור בהשלטת ביטחון וסדר.

102. נחזק גישה זו על-פי סדר הדין הפלילי המצוי. המדינה מכבדת ואין ספק בליבה כי הוראות סדר הדין הפלילי חשובות למען זכויות הנאשם, ובכך מבטיחות שלטון דמוקרטי יציב. ולכן, הלכה למעשה, כאשר מתעורר חשד במשטרה שמא נעשה פשע הדורש חקירה; ולשם כך, ישנו צורך בחיפוש – השוטר פונה לשופט לקבלת צו לפעול. זאת כמובן, לאחר שהתקיים חשד כלשהו להתקיימות עבירה.

103. בעניין **הרניב** התייחס כבוד השופט פרי לסוגיית החיפוש:<sup>22</sup>

"למינוח 'חיפוש', אין הגדרה בדיני החיפוש שלנו. יש הגדרה למהו 'חיפוש' חיצוני ומהו 'חיפוש פנימי' בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), תשנ"ו-1996, עם זאת בפסד"פ אין הגדרה ואין תשובה לשאלה חיפוש מהו, מעבר לתכליות שבא להבטיח. כשלעצמי, בחלקתי הקטנה, סבור אני שניתן להגדיר חיפוש במקום או בנכס (לא באדם) כפעולה הבאה:

**חיפוש הוא כניסה למקום או לנכס שלא ע"י בעליו או מחזיקו, כאשר מטרתו נועדה להתחקות אחר חפץ או ממצא לצורך כל חקירה, משפט או הליך אחר.**

[...] לאור העובדה שהסעיף לא תוקן ע"י המחוקק, לאחר המהפכה החוקתית, ולא בוצעו בו ההתאמות המתבקשות מעלייתן של זכויות היסוד במדרג הנורמטיבי עלי חוקי היסוד, ראוי לו לבית המשפט לפרשו בצמצום ולדקדק בקיום תנאיו" (ההדגשות הוספו).

104. הנה, חיפוש הוא (1) אקט פיזי (2) שבו איש חוק (3) נכנס למקום או לנכס שלא על ידי בעליו (4) במטרה להתחקות אחר חפץ או ממצא (4) לצורכי חקירה פלילית.

105. אלא שבענייננו, לא התקיימו כל התנאים לקיומו של חיפוש. החיפוש המתבצע על-ידי איש חוק, בהתאם לדרישה והמטרות שהוא אמור להניב. לפיכך, קודם כל נדרשת פעולה אקטיבית מצדו של השוטר. לאחר מכן, נדרשת כוונה לחפש, בין אם מפורשת או משתמעת. בענייננו, לא רק שנמנעה כל יכולת חיפוש אקטיבית מן המוקדנית הצופה בפאסיביות בסרטון, ולא יכלה לשלוט בו כלל, גם לא הייתה כוונה מלכתחילה לחפש.

<sup>22</sup> ת"ק (תביעות קטנות ב"ש) 1295-01-15 מדינת ישראל נ' הרניב 12 (נבו 6.4.2017).

106. בחיפוש פיזי, איש החוק מסוגל לנוע במרחב, כאשר אוחזת בליבו הידיעה של החפץ אחריו הוא תר. בחיפוש הולם, שוטר יהיה מסוגל לרצות בו, לפעול להתגשמותו, ולהתמצא בו על מנת להפיק ממנו את המירב, ברי, להזיז את עיניו, ידיו ורגליו ימינה, שמאלה, מעלה ומטה.

107. גם לעניין חיפוש באמצעות מצלמה, לגישת המדינה, החיפוש הספציפי הזה מתבצע הואיל והמשטרה ביקשה לחפש, בצורה אקטיבית, מבעוד מועד, במקום מסוים ובזווית מסוימת. ועל כן, ישנו שוני מהותי המקרים.

108. בענייננו, יעל, אזרחית שסברה כי בני משפחתה מצויים במצוקה, תיעדה את האירועים באמצעות סרטון, ביצעה את כל הפעולות הנדרשות כדי להציגו למשטרה. יעל איננה "פרוקסי" של המשטרה כמו שמתארים המערערים – המשטרה לא ביקשה מיעל לבצע שום פעולה. גם אם נעשתה פעולת חיפוש כלשהי, מי שבחר לבצעה הוא יעל, ויעל בלבד. אם למערערים טרוניות בעניין זה, דינן להתברר במישור אזרחי ובתביעה ישירה כלפי יעל ומעשיה. ראו ערך עניין כרייף-שטייף.<sup>23</sup>

109. השוטרת במוקד המשטרה לא נכנסה באופן פיזי או וירטואלי לביתה של המערערת 2. היא לא סברה בעת הצפייה בסרטון כי בוצעה עבירה פלילית. היא לא הייתה מעוניינת למצוא חפץ כלשהו לצורך חקירה פלילית.

110. יתרה מזו, הסרטון אינו מהווה עיניים/רגליים של השוטר, ופשיטא שאינו פעולת חיפוש אלא תוצר גשמי ולא בר-שינוי. החפץ הומצא על-ידי יעל ללא התערבות כלשהי של המשטרה, ומתעד את האירועים שיעל בחרה להציג, ואת אלו בלבד. גם כאשר נפל הטלפון לקרקע, והציג את הבית בקרן זווית. ברור אפוא, שפעולת חיפוש ראויה לא מתבצעת בצורה שכזו.

111. נמחיש גישתנו באמצעות משל. ראובן פונה לשוטר המסתובב ברחוב ומבקש ממנו עזרה בטענה כי שמעון מאיים על חברו לוי, עם סכין מעבר לפינה ומגבה זאת בסרטון. אין לשוטר כל יכולת להשפיע על הנצפה; האם עליו לעצום עיניו ולהתכחש למתרחש? לגישתנו, המענה הוא בשלילה.

112. באשר לעניין **Moore-Bush** ו-**Toggle** אשר אוזכר על-ידי המערערים. ברור כי הם אינם רלוונטיים לענייננו. בעוד שבפסקי-הדין האלו המשטרה ביצעה צעד אקטיבי בהשמת מצלמות מעקב ותיעוד נאשמים, הרי שבמקרה דנן המדינה לא עשתה שום צעד אקטיבי לקבלת הממצאים. בכל המקרים שהציגו המערערים נעשו פעולות אקטיביות ליצירת קצה חוט, ותחילת פרשיה; אלא שבמקרה דנן, המשטרה נקראה לסיוע בעת מצוקה וקיבלה ראית חפצית מוגמרת, ברורה ואיכותית. דווקא מקרים אלה מחזקים טענותיה לעיל, כי בעינינו של המערערים לא בוצע חיפוש, שכן המשטרה לא פעלה באופן אקטיבי מתוך כוונה לאתר ממצאים או ראיות.

<sup>23</sup> ת"א (מחוזי ת"א) 56857-07-22 כרייף נ' שטייף (נבו) 27.12.2023.

113. בנסיבות אלה, אין כל תחולה להוראות הפרק השלישי בפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש), שכן המשטרה לא ביצעה חיפוש כלשהו בביתה של המערערת 2.

114. למעלה מן הצורך, גם אם בית-המשפט הנכבד יסבור כי אכן הסרטון הוא תוצר של חיפוש וירטואלי הרי שהחיפוש בוצע כדין בהתאם להוראות סעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], הקובע כי:

”(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;

(ב) [וכי] שוטר רשאי, בלא צו חיפוש, להיכנס ולחפש בכל בית או מקום אם –

(2) התעורר חשד סביר זה מקרוב שיש בבית או במקום תיעוד או מצלמה העשויים לשמש ראיה לביצוע פשע חמור או עבירה לפי סעיפים 144(א), (ב) או 340(ב) לחוק העונשין, אם אי-ביצוע החיפוש באופן מיידי יסכל את מטרת החיפוש, ולא ניתן לקבל צו חיפוש לנוכח הצורך לבצע את החיפוש באופן מיידי כדי למנוע את העלמת הראייה או הפגיעה בה.”

115. בענייננו, לא מדובר בסרטון שנערך על-ידי המשטרה אלא בקריאה לעזרה שנעשתה על-ידי יעל. ההתקשרות באמצעות האפליקציה למעשה שקולה לשיחה טלפונית למוקד 100.

116. מיד כאשר יעל קראה לעזרה, נפתחה מצלמת הטלפון הנייד שלה וניתן היה לראות את המהומה שמתרחשת בביתה של המערערת 2.

117. בשלב זה, היה למוקדנית יסוד להניח שמבוצעת עבירה, ועל כן סמכות לבצע חיפוש במקום לפי סעיף 25(א)(1) או 25(א)(3) לפקודה. סעיף זה כשלעצמו מעניק סמכות למשטרה לבצע חיפוש וירטואלי. שכן, סמכות החיפוש נקנתה בסימולטניות להתבצעות הפשע בענייננו. כלומר, גם אם מדובר בחיפוש סימולטני, אשר מוגבל וחסר כל יכולת לאסוף נתונים, להגיב או להשפיע – פעולות אשר אינהרנטיות לסמכויותיו של שוטר; החיפוש הוא סביר, ראוי והולם את תפקידיו של השוטר.

118. מדובר בהוראת חוק שמשלבת, כאמור, עם החובה הכללית של המשטרה לפעול באופן מידי כאשר מי מאנשיה נחשף לביצוע עבירה.

119. גם אם ייקבע שמדובר בחיפוש וירטואלי, גם העובדה שהחיפוש לא בוצע בנוכחות שני עדים, לא הופכת את החיפוש לחיפוש לא חוקי ונעדר סמכות, וזאת בשים לב לסעיף 26(א)(1) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש), שקובע שכאשר ישנה דחיפות לערוך את החיפוש ולא ניתן בנסיבות העניין לבצעו מול שני עדים ניתן לבצע חיפוש ללא נוכחות כאמור. פשיטא שכאשר לשוטר אין יכולת להשפיע על החיפוש אין ביכולתו להשפיע על מספר העדים.

120. כפי שכבר נכתב בעניין קגן,<sup>24</sup> שם נכנס צוות בילוש לדירה ללא צו שיפוטי, כיוון שעל-פי החשד שהתעורר, היו שם חשודים נוספים הקשורים לחשוד העיקרי:

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

121. בענייננו, המוקדנית קיבלה קריאה לעזרה במועד התרחשות אירוע אלימות חמור. בנסיבות אלה, הייתה דחיפות של ממש לטפל באירוע באופן מידי ולא להמתין להדרדרות המצב. על כן, קמה דחיפות המרחיגה את הצורך בביצוע החיפוש בליווי שני עדים שאינם שוטרים. הנה כי כן, לא בוצעה פעולת חיפוש בבית המערערים, או לחילופין, פעולת החיפוש, נעשתה כדין ובסמכות.

### **3.3 הסכמת המשתמש כמקור סמכות למשטרה וכנסיבה שמפחיתה משמעותית את היקף הפגיעה בזכויות**

122. לצד מקורות הסמכות הקבועים בדין שאותם פירטנו לעיל, סמכותה של המשטרה נבעה ממקור סמכות נוסף, מוכר, ולא חדשני – הסכמה מלאה של יעל.

123. נזכיר: הסרטון שבו אנו עוסקים הופק על-ידי יעל באמצעות שימוש באפליקציה שהיא בחרה להוריד מרצונה החופשי והטוב, לטלפון האישי שלה, ועל כך אין עוררין.

