

ת"פ 50074/03/13 - מדינת ישראל נגד ישראל אדגה

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"פ 50074-03-13 מדינת ישראל נ' אדגה(עציר)

בפני מאשימה	כב' השופט אלון אינפלד
נגד נאשם	מדינת ישראל ע"י ב"כ עו"ד אביב דמרי, פמ"ד
	ישראל אדגה ע"י ב"כ עו"ד אביב דמרי

החלטה

המחלוקת:

1. הסנגור מתנגד להגשה של דיסק ממצלמת בטחון של עסק, הכולל תיעוד חזותי של החלק הפנימי של בית העסק, מכמה זוויות, עם התיעוד הקולי שנעשה לכאורה במקביל. הכול מכוח כללי הפסילה לפי חוק האזנת סתר, וגם בשל אי קיום תנאי הקבילות הטכנית. הסנגור טוען שלא זו בלבד שרכיב השמע צריך להיפסל, אלא גם הרכיב החזותי. זאת, משום שגם התוכן שנקלט חזותית, ויכוח בין שני ניצים, מהווה למעשה "שיחה" באשר שני הצדדים משדרים זה לזה מסרים בתנועות ידיהם ושפת גופם ו"קליטת" שיחה זו, במכשיר נסתר, מהווה "האזנת סתר".
2. המדינה טוענת כי הרכיבים החזותיים אינם בכלל "האזנת סתר". מכל מקום, לגבי הרכיב הקולי (וכל רכיב חזותי שייקבע כי הוא האזנת סתר), עותרת המדינה, באישור פרקליט המדינה, להכשירו בדיעבד. שכן, במקרה זה, לשיטתה, האינטרס בעשיית הצדק מכריע את אינטרס שמירת הפרטיות.

תמצית העובדות

3. נגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו עבירות החזקת סכין וחבלה בכוונה מחמירה. על פי כתב האישום היו הנאשם וחבריו בפיצוציה במקביל למתלונן וחבריו. במהלך הויכוח איים הנאשם על המתלונן כי ידקור אותו בראשו. זמן קצר לאחר מכן, כאשר המתלונן ישב מחוץ לפיצוציה, הגיעו הנאשם ואחר אל המתלונן. האחר תפס את ידו הימנית של המתלונן וסתר לו, ואז הנאשם שלף סכין, דקר את המתלונן בפניו, גרם

למתלונן לחתך מוחשי לאורך פניו, וברח עם חברו. הנאשם מכחיש את זיהויו כמי שדקר.

4. עמדת המדינה היא כי הקלטת המדוברת, שסומנה ת/5, מתעדת את האירוע הראשון המתואר בכתב האישום, היינו הויכוח שבתוך הפיצוציה. המדינה מבקשת להגיש את הקלטת עצמה. זאת, בעיקר כראיה שנועדה לחזק את עמדתה בדבר זיהויו של הנאשם, כמי שדקר את המתלונן זמן קצר לאחר מכן.

5. הקלטת כוללת תיעוד של המתרחש בתוך הפיצוציה. היינו, תיעוד חזותי ממספר זוויות שונות ותיעוד קולי מקביל, לכאורה.

6. יוער כי קלטת זו היא אותה קלטת שעמדה ביסוד ההחלטה מיום 6.11.13, בדבר אפשרות העדת המוכר למרות שלא מסר גרסה במשטרה. **המוכר לא הובא להעיד עד היום**, אף לא הובא כל אדם אחר שהיה בקיוסק בזמן הויכוח לכאורה. זאת, למרות ההיתר שניתן באותה החלטה. המדינה כבר הכריזה "אלה עדי".

7. הקלטת הוגשה במהלך עדותו של **חוקר טכני, אשר העתיק את הקבצים ממצלמות האבטחה** בחנות (מזכר ת/4, עדות בעמ' 84). הסנגור התנגד להגשה, אך הסביר כבר אז כי ההתנגדות תיבנה תוך כדי החקירות הנגדיות וכי בכוונתו להפתיע במידה מסוימת את התביעה ביחס לנימוקי ההתנגדות המדויקים. בית המשפט הבהיר מיד כי אם הטענה תהיה מפתיע מאוד, בית המשפט יאפשר למדינה להשלים לא רק טיעון, אלא גם ראיות לקבילות, אם יהיה "חסר נייר או משהו" (עמ' 84).

8. עוד יאמר כי **הקלטת הוצגה למתלונן. זה זיהה את הדמויות (עמ' 20-18) וציין כי סרט זה מתאר את "האירוע בקיוסק לפני הדקירה"**. המתלונן בהודעתו במשטרה (נ/4) מאשר גם את קלטת השמע.

