

בעניין שבין:

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

המעוררים;

- נגד -

מדינת ישראל
באמצעות המחלקה הפלילית בפרקליטות
המדינה

המשיבה;

עיקרי טיעון מטעם המערערים

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד, מתכבדים המערערים להגיש את עיקרי הטיעון מטעמם בערעור שבכותרת, לקראת הדיון הקבוע ליום 13.6.2024 לשמיעת הערעור.

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל את הערעור, ולזכות את המערערים מכל המיוחס להם. עוד מתבקש בית המשפט הנכבד לתת פסק דין הצהרתי אשר יורה למשטרת ישראל לחדול מלעשות שימוש באפליקציית "Help Me" במסגרת ההליך הפלילי עד אשר המחוקק ישמיע את קולו הברור בנדון.

יובל שחר, עו"ד

עומר חרמוני, עו"ד

ג'ני סידיקוב, עו"ד

ב"כ המערערים 1-2

1. פתח דבר

1. בשל מגבלת המקום שנקבעה לעיקרי הטיעון, נציג את השתלשלות האירועים שהיא הבסיס להליך שבכותרת בקצרה יתרה: ביום 12.11.2020, שלום וליאורה, זוג חברים שידוע כנעים הליכות יצאו יחדיו למועדון. במהלך הערב, התגלע ויכוח בין המערערים (להלן: **שלום וליאורה**) לבין רחל (להלן: **המתלוננת**) ושני חבריה. כדי להימנע מהדרדרות המצב שלום וליאורה חזרו לביתה של ליאורה. על אף ניסיונם של שלום וליאורה לנתק מגע, המתלוננת וחבריה **עקבו אחריהם**, ודחפו עצמם **תוך הפעלת כוח פיזי** לתוך ביתה של ליאורה, שם המשיכו בצעקות וגידופים. במהלך העימות המילולי, המתלוננת התקרבה באגרסיביות ובלהט לעברה של ליאורה תוך שהיא מניפה את ידה הימנית לאוויר באיום, כך שכל בר דעת יסבור שמדובר בפעולה שמטרתה לפגוע בגופה של ליאורה. ליאורה, בפעולה של הגנה עצמית, הדפה את המתלוננת מעליה וזו נפלה ארצה; בה בעת, שלום, שנבהל מאוד וחשש שליאורה תיפגע, התיז על המתלוננת גז פלפל בניסיון לעצור את התקיפה; המתלוננת אושפזה עם חבלות בגפיים ובעיניה.
2. בעת כניסת המעורבים לביתה של ליאורה, שהתה בבית יעל – דודתה של ליאורה. יעל, חשבה שגנבים פרצו לבית, והפעילה בטלפון הנייד שלה את מערכת "Help Me" (להלן: **המערכת**): אפליקציה אזרחית המאפשרת לאזרח, בלחיצת כפתור, לשדר באופן מידי ממכשיר הטלפון שלו סרטון המצולם בזמן אמת ישירות למוקד המשטרה. יעל רצתה להזעיק את עזרת המשטרה להתמודד עם הפורצים שחשבה שנמצאים בביתה של ליאורה. אחרי שהבינה שאף אחד לא פרץ לבית (מלבד המתלוננת וחבריה) יעל **שכחה** שהפעילה את המערכת, ובסערת האירועים הטלפון הנייד נשמט מידה ונבעט ברחבי החדר, **תוך שהוא מתעד באופן חלקי ובלתי-ברור את הנעשה בבית** – גם **לאחר** המהומה – ישירות למשטרה.
3. בשל כך, מוקדנית המשטרה שענתה לקריאה צפתה בכל שצולם בזמן אמת כשרק היא יכולה לעצור את השידור, ושלחה ניידת משטרה לבית. הסרטון נשמר אוטומטית במאגרי המידע של המוקד המשטרה. עוד באותו לילה, מסרה המוקדנית את הסרטון לחוקרי המשטרה אשר גבו את הודעותיהם של שלום וליאורה תוך שאלו צופים בסרטון שוב ושוב, כך שלא ניתן להפריד בין הסרטון לגרסאות שנמסרו בחקירותיהם.
4. בעקבות כל אלו, ותוך התבססות על הסרטון דנן, הרשיע בית משפט קמא את **שלום** בעבירה של חבלה חמורה לפי סעיף 333 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 ובעבירה של תקיפה הגורמת חבלה ממשית, לפי סעיף 380 לחוק העונשין; ואת **ליאורה** בעבירה של תקיפה סתם לפי סעיף 379 לחוק העונשין.

2. תמצית טיעוננו

5. השאלה המרכזית העומדת לפתחנו, היא האם ראיה שהושגה על ידי המשטרה, באמצעות מערכת מצלמת **ללא כל מקור סמכות** – לא מתוקף חקיקה פוזיטיבית (מכל סוג שהיא) ולא מכוח הלכה שיפוטית – אשר השגתה פוגעת פגיעה של ממש בזכויות הפרט, יכולה לשמש כראיה קבילה לצורך חקירה והרשעה בהליך הפלילי. כפי שנראה להלן, בכל הכבוד הראוי, שגה בית משפט קמא בקביעתו כי צפיית המשיבה במתרחש ויצירת הסרטון, שמירתו במאגר, והשימוש בו במסגרת ההליך הפלילי נעשו כולם בסמכות. נהפוך ונהפך: בהוראות החוק השונות השזורות בדברי חקיקה שונים, אולם מקור סמכות לכך לא נמצא. כפי שנראה, **הסרטון הושג באופן לא חוקי, ולכן פסול מלשמש כראיה במשפט הפלילי** – בין מכוח חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ובין מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית.
6. בנוסף, שגה בית משפט קמא בקבלתו את הודעות המערערים, שכן אלו זוהמו בסרטון הלא קביל, שהוצג לעדים בעת גביית הודעותיהם מספר פעמים רב. צפייתם בסרטון תוך שנגבתה הודעתם השפיעה על האופן בו תפסו האירוע בזיכרונם. לפיכך, **יש לפסול את הודעות המערערים כראיה נגזרת לסרטון**, ולכל הפחות אין לייחס להן משקל רב.
7. ביחס לפרשנות הסרטון וקביעת בית המשפט כי הוא משקף ויזואלית את האירוע (בפס' 50 לפסק הדין של בית משפט קמא) ולכן ניתן להרשיע בגינו את שלום וליאורה, נטען כי הסרטון – אשר לא מתעד את תחילת ההתרחשות

והאיום על המערערים, צולם בכאוס, תוך נפילת המצלמה ודחיקתה לקרן זווית כך שהוא מביא בפני הצופה תמונה חלקית בלבד. סרטון שכזה לא יכול לשקף נאמנה את האירוע בשלמותו, ולא ניתן להתבסס עליו, באופן שבו התבסס בית משפט קמא.

3. הפגיעה בזכויות יסוד וחירויות הפרט

8. שימוש המשטרה במערכת (הצפייה הישירה בסרטון; שמירת הסרטון במאגרי מידע; והשימוש בסרטון במסגרת ההליך הפלילי) כל זאת ללא ידיעתם או הסכמתם של המערערים אשר צולמו בביתם, ללא מקור סמכות בדין, פגע פגיעה חמורה בזכויות המערערים. בין הזכויות שנפגעו: הזכות לפרטיות, הזכות לאוטונומיה והזכות להליך הוגן. כמו כן, נפגעו עקרונות יסוד של המשטר הדמוקרטי ובכללם: שלטון החוק, עקרון חוקיות המנהל וחזקת החפות. השימוש במערכת אף טומן בחובו סיכונים מובנים נוספים, ועל כל אלה נעמוד להלן.

9. הזכות לפרטיות ולצנעת הפרט היא זכות חוקתית אשר הוכרה לא מכבר כאחת מהחשובות שבזכויות האדם (ראו, סעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ע"מ 9341/05 התנועה לחופש המידע נ' רשות החברות הממשלתית, פס' 41 לפסק הדין של כבוד השופטת ארבל (נבו 19.5.2009); בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל, פס' 16 לפסק הדין של כבוד השופט דנציגר (נבו 8.10.2017); בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה, פס' 8 (נבו 14.5.2006) (להלן: עניין פלונית)). בהתאם לכך, איסור הפגיעה בפרטיות מעוגן כיום גם בחוק הגנת הפרטיות, אשר קובע לענייננו כי צילום אדם כשהוא ברשות יחיד, ללא הסכמתו, מהווה פגיעה אסורה בפרטיותו (ראו סעיף 1 ו-2(3) לחוק).

10. הפסיקה בישראל הכירה בכך שביתו של אדם הוא מקומו הפרטי ביותר – "מבצרו הקנייני האישי והנפשי" (ע"פ 5026/97 גלעם נ' מדינת ישראל, פס' 9 (נבו 13.6.1999)). כאשר אדם מצוי בביתו, בית המשפט מתייחס לכך כאל "מקרה קל" שבו אדם נמצא ברשות היחיד, שם זוכה האדם להגנה מוחלטת לפרטיותו (ת"פ (שלום ת"א) 22744/09/11 מדינת ישראל נ' סנין, פס' ד' (נבו 4.6.2021) (להלן: עניין סנין)). בהתאם לכך, צילום בתוך ביתו של אדם, ואפילו הדמיות ממוחשבות של פנים ביתו, נתפסות כפגיעה בצנעת חייו האישיים, ועל-כך אסורות (ע"א 1697/11 א. גוטסמן אדריכלות בע"מ נ' ורדי, פס' 15 (נבו 23.1.2013)). כשהמוקדנית צפתה בזמן אמת בסרטון, המשטרה למעשה "נכנסה" באין מפריע לתוך ביתה של ליאורה, וצפתה במתרחש ללא הגבלה, וללא ידיעת המערערים המתועדים. פעולה זו חודרת למקומם הפרטי ביותר של המערערים, ומהווה פגיעה חמורה בזכותם החוקתית לפרטיות.