124. בעת הורדת האפליקציה למכשיר החכם, על המשתמש לאשר את תקנון האפליקציה בצורה אקטיבית. תקנונים של אפליקציות, נוטים להיות ארוכים מאוד ומסורבלים. בכך, אלו מעלים ספק בנוגע למידת מודעותו והסכמתו של המשתמש באשר לתנאים המוחלים עליו במסגרת השימוש בהן. אלה שביחס לאפליקציה דנן, קיים תקנון פשוט, קל להבנה, בהיר ותכליתי; שעיקרו מתן הסבר למשתמש על אודות מטרותיו והיכולת המוענקת למשטרת ישראל בעת השימוש.

<sup>24</sup> בשי”פ 1495-20 קגן נ’ מדינת ישראל (נבו 15.3.2020).

125. נמנה עתה את הסעיפים הרלוונטים לדיון.

סעיף 2 לתקנון :

"האפליקציה משמשת ערוץ פניה ישיר למשטרת ישראל, ומסייעת לה בהערכת האירוע בגינו התקבלה הפניה - טרם הגעת הכוחות לשטח".

סעיף 8 לתקנון :

"חתימתך על הסכם זה מהווה אישור למתן גישה למצלמת הטלפון הנייד עליו מותקנת האפליקציה, וכן גישה למיקרופון, אודיו, ולשירותי מיקום (GPS), כל זאת בעת השימוש באפליקציה".

סעיף 9 לתקנון :

"חתימתך על הסכם זה מאשרת להעביר נתונים אלו למוקד 100 של המשטרה (להלן שידור), בשידור ישיר וללא מגבלה נוספת".

סעיף 14 לתקנון :

"בעת השימוש באפליקציה, ישודר למוקד המשטרה מידע הכולל צילום וידאו ממצלמת המשתמש, בשילוב אודיו. כמו כן, תסופק למשטרה גישה בזמן אמת לשירותי המיקום של המשתמש".

126. סעיפים ברורים אלו מצביעים בפשטות על תכלית האפליקציה ועל הסמכויות המוקנות למשטרה מתוקף השימוש בה על-ידי המשתמש. הסעיפים כוללים תיאור מפורט של השימוש באפליקציה על-ידי משטרת ישראל; הסכמה מפורשת של הצרכן ליתן גישה באמצעות האפליקציה למיקרופון, אודיו ושירותי מיקום; הסכמה כי כל הנתונים האלה יועברו ישירות **וללא מגבלה** למוקד 100 של המשטרה; והסבר מהם הנתונים שישודרו ויספוקו למשטרה בעת השימוש באפליקציה.

127. בנוסף, חוזה יכול להיכרת בדרך של התנהגות, מכוח סעיף 6(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 :

#### "קיבול דרך התנהגות"

6(א). הקיבול יכול שיהיה במעשה לביצוע החוזה או בהתנהגות אחרת, אם דרכים אלה של קיבול משתמעות מן ההצעה; ולעניין סעיפים 3(א) ו-4(2), התנהגות כאמור דינה כדין מתן הודעת קיבול.

128. בענייננו, יעל הסכימה ארבע פעמים להתקשרות באפליקציה: בפעם הראשונה כאשר הסכימה לתנאי השימוש של האפליקציה; בפעם השנייה כאשר אפשרה לאפליקציה גישה לסאונד ולמצלמה בעת שימוש; ובפעם השלישית כאשר לחצה על כפתור "שדר" בערב האירוע; בפעם הרביעית כאשר החזיקה את המצלמה ביציבות, כל הדרך מחדרה, למען שידור ברור למשטרה, שתוכל לסייע לה במקרה.

129. בנסיבות אלה, ניתנה הסכמה ברורה ומפורשת של יעל לשימוש באפליקציה וגם בכך קונה לה המשטרה סמכות בדין.

130. טענת ההגנה היא כי הסכמתה של יעל חסרה משום שהיא לא הסכימה לכך שהתיעוד ישמש כנגד המעורבים בהליך הפלילי; וכן משום שממילא לא התקבלה הסכמתם המודעת של המערערים לשימוש שנעשה בסרטון.

131. לשיטת המדינה, מדובר בטענה חסרת אחיזה במציאות שלא התקבלה בפסיקה. להפך.

132. בענייננו אין צורך לקבל את הסכמתם המודעת – כהגדרתה בהלכת **בן חיים** – של יעל ושל המערערים. כמו שאין צורך לקבל את הסכמתם המודעת של המתקוטטים בפירת רחוב, לעשות שימוש במצלמת אבטחה שניצבת במכולת סמוכה ותיעדה את האירוע.

133. משעה שבית-המשפט הנכבד יקבל את עמדתנו כי הסרטון לא מהווה חיפוש וירטואלי בביתה של המערערת 2, ומשעה שיעל הפעילה במודע את האפליקציה ושידרה ישירות למשטרה – לא מדובר בחיפוש שמחייב צו שיפוטי, יסוד סביר לחשד או הסכמה מודעת של נשוא החיפוש. ודי לנו בהסכמה כהגדרתה בדיני החוזים כמפורט לעיל.

134. מתן הקבלות או דוגמאות בהן רשת חברתית או אפליקציה משתמשת בנתונים של משתמשיה לצורך הרשאתם בהליכים פליליים לא רלוונטית בהקשרנו, שכן יתרה מזו, תכלית האפליקציה היא לספק מענה חירום באירועי אלימות ופשיעה. כשמה כן היא – "Help Me". פועל יוצא של מקרי חירום מסוג זה, הוא קיומם של הליכים פליליים כנגד המעורבים באותם האירועים. זאת לצד ההסכמה המפורשת שניתנה בעת השימוש בה.

135. טענת ההגנה לפיה שאלת ההסכמה מדעת של המערערים כלל לא הוכרה או לכל הפחות קיבלה התייחסות מנותקת מהקשרה שכן המערערים עצמם ביצעו את העבירה. ודאי שמבצע העבירה לא יסכים לתיעוד בו הוא 'נתפס' מבצע את העבירה. ברי, בהליך הפלילי הצד הנפגע לא מחליט או קובע את ההליכים והאישומים שיוגשו כנגד הצד הפוגע.

136. לעניין טענת המערערים כאילו הסכמתה המפורשת של יעל, לא יכולה להחליף את הסכמתם הנדרשת, ולכן איננה מכשירה את פעולות המשטרה, נפנה להלכת **קורטאם**<sup>25</sup>. שם נקבע בין היתר בעניין חפץ (סם) שהתגלה עקב ניתוח שביצע רופא באדם ללא הסכמתו של המנותח ובניגוד לרצונו, אך במטרה להציל את חייו, יהווה ראייה קבילה במשפט, גם בהיעדר הסכמה של אותו אדם.

137. יעל, בהפעלתה את האפליקציה, חששה לחייה וחשבה ששוד עומד להתבצע בבית בו התארח, לא ידעה מה עתיד לבוא. במעשיה אלו, פעלה בדרך שחייבה אותה לפי סעיף 262 לחוק העונשין – נקטה את כל

<sup>25</sup> ע"פ 480/85 קורטאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 673 (1986).

האמצעים הסבירים כדי לנסות למנוע את ביצוע השוד והזעיקה את המשטרה במטרה להציל את חייה וחיי חבריה.

138. העובדה שהמשטרה נתקלה במהלך עבודתה ובמסגרת סמכותה בראיות שמלמדות על ביצוע פשע חייבה את המשטרה לפעול, והיא כשלעצמה מכשירה את השימוש בראיות שאותרו – מבלי שיהיה צורך לקבל את הסכמת החשוד.

139. באשר לטענת ההגנה כי השימוש שעשתה המשטרה בסרטון פוגעת בפרטיותם של המערערים, שכן הם תועדו במקום פרטי – ביתה של המערערת, נאמר כך :

140. כל פעולת אכיפה שמבצעת המשטרה, פוגעת במידה כזו או אחרת בזכות של הנחקר. כך, בעת מעצר של חשודים; כך בעת תפיסת חפצים של חשודים הנדרשים לחקירה; וכך בעת שימוש בסרטונים שמתעדים חשודים שונים במקומות שונים.

141. משעה שהמשטרה פעלה ברשות ובסמכות, העובדה כי נפגעה פרטיותם של המערערים, פגיעה שולית וקלה, לא מעלה ולא מורידה מחוקיות פעולות המשטרה. נזכיר, מי שנחשפו לסרטון היו חוקרי המשטרה בלבד, החשודים בחקירותיהם, והפרקליטות; הסרטון לא כלל כל תיעוד של מעשה אינטימי, אישי, רגיש, הפוגע בצנעת הפרט של המערערים; אין עסקינן בצילום הפוגע בפרטיות שמטרתו היא התעשרות עצמית, הנאה אישית, או אף פרסומו ברבים, אלא צילום שכל מי שנחשף אליו הוא משטרת ישראל, במסגרת פתיחה בחקירה.

142. בנסיבות אלה, חוקרי המשטרה גם נהנים מהפטורים וההגנות המוקנות להם בדין – סעיפים 18(2)(א–ב). אנו מודעים לפגיעה המינורית שנעשתה בפרטיות המערערים, לפי סעיף 2(3) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 – צילום ברשות היחיד. אולם, תכלית הפגיעה והעובדה שנעשתה ללא כל תיעוד של מעשה אינטימי, אישי, רגיש, הפוגע בצנעת הפרט של המערערים, אלא בתיעוד עבירה פלילית אלימה צריכות לשאת משקל.

143. לחלופין, גם אם לא תתקבל עמדתנו כי השימוש בסרטון אינו חיפוש, הרי שבפרשת **בן חיים**,<sup>26</sup> קובע בית-המשפט העליון כי הסכמה של האדם שהוא עצמו מושא החיפוש או שבביתו מבקשת המשטרה לערוך חיפוש, שהיא הסכמה מדעת, עשויה להכשיר חיפוש שאין לו מקור סמכות אחר בדין. בית-המשפט העליון בפרשת **בן חיים** פירש את ההסכמה מדעת הנדרשת, להסכמה הניתנת תוך מודעות של האדם, מושא החיפוש, לזכותו לסרב לביצוע החיפוש, ולכך שהסירוב לא יזקף לחובתו.

144. בפרשת **בן-חיים** מציגה הנשיאה ביניש (בדימי') כי בארצות-הברית אומצה על-ידי בית-המשפט העליון (בדעת רוב של שישה שופטים מול שלושה) עמדה המקלה על המשטרה לערוך חיפושים בהסכמה.<sup>27</sup> באותה פרשה נקבע כי הסכמה יכולה לשמש כמקור סמכות לעריכת חיפוש (וזאת כאשר לא מתקיימים התנאים

<sup>26</sup> **בן חיים**, לעיל, ה"ש 10, בעמ' 344.

<sup>27</sup> ראו והשוו (1973) 412 U.S. 218, 248–249. Schneckloth v. Bustamonte.



לעריכת חיפוש שנקבעו בתיקון הרביעי לחוקת ארצות-הברית), וזאת בתנאי שמדובר בהסכמה חופשית ורצונית, וכי קיומה של הסכמה חופשית הוא עניין שבעובדה הטעון הוכחה במשפט והיא נלמדת **מכלל הנסיבות**. עוד נקבע כי אף שיש להביא נתון זה בגדר השיקולים, אין חובה מוקדמת על התביעה להצביע על מודעות לאפשרות הסירוב. קבעו שופטי הרוב בפסק הדין האמור כי אין חובה ליידע את האדם שמתבקשת הסכמתו לחיפוש בדבר זכותו לסרב לביצוע החיפוש. כך ציין בהקשר זה השופט Stewart שהביא את דעת הרוב בפסק הדין:

“Our decision today is a narrow one. We hold only that, when the subject of a search is not in custody and the State attempts to justify a search on the basis of his consent, the Fourth and Fourteenth Amendments require that it demonstrate that the consent was in fact voluntarily given, and not the result of duress or coercion, express or implied. Voluntariness is a question of fact... to be determined from all the circumstances, and while the subject’s knowledge of a right to refuse is a factor to be taken into account, the prosecution is not required to demonstrate such knowledge as a prerequisite to establishing a voluntary consent”.

