



ת"פ 38041/08/16 - מדינת ישראל נגד פלונית

בית משפט השלום בכפר סבא

ת"פ 38041-08-16 מדינת ישראל נ' פלונית
בפני כבוד השופטת מרב גרינברג

בעניין: מדינת ישראל

המאשימה

נגד

פלונית

הנאשמת

נוכחים:

ב"כ המאשימה עו"ד מאיה טריגר

הנאשמת ובאי כוחה עו"ד גאנם ועו"ד גת

הכרעת דין

מתירה פרסום תוכן הכרעת הדין, אוסרת פרסום פרטי הנאשמת

כללי

1. כנגד הנאשמת, מטפלת שניהלה פעוטון בביתה, הוגש כתב אישום המייחס לה עבירה של תקיפת קטין בידי אחראי וגרימת חבלה של ממש- עבירה לפי סעי' 368ב(א) סיפא לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

2. לפי המתואר בכתב האישום, במועד הרלוונטי טיפלה הנאשמת בשלושה פעוטות, וביניהם א.ב. ביום 14.4.16, בשלב מסוים, בין השעות 08:10-10:10, החליפה הנאשמת חיתול לפעוט א.ב., כשבתוך כך סטרה לו באופן שאינו ידוע במדויק ארבע פעמים. בעקבות כל מכה, בכה הפעוט. תוך כדי הכאת התינוק כינתה אותו הנאשמת בכינויים עולבים כמפורט שם, לא ניסתה להרגיעו, אף שצרח ובעה ממושכות. במעשים אלו- טוענת המאשימה- תקפה הנאשמת קטין בהיותה אחראית לו וגרמה לו מכאוב, שהינו חבלה של ממש.

3. הראייה המרכזית בתיק זה הינה הקלטת השמע של האירוע. ההקלטה התבצעה באמצעות יישומון במכשיר טלפון של אחד מאבות הפעוטות שטופלו בפעוטון (להלן: "המתלונן" או "האב המקליט"), שאינו אבי התינוק א.ב., שהטמינו בתיק בנו, וזה קלט, במשך כשעתיים, את כל שהתרחש בסלון ביתה הפרטי של הנאשמת, ובין היתר את האירועים המפורטים בכתב האישום. ראייה זו, אופן השגתה ותוכנה הם שעומדים

עמוד 1

בליבת הדיון בתיק דנא.

4. הקלטת האירוע נשוא כתב האישום, הינו קטע קולי קצר בין כשבע דקות, מונה 1:47-1:54 המתועד בשלהי הקלטה בת כשעה ו-55 דקות. אין מחלוקת שהקול הדובר הנשמע בהקלטה הינו קולה של הנאשמת (ת/7, ש' 114), העסוקה באותה עת בהחלפת חיתול ובכיו של הפעוט א.ב. (ראו הודעתה ת/7, ש' 126). על מקור הקולות הנשמעים בהקלטה בארבעה מקומות שונים ונטענים ע"י המאשימה כחבטות (מונה 1:47:37 נטען כקול החבטה הראשונה, מונה 1:48:51 -קול החבטה השנייה, מונה 1:50:17 - חבטה שלישית, ומונה 1:52:10 - חבטה רביעית, ראו ת/14, נ/4, ת/1, ת/7), חלוקים הצדדים. (להלן ייקראו קולות אלו "הקולות הנטענים כחבטות" ולעיתים בקיצור "קולות החבטה" או ה"מכות". קיצור זה נעשה לשם נוחיות הקריאה בלבד עד שלב ההכרעה)

גדרי המחלוקת בין הצדדים

5. בתשובתה לכתב האישום (מיום 16.10.17) כפרה הנאשמת בביצוע העבירה המיוחסת לה בכתב האישום. הנאשמת אישרה שקיימה משפחתון בביתה וששימשה במועד הרלוונטי מטפלת לפעוט. עוד אישרה שהאירוע הנטען ארע בזמן החלפת חיתול לפעוט א.ב. וכי אמרה את האמירות המיוחסות לה בכתב האישום, עם זאת הכחישה שהכתה את א.ב. וטענה שההקלטה נערכה במזיד ע"י המתלונן שהשתיל בה קולות הנשמעים כחבטות, וזאת כדי להפלילה (להלן: "גרסת העריכה").

