

ת"פ 42667/02/15 - מדינת ישראל נגד פלוני

בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 42667-02-15 מדינת ישראל נ' פלוני

בפני כב' השופט רפי ארניה

מדינת ישראל

עו"ד רונית עמיאל

נגד

פלוני

עו"ד קטי צווטקוב

הכרעת דין

1. האם הסכמה מדעת מאיינת את הצורך בנוכחות עדים בעת ביצוע חיפוש בנכס על פי צו שיפוטי?
2. האם ניתן להרשיע נאשם בעבירת אחזקת פרסום תועבה אסור, ללא שהוצגו בפני בית המשפט התמונות עצמן?

אלו, בתמצית, שתי השאלות המרכזיות העומדות להכרעה בד' אמותיה של הכרעת דין זו.

כתב האישום

1. כנגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו עבירה של אחזקת פרסום תועבה ובו דמותו של קטין - עבירה לפי סעיף 214(ב3) לחוק העונשין, תשל"ז - 1977.
- בהתאם לכתב האישום, במהלך התקופה שבין 9.7.2012 ועד סמוך לפני יום תפיסתו, 7.1.2014, נהג הנאשם לגלוש באתרים בעלי תכנים פדופיליים בהם הוצגו תמונות תועבה של קטינים וקטינות בעירום חלקי או מלא.
- בהתאם לכתב האישום, בתאריך 7.1.2014 ובמהלך תקופה בלתי ידועה שקדמה למועד זה, החזיק הנאשם על גבי מחשב בדירתו שברח' ***** ראשון לציון, חומר תועבה כמפורט להלן:
- א. מספר תמונות מוצפנות בהן נצפית קטינה, בחלקן בעירום, ובאחת מהן אף מוחדר לאיבר מינה דבר

עמוד 1

מה;

- ב. כמות של כ - 135 קבצי מחשב מוצפנים המכילים תמונות תועבה וסרטוני תועבה בהתאם לנספח א' של כתב האישום;
- ג. תמונות רבות בעירום, חלקי ומלא, של בתו הקטינה של הנאשם, החל מגיל 3 ועד גיל 7 לערך, חלקן בתקריב, וחלקן אף מעובדות באמצעות תכנת "Photoshop".

העובדות שאינן שנויות במחלוקת

2. בתאריך 16.6.2013 התקבלה במשטרת ישראל פניה מאת אינטרפול ורשה בטענה ששני גולשי רשת מישראל, אשר כתובת ה IP של אחד מהם הינה 84.110.230.105 נוטרו כשהם משתפים תכנים פדופיליים. לפניה צורף דיסק שעליו שני קבצים של סרטים אשר באחד מהם, זה ששותף על ידי הגולש הנ"ל ביום 27.12.2012, הקרוי בשם: "PTHC.2010.New.Pedo.10YO.Little.Girl.Agnieszka.From.Poland.Cat.Goddess", נראה גבר המקיים אקט מיני עם ילדה בת 10 (ת/26).
3. בהתאם לכך, התבקש וניתן על ידי בית המשפט צו לקבלת שירותי תקשורת אשר הופנה לכלל חברות התקשורת וספקיות האינטרנט ובהם נתבקש המידע לגבי שתי כתובות ה IP- הנ"ל (ת/27). במענה לצווים השיבה חברת בזק בינ"ל כי כתובת ה IP- הנ"ל הינה של הנאשם (ת/30, ת/31).
- למען סבר את האוזן ייאמר כי כתובת ה IP-השניה אשר פורטה בפניית האינטרפול שוייכה לסניף מנהל מקרקעי ישראל בנצרת. החקירה בעניין זה הגיעה למבוי סתום עקב היעדר היכולת לזהות את המחשב הספציפי (ת/29).
4. בעקבות המידע הנ"ל ניתן על ידי בית המשפט צו חיפוש לביתו ומחשביו של הנאשם (ת/64, ת/65). צו החיפוש הנ"ל, אשר כלל הוראה לפיה החיפוש יערך בנוכחות שני עדים, בוצע ביום 8.1.2014 בין השעות 12:15 - 13:10 (ת/1, דו"ח חיפוש ת/3, ת/32). בפועל, ומהסיבות שיפורטו מטה החיפוש בוצע רק בנוכחות אשתו של הנאשם שהייתה בבית באותה עת (להלן: "א").
5. החיפוש במחשבו ובביתו של הנאשם העלה את התוצרים הבאים (ת/4):
- א. המחשב היה נעול בסיסמא למחשב ולתוכנת ה Windows אך המשטרה הצליחה לנטרל הצפנות אלה.
- ב. במחשבו של הנאשם היה מותקן דפדפן בשם "Tor" (להלן: "תוכנת התור"). לטענת המדינה, תוכנה זו מאפשרת גלישה אנונימית ברשת האינטרנט האפלה "Darknet", רשת אשר לטענת המדינה מכילה תכנים בלתי חוקיים רבים.
- ג. במחשבו של הנאשם הותקנו תוכנות שיתוף קבצים בשם "freenet", "utorrent", "emule" (ת/13) וכן תוכנה בשם "cc cleaner" (ת/14) אשר לטענת המדינה נועדה למחיקת עקבות

שמשאר המשתמש במחשב.

- ד. במחשבו של הנאשם הותקנה תוכנת הצפנה בשם "Kremlin Encrypt" (להלן: "תוכנת הקרמלין"). למרות ניסיונות רבים, ואף עירוב יחידת הסייבר, המשטרה לא הצליחה לפצח את הסיסמא של תוכנת הקרמלין (עמ' 13 ש' 24 -25, ת/63). **התוצאה היא שלא ניתן לצפות בקבצים רבים המצויים בספריות שבמחשבו של הנאשם.**
- ה. חיפוש שנעשה במחשב הביא לתפיסת קבצי התמונות ת/8 ות/9.
- ו. במחיצה D של המחשב נחזה קיומם של קבצי תמונות וסרטים במשקל 206 ג'יגהבייט. המדובר בקבצים אשר לא ניתן לצפות בהם (עקב הצפנתם, כאמור, באמצעות תוכנת הקרמלין). ואולם, **שמותיהם** של קבצים אלה מופיעים ומפורטים בת/10 ות/11 המהווים "צילום מסך" של תוכן מחשב הנאשם. לעניין זה נתייחס בהרחבה בהמשך הדברים.
- ז. בארגז נפרד בבית הנאשם נתפס דיסק DVD ובו התמונות המפורטות בת/24. הילדה המצולמת בתמונות אלה הינה בתו של הנאשם, בעת היותה קטינה בת למטה מ - 7 שנים.

טענות הצדדים

6. המאשימה טוענת כי א. ויתרה על זכותה לנוכחות עד נוסף לחיפוש. עוד טוענת המאשימה כי צבר הראיות אשר הציגה מוכיח ברמה של למעלה מספק סביר כי הנאשם החזיק פרסומי תועבה ובהם דמותו של קטין.
- ההגנה טוענת כי החיפוש שבוצע בביתו של הנאשם והעלה את התוצרים המפורטים לעיל היה בלתי חוקי, משום שנערך בנוכחות עד אחד בלבד ולא שניים, כפי שמורה הצו, ועל כן ובהתאם להלכה הפסוקה (ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סא (1) 461 (4.5.2006), רע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מ"י** (פורסם במאגרים, 6.3.2012)) יש לפסול את כל הראיות שהושגו כתוצאה מהחיפוש.
- בנוסף טוענת ההגנה כי בכל הנוגע לת/8, ת/9 ות/24 אין המדובר בפרסומי תועבה אסורים, ובכל הנוגע לת/10 ות/11, נוכח העובדה כי לא ניתן לצפות בקבצים, הרי שהמאשימה לא עברה את הרף הראייתי הנדרש להוכחת אחזקתו של חומר התועבה מעבר לספק סביר.

חוקיות החיפוש ופסלות תוצריו

7. ראשית אציין כי הטענה בדבר חוקיות החיפוש לא נטענה בתשובת הנאשם לכתב האישום. טענה זו נטענה לראשונה רק במהלך הסיכומים ויש להצטער על כך. תשובת הנאשם לכתב האישום נדרשת על מנת למקד את הדיון בטענות ובעדויות הרלוונטיות, ויש לצפות מהסנגוריה כי לצורך ייעול הדיון תעלה טענת פסלות ראייה (כמו גם טענת "זוטא") כבר בעת מתן התשובה לכתב האישום.

אמנם הכלל של "הרחבת חזית" הנהוג במשפט האזרחי, אינו חל במלואו במשפט הפלילי, אך על אף זאת יש מקום להכניס את טענות ההגנה למסגרת דיונית מסוימת, גם אם גמישה. ודוק: טענה מסוג זה אינה טענה שנולדה במהלך המשפט. דו"חות החיפוש הינם חלק מחומר הראיות בתיק והדברים בוודאי היו ידועים מקדמת דנא. על כן לא היה מקום

לכמוס טענות אלה עד לשלב הסיכומים וראוי היה להציף אותן מלכתחילה.

8. זאת באשר לפן הדיוני. לגופם של דברים. העובדות הרלוונטיות לחיפוש הינן כדלקמן:

- א. צו החיפוש השיפוטי שניתן כלל הוראה כי החיפוש ייערך בשני עדים.
- ב. מת/1 ומעדויות השוטרים בפני עולה כי במועד החיפוש הנאשם לא היה בבית אלא בעבודה, אך א. נכחה בבית.
- ג. לבקשת השוטרים, אשר אחד מהם, עת/1, שוחח עימה בין היתר בשפה הרוסית א. התקשרה לנאשם על מנת להודיע לו שיגיע הביתה ויהיה נוכח בחיפוש. ואולם, הנאשם הודיע לה כי הוא לא יוכל להגיע, וא. הודיעה זאת לשוטרים.
- ד. בשלב זה ביצעו השוטרים את החיפוש בדירה רק בנוכחות א.. בדו"ח החיפוש ת/3 שערך השוטר פרידמן (עת/4) נאמר כי "**החיפוש נערך ללא נוכחות עדים ע"פ הסכמת אישה א.**" מדו"חות הפעולה ת/1 ות/32 וכן מעדות עת/4 בפני עולה כי לאחר שהנאשם הודיע כי הוא בעבודה והוא לא יוכל להגיע, עת/4 הודיע לא. שיש לה זכות לעדים (עמ' 38 ש' 2 - 21) אך היא מסרה כי הם מתגוררים בדירה כחודשיים ואין לה מישוהו שיכול להיות עד במהלך החיפוש.