145. עמדה זו אף אושרה בפסיקה מאוחרת יותר של בית-המשפט העליון של ארצות-הברית, שבה נקבע כי אין חובה על שוטרים המבקשים לערוך חיפוש להודיע לאדם מושא החיפוש על זכויותיו, וכי הידיעה על אודות הזכות לסרב לביצוע החיפוש אינה תנאי בלעדיו אין לעריכת חיפוש בהסכמה.<sup>28</sup>

146. כך גם בעניין **ברנד**,<sup>29</sup> נדחתה תביעה נגד משטרת ישראל בטענה לחיפוש לא חוקי בטלפון נייד. שם, אישר בית-המשפט את פעולות החיפוש והצפייה בתמונות וסרטון שצולמו, שהוצגו למשטרה בלא צו. שם נקבע:

“בנסיבות מקרה זה, לאור קיומו של יסוד סביר להנחת השוטרים כי התובע ביצע עבירה בצילום עובדי החנות, ללא הסכמתם, במכשיר הטלפון הנייד שלו, היו השוטרים אף מוסמכים לתפוס את מכשיר הטלפון הנייד של התובע, בהתאם לסעיף 32(א) לחוק סדר הדין הפלילי (מעצרים). אלא שבמקרה זה, לא נדרשו השוטרים לכך. שכן, **מעדויות השוטרים ומדו”ח הפעולה עולה כי התובע הוא שהציג לשוטרים את התמונות שצילם, ועשה זאת כשהוא מחזיק את מכשיר הטלפון הנייד שלו בידיו, מבלי שהשוטרים נגעו במכשיר**. כך שניתן לומר כי התובע הסכים להצגת התמונות שצילם, וגם אלמלא התקיים יסוד סביר להנחת דעת השוטרים לביצוע עבירה על ידי התובע, היו השוטרים רשאים לצפות בתמונות ובסרטון שצולמו” (שם, בפס’ 22; ההדגשות הוספו).

<sup>28</sup> Ohio v. Robinette, 519 U.S. 33 (1996).

<sup>29</sup> ת”ק (תביעות קטנות ת”א) 7510-07-15 ברנד נ’ משטרת ישראל/מחוז ת”א (נבו 20.2.2016).

147. הנה כי כן, יעל בחרה בלב חופשי ונפש חפצה להציג את הסרטון למשטרת ישראל, בשתי ההתקשרויות – התקשרותה עם האפליקציה, והתקשרותה עם המשטרה באמצעות האפליקציה בערב האירוע. גם אם הפעולה הנ"ל תוחזק כפעולת חיפוש, המדינה סבורה כי הנסיבות, בצירוף סמכויות ההצלה הרחבות של משטרת ישראל, תקנון האפליקציה ואופי העבירות שתוארו בסרטון, מקנות סמכות למשטרה מכוח הסכמתה החופשית של יעל.

### ח.3 פטורים והגנות לרשות המשטרה

148. גם אם ייקבע כי המשטרה פעלה ללא מקור חוקי – וכמפורט לעיל אנו סבורים שלא ניתן לקבוע זאת, הרי שממילא ניתן לקבוע שפעילות המשטרה נעשתה כדין שכן היא עולה בקנה אחד עם הפטורים וההגנות הקבועים בחוק הגנת הפרטיות, ובפרט בהוראות סעיף 18 לחוק, שלפיו במשפט פלילי בשל פגיעה בפרטיות תהא זו הגנה טובה אם נתקיימה אחת מאלה:

”(2) הנתבע או המערער עשה את הפגיעה בתום לב באחת הנסיבות האלה:

- (א) הוא לא ידע ולא היה עליו לדעת על אפשרות הפגיעה בפרטיות;
- (ב) הפגיעה נעשתה בנסיבות שבהן הייתה מוטלת על הפוגע חובה חוקית, מוסרית, חברתית או מקצועית לעשותה;
- (ג) הפגיעה נעשתה לשם הגנה על ענין אישי כשר של הפוגע;
- (ד) הפגיעה – נעשתה תוך ביצוע עיסוקו של הפוגע כדין ובמהלך עבודתו הרגיל, ובלבד שלא נעשתה דרך פרסום ברבים.”

149. למוקדנית לא הייתה יכולת לחזות מראש שהניסיון שלה לסייע לאות המצוקה ששידרה יעל, יוביל לפגיעה בפרטיותם של המערערים. הרי המוקדנית קיבלה קריאה לעזרה ופעלה במקצועיות כדי לסייע. בנסיבות אלה, גם אם הייתה פגיעה בנוסף, הפגיעה נעשתה בנסיבות שבהן ברור לכול שלשטר יש חובה חוקית, מוסרית ואף מקצועית לעשות כשעשו (ס"ק (ב) לחוק לעיל); כמו כן, הפגיעה נעשתה לשם הגנה על ענינה של יעל, אשר פחדה שמא פרצו לביתה ובאו לפגוע בה (ס"ק (ג) לחוק לעיל); גם לענין ס"ק (ד) לחוק לעיל, הוראות החוק מתקיימות הואיל והפגיעה נעשתה תוך ביצוע מהלך העיסוק הרגיל של שוטר.

150. אשר על כן, המדינה סבורה כי למרות שהתגשמות תנאי ס"ק אחד תהווה מענה הולם הפוטר את פעולות המשטרה מהפגיעה בפרטיות, התגשמו כלל סעיפי החוק, על כל חלקיהם. ודוק, ההגנה הניתנת למשטרה מכשירה את פעולותיה, ובכך מוקנית לה הסמכות לפעול כשפעלה.

151. בנוסף, סעיף 19(א) לחוק הגנת הפרטיות מעניק פטור מאחריות על מעשה הפוגע בפרטיות לפי חוק זה, על מעשה שנעשה על-ידי מי שהוסמך לעשותו בדיון. משטרת ישראל מנויה בסעיף 19(ג)(1) לחוק כמוסמכת ובכך לה נזקף הפטור.

”סעיף 19(ב) לחוק הגנת הפרטיות מוסיף, כי רשות בטחון לא תשא באחריות לפי חוק זה על פגיעה שנעשתה באופן סביר במסגרת תפקידיה ולשם מילויים. בעניין זה מציינת פרקליטת המדינה בסעיף 10 להנחיות, כי משטרת ישראל הנה רשות בטחון כמשמעה בסעיף 23ב לחוק הגנת הפרטיות. משמע, כאשר פועלת המשטרה לשם ”מילוי תפקידיה”, הרי שגם אם יש בחומר הנמצא בידה מידע הנוגע לצנעת הפרט, לא חל עליה איסור המונע את מסירת החומר”.

153. הנה כי כן, אילו טענת חילופי החילופין של המערערים תישמע, נבקש להפנות את בית-המשפט הנכבד לחריג זה בחוק. אמנם לטענתנו אין פגיעה בפרטיות, אך לו בית-המשפט יכיר בגישת המערערים, נטען כי השוטר הצופה בסרטון, קונה את סמכותו לפעול מתוקף ההגנה הניתנת לו ככזו המעניקה סמכות ביצוע פעולותיו. השוטר עשה זאת תוך ביצוע עיסוקו כדין, ולו הייתה חובה חוקית, מקצועית ומוסרית לעשות כן.

154. לאור כל האמור לעיל, ולמען חתימת פרק זה – המשטרה פעלה בסמכות רחבה, המכשירה את פעולותיה הנרחבות אשר כולן מיועדות כדי לספק לה את היכולת לפעול למען מטרותיה. הפעולות, רובן ככולן, נעשו בסמכות, ולחילופי חילופין, נהנות מחריגים והגנות המצויים בחוק.

#### 4. המערערים נכשלו בהוכחת התקיימות התנאים הנדרשים להפעלת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית

155. כידוע, לא די בטענה כי המשטרה לא הייתה מוסמכת לעשות שימוש בסרטון במסגרת ההליך הפלילי, כדי לקבוע שאין לבסס את הרשעת המערערים על הסרטון שהופק.

156. לכן, המערעים סומכים טענותיהם בעניין **יששכרוב**<sup>31</sup>, וסעיף 56א לפקודת הראיות [נוסח חדש], השתל"א-1971, באשר לכלל הפסילה הפסיקתית וטוענים כי מכוחו יש לפסול את הסרטון כראיה קבילה כנגדם.

157. כלל הפסילה שנקבע בעניין **יששכרוב** הוא יחסי, ולפיו ראיה שהושגה שלא כדין תיפסל אם קבלתה במשפט תפגע בהגינות ההליכים כלפי המערער – פגיעה שהיא משמעותית, לתכלית שאינה ראויה, ובמידה שעולה על הנדרש. לעניין אמות המידה אשר צריכות לכוון את שיקול דעת בית-המשפט, כאשר זה מתבקש לפסול ראיה שהושגה שלא כדין, נקבע כך:

”הנחת המוצא בשאלת קבילותן של ראיות היא זו הנוהגת עימנו מאז ומתמיד, ולפיה ראיה שהיא רלוונטית – קבילה במשפט. עם זאת,

<sup>30</sup> בג"ץ 10271/02 פריד נ' משטרת ישראל מחוז י-ם, פ"ד סב(1), 26–27 (2006).  
<sup>31</sup> ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461 (2006).

בהתאם לדוקטרינה האמורה לבית המשפט שיקול דעת לפסילת קבילותה של ראיה בפלילים, אם נוכח לדעת כי הראיה הושגה שלא כדין וקבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של המערער להליך הוגן שלא בהתאם לגדריה של פיסקת ההגבלה. מדובר בנוסחת איזון עקרונית השואפת להשגת פשרה ראויה בין מכלול הזכויות והאינטרסים הרלוונטיים לשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין ובהם: **חשיפת האמת העובדתית, הלחימה בעבריינות וכן ההגנה על זכויות המערער ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו מאידך גיסא.** "נוסחת האיזון האמורה תיושם על פי שיקול דעתו של בית המשפט בהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה לגופו ובהתאם לאמות המידה המנחות עליהן עמדנו. אמות מידה אלה נוגעות לאופייה ולחומריתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה: למידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה: **וכן לשאלת הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילתה**" (בעמ' 91; ההדגשות הוספו).

158. הפסיקה קבעה עוד כי גם במקרים שבהם ייקבע כי ראיה הושגה שלא כדין – יש להכשיר אותה כראייה כאשר היא מאפשרת התמודדות עם עבריינות, והגנה על האינטרסים של הקורבנות:<sup>32</sup>

"בהעדר הוראה בחוק נתוני זיהוי המונעת קבילות ראיה שהושגה תוך הפרת הדין מן הראוי לבחון האם חלה על הנסיבות דוקטרינת הפסלות ההלכתית. [...] עוד הצבעתי על כך **שבעניין דנן מתקיימים שיקולי קבילות לשם הגנה על אינטרס חיוני של שלום הציבור וביטחוננו** כמו גם אינטרס גילוי האמת והבאת עבריינין בעבירות מין חמורות לדין. **שיקולים אלה עשויים להתברר כעדיפים על שיקולי ההגנה על אינטרס הפרטיות שנפגע** (שיקולים אלה עשויים להצדיק את קבילות הראיה גם לאור סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות).

מכאן האמירה מסכמת של ההחלטה הקודמת ש"שיש סיכוי סביר מאוד שראיית הדנ"א תתקבל במשפט ותשמש אבן יסוד להרשעת המערער" (שם, בעמ' 18; ההדגשות הוספו).