גרסתה בחקירותיה- אם נקדים מעט את המאוחר- הייתה שונה, הנאשמת אמנם הכחישה התקיפה המיוחסת לה בהקלטה אך זאת ע"י מתן הסבר תמים לקולות שנשמעו בה. גרסת העריכה, כפי שיתברר בהמשך, עלתה לראשונה רק לאחר הגשת כתב האישום.

סדר הדיון

6. דרך הילוכנו בתיק זה תהיה כדלקמן: תחילה נסקור את השתלשלות העניינים בהליכים המקדמיים, לרבות הקביעה כי ההקלטה הינה האזנת סתר אסורה ובהמשך התרת הגשתה. בפרק ב' נסקור את תמצית העדויות בתיק, לרבות גרסאות הנאשמת בחקירתה ובעדותה. בפרק ג' נדון בטענות ההגנה בשאלת קבילותה הטכנית של ההקלטה. לאחר מכן נדון בתוכן ההקלטה ונבחן האם ניתן אכן לקבוע על בסיסה, כי הנאשמת תקפה את הפעוט א.ב. והאם מעשה תקיפה זה אכן גרם לו חבלה של ממש כנדרש בחוק.

פרק א'

תקציר ההליכים המקדמיים בתיק

7. בפתח ההליך עתרה ההגנה לביטול כתב האישום ממספר טעמים, המרכזי שביניהם, שמבוסס על האזנה אסורה שאינה קבילה ומנוגדת לחוק האזנת סתר תשל"ט-1979 (להלן: "החוק"). עוד נטען לפגמים שונים בכתב האישום, ובעיקר יצאו ב"כ הנאשמת כנגד החלטת המאשימה לייחס לה עבירה לפי סעי' 368ב(א) סיפא לחוק העונשין. הבחירה בעבירה זו שבצידה עונש מרבי של 7 שנות מאסר, ומוגדרת כפשע חמור בחוק האזנת סתר, נעשתה, לשיטתם, במכוון, שלא מטעמים ראייתיים אלא כדי לאפשר לה, במקרה הצורך, לעשות שימוש בחריג סעיף 13 לחוק זה. טענות רבות נוספות עסקו בקבילותה הטכנית של ההקלטה והעדרה של חוות דעת מומחה מטעם המאשימה, ואלהן נתייחס בהרחבה בהמשך.

8. המאשימה מצידה ביקשה לדחות כלל טענות ההגנה. המאשימה אחזה בדעה שההקלטה הינה האזנה קבילה, שאינה מהווה האזנת הסתר. לשיטתה, יש לראות בפעוט, בן האב המקליט, וכפועל יוצא מכך במתלונן עצמו, 'בעל שיחה' לגיטימי ובהקלטת ההתרחשות בפעוטון באותם זמנים 'שיחה' אחת מתמשכת שהתקיימה בין הפעוט בן המתלונן, לכל הנוכחים במקום, ובין היתר, הפעוט א.ב. והנאשמת.

עוד סברה המאשימה, שמשבחרה הנאשמת לנהל את עסקה בביתה, בדגש על סלון הבית, לא ניתן לראות בו מקום פרטי אלא חלק מבית עסק, שלו ממד ציבורי. המאשימה שבה והדגישה, כי ההקלטה עצמה בוצעה מתוך חשש כן ואמיתי של הורה לשלום ילדו והקטינים הנוספים. על כן, לשיטתה, נסוגה זכות הפרטיות של הנאשמת ובני ביתה מפני טובת הקטינים והדאגה לשלומם. לצד זאת ולמען הזהירות, הצהירה, כי ככל שעמדתה לא תתקבל, תבקש להכשיר הראיה מכח סעיף 13(א)(2) לחוק ועל יסוד בקשה מטעם פרקליט המדינה המצויה בידה.

9. בקשת הצדדים הייתה להכרעה בשאלת קבילות ההקלטה כבר בשלב המקדמי. בהחלטתי מיום 16.10.17, נעתרתי לבקשת הצדדים לבחינת קבילותה הפורמלית של ההקלטה לפי סעיף 13 לחוק נוכח מרכזיות הראיה וההשלכות שיהיו להכרעתי על המשך התנהלות הצדדים.