11. נוסף לחדירה לבית המערערים, ותיעוד ללא ידיעתם כשהם ברשות יחיד, פגיעה נוספת בזכויותיהם מתקיימת כשהמשטרה שומרת את הסרטון במאגר המידע. לאחר הפעלת המערכת וצפיית המוקדנית בצילום בזמן אמת, נשמר הסרטון במאגר נתונים ייעודי, ללא ידיעת המערערים, ללא הסכמתם, וכפי שנעמוד בהרחבה ללא כל מקור סמכות לעשות כן. למערערים, או לכל אדם שנתפס בעדשת המערכת, אין יכולת לדעת איזה מידע בסרטון ומתי המשטרה תשתמש בו. כאשר נשמר הסרטון, מופסקת יכולת המערערים לשלוט בזרם המידע אודותיהם ונפגעת זכותם לאוטונומיה (השוו: בג"ץ 2109/20 בן מאיר נ' ראש הממשלה, פס' 37 לפסק הדין של כבוד הנשיאה חיות (נבו 26.4.2020)). אין עוררין על כך שצילום אדם מפקיע לחלוטין את האוטונומיה שלו (עניין סנין, בפס' ד' (2)(ג)). ראשית הפגיעה בשלילת יכולת המערערים לבחור האם להופיע בסרטון מלכתחילה. המשכה בשלילת בחירתם האם יישמר הסרטון במאגר מידע, אשר פגעה בחירותם להכריע בנוגע להיבט מרכזי בחייהם. הסרטון, הועבר לרשויות ושימש (שלא בצדק) כראיית זהב בהרשעתם, וזאת ללא סמכות המשטרה וללא שליטת המערערים. הסרטון אף מכיל מידע לגבי המערערים, למשל בנוגע למצבם הכלכלי, ויכול שניתן להסיק ממנו מידע נוסף, אותו לא רצו המערערים לחשוף לעיני כל.

12. בנוסף, מערכת Help me משמשת הלכה למעשה מעין כלי מעקב של המשטרה בחסות האזרח, **ולשימוש המשטרה בה השפעות והשלכות על החברה בכללותה**. המערכת, שמחברת בין מצלמת הטלפון הנייד הפרטי של האזרח למוקד המשטרה, מייצרת מנגנון מעקב שבכוחו השפעה ממשטרת וממשמעת, המגבילה את פעילות וחירות הפרט ופוגעת בחופש האזרח במובנו הבסיסי ביותר. עצם ידיעת הפרט שהמשטרה יכולה ועשויה לצפות בו – בעזרת צדדים שלישיים – מדכאת את התנהגות האזרחים וגורמת להם לחיות בחשש מתמיד (ראו: הנחית רשם מאגרי המידע מס' 4/2012 "שימוש במצלמות אבטחה ומעקב ובמאגרי התמונות הנקלטות בהן", פס' 2.2; מיכאל בירנהק "מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה", עמ' 182 ו-429 (2010)). שמירת סרטוני המערכת במאגר שהגישה אליו פתוחה בפני מאות או אלפי שוטרים, ללא כל בקרה, מעלה חשש ממשי לשימוש לא מבוקר שיגרום לפגיעה בזכויות הפרט. המערכת, עתידה לתעד אנשים שבסבירות גבוהה כלל לא מהווים חלק מהאירוע המצולם, אך בכל זאת נקלטו בעדשת המצלמה, לעיתים רבות ללא ידיעתם.

13. נוכח הפגיעות שתוארו בתמצית לעיל, יש הכרח שלמאגר דוגמת זה יינתן אישור מפורש בחוק, ותיקבע הסדרה חקיקתית שתבהיר בכללים ברורים את אופן השימוש במערכת, את הגורמים במשטרה שיהיו רשאים להיחשף למידע המופק ממנה, את אבטחת המידע המצוי בה, דרכי שמירתו, הגבלת הנגישות אליו וכיו"ב (ראו והשוו: פ"ל (תעבורה י-ם) 63/08/19 **מדינת ישראל נ' דענא**, פס' 22-23 (23.6.2020) (להלן: עניין **דענא**), אשר דן בשימוש המשטרה במערכת "עין הנץ" המתעדת את תנועותיהם של רכבים הנעים בכבישי הארץ תוך שמירת המידע במאגר נתונים, ללא מקור סמכות בחוק; וגם תקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת) (מאגר נתוני זיהוי תקשורת), התשס"ט-2008, אשר מגדירות שלא יקושרו מערכות מחשב למאגר נתונים ללא אישור).

14. שימוש המשטרה במערכת פוגענית שכזו מהווה מדרון חלקלק, שעלול לנרמל שימוש ביכולות טכנולוגיות של גופי בטחון לצורך פרקטיקות של מעקב אחר אזרחים שומרי חוק (השוו: בג"ץ 6732/20 **האגודה לזכויות האזרח נ' הכנסת**, פס' 3 לפסק הדין של כבוד השופט עמית (נבו 1.3.2021)). אכן, ההתפתחות הטכנולוגית של העשורים האחרונים פתחה מגוון עצום של אפשרויות חדשות, אבל לא כל דבר שניתן לעשות גם ראוי לעשותו, וודאי לא כאשר מדובר בפעולה שלטונית שמבוצעת דרך האזרח (נאמר: Proxy).

15. יש לאזן בין הזכות לפרטיות וזכויות נאשמים מזה לבין אינטרסים ציבוריים מזה תוך הקפדה על עקרונות היסוד בשיטתנו. הפגיעה הברורה של השימוש במערכת על ידי משטרת ישראל במסגרת חקירות והליכים פליליים ובכלל, מחייבת קיום **סמכות מפורשת** שתתיר את השימוש; שתגביל אותו; ושתיישם מנגנוני בקרה ראויים ויעילים על שימוש שכזה.

4. למשטרה אין סמכות להשתמש בסרטון במסגרת ההליך הפלילי

עקרון חוקיות המנהל

16. התקשרות המשטרה עם המערכת, יצירת מאגר סרטונים בעקבותיו, העברת הסרטון לחוקרים והשימוש שהמשטרה עשתה בו במסגרת ההליך הפלילי, מפרים את עקרון חוקיות המנהל – "יסוד היסודות" של שלטון החוק (דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** א' 97 (2010)), לפיו **רשות מנהלית מוגבלת בפעולתה רק למה שהדין קצב לה**.

17. לעקרון החוקיות משנה חשיבות כאשר מדובר בפעולה הפוגעת בזכויות אדם – כבעניינינו – אז, נדרש מקור סמכות ברור, מפורט, ומפורש בחקיקה ראשית, על מנת שתוכל המשטרה לבצע את הפעולה הפוגענית (רע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל**, פס' 22 לפסק הדין של כבוד השופטת ביניש (6.3.2012) (להלן: עניין **בן חיים**); רע"א 2588/16 **פלונית נ' קצין התגמולים** פס' 38 לפסק הדין של כבוד השופטת ברק-ארז (5.11.2017) (להלן: עניין **קצין התגמולים**)).

18. בענייננו, אין חולק כי אין כל הסמכה חוקית "ברורה, מפורטת ומפורשת בחקיקה ראשית" המאפשרת למשטרה להשתמש במערכת במסגרת חקירה, ולהשתמש בתוצרי המערכת כראיה במשפט פלילי. לשיטתנו, וכפי שהתייחסנו בכתב הטענות באריכות, לא ניתן להצדיק את השימוש במערכת דרך הוראות חקיקה המתארות את סמכויות המשיבה באופן כללי ביותר, ואף לא ניתן להצדיק את השימוש בכל דרך אחרת, לאור פגיעתו בזכויות הפרט ובהיעדר הסמכה מפורשת.

צורך וקדמת הטכנולוגיה לא מהווים מזרז להיעדר הסמכה מפורשת

38. כדי להצדיק מדוע אין הסמכה מפורשת ופרטנית שמעניקה למשטרה להשתמש במערכת, המשיבה תולה יתרה בצורך לגשר בין חקיקה קיימת לטכנולוגיה חדשה. אלא שצורך זה לא יכול לייצר מקור סמכות יש מאין, וצורך זה לא מתיר פגיעה בזכויות יסוד ללא כל סמכות בדין. אכן, הטכנולוגיה בהתפתחות מתמדת, אך לא ניתן לומר שבגלל הפער הקיים, על בית המשפט להכשיר כל פעולה של הרשות המשתמשת בטכנולוגיה חדשנית, כשזו חורגת מסמכותה ופוגעת בפגיעה משמעותית בזכויות האזרח.

39. המענה לאתגרים שמציב הפער דנן, נדרש דרך דיון ציבורי ובחקיקה שתעצב את אופן השימוש בטכנולוגיות מידע חדשות, ולא דרך הכשרת השרץ בדיעבד לאחר שהמשטרה קובעת עובדות בשטח. עמד על כך כבוד השופט רובינשטיין בבג"ץ 5870/14 חשבים ה.פ.ס. מידע עסקי בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט, פסי' יט (נבו 12.11.2015), בקביעתו כי באין חקיקה מפורשת שמסמיכה למנוע שימוש אזרחי בטכנולוגיות נושא הדיון, החלטת הרשות שהתקבלה ללא סמכות ופוגעת בזכויות חוקתיות (חופש העיסוק), בטלה.

40. עוד טוענת המשיבה, כי ראוי להעניק לאזרח הנמצא במצוקה גישה משופרת למוקד 100 המשטרתי. נסכים על חשיבותו של מוקד 100, המשמש לפניית אזרחים בעת מצוקתם, אך ראוי לציין שמדובר במוקד משטרתי ידוע לכל, אשר ההיבטים הפוגעניים בו (כמו איכון מיקום המתקשר) מוסדרים בחוק מוקדי חירום, התשע"ו-2016, ס"ח 874. זאת בעוד שהמערכת בענייננו הוקמה ופועלת תחת גוף פרטי, ולבטח אינה מוסדרת בתוספת של החוק דנן. אם אכן המערכת ממלאת את צורכי המשטרה כך שהאחרונה אינה יכולה בלעדיה, לא ייתכן שהמחוקק לא יידרש לאזן את השימוש בה למול הפגיעות הטמונות בשימוש, אשר לא הוסדר עד כה, לא בחוק, לא בתקנה ולא בכל הוראה פנימית אחרת. כפי שאמרו מלומדים לפנינו "החוק הוא לא רק מקור, אלא גם הגבול של כל תפקיד וכל סמכות של כל רשות" (יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 73 (מהדורה שנייה, 2010)).