159. בעניין **יששכרוב** הבהיר בית-המשפט כי נקודת המוצא היא שהרשויות נוהגות בפעולותיהן בתום-לב. גישה זו מהדהדת את חזקת התקינות המנהלית ממנה נהנית הרשות.<sup>33</sup> נקבע, כי אמת מידה זו היא חד-כיוונית, כלומר, תום הלב של הרשות בהשגת הראייה באמצעים פסולים הוא ניטרלי ולא מהווה "נסיבה לקולא"

<sup>32</sup> ב"ש (מחוזי ת"א) 90013/07 מדינת ישראל נ' פרחי 18 (נבו 19.2.2007).  
<sup>33</sup> רע"פ 1088/86 מחמוד נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניית הגליל המזרחי, פ"ד מד(2) 417, 419 (1990).

מבחינת הרשות; לעומת זאת זדון ואי-חוקיות מכוונת מצד הרשות הם נתונים בעלי משקל לצורך נוסחת האיזון.

160. נזכיר כי בטרם קובע בית-המשפט אם לפסול את הראיה או לקבלה, יש לבצע איזון שבמסגרתו בוחן בית-המשפט את כלל האינטרסים כגון: חקר האמת, זכויות הפרט, הגנה על האינטרס הציבורי, חומרת העבירה, תום לב של הרשויות והערמת קשיים מצד המערער. בנוסף, בוחן בית-המשפט האם קיימת דרך חוקית זמינה להשגת הראיה, ואת מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על תוכנה של הראיה.

161. בעניין זה נפנה לעניין **קאסם**; <sup>34</sup> עניין **סמירק**; <sup>35</sup> ועניין **חסון**: <sup>36</sup>

”אמנם בנסיבות מסוימות עלולים פגמים בחקירה להוות פגיעה בזכות יסוד חוקתית ותוצאתם עלולה להיות פסילת קבילותה של ראיה **אך לא כל פגם בחקירה מהווה פגיעה בזכות יסוד חוקתית מן הסוג הפוסל קבילותה של ראיה** ויש פגמים שישפיעו על משקלה בלבד. העניין מסור לשיקול-דעתו של בית-המשפט על-פי אופייה של הפגיעה בזכות היסוד, אם אמנם נפגעה; חומרת הפגיעה והאינטרסים הציבוריים העומדים מנגד, על-פי מכלול נסיבות העניין” (**עניין קאסם**, ההדגשה הוספה).

162. יישום דוקטרינת הפסילה הפסיקתית על עניינם של המערערים מוביל למסקנה אחת ויחידה – אין מקום לפסול את הסרטון כראיה נגד המערערים, גם אם יקבע כי המשטרה פעלה בחוסר סמכות כאשר שמרה את הסרטון, ועשתה בו שימוש במסגרת ההליך הפלילי נגד המערערים.

163. בענייננו, חוקרי המשטרה לא פעלו בזדון ובאופן מכוון ללא סמכות ותוך פגיעה מכוונת בזכויות המערערים.

164. להיפך, רשויות החוק פעלו כמצופה מהן ונזעקו לביתה של המערערת 2 לאחר שהתקבלה אצלם אות מצוקה. המשטרה פעלה ללא דיחוי, והגיבו באופן מהיר, בהול ויעיל. אנשי המשטרה פעלו בתום לב, ללא כל זדון או אי-חוקיות מכוונת.

165. המדינה סבורה כי אין פגיעה בפרטיות המערערים, לאור המפורט בהרחבה בפרק הסמכות. עם זאת, גם הפגיעה הלכאורית בפרטיותם של המערערים היא לא מהחמורות שנראו במחוזותינו.

166. עיון בפסיקה מלמד, כי בתי-המשפט מורים על פסילת ראיות שהושגו שלא כדין, כאשר לצד הפעולה הלא חוקית הייתה פגיעה קשה וחריפה מאוד בזכויות החשודים. כך, בפרשת **קטלן**, שב”ס ביצע חוקן כפוי

<sup>34</sup> ע”פ 2180/02 קאסם נ’ מדינת ישראל, פ”ד נו(1) 653, 654 (1991).

<sup>35</sup> ע”פ 6613/99 סמירק נ’ מדינת ישראל נו(3) 529, 546 (2002).

<sup>36</sup> ע”פ 5203/98 חסון נ’ מדינת ישראל פ”ד נו(3) 274, 283 (2002).

באסירים למען איתור סמים;<sup>37</sup> בפרשת **קורטס**, חשוד בבליעת סם נותח בכפייה;<sup>38</sup> בפרשת **ועקנין**, חשוד בבליעת סם נכפה בהקאה.<sup>39</sup> המשותף לפרשות אלו הייתה הפגיעה הקשה והחמורה בזכות יסודיות של החשודים.

167. המערערים אומנם היו במקום פרטי, אך ממילא במקום נכחו אנשים זרים – המתלוננת וחבריה; כאשר המערערים לא נמצאים במצב אינטימי, חשוף או אישי. בהקשר זה, יש להתעלם מניסיון הסגוריה להרחיק לתיאוריה ולשאלות "מה היה אילו" – ולהתמקד בפגיעה הקונקרטי שנגשתה בעניינם של המערערים, ולא בפגיעה התיאורטית שאולי יכולה הייתה להתרחש.

168. יש לזכור כי יעל שהתה בבית כדין, בהיותה מחזיקה בבית ברשות מלאה. לכן, אין כל נפקות משפטית לכך שזהו לא הבית שלה.

169. מול הפגיעה המצומצמת והתחומה בפרטיותם של המערערים, ניצבות פעולותיהם החמורות – שתקפו באלימות את המתלוננת, הטיחו אותה לרצפה וגרמו לה לפציעות קשות שהובילו לאישפוז.

170. לכך יש להוסיף נקודה חשובה נוספת: הפגיעה הנטענת בזכויות המערערים כלל לא השפיעה על האותנטיות של הראיה – הסרטון. כאשר אין מחלוקת בדבר אותנטיות הראיה, והיא לא הושפעה מהפגם (הנטען) שהוביל ליצירתה – יש גם לכך משמעות בשאלת קבילותה.

171. גם המחלוקת בפסיקה הנוגעת לסיווג הראיה כחפצית או לא, לא מאתגרת את קבילותה. בעניין **יששכרוב** התייחסה השופטת ביניש לכך באומרה:<sup>40</sup>

"יוער כי בעניין יששכרוב נקבע אמנם כי ראיות חפציות הן בעלות קיום עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגתן, ובדרך-כלל לא יהא באי-החוקיות האמורה כדי לפגום באמינותן של ראיות אלה. לפיכך, משקלם של השיקולים המצדדים בקבלתן של ראיות חפציות הוא בדרך-כלל רב. ואולם לצד זאת הודגש בעניין יששכרוב כי אין מדובר בכלל נוקשה והדבר תלוי בנסיבותיו של כל מקרה לגופו" [סעיף 71 לפסק דינה של השופטת ביניש].

172. ראשית, נהיר כי המדינה סבורה שלא נפל פגם בהליך קבלת הראיה. אולם אם בית-המשפט יסבור אחרת, המדינה גורסת שבנסיבות דנן, הגישה המתוארת בעניין **יששכרוב** ראויה להתקיים. קרי, חפציות הראיה – הסרטון, די בה כדי שתשמש בהליך ללא קשר לאי-חוקיות לכאורה בהשגתה.

173. בעניין **בונר**,<sup>41</sup> התייחס בית-המשפט לכך שיש להפעיל את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית כאשר יש השפעה של האמצעי הפסול על מהימנות הראיה שהושגה:

<sup>37</sup> בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי-הסוהר, פ"ד לד(3) 294 (1980).  
<sup>38</sup> ע"פ 480/85 קורטס נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 673 (1986).  
<sup>39</sup> ד"ן 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837 (1985).  
<sup>40</sup> ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 626, 674 (2011).  
<sup>41</sup> ע"פ 5417/07 בונר נ' מדינת ישראל (נבו) 30.5.2013.

"דומה, כי כמעט אין לך תיק שבו לא מועלית טענה לפסלות ראייה, ובעיקר, טענה לפסלות הודאה על סמך הלכת יששכרוב, כדי כך, שלעיתים מתקבל הרושם כי הלכה זו נתפשת בטעות כ"חפש את הפגם". ולא היא. **הלכת יששכרוב קובעת כלל פסלות יחסי, והיא לא באה להחליף את התכלית של חקר האמת.** הא-ראיה כי אחד מהמבחנים של הלכת יששכרוב היא מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על מהימנות הראיה שהושגה. לא סגי בפגם כלשהו שנפל בהליך החקירה, אלא יש לבחון את השפעת הפגם או אי החוקיות על מהימנות הראיה באספקלריה של חקר האמת, מתוך חשש כי ראייה פסולה היא גם ראייה לא מהימנה שאין להביאה בקהל הראיות" (שם, בעמ' 16; ההדגשה הוספה).

174. למעלה מן הצורך נציין כי גם במישור הקבילות הטכני, אין כל קושי בקביעה כי הסרטון כשיר כראיה במשפט.

175. על-פי עניין **דמיאניוק**,<sup>42</sup> כשעוסקים בקבילות מסמך כראיה, יש להבחין בין שלושה מישורים: הקבילות החפצית (הפורמאלית) של המסמך, אותנטיות המסמך והקבילות המהותית של תוכנו.

175.1. המישור הראשון, עניינו בהוכחת עצם קיומו של המסמך, בדרך של הגשתו לבית-המשפט. המישור השני הוא מישור האותנטיות של המסמך, דהיינו: ההוכחה כי המסמך אכן נערך כפי שהוא נחזה על פניו. הדרך הרגילה להוכחת האותנטיות היא העדת "עד אימות", כגון עורך המסמך עצמו, אדם אחר שהיה עד לעריכתו, או באמצעות מומחה פורנזי. יש שיהיה זה אותו עד שעל-פיו יוכחו הן הקבילות החפצית והן אותנטיות המסמך. המישור השלישי הוא מישור תוכנו של המסמך, או מישור הקבילות המהותית, המותנה בכך שהתקיימו תחילה שני המישורים הראשונים.

176. בבחינת מבחני המשנה, כאמור לעיל, הסרטון הוא חפץ, קרי, מסמך, אשר הוגש לבית-המשפט. הסרטון הוצג ללא עריכה או שינוי כלשהו, ועל כן המבחן הטכני מתקיים; התוכן שהוקלט על גבי הסרטון לא שונה כלל, באף אחד משלבי ההליך, לרבות שמירתו והצגתו למערערים ובכך גם מתקיים המבחן המהותי. נזכיר, כי המערערים הסכימו כי אין לראות בסרטון כהאזנת סתר, לפיכך גם המבחן הפורמלי מתקיים על כל חלקיו.

177. בעניינו, גם אם נצא מנקודת ההנחה של המערערים כי נפל פגם כלשהו בדרך השגת הסרטון, הרי שלא יכולה להיות מחלוקת כי פגם זה לא השפיע על מהימנות הראיה שהופקה. הסרטון כלל לא הושפע מ"האמצעי הפסולי". כפי שקבע בית-משפט קמא, עסקינן ב"ראיית זהב" שתיעדה באופן מלא את התקיפה החמורה של המערערים.

<sup>42</sup> ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 221, 297-298 (1993).