במסגרת הדיון לבירור קבילות ההקלטה (ראו פרו' מיום 1.1.18) שמעתי בהסכמת הצדדים חלקים מרכזיים ממנה (תקליטור שיסומן ת/1 א'). כמו-כן, הוגש דו"ח שמיעת הקלטה (ת/1) המתמלל האירועים המפורטים בכתב האישום. הצדדים אף הפנו בטיעוניהם לחקירות הנאשמת.

10. כידוע, סוגיית האזנת סתר מוסדרת באמצעות חוק האזנת סתר תשל"ט-1979. מטרתו של החוק כפולה: החוק מספק הגנה משפטית להגנת הפרט מפני התערבות בפרטיותו וצנעת שיחו המבוצעת ע"י האזנה לשיחותיו ללא ידיעתו, כמו-כן החוק מסדיר את ההליכים להאזנה כשזו מחויבת מטעמי בטחון מדינה או לצורך מניעת עבירות וגילוי עבריינים. ההאזנה מבוצעת ע"י המשטרה או גופי חקירה אחרים והיתר להאזנה זו מתקבל על ידי בית המשפט (ראו בהרחבה סעי' 6 לחוק). "האזנת סתר" הינה האזנה לשיחת הזולת באמצעות מכשיר ללא הסכמה של אף אחד מבעלי השיחה, החוק אף קובע כי האזנה שלא על פי היתר בין ע"י רשות מוסמכת או אדם פרטי הינה עבירה פלילית שדינה עד חמש שנות מאסר (סעיף 2(א) לחוק).

המקרה העומד לפנינו שונה, אין מדובר בהקלטה מכח צו אלא בהקלטה שבוצעה ע"י המתלונן שהינו אדם פרטי בבית הנאשמת. נקודות המוצא הרלוונטיות לדיונו, הן הגדרות סעיף 1 לחוק האזנת סתר, המבהירות מהי 'שיחה', מי הם 'בעלי שיחה', מהי 'האזנה' ומהי 'האזנת סתר' והפסיקה הנוהגת בסוגיות אלו^[1].

סעיף נוסף בחוק החשוב לדיונו הינו סעיף 13 (א)(2) לחוק המתיר לבית המשפט להורות על שימוש חריג בהאזנה שלא כדין במסגרת הליך פלילי מסוג פשע חמור, ובו נעסוק בהמשך.

הקלטת השמע הינה האזנת סתר

11. **בהחלטתי המפורטת** (ראו בהרחבה, החלטה מיום 14.2.18) **קיבלתי טענות ההגנה ומצאתי לקבוע כי ההקלטה הינה 'האזנת סתר', שהוקלטה שלא על פי היתר כדין ואינה עומדת בתנאי החוק, ועל כן יש להורות על פסילתה ולאסור שימוש בתוצריה.**

12. עוד דחיתי את תזת המאשימה וקבעתי שמדובר בפרשנות גמישה ומרחיבה שאינה הולמת את הפסיקה הנוהגת, רוח החוק ותכליותיו. קבעתי שאין לראות במתלונן או בנו כ"בעל שיחה" כהגדרתו בחוק ובפסיקה תחת הפעוט שאליו כווננו מעשי הנאשמת (ראו סעיף 17 להחלטה) וכי לא ניתן לראות בהפעלת מכשיר ההקלטה באופן שנועד להאזנה לכל המתרחש, כהפעלתו לצורך האזנה ל"שיחה" כמשמעותה בחוק. כמו-כן דחיתי את טענת המאשימה, שניהול הפעוטון בבית הנאשמת מוציאו מרשות היחיד (ראו סעיף 19 להחלטה).

13. איני סבורה שהיה בהחלטתי כדי להפתיע את המאשימה. בהנחיית פרקליט המדינה

בנושא^[2], הונחו רשויות התביעה, מכח האמור בה, לפעול במצבים דומים בדרך אחת בלבד, היא דרכו של סעיף 13 לחוק, ולהגיש תוצרי ההקלטה כראיה לביצוע עבירה שלכאורה תועדה בה- אך ורק במקרים העונים על תנאי חריגי הסעיף (עבירות פשע חמור או עבירה על חוק האזנת סתר), ובכפוף להגשת בקשה לקבילות ראיה כמפורט שם^[3].