41. שוב ושוב מזהירה המשיבה מפני התוצאות הקשות שיגרמו ככל שבית המשפט הנכבד יורה לה לחדול משימוש במערכת, תוך הדגשת תרומתה המשמעותית וחשיבותה לגילוי חקר האמת נוכח המציאות במחוזותינו. ועדיין, דווקא בגלל יכולותיה מרחיקות הלכת של המערכת, מתעצמת הפגיעה בזכויות אדם כל עוד השימוש בה אינו מוסדר, כדן. נשוב ונעמוד על אמירותיו החוזרות והנשנות של בית המשפט הנכבד כי "צורך אינו מקור הסמכה" (עניין קצין התגמולים, פסי' 58 לפסק הדין של כבוד השופטת ברק ארז).

חשיבות תפקידי המשטרה גם היא לא מקימה מקור סמכות

42. בכתב התשובה לערעור, מפנה המשיבה אצבע מאשימה כלפי ניסיונותינו לשפוך אור על פעולותיה, בטענתה ש"מדובר בניסיון מניפולטיבי לייצר מצג שווה כאילו משטרת ישראל היא גוף מסוכן ופוגעני" (ראו בפס' 53 לכתב טענות המשיבה). המשיבה מציינת את המשטרה כמי שמגנה על זכויות האדם, ועל כן לשיטתה יש להתיר את שימושם במערכת מושא ענייננו זאת לאור ערכים של יעילות וחקר האמת.

43. ראוי לציין כי אין בטענותינו כדי לגרוע מהעובדה החשובה שמשטרת ישראל עושה למען בטחון אזרחיה. הטיעון שלנו עקרוני יותר, והוא כי אין גוף – חשוב ככל שיהא – שיכול לזכות לקראט בלנש לשם מילוי תפקידו. כידוע "יצר לב האדם רע מנעוריו" (עניין דענא, בפס' 23–24).

44. מהותו של בית המשפט הפלילי היא לבחון ולבקר, בין היתר את פעילות המשטרה, ולוודא שזו פועלת בגדרי הדין. אחרת, מה לנו בית המשפט – המשטרה תוכל להיות גם החוקרת, גם המעמידה לדין וגם המרשיעה. לא אחת המשטרה ניצלה את האמון שניתן לה, כדי להפר ברגל גסה את הדין. כך, למשל, בפרשת **גולן** נקבע כי המשטרה זייפה פרוטוקול של דיון בבית המשפט ומסרה אותו למדובב, כדי שיציג אותו בפני החשוד בתא המעצר (ת"מ (שלום ת"א) 18855/02 **מדינת ישראל נ' גולן ומונסנייגו** (2002). דוגמה נוספת מוכרת בע"פ 1301/06 **עזבון המנוח יוני אלזס ז"ל נ' מדינת ישראל** (2009)), שם המשטרה גבתה עדות תוך שימוש במדובבים סמויים, תוך הפרת זכות היועצות בסנגור של הנחקר ותוך הפרת זכות השתיקה שלו.

45. פעילות המשטרה בחריגה מסמכויותיה אינה נחלתן הבלעדית של פרשיות בראשית המאה ה-21; היא חלק ממצייאות חיינו, גם כיום. כך, בע"פ 2868/13 **חייבטוב נ' מדינת ישראל** (נבו 2.8.2018) (להלן: **עניין חייבטוב**), מדובב שידל חשוד לצרוך סמים קשים, תוך שחוקרי המשטרה צופים ומודעים להכל בזמן אמת. נקבע כי חקר האמת אינו מקדש ומכשיר את כל אמצעי החקירה, שכן "גם לפעולתן של רשויות אכיפת החוק יש להציב קווים אדומים [...] אל למשטרה לשכוח כי היא כפופה לעקרון שלטון החוק ומחויבת לשמור על זכויות הפרט" (שם, בפס' 1 לפסק הדין של כבוד השופטת ברק ארז). מעבר לפגיעה בזכויות, הפעלת אמצעי חקירה פסולים "גם מסכלת את התכלית של בירור האמת ואכיפת הדין (חקר האמת 'הרחב')" (עניין **חייבטוב**, פס' 11 לפסק הדין של כבוד השופטת ברק ארז).

46. הנה-כי-כן, חששו של פרופ' זמיר, בכובעו כיועמ"ש, עת נחשפה פרשת קן 300, נותר תקף ורלוונטי גם בימינו-אנו: "לנגד עיני ריחפה כל הזמן התמונה של משטרה חשאית שעומדת מעל החוק ועושה כרצונה [...] [במצב כזה] הדרך תהיה פתוחה להפוך את מדינת ישראל למדינת משטרה שאין בה ערך לזכויות אדם ואף לחיי אדם" (יצחק זמיר "פרשת קן 300", משרד המשפטים, **מיזם שורשים במשפט 2019.3.10**)).

47. לכן, הדרך לחיזוקה של משטרת ישראל לא יכולה להיות באופן שמתיר לה לעשות כל שיעלה על רוחה, תוך דריסת עקרון חוקיות המנהל. **זווקא** משטרה חזקה חייבת להישען על אדנים קשיחים, יציבים מוסריים, מידתיים וחוקיים. כאמור, בהפעלת המערכת לא עומדת המשטרה באף אחת מאמות מידה אלה.

48. בענייננו, מתן "רישיון חופשי" למשטרה לעשות שימוש במערכת טכנולוגית שמבכרת את שיח הראיות, ודוחקת את זכויות הפרט לקרן זוויות, לא רק שמחבל בחקר האמת במובנו "הרחב" – אלא גם מעורר חשש: מצד אחד, למוטיבציית-יתר להרשעה "בכל מחיר"; ומהצד האחר, למוטיבציית-חסר למלא אחר המינימום המתחייב בדין ("כללי המשחק" הפרוצדורליים), ולהקפיד על זכויות הפרט כשהן לא מתחייבות משורת הדין כפשוטה (אך מתבקשות, למשל, מחובת ההגינות). (ראו והשוו: דנ"פ 1062/21 **אוריך נ' מדינת ישראל**, פסק הדין של כבוד השופט אלרון (נבו 11.1.2022)).

4.1. לא ניתן להצדיק את השימוש במערכת דרך הוראות חקיקה שונות

פקודת המשטרה לא מהווה מקור סמכות לשימוש במערכת

19. המשיבה חוזרת לטענותיה בפני בית משפט בטענה שפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971 מהווה את מקור הסמכות לפעולותיה. כפי שנראה להלן, לא ניתן לייחס פרשנות מרחיבה לסעיפים הכלליים בפקודת המשטרה שמעלה המשיבה. סעיפים 3-4 לפקודת המשטרה, הם סעיפים כלליים, שאינם מהווים מקור סמכות ברור, מפורט ומפורש להתחבר למערכת אזרחית המאפשרת גישה ישירה למצלמת הטלפון של האזרח כשהוא לוחץ על כפתור, לתעד את האזרח בכל מקום שהוא – עם או ללא ידיעתו, לשמור את התיעוד במאגר מידע לעולמי עד, ולגשת לסרטון ולהשתמש בו – לכל מטרה שהיא. אם תתקבל הטענה כי ניתן לשאוב מקור סמכות מסעיפים אלו, לא יהא כל צורך בחקיקת חוקים אחרים. אימוץ טענה זו של המדינה ירוקן למעשה מתוכן את עקרון חוקיות המנהל בכל הקשור לסמכויות המשטרה.