178. בהקשר זה יש לדחות את טענת המערערים כי הסרטון מציג התרחשות חלקית בלבד של המאורע. השופט (דאז) קדמי בספרו **על הראיות** מבהיר, כי הדרישה לקבלת ראיה בהירה, לא שוללת אפשרות להגיש ראיה חלקית או קטועה כל עוד היא משקפת נאמנה את המתרחש:<sup>43</sup>

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

179. יתרה מכך, בעניין **אפללו**, הדין ב"משפט זוטא" ביחס לקבילותן של ראיות (קלטת ותוכן השמע שבה) (לרבות ביחס לקבילותה של קלטת), קבע השופט (כתוארו אז) ברק:<sup>44</sup>

"מעמדו של סליל ההקלטה שונה מהותית ממעמדה של ההודיה. לא זו בלבד שלעניין זה אין כל חשיבות מיוחדת לערך החינוכי הנזכר, אלא שקבילותה של ההקלטה מעצם מהותה מעוררת אך שאלה טכנית של קבילות האמצעי בהנחה, כמובן, שתכן ההקלטה קביל הוא – ואילו ההודיה מעוררת שאלה מהותית בדבר חפש רצונו של הנאשם. לא הרי שאלת חפש הרצון כהרי שאלת אמינות ההקלטה. בעיני אין כל הבדל בין השאלה אם ההקלטה קבילה, לבין כל שאלה אחרת בדברי קבילותם של אמצעים טכנולוגיים, כגון צילומים, סרטי ראינוע וקולנוע וכיוצא בהם אמצעים טכניים, פרי המחקר והמדע. בכל אלה – ובשאלות אחרות של קבילות – המגמה החייבת להדריך אותנו היא כי משפט אינו קונפדרציה של משפטי זוטא (אשר לעתים מתמשכים הם והולכים והופכים להיות "משפטי רבא": ע"פ 412/70 פ"ד כה, 2, 225, 227), אלא מהווה אחדות ושלמות אחת, המתנהל על פי רצף אחיד".

180. בידינו מצוי סרטון המשמש ראיה חפצית ברורה המעידה על אשמתם של המערערים.

181. בהתחשב בכך שבידנו מצוי סרטון המתעד באופן מפורש את אשמת המערערים – כפי שקבע בית-משפט קמא בעמוד 4 להכרעת הדין, פסילת הסרטון תוביל למצב אבסורדי בו האמת לא תיחשף, ועבריינים יתחמקו מעונש הולם.

<sup>43</sup> יעקב קדמי על הראיות – חלק ראשון – הדין בראי הפסיקה, 1323 (2009).  
<sup>44</sup> ע"פ 639/79 אפללו נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 561, 575–576 (1980).



182. כאשר מאזנים את כל השיקולים שפורטו לעיל: תום ליבה של הרשות, העובדה שהרשות פעלה במסגרת סמכויות ההצלה שלה, הפגיעה התחומה והמצומצמת בזכויות המערערים והתנהלותם האלימה והקשה של המערערים – יש לקבוע כי אין מקום לפסול את הסרטון מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית.

183. דברים דומים נשמעו בפסיקת בית-המשפט לערעורים בארצות-הברית של אמריקה בעניין United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984):

"The question whether the exclusionary sanction is appropriately imposed in a particular case as a judicially created remedy to safeguard Fourth Amendment rights through its deterrent effect, must be resolved by weighing the costs and benefits of preventing the use in the prosecution's case in chief of inherently trustworthy tangible evidence. Indiscriminate application of the exclusionary rule -- impeding the criminal justice system's truthfinding function and allowing some guilty defendants to go free -- may well generate disrespect for the law and the administration of justice."

184. בהתחשב בכך שבידנו מצוי סרטון המתעד באופן מפורש את אשמת המערערים, מתעוררת שאלה עקרונית בנוגע להשלכות פסילת ראיה זו. מצד אחד, עקרונית יסוד של המשפט הפלילי, דוגמת חקר האמת וגמול הולם, עלולים להיפגע קשות אם אשמים יזכו ללכת לחופשי. פסילת הסרטון או ראיות נגזרות ממנו עלולה להוביל למצב אבסורדי בו האמת לא תיחשף, ועבריינים יתחמקו מעונש הולם.

185. ראוי לסיים פרק זה בכתב התשובה, בדבריו הנכוחים של כבוד השופט עמית בעניין **נחמני**:<sup>45</sup>

"הערעור דנן הוא דוגמה אחת מני רבות לתהליך שעובר המשפט הפלילי בשני העשורים האחרונים – משיח של **ראיות** לשיח של **זכויות**. בימים עברו, **המשפט הפלילי התמקד בעבודה המייגעת והאפורה של בחינת כל ראיה לגופה, קבילותה, משקלה והצטברותה למכלול של ראיות, והכל על מנת לממש את תכלית כל התכליות של המשפט – חקר האמת**. אך בעשורים האחרונים דומה כי המקום של הייש הראייתי הולך ונזנח לטובת טענות לפגמים כאלה ואחרים בחקירה ובהליכי התביעה, טענות לאי חוקיות של מעשה זה או אחר במהלך החיפוש-תפיסה-חקירה, טענות להגנה מן הצדק ועוד. **טענות כאלה, מסיטות את ההליך הפלילי מדרך המלך ומהתכלית של חקר האמת, גורמות להליך הפלילי להסתרב ולהתארך עוד יותר, ולמעשה מביאות להיפוך תפקידים: 'המערער קם מכיסאו והופך לקטיגור,**

<sup>45</sup> ע"פ 4039/19 נחמני נ' מדינת ישראל (נבו 17.3.2021).

והמאשימה אמורה מכאן ואילך להתגונן ולהוכיח כי פעלה כחוק" (בעמ' 69; ההדגשות הוספו).

## **5. קבילות הראיות הנגזרות**

186. המערערים רואים בהודאה ראיה נגזרת, כזו שהתבססה ונוצרה כתוצאה מצפייתם בסרטון. על כן, הם טוענים לפסלותה ולקבילותה.

187. לגישת המדינה, אין לקבל את הנחת היסוד לפיה הודעות הנחקרים במשטרה הן ראיות נגזרות לסרטון. החקירה פצחה מיד עם סיום אירוע האלימות, והייתה נפתחת בין כה בעת הגעת נפגעת העבירה לבית החולים. הודאתם התבססה על זכרונם הרענן, ורצונם החופשי להודות במעשיהם.

188. בדומה לשאר טיעוני המערערים הנוגעים לפרוצדורה, גם במקרה זה נראה שהמשטרה וגופי אכיפת החוק ניצבים בין הפטיש לסדן. אם המשטרה הייתה בוחרת לא להציג את הסרטון למערערים, אלו היו טוענים לפסול במעשיה, שכן הסתירה מהם ראיות מסבכות מהותיות. מנגד, אם המשטרה הייתה מציגה את הסרטון, כפי שעשתה, הרי שהמערערים טוענים באופן די תמוה כי נלקחה מהם האפשרות לומר ולטעון לחפותם. המסקנה ברורה, כל טרוניית המערערים היא על אודות היעדר האפשרות לשקר בחקירה בהתחשב בכך שישנה ראיה מפלילה כנגדם.

189. נדגיש כי אם בית-המשפט יקבל טענתנו המפורטות לעיל שהסרטון והפקתו קבילים כראיה, פרק זה מיותר ובטל מעיקרו.

190. לחילופין, כפי שנראה להלן, גם אם ייקבע שהסרטון הושג שלא כדיון, אין לפסול את חקירת הנחקרים במשטרה והודאתם. הסרטון ממילא משקף את מה שאירע באותו הלילה, המשטרה הציגה אותו בדיוק כפי שהוא, ללא כל שינוי. מדובר בשני אנשים, אשר ראו סרטון ברור, והודו במיוחס להם, על בסיס זכרונם והבנתם את המקרה. לדעת המדינה, הודאת שני אנשים, אף מלמדת ומחזקת את כך שהם הודו על בסיס זכרונם ועל פי האמת העובדתית. הסבירות נמוכה ששני אנשים, היו מודים במיוחס להם, אם אכן לא ביצעו את הפעולות האלו.

191. לפי ההלכה שנקבעה בעניין **פרחי**,<sup>46</sup> דוקטרינת פירות העץ המורעל לא אומצה בשיטת המשפט הישראלית. המשמעות היא כי ראיה נגזרת לראיה שנקבע כי איננה קבילה תהיה קבילה במשפט; וכי רק במקרים חריגים בהם הפסול שנפל בראיה הראשית מכתים את הראיה הנגזרת באופן היורד לשורשו של עניין, ראוי יהיה לפסול גם אותה. פסילה זו תחייב להוכיח קשר סיבתי משפטי בין הראיה הראשית לראיות הנגזרות.

192. בענייננו, המערערים מבקשים לפסול מידית וללא בוחן את הראיות הנגזרות; אולם בחינת הקשר הסיבתי מעלה את המבוקש, שהוא כאמור קיומו של נתק מהותי בין הפסול לכאורה בסרטון לבין ההודעות שמסרו

<sup>46</sup> ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 626 (2011).

הנחקרים בחקירה. חשוב להבהיר, אי-החוקיות שדבקה בסרטון לכאורה, אינה פוגמת בהודאה, והאחרונה אינה תלויה בצפייה בו, שכן זכותם של המערערים לטעון לחפותם לא נלקחה. להפך. כל טענה הנוגעת לאי אלו השפעות קוגניטיביות על המערערים נדונה לכישלון שכן לא דבק רב בהליך החקירה בהקשרים אלו.

193. לחילופין, אם בית-המשפט יראה שיש בדבר טענת המערערים ל"זיהום" ההודאות על-ידי הסרטון; נבקש להפנות לעניין ס' 47, שם קבע כבוד השופט שהם, כי זיהום גרסת עד אינה חזות הכול, ואינה מצדיקה את פסילתה: 47:

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

194. יתרה, סיווג ההודאה כלא רצונית לא עולה כדי אף אחת מן הקבוצות המוכרות בספרות המשפטית אשר עלולות להביא לפסילת הודאה כלא רצונית.

195. כבוד השופט קדמי בספרו ניסח חמש קבוצות של התנהגות פסולה שבהן הכירה הפסיקה ככאלו היכולות להביא לפסילה של הודאה כלא רצונית: 48 אלימות ואיום באלימות; שימוש בשיטת תחקור בלתי הוגנת המכוונת להביא להתשתו ולשבירת רוחו של הנחקר – בעניין זה נבחנו פרמטרים כמו שעת החקירה, משך התחקור ואופן התחקור; יצירת לחץ נפשי לא הוגן על הנחקר באמצעים היכולים להביא לשבירת רוחו כמו השפלה, גידופים ועלבונות, איומים בפגיעה באחרים ומניעת תרופות; שימוש בתחבולה לא הוגנת; פיתוי והשאה שפירושם מתן שכר או הבטחה יזומה למתן שכר תמורת ההודאה כגון הבטחה לשחרור ממעצר, להקלה משמעותית בעונש או לויתור על סעיף אישום.

196. באשר לקבוצה הראשונה – אלימות ואיום באלימות. בעניינו, לא בוצעה כל פעולה אלימה, או איום מפורש או משתמע מצד מי מאנשי אכיפת החוק המעורבים באירוע בחקירתם והבאתם לדין של המערערים. על כך אין כל עוררין.

197. באשר לקבוצה השנייה – שימוש בשיטת תחקור בלתי הוגנת המכוונת להביא להתשתו ולשבירת רוחו של הנחקר. הואיל והחקירה נעשתה בסמוך למועד האירוע, ובהתחשב בכך שבמסגרת החקירה בסך הכול נגבו הודעות מהמערערים ללא כל מניפולציה או תחכום מורכב מצד החוקרים, הרי שלא ניתן לעלות על הדעת

<sup>47</sup> ע"פ 30/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 56 לפסק הדין של השופט שהם (נבו 20.4.2016).  
<sup>48</sup> יעקב קדמי על הראיות חלק ראשון 42 (1999).

שבוצעה שיטת תחקור בלתי הוגנת, המתיימרת לשבור את רוחם של מי מהמעורבים. החקירה לא בוצעה בתנאים לא הולמים, אלא בחדרי החקירה המקובלים של משטרת ישראל.