9. אין מחלוקת כי לא ניתן היתר להאזנת סתר למי שהתקין את מצלמת האבטחה בפיצוציה.

10. **ההתנגדות להגשת הקלטת פורטה ונומקה רק בתום פרשת התביעה**. לאחר שהמדינה הכריזה "אלה עדי" העלה הסנגור את טענותיו, וביקש הכרעה כי הקלטת, הנראה והנשמע בה, אינם קבילים. זאת, מכוח חוק איסור האזנת סתר, החל אף על מראה הויכוח בקלטת. לאחר קבלת טיעוני המדינה, אף הוסיף הסנגור וטען לחסר בתנאי הקבילות הטכנית, אשר די בהם, למנוע את קבלת הקלטת.

11. המדינה הגיבה, בעל פה ובכתב ואף צרפה לבקשתה בקשה לקבילות ראיה לפי סעיף 13(א)(2) לחוק איסור האזנת סתר, על יסוד אישורו של פרקליט המדינה, אשר ניתן ביום 14.1.14. המדינה טוענת כי הרכיב החזותי אינו בבחינת האזנת סתר, וכי תנאי הקבילות התקיימו במידה מספקת לצורך קבילות הקלטת. זאת, על יסוד עדותו של המתלונן לפיה הסרט מתעד את האירוע שהוא תיאר בעדותו (המקדים לאירוע האלימות).

רכיב השמע - האם האזנת סתר?

12. המדינה מאשרת שלא הוכיחה שההקלטה הקולית נעשתה בהסכמת מי מהנוכחים (תגובתה בכתב מיום 27.1.13, פסקה 2. ראו גם בפרוטוקול בעמ' 184 ש' 26, שהמדינה אף אינה מחזיקה ב"אמתחתה" עד היכול להעיד כי הוא ידע על ההקלטה בזמן השיחה). המדינה לא טענה באופן ברור טענה משפטית או

עובדתית המכשירה את רכיב השמע. נמצא כי רכיב זה אכן מהווה הקלטה, שלא הוכח שלא בוצע בעבירה על פי חוק איסור האזנת סתר. משמע שהקלטת השמע לא תהיה קבילה אלא אם תותר בדיעבד בהתאם לבקשת הפרקליטות.

"האזנה" למראהו של ויכוח - האמנם?

13. הסנגור סבור שהדין החל על קובץ השמע חל גם על הקבצים החזותיים. לשיטתו של הסנגור תיעוד חזותי של ויכוח מהווה למעשה "האזנת סתר". הסנגור מסביר כי אמנם בדרך כלל תיעוד של הנעשה בבית עסק בצורה כזו לא תהווה האזנת סתר, כל עוד המצלמה מתעדת מעשים ולא תקשורת בין בני אדם.

14. אולם, לשיטת הסנגור, גם מסרים המועברים בין בני אדם, באמצעות תנועות גוף בלבד, הם בבחינת "שיח". כך, כל תנועת יד, מחוות גוף או הבעת פנים, אשר נועדו לבטא מסר לזולת, מהווה "שיחה", ואם "שיחה" חזותית שכזו נקלטה במצלמה, שלא על דעת "המשוחחים" תהיה תמונת השיחה הזו פסולה כראיה, בהיותה האזנת סתר.

15. הסנגור הפנה למספר חוקים בהם שפת הסימנים של חרשים, שפה שביטויה באמצעות תנועות יד וגוף, נחשבת כשפה לכל דבר ועניין. כך לדוגמא, הודעה הנגבית בשפת הסימנים חייבת בתיעוד חזותי (סעיף 8(2) לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002). עוד ציין כי, על פי הפסיקה, תיעוד בסרט של תנועות וסימנים של עד, בעת שתקשר כך עם מדובב, יחשב כ"אמרת חוץ" של העד, ואפילו תיאור של התנועות האלה, על ידי המדובב בהודעתו, יכול להיחשב כאמרת חוץ של העד המבצע את הסימנים. אמרה, היכולה להיות קבילה לפי סעיף 10א לפקודת הראיות (ע"פ 4004/93 יעקובוביץ נ' מדינת ישראל פ"ד נ(1)133, סעיף 15 לחוות דעתו של השופט קדמי, וכן בחוות דעתו של כב' השופט מצא).