א. לא הובאה לעדות, בניסיון לסתור את גירסאות השוטרים בנוגע לנסיבות החיפוש. לכן יש לקבוע שהעובדות המפורטות בדו"חות החיפוש ועדות השוטרים לעיל - הן העובדות המוכחות, שאינן שנויות במחלוקת.

הנה כי כן שתיים הן השאלות בהן יש להכריע בראש זה: האם מדובר בחיפוש חוקי, ואם לא - האם יש לפסול את הראיות שנמצאו בחיפוש.

9. סעיף 26 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט - 1969 קובע כדלקמן:

"(א) 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 תפורש בפרוטוקול שייערך".

בענייננו, מיקדה ההגנה את טענותיה בס"ק (3). במילים אחרות, השאלה המתעוררת הינה: האם ניתן לראות בנסיבות המפורטות לעיל את א. (שללא ספק הייתה תופשת הבית בעת עריכת החיפוש) כמי שביקשה שהחיפוש ייערך שלא בפני עדים?

כפי שאציג להלן, אף שלא היתה בקשה מפורשת כזו של א., הרי שהחיפוש בוצע בנוכחות עד אחד בהסכמתה המודעת, והסכמה זו שוללת את הצורך בנוכחות שני עדים.

10. תכלית הזכות לחיפוש בעדים נוגעת להגנה על טוהר הליך החקירה, שמירת מידתיות החיפוש, קיומם של פיקוח ובקרה על ההליך, ומניעת לזות שפתיים באשר לממצאיו.

אין חולק שחובתם של השוטרים הינה להסביר לתופס הבית על זכותו לנוכחות עד נוסף (קדמי, **על סדר הדין בפלילים, חלק ראשון הליכים שלפני משפט** (מהדורה מעודכנת- תשס"ח - 2008), חלק ב' עמ' 684), וחובתם של השוטרים היא לקיים את החיפוש רק בנוכחות שני עדים.

לפיכך, אין ספק שככל שתופס הבית מבקש מהמשטרה להמתין עם ביצוע החיפוש זמן סביר עד להגעת עד נוסף, ובכפוף לכך שאין המדובר בחיפוש דחוף, חובה על המשטרה לכבד בקשה זו.

כמו כן, ברור לחלוטין כי אל לה למשטרה לנקוט בשום פעולה שתכליתה מניעה - באופן פוזיטיבי או דה פאקטו - של מימוש הזכות לנוכחות עד נוסף.

ולסיכום, על המשטרה לעשות את כל המאמצים הסבירים הנדרשים על מנת לקיים את הוראות הצו השיפוטי לחיפוש בנוכחות שני עדים.

11. בענייננו, הוכח שא. ויתרה על נוכחות שני עדים בחיפוש, והסכימה שהחיפוש יבוצע בנוכחות עד אחד בלבד - היא עצמה.

השאלה היא האם ויתור מדעת על נוכחות עדים מהווה מקור חוקי לעריכת חיפוש ללא עדים? השאלה מתעוררת משום שלשון ס"ק (3) לפקודה מתירה חיפוש ללא עדים רק מקום שתופס הבית ביקש כך. דהיינו, נדרשת בקשה מפורשת של תופס הבית כי החיפוש יערך בלא עדים, ולכאורה בהיעדר בקשה מפורשת מסוג זה הבאה מצד התופס - החיפוש אינו חוקי.

סבורני כי התשובה לשאלה שהוצגה הינה בחיוב. אני סבור כי מקום שתופס הבית ויתר מדעת על נוכחות עדים, ייחשב ויתור זה כיוצר מקור חוקי לביצוע החיפוש ללא עד נוסף, ואין צורך בבקשה מפורשת.

שאלה דומה לענייננו נידונה בפרשת **בן חיים**, בה נקבע כי הסכמה מדעת הינה מקור עצמאי לביצוע חיפוש ללא צו על גופו של אדם, בכליו או בביתו, אף בהיעדר עילת חיפוש חוקית. עם זאת, נקבעו בפסיקה מבחני ביקורת שנועדו להבטיח שההסכמה לחיפוש היא הסכמת אמת ואינה מבוססת על פערי הכוחות המבוססים במפגש בין שוטר לבין אזרח. כך למשל, נקבע כי על השוטר להבהיר לאזרח על זכותו לסרב לביצוע החיפוש, וכי סירוב זה לא יעמוד לו לרועץ. אם לאחר הסבר כזה נתן האזרח את הסכמתו לשוטר - הסכמתו תופסת והחיפוש הינו חוקי.

12. נוכח האמור, סבורני כי ההיקש יותר ממתבקש. ויתור מדעת על הזכות לביצוע החיפוש בנוכחות שני עדים - מהווה בסיס המנטרל את הצורך בנוכחותם של שני עדים או בקיומה של בקשה מפורשת מצד התופס לכך שהחיפוש יתקיים בעד אחד או ללא עדים.

עם זאת, לצד כלל זה יש לקבוע כללי בקרה אשר נועדו להבטיח שהויתור של תופס המקום על נוכחות עדים בחיפוש הינו מדעת, ואינו נובע מלחץ המעמד המביך, הקשה והחודרני.

ונדגיש: אין צורך בהסכמת התופס לחיפוש. הסכמה כזו אינה נדרשת או מתבקשת, שכן החיפוש הינו מכח צו שיפוטי. יש

צורך בויתור מדעת על זכותו לחיפוש בנוכחות שני עדים. לטעמי, כללי הבקרה השיפוטיים המבטיחים את המסקנה על קיומו של ויתור מדעת על נוכחות עד נוסף הינם שלושה:

א. מתן הסבר לתופס על זכותו לנוכחות עד נוסף;

ב. ניסיון להציל מפי התופס האם קיימת אפשרות להביא עד נוסף תוך זמן סביר;

ג. קבלת הסכמתו המפורשת של התופס לביצוע החיפוש ללא עד נוסף. לעניין זה ובדומה להלכת **בן חיים** אין צורך שההסכמה תהיה בכתב ודי אם באה עליה עדות מהימנה.

13. בענייננו, הוכח כי השוטרים קיימו את חובת ההסבר המוטלת עליהם. הם הבהירו לא. את זכותה לנוכחות עד נוסף ולצורך כך ביקשו מא. להתקשר לנאשם ולבקש ממנו להגיע לבית כדי שיהיה נוכח בחיפוש- ואולם הנ"ל סירב. בכך קיים כלל הבקרה הראשון.

לאחר מכן א. מסרה לשוטרים, במענה לשאלתם, כי אין אף אחד אחר אשר מסוגל לשמש כעד. בכך קיים גם כלל הבקרה השני.

באשר לכלל הבקרה השלישי, במהלך החקירה הנגדית התנהל בין עת/4 לבין הסנגורית הדו שיח הבא (עמ' 38):

"ש. אתם הגעתם והיית[ה] אישתו של הנאשם בבית נכון?

ת. נכון

ש. כתבתם שהיא התקשרה לנאשם כדי שיבוא. הוא רצה להיות נוכח?

ת. הוא לא יכל להגיע מהעבודה

ש. למה זה לא כתוב?

ת. אני חושב שזה כתוב. היא ציינה כי הוא לא יכול להגיע כרגע.

ש. היא גם אמרה שהם מתגוררים בדירה חודשיים והיא לא מכירה את השכנים ואין לה מישהו שיכול להיות עד

ת. נכון

ש. היא הסכימה שיהיה חיפוש ללא עדים

ת. כן

ש. הסברתם לה שיש לה זכות לא להסכים

ת. הסברתי לה שיש לה זכות לעדים

ש. והי א אמרה שאין מי להביא, ואז אמרו לה בואי ננסה פיתרון או אמרו בעיה שלך. הסכמה כזאת צריכה להעשות הסכמה מדעת.

ת. היא הבינה שיש לה זכות לשני עדים

ש. סייעתם לה?

ת. היא לא הביעה התנגדות שיתבצע חיפוש.

ש. היא צריכה להסכם לזה כמו שכתבתם שהיא הסכימה, זה היה מחוסר ברירה?

ת. אי אפשר להמתין" (ההדגשות אינן במקור - ר.א.).

הנה כי כן, עת/4 מסר כי א. יודעה על הזכות לחיפוש בנוכחות בשני עדים, וויתרה על כך.

הנאשם לא סתר או קעקע עדות זו בשום אופן שהוא. חשוב מכך - הוא נמנע מלהביא את א. להעיד כעדה מטעמו. אילו הייתה א. מובאת לעדות, ייתכן שניתן היה להציל מפיה האם מסרה את הסכמתה לחיפוש מתוך לחץ משטרתי השולל ויתור מדעת, או מתוך הסכמה מלאה, כפי עדות עת/4.

הכלל הנקוט בשיטתנו הוא כי אי הבאתו של עד רלוונטי משמעותו כי אילו היה העד מובא להעיד, הרי שעדותו הייתה פועלת כנגד אותו צד שנמנע מהבאתו. ביישום לענייננו, אילו א. הייתה מובאת להעיד, הרי שחזקה היא שעדותה הייתה כי נתנה הסכמתה לחיפוש בנוכחותה בלבד. על כן, מסקנתי היא כי גם כלל הבקרה השלישי התקיים. לפיכך, החיפוש נערך כדיון.

14. במבט צופה פני עתיד אוסיף, כי ראוי הוא שבמקרים מסוג זה תעשה המשטרה כל שביכולתה לדאוג לכך שהחיפוש יבוצע בהתאמה מלאה לצו שניתן - דהיינו בנוכחות שני עדים. בכך תנוטרלנה טענות מסוג זה ויקטן הסיכון שבית המשפט יפסול ראיות עקב אי שמירה על טוהר ההליך.

כך למשל במקרה זה ניתן היה שלא להסתפק בשיחתה של א. עם הנאשם, אלא יכולה היתה המשטרה לשוחח בעצמה עם הנאשם ולהסביר לו את מהות הצו, זכותו לנוכחות עד נוסף, וזכותו להיות נוכח בחיפוש (וכמובן - תיעוד שיחה זו). בכך יישמרו כללי ההליך הנאות ולא יהיה חשש לטוהר החיפוש.

על אף הערה זו, כאמור לעיל, אני סבור כי במקרה זה כללי הבקרה הנדרשים קוימו, בין השאר משום שההגנה לא הביאה את א. כעדה מטעמה, על מנת שניתן יהיה להתרשם ממנה ולהבין ממנה האם הסכמתה לחיפוש בנוכחות עד אחד בלבד - היתה מדעת.