20. בית המשפט דן לא אחת בכך **סעיף 3** לפקודת המשטרה הוא סעיף כללי שמגדר סמכויות אחרות הפזורות בדברי חקיקה אחרים (ראו: עניין **בן חיים**). כך למשל, בעת"מ (ת"א) 45606/10/10 **איגוד האינטרנט הישראלי נ' ניצב שחר איילון** (נבו 2.4.2012), קבע בית המשפט המחוזי כי הסעיף אינו מקנה למשטרה סמכות ספציפית להורות לספקיות אינטרנט לחסום גישה לאתרי הימורים, שכן "כל משטרה, באשר היא, תפקידה לעסוק במניעת עבירות ובגילויין, ואולם האמצעים שגורמי האכיפה רשאים להשתמש בהם יהיו לעולם מוגבלים, ועליהם להסתמך על הסמכה שבחוק" (**שם**, בפס' 29). נוסף כי בערעור על פסק הדין אישר בית המשפט העליון את הקביעה הזו.
21. גם **סעיף 4א** לפקודת המשטרה הוא סעיף כללי שלא מקים סמכות לפעולות בעניינו. כפי שנקבע בבג"ץ 5887/17 **ג'בארין נ' משטרת ישראל** (נבו 25.7.2017), הסעיף אינו עונה על דרישת ההסמכה המפורשת כאשר מדובר בפגיעה בזכויות יסוד, והדברים מקבלים תוקף משנה בשים לב לכך שהסעיף "מקנה סמכות לכל "שוטר", וממילא אין מקום להנחה שהמחוקק בחר להקנות סמכות כה רחבה בידיו של כל שוטר" (**שם**, בפס' 10).
22. נוסף כי סעיף 4א, מסמיך שוטר, שעה **שמצא שקיים חשש ממשי לפגיעה חמורה**, להיכנס לכל מקום (סעיף 4א(3)(א)) ולעשות כל פעולה (סעיף 4א(3)(א)) הדרושה **באופן חיוני**. לשיטתנו, "סמכות ההצלה" של משטרה ישראל (כלשון המשיבה) מקימה **לכל היותר** סמכות למענה הראשוני שניתן בשליחת ניידת אל ביתה של ליאורה, ואינה נוגעת כלל לשימוש הרחב שעשתה המשטרה במערכת בשלבים שלאחר מכן – החל משמירת הסרטון במאגר מידע, ועד לשימוש בו כראיה נגד המערערים במסגרת ההליך הפלילי. לכן, לא ניתן לבנות בסעיף 4א מקור סמכות לשימוש המקיף שעושה המשטרה במערכת.
23. סעיף 4א אינו יכול לחול גם לאור דרישת הימצאות החשש הממשי, ונסביר. המשיבה גורסת, כי עצם הפעלת האפליקציה מקימה חשש ממשי לפגיעה חמורה ועל כן את סמכות המשטרה לפעול כפי שפעלה. שתי בעיות מרכזיות בטיעון זה של המשיבה. ראשית, נכון לשנת 2015 כ-45% מהפניות המתקבלות במוקד החירום של המשטרה מוגדרות כהטרדות וכקריאות שווא לעזרה (ראו דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון) – פניה למוקד חירום והצלה בקריאת שווא לעזרה), התשע"ה–2015 (8/20/פ). שנית, לפי הלוגיקה שמעלה המשיבה, עצם הפעלת המערכת היא שמקיימת את דרישת החשש הממשי, אפילו **בטרם ענתה המוקדנית לשיחה**. ניתוח זה מבטל הלכה למעשה את הדרישה כי אצל השוטר יתגבש חשש ממשי, והוא מעביר את הדרישה אל האזרח, ובכך נמנע מהשוטר (גורם האכיפה המוסמך) להפעיל את שיקול דעתו בנושא, מלכתחילה.
24. נביא בהקשר זה, את עניין **דענא**, שם כאמור השתמשה המשטרה במערכת המתעדת תנועותיהם של רכבים הנעים בכבישי הארץ, ללא מקור סמכות בחוק. בעקבות שימוש זה עיכבה המשטרה את הנאשם הנוהג לבדיקת רישיונות וגילתה שרישיונו פסול. שם, לא נפסלה פעולת עיכוב הנהג לבדיקת רישיונותיו שכן זו פעולה שנעשתה בסמכות אשר לא נדרש חשד סביר לביצוע עבירה כדי לקיימה. בשונה מעניין **דענא**, בעניינו עצם השימוש בטכנולוגיה הוא שמקים את החשש שבגיננו קמה הסמכות (לכאורה), ולכן השימוש במערכת מעלה קושי אינהרנטי לביסוס החשש.
25. בכל הכבוד, טענת המשיבה כי פעולת המשטרה במסגרת סמכויותיה הרחבות כגוף הצלה, מהווה **פתרון רחב מיד**, שניתן ליישם בהקשרים רבים מספור, מה שמצמצם מאוד וכמעט מייתר את עקרון חוקיות המנהל. קיים פער תהומי בין סמכות פעולה למניעת פשע לבין סמכות לחקירתו בדיעבד. התייחסות לשני אלו כאחד, מעלה חשש שהמשטרה תוכל לעשות כל שיעלה על רוחה, בחסות ההצדקה של פעולה "למניעת פשע", אך המלחמה בפשיעה אינה חזות הכול. בהקשר זה נחזור ונזכיר, כי כאשר מדובר בפגיעה בחופש הפרט, המשטרה לא יכולה לתלות יתרה בסמכות כללית של גוף הנחלץ לעזרת הזולת. [אדרבה] סמכות המעצר המשטרית תפורש באופן **דווקא**, וחריגה ממנה תביא לאי-חוקיות המעצר ולזכות האזרח להתנגד לו (המ' 44/72 **שמשי נ' מדינת ישראל**, פ"ד כו(1) 654, 660–661 (1972)). הדברים הם בבחינת קל וחומר כאשר אין בנמצא כל מקור סמכות חרות עלי ספר. אמנם בעניין **שמשי** דובר על מעצר משטרתי, אולם חרף ההבנה השיפוטית לקשיי המשטרה במלחמתה בעבריינות, "אין מנוס

מן הדרישה כי יקפידו על כל תג ותג מדרישות החוק, גם בנסיבות הקשות בהן הם נתקלים" (שם, בעמ' 662) לפיכך, סמכויות הצלה כלליות אינן מקור סמכות לפגיעה בחירות הפרט.

חוק הגנת הפרטיות לא מקים סמכות לשימוש במערכת

1. המשטרה גם לא יכולה לשאוב את סמכותה לשימוש המשטרה במערכת Help Me מההגנות והפטורים הקבועים בסעיפים 18–19 לחוק הגנת הפרטיות. כפי שנקבע בעניין **קצין התגמולים**, פטורים והגנות אין בהם "כדי להכשיר מראש מדיניות כללית של רשות מינהלית הכרוכה בפגיעה בפרטיות." (שם, בפס' 59 לפסק הדין של כבוד השופטת ברק ארז). פרופ' בירנהק עמד על כך שפטורים והגנות "אינם מקימים, ואינם יכולים להקים מקור סמכות בדיעבד" (מיכאל בירנהק **פרטיות חוקתית** 399–400 (2023)).

4.2 אין סמכות לשימוש במערכת גם לאור מקורות חוק אחרים

49. על החריגה הקיצונית של המשטרה מסמכותה בעת שהיא מפעילה את המערכת, ניתן ללמוד – על דרך האנלוגיה – מהאופן בו הסדיר המחוקק שימוש בטכנולוגיות אחרות, אשר פגיעתן בזכויות הפרט דומה לענייננו.

50. כך למשל, הוסדרה **סמכותן של רשויות מקומיות להשתמש בטכנולוגית מצלמות** לאכיפת עבירת "שימוש שלא כדין בנתיב נסיעה" בחוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 113, התשע"ה–2015 (ס"ח (2499) (5.8.2015) עמ' 238). שם, המחוקק לא הסתפק בהענקת סמכות מפורשת להפעלת המצלמות, וקבע הסדרים מהותיים ומפורטים דוגמת העבירות הספציפיות והנסיבות הקונקרטיות בהן ניתן יהיה להפעיל את הסמכות, ההסמכה וההכשרה הנדרשות כדי לטפל במצלמות ובמידע המופק מהן, הגבלות על מאגר המידע שנוצר והוראות לאבטחתו – כל אלו, כדי לצמצם את הפגיעה בפרטיות האזרחים. גם השימוש **במצלמות גוף של שוטרים** זכה להנחיות מפורשות אשר צמצמו את היקף השימוש בהן, לאור השלכות כבדות בהיבטים כמו הגנת פרטיות, זכויות חשודים ונאשמים, דיני ראיות, ועוד (סעיף 2(ב) לנוהל מצלמות גוף מספר 16.003.220).

51. עיינו רואות, שכאשר נדרש המחוקק להסמיך רשות מנהלית להשתמש במצלמות (שמטבען פוגעות בזכויות יסוד של הפרט) לצרכים שונים, הוא לא מסתפק בהסמכה "רזה" או בסעיפי סמכות כלליים, וראה הכרח לכלול בחוק המסמיך הוראות מפורטות שתכליתן, בין היתר, הגנה על פרטיות האזרח (ראו למשל בדברי ההסבר לתקנות שהותקנו מכוח החוק המסמיך – תקנות התעבורה (הפעלת מצלמות בידי רשות מקומית לשם תיעוד שימוש שלא כדין בנתיב תחבורה ציבורית), התשע"ו–2016).

אין סמכות לאור רוח הוראות חוק האזנת סתר

52. המשטרה לא יכולה לזכות מן ההפקר ולטעון כי מאחר שאין חקיקה, לא חלה עליה כל מגבלה לשימוש במערכת. נבקש להתיק עיינו לסמכות הדומה ביותר – חוק האזנת סתר, התשל"ט–1979, המסדיר את סמכות המשטרה לביצוע האזנות סתר – שהן לשמע בלבד – ולהסיק מהן מסקנות על ענייננו.

53. חוק האזנת סתר קובע כללים מפורשים מתי המשטרה יכולה להאזין בסתר לאזרח: באמצעות צו של נשיא מחוזי או סגן נשיא; במקרה של עבירת פשע, ועוד (ס' 6 לחוק), זאת במטרה לאזן בין זכות האזרח לפרטיות לבין בטחון החברה. כפי שכתב בדברי ההסבר, החוק "נועד להגנתו של אדם ולא הכשרתו של מכשיר [...] הערך המוגן הוא הגנת פעולותיו של אדם מפני חדירה פולשנית של מכשירים האוספים ומתעדים אינפורמציה" (מתוך דברי ההסבר הצ"ח 2292 מיום 13.7.94 עמוד 544).

54. לטענתנו, אם אלה הכללים שקבועים להאזנת סתר שהיא שמע בלבד, אשר מפרה באופן בוטה את זכויות הפרט, יש להחיל לכל הפחות כללים אלה, ולטעמינו כללים נוקשים יותר, על תיעוד סתר ברשות יחיד שכולל לא רק סאונד אלא גם ווידאו. גם אם סרטון אינו נכנס בצורה מהודקת תחת הגדרת האזנות סתר, מדובר בפגיעה חמורה יותר,

שכן כאן נוסף להאזנה לשיח (בה דן חוק האזנות סתר), מתקיימת "האזנה ויזואלית" – לא רק שמיעה אלא גם צפייה במתרחש דרך הסרטון, ברשות היחיד – בה ציפיית הפרט לפרטיות היא מהגבוהות ביותר. על אחת כמה וכמה שבמקרה כזה יידרש היתר ספציפי ומפורש – לכל הפחות בדומה לזה הנדרש מכוח חוק האזנות סתר, כאשר לא זה ולא זה התקבלו בעניינינו. אין מחלוקת שלא התקבל צו של נשיא מחוזי ובכלל לא היה חשד לביצוע עבירת פשע. לכן, ניתן לומר גם משיקולים מהותיים כי המשטרה חרגה משמעותית מכל הסמכה שאי פעם תוענק לה.

4.3. חוסר בסמכות לאור היעדר הסכמה

55. נדגיש כי שלום וליאורה, המערערים שפרטיותם נפגעה, לא ידעו על קיום המערכת או הפעלתה ולכן מגוחך לומר שהסכימו לפגיעה. עקרון ההסכמה, לפיו לפרט צריכה להיות יכולת לשלוט בחשיפת המידע האישי שלו, הוא חלק בלתי נפרד מדיני הפרטיות, ונדרשת הסכמה מדעת של האדם שפרטיותו נפגעה כדי להכשיר פגיעה כאמור. חוק הגנת הפרטיות קובע כי אין לפגוע בפרטיותו של אדם ללא הסכמתו מדעת (ראו סעיף 1 וסעיף 3 לחוק), בעוד שמשמעותה של הסכמה מדעת לחשיפת מידע במסגרת דיני הפרטיות, היא שלאדם יהיה "המידע הדרוש לו באורח סביר כדי להחליט אם להסכים למסירת המידע ולשימושים שיעשו בו" (מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" משפט וממשל יא 9, 50 (התשס"ח)).