16. עמדת הסנגור היא שיש ללמוד מהגדרת "שיחה" בחוק האזנת הסתר, אשר הרחיבה את תחולתה לא רק על דיבור אלא גם על כל שידור בזק שיש בו מסר, ועל כל סוג של מכשיר המעביר שיח מסוג זה בין בני אדם (סעיף 1 לחוק). מכאן למד הסנגור כי המחוקק לא התכוון לכלול באיסור רק הקלטה של שיחה במובן הפשוט, היינו דיבור מילולי בין בני אדם. אלא התכוון לאסור קליטה שלא מדעת המשוחחים, בכל צורת שיח אנושית, במידה המרחיבה ביותר.

17. המדינה חולקת על הסנגור. לשיטת המדינה, דווקא לשון חוק איסור האזנת סתר אשר הגדירה את ה"שיחה" כ-"דיבור" או "בזק", מלמדת כי המחוקק ביקש לצמצם, שהרי רק המונח "בזק" קיבל פירוש מרחיב לכל סוג של מסר או סימן העובר בבזק. משמע, כאשר מדובר בתקשורת טבעית בין בני אדם, איסור ההאזנה היא רק ל"דיבור" במובן הפשוט והרגיל ואין לכלול סימני גוף או תנועות ידיים באיסור.

18. לשיטת המדינה, ההצעה של הסנגור תיצור הרחבה בלתי סבירה של ההגדרה של האזנת סתר. למעשה, כל אירוע שנקלט במצלמות אבטחה, בו יועבר מסר בתנועות גוף יהפוך לבלתי קביל. הגדרה כה רחבה תיצור גם איסור רחב על שימוש במצלמות, אשר מתעדות מפגשים שיחות בין אנשים, כאשר שיחות אלה צפויות להיות מלוות בתנועות ידיים.

19. המדינה גם הצביעה על החלטת בית המשפט המחוזי בחיפה בת"א 1171/98 כהן נ' אבנר איגוד לביטוח

בע"מ מיום 17.6.02, המתייחס לסרט בו נראה תובע בנזקי גוף משתתף בשיעור, וקובע כי בהעדר פס קול לא ניתן לומר מדובר בהאזנת סתר. אולם, בית המשפט באותו מקרה לא קיים דין מסודר בטענות הדומות לטענות כאן, ולפיכך הערך התקדימי של אותו פסק דין מוגבל.

"האזנה למראות" - דין

20. אציין כי טענתו של הסנגור בהקשר זה אכן שובה את הלב. הרי התקשורת האנושית אינה מתבטאת בדיבור בלבד. התקשורת הבינאישית מאופיינת במסרים רבים העוברים במקביל, במלל, אינטונציה, הבעות פנים, מבט בעיניים, תנועות ידיים מודעות, שפת גוף שאינה מודעת ועוד. לעיתים הבעת הפנים לבדה יכולה להפוך המשמעות של מסר מילולי. לכאורה, מה מקום יש להבחין בין מסר למסר? ואם תכלית החקיקה להגן על סוד שיחו של אדם, מה לי בביטוי שפתיים ומה לי בתנועת יד?

21. צודק הסנגור, אין ספק שלצורך עניינים מסוימים ניתן לראות בתנועות הגוף משום צורת ביטוי. כך לדוגמא, "דברי שבח אהדה או עידוד למעשה אלימות" לפי סעיף 144ד2, אפשר שיכללו לא רק "דברים" כפשוטם, היינו מילים, אלא גם תוכן אחר, פעולות גוף כגון טפיחה על שכמו של עושה המעשה, אף שלא "נאמר" דבר. צודק הסנגור כי אפילו הנהון של חשוד בעבירה יכול להתפרש כהודיה, בהקשר המתאים, ואם נקלטה בסרט, תהווה "אמרת חוץ". יחד עם זאת, יש לפרש כל דבר חקיקה על פי תכליתו, ואיני סבור שלשונו של **חוק האזנת סתר או תכליתו, מאפשרים פירוש כה רחב**, לכלול כל תקשורת בין בני אדם, כהצעת הסנגור.

22. החוק מגדיר האזנה אסורה כהאזנה באמצעות מכשיר ל"שיחת הזולת". שיחה שהיא "בדיבור או בבזק". צודקת המדינה כי בעוד שהמחוקק טרח והרחיב את הגדרת ה"בזק", לא עשה כן להגדת "דיבור" והשאיר הביטוי כפשוטו, ללא כל הרחבה. פשוטו של המונח "דיבור" אינו כולל כל מסר העובד מאדם לאדם, בכל צורה. פשוטו של המונח "דיבור" הוא אך ורק התקשורת הקולית, הנעשית באמצעות הצלילים הסמליים המכונים "מילים".