198. באשר לקבוצה השלישית – לא נשמעו גידופים, עלבונות, או איומים מצד החוקרים, אלא גביית הודעות עניינית וכנה על שאירע.

199. באשר לקבוצה הרביעית – שימוש בתחבולה לא הוגנת. בעניינו, כל טרונייתם של המערערים בעניין זה הוא הצגת הסרטון. כאשר בידי המשטרה תיעוד אותנטי (שלא נעשה בו כל שינוי, או עריכה) של האירועים, פרקטיקה מקובלת היא הצגתו למעורבים. אין לראות במעשי המשטרה בעניין זה שימוש בתחבולה לא הוגנת, אלא מעשים סבירים למען חיקור וברור האמת להפך, פעמים רבות באים נאשמים בטענות כלפי המשטרה כי לא הוצגו לנחקרים במהלך החקירה ראיות מזמן אמת, וכי דווקא בכך הכשילו חוקרי המשטרה את הנחקרים מלמסור גרסה מדויקת יותר לאירועים.

200. באשר לקבוצה החמישית – פיתוי והשאה שפירושם מתן שכר או הבטחה יזומה למתן שכר תמורת ההודאה. אין חולק כי קבוצה זו לא רלוונטית לענייננו.

201. לאור כל המקובץ לעיל, המסקנה ברורה. אף אחת מן הקבוצות לא מתקיימת, ואפילו לא בדוחק בענייננו. קבוצות אלו תכליתן למנוע השפעה פסולה על הזיכרון האנושי באופן שלא ניתן יהיה להסתמך עליו. עדותם של המערערים הסתמכה אך ורק על רחשי ליבם וזכרונם האותנטי.

202. המערערים תוקפים את הצגת הסרטון, כפעולה מניפולטיבית ופסולה. לגישת המדינה, הטחת ראיות מסבכות בפני נאשמים, היא בגדר חובה, כך המשטרה צריכה לפעול וכך היא פעלה. ראה עניין **אלמדואי**:<sup>49</sup>

203. **"טענתו של ב"כ המשיבה כי על המבקשת, היחידה החוקרת, היה להטיח במשיבה את הראיות שבידיה, נכונה היא ככלל. זה אכן הכלל ואין לחרוג ממנו. המבקשת, על כל זרועותיה, מחויבת להטיח בפני חשוד את הראיות המסבכות אותו. על המבקשת לאפשר לחשוד להתגונן ולתת הסבר אפשרי אחר לראיות שלטעמה הן מסבכות. דומני שעניין זה עומד בלב ליבה של הזכות להליך הוגן שעומדת לכל חשוד. בהקשר זה אין לי אלא להפנות לדברים שנאמרו בע"פ (ת"א) 70035/04 מדינת ישראל נ' בנימין חננה: "...כשם שנאשם זכאי לכך שמלוא החומר יהיה בפניו כדי לגבש תשובתו לכתב האישום, כך חשוד זכאי לכך שהחשד המיוחס לו בשלב החקירה, יהיה ברור ונהיר לו, לצורך מתן גרסתו..."** (ההדגשות הוספו).

204. לא נעשתה כל עריכה לסרטון, לא הוצג מלל נלווה לו על-ידי מי מהשוטרים, ולא נעשתה כל מניפולציה חקירתית לא הולמת. הצגת הסרטון כמוה כהצגת ראיה לנאשם בדבר אשמתו ואין בה בכדי להצביע על פגם חקירתי/הליכי כלשהו. לגישת המדינה, סביר יותר כי כאשר המערערים צפו בסרטון וראו את שעשו, הללו בחרו ללכת בדרך המוטב ולהודות בגמירות דעת מלאה.

<sup>49</sup> מ"ת (שלום י-ם) 57067-03-22 מדינת ישראל נ' אלמדואי, בפס' 9 לפסק הדין של השופט אלעזר (נבו) 14.04.2022.

205. עצם העובדה לפיה הנאשמים דבקו בהודאתם בגרסתם לאורך כל ההליך, וגם בבית-המשפט, צריכה לשאת משקל רב. עובדה זו מלמדת על מהימנותן של החקירות. כמו כן, נדגיש דעתנו בדבריו של השופט עמית בעניין נחמני :

”מעינם של הקוראים לא נעלמה העובדה שההגנה לא העלתה את הטענה הקלאסית שאנו מצפים לשמוע מפי כל סניגור: ”מרשי חף מפשע”. ההגנה לא העלתה טענה זו, מאחר שאשמתו של המערער זועקת מההצטברות הראייתית שעליה עמדתי לעיל. למרות זאת, מתן מענה לכל טענה וטענה שהעלתה ההגנה [...] הביא אותנו לסוף הדרך רק לאחר עשרות עמודים...” (בפס' 102 של השופט עמית; ההדגשה הוספה).

206. אנו רואים דבריו יפים לענייננו, שכן לא נשמעה טענת חפות ולו פעם אחת מצד המערערים. כל טרונייתם מופנת ביחס לסוגיות שבפרוצדורה, ולא שבמהות. בקשתם היחידה היא לפסול את הסרטון הבלעדי המעיד על אשמתם.

207. למעשה, במסווה של ערעור ”תמים”, עותרים המערערים לכך שבית-המשפט הנכבד יאמץ את דוקטרינת ”פרי העץ המורעל” במלואה. עמדה זו מסוכנת ועשויה להוביל לפגיעה חמורה באינטרס הציבורי. אם בית-המשפט יפסול כל ראיה שהתקבלה, אפילו אם התקבלה באופן חוקי, רק מפני שהתקבלה בעקבות ראיה אחרת שנטען כי הושגה שלא כדין, החברה עלולה לשלם מחיר גבוה מדי. פרופ' הלוי התייחס לכך בספרו:

”דוקטרינה זו עשויה להגביר את התועלת החברתית באשר יהיה באימוצה משום הרתעה פרוספקטיבית של רשויות אכיפת החוק מפני שימוש באמצעים בלתי הוגנים כלפי פרטים בחברה, אולם הנזק המידי לחברה עשוי להיות חמור יותר מתועלת זו” (בעמ' 283).

208. כאמור, בידנו מצוי סרטון בהיר אשר מהווה הוכחה על שנעשה באירוע אלימות חמור. גם אם צפייה בסרטון בעת החקירה השפיעה, כגישת המערערים, על הודאתם, אין להקל ראש בכך שהמערערים הודו בצורה אותנטית שלא השתנתה בהליך החקירה.

209. גם אם שמא נפלה שגגה מזערית בהליכי החקירה, נבקש מבית-המשפט הנכבד להטעים שנקיטת אמצעי פסול אינה מובילה בהכרח לפסילתה של הודאה כלא רצונית. לסיכום, בנידון דידן, בשיח ראיות מול זכויות – הדין עם הראיות; בוודאי כאשר הפגיעה בזכויות הייתה מינורית ולא השפיעה על אותנטיות הראיות.

## 5.א התייחסות לטענת המערערים באשר לזכות לאי-הפללה עצמית

210. לשיטת המערערים, כשהוצג להם הסרטון בחקירות נפגמה זכותם לשתיקה ואי-הפללה עצמית. הואיל והסרטון הוצג להם מיד לאחר המקרה, לא חודשים או שנים לאחר מכן, ולא נעשתה כל מניפולציה או שינוי לסטון, המדינה סבורה אחרת. בענייננו המערערים נחקרו במשטרה ומסרו את הודאתם מרצונם החופשי. הואיל ותחת החיסיון מפני הפללה עצמית, חוסים מסמכים שיכולים לשמש כראיה, וגם חומרי מחשב, סרטונים, תמונות, קלטות וידאו ואודיו;<sup>50</sup> החיסיון יכול לחול על הסרטון. אלא שבפועל, אין הסרטון נמסר על-ידי המעורבים באירוע האלימות, ואין אנו עסקינן באירוע בו המשטרה טרם מחזיקה בראיה. על כן, כפי שיפורט כדלהלן, השימוש בסרטון אינו פוגע בזכות המערערים לחיסיון מפני הפללה עצמית.

211. נפנה את בית-המשפט הנכבד להלכת **קייס**,<sup>51</sup> שם נקבע שזכות השתיקה ואי-הפללה עצמית אינה מוחלטת אלא יחסית בלבד. אל מול זכות השתיקה של המערער ניצב האינטרס ציבורי של חשיפת האמת, שעומד בבסיס תכליותיו של ההליך הפלילי ונועדו להגן על שלום הציבור, למגר את הפשיעה, להגן על נפגעי עבירה, ולשקם את העברין.

212. המשטרה הייתה מחויבת להציג את הסרטון לנאשמים, הואילו זו חובתה להטיח ראיות מסבכות בחקירה. אין קשר אינהרנטי בין הזכות לשתיקה לבין הצגת הסרטון כפי שמעלים המערערים. עת צפו המערערים בסרטון, הללו יכלו לשתוק ולא להגיב אליו. תגובתם והודאתם היוותה בפועל ויתור על הזכות לאי-הפללה עצמית – ברי, אלו מנוגדות זו לזו. המערערים הודו בחקירה כאשר הבינו כי אין טעם בשתיקה, בנוכחות ראיות בהירות כמו אלו.

213. בנוסף, הזכות לאי-הפללה עצמית היא זכות אישית ויכולה להיטען אך ורק על-ידי מי שנמצא בעמדת הנחקר בהתאם להלכת **שמש**.<sup>52</sup> באותו עניין נקבע שאין יכולה החברה לטעון בשם זכותם של העובדים לחיסיון מפני הפללה עצמית, מכיוון שזוהי זכות אישית. בענייננו, יעל היא בעלת הסרטון ולכן לא יכולה לטעון לחיסיון מפני הפללה עצמית כיוון שהסרטון לא מפליל אותה ולא מתעד את מעשיה אלא את מעשי המערערים. הואיל ויעל היא עדה בלבד במאורע, ואין כל אישומים נגדה, זכות החיסיון מהפללה עצמית איננה חלה בעניינה.

214. לצד יצירי הפסיקה, בספרות המשפטית הוצעו המלומדים ד"ר חיים ויסקומנסקי ועו"ד עמוס איתן את מודל החיסיון היחסי מפני הפללה עצמית.<sup>53</sup> מודל זה מכיר בחיסיון מפני הפללה עצמית כחיסיון יחסי, ומבקש לערוך איזון קונקרטי בין הזכויות לאינטרסים המתנגשים, במתח שבין רשויות החקירה לבין נאשמים ונחקרים בהליך הפלילי.

<sup>50</sup> גיא רוטקופף "על החובה למסור מסמכים רשות – הצורך להגדיר מחדש את תחומי החיסיון מפני הפללה עצמית ואת זכות השתיקה" **המשפט** יא 293, 296 (התשס"ז).

<sup>51</sup> ע"פ 2132/04 קייס נ' **מדינת ישראל** (נבו 28.5.2007).

<sup>52</sup> דני"פ 5852/10 **מדינת ישראל נ' שמש**, פ"ד סה(2) 377 (2012).

<sup>53</sup> חיים ויסקומנסקי ועמוס איתן "החיסיון מפני הפללה עצמית: בחינה מחודשת בראי הטכנולוגיה" **משפטים** נא 843, 895–896 (2022).

215. המלומדים מציעים **שישה תבחינים גמישים** שיכולים לסייע בשיקול הדעת של בית-המשפט, כדלקמן: <sup>54</sup>

215.1. תבחין ראשון הוא מעורבות הנחקר ביסוד החקירה. ככל שמידת המעורבות של הנחקר בעבירה שביסוד החקירה היא קטנה יותר, כך הפוטנציאל להתנגשות עם החיסיון מפני הפללה עצמית הוא נמוך יותר. במקרה דגן יעל לא לקחה חלק פעיל באירוע המצולם לכן הסיכוי שהוא יתרום להפללה שלה נמוך. כאשר הנחקר הוא עד שאינו במעמד חשוד, כמו יעל, ממילא האינטרס החיוני למנוע את הפללתו העצמית אינו אמור להתקיים בעניינו.