56. המשיבה טוענת שחתימת יעל (אשר הפעילה את האפליקציה) על תקנון השימוש במערכת מהווה הסכמה מספקת לפגיעה בפרטיות המערערים ולשימוש שעשתה המשטרה בסרטון במסגרת חקירתם הפלילית. עם זאת, כפי שהכיר בית משפט קמא, יעל שכחה שהפעילה את המערכת, ובנוסף, תקנון המערכת לא כלל כל מידע על שמירת הסרטון במאגר מידע משטרתי או שימוש בו בהליכים פליליים. לפיכך, לא ניתן לייחס ליעל, משתמשת האפליקציה, הסכמה מדעת לשמירת הסרטון במאגר משטרתי, או לאפשרות להשתמש בסרטון שנועד לקרוא לעזרה, כראיה במשפט לאחר מכן. אפילו אם נייחס ליעל הסכמה מדעת לפגיעה בפרטיות (ולא היא), מדובר בהסכמה שלא לה לתת. לא בכוחה או בסמכותה של יעל להסכים לחדירה לפרטיותה של ליאורה שנעשית בצילום המתרחש בתוך ביתה. ליאורה כלל לא מודעת לכך שיעל הפעילה את המערכת, או למשמעות הפעלה זו.

57. נעצם שהותה של יעל בבית של ליאורה, בהסכמה, לא מתירה לראשונה לצלם את השנייה ללא רשותה או ידיעתה. כך למשל, בב"ל (אזורי ת"א) 59213/01/12 פלונית נ' המוסד לביטוח לאומי (נבו, 3.4.2014), בית המשפט אסר להשתמש (לצורך קביעת זכויות התובעת) בסרטון בו התובעת צולמה בביתה, ללא ידיעתה, על ידי חוקר סמוי שנכנס לביתה במסווה של קונה פוטנציאלי לנכס.

58. ויובהר: לא יעל ולא המערערים הסכימו לשימוש בסרטון לאחר מכן, כראיה בהליך הפלילי. כל הסכמה שניתן לייחס למשתמש האפליקציה (שאינם המערערים במקרה שלפנינו), ניתנת לזמן מוגבל, לשידור בזמן אמת של האירוע, ולא לשמירתו במאגר משטרתי לשימושים עתידיים, ובוודאי שלא עבור התביעה. בית המשפט מכיר בכך שהסכמה לפגיעה בפרטיות באמצעות תמונות יכולה להינתן למטרה מסוימת, ושכאשר מטרה זו אינה עומדת יותר, אין הצדקה או היתר לפגיעה (ראו ת"פ (שלום קריות) 19692/07/21 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 28 (נבו 28.4.2022)). לפיכך, לאחר שהמוקדנית מקבלת הפנייה קוראת לניידת משטרה לזירת האירוע, תמה המטרה לשמה נוצרה הפנייה, ופגה הסכמת המשתמש לכל שימוש נוסף בסרטון שהופק.

59. קווים דומים לעניינינו נמצא בת"צ (מחוזי מרכז) 32672/02/17 ברק נ' Facebook Ireland Limited (נבו 12.12.2023), שם אושר הסכם פשרה בעקבות תובענה ייצוגית נגד פייסבוק בטענות לפגיעה בפרטיות (של משתמשי פייסבוק, וגם אלו שאינם משתמשים) לפי חוק הגנת הפרטיות. בעקבות ההסכם, השביתה פייסבוק את מערכת זיהוי הפנים שהפעילה, ומחקה את תבניות זיהוי הפנים אשר נשמרו עד כה במאגר (שם, בפס' 47). במסגרת הסכם הפשרה המדינה מסרה עמדתה בנושא, לפיה על ההסדר לכלול התחייבות לעתיד להימנע מפעולות אלו, וכי יש

להבטיח שתבניות זיהוי הפנים נמחקו לחלוטין ושלא קיים בידי פייסבוק כל מאגר מידע שלהן, גם לגבי מי שכלל לא היה בעל פרופיל משתמש (שם, בפס' 39). מקל וחומר שצריך להיות כך כשמדובר במאגר של הרשות.

60. המשיבה לוקה בחוסר דיוק מהותי, כאשר משווה את צילום המערערים בענייננו לצילום מתקוטטים בפינת רחוב, ושימוש במצלמת אבטחה שניצבת במכולת סמוכה ותיעדה את האירוע (ראו בפס' 133 לכתב טענות המשיבה). בעשותה כן, המשיבה מתעלמת מכך שבענייננו מדובר בצילום אדם הנמצא **ברשות יחיד**, בביתו, שם ציפיתו לפרטיות חזקה כפליים. **כל פלוני אמור להניח באופן סביר שכאשר הוא נמצא בביתו הוא מוגן מעיני כל**, בעוד שבענייננו לא כך היה.

4.4 פעולת המשטרה מהווה חיפוש ווירטואלי ותפיסת החפץ – הוא הסרטון – נעשתה רק בעת

ביצוע החיפוש שלא כדין

61. כאשר בוחנים לעומק את פעילות המשטרה בענייננו מבינים כי המשטרה ביצעה חיפוש ("וירטואלי") בביתה של ליאורה. כך, הלכה למעשה – המשטרה, בחסות עדשת המצלמה – חדרה באין מפריע לביתה של ליאורה, תוך שהיא עוקפת את כל החובות בדין. נדגיש כי בהתאם לסעיף 11 לתקנון, מרגע הפעלת המערכת השליטה בשידור בידי מוקדן המשטרה, **ורק הוא יכול להפסיק את השידור**. כאשר המשטרה צופה לתוך הבית, דרך שידור המערכת, בזמן אמת, היא צופה ונחשפת לכל סביבתו האישית של האדם, ויכולה להיחשף למגוון פרטים נוספים שלא לשמם נקראה. בהתאם לנקבע בת"פ (שלום רמי) 12310/09/16 **משטרת ישראל נ' סעאידה** (נבו 13.06.2019), גם כאשר השוטר לא נוגע או מזיז דבר בבית, פעולתו עדיין בגדר חיפוש.

62. סוגייה חדשנית זו אמנם טרם נדונה בישראל, אך הפסיקה האמריקאית הכירה בעניין **Kyllo** בשימוש המשטרה במצלמות ברחוב שמתעדות את פנים הבית (דרך החלון) כחיפוש ווירטואלי שמבצעת המשטרה. כבוד השופט סקאליה עמד על כך שלאדם יש ציפייה סבירה לפרטיות בביתו, בעוד שהחיפוש הוירטואלי עומד בניגוד לציפיות אלו. אפילו כשמדובר במצלמה סטטית שלמשטרה אין יכולת להזיז, זכותו של הפרט לשמירה על פרטיותו אינה תלויה בכמות או באיכות המידע שהתקבל כתוצאה מהפגיעה, בעוד שעצם השימוש בטכנולוגיה המאפשרת למשטרה לצפות לתוך הבית, ייחשב לחיפוש משטרתי ויחולו עליו כללי החיפוש (*Kyllo v. United States*, 533 (U.S. 27 (2001)). גם בעניין **Moore-Bush**, בית המשפט קיבל את בקשת הנאשם לפסול צילומים של ביתו שצולמו במצלמת מעקב שהותקנה על ידי קציני אכיפת החוק על עמוד שירות סמוך. בית המשפט מצא **כי שימוש המדינה במצלמת מעקב מהווה חיפוש ווירטואלי ואין זה משנה שהחיפוש אינו אקטיבי** (*United States v. Moore-* (Bush, 381 F. Supp. 3d 139, 141 (D. Mass. 2019)).

63. על כן, נבקש מבית המשפט הנכבד לבחון חיפוש לפי מהות הפעולה שכן פרשנות תכליתית של פעולת החיפוש תראה שמדובר בסיטואציה בה נכנס שוטר לביתו של החשוד ורואה את הנמצא שם ואת המתרחש, וכי בימינו אנו, חיפוש יכול להתבצע באמצעות עיני השוטר, וללא דריכת כף רגלו הפיזית בחלל הבית.

64. כאשר לטענת המשיבה כי קבלת הסרטון בענייננו מהווה תפיסת חפץ כדין, נזכיר ונבהיר כי הסרטון שנתפס, הוא תולדה של החיפוש הוירטואלי. **ללא החיפוש – לא היה הסרטון**, שכן זה, נוצר סימולטנית תוך כדי שמתבצע החיפוש. כאשר התחילה יעל את השידור הישיר למשטרה, עדיין לא קיים חפץ לתפוס, בעוד שהמוקדנית, הרואה את המתרחש דרך עיני המצלמה, מבצעת את החיפוש הוירטואלי ואת יתר פעולותיה, והסרטון – החפץ – נוצר.

65. לא מדובר בחפץ שהגיע לידי המשטרה, שכן המשטרה בענייננו מעורבת ביצירת הסרטון – הראיה. המשיבה טוענת כי יעל העבירה מרצונה את הסרטון למשטרה, אם כי הנדון לא דומה לראיה, שכן כאשר הפרט מגיש למשטרה סרטון שישמש כראיה, הוא יודע מה מופיע בסרטון, ושיקול הדעת מלכתחילה האם להגיש אותו או לא, בידיו. זאת בעוד שבענייננו, ההגשה (לכאורה) של הראיה אליה טוענת המשיבה, אינה נתונה לשיקול דעתה של יעל כלל, אלא

מתרחשת אוטומטית עם הפעלת האפליקציה. **לא מדובר באזרח הפונה מיוזמתו למשטרה במטרה למסור דבר מה כראיה**, ואף יותר מסביר להניח כי אם שיקול הדעת היה נותר בידיה של יעל לאחר האירועים, לא הייתה פונה למשטרה עם הסרטון מלכתחילה.

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

67. בכתב הערעור מושא עניינו עמדנו באריכות מדוע **פעולת המשטרה לא עומדת בחקיקה המסדירה סמכות שוטרים לבצע חיפוש** בביתו של אדם (בהתאם לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969), ועל כך שחקיקה זו גם **לא יכולה לשמש כמסגרת נורמטיבית לצורך ביצוע "חיפוש ווירטואלי"**. מערכת Help Me מעניקה למשטרה כוח מסוג שונה לגמרי מזה שעמד לרשותם עד היום, כוח שונה מזה שהחקיקה הקיימת מאפשרת.