23. פירוש פשוט זה משתמע ממספר דברי חקיקה המשתמשים במונח "דיבור". כך לדוגמא בתחום הבזק (כגון סעיף 16לד1(ה) לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב - 1982, העוסק ב"דיבור או דיבוב"; כך גם צורות תקשורת אחרות אינן "דיבור" אלא תחליף לכך בהגדרת "אמצעי תקשורת תומכת או חלופית" בתקנות שוויון לאנשים עם מוגבלות (התאמת נגישות לשירות), תשע"ג - 2013; וכך משתמע בבירור מתקנות הנכים לצורך הביטוח הלאומי העוסקות ב"דיבור ובליעה" (בנכויות הלוע ומערכת העיכול) ובמקום אחר שמיעה בדציבלים של "תדירויות הדיבור" (בנכויות השמיעה) ועוד רבים. אולם, כאמור, מונח צריך להתפרש במקומו והקשרו ועל פי תכליתו, כך שאין בהשוואות אלה כדי להכריע.

24. השאלה היא אם המונח "דיבור", בחוק האזנת סתר סובל גם הפירוש הרחב שמציע הסנגור, אם הפירוש הרחב בכלל נדרש ואם ראוי מבחינת התכלית לפרש בהרחבה. לטעמי, יש להשיב על שאלות אלה בשלילה. כאמור, לשון החוק שידע להרחיב בהגדרת "בזק" נמנעה מלהרחיב ב"דיבור". יש משקל פרשני גם לשתיקת המחוקק בהקשר זה, כשיקול מצטרף. עוד יאמר כי המונח "דיבור" בשפה העברית יוחדה בדרך כלל לאותה תכונה שנתפסה כ"מותר האדם מן הבהמה". כך, החכמים הקדמונים חלקו את העולם לדומם, צומח, חי

ו"מדבר". כבר אונקלוס תרגם את מעשה האל שהפיח את רוח החיים באדם (בבראשית ב'), ל"רוח ממללא" - הרוח המדברת.

25. אולם, **היכולת להעביר מסרים בעזרת מחוות גוף אינה בבחינת "דיבור"**. יכולת זו קיימת גם לתינוק שטרם הגיעה ליכולת לקשור סמל ותוכן על פי לשון עמו. כל יונק ועוף יכול לבטא מסרים שונים, מהתקרבות או חיזור ועד פחד או איום, ללא שימוש במילים הסכמיות המשמשות שפה. לא צריך להיות ד"ר דוליטל כדי להבין איום המתבטא בסימור השיער, נפנוף כנפיים, שליפת ציפורניים, חשיפת השיניים, הכפפת הראש עם כיוון הקרניים או עמידה על רגליים אחוריות והנפת הפרסות. מעשים אלה, אף שהם מבטאים מסר ברור של איום באמצעות הפניית היריב לגודלו של המאיים או למקור כוחו, אינם בבחינת "דיבור".

26. כך, אדם המרים זרועו, מקרב פניו, מקמץ אגרופיו, שולף סכין, מניף חרב, דורך אקדח, אוחז בצווארון חברו, עושה תנועת מינית אלימה או סימן שחיטה - הרי הוא מעביר מסר מאיים. מסר זה יכול להיות חד משמעי אף שאינו מילולי. המסר יובן גם על ידי איש שאינו דובר שפתו ועל ידי אישה שאינה מבינה לשונו. מעבר לאיומים, גם האדם, כמו כל חיה אחרת, יכול להעביר מסרים נוספים, בהם תחינה, אמפתיה, תהייה, הצעת עזרה ועוד רבים. האדם, בניגוד לחיה, אף יכול להעביר מסרים מורכבים מעט יותר, שיהיו מובנים לכל אדם באשר הוא אדם, כגון הדגמת אופן השימוש במכשיר. זאת, אף ללא נקיטה במילה המוגדרת בשפה הרשמית או המדוברת. התיאור הטבעי לפעולות אלה לא יהיה "דיבור", אלא העברת מסר בתנועות או מחוות, ויסופר בדרך כלל במילים כגון "הראה", "סימן" או "הביע". אדם לא יאמר כי הזר שלשונו אינה מובנת "דיבר בתנועות" אלא "הסביר בתנועות". אין סיבה עניינית לפרש כל מעשה המעביר מסר כ"דיבור". לפיכך, קשה להלום "האזנת סתר" עם קליטה של פעולות מסוג זה.