לכן לא מצאתי כי נפל פגם בחיפוש.

15. גם לו טעיתי בממצאי ובמסקנותי המפורטות לעיל ונמצא כי נפל פגם בחיפוש, סבורני כי בנסיבות העניין הפגם אינו מצדיק פסילת הראיות שנתפסו, בהתאם להלכת **בן חיים**.

כזכור, הלכות **יששכרוב ובן חיים** קובעות כי גם במקרים בהם הושגו ראיות שלא כדיון, אין הדבר מביא בהכרח לפסלות

תוצרי המעשה הבלתי חוקי. בשלב השני, על בית המשפט לאזן בין האינטרסים השונים המתחרים על הבכורה ולקבוע האם בנסיבות העניין, הפגם שנפל מצדיק את פסלות הראיות שנתפסו.

16. בישום לענייננו:

מחד גיסא - העבירה הנידונה הינה עבירת עוון, ומשכך, לכאורה האינטרס הציבורי והמחיר החברתי בפסילת הראיות וזיכוי של הנאשם כתוצאה מכך, אינם מן הגבוהים (וזאת על אף חומרתה הערכית ותכליתה של העבירה, ולעניין זה ר' רע"פ 3890/09 מור נ' מ"י (17.5.2009)).

מאידך גיסא, ומנגד, עומדת עוצמת הפגם.

בנסיבות העניין, אין ספק בליבי כי השוטרים פעלו בתום לב. הם ביצעו את כל הנדרש מהם על פי החוק וההלכה הנוהגת. הנאשם וא. הם שהעמידו אותם בפני מציאות של "דרך ללא מוצא", ולמעשה יש לייחס לנאשם ולא. אשם תורם (ואף מכריע) אשר מנע את ביצוע הצו בנוכחות שני עדים.

ודוק: לא ברור לי מה מצפה ההגנה מהשוטרים לעשות בנסיבות אלה. האם מצופה מהם לא לבצע את צו החיפוש? האם חובה עליהם להמתין עד שהנאשם יואיל בטובו לשוב הביתה אחר כבוד מעבודתו? האם עליהם לצאת ולקושש עדים בחוצות העיר?

בכל הכבוד הראוי, הנאשם אינו יכול לסכל ביצוע צו חיפוש שניתן כדון, על דרך של הימנעות מהבאת עד לחיפוש.

שקלתי גם אפשרות נוספת והיא - כי בנסיבות בהן מתברר כי אין היתכנות כלשהי להמצאת עד נוסף, על המשטרה להקפיא את המצב בשטח, ולחזור לשופט בבקשה לאשר חיפוש בעד אחד, בהתאם לסמכות הקבועה בסעיף 26(א)(2) לפקודה (ולדעתי, הסמכות להתיר חיפוש בלא עדים משמיעה גם את הסמכות להתיר חיפוש בנוכחות עד אחד).

סבורני כי פתרון כזה אינו מיטבי. ראשית, הוא יוצר פירצה רחבה אשר מאפשרת התחמקות והכשלת הליך החיפוש, או לפחות עיכובו באורח משמעותי, ובפגיעה משמעותית באכיפת החוק. הוא גם יוצר עומס מערכתי על המשטרה ועל בתי המשפט.

בכל מקרה, האפשרות של "חזרה לשופט" לא עלתה על דעתם של השוטרים (ואגב, גם הסנגוריה בסיכומיה לא הציעה פתרון זה ולא הוכיחה את אפשרות יישומו בשטח, ומסתמא שגם היא לא חשבה על אפשרות זו), ונדמה לי שעקב העובדה שמדובר במקרה נדיר - אפשרות זו גם לא הוצפה בשטח.

מכל מקום, לטעמי, נראה כי בנקודת הזמן ההיא ובמקום ההוא, לא הייתה לשוטרים כל ברירה אלא לבצע את הצו בהתאם למצב בשטח, וכך פעלו, וזאת על מנת לממש צו שיפוטי שניתן באורח חוקי, והכל כשא. מלווה אותם.

זהו אינו המקרה של אי הגינות או התעלמות מכוונת של המשטרה מהוראות צו שיפוטי או החוק, או התנהגות בלתי סבירה או מזלזלת בזכויות אזרח. כאמור לעיל - ההיפך הוא הנכון. השתכנעתי מעל לכל ספק כי המשטרה פעלה באופן הראוי כפי שנדרש ממנה וערכה את החיפוש בנוכחות א. בלבד, רק משהתחוויר לה שאין למעשה כל ברירה סבירה אחרת, וכאמור, בהסכמתה מדעת המלאה של א..

תום לב זה מכריע את הכף לטובת אי פסילת הראיות שנתפסו, גם אם נפל מתום בחיפוש. על חשיבותו המכרעת של יסוד תום הלב של הרשות בעת ביצוע צווים שיפוטיים והשפעתו על אי הפעלת דוקטרינת פירות העץ המורעל ר' Herring v. United States 555 U.S. 135 (2009) וכן דברי כב' הנשיאה בדימוס ד' ביניש בפרשת **יששכרוב**, בפיסקאות 70 - 73.

עוד אציין, כי אחת התכליות המרכזיות של הצורך בשני עדים בעת ביצוע חיפוש הינה שמירה על טוהר החיפוש ומניעת טענות הפללה. בענייננו, נוכח העובדה שמדובר בקבצי מחשב, ובשים לב לעובדה שרבים מהקבצים הנידונים אינם נפתחים עד לרגע זה, ואינם ניתנים לצפייה עקב תוכנות ההגנה שהתקין הנאשם במחשבו, הרי שחשש זה ממילא אינו מתקיים.

17. נוכח כל האמור אני דוחה את טענות הנאשם לפסילת הראיות שנתפסו בעקבות החיפוש.

העבירה הנידונה

18. סעיף 214(ב3) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 קובע כדלקמן:

"המחזיק ברשותו פרסום תועבה ובו דמותו של קטין או הצורך פרסום כאמור אף בלי להחזיק בו, דינו - מאסר שנה; לענין סעיף קטן זה, "מחזיק" או "צורך" - למעט המחזיק או הצורך באקראי ובתום לב".

יצוין כי חלק העבירה המתייחס לצריכה ללא אחזקה הוסף לחוק רק בתיקון 118 לחוק, אשר נכנס לתוקף ביום 25.11.2014, ואינו רלוונטי לענייננו.

הנה כי כן, החוק קובע כי על המדינה להוכיח מעבר לספק סביר את שלושת היסודות העובדתיים הבאים של העבירה:

א. אחזקת תמונה על ידי הנאשם;

ב. התמונה הינה "פרסום תועבה";

ג. בתמונה מופיעה "דמות של קטין".

כמו כן, ומאחר ואין עסקינן בעבירת אחריות קפידה, נדרשת הוכחת היסוד הנפשי של הנאשם.

בהתאם לסעיפים 18 ו- 20 לחוק העונשין, היסוד הנפשי צריך להתייחס לכל שלושת פרטי היסודות העובדתיים של העבירה: דהיינו-לאחזקה עצמה, למהות הפרסום כחומר תועבה, ולמהות האובייקט שבפרסום כדמות של קטין.

8/ת, 9/ת

19. אפתח ואומר כי המדינה לא הוכיחה שאחזקת 8/ת ו-9/ת מהווה עבירה על החוק.

עמוד 9

אין צורך להידרש לראיות נסיבתיות בעניין תמונות אלה שכן התמונות הינן גלויות, ובית המשפט יכול להתרשם מהן באופן בלתי אמצעי.

20. ת/9 הינו 21 תמונות תקריב של איברי המין של גבר ואישה, במהלך אקט של בעילה, ללא חשיפת פני המשתתפים באקט. אף שללא ספק מדובר בתמונות העונות על הגדרת "פרסום תועבה", הרי שאין מופיעה בהן דמות של קטין, לכן לא ברור כיצד אחזקתן של תמונות אלה עשויה להוות עבירה על החוק.

21. ת/8 הינן 8 תמונות, הממוספרות ברצף (מתמונה מס' 368 ועד תמונה מס' 375)[1] אשר ב - 5 מהן מופיעות פנים של מי שנחזית להיות קטינה, וביתר התמונות מצולמים איברי מין נקביים, ללא פנים. המדינה מבקשת "לחבר" בין הפנים לבין איברי המין, ולהביא לכלל מסקנה כי הדמות המצולמת בהן היא קטינה. בחנתי את התמונות חזור ושנה, והגעתי לכלל מסקנה כי איני יכול להגיע בוודאות מעבר לספק סביר לתוצאה שאליה מבקשת המדינה להגיע.

תמונות מס' 368, 371, 374 ו - 375 הן תמונות פנים או פנים וגוף לבוש. תמונות אלה לכשעצמן אינן יכולות להיחשב כחומר תועבה. מעבר לכך, כלל איני יכול לאמר בוודאות שמעבר לספק סביר שהדמות המופיעה בתמונות אלה היא קטינה.

תמונות 369 ותמונות 370 הן תמונות של איבר מין וישבן נשיים, אשר אף אם הן באות בגדרו של "חומר תועבה" הרי בשום אופן לא ניתן לאמר שהינם בהכרח של קטינה, ועל כן אין מתקיים בהן היסוד "דמות של קטין".

אשר לתמונה 372 - אין ספק כי המדובר בחומר תועבה. ואולם אשר לתנאי הנוסף - "דמות קטין" - גם כאן, לא ניתן לאמר בוודאות שהמדובר בדמות של קטינה. לא ניתן לשלול שמדובר בתמונה של בגירה צעירה, או אף של גבר בגיר (שכן איבר המין לכשעצמו אינו ברור).

באשר לתמונה 373 - בתמונה זו מצולמת אישה או ילדה המחזיקה בידה דבר מה כשחלק גופה העליון חשוף. גם כאן, לא אוכל להגיע למסקנה חד משמעית כי אין המדובר בבגירה ובכל מקרה אין זה ברור כלל כי התמונה לכשעצמה מהווה חומר תועבה (ור' הדיון שיתקיים במשך לגבי הגדרת המונח "תועבה").

לסיכומי של חלק זה, על אף החשדות הרבים שבליבי, הרי שבכל הנוגע לקובץ זה, מבחינה ראייתית לא הוכח כי הדמות המופיעה בתמונות היא של קטין או קטינה או כי התמונות מהוות תועבה. לכל הפחות עומד לצד הנאשם הספק הסביר, ולא ניתן לשלול את האפשרות כי אין המדובר בחומר תועבה או שאין מדובר בדמויות קטין.