למרבה התמיהה עמדת המאשימה בתיק דנא, לפיה מדובר בהקלטה כשרה מנוגדת להנחיותיה הפנימיות וסוטה ממדיניות התביעה הכללית^[4]. התעקשות זו של המאשימה לחרוג מכללי המדיניות לה היא כפופה אינה ראויה ואינה רצויה, והיה בה כדי להאריך את דרכנו בתיק זה שלא לצורך.

14. כפועל יוצא מקביעתי זו, ביקשה המאשימה לבחון המשך התנהלותה בתיק. ביום 12.3.18 הודיעה המאשימה, כי בכוונתה לבקש להגיש את ההקלטה האסורה בהתאם להוראת סעיף 13 לחוק.

סעיף 13 לחוק האזנת הסתר - במה דברים אמורים?

15. סעיף 13 לחוק, במתכונתו המקורית, כלל הוראה גורפת ומוחלטת, לפיה דברים שנקלטו בהאזנת סתר בניגוד לחוק, לא יהיה קבילים כראיה בבית המשפט. לא נטעה אם נמצא בו דמיון רב (אם כי לא זהות ממש) לכלל הראייתי בדבר 'פירות העץ המורעל', ושיהיה בו כדי לשקף אותה תפיסה משפטית, לפיה אין כל אפשרות לקבל ראיה שהושגה בניגוד להוראות חוק זה. (ראו לעניין זה ע"פ 2286/91 אילוז נ' מדינת ישראל, מה (4) 309)). בתיקון תשנ"ה רוככה מעט הוראה זו ונפתח פתח צר להתיר קבילות ראית האזנת סתר בדיעבד. אלו הן קביעות החוק, לאחר תיקונו, לענייננו:

ראיות 13. (א) דברים שנקלטו בדרך של האזנת סתר בניגוד להוראות חוק זה, לא יהיו קבילים כראיה בבית משפט, אלא באחד משני אלה:

(1) ...

(2) בהליך פלילי בשל פשע חמור, אם בית משפט הורה על קבילותה לאחר ששוכנע, מטעמים מיוחדים שיפרט, כי בנסיבות הענין הצורך להגיע לחקר האמת עדיף על הצורך להגן על הפרטיות...

(א1) בקשה לקבילות ראיה לפי סעיף קטן (א) תהיה באישור היועץ המשפטי לממשלה, פרקליט המדינה או הפרקליט הצבאי הראשי בענין שבתחום סמכותו, והדיון בה יהיה, בשינויים המחוייבים, לפי סעיף 46 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971.

(א2) כדי להחליט בדבר קבילות כאמור בסעיף קטן (א), רשאי בית המשפט להקשיב לדברים או לעיין בהם; לענין פסקה זו סמכות להקשיב כמשמעותה בסעיף 2א(ד).

(א3) בית משפט שהחליט על קבילותה של ראיה לפי סעיף קטן (א) רשאי לשמוע אותה בדלתיים

סגורות.

16. עיקרו של התיקון הינו ביטול ההוראה בדבר אי קבילות מוחלטת וצמצומה להוראה של אי קבילות יחסית, הבאה לידי ביטוי בנוסחה שנקבעה בסעיף 13 (א)(2) ומאזנת "בין צורכי גילוי האמת ועשיית צדק לבין מניעת הפגיעה בזכויות הפרט" [5]. לשון אחר, "**המחוקק חזר בו מן הכלל הנחרץ של אי קבילות האזנת סתר בלתי חוקית כראיה במשפט, ובה בעת קבע מנגנון סינון, להפרדה בין הקלטות סתר בלתי חוקיות שניתן יהיה להגישן כראיות לבית המשפט לבין הקלטות סתר בלתי חוקיות שלא ניתן יהיה להגישן כראיות**" (בג"צ 220/98 עבדל חי נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' פ"ד נב(1) 231). עוד נקבע באותו פסק הדין כי בית המשפט שידון בבקשות ממין דא הוא בית המשפט הדן בהליך (שם, סע' 21).