27. יש לזכור עוד כי **האיסור הוא איסור "האזנה"**. "האזנה" היא לקול. המחוקק טרח להרחיב ההגדרה גם ל"האזנה" ל"בזק", וכמה מלל נדרש למחוקק כדי להסביר את רוחב האיסור ל"האזנה" זו שאינה האזנה. אך המחוקק לא רמז לכל "האזנה" אחרת במימד החזותי. אכן, נאמר במעמד הר סיני "וכל העם רואים את הקולות" (שמות כ), אך כמה נתקשו הפרשנים בצירוף זה, דווקא משום שאינו טבעי. שהרי קולות נשמעים ולהם ניתן להאזין, אך מראות נחזים ובהם ניתן רק להביט.

28. מעבר למישור המילולי והלשוני, **אף במישור מדיניות משפטית, אין מקום להרחיב את ההגדרה של האזנת סתר כך שיכלול כל צורה של העברת מסר**. כפי שמראה המקרה שלנו, המשמעות היא שלא ניתן יהיה להשתמש בסרטי אבטחה, שנועדו לצלם פעולות ולא שיחות פרטיות. שכן, רבות מהפעולות שסרטי האבטחה נועדו באופן לגיטימי לחשוף הן בבחינת "שיח" על פי ההגדרה המרחיבה של הסגור. כך, מעשה מרמה של לקוח או מוכר בעסק, שוד באיום (בו האקדח "רק" נשלף אך לא יורה), סחיטה באיומים ועוד פעולות רבות.

29. עוד יש לזכור במישור התכליתי, כי **המטרה של איסור על האזנות סתר היא הגנה על פרטיות מסוג מסוים. האזנה על סוד השיח**. סוד, שאדם מתגבר עליו באמצעות מכשור. המחוקק לא התכוון לאסור צילום של מעשים הנעשים ברשות הרבים. הגדרת כל מעשה שהוא "מסר" כ"דיבור", תסרב עד מאוד את האפשרות לקיום אבטחה על ידי צילום, או שימוש בצילומים, נוכח הצורך לסווג ולחתוך קטעים מתוך סרטים. הדבר ייצור גם אי בהירות משפטית לגבי ראיות מסוג זה, דבר אשר יקשה מאוד הן על יחידות חוקרות והן על כל העוסקים במלאכת האכיפה.

30. הסנגור הביא ראיות מכך שהמחוקק וההלכה רואים **בשפת הסימנים** של החרשים בבחינת צורת דיבור לצורך כמה עניינים. אך **אין הנידון דומה לראיה**. שפת חרשים היא אמנם שפת תנועות חזותית, אך אינה מנגנון אינטואיטיבי של העברת מסרים באמצעות הגוף. המדובר בתוכן סמלי, המוסכם והנלמד בתוך כל תרבות, המורכב ממילים ומשפטים כשפת הדיבור הצלילית. ייתכן שיש מקום לטענה בדבר תחולה של חוק האזנת סתר על שפה חזותית המשתמשת בסמלים מוסכמים, כגון שפת הסימנים, סימוני דגלים של חיילים וימאים או איתות מורס המועבר במראה מול השמש (ואינו "בזק"). כשיבוא מעשה לפני בית המשפט, העניין יוכרע על ידי השופט אשר יהיה בימים ההם. אולם העובדה שיש מקום לטענה ביחס לשפות אלה, אינה מאפשרת היקש לסימוני גוף אינטואיטיביים, שאינם חלק ממערכת הסכמית של סמלים, אלא חלק מהתקשורת האינסטינקטיבית של כלל בני האדם.

31. **סיכומו של דבר, אין לראות במחוות גוף, סימני ידיים שפת גוף או כל מסר פיזי אחר, שאינו נובע משפה הסכמית סמלית אלא מהאינטואיציה, בבחינת דיבור. מכאן, שסרטי הווידאו של מצלמת האבטחה בפיצוציה, מתוך ת/5, אינם "האזנת סתר" ואין מגבלה מהותית על קבילותם.**

קבילות טכנית

32. הסנגור העלה טענה נוספת נגד קבילות הקלטות, והיא הטענה כי סרטים אלה אינם עונים על כללי הקבילות הטכנית. זאת, באשר אין עדות של המתקין המצלמה, אין עדות על אופן שימור הקובץ מעת צילומו, אין בטחון כי לא שונה או נערך ובעיקר אין כל ראייה כי הטכנאי המשטרתי שהעתיק את הקובץ העתיק בכלל את הקבצים הנכונים.