על כן, סבורני כי המדינה לא עברה את הרף הראייתי הנדרש במשפט הפלילי לשם הוכחת חלק זה של כתב האישום.

24/ת

22. כאן, ענייננו במקבץ של עשרות תמונות של בתו של הנאשם, בעת היותה בת 5 (היום היא בת 17).

התמונות נמצאו, כאמור, על דיסק אשר נתפס בארגז שהיה בביתו של הנאשם. בתמונות, מצולמת בתו של הנאשם בעירום מלא, חלקי ובבגדים. בתמונות העירום מופיעה דמותה של הקטינה באמבטיה כשהיא מסתבנת, מתרחצת ואוחזת בבובה, ובטבע באוויר הפתוח, כשהיא עירומה. לטענת הנאשם התמונות צולמו עוד ברוסיה.

עוד יצוין כי בחלק מן התמונות הקטינה נחזית כשהיא יוצאת מאגם. לתמונות אלה יש מאפיינים הדומים לתמונות

המופיעות באתר אינטרנט בו נהג הנאשם לגלוש (ת/35).

ועוד - הנאשם מסר בהודעתו (ת/52 ש' 345 ואילך) כי ערך את התמונות בתכנת "פוטושופ".

23. לאחר שהתלבטתי לא מעט, ולא בלא היסוס, החלטתי לאפשר לנאשם ליהנות מהספק ולהימנע מקביעה כי תמונות אלה הינן תמונות האסורות בהחזקה.

במאמרו של ד"ר ח' ויסמונסקי "קידום המאבק בפדופיליה המקוונת - בעקבות חוק העונשין (תיקון מס' 118), התשע"ה - 2014 והצעת חוק הגבלת שימוש במקום לשם מניעת ביצוע עבירות (תיקון מס' 2), התשע"ד - 2014", מאזני משפט י' (תשע"ה) 181 (להלן: "ויסמונסקי") עומד המחבר, בעמ' 187, על העמימות המלווה את המונח "תועבה". המחבר אומר שם את הדברים הבאים:

"נראה כי יש שולי עמימות ביחס לשאלה מהי דרגת המיניות בפרסום אשר תהפוך אותו לפרסום פדופילי אסור....נשאלת השאלה מהו טיב הפרסום המיני אשר הימצאות דמותו של קטין" בתוכו תהפוך אותו לפרסום אסור...ברור כי לא כל פרסום הכולל דמות של קטין, אשר אדם הסובל מסטייה מינית פדופילית עשוי להתגרות ממנה, יוכל להיחשב פרסום אסור העולה כדי "תועבת קטינים".

ובהמשך, בעמ' 188:

"נראה כי לנוכח שולי העמימות של הגדרת "פרסום תועבה ובו דמותו של קטין", ראוי לנקוט מדיניות מצמצמת של העמדה לדין ביחס לאותם פרסומים שהמובהקות המינית שלהם אינה חד-משמעית, ואשר ניתן לייחס להם גם הקשר לגיטימי. על-כן, ככלל, על-מנת שתוכן מסויים ייחשב תוכן פדופילי אסור, נדרש שהוא יכלול אחד מאלה: (1) תיעוד יחסי מין מלאים או חלקיים (מגע מיני עצמי או מגע מיני עם אחר) שמעורב בהם קטין; (2) תיעוד של מעשי התעללות או סדיזם כלפי קטין, אף אם לא בהקשר מיני; (3) תיעוד של התנהגות מינית כלשהי של קטין עם בעל-חיים; (4) תיעוד איברי מין של קטין; (5) תיעוד קטין בעירום חלקי או מלא, תוך שימוש בהעמדה המכוונת ליצור תוכן מיני/אירוטי. זאת, להבדיל מתיעוד קטינים בהקשר לגיטימי - כגון פרסומת בטלוויזיה - בעת רחצה בבריכה או בחוף הים. כאמור, תיעוד זה עלול להתפרש כמגרה מינית בעיני המתבונן הפדופיל, אך כל עוד התמונה או הסרט אינם מתמקדים במיניות של הקטין - למשל, באיברי המין שלו - וכל עוד הם לא בווימו כדי להציג את הקטין באופן מיני, לא מתמלא היסוד של "פרסום תועבה ובו דמותו של קטין" (ההדגשות אינן במקור - ר.א.).

24. מן הכלל אל הפרט.

אודה, כי קשתה עלי ההכרעה בנוגע לתמונות אלה.

מחד גיסא - אין ספק כי במשפחות רבות קיימות תמונות של ילדי המשפחה בצעירותם (בדרך כלל בינקותם) כשהם מצולמים בעירום, בתמימות. תמונות אלה מהוות בדרך כלל חלק מהפולקלור והחוויה המשפחתית, ופשיטא שאינן באות בגדר "תועבה".

מאידך גיסא, כאן, המדובר בכמות רבה ביותר של תמונות של ילדה שכבר מזמן אינה תינוקת. על פניו ולכאורה התמונות אינן נחזות כתמימות או ככאלה שתיעדו רגעים ספונטניים באופן מזדמן. התמונות, אשר עברו ריטוש בתוכנת פוטושופ, יצרו בי הרגשה קשה של חוסר נוחות. תחושתי היא שמדובר בתמונות הכוללות ביום בהתאם למבחן שהציג ויסמונסקי במאמרו, החוצות את הגבול בין המותר והתמים לבין האסור והפדופילי. כמו כן, על פניו, נראה כי יש כאן מקום לאמירה על פיה הכמות הופכת לאיכות.

עם זאת, ועל אף התחושה הקשה ואי הנוחות הברורה התוקפת את המביט בתמונות, לא ניתן לשלול את גרסת הנאשם שלא הייתה לו שום כוונה פלילית מאחורי צילום ואחזקת תמונות אלה, כפי שמסר בהודעתו (ת/52 ש' 352). גם לא ניתן לשלול כי תמונות אלה אינן מתמקדות במיניותה של בתו של הנאשם בהתאם למבחן שהציב ויסמונסקי. לא הובאה בפני כל ראייה, למשל של מומחה לדבר, אשר יוכל לאמר שמנסיונו המעשי בתחום הפדופיליה, המדובר בתמונות הממוקדות במיניות הילדה, ומשכך שייכות באופן מובהק לעולם הפדופילי.

דומה כי אף המשטרה לא סברה כי אחזקת התמונות הינה פלילית, שהרי היא החזירה את הדיסק המדובר לנאשם (וברי כי אם הייתה סבורה כי המדובר בתמונות שהחזקתן אסורה - לא הייתה עושה כן).

משכך - ומשאין המדובר בתמונות אשר מקומן באופן מובהק בעולם הפדופילי, ובהיעדר כל ראייה מקצועית המשייכת אותן לעולם זה, אין לי את הכלים והיכולת לאמר ברמה שלמעלה מספק סביר כי המדובר בתמונות אסורות בהחזקה. תחושתי האישית כאן - אין די בה.

נוכח כל האמור לעיל, אני קובע כי המדינה לא הוכיחה מעבר לספק סביר כי התמונות עולות כדי "תועבה" וכי מתקיים בנאשם היסוד הנפשי הנדרש המתייחס למהות התמונות כפרסום תועבה.

ת/10 ות/11

25. כפי שאזכרנו לעיל המדובר ב- 135 קבצים במשקל של 207 ג'יגה בייט אשר לא ניתן לצפות בהם עקב הצפנתם על ידי תוכנת הקרמליון. לפיכך, הרשעה בעבירה הנידונה ביחס לקבצים אלה אינה יכולה להתבסס על מראה עיניים אלא על ראיות נסיבתיות.

הרשעה על בסיס ראיות נסיבתיות - כללי

26. בטרם ניגש לגופם של דברים נזכיר את דבריו של בית המשפט העליון בפסק הדין בעניין ע"פ 2697/14 **נסיים דוד חדאד נ' מ"י** (פורסם במאגרים, 6.9.2016) אשר בו סוכמה ההלכה בדבר דרך בחינתן של ראיות נסיבתיות, וההרשעה על בסיסן, כדלקמן:

"72. הלכה ידועה היא כי ניתן להרשיע נאשם בהסתמך על ראיות נסיבתיות בלבד. לצורך הרשעה, יש הכרח כי המסקנה המפלילה תהיה המסקנה ההגיונית היחידה העולה ממכלול הראיות הנסיבתיות. זאת, לאחר שבית המשפט בחן את מכלול הראיות ואת הסבריו של הנאשם וגרסתו העובדתית החלופית באספקלריה של ההיגיון, השכל הישר וניסיון החיים. ככל שקיימת גרסה עובדתית חלופית, המועלית על ידי הנאשם או המתגלה מהעובדות אשר הוכחו בפני בית המשפט, ממנה עולה מסקנה אפשרית

אחרת מלבד המסקנה המרשיעה, יהיה די בכך לשם זיכוי מהאשמה המיוחסת לו. עם זאת, אין די בכך שתתקיים מסקנה חלופית דחוקה, תיאורטית או מופרכת, היכולה לעלות מחומר הראיות, כדי להקים ספק סביר באשמתו של הנאשם - אלא נדרשת מסקנה חלופית סבירה שיש לה אחיזה בחומר הראיות (...).

73. בשיטת משפטנו, הדרך המקובלת ליישום העקרונות המתוארים לעיל בעת בחינתם של תיקים פליליים המבוססים על ראיות נסיבתיות בלבד היא באמצעות "המבחן התלת-שלבי" (לגישה חלופית אשר מסתפקת בבחינה דו-שלבית בלבד, ראו: עניין קריאף, פסקה 1 לפסק דינו של השופט נ' הנדל). בשלב הראשון של המבחן נבחנת כל ראיה נסיבתית בפני עצמה, כדי לקבוע האם ניתן להשתית עליה ממצא עובדתי. שלב זה זהה במהותו לבחינתה של ראיה ישירה על ידי בית המשפט, ובמסגרתו נבחנת עוצמתן, מהימנותן ודיותן של הראיות, כדי להבטיח שהראיה היא ראיית אמת (...).