17. שלוש משוכות מצטברות נקבעו להכשרת קבילות האזנת סתר מכח סעיף זה: שתיים מהן פרוצדורליות, והשלישית מהותית וניתנת לשיקול דעת בית המשפט. הראשונה: צמצום החריג לעבירות פשע חמור בלבד (כאמור בסעיף 1 לחוק, עונש מרבי בן 7 שנות מאסר ויותר). השנייה: הבקשה לקבילות הראיה תוגש ע"י הגורם הבכיר ביותר ברשות התביעה הכללית, היועץ המשפטי או פרקליט המדינה, והשלישית היא נוסחת האיזון שנקבעה בהוראת הסעיף ומחייבת את בית המשפט לשיקול דעת זהיר בין האינטרסים הציבוריים

השונים, טרם קבלת הבקשה^[6].

לו הייתה ההאזנה במקרה שבפנינו נעשית על ידי רשות המוסמכת לקבל היתר להאזנת סתר, על פי סיפא סעיף 13(א)(2) לחוק, הרי שניתן היה לקבלה רק אם נעשתה בתום לב. בהאזנה שנעשתה ע"י אדם פרטי מבחן תום הלב, כמבחן סף, אינו חל ולא נדרשת בחינת המניע שעומד מאחורי מבצע האזנת סתר. עם זאת נכון יהיה ברוח הסיפא לסעיף, בוודאי במקרה שלפנינו שנטען בו להתערבות זדונית, לבחון גם את תום הלב של המאזין, אף אם איננו רשות.

בקשת המאשימה להכשיר האזנת הסתר בהתאם לסעיף 13 (א1) לחוק

18. בדיון שהתקיים ביום 24.6.18, ביקשה המאשימה לעשות שימוש חריג בסמכותו של בית המשפט מכח סעיף 13(א) לחוק ולהכשיר את ההקלטה האסורה, וזאת לאחר שניתן אישור פרקליט המדינה לעניין זה^[7]. ההגנה התנגדה לבקשה זו ממספר טעמים, ובין היתר סברה שהמאשימה איחרה את המועד וכי לא ניתן להכשיר האזנת סתר בדיעבד.

19. בהחלטתי מיום 24.6.18, שעיקריה יובאו להלן, נעתרתי לבקשת המאשימה וקבעתי שבקשתה עונה על תנאי סעיף 13(א)(1) לחוק:

"בהיבט הפרוצדורלי - ניתן להכנס בגדרו של סעיף זה, בכפוף לקבלת אישור פרקליט המדינה, אך ורק בהליכים פליליים הדנים בעבירות המוגדרות כפשע חמור. הנאשמת מואשמת כאמור בעבירה לפי 368ב(א) סיפא לחוק העונשין, שהעונש העומד לצידה הינו שבע שנות מאסר ועל כן תואמת הוראת סעיף 1 לחוק האזנת סתר המגדיר הליך פשע חמור כפשע שעונשו מאסר בן שבע שנים או יותר.

באשר לפן המהותי בסוגיה זו, קובע הסעיף, שעל מנת להורות על קבילות ראיה על בית המשפט להשתכנע "מטעמים מיוחדים שיפרט, כי בנסיבות העניין הצורך להגיע לחקר האמת עדיף על הצורך להגן על הפרטיות". לאחר ששמעתי את טיעוני הצדדים, בהנתן טיב המעשה המיוחס לנאשמת ונסיבותיו, מצאתי לקבל בקשת המאשימה ולהורות על קבילות הראיה לצורך הגשתה בהליך דנא.

עסקינן בעבירה חמורה של תקיפה קטין וחבלתו, כשהקלטת השמע של האירוע הינה ראית התביעה המרכזית, בניסיונה להוכיחו.

החשיבות המרובה בחקירת מקרים אלו, המקימים חשש כבד לשלומם של קטינים או חסרי ישע, החשופים לאלימות מצד מטפליהם ובהגעה בעניינם לחקר האמת, לצד קושי מובנה בחשיפתם בהעדר יכולת הקטין לדאוג לטובתו ולספר את שארע לו, מטילים את הכף לטובת העדפת האינטרס הציבורי בחשיפת עבירות אלו על פני פגיעה מסוימת בפרטיות הנאשמת.

מנגד - לאחר האזנה בקשב רב לקלטת השמע, לא שוכנעתי שמדובר בפגיעה חמורה וחריפה בפרטיותה של הנאשמת. הדברים הוקלטו בסלון ביתה של הנאשמת המשמש כפעוטון. אין מדובר בהקלטה פוגענית של שיח פרטי ואינטימי בין הנאשמת לבני ביתה.