לא התקיימה כל הסכמה מדעת שתכשיר את החיפוש

68. בעניין **בן חיים**, קבע בית המשפט כי בהיעדר מקור סמכות אחר, הסכמה מדעת של הפרט יכולה לשמש כמקור סמכות לביצוע חיפוש על גופו או בביתו, בתנאי שתהיה הסכמת אמת מודעת ורצונית (עניין **בן חיים**, פס' 31 לפסק הדין של כבוד השופטת חיות). עוד נקבע שכדי לייחס לאדם הסכמה מדעת לעריכת חיפוש משטרה נדרשים: **הסכמה של מושא החיפוש לעריכת החיפוש, הבהרה מפורשת שנתונה לו הזכות לסרב לחיפוש, ושסירוב כאמור לא ישמש כנגדו** (שם, בפס' 26-27 לפסק הדין של כבוד השופטת בייניש).

69. בעניינינו, הסרטון כאמור מהווה חיפוש ווירטואלי **בביתה של ליאורה** (ולא של יעל). בהתאם לנקבע בהע"ז (אזורי ת"א) 43060/03/15 **מדינת ישראל נ' בן משיח** (נבו 19.7.2018) (להלן: **עניין בן משיח**), לא ניתן להסתפק בהסכמה של אדם שנמצא בבית בהיתר, כדי לבצע חיפוש. לכן, בהעדר עילה חוקית לעריכת החיפוש בביתה של ליאורה, נדרשת הסכמתה מדעת. כפי שפירטנו לעיל בהרחבה, למשטרה לא היה כל מקור סמכות לבצע את החיפוש הווירטואלי, ואין חולק על כך שליאורה, בעלת הבית, לא הייתה מודעת להפעלת המערכת. לפיכך, לא ניתן לייחס לליאורה שום הסכמה, ובוודאי שלא הסכמה מדעת שכן לא יכולים להתקיים התנאים שהתוותה ההלכה בעניין **בן חיים**, **מקום בו ליאורה אינה מודעת לחיפוש כלל**.

על כן דרך המלך היא דרך המחוקק

70. בנסיבות דנא, הגיע לפתחו של בית המשפט פיתוח טכנולוגי חדש שיכול לפגוע פגיעה קשה בזכויות חוקתיות, לכן מצריך הסדרה משפטית מפורשת – שאינה קיימת. המשיבה תולה את הצורך להגמיש את פרשנות פקודת המשטרה, בין היתר, בטענה שמצופה שהמשטרה תצטייד באמצעים מתקדמים שיחזקו את יכולתה להיאבק בפשיעה (פס' 35 לטענות המשיבה); בהקשר זה היא מפנה לפסק דין שדן בשאלת הסמכות לבצע "חיפוש משפחתי" במאגר הגנטי של המשטרה (ע"פ 4039/19 **נחמני נ' מדינת ישראל** (17.3.2021)). אלא שאפילו שם, מדובר במאגר גנטי שהשימוש בו הוסדר בחוק מסמך מפורט, ולא בסעיפיה הכלליים של פקודת המשטרה. הפרשנות המקיימת לה טוענת המשיבה, לאו פרשנות היא, אלא שינוי חוק של ממש. המחוקק הוא שצריך להשמיע את קולו ולהסדיר את הסוגייה בחקיקה מתאימה, תוך התחשבות במכלול השיקולים והאינטרסים המתחרים.

71. מן המקובץ לעיל עולה, כי אין בדין הקיים מקור סמכות שיכול להכשיר, את שימוש המשטרה במערכת Help Me, ולבטח שלא במקרה המונח לפנינו. שימוש המשטרה במערכת ללא כל סמכות חוקית פוגע קשות בזכותם של המערערים, בעוד שלא ניתן לייחס להם כל הסכמה מדעת שתכשיר שימוש זה, ועל כן נבקש מבית המשפט הנכבד לפסול את הראיות שהושגו בעקבותיו.

5. יש לפסול את הסרטון והודעת המערערים כראיה נגזרת

5.1. שגה בית משפט קמא בקבלתו את הסרטון שהושג לא כדין כראיה

72. יש לפסול את הסרטון מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית אשר הוכרה בע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי**, פ"ד סא(1) 461 (2006) ועוגנה בסעיף 56א לפקודת הראיות, שכן הסרטון הושג שלא כדין וקבלתו פוגעת פגיעה חמורה בזכות המערערים להליך הוגן.

73. הסרטון פסול מלשמש כראיה גם לפי **סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות**, שכן הושג תוך פגיעה בפרטיות ולא עומד בתנאי הסעיף. בהתאם לעניין **פלונית**, גם כאשר לחומר שהושג יש ערך ראייתי לקביעת האמת, ככל שעוצמת הפרת הפרטיות גדולה יותר יגדל הצורך להגן עליה אל מול השיקולים המנוגדים, בעוד שכל שהראיה פחות חיונית להוכחת האמת תגבור הנטייה לפוסלה. בענייננו, הפגיעה בפרטיות המערערים חמורה שכן הסרטון צולם ברשות יחיד, ללא ידיעת או הסכמת המצולמים. כמו כן, לאור חלקיות הסרטון וקיומן של ראיות אחרות שמאפשרות ניהול הליך שיפוטי ראוי, כמו עדותם של ששת המעורבים, הסרטון לא מהווה "ראיה חיונית" וניתן לפסול אותו כדי להגן על פרטיותם.

74. לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, **הסרטון הושג שלא כדין** בהתאם לשלושת המצבים שהוצגו בפסיקה: הושג ללא סמכות חוקית כפי שפירטנו לעיל; הושג באמצעים בלתי הוגנים שכן נשמר על-ידי המשטרה במאגר מידע והועבר ליד התביעה מבלי הסכמה מפורשת של יעל, שלום וליאורה כשמנוצלים פערי הכוחות בין האזרח למשטרה; הושג באמצעים הפוגעים בזכויות בסיסיות מוגנות – הזכות לפרטיות, והזכות לאוטונומיה, כמו גם בחירויות נוספות שפורטו לעיל בפרק 3.

75. הפעולות שהתבצעו לקבלת הסרטון **פגעו משמעותית בזכות היסוד של הנאשמים להליך הוגן** בהן ההתקשרות עם הטלפון ושידור אוטומטי של הצילום למערכות המשטרה שמהווה חיפוש ווירטואלי ללא הסכמה בחוק, צו או הסכמה תקפה; שמירת הסרטון במאגר מידע ללא היתר, הסמכה או הסכמה; ושימוש בסרטון כראיה בהליך הפלילי. ביצוע פעולות ללא סמכות אינן עומדות בהגינות הפרוצדוראלית הנדרשת מתוקף זכותו של נאשם להליך הוגן ויצרות עיוות דין.

76. המשיבה מפנה את בית המשפט הנכבד לרע"פ 1088/86 **מחמוד נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה הגליל המזרחי**, פ"ד מד(2) 417, 419 (1990), ומדגישה את חזקת התקינות המנהלית כאשר המשטרה פועלת בתום לב. אם זאת, שם, המדינה הוציאה צו הריסה מנהלי בהתאם לסעיף 238א(ב) לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, ובית המשפט הנכבד דחה טענה שהייתה לא יותר מאשר הצהרה בעלמא, שכן נטען כי "הצווים פגומים מבחינה חוקית ויש לבטלם", [בעוד ש]מה הם אותם פגמים – לא נאמר. " (שם, בעמ' 419). זאת בעוד שבענייננו, **הפגמים בפעולת המשטרה ברורים ומובהרים**: התממשקות לאפליקציה אזורית המאפשרת שידור ישיר ויכולת חיפוש חדשנית בחסות עדשת המצלמה, שמירת הסרטונים הנוצרים כתוצאה מפעולה זו, ואחסונם במאגר מידע לשימוש עתידי לא ידוע, כל אלו **ביוזעין** וללא כל מקור סמכות בדיון.

77. אפילו אם פעלה המשטרה בתום לב (ולא כך), אין בכך הכרח כדי למנוע את פסילת הראיה כאשר הדבר מתחייב מההגנה על זכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן (ראו עניין **יששכרוב**, בפס' 71). ביטוי לכך ניתן למצוא למשל ברע"פ 3829/15 **קסאי נ' מדינת ישראל** (נבו 20.12.2018) (להלן: עניין **קסאי**), שם נתפסה סכין במסגרת עיכוב לא חוקי שביצעו פקחים במערער. למרות שמדובר היה בפגם "שנבע במידה רבה מאי-בהירות לגבי היקף סמכויותיהם של הפקחים לעכב, להבדיל מחריגה מודעת ובוטה מסמכות", נקבע כי יש לפסול את הראיה ולזכות את המערער מעבירת החזקת הסכין.

78. גם בבחינת השיקולים לפסילה מכוח זוקטרינת הפסילה הפסיקתית, יש לפסול את הסרטון מלשמש כראיה. בענייננו הופר עקרון חוקיות המנהל באופן מובהק כשלמשטרה לא הייתה סמכות לקבל, לשמור ולהשתמש בסרטון. לא מדובר בהפרה טכנית, זניחה או קלת ערך של כללי החקירה אלא הפרה חמורה של זכויות יסוד, כאשר המשטרה פגעה ביוזעין ובאופן סמוי בזכות המערערים, בעוד שתקנון השימוש של המערכת לא מתייחס לשמירה ושימוש עתידי בסרטונים שצולמו.