74. בשלב השני נבחנת המסקנת הראייתית כולה, כדי לקבוע האם היא מובילה למסקנה לכאורית לפיה הנאשם אכן ביצע את המעשים המיוחסים לו, בהסתמך על ניסיון החיים והשכל הישר. המסקנה המפלילה עשויה להתקבל גם מצירופן של מספר ראיות נסיבתיות, אשר כל אחת מהן כשלעצמה אינה מספיקה לצורך הפללה, אולם משקלן המצטבר בהשתלבותן יחדיו הוא משקל ראייתי מפליל.... בפסיקת בית משפט זה הוטעם כי הראיות הנסיבתיות אינן חייבות להוכיח את כל פרטיו העובדתיים של מעשה העבירה, אלא רק להרכיב מסכת עובדתית המוכיחה את חלקיה המהותיים של העבירה (...).

75. לבסוף, בשלב השלישי נבחנים הסברים חלופיים למערכת הראיות הנסיבתית, אשר עשויים לשלול את המסקנה המפלילה שקמה בשלב השני של הבחינה. על פי רוב, בית המשפט יבחן בשלב זה את התזה המפלילה של התביעה אל מול גרסתו העובדתית החלופית של הנאשם - ויקבע האם מכלול הראיות הנסיבתיות שולל את גרסתו והסבריו של הנאשם, או שיש בהם להקים ספק סביר באשמתו. ודוק, אין די בהסבר תמים לכל ראיה נסיבתית בפני עצמה, שכן בחינת המסקנה המרשיעה נעשית כמכלול, ועל כן נדרש הנאשם להציע גרסה חלופית שלמה המתייחסת למכלול הראיות נגדו (ראו: עניין יחייב, פסקה 39). עם זאת, בית המשפט אינו מוגבל לבחינת גרסתו של הנאשם בלבד, אלא עליו להעלות בעצמו הסברים חלופיים בעלי פוטנציאל מזכה, אפילו אם הם אינם מתיישבים עם טענות ההגנה (...). כמצוין לעיל, על ההסבר החלופי - בין אם הוצע על ידי הנאשם ובין אם הועלה ביוזמת בית המשפט - להיות מתקבל על הדעת ומבוסס במידה כלשהי על המסקנת הראייתית הקיימת, ואין די בהסבר מאולץ, תיאורטי או כזה שאינו מתיישב עם השכל הישר וניסיון החיים (...). ככל שלא קיים הסבר חלופי המתקבל על הדעת, והמסקנה המפלילה נותרת בגדר המסקנה ההגיונית היחידה, ניתן להרשיע את הנאשם בהסתמך על הראיות הנסיבתיות".

(ההדגשות אינן במקור - ר.א.).

27. המיוחדות של מקרה זה הינה בכך שאיננו יכולים לצפות במו עינינו בקבצים הנידונים, בחינת "טוב (!?) מראה עיניים". ה - "corpus delicti" איננו. מקרה זה דומה, ברמת הפשטה מסוימת, למקרים של רצח ללא

גופה, עליהם נאמר בע"פ 5975/14 אגבריה נ' מ"י (פורסם במאגרים, 31.12.2015):

"הרשעה ללא גופה מחייבת נקיטת משנה זהירות בבחינת מסכת הראיות וניתן להצביע על שתי סיבות עיקריות לכך. האחת, שמא הנרצח חי נושם ובוטע במקום אחר במדינות הים, והשמועות על מותו היו מוקדמות ומוגזמות. דומה כי זו הסיבה העיקרית שהעמידה הפסיקה נגד עיניה, ומכאן ההלכה לפיה "ניתן להרשיע נאשם ברצח אף ללא מציאת גופת הנרצח, ובלבד שעובדת מותו של הקורבן הוכחה כדבעי באמצעות ראיות אחרות" (עניין הוכברג, עמ' 366 והאסמכתאות שם). השנייה, בהיעדר גופה איננו יכולים להסתייע בממצאים פורנזיים שונים ובראיות שונות הקשורות לאופן ביצוע הרצח. גם כאשר גופה נמצאת לאחר זמן רב, ואף במצב של שלד, ניתן לעיתים "לחלץ" ראיות פורנזיות או פרטים מוכמנים שיכולים לשמש לחקירת הרצח, כגון כלי הרצח, הבגדים שלבש המנוח וכיוצא בזה."

כאן, החשש שצריך להטריד את מנוחת בית המשפט הינו כי אם יפתחו הקבצים המפורטים בת/10 ות/11 יתגלה כי יש בהם חומר שאחזקתו אינו אסורה, מקבצים תמימים ועד פורנוגרפיה המותרת בהחזקה (דהיינו שאינה כזו אשר בה מופיעה דמות של קטין). זהו החשש שיש להפיג, וככל שמתקיים אפילו ספק סביר בכך, הרי שהתוצאה המתחייבת הינה זיכוי של הנאשם.

כפי שאראה להלן, בשים לב למבחני הפסיקה שפורטו בהלכת **חדאד**, חשש כזה אינו מתקיים במקרה זה, אף לא ברמה של ספק סביר. לטעמי הוכח למעלה מכל ספק סביר כי חלק נכבד מהקבצים המפורטים בת/10 ות/11 הינם קבצים אשר עליהם מופיע חומר תועבה ובו דמותו של קטין - האסור בהחזקה.

שמות הקבצים בת/11

28. אבן הראשה להכרעה בפרשה זו מצויה בשמות הקבצים אשר נמצאו במחשבו של הנאשם. עיון בשמות אלה מותיר מעט מאוד מקום לדמיון.

בקבצים רבים מופיע הביטוי "YO".

ת/1, רס"ל משה פרידמן, העיד בפני כי המדובר בשם קיצור למונח "years old" (עמ' 14).

כמו כן העיד בפני רס"ל פרידמן כי הביטוי "PTHC" המופיע ברבים מהקבצים הוא שם קיצור לביטוי "Pre Teen Hardcore", היינו פורנוגרפיה של ילדים בטרם הגיעו לבגרות מינית (עמ' 15 ש' 8). עדים אלה הינם אנשי מקצוע בתחום וחזקה עליהם כי הסברם נכון, וממילא גם לא הובא הסבר אחר מפי ההגנה לקיצורים אלה.

29. ועתה לשמות הקבצים עצמם, אשר נביא רק דוגמית מהם. ונדגיש, מדובר בדוגמאות מייצגות בלבד, ותקצר היריעה מלפרט את שמות הקבצים כולם:

"Mix of preteen childs model"

"8-10yo after shower Moscow"

"9yo n 12yo lesb action"

"8YrGets fucked Everyway possible!!!!PTHC"

"11yo & 12yo lolitas in shower with foam"
"Preteen 10 yo on bed"
"PTHC 2013 awesome two gorgeous 10yo lesbians girls"
"boy+ man) Martin 9yo suck by fat daddy)"
"pthc very hot anal 11 yo Russian"
"Hot 9yo schoolgirls has private sex w 19yo boyfriend"
"11yo preteens open pussy"
"10yo girls show all dildo and handjob 2"
"9yo and 10 yo girls dance strip and rub each others"
"Asian 12yo loli has fun at home with a toy"

דומה שהשמות מדברים בעד עצמם ואין צורך להוסיף דבר וחצי דבר.

יצוין כי ברבים מהקבצים מופיעה גם המילה "pedo" אשר בהתאם לעדות ע.ת/4, מר עמיר כהן, חוקר הונאות מחשב במשטרה, מהווה מאפיין של קבצים פדופיליים (עמ' 32). כמו כן הבהיר הנ"ל כי לקבצי תועבה רבים מוצמדים סוגריים וסימני פיסוק כדי לבודד מילות חיפוש פדופיליות ולהקל על החיפוש (עמ' 27, עמ' 32).

30. ויסמונסקי, במאמרו בעמ' 195 מבהיר ברורות כי שמות קבצים וכמות הקבצים מהווים ראיה כי המדובר בצריכה פדופילית משוללת אקראיות ותום לב:

"ברמה הראייתית ניתן לחשוב על כמה אופנים להוכחת צריכה שאינה בתום לב או באקראי: ניתן, למשל, למצוא שרידים למילות חיפוש שהקליד החשוד, המעידות על כוונתו מראש לצרוך תכנים פדופיליים; ניתן לראות אם שמו של אתר האינטרנט שאליו גלש המשתמש מדבר בעד עצמו ככזה הכולל תכנים פדופיליים (להבדיל מתכנים פורנגורפיים רגילים המותרים בצריכה); ניתן לאמוד בתישאול, בממצאים פורנזיים או בנתונים מספקיות שונות באינטרנט, את מספר הפעמים שבהם צפה החשוד בתכנים פדופיליים, ואם אין מדובר באירועים ספורים, ניתן לקבוע כי הגנת האקראיות ותום הלב אינה עומדת לחשוד".

31. עם זאת, המאשימה ייחסה לנאשם אחזקה של 135 קבצים כאלה. עברתי על ת/10 ות/11 ולמען הזהירות המתחייבת בנסיבות העניין השמטתי את כל הקבצים אשר בהם לא מופיע תיאור האקט המיני עצמו וגיל משתתפיו. הקבצים שנתרו, אשר שמם כולל את תיאור האקט וגיל משתתפיו, סומנו על ידי ב - "X", והמדובר ב - 69 קבצים.

תוכן פניית האינטרפול

32. חיזוק משמעותי לראיות המאשימה מצוי בקובץ הפדופילי אשר שיתף הנאשם באמצעות מחשבו.

כזכור, החקירה נשוא כתב אישום זה החלה בפניית האינטרפול אשר גילה שמחשב - שמאוחר יותר זוהה כמחשבו של הנאשם - שיתף קובץ פדופילי. שמו של הקובץ האמור:

"PTHC.2010.New.Pedo.10YO.Little.Girl.Agnieszka.From.Poland.Cat.Goddess"

הנה כי כן, נקל לראות את סימני הזיהוי של הקובץ הנ"ל, שהוא בוודאות פדופילי ואסור בהחזקה, גם בקבצים שבמחשבו של הנאשם.

הזהות אינה רק במונחים ("PTHC", "pedo") אלא גם ה"מקצב" של שמות הקבצים דומה אם לא לאמר זהה.

זהו חיזוק של ממש למסקנה כי הקבצים המוצפנים שבמחשבו של הנאשם הם פדופיליים.

המצאות תוכנת התור במחשב הנאשם

במחשבו של הנאשם נמצאו שתי תוכנות - תור וקרמלין - אשר לטעמי עצם הימצאותן מבססת עוד יותר את האישום כנגד הנאשם בצורה משמעותית.