215.2. תבחין שני הוא האם ניתן להשיג את המידע ללא שיתוף פעולה של הנחקר. אילו לא היה הסרטון נשמר במערכת לא הייתה דרך אחרת להשיג את המידע מבלי להוציא את הסרטון ממכשיר הטלפון של יעל.

215.3. תבחין שלישי הוא בחינת חומרת העבירה. אין חולק כי מדובר בעברה חמורה בספר החוקים – עבירת אלימות. לכן, ראוי לכפות מסירת מידע.

215.4. הרביעי, עוצמת החשד והראיות החזקות יותר ומבוססות יותר, מחזקות הנטייה לגבור על החיסיון, כדי להימנע משימוש בחיסיון באופן שמיטיב עם החשוד-האשם. הואיל והסרטון מתאר במדויק מה התרחש שם, ועל-כן כונה "ראיית הזהב" בבית-משפט קמא, פשיטה שהסרטון אינהרנטי לקידום החקירה.

215.5. התבחין החמישי, ככל שניתן להתרשם כי המידע הממוחשב, האגור בטלפון הסלולרי או ביישום המקוון צפוי להיות רלוונטי ונחוץ לקידום החקירה, כך תיטה הכף לכיוון התגברות על החיסיון מפני הפללה עצמית. כנזכר לעיל, הסרטון רלוונטי ונחוץ.

215.6. באשר לתבחין השישי והאחרון, על הרשות החוקרת להניח את דעתו של בית-המשפט כי החיוב במסירת חומר המחשב נדרש ישירות כראיה במסגרת החקירה המתנהלת, ואין נדרשת מסירת המידע כדי להפליל באמצעותו, כשלעצמו, את הנחקר. בעניינו יעל אינה מערערת בתיק ואין מטרה להפלילה.

216. לסיכום, הצגנו את זכויותיה וחובותיה של יעל, העדה, בראי הדין הפלילי והראנו שאין פגיעה בזכויותיה של יעל לאי-הפללה עצמית הואיל ואינה המערערת בתיק. נראה אפוא כי גם בהיעדר עדותם של המערערים, בהתחשב בכך שישנה ראיה חפצית בדמות הסרטון, ההודאה בחקירה אינה עולה לכדי הפללה עצמית של המערערים. המשטרה לא פירשה את הסרטון, לא קטעה חלקים ממנו, ולא הציגה אותו באמתלה שמא קיימים סרטונים/עדויות אחרות, שמטרתם להשפיע על עדות הנאשמים. כל שעשתה המשטרה הוא הצגה כנה של הראיה המרכזית, המבססת את פועלם ואשמתם של המערערים – על כן, הודאתם – דינם.

---

<sup>54</sup> שם, בעמ' 896–897.

## 6. הסרטון כראיית הזהב ופרשנותו

217. לא פעם, בית-המשפט עמד בפני סיטואציה משפטית אשר חייבה את השופט/הרכב השופטים לעמוד בפני הכרעה הדורשת את פרשנותו של השופט "כצופה" בראיות העומדות בפניו. מעמד "ההתרשמות" מן הראייה החפצית (הסרטון) והפרשנות שניתנה לה על-ידי בית-המשפט קמא הוא מעמד אינרנהנטי להליך בעניינו.

218. בית-המשפט עמד על עניין הפרשנות הניתנת לראיות חפציות בעניין **בן-דוד**,<sup>55</sup> שם הוא נדרש לעסוק בסוגיית זיהוי המערער בסרטון וידאו שצולם במצלמת אבטחה בחנות, בעת שהאחרון ביצע שוד תוך שימוש בכוח וגרימת חבלות לבעליה. אמנם המקרה עסק בזיהוי המערער גרידא ללא מתן פרשנות למעשיו אך פסיקת בית-המשפט רלוונטית לעניינו באומרו כי:

"בית-המשפט מכריע על-פי התרשמותו אם ליתן אמון [...] כל עוד לא נדרשת בעניין זה עדות מומחה. בדרך זו נוהג בית-המשפט לא רק לעניין מהימנותם של עדים, אלא בכל מקרה שבו מוצגות בפניו 'ראיות חפציות' – אשר על-פי טיבן הן מדברות בעד עצמן. בית-המשפט 'קולט' את העדות שימוסרת' הראייה החפצית בדרך של 'התרשמות' ממנה וקובע ממצאים על-פי התרשמותו. בנסיבות כאלה, **אין לומר שבית-המשפט 'הופך לעד'. את העדות 'מוסרת' הראייה החפצית, ואילו בית-המשפט קולט אותה בחושיו.** אכן. ה'התרשמות' היא אישית שלו, ועל-כן יכולתה של ערכאת הערעור להתערב בממצא שנקבע על-פיה מצומצמת לבחינת הממצא במישור האובייקטיבי בלבד. ברם, זה דינו של כל ממצא הנעוץ במהימנות, קרי: ב'התרשמותו' של השופט" (שם, בעמ' 539; ההדגשה הוספה).

219. בעניינו, אין צורך בזיהוי המערערים. זהותם גלויה, מעשיהם ניטחים אל מול קרקע המציאות המשתקפת מסרטון הווידאו שמציג נכוחה את אשמתם. בית-משפט קמא סבר על-פי התרשמותו וחושיו כי יש לראות כי הפרשנות אחת היא – אשמתם מעל לכל ספק סביר של המערערים, כנדרש במשפט הפלילי.

220. כך גם בעניין **אברהם**,<sup>56</sup> שעסק במקרה דומה של פרשנות ראיות וזיהוי נאשמים בסרטוני וידאו, נדרש בית-המשפט לעמוד על מעמד הפרשנות הניתנת לראיות על-ידי השופט באומרו כי:

"הנדבך העיקרי בהרשעה הוא זיהוי המערער ע"י בית המשפט. **התרשמותו של ביהמ"ש ממראה עיניו הוא אחד "מכלי עבודה"**

<sup>55</sup> ע"פ 2653/98 בן דוד נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(4) 529 (1998).

<sup>56</sup> ע"פ 602/06 אברהם נ' מדינת ישראל (נבו) 22.1.2007.



**החשובים העומדים לרשותו, והיא נדבך חשוב ומרכזי בקביעת מהימנות עדים, בחינת ראיות חפציות וכיו"ב.** לא זו בלבד שביהמ"ש רשאי לעשות שימוש בכלי זה, אלא שתפקידו השיפוטי מחייב אותו להיעזר במראה עיניו, וכל עוד לא מדובר בהתרשמות הדורשת מומחיות – אין בכך כל פסול" (שם, בעמ' 4; ההדגשה הוספה).

221. מעמד הפרשנות שניתן בבית-המשפט קמא בהתייחס למעשי המערערים בסרטון מבסס תשתית לפיה יש לייחס חשיבות מרובה לממצאים הוויזואלים הנראים בסרטון עצמו. יתרה מכך, הטלת דופי מהותי בפרשנות שניתנה לסרטון שומטת את הקרקע מתחת לרגליו של בית-המשפט הנכבד בבואו לבחון ראיות חפציות ולהביע את עמדתו לגביהן.

222. נדגיש, אין אנו מתעלמים מעצם העובדה שלערכאה הדיונית אין יתרון כלשהו על-פני ערכאת הערעור בפרשנות הסרטון. קביעה זו הובאה גם בעניין **חדאד**,<sup>57</sup> בו זוכה המערער מחמת הספק בביצוע מעשה סדום בפעוט בן שנה. עיקר הכרעת הדין התבססה על הספקות השונות שעלו מהמכלול הראייתי והנסיבתי של הראיות בדגש על סרטון מצלמות האבטחה ממקום העבירה עצמו. בפסק הדין הובהר כי:

"ראוי להדגיש כי הסרטונים מהווים ראיה חפצית, אשר לערכאה הדיונית אין כל יתרון בהערכתה. בהתאם לכך, הכלל בדבר אי-התערבותה של ערכאת הערעור בממצאיה של הערכאה הדיונית אינו חל על אותם ממצאים של בית המשפט המחוזי, אשר מבוססים על הערכת הסרטונים. לפיכך, אין מניעה להתערבותו של בית משפט זה בממצאיו אלו של בית המשפט המחוזי, **ככל שקיים טעם לכך**" (שם, בעמ' 74; ההדגשה הוספה).

223. אולם, בעוד שבעניין **חדאד** סבר בית-המשפט כי יש מקום להתערב בפרשנות שניתנה לסרטונים על-ידי הערכאה הדיונית, המדינה סבורה כי לא נפל פגם בפרשנות שניתנה להם על-ידי בית-משפט קמא. הסיבה לכך מונחת ביסוד הטענות עליהן מבססים המערערים את הערעור. אילו הסרטון מוכיח בצורה משכנעת כי מעשיהם של המערערים נעשו מתוך הגנה עצמית וחשש מתקיפה, מדוע הם מבקשים לפסולו? מדוע הם מבקשים למשוך את עדותם שניתנה בצמוד לצפייה בסרטון ולהכריז עליו כפגיעה מהותית בפרטיותם? על-כן, אנו תוהים לעניין אמינות קו ההגנה המובא מפי המערערים.

224. יתרה, עמדת המערערים בכל הנוגע לחלקיות הסרטון והעובדה כי לא נעשה בריק, אין בה כדי לערער על המוצג בו ועל נפקותו. מכאן, צפייה בו, כפי שהוזכרה לעיל, לא משפיעה על הודאת המערערים. בחינת

<sup>57</sup> ע"פ 2697/14, **חדאד נ' מדינת ישראל**, (נבו 6.9.2016).

ספרות זרה בנושא מעלה מספר אפשרויות למצבים תיתכן הטיית קוגניטיבית של מי מהצדדים בהליך הפלילי עת הוא צופה בראיות/ממצאים שתועדו בעדשת המצלמה.<sup>58</sup>

225. מבחן "הטיית הפרספקטיבה" הוא אחד מהם. הוא עוסק בזווית הצילום ככזו שיש לה השפעה קריטית על הפרשנות שניתנת לו. התנאים שיש לבחון במתן פרשנות זו הם מידת הופעתם של הצדדים בסרטון, זווית המצלמה ויכולת הצופה להבין את המתואר בתיעוד. כאשר כללים אלו מתקיימים נראה אפוא שישנו חשש מופחת להטיה קוגניטיבית כלשהי של מי מהצדדים.

226. יתרה מכך, גם אם תינתן פרשנות שונה לסרטונים המעלה על נס את עילת ההגנה העצמית אותה טענו המערערים בבית-המשפט קמא, הרי שעולים קשיים רבים המאפשרים את התגשמותה של עילה זו. סעיף 34יא לחוק העונשין מגדיר את סייג ההגנה העצמית בקובעו כי:

"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנובעת ממצב דברים נתון בשעת המעשה, ולא היתה לו דרך אחרת אלא לעשותו".

227. עוד בטרם ניכנס לנבכי הפסיקה בנושא דגן הרי שבעניינו אנו סבורים כי יש לבחון ולהכיל בהכרח את סעיף 34יד לחוק העונשין בעניינו הקובע כי:

"הוראות סעיפים 34ז, 34יא ו-34יב לא יחולו אם העושה היה מודע או אם אדם מן הישוב במקומו יכול היה, בנסיבות הענין, להיות מודע, לפני היווצרות המצב שבו עשה את מעשהו, כי הוא עלול לעשותו במצב זה, ואם העמיד את עצמו בהתנהגות נשלטת ופסולה באותו מצב; ובלבד שענינו של המעשה שנעשה במצבים האמורים בסעיף 34יא או בסעיף 34יב, לא היה הצלת אינטרס הזולת".