33. בנקודה אחרונה זו מפנה הסנגור גם לעדויות השוטרים, המלמדים על כך שהשעון במחשב של המצלמות לא היה מכוון כראוי. כך, אפשר בהחלט שהאירוע שנקלט במצלמות התרחש ביום אחר וכלל אינו קשור לאירוע הדקירה של המתלונן.

34. אף טענה זו של הסנגור יש לדחות. אכן, כללי הקבילות הטכנית חשובים כאשר אין עדות על האירוע עצמו, והצילום לבדו מהווה "עד טכני" לכל אשר צולם בו. במצב דברים כזה, ונוכח "עד" שאינו עונה לשאלות בחקירה נגדית, אין מנוס מלוודא, ככל שניתן, כי המראה הנשקף מצילום או צליל הנשמע בהקלטה, הוא אכן כפי שהוא נחזה להיות. עם זאת, ייתכן שהיום, עם מעבר הדגש מקבילות למשקל, יש מקום להקלות מסוימות בכללי הקבילות שנקבעו לפני עשרות שנים, ולהשאיר חלק מהכללים לשיקולי משקל.

35. מכל מקום, לא בכל מקרה משמש "העד הטכני" כעד יחיד. במקרים רבים מצולם או מוקלט אירוע אשר לפחות אחד המשתתפים בו מעיד בבית המשפט. כאשר עד עומד על דוכן העדים ומעיד כי "בדידי הווה עובדא" ומוסיף ומעיד כי התמונה המוצגת, הסרט המוקרן או ההקלטה המושמעת, מבטאים את האמת העובדתית כפי שהוא זוכר אותה, הרי שיש בכך כדי להחליף את כל הדרישות של הקבילות הטכנית. שכן, כפי שהעד רשאי לצייר בעפרון על דוכן העדים את אשר הוא ראה, יכול הוא להצביע ולומר "כך ראיתי במו עיני".

36. אכן נכון, כי כאשר מתקיימים כל כללי הקבילות הטכנית, בנוסף לעדות המשתתף, הדבר יהיה חזק עוד יותר, שהרי יהיו לנו שני עדים לאירוע, האחד אנושי ואחד טכני. אולם, עד המעיד על המעשה יכול להעיד על הנחזה בסרט כאמת, גם אם מדובר בסרט מפוקפק ביותר, כגון שהורד מהאינטרנט ואין איש יודע את

מקורו. די לומר "זה מה שראיתי" כדי שהסרט יהיה קביל.

37.שאלה נפרדת היא שאלת המשקל. ככל שעדות העד מהימנה פחות, וככל שמקורו של הסרט מפוקפק יותר, כך ירד משקלו של הסרט, ואפשר בהחלט שיגיע עד אפס. אולם, אם העד אמין, והסרט מגיע ממקור שמסתבר כמקור סביר, אפשר שיינתן לו משקל מלא, גם מבלי שהתקיימו כללי הקבילות הטכנית במלואם.

38.במקרה דנן המתלונן העיד על תוכנו של הסרט. הוא זכר את הזמן והמקום, הצביע על עצמו, תיאר את הוויכוח, הסביר מי הם הנפשות הפועלות וקשר העניין לאירוע נשוא כתב האישום. די בכך כדי שהסרט יהיה קביל. שאלת המשקל תוכרע בהכרעת הדין, על יסוד מהימנות העד ועל יסוד הערכת דרך הורתו של הסרט, כפי שייקבעו. זאת, ביחס לכל סרט, מבין הקבצים, שעליו הצביע המתלונן באופן ישיר.

בקשת המדינה לקבל האזנת סתר בדיעבד

39.המדינה מבקשת לקבל כראיה את פס הקול, למרות שהדברים נקלטו בהאזנת סתר, וזאת לפי סעיף 13(א)(2) לחוק האזנת סתר.

40.המדינה הסבירה כי הנחת העבודה של המדינה הייתה כי הזבן במקום ידע כי מערכת מצלמות האבטחה כוללת גם הקלטת שמע. אולם, משהוברר שלא, מבקשת המדינה להכשיר את האזנת הסתר. זאת, לאחר שניתן אישור פרקליט המדינה לעניין זה.

41.לשון החוק אינו מתיר שימוש בדיעבד בהאזנה שכזו, אלא אם מצא בית המשפט "מטעמים מיוחדים שיפרט" כי "בנסיבות העניין הצורך להגיע לחקר האמת עדיף על הצורך להגן על הפרטיות".