33. ראשית אדגיש כי אני נמנע במפורש מלתת משקל משמעותי להימצאות תוכנות שיתוף הקבצים במחשבו של הנאשם, שכן אלו תוכנות "ניטרליות" אשר נמצאות ברשות גולשים רבים באינטרנט ומשמשות מצע להעברת נתונים רבים (כגון קבצי קול, מוסיקה, תמונות מצגות וחומר נוסף שאינו אסור באחזקה).

יתירה מכך, האנונימיות שמאפשרות תוכנות שיתוף הקבצים מחזקת את חופש הביטוי וחירויות הפרט שכן הן מאפשרות דיווח על הפרות חוק, הפרות זכויות אדם ומעשי עוולה בכל רחבי הגלובוס, ללא חשש מהתגלות וחשיפה, אשר תוצאותיהן של אלה במדינות מסוימות הינה עגומה.

לכן, לא ניתן לאמר על תוכנות אלה כי הן משמשות לכשעצמן מצע לפעולות בלתי חוקיות. עצם החזקתן לכשעצמה אינה מהווה אינדיקציה לפעילות בלתי חוקית.

כמו כן, אני נמנע מלתת משקל משמעותי להימצאותה של תכנת ה-"CC cleaner" במחשבו של הנאשם. אף תוכנה זו נמצאת במחשבים רבים. היא מוחקת את עקבות שימוש באינטרנט ונועדה לשמור על פרטיות הגולש בעולם הווירטואלי, אשר החדירה אליו הינה קלה ביותר. שוב, עצם ההחזקה של תוכנה זו אינה אינדיקטיבית לפעולות אסורות אלא אך ורק לרצונו של הגולש לשמור על פרטיותו הכוללת בין היתר, למשל, סיסמאות למוסדות פיננסיים וצנעת ענייני האישיים.

34. ואולם לא כך הם פני הדברים ביחס לתוכנת התור.

תוכנה זו הינה תוכנה אשר מהווה שער הכניסה ל-"darknet", הרשת האפלה, אשר ניתן לגלוש בה בצורה אנונימית. המשתמשים ברשת האפלה יכולים להעביר ולשתף קבצים ביניהם, וזאת באנונימיות מלאה, ללא שמשמש אחד ידע את זהותו של האחר, והכל הרחק מהישג ידן של רשויות החוק אשר אינן יכולות לזהות את המשתמשים עקב האנונימיות אותה מבטיחה תוכנת התור.

נוכח האמור, מהווה הרשת האפלה כר פורה לפעילויות בלתי חוקיות מכל המינים והסוגים, לרבות שיתוף קבצי פדופיליה אשר אינם קיימים ברשת הרגילה והיומיומית שכולנו גולשים בה (עדות עת/1, עמ' 16 ש' 8 - 13). בעניין זה ר'

ויסמונסקי בעמ' 182 שם נאמר:

"אמנם התכנים הפדופיליים אינם ניתנים למציאה בנקל באמצעות חיפוש פשוט במנוע חיפוש אינטרנטי, אבל הם ניתנים להשגה בנקל באמצעות תוכנות לשיתוף קבצים, בפורומים סגורים, על-ידי העברה מיחיד-אל-יחיד (peer-to-peer P2P) בתוך רשתות חברתיות וכן ב"רשת האפלה" (ה - Darknet או ה - Darkweb)."

וכן בעמ' 200 שם נאמר:

" הרשת האפלה " היא כינוי לאזורים באינטרנט שאינם ניתנים לאיתור באמצעות מנועי החיפוש, ואשר הכניסה אליהם והשימוש בהם נעשים באמצעות דפדפן כגון Tor המאפשר להסוות את הזהות. תכנת Tor ניתנת להורדה בחינם מהאינטרנט, באמצעות חיפוש פשוט במנוע חיפוש. התוכנה מספקת למשתמש כתובת IP מזוייפת, המאפשרת למשתמש האינטרנט לפעול באנונימיות. לאחר החיבור נפתח הדפדפן Tor, עם הכתובת המזוייפת האנונימית שסופקה למשתמש, ומשם ניתן לחפש תכנים אחרים שמנוע חיפוש רגיל ודפדפן רגיל אינם מסוגלים לאתר. חלק נכבד מתכנים אלה כולל פרסומים פדופיליים או קישור לשירותי זנות של קטינים."

עוד יצוין כי מחקר חדש שהתפרסם אך לאחרונה על ידי שני חוקרים מאוניברסיטת פורת'סמות באנגליה גילה שכ - 80% מהתעבורה ברשת האפלה המתנהלת באמצעות תוכנת התור הינה פדופילית:

Gareth Owen, Nick Savage, "The Tor Dark Net", Global Commission on Internet Governance (<https://www.ourinternet.org/research/tor-dark-net>).

הנה כי כן: עצם הימצאות תוכנת התור במחשבו של הנאשם מחזקת את המסקנה כי הקבצים הנעולים במחשב הינם פדופיליים, שכן הם ניתנים להשגה רק ברשת האפלה, אשר הגישה אליה באמצעות מחשבו של הנאשם, הינה רק באמצעות תוכנת התור.

אי מסירת סיסמת הכניסה לתוכנת הקרמלין

35. נושא נפרד ואחר, אשר אף הוא מחזק את האישום כנגד הנאשם, ולטעמי באופן משמעותי למדי, הינו הימצאות תוכנת הקרמלין וסירובו של הנאשם למסור/שיכחתו את סיסמת הפתיחה שלה.

ראשית נאמר, כי חוקרי יחידות המחשב לא הצליחו לפצח את תוכנת הקרמלין ועצם העובדה כי הנאשם משתמש בתוכנת הצפנה כה חזקה אומרת דבר מה נוסף על תוכן ואופי הקבצים המוצפנים (בשים לב לקיומה של תוכנת התור במחשבו של הנאשם).

ואולם, מעבר לכך. הנאשם התבקש לא אחת למסור את סיסמת תוכנת הקרמלין לצורך איפשוור הצפייה בקבצים המוצפנים, ואולם לא מסרה. הסבריו של הנאשם לאי מסירת הסיסמא היו רבים, מגוונים וסותרים:

א. "הסיסמא היתה כתובה על פתק שאיבדתי אותו" (ת/50 ש' 241 - 243);

ב. "אין לי תגובה" (ת/52, ש' 45 ו - 201)

ג. "תראו לי במה אתם מאשימים אותי" (ת/52 ש' 136)

ד. "(הנאשם) סירב למסור שהיו בידיעתו....מתוך הגנה על פרטיותו כזכותו על פי דין" (התגובה לבקשה למתן צו לפי סעיף 43 לפסד"פ, ת/55 וכן ת/59)

ה. "(הנאשם) בהחלט טוען לחסיון מפני הפללה עצמית וזאת כחלק מזכות השתיקה העומדת לו" (בקשת ב"כ הנאשם, ת/60, סעיף 6)

ו. "אינני זוכר" (תשובת הנאשם לכתב האישום, עמ' 6) וכן עדותו בעמ' 47 ש' 30 ואילך, שם התנהל הדו שיח הבא:

"ש. אמרת שאתה לא רוצה לתת את הקודים של ההצפנה.

ת. לא. אני אמרתי שאין לי סיסמא, אני לא יכול לתת סיסמא.

ש. עו"ד שלך הקודם, אמר שאתה לא מוסר את הקבצים כי אתה שומר את הזכות שלך לפרטיות ולא שאתה לא יודע.

ת. אפשר לשאול את העו"ד והוא יאשר שאמרתי שאני לא זוכר את הסיסמא. יכול להיות שזאת דרך ההגנה שהוא בחר.

ש. אם במקרה תזכר בסיסמא, אני מכבד את זכותך לפרטיות, תתן לבית המשפט את הסיסמא ובית המשפט יעיין בחומר על מנת שפרטיותך לא תיפגע ולא ימסר מידע שאיננו רלוונטי לפרקליטות.

ת. הייתי רוצה למסור את הסיסמא אבל אני לא יכול מפני שזה היה רשום על פתק" (ההדגשות אינן במקור - ר.א.).

36. הנה כי כן, רואים אנו בתשובותיו המזגזגות, המתפתחות והמשתנות של הנאשם את המניפולטיביות הרבה האופפת את דרך הילוכו. ברצותו - אינו רוצה לתת את הסיסמא (מטעמים כאלה ואחרים) וברצותו - הוא שוכח אותה. וזאת יש לדעת - "לא רוצה לתת" ו - "שכחתי" אלו טענות עובדתיות סותרות אשר אינן יכולות לחיות בכפיפה אחת. האחת משמיעה ידיעה של הסיסמא אך היעדר רצון למוסרה, והשנייה משמיעה היעדר ידיעתה.

לפיכך, איני נותן כל אמון בהסבריו של הנאשם לאי מסירת הסיסמא. סבורני כי הנאשם זוכר ויודע היטב את סיסמת תוכנת הקרמלין, כפי שזכר היטב את סיסמת רשת ה-wifi הביתית שלו, המורכבת מקוד בן 10 (!) ספרות, אשר 7 מהן אקראיות, אותה הוא שלף מהזיכרון במהלך מסירת הודעתו (ת/50 ש' 188 - 189).

לטעמי, ההסבר היחיד להימנעותו של הנאשם מלמסור את סיסמת תוכנת הקרמלין נעוץ ברצונו להותיר באפלה את תוכן הקבצים המוצפנים.

37. ניתן לטעון כי בנסיבות אלה זכותו של הנאשם להותיר את הסיסמא באפלה על מנת להימנע מהפללתו העצמית, כפי זכותו בסעיף 47(א) לפקודת הראיות. לפיכך, אין לזקוף לחובתו את העובדה שלא מסר את הסיסמא.

דעתי שונה. גם אם יש ממש בטענה שמסירת הסיסמא חוסה תחת הזכות לאי הפללה עצמית, הרי שחיסיון זה מתפוגג ברגע שהנאשם עלה להעיד כעד הגנה, ובנקודת זמן זו היה עליו למסור את הסיסמא (סעיף 47(ג) לפקודת הראיות).

38. אשר על כן, שבים אנו לאותה נקודה ממש. השיכחה - לאו שיכחה היא ואין לתת בגירסה זו של הנאשם כל

אמון. תירוצי הנאשם לאי מסירת הסיסמא, התפתחותם, והשתנותם מעת לעת בהתאם לנוחותו, הינם כסות בלבד לרצונו האמיתי להימנע מחשיפת התמונות, עובדה המחזקת באופן משמעותי ביותר את הראיות כנגדו.