79. בבחינת מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראייה שהושגה נטען כי העובדה שמדובר בחפץ שנתפס לא מעלה ולא מורידה מאי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתו. הסרטון בענייננו, הוא תוצר של החיפוש הלא חוקי – אילולא אי החוקיות, לא היה נוצר מלכתחילה. בית המשפט הכיר לא אחת בכך שניתן לפסול ראיות חפציות כאשר הושגו שלא כדין, שכן "אין קשר הכרחי בין עובדת היותה של הראיה 'חפצית' לבין פגיעה בהגינות ההליך המשפטי" (ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, סה(1) 626, פס' 11 לפסק הדין של כבוד השופט דנציגר (2011) (להלן: עניין פרחי), וגם בעניין בן חיים בעמ' 360), ואף פסל ראיות שכאלו במגוון מקרים (למשל: בעניין קסאי, נפסלה סכין שנמצאה כתוצאה מעיכוב לא חוקי; בעניין בן חיים, נפסלה סכין שנמצאה בעקבות חיפוש לא חוקי בגוף הנאשם; בע"פ 2431/09/14 פדר נ' מדינת ישראל (נבו 4.6.2015), נפסלו סמים עקב חיפוש לא חוקי ברכב; בת"פ (שלוס רמ') 12310/09/16 משטרת ישראל נ' סעאידה (נבו 13.06.2019), נפסלו תוצרי חיפוש שבוצע לא כדין, ונפסלה הודעת הנאשמת כראיה נגזרת לחיפוש; בעניין בן משיח (נבו 19.7.2018); בת"פ (ת"א) 17201/09/12 מדינת ישראל נ' מילר (נבו 10.7.2014), נפסלו ראיות שנאספו מפח האשפה לאחר כניסה לבית שלא כדין; ועוד רבים).

80. בבחינת השפעת פסילת הראייה על מלאכת עשיית הצדק במובן הרחב, לאי פסילת הראיה מחיר חברתי גבוה שכן קבלת הסרטון תכשיר בדיעבד ותגרום להכשרה בעתיד של כל סרטון שאי פעם יתועד וישמר באמצעות המערכת, מה שיפגע בפרטיותם של כל אלה שיתפסו בעדשת המצלמה, ללא ידיעתם, יוביל למשטור עצמי של האזרחים ויספק לגופי האכיפה אפשרות מעקב בכל מקום בו נמצא אזרח עם המערכת מותקנת במכשירו. זאת בעוד שהמחיר החברתי בפסילה נמוך שכן המעשים המיוחסים למערערים, מבלי להקל ראש, אינם מן החמורים. המערערים בענייננו אנשים נורמטיביים, נעדרי עבר פלילי שלא מסכנים את הציבור, אשר עצם ניהול ההליך הפלילי מהווה הרתעה עבורם.

5.2. שגה בית משפט קמא בקבלתו את הודעת המערערים

81. נבקש מבית המשפט הנכבד לפסול את הודעתם של שלום וליאורה, בגלל פגמים מהותיים באופן גבייתה במשטרה תוך כדי צפייה בסרטון לא קביל, מספר רב של פעמים, לאחר אירוע טראומטי ומבלבל בשעות הלילה. הנסיבות והשידור העקבי של גרסת התרחשות אחת המוצגת בסרטון השפיעה על תפיסת המציאות של המערערים, צעירים נורמטיביים ללא מעורבות קודמת מול רשויות האכיפה, כך שלא ניתן להפריד בין הסרטון שנתפס שלא כדין במסגרת החיפוש הווירטואלי לבין הגרסאות שמסרו.

82. על ההודעות להיפסל מכוח זוקטרינת הפסילה החוקתית, שכן זוהמו על ידי הסרטון הלא קביל והחלקי. הפסיקה מתייחסת לאופי הייחודי של ראיה נגזרת ולזיקה בינה לבין הראיה הראשית כך שכאשר מתקיימת זיקה חזקה, אי החוקיות שדבקה בראיה הראשית תכתים את הראיה הנגזרת, ותגבר הנטייה לפסלה (ראו: עניין פרחי, בפס' 20; וגם ע"פ 7388/20 בן אוליאל נ' מדינת ישראל (נבו 1.9.2022) (להלן: עניין בן אוליאל)).

83. בעניין בן אוליאל פסל בית המשפט ראיה נגזרת של הודעה לא מפורטת שניתנה בסמיכות לאחר הודאתו הראשונה של הנאשם אשר הושגה ב"אמצעים מיוחדים", בקבעו שלא ניתן להפריד את הזיקה הסיבתית-עובדתית והזיקה הסיבתית-משפטית בין הראיות. בית המשפט קיבל הודעות נגזרות אחרות מאחר ואלו ניתנו בחלוף זמן מההודעה הפסולה, באופן חופשי ומרצון, תוך מתן אילוסטרציה פיזית של האירוע. בענייננו, קיימת זיקה חזקה שלא ניתן

להפריד בין הסרטון להודעה כיוון שזו נלקחה תוך כדי צפייה חוזרת ונשנית בסרטון הלא חוקי, מבלי לתת לשלום וליאורה אפשרות להתנתק ממנו. כך, הוכתמה גם הראיה הנגזרת – ההודעה – באי החוקיות של הסרטון.

84. בהתאם לעניין **פרחי**, כדי שראיה נגזרת תפסל מלשמש במשפט על המערער להוכיח כי בדומה לראיה הראשית קבלתה של הראיה תוביל לפגיעה מהותית שאינה מידתית בזכות להליך הוגן. בענייננו, גביית עדות המערערים תוך הצגת הסרטון **פוגעת בזכות המערערים להליך הוגן ובחיסיון מפני הפללה עצמית** המצדיק את פסילתה. החיסיון מפני אי הפללה עצמית – אחת הזכויות הנגזרות מהזכות להליך הוגן, מאפשר לפרט להימנע מפעולה העשויה להפיל אותו. החיסיון חל על עדות שנאמרה בעל פה וכולל את זכות השתיקה אם העדות ניתנה על ידי הנאשם (רע"פ 4574/99 **מדינת ישראל נ' לגזיאל**, נד(2) 289 (2000)).

85. בעניין **חייבטוב** ציינה כבוד השופטת ברק ארז כי לא כל תחבולה היא לגיטימית, ושתחבולה שבבסיסה מצוי מצג כוזב שוללת את יכולת הבחירה של נחקר אם למסור את הודעתו. עצם השימוש בסרטון ששודר פעם אחר פעם, לאחר אירוע מבלבל, בשעות הלילה המאוחרות, בנסיבות מלחיצות של חקירה על ידי גורם סמכותי, השפיע על המערערים עד כדי שלילת יכולתם להימנע מאי הפללה עצמית ולנצל את זכותם לשתיקה. בענייננו, בהצגת הסרטון באופן חוזרי אילצו את המערערים לחשוב שלמשטרה יידע ויכולת הוכחה שלא היה לה ובכך להימנע משימוש בזכויותיהם, שכן ההניחו שאין להם יכולת או טעם להתגונן.

86. בנוסף, **על העדות להיפסל שכן אינה חופשית ומרצון** בניגוד לסעיף 12 לפקודת הראיות. לפי עניין **חייבטוב**, אמצעי חקירה פסולים כגון לחצים פסיכולוגיים אסורים שוללים את קבילות ההודעה מבלי שיש צורך לבחון את מידת השפעתם בפועל של אמצעים אלו על רצונו החופשי ואמינות ההודעה.

87. שוב נדגיש כי שלום וליאורה הם זוג נורמטיבי ללא עבר פלילי וזאת הפעם הראשונה שנחקרו במשטרה לאחר אירוע מלחיץ בו שלושה זרים נדחפו בכוח לביתם ופעלו באגרסיביות כלפיהם. גביית גרסתם תוך כדי הצגת סרטון שלא כולל את הנסיבות שהובילו אותם לאירוע, מעוות את זיכרונם עד כדי שלילת החופשיות והרצון בגרסתם. הסרטון הפך להד חוזר בראשם שמעורר אשמה כשהוא מחליש זיכרונות אחרים כמו כלל השתלשלות האירועים ותחושותיהם.

88. **ועדת גולדנברג** שהוקמה במטרה להתמודד בין היתר עם הרשעה על סמך הודעה בלבד המליצה לשנות את סעיף 12 כך שבית המשפט לא יסתפק בהודיה שניתנה מרצון חופשי אלא יוודא שמדובר בהודיית אמת שלא הוטתה כתוצאה מאלימות, איום או פיתוי. גם **ועדת דנציגר** המאוחרת הגיעה למסקנה דומה. בענייננו, עדות המערערים נגבתה תחת לחץ והטעיה פסיכולוגית כתוצאה מצפייה בסרטון הלא קביל והחלקי אשר "דוחק אותם לפינה".

89. לפי גישתו של כבוד השופט לנדוי בע"פ 347/75 **הירש נ' מדינת ישראל**, פ"ד (3) 197 (1976), הפעלת לחצים פסיכולוגיים על הנחקר תוביל לפסילת הודעות כיוון שהודעות אלו יכולות להיות כוזבות ומנוגדות לעקרון יסוד בשיטת משפט הדורשת ראיות שהושגו באופן בלתי תלוי-וחופשי. גישה דומה הוצגה בע"פ 115/82 **מועדי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לח(1) 197 (1984), לפיה נבחן אמצעי פסול השולל את רצונו הטוב של הנחקר במסירת הודעה מבחינה העובדתית האם היה בו כדי לשלול את רצונו הטוב והחופשי של הנחקר. ניתן לומר שהסרטון בענייננו יצר מציאות אחרת עבור שלום וליאורה, אשר פגעה בתפיסה הסובייקטיבית שלהם של האירוע ובתחושותיהם האמיתיות, ואילצה אותם לתת הודעה שלא היו נותנים בנסיבות אחרות. הסרטון גרם לשלום וליאורה להרגיש "נאשמים" מהרגע שהוצג להם בטרם נשאלה השאלה הראשונה בחקירה.

90. כמו כן, כדי שהודעה תינתן בחופשיות ומרצון לנחקרים צריכה לעמוד יכולת אמיתית לסרב למסור אותה, אשר לשיטתנו לא עמדה לשלום וליאורה. לפי **עמדת הסנגוריה** כפי שהוצגה לעיל בפרק 4, נאמר שיש לבחון סירוב

אובייקטיבית וסובייקטיבית ושבמקרים רבים יעדיפו נחקרים להיתפס כמי שמתפנים פעולה עם החקירה מחשש שסירובם ישמש נגדם.