228. מעשי המערערים לא נעשו בריק, כניסתה של נפגעת העבירה לביתם של המערערים לא מהווה כל סיבה לפעול באלימות נגדם. אמת, כניסת החבורה לבית מערערת 2 עלולה לעורר תחושת אי-נוחות ולחץ. עם זאת, אלו לא מאפשרות בשום אופן לעשות דין בצורה עצמאית. כמו כן, ניתן לראות בסרטון – אלו שהו בבית לפחות מספר דקות; למערערים הייתה היכולת להתקשר למשטרה לעזרה, או לפחות לדרוש מהחבורה לצאת מביתם. בנוסף, גם מקרה האלימות עצמו מלמד על מטרתם האלימה, ולא רצונם להוציאם מבית מערערת 2, שלבסוף הוצאה, באמבולנס חירום.

---

ARON M. WILLIAMS, "THE NOISY "SILENT WITNESS": THE MISPERCEPTION AND MISUSE OF <sup>58</sup> CRIMINAL VIDEO .EVIDENCE, INDIANA LAW JOURNAL (BLOOMINGTON) , VOL.94 (4), P.1651 (2019)

229. הפסיקה גם כן דנה בסייג ההגנה העצמית ובתנאים הנדרשים כדי להחילו. בעניין **שימשילשוילי**,<sup>59</sup> בו נדחה ערעורו של המערער וטענותיו אודות הגנה עצמית לאחר שהאחרון דקר את שכנו הוזכרו ששת התנאים הנדרשים לתחולת סייג ההגנה העצמית בדין:

”ששה תנאים צריכים להתקיים על מנת לבסס קיומה של הגנה עצמית: א. מטרת ההגנה העצמית היא להדוף תקיפה שלא כדין; ב. על המותקף או זולתו לעמוד בסכנה מוחשית; ג. דרישת המידיות; ד. האדם הטוען לסייג של הגנה עצמית לא נכנס למצב בהתנהגות פסולה; ה. נחיצות בפעולת הדיפת התקיפה; ו. הדיפת התקיפה תהיה סבירה” (בעמ' 2).

230. לא ניתן להתעלם מן האבסורד המובא בטענות ההגנה לשימוש בסייג ההגנה העצמית בעניינו. בית-משפט קמא הבהיר שלא ראה במעשי המתלוננת ככאלו שעולים לכדי מצב סביר של תקיפה, דבר ששלל את התקיימותו של התנאי הראשון, זאת מבלי להזכיר בשנית את העובדה כי תכולתו של התנאי הרביעי שוללת את הסייג מעיקרו עקב ממצאי השתייה של המערערים בטרם המעשה. אולם גם אם נחיל את התנאי הראשון ככזה שהתקיים בנסיבות העניין ונתעלם מן התנאי הרביעי, הרי שישנו קושי מהותי מצד המערערים להוכיח את התקיימותם של שאר התנאים המחייבים כפי שיובהר כדלקמן.

231. בעניין **סומך**,<sup>60</sup> עסק בית-המשפט בתנאים הנדרשים להוכחת סייג ההגנה העצמית בדין. עיקר פסק-הדין דן בסוגיית דרישת הנחיצות ובו נפסק כי:

”שני פנים לדרישת הנחיצות: נחיצות איכותית, בגדרה נבחנת **השאלה האם עמדו לפני הנתקף חלופות נוספות, פוגעניות פחות, לשם הדיפת התקיפה**. כך, למשל, אם די בירי אזהרה לאוויר לשם הדיפת התוקף ונטרול הסכנה, יהא הירי בגופו בלתי-נחוץ מבחינה איכותית; ונחיצות כמותית, בגדרה נבחנת מידת הכוח המגן שהפעיל הנתקף. לאמור, אם די בירייה אחת בלבד לשם הדיפת התוקף ונטרול הסכנה, תהא סדרה של מספר יריות כאלה בלתי נחוצה מבחינה כמותית. אדם הפועל לשם הדיפת זה שבא לתקוף אותו, ממלא למעשה את תפקידן של רשויות האכיפה, **ועל-כן עליו להראות כי פנה לשימוש בכוח רק משנוכח כי לא היה ניתן להדוף את התוקף באמצעות שימוש בחלופות אחרות, פוגעניות פחות**” (שם, בעמ' 63; ההדגשות הוספו).

<sup>59</sup> ע"פ 1964/14 שימשילשוילי נ' מדינת ישראל (נבו 6.7.2014).

<sup>60</sup> ע"פ 4784/13 סומך נ' מדינת ישראל (נבו 18.2.2016).

232. מעשי המערערים עולים לכדי פגיעה ברורה ולא מידתית במתלוננת. "הדיפת התקיפה" העתידה להגיע מצידה של המתלוננת לכאורה, שבשמה פעלו המערערים כדי "להציל את עצמם" מעלה ספקות מהותיים בכל הנוגע למידתיות תגובתם ונחיצותה. הדחיפה האגרסיבית של המתלוננת לקרקע ניטרלה את "האיום" בו ברגע. בפועל, רואים בסרטון בצורה בהירה – די בפגיעה קלה אחורנית, וניתן לראות אף שיש מקום רב לבצע פגיעה זו, כדי להתחמק מכל איום שחשבה מערערת 2 שהיא ניצבת בפניו.

233. לאחר מכן, הסרטון מלמד שלא די בכך היה למערער 1, כשבחר להתיז לעברה גז פלפל בעודה שרויה מוכה על הרצפה.

234. האם הדבר סביר? האם בהתחשב בנסיבות לרבות פגיעתה הראשונה של המתלוננת לאחר נפילתה על הקרקע ראוי לראות במעשיהם של המערערים הגנה עצמית? המדינה סבורה, בדומה לבית-המשפט קמא שהדבר משולל מיסודו ולא ראוי להתקבל בבית-המשפט הנכבד כסייג לפעולתם.

235. חשוב להבהיר, אנו מכירים בקושי הטמון במתן הפרשנות "המאוחרת" לאירועים שקרו ותועדו בעדשת המצלמה. איננו מתעלמים מהתייחסות בית-המשפט לכך בעניין **סומך** בקביעתו כי:

"כשבוחנים את מהלך הדברים 'בהילוך איטי', באווירה השקטה יחסית של אולם בית המשפט, האפשרות להסתפק בירי ממוקד של כדור אחד בלבד לעבר מרכז גופו של התוקף נראית מחויבת המציאות. ברם, דומה כי בנסיבותיו האובייקטיביות של האירוע, בסיטואציה המסעירה והמורכבת בה היה נתון הנתקף, אין זו אם חוכמה שלאחר מעשה. יודגש כי אין הכוונה כי בשל נסיבות העניין אין בית המשפט יכול להעביר תחת שבט הביקורת ולשפוט את מעשיו של הנתקף, בחינת "אל תדין את חברך עד שתגיע למקומו". **רשאי בית המשפט לעשות כן, ואף חייבים. זהו תפקידו.** אלא שאין הוא יכול לדון את הנתקף מבלי שיינתן את הדעת על 'מקומו', דהיינו על מערכת הנסיבות העובדתית המורכבת שבה היה נתון" (שם, בעמ' 71–72 ; ההדגשה הוספה).

236. אולם להבדיל מעניין **סומך** שעסק בדינם של שוטרים הפועלים במסגרת מילוי תפקידם, ענייננו הוא בעיסוק באזרחים שמבקשים לקבל הכשר לפעילותם האלימה, באמתלה לתכולתם של סייגי הגנה עצמית ופסילה של ראייה המעידה על אשמתם. ניתן גם לראות בבירור בסרטון – המערערים לא פעלו תחת סכנת חיים, הם לא נקלעו, למשל, לפיגוע טרור, ולא הייתה בידם האחריות לחיי האזרחים במרחב ולביטחון תושבי העיר עליה הם מגנים (כפי שהובא בעניין **סומך** לעיל). לכל היותר מדובר בזוג נאשמים אשר חפצו לשתות לשוכרה ולפעול באלימות ובתקיפה בעוד שהייתה בידם היכולת לסיים את האירוע בצורה מידתית וסבירה.

237. עקב כל האמור לעיל, המדינה סבורה שראוי להותיר את פסיקת בית-המשפט קמא על כנה. נזכיר את פסיקת בית-המשפט קמא בהתייחס לסרטון באומרו כי:<sup>61</sup>

”התובנות והפרשנויות של עדי הראיה על האירועים העובדתיים בדיעבד לא מעלים ולא מורידים, משעה שיש ראיה קשיחה, בדמות סרטון. בנסיבות אלה, יש להעדיף את הראיה הקשיחה על פני תובנותיהם של העדים שהעידו בפניי” (שם, בעמ' 4).

238. אנו חוזרים על עמדתנו לפיה הימצאותה של הראייה החפצית בדמות הסרטון מספקת את ”ראיית הזהב” בהקשרנו. מתן הפרשנות הרלוונטית לסרטון כפי שניתנה בבית-המשפט קמא היא אינהרנטית להליך. לא רק שהיא נתונה לסמכותו של בית-המשפט, זוהי גם חובתו לעשות כן בבחינתו את הסרטון. טענות ההגנה לרבות, סייג ההגנה העצמית והפרשנות שניתנה לסרטון ניטחות בקרקע המציאות העובדתית שעומדת לפנינו בתיק זה. הסרטון מוכיח מעל לכל ספק סביר, כנדרש במשפט הפלילי, את אשמתם של המערערים ופעולתם האלימה ועמדה זו ניכרת היטב בפסק הדין אותו אנו מבקשים להותיר על כנו לאור הטעמים שפורטו לעיל בהקשר הפרשנות שניתנה לסרטון ומעמדו.

## 7. סוף דבר

239. טרם חתימה, נבקש להבהיר, מדינת ישראל מצויה בעידן שיח של ”זכויות”. אלו נועדו להגן על האזרח ולהבטיח את חירותו. אין על כך חולק. אולם, אל לנו לשכוח כי השימוש בשיח הזכויות באמתלה הנועדה לצורך התחמקות ובריחה מהליכים פליליים עשויה בדיעבד דווקא לפגום בשיח הזכויות ובערכים אותם אנו כחברה מבקשים לקדם. בכך המערערים הופכים את ”הזכות” לחרב פיפיות. זכויות נפגעי העבירות ומגפת האלימות השוררת בארצנו, מחייבת עיסוק כן, אמיתי ואמיץ בעבריינים ובאזרחים המבקשים לעשות דין עם עצמם.

240. המדינה מבקשת להבהיר כי אורכו של מסמך זה איננו מלמד על אודות מורכבותו. עסקינן במקרה של עבירות אלימות מוכרות ועתיקות יומין; אשר תועדו באמצעות סרטון ברור. כתב הערעור רצוף בטעויות משפטיות, ראייתיות ולוגיות. הוא מבוסס על מסקנות שגויות ושאלות היפותטיות שרובן ככולן מבקשות להתחמק מאימת הדין והחלטת בית-המשפט קמא.

<sup>61</sup> ת”פ (חיפה) 11111-02-21 מדינת ישראל נ’ שלומי ואח’ (2021).

241. אשר על כן, לאור המפורט לעיל, בית-המשפט הנכבד מתבקש להותיר את החלטת בית-משפט קמא על כנה, לדחות את הערעור, ולהותיר את הרשעת המערערים.



עורכת-דין יובל קימלמן



עורך-דין רן שלו



עורך-דין שלבי וסר