גלישה וצפייה בחומרים בעלי שמות פדופיליים

39. נתון נוסף המחזק את ראיות המאשימה הינה העובדה שמניתוח נתוני הגלישה של הנאשם עולה כי גלש וצפה בעשרות קבצים עם שמות פדופיליים אם כי לא הוריד אותם אל מחשבו.

המאשימה הגישה כראיה מטעמה את ת/15 ות/16 המהווים פירוט של היסטוריית הגלישה של הנאשם באינטרנט, באמצעות תכנת האקספלורר ותוכנה נוספת הקרויה "אופרה", ודרך תוכנות שיתוף הקבצים (היוצרות מעין רשת פנימית).

רס"ל פרימן העיד, ועדותו לא נסתרה, כי המדובר בנתונים שנגזרו מתוך מחשבו התפוס של הנאשם.

40. עיון בהיסטוריית הגלישה של הנאשם מלמד כי הנאשם צפה באמצעות תוכנות שיתוף הקבצים (צפייה בלבד, ללא שהוריד את הקבצים למחשב האישי), בקבצים רבים אשר שמותיהם מדברים בעד עצמם, ובין היתר:

"preteen pussy"

"10yo Indonesian teen"

"Chubby Judith 8yo"

"(A mix little girls cca 5yo -12yo (penetration"

"pedo love"

41. אילו היה הנאשם צופה בקבצים אלה לאחר חודש נובמבר 2014, הרי שגם צפייה זו הייתה פלילית ובת ענישה, נוכח תיקון 118 לחוק ונוסחו הנוכחי. ואולם, התיקון הנ"ל לא חל על האירועים נשוא כתב האישום.

לפיכך, כל שיש בידי אלה לעשות הוא, ללמד על האובססיה של הנאשם לפורנוגרפיית ילדים, והעיסוק הרב שלו בה, עובדה שכמובן מוסיפה נדבך לראיות המאשימה.

הימנעות הנאשם מלהגיע לביתו למעמד החיפוש

42. בחלק הראשון של הכרעת דין זו תיארתי את הנסיבות החיפוש. כפי שהוכח, משהגיעו השוטרים לבית הנאשם, פגשו בא. אשר התקשרה לנאשם ואמרה לו שיש שוטרים עם צו חיפוש ושיגיע - אך הנאשם סירב בתואנה שהוא בעבודה.

אני סבור כי הימנעותו של הנאשם מלהגיע למעמד החיפוש הינה סוג של "ראשית הודיה" או לכל הפחות התנהגות מפלילה התורמת למערכת הראיות של המאשימה.

43. חיפוש בביתו של אדם אינו עניין של מה בכך. המדובר במעשה פולשני, חודרני, ויוצא דופן למרבית האוכלוסיה.

מטבע הדברים, מצופה מאדם אשר מודיעים לו שהמטרה עומדת בפתח ביתו כשצו חיפוש בידה, כי יזדעק, יניח מידי את אשר הוא עוסק בו באותו רגע וימהר לביתו על מנת להבין על מה ומדוע מתקיים חיפוש בביתו. כמובן, שאפשרות זו לא יכולה להתקיים אם האדם מצוי במקום רחוק, או שקיימת מניעה אובייקטיבית כלשהי אחרת לעזוב את העבודה, אך בענייננו הוכח כי הנאשם עובד כמודד וחוזר לביתו על בסיס יומיומי, כך שיש להניח כי לא היה במרחק רב מביתו, ובכל מקרה לא הומצאה כל סיבה ממשית לעין שמנעה ממנו לשוב לביתו באופן מיידי או לפחות תוך זמן קצר.

הנאשם התייחס לחיפוש בשוויון נפש מוחלט ונמנע מלהגיע לביתו. הדבר אינו מתיישב עם דרך הילוכו של עולם, ובוודאי שלא עם דרך הילוכו של אדם חף מפשע. אין ספק בעיני, כי שוויון נפש זה נובע מכך שהוא הבין היטב מה המשטרה מחפשת בביתו, וחפץ להימנע מאי הנעימות בכרוכה בממצאים הפוטנציאליים של החיפוש קל וחומר, כשאשתו נוכחת אף היא. בעיני זהו ביטוי ברור לתחושת אשמה שהנאשם חש.. בעניין זה ר' ע"פ 1119/11 **אבו סרחאן נ' מ"י** (5.5.2015) שם נאמר:

התנהגות שאינה מתיישבת עם התנהלותו של אדם שהוא חף מפשע, היא התנהגות מפלילה, אשר מהווה אף היא חיזוק לראיות התביעה. כך, למשל, נקבע בע"פ 677/84 **דוד נ' מדינת ישראל**, פ"ד מא (4), 33, 50, (1987), כי: "... בריחה והימנעות מהתייצבות ביודעין שהמשטרה דורשת התייצבותו של פלוני, מטילות על אותו אדם חשד כבד. זו התנהגות מפלילה, אשר, אם לא נמצא לה הסבר מניח את הדעת, יכולה לשמש אפילו ראיה נסיבתית בצד ראיות אחרות לביסוס ההרשעה" (וראו גם, עניין והבה, בפסקה 117; ע"פ 5264/12 **עטייה נ' מדינת ישראל**, בפסקה 10 (20.9.2012)).

סיכום ביניים

44. עד כאן ניתחנו את השלב הראשון שנקבע בהלכת **חדאד** - בחינת הראיות לגופן.

בעיני, המסקנה הלכאורית הנובעת מצבר ראיות זה, ובהסתמך על ניסיון החיים והשכל הישר, היא כי לא יכול להיות ספק בכך שהקבצים שהוצפנו באמצעות תוכנת הקרמלין כוללים חומר פדופילי.

מסקנה זו נובעת משמות הקבצים שנתפסו במחשבו, פדופיליות הקובץ ששיתף הנאשם ואשר נתפס על ידי האינטרפול, עיסוקו האובססיבי של הנאשם בפדופיליה, השימוש בתוכנות התור והקרמלין, אי מסירת סיסמת הקרמלין, ושקריו של הנאשם בנוגע לסיסמה זו, והתנהגותו המפלילה.

עם זאת, נוכח הזהירות המתחייבת מכלל נסיבות העניין, ובשים לב לעובדה כי הנאשם הודה כי הוא נוהג לצפות גם בפורנוגרפיה רגילה (תשובת הנאשם לכתב האישום, עמ' 6 ש' 9 - 10), אני סבור כי מסקנה לכאורית זו מתייחסת אך ורק ל - 69 קבצים אשר בשמותיהם נכלל אחד מהביטויים האינדיקטיביים לתוכן פדופילי כגון מילים עם גיל הקטינים, המונח "pthc", וכיו"ב.

עד כאן השלב השני בהלכת **חדאד**.

כעת, ובהתאם להלכת **חדאד** נעבור לשלב השלישי - בחינת הסבריו של הנאשם. הסבר זה נדרש בשאלה אחת ויחידה: מדוע שיהיו במחשבו קבצים עם שמות פדופיליים? מה ההסבר לכך?

כפי שנראה להלן, לא רק שתשובתו של הנאשם לשאלה זו אינה מניחה את הדעת ואינה הגיונית, אלא שבפועל

היא אף מחזקת את מערכת הראיות שנגדו.

הסברי הנאשם לשמות הקבצים שנמצאו במחשבו

45. בעמ' 44 ש' 12 לפרוט' התקיים הדו שיח הבא:

"ש. אני מציג בפניך את כתב האישום, עמודים 5 ו-6 ואני מפנה אותך ל-7 שמות של קבצים שהפרקליטות טוענת שנמצאו במחשב שלך. הלינקים האלה כנתון נמצאו בתוך המחשב שלך, איזה הסבר יש לך לכך שהלינקים האלה נמצאים במחשב שלך. ת. אני יכול לחזור שוב, אני לא יודע את המניעים אני משאר (צ"ל: משער - ר.א.) ככל הנראה שמפרסמים את התמונות באמצעות אותם השמועות (צ"ל: השמות - ר.א.) ורוצים להעלות את ההורדה.

ש. האם אתה אומר ששינית רק התמונה ונשאר השם?
ת. אם במקרה הייתי מקבל תמונות שאני חשדתי שיש שם תוכן של פדופיליה, אני הייתי מוחק ומחליף את התוכן בתמונות רגילות.
ש. והשא[ר]ת את השם הקודם
ת. כן

ש. אתה אומר שיכול להיות שהתמונות הגיעו כתמונות פדופיליות, החלפת את התמונה ונדבק אליו השם של הקובץ הישן?
ת. תמונה היי (צ"ל: שהייתי - ר.א.) חושב שיש שם תוכן פדופילי הייתה נמחקת לגמרי. החלפתי לתמונת פורנו אבל בהשתתפות של מבוגרים.
ש. כשמוחקים תמונה אתה עושה delete.
ת. לא, אני מעתיק את השם אחרי זה מוחק את התמונה.
ש. לאן אתה מעתיק את השם?
ת. לתוכנה זמנית בשם פנקס
ש. אתה שומר רק את השם בלי התמונה?
ת. כן

ש. ואחרי זה אתה רוצה לשמור תמונה שהיא חוקית ואתה קורא לה בשם ששמרת
ת. כן. אם מישהו יוריד אותה אז הוא יראה את התמונה החוקית. אלו קבצים שלא תואמים את השם.
ש. למה שתשמור את השם?
ת. יכולים לחפש אותם לפי אותו השם ורציתי שיחפשו את התמונות הנכונות. זה לא היה הרבה פעמים. בעיקר אם הייתי חושד במשהו הייתי מוחק לגמרי.
ש. בכל זאת במחשב שלך נמצאו השמות האלה שהם לא נשמעים טוב. אם עשית את הפעולה שראית קובץ חשוד ומחקת אותו מדוע לשמור את השם
ת. היו מספר תיקיות. (הנאשם חושב), בחיפושים הרבה פעמים הייתי מוצא תמונות עם שמות לא ראויים. גם סרטים. יכול להיות שלא מחקתי חלק".

וכן ראה בהמשך בעמ' 47 ש' 11 - 14:

"...אני חושב שאותם קבצים נמחקו, הוחלפו לתמונות ניטרליות, ועכשיו באמצעות קובץ טמבס זה מופיע מה שהיה בתיקייה קודם".

46. הנה כי כן, הסברו של הנאשם להימצאות קבצים עם שמות פדופיליים על מחשבו הינו כדלקמן: הוא היה מקבל מצדדים שלישיים (עמ' 46 ש' 26 - 27) קבצים שהיו חשודים בעיניו כפדופיליים (עקב שמם), מוריד אותם למחשבו, שומר את שמם, מוחק את הקובץ, ואז מדביק את השם הפדופילי לתמונה לגיטימית.