עוד אציין, כי אמנם מדובר ברשות היחיד, ביתה הפרטי של הנאשמת, להבדיל ממקום ציבורי, אלא שלא ניתן להתעלם מכך שהנאשמת מנהלת בביתה פעילות עיסקית-ציבורית בדמות פעוטון ומטבע הדברים נכנסים ויוצאים ממנו הורי הפעוטות ואחרים. צודקת ב"כ המאשימה גם בטיעוניה, כי מדובר בהקלטה שאינה מתמשכת (בת שעתיים) וככל הנראה אין מדובר במקליט שביקש באופן מכוון לפגוע בפרטיות הנאשמת, אלא עשה הדברים

מתוך חשש כן לשלום בנו ומבלי שהבין שמדובר במעשה בלתי חוקי^[8]."

20. עם זאת, לא מצאתי להכשיר קבילות קובץ השמע במלואו אלא למידה החיונית לצורך השגת התכלית הראויה. כוונתי היא לקטע הקצר בהקלטה שבו תועד האירוע נשוא כתב האישום, (למען הנוחיות ייקרא קטע קולי זה "ההאזנה המותרת" או "ההקלטה"). באשר לקטעים אחרים בקובץ בהם נקלטו שיחות בין הנאשמת לבני ביתה שאינם רלוונטיים לאירוע עצמו, נקבע שלא ישמשו כראיה. בהמשך להחלטתי זו, תמו ההליכים המקדמיים בתיק והחל שלב שמיעת הראיות.

תמצית סיכומי הצדדים

21. **המאשימה**, באמצעות ב"כ עו"ד מאיה טריגר, עתרה להרשעת הנאשמת בעבירה המיוחסת לה. המאשימה ביקשה לאמץ את עדות המתלונן והעדים הנוספים וסבורה שמדובר בעדויות כנות ואמינות. לשיטתה, ההקלטה משקפת נאמנה את התרחשות האירועים בבית הנאשמת בזמן אמת ויש לדחות על הסף טענות ההגנה כנגד קבילותה הטכנית, משמדובר בטענות כבושות, תלושות ובלתי סבירות. המאשימה אף סבורה שלעדויות המומחים אין משמעות בשאלת בירור האשמה. לצד זאת מבקשת לאמץ מסקנות המומחה מטעמה, לפיהן ההקלטה נאמנה וחפה מכל סימני חיתוך או עריכה ולדחות חוות דעת מומחה ההגנה על כל חלקיה, משמדובר בחוות דעת מוטיית המתעלמת מנתונים רבים, ואינה מתיישבת עם גרסת הנאשמת ויתר הראיות בתיק.

22. עוד יצאה כנגד אמינות הנאשמת וסבורה שזו לא הצליחה ליישב בעדותה המתחמקת בין גרסאותיה הסותרות והסתבכה בשקרים. המאשימה מבקשת לקבוע כי המלל והקולות הנשמעים בהקלטה, רצף התקיפות, בכי הפעוט, לצד חוסר סבירות גרסת הנאשמת, יש בהם כדי להוכיח את מעשי התקיפה המיוחסים לה.

23. באשר לרכיב החבלה נטען, כי בכיו של התינוק והמכאוב שנגרם לו כתוצאה מתקיפת הנאשמת עונים על דרישות החוק והפסיקה. המאשימה סבורה כי הצליחה להוכיח את כלל רכיבי העבירה המיוחסת לנאשמת ועל כן עומדת בתנאי סעיף 13 לחוק, ועל בסיס ההקלטה הקבילה, מבקשת להרשיע הנאשמת בעבירה המיוחסת לה.

לחילופין סבורה, כי אם תוכח אשמתה בעבירה פחותה בחומרתה, אין הדבר צריך להביא בהכרח לפסילת הראיה ולזיכוי.