91. בנוסף, גביית ההודעה תוך צפייה בסרטון מהווה הבניה פסולה של זיכרון העדים שפוגעת בתפיסת האירוע. בהתאם לספרו של קדמי, **על הראיות** (יעקב קדמי **על הראיות**: הדין בראי הפסיקה (מהדורה משולבת ומעודכנת נבו תש"ע-2009)), נראה את הצפייה בסרטון בענייננו כהשפעה על העד כך שלא ניתן לראות בה יותר כעדות סובייקטיבית או אובייקטיבית. האפשרות **שאדם יודה במעשה שלא עשה בעקבות צפייה במצג חזותי** נידונה בספרות הפסיכולוגית. כך למשל, ציין הפסיכולוג William James שאחת הסיבות השכיחות לתעתוע בזיכרונות נאשמים מצויה בסרטונים המשמשים כראיה, שכן אלו יוצרים תמונה חד ערכית ומעוררים ספקות במוחו של החשוד שמא הוא עשה את המעשה. בעקבות הצפייה החוזרת, הצופה נתקף מצפון ואשמה ומעדיף להודות.

92. נסכם כי חשיפת הנאשמים לסרטון תוך מתן הודעתם הבנתה את ההודעה לגרסה אותה רואים בסרטון, ובכך מנעה מהם לספק הודעה סובייקטיבית אמיתית לגבי האירוע. הצפייה בסרטון פעמים רבות זיהמה את הזיכרון המקורי של המערערים וקיבעה פרטים מהסרטון בזיכרונם של העדים ומחקה את הפרטים האחרים, אשר לא מופיעים בו. כך, לא מדובר עוד בשתי ראיות נפרדות שמחזקות זו את זו, אלא אותה ראיה פסולה ולא קבילה, פעמיים. לא ניתן להפריד את ההודעות מהסרטון הלא קביל, אשר הבנה את זיכרונם של שלום וליאורה ופגע בחופשיות הרצון של הודעותיהם.

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

93. לחילופין, אם יקבע בית המשפט הנכבד על אף כל האמור לעיל לקבל את הסרטון כראיה, נבקש להתייחס לפרשנות שייחס בית משפט קמא לסרטון, ולהראות לבית המשפט הנכבד שמסקנתו אינה מתיישבת עם הסרטון שלפניו. לשיטתנו, שלום וליאורה פעלו מתוך הגנה עצמית, ולא ניתן ליתן לסרטון פרשנות אחרת מלבד זאת אם נתבסס על **כלל השתלשלות האירועים** – הן אובייקטיבית והן סובייקטיבית. אובייקטיבית, כל אדם מן הישוב היה חש בצורך להתגונן אילו שלושה אנשים זרים היו נדחפים לביתו בכוח בשעות הלילה אחרי שעקבו אחריו, ודי בנסיבות אלו כדי לעורר את דריכות המערערים, אפילו טרם ההתנהגות האגרסיבית בבית. סובייקטיבית, ליאורה ושלום זוג נורמטיבי ללא עבר פלילי, חשו בסכנה והגיבו מתוך אינסטינקט, בתגובה מיידית לאירוע. בסרטון, ניתן לראות שכל אחד מהם הגיב בדרכו שלו להנפת היד של המתלוננת: ליאורה, דחפה אותה בניסיון להרחיק את הסכנה, ושלום התיז עליה גז פלפל שהיה בהישג ידו. המעשים נעשו סימולטנית כששלו וליאורה מגיבים לאיום לפנייהם.

94. שלום וליאורה אף פעלו בהתאם לסעיף 18 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, לפיו בעל מקרקעין רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה כדי למנוע הסגת גבולו או שלילת שליטתו בהם שלא כדין. כשהמתלוננת וחבריה נדחפו בכוח לדירה ללא הסכמה הם הסיגו גבול, לכן המערערים פעלו כדין כשהשתמשו בכוח להגן על ביתם.

95. בנוסף, שגה בית משפט קמא בקביעתו שהסרטון משקף ויזואלית את האירוע, שכן הוא מתעד התרחשות חלקית בזמן ובמקום, הנתונה לפרשנות משתנה ולא ניתן להסיק ממנו מסקנות ברורות. לפי ע"פ 2653/98 **בן דוד נ' מדינת ישראל**, נב(4) 529 (1998), בניגוד לגישה לפיה בית המשפט לערעורים לא יסטה מממצאים עובדתיים שקבעה ערכאה ראשונה, כשמדובר בסרטון – ראיות ויזואליות – בית המשפט רשאי להכריע לפי התרשמותו, שכן לא עומד לבית משפט קמא ייתרון ההתרשמות הישירה.

96. פרשנות מחודשת מאין זו התקבלה בע"פ 1427/23 **האני אבו רביע נ' מדינת ישראל** (נבו 1.5.2024), שם קיצר בית המשפט את עונשי המאסר של המערערים שהורשעו בביצוע לינץ' בנהג שהוביל למותו. האירוע צולם במצלמות של שוטרים ששהו במקום, כולל נהיגתו הפרועה של הנהג שקדמה לאירוע. בית המשפט הנכבד פירש את המסכת העובדתית שהוצגה בסרטונים **באופן שונה** מבית המשפט המחוזי, וקבע שהנהיגה הפרועה עולה לכדי ניסיון דריסה

שאיִלץ את המערערים לפעול בספונטנית ואינסטינקטיבית. למרות ששתי ערכאות נחשפו לאותן ראיות חזותיות, המסקנות שלהן היו שונות עד כדי שינוי ההחלטה המשפטית.

97. לפי ת"פ (שלום י-ם) 33333/03/20 **מדינת ישראל נ' בן חמו** (נבו 27.3.2024), גם כשלא מוטלת בספק אמינותו של הסרטון, **על בית המשפט להתייחס לאירועים הרלוונטיים שקדמו לו**. הסרטון לא מעביר את מכלול המידע על האירוע כיוון שמתעד רק את מה שנתפס בעדשת המצלמה ומפספס את כל היתר, בין השאר מידע, תגובות ומידע לא מילולי.

98. בענייננו **הסרטון חסר ברמה עובדתית**, שכן האירוע מושא ערעור זה החל לפני תחילת הצילום כך שחלקים משמעותיים לא מתועדים בו כמו **תוקפנות המתלוננים** בעת הבילוי בעיר; **מעקבם אחר המערערים**; **והידחפות אגרסיבית ואלימה בליווי צעקות וגידופים לתוך ביתה** של ליאורה, ללא הסכמתה. הכיר בכך בית משפט קמא בקביעתו שהסרטון אינו כולל את חילופי הדברים שקדמו לכניסה לביתה של ליאורה (בפס' 50 לפסק הדין), ולשיטתנו יש לייחס לכך חשיבות רבה.

99. בנוסף לליקויים בסרטון עצמו, נדגיש כי **הפרשנות שתינתן לסרטון משתנה בהתאם לצופה**. על אף המחשבה הרווחת שראיות חזותיות מציגות את המציאות באופן ניטרלי ואובייקטיבי, מחקרים מראים שהן נתונות לפרשנות משתנה. לכן, כשמשתמשים במידע חזותי כראיה יש לקחת בחשבון הסקת מסקנות שונה שכן גם שופטים למרות ניסיונם המקצועי הרב, לא חסינים מפני פירוש ההתרחשות בהתאם לניסיונם, אמונותיהם וחוויותיהם האישיות, גם באופן לא במודע.

100. התנהגות זאת טבעית וניתנת להסבר פסיכולוגי שכבר נחקר ונבדק לפני התרחשות האירוע בענייננו. במחקר שנערך בארצות הברית (Rozeanna Sommers, *Will Putting Cameras on Police Reduce Polarization?*, 125 YALE L.J. 1304, 1323 (2016)). בחנו האם הצבות מצלמות גוף על שוטרים תפחית את הקיטוב באוכלוסייה ביחס לאלימות משטרתית. לפי תוצאות המחקר, למרות שהנסיינים נחשפו לאותם סרטוני מעצר של אזרחים, כשנשאלו האם השוטר השתמש בכוח סביר, האם החלטתו לבצע את המעצר הייתה הוגנת והאם השוטר הפר את החוק – ענו הנסיינים תשובות שונות, בהתאם לדעותיהם הקדומות ולמידת ההזדהות שלהם עם המשטרה.

101. כמו כן, נבקש מבית המשפט הנכבד לייחס לסרטון משקל אפסי, אם לא יפסל, בשל איכותו וחלקיותו. בע"פ 3055/18 **אבו רקייק נ' מדינת ישראל** (נבו, 4.8.2020), קבע בית המשפט הנכבד שיש לבחון כל ראיה לא רק מבחינת קבילותה אלא גם מבחינת איכותה. בעניין זה, זוכה אדם שהורשע בהתבסס על זיהוי שוטר מתוך צילומי מצלמת אבטחה שלא אפשרו זיהוי איכותי בהיבט החיצוני של הראיה.

102. בענייננו הסרטון צולם בנייד, בחושך, נשמט לרצפה מידי המצלמת, נבעט במהלך האירוע ותיעד חלקית את ההתרחשות, ולכן **לא מספק תיעוד איכותי של שאירע**. האירוע כלל גם מעקב והתפרצות לביתה של ליאורה, אשר גרמו למערערים לחוש מאוימים באופן סובייקטיבי ואובייקטיבי. לכן, לא ניתן להסיק מסקנות מהסרטון ללא התייחסות לעדויות שישלימו את החסר, ואין לייחס לו משקל של "ראיית זהב". נבקש מבית המשפט הנכבד להתחשב בכל המובא לעיל בפרשנותו את הסרטון החלקי והמוטה, בטרם יקבע מסמרות בנושא.

7. אחרית דבר

103. אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע כי אין לקבל את הסרטון שהופק ללא סמכות כראיה, ואין לעשות בו שימוש או להתבסס לצורך הרשעת המערערים. לחילופין בלבד, מתבקש בית המשפט הנכבד לייחס לסרטון משקל אפסי ולקבוע כי המערערים פעלו בהגנה עצמית. בהתאם, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל ערעור זה, ולקבוע כי יש לזכות את המערערים מכל המיוחס להם. בנוסף, מתבקש בית המשפט הנכבד לאסור על כל שימוש נוסף של המשיבה במערכת, בטרם הסדרת הסוגייה על-ידיי המחוקק, כדין.