42.לשם שכנוע בקיומו של האיזון האמור, טוענת המדינה כי מידת הפגיעה בפרטיות במקרה זה לא הייתה גבוהה. זאת, משום שמדובר בחנות, בה נכנסים לקוחות ויוצאים. אין בחנות כזו ציפייה גבוהה לפרטיות, ואדם יכול להניח כי שיחו במקום כזה יישמע על ידי אחרים, אף אם לא סובר שיוקלט. כן נטען בדיון, כי מדובר בהקלטה שהיא למעשה "אגבית" שכן לא היה תכנון מראש להקליט דווקא את הנאשם ואת המתלונן, אלא שהם הזדמנו למקום במקרה. לצד השני של המשוואה, הוסבר בדיון כי, לעמדת המדינה, בסרט נראה הנאשם עצמו (דבר שהסנגור אינו מאשר). הנאשם נראה ונשמע מאיים על המתלונן בפגיעה בו בפניו. מכיוון שהאירוע שהתרחש לאחר מכן הוא פגיעה בפנים, הרי שיש ערך ראייתי חשוב בראיית הסרט ובשמיעת ההקלטה.

43.לסנגור עמדה אחרת לגבי האיזון המתבקש. לשיטתו, מדובר בפגיעה משמעותית בפרטיות. שכן מדובר בהקלטה שאינה גורמת נזק ממוקד ומסוים לפרטיות של פרט. לחנות נכנסים "כל דכפין", כל אחד עלול היה להיפגע מהקלטה זו. דווקא הפגיעה בפרטיותם של פרטים רבים, לשיטת הסנגור, היא פגיעה חמורה בפרטיות. בצד השני של האיזון הזכיר הסנגור כי העבירה העיקרית שבכתב האישום אינה נראית בסרט, גם לשיטת המדינה. מדובר בהוכחה של אירוע צדדי, ומכאן שאין הצדקה לקבלת הדיסק.

44.עוד טען הסנגור כי חובה היה על המדינה להראות מקרים נוספים בהם נעשה שימוש באפשרות של קבלת היתר בדיעבד, על ידי אישור אחד מראשי התביעה הכללית, להאזנה שבוצעה על ידי אזרח. שכן, מבלי להשוות למקרים אחרים, לא ניתן לומר אם אכן מקרה זה או בבחינת "טעמים מיוחדים".

45. אומר מיד שבטענה האחרונה אין ממש. השאלה אינה מהם המקרים בהם המדינה ניסתה לעשות שימוש בהאזנת סתר בדיעבד, אלא מהם המקרים בהם בתי המשפט התירו לעשות שימוש שכזה. אף צד לא הצביע על תקדים בהקשר זה, ובכך לא נופל טיעון המדינה מטיעון הסנגור. לאחר שהצדדים לא הציגו קריטריונים מהפסיקה, אין מנוס מלבחון את המקרה הקונקרטי, על פי נסיבותיו.

46. לעניין מידת הפגיעה בפרטיות, צודקת המדינה כי אכן מדובר בהאזנה למקום בו הציפייה לפרטיות נמוכה יחסית. אם כי צודק הסנגור כי אנשים רבים יכולים להיות במקום ולהיות מוקלטים. קשה להעריך עד כמה הפגיעה בפרטיות משמעותית, בהעדר נתונים מספיקים. כך, אם נקלטים רק דברים הנאמרים בקול ממש, כגון מעל הדוכן של המוכר, המדובר בפגיעה מועטת. אולם, אם גם מילים הנאמרות בשקט, בירכתי החנות, נקלטים, מדובר בפגיעה משמעותית. יאמר גם כי העובדה שהעובד במקום לא היה מודע לכך שיש הקלטה, מטרידה. לכאורה, האזנת סתר לעובד במקום עבודתו, היא פגיעה משמעותית באמון בין העובד למעביד ומהווה פגיעה פסולה במיוחד. עם זאת יוזכר כי לא דברי העובד הם המובאים לבית המשפט.

47. לעניין החשיבות הראייתית של חשיפת פס הקול, לא שוכנעתי מהמדינה כי מדובר בראייה קריטית. אכן, העבירה היא עבירה חמורה ויש אינטרס ציבורי חשוב בהעמדה לדין. תיאורטית, ייתכן בהחלט שעבירה של חבלה בכוונה מחמירה, הנעשית בנסיבות המתוארות בכתב האישום, תצדיק מתן היתר. אולם, מעבר לחשיבות העבירה, יש לראות אם הראיה עצמה, כראייה, חשובה מספיק.