כל אדם בעל ניסיון בסיסי ביותר בשימוש במחשב מבין עד כמה הסבר זה הוא אבסורדי, בלתי הגיוני ומנותק מן המציאות ומניסיון החיים.

אין שום הגיון בכך שאדם ישאיר על מחשבו שמות של קבצים עם שמות פדופיליים ולאחר מכן עוד יצמיד שמות אלה על תמונות המותרות באחזקה.

חזקה היא שאין אדם משים עצמו רשע. אם כבר, הציפיה היא הפוכה - שאדם יצמיד שמות תמימים לקבצים בלתי חוקיים. פעולה הפוכה - הצמדת שמות פדופיליים לתמונות לגיטימיות נוגדת את השכל הישר ואין ליתן בגירסה כזו כל אמון.

47. במהלך החקירה הנגדית התרשמתי כי הנאשם מיומן היטב בתפעול מחשב. ראיה לכך הינה העובדה שעל מחשבו נתפסו תוכנות מתוחכמות כגון התור והקרמלין וכן תוכנות שיתוף קבצים אשר הוכח כי הנאשם משתמש בהן באופן קבוע. בהינתן נתונים אלה, גירסתו של הנאשם נחזית להיות מוקשית עוד יותר.

48. יתר על כן, במהלך חקירתו הנגדית בבית המשפט הנאשם קשר עצמו לכך שבפועל הוא הוריד למחשבו תמונות עם שמות פדופיליים 8 - 20 פעמים (עמ' 48 ש' 31 ובהמשך בעמ' 52 ש' 30 - 31) ואולם לא היה בפיו כל הסבר כיצד הגיעו הקבצים הנוספים עם השמות הפדופילים למחשבו. אין צורך לאמר כי עצם העובדה שהנאשם הודה בלחץ החקירה הנגדית כי הוריד קבצים פדופיליים למחשבו, עובדה שהכחיש בחקירותיו במשטרה, מחזקת את הראיות כנגדו.

49. זאת ועוד - גירסת הנאשם להימצאות קבצים בעלי שמות פדופיליים במחשבו הינה גירסה כבושה, שכן היא נמסרה לראשונה רק בבית המשפט. בחקירתו במשטרה מסר הנאשם שלל הסברים לשמות הקבצים: **"ללא תגובה"** (ת/ש' 270), **"אני לא יודע"** (ת/ש' 471), **"אני לא יודע מאיפה הן צצו ומה זה התמונות האלה....זו טעות כלשהי"** (ת/ש' 525 - 528), **"זו טעות במחשב שלי אין חומרים אסורים. זה טעות כלשהי"** (ת/ש' 586).

באף מקום בשלל תשובות אלה לא נמצא הסברו של הנאשם לפיו הדביק את השמות הפדופילים לתמונות לגיטימיות.

ודוק: אין מדובר בקובץ אחד או שניים. מדובר בקבצים רבים, אשר שיטת ההדבקה הנטענת בוצעה בכולם. מן הסתם, בעת חקירתו במשטרה הנאשם זכר כי נקט בשיטה זו לגבי כלל הקבצים, שכן אין המדובר במעשה חד פעמי אלא בשיטת ביצוע, אך משום מה הנאשם לא מסר בחקירתו במשטרה או במועד כלשהו לאחר מכן גירסה זו.

מעבר לכך שאין בכוחה של הטענה לכשעצמה כדי לטהר את הנאשם, שכן כאמור היא בלתי הגיונית ונוגדת את השכל הישר וניסיון החיים, ומצביעה על שקריו בחקירתו במשטרה, הרי שהיא מהווה גירסה כבושה שכידוע ערכה מועט, ואין

לתת בה כל אמון.

הסברים אלטרנטיביים פוטנציאליים

50. כאמור בהלכת **חדאד** גם אם תשובותיו של הנאשם אינן מניחות את הדעת, על בית המשפט לתור אחר אפשרויות נוספות בעלות פוטנציאל מזכה, אף אם לא נטענו על ידי ההגנה. עם זאת, עלינו לזכור את אזהרתו של בית המשפט העליון בהלכת **חדאד** לפיה:

"על ההסבר החלופי - בין אם הוצע על ידי הנאשם ובין אם הועלה ביוזמת בית המשפט - להיות מתקבל על הדעת ומבוסס במידה כלשהי על המסכת הראייתית הקיימת, ואין די בהסבר מאולץ, תיאורטי או כזה שאינו מתיישב עם השכל הישר וניסיון החיים".

"זה של מישהו אחר הגר בבית"

51. אכן, קיומה של אפשרות כזו, ולו ברמה של אפשרות הינה טענה מזכה. עם זאת, במקרה זה יישום טענה פוטנציאלית זו על המקרה אינו בגדר אפשרות.

לא נטען ולא הוכח, ולו ברמה של אפשרות כלשהי, כי יש למאן דהוא אחר גישה למחשב.

המחשב היה בביתו של הנאשם, ועמו התגוררו אשתו ובתו בת ה - 17. נראה מוקשה להניח כי פורנוגרפיית ילדים הינה תחום עניין שלהן.

"מישהו אחר, חיצוני, שתל את הקבצים במחשבי ולא ידעתי על כך"

52. גם טענה זו אינה יכולה לעמוד.

ראשית, לאיזו תכלית ישתול מישהו אחר בצורה אלקטרונית או אחרת את הקבצים במחשבו של הנאשם?

שנית, המדובר בכמות רבה של קבצים ולא אחד או שניים. אכן, לא ניתן לשלול מקרים בהם, במהלך גלישה, נשתלות במחשבי הגולשים ברשת תוכנות וקבצים כאלה ואחרים שהגולש הממוצע אינו מודע לקיומן. ואולם נראה כי בעניין זה מספר הקבצים עושה את ההבדל.

זאת ועוד, הוכח שהנאשם משתמש במחשבו באופן תדיר יומיומי. לא ייתכן שלא ראה את שמות הקבצים. אם אכן שימושו במחשב היה שימוש תמים, השכל הישר מחייב כי יבדוק מדוע יש במחשבו קבצים כה רבים עם שמות פדופיליים, יבחן את תכנם, יסלק אותם ממחשבו, ואף יגיש תלונה לרשויות המוסמכות על פריצת מחשבו על ידי אותם גורמים חיצוניים.

זאת אף זאת. כפי שעולה מעדויות העדים, הנאשם קיטלג וסידר את הקבצים עם השמות הפדופילים בספריות ובספריות משנה (ת/15, עמ' 13 ש' 30). האינדוקס של הקבצים באופן זה שולל כל טענה אפשרית לחוסר ידיעה או תום לב.

כפי שעמד על כך ויסמונסקי במאמרו, כמות הקבצים, שמותיהם, סידורם, ושאר הממצאים המפורטים לעיל שוללים את האפשרות שהאחזקה היתה בתום לב.

"זה חומר פורנוגרפי מותר באחזקה אך התביישתי להודות בכך"

53. העוסקים בתיקי עבירות מין נתקלים לא אחת במקרים בהם אדם מוסר במשטרה גירסה שוללת-אירוע או המרחיקה עצמו מהאירוע, רק מפאת הלחץ והבושה הנובעים מתגובת משפחתו אם יודע להם על מעורבותו במקרה. אפשרות זו הינה אפשרות אותה בית המשפט צריך לקחת בחשבון בבואו להעריך את גירסתו של נאשם בעבירות מין.

גם בענייננו יכולה להיטען הטענה כי הקבצים הינם קבצים פורנוגרפיים מותרים באחזקה, אך הנאשם לא הודה באחזקתם מחמת החשש מפני תגובת אשתו.

סבורני כי חשש זה אינו מתקיים כאן.

ראשית, הנאשם היה יכול למסור גירסה זו כבר במשטרה אך לא עשה כן, ומעולם לא טען זאת.

שנית, הנאשם יכול היה למסור את סיסמת הכניסה לתוכנת הקרמלין ובכך להפיג מעליו את עננת הפדופיליה - אך גם זאת לא עשה.

שלישית, שמות הקבצים אינם מתיישבים עם שמות של קבצים פורנוגרפיים מותרים באחזקה, אלא הם שמות הממוקדים במונחים פדופיליים ידועים.

לפיכך, אפשרות זו אינה מתיישבת עם המערכת הראייתית הקיימת בתיק, ונחזית להיראות

סיכום ומסקנות

54. אכן, הרשעה בעבירת אחזקת חומר אסור, ללא שעיני בית המשפט נחשפו לחומר האסור אינה ברורה מאליה. עם זאת, אין המדובר בהתפתחות חסרת תקדים. בתי המשפט כבר הרשיעו בעבר נאשמים בעבירות סמים גם אם לא נתפס ברשותם סם (ע"פ 3974/92 **אזולאי נ' מ"י**, פ"ד מז (2) 565 (23.5.1993), וכאמור בעבירות רצח ללא גופה, והכל על בסיס ראיות נסיבתיות. הכרעת דין זו אינה אלא יישום ההלכות שנקבעו באותם מקרים אל עולמות המחשב והאינטרנט המודרניים, והולכת היא עקב בצד אגודל אחר התקדימים שנקבעו. בהיבט זה - אין כל חדש תחת השמש.

נוכח כל האמור לעיל אני קובע כי המאשימה הוכיחה למעלה מספק סביר שב-69 קבצים שהוצפנו באמצעות תוכנת הקרמלין אשר החזיק הנאשם במחשבו, מצויים פרסומי תועבה ובהם תמונות של קטינים.

כמו כן, אני קובע כי המאשימה הוכיחה מעבר לספק סביר את מודעותו של הנאשם הן לאחזקה הנ"ל, הן למהות הקבצים כתועבה, והן לכך שהדמויות בקבצים הנ"ל הם של קטינים.

אשר על כן, אני מרשיע את הנאשם בעבירה המיוחסת לו בכתב האישום - אחזקת פרסום תועבה ובו דמותו של קטין, עבירה לפי סעיף 214(ב3) לחוק העונשין, תשל"ז - 1977.

ניתנה היום, י"ז טבת תשע"ז, 15 ינואר 2017, במעמד הנאשם, בא כוחו וב"כ המאשימה.

[1] ההתייחסות הינה ל - 3 הספרות האחרונות של כל תמונה