48. ההסבר של התובע בדבר חשיבות השמע, אינה משכנעת. יוזכר כי התובע טען במעורב הן לגבי הרכיב החזותי והן לגבי השמע, שכן הסנגור ביקש לפסול את שניהם. התובע הסביר בהחלט כי הרכיב החזותי נדרש להוכיח את זהותו של המתקוטט מראש עם המתלונן, לפי גרסת המתלונן. עניין זה מאוד חשוב בשל הקישור בין הקטטה לבין הדקירה. אולם, כאמור, נקבע כי הרכיב החזותי אינו בבחינת האזנת סתר.

49. התובע הסביר גם כי בסרט נראה ונשמע הויכוח, ובו איום לדקור את המתלונן בפנים. אולם, גם בהקשר זה מדגיש התובע דווקא את הרכיב החזותי "והוא מסמן לו על פניו, בדיוק במקום בו לאחר מכן, מחוץ לפיצוציה, נדקר המתלונן" (עמ' 123 לפרוטוקול). עניין זה, כאמור, קביל, אם אכן כך נראה בסרט שעליו הצביע המתלונן, ללא צורך בהיתר מיוחד.

50. הטענה של התובע כי הנאשם גם איים במילים ניתנת להוכחה בעדות המתלונן שכבר העיד על כך. אכן נכון, ההקלטה יכולה לשמש חיזוק לנקודה זו, חיזוק לדברי המתלונן וחיזוק מילולי לפרשנות של המתלונן אודות הנראה בסרט. אולם, לא התרשמתי מהסברי התובע כי לרכיב השמע יש תוספת איכותית קריטית מעבר לרכיב החזותי, ומעבר לעדות המתלונן. יוזכר שאין מדובר בתיעוד העבירה עצמה, אלא באירוע מקדים. נראה אם כן כי, לאחר שהרכיב החזותי נתקבל כראייה, פס הקול אינו אלה ראייה צדדית למדי.

51. ניתן לטעון כי אף לראייה הנראית צדדית יכולה להיות חשיבות מרובה. לעיתים היא מהווה חלק קטן אך חיוני בפאזל החסר, להבנת התמונה כולה. לעיתים, ראייה "קטנה" יכולה להיות ה"קש" ששובר את גבו של ה"גמל" הנושא את הספק הסביר. אך לא כך הציג התובע את הדברים. ממילא, בטרם שמיעת פרשת ההגנה, לא ניתן לדעת היכן יעמדו כפות המאזניים בסוף הדרך ואיזו חשיבות תהיה לראיה קלת ערך, כזו או אחרת.

52. לפיכך, משלא שוכנעתי כי מדובר בראייה שהיא חיונית לתביעה, ולא שוכנעתי כי מדובר בהאזנת סתר שפגעה בפרטיות בתום לב או במידה מזערית במיוחד, לא שוכנעתי כי קבלת הראייה תתרום לגילוי האמת במידה המצדיקה הפגיעה בפרטיות במקרה זה. משמע, אין במקרה זה נימוקים מיוחדים שאוכל לפרט, המצדיקים את קבלת הראייה הפסולה. נוכח כל האמור, בקשת המדינה לקבל את פס הקול - למרות הפסול - נדחית.

סיכום

53. לא הוכחה הסכמת מי מהמשוחחים לקיומה של הקלטה קולית בחנות, לפיכך פס הקול של מצלמת ביטחון הוא בבחינת "האזנת סתר".

54. הרכיב החזותי של הסרט, בו צולם הוויכוח בין המתלונן לבין מי שנטען שהוא הנאשם, קביל על כל חלקיו. זאת, לרבות תנועות גוף או ידיים הבאות לבטא מסרים שונים. אין צילום חזותי של ויכוח, אף ויכוח המלווה בתנועות ידיים המבטאות איום קונקרטי, מהווה האזנת סתר.

55. נוכח עדות המתלונן אודות הסרט, המדינה לא הייתה חייבת לעמוד בכללים הנוקשים של הקבילות הטכנית. לפיכך, שאלת מהימנות הסרט היא עניין למשקל ולא לקבילות.

56. בקשת המדינה לקבל את פס הקול כראיה, למרות הפסול בה, נדחית. שכן, אף שאין מדובר בפגיעה חמורה בפרטיות, בהעדר נתונים מספיקים לשלול, אפשר שמדובר בפגיעה של ממש בכל זאת. המדינה לא הצביעה על חיוניות הצורך בקבלת פס הקול, לאחר שהסרט החזותי התקבל, ולכן אין הצדקה לחרוג מכלל הפסילה.

המזכירות תעביר העתק ההחלטה לבאי כוח הצדדים בדחיפות.

ניתנה היום, ל' אדר תשע"ד, 02 מרץ 2014, בהעדר הצדדים.