24. **הנאשמת** באמצעות ב"כ עו"ד א. גאנץ ועו"ד אגת מבקשת לזכותה זיכוי מוחלט. לשיטת ההגנה

בסיכומיה, האירוע המתואר בכתב האישום לא התרחש כלל במציאות וההקלטה עליה מתבססת המאשימה הינה תוצר של עריכה וזיוף של ההקלטה המקורית שבוצעו ע"י המתלונן. ההגנה מעלה בסיכומיה טענות רבות כנגד אמינות ההקלטה. לטענתה, המתלונן הקליט, בדרך של האזנת סתר, תוך תכנון מראש וניצול הכשרתו המקצועית, את הקלטת המקור, כשבהמשך יצר קובץ חדש ערוך בו הושתלו קולות חבטות ומסרו למשטרה, זאת במטרה להפליל את הנאשמת ולגרום לה עיוות דין חמור (כך בסע' 16, סע' 28-30, סע' 41 לסיכומי ההגנה). עוד נטען לתיאום גרסאות בין הורי הפעוטות והשפעה פסולה של המתלונן ורעייתו על עדי התביעה האחרים. ההגנה אף יוצאת כנגד חוקרי הנאשמת, כשלשיטתה הוצג לה בחקירתה מצג כוזב אף הוא במטרה להפלילה (שם, סע' 87 ואילך) והתנהלות המאשימה שגרמה לנאשמת עיוות דין חמור המגיע כדי הגנה מן הצדק.

25. בנוסף, מבקשת לאמץ ממצאי חוות דעתו של המומחה בלדינגר ומסקנותיו (שם, סע' 128-158), כי מדובר בהקלטה ערוכה שאינה אותנטית. ההגנה יוצאת כנגד מקצועיות מומחה התביעה ומסקנותיו, סבורה שאין מדובר בעד מומחה בתחום עריכה וזיהוי קול וכי חוות דעתו נטולת ערך ראייתי, חורגת מתחום מומחיות ואינה מקצועית. עוד מבקשת לאמץ גרסת הנאשמת בעדותה. לשיטתה, מדובר בעדות אמינה וסדורה, שאינה שונה מגרסתה בחקירותיה. בנוסף סבורה שלא ניתן להוכיח כי לא.ב. נגרמה חבלה של ממש וטענת המאשימה בסוגיה זו מנוגדת לדין ולפסיקה. על יסוד כל אלו עותרת לזיכוי המלא של הנאשמת.

פרק ב' - העדויות

פרשת התביעה

26. מטעם התביעה העידו המתלונן הוא האב המקליט, נ.ה.א, אם פעוטה נוספת ול.ב, אם הפעוט א.ב, השוטר רוני יהואש והמתמללת. עוד העיד מומחה התביעה מר רון גוראל, כשלחוות דעתו ועדותו אתייחס בהמשך, בפרק העוסק בקבילותה הטכנית של ההקלטה.

עדות המתלונן

27. האב המקליט שכזכור אינו אבי התינוק א.ב. סיפר בחקירתו הראשית, שעובד כארט דירקטור בחברת הייטק. במועד האירוע טיפלה הנאשמת בבנו הפעוט שהיה אז בן שנה ושבעה חודשים, מזה תקופה של שבעה חודשים. זמן קצר לפני מועד האירוע חש העד שבנו פחות סבלן ומגלה סימני עצבנות, העד ורעייתו הבחינו עוד שבנם מגלה סימני מצוקה בהם לא הבחינו בעבר, לרבות רעידות בגופו, חיבוקים ממושכים וכיו"ב. ההחלטה לנקוט בצעד החריג גמלה בו יום לפני האירוע לאחר שהתרשם שבנו מגלה התנגדות להגיע לבית הנאשמת וזה אף הכה על ראשו.

קורות יום הארוע

28. העד מספר בעדותו כי "באותו יום לא יכולתי לשלוח אותו, חיכיתי עד לשעה 10:00, היה לי קשה לשלוח אותו ואז רק שמתי אותו כי לא הייתי בטוח ב-100% אבל כן הייתה לי הרגשה שאני חייב

לעשות מעשה. דיברנו על זה אני ואשתי והחלטתנו לעשות את זה יום למחרת (פרו', עמ' 34 ש' 3-5). למחרת היום נטל העד את תיקו של בנו והניח בו מכשיר טלפון מדגם סמסונג S6. העד הסביר כי השתמש בישומון ששמו "Smart voice recorder", והביא את בנו לבית הנאשמת בשעה 08:15, כשהטלפון בתיק במצב הקלטה והניח אותו ליד ספת הסלון, בסמוך לשעה 10:10 חזר לבית הנאשמת, נטל את הטלפון והאזין להקלטה, כשבסופה שמע את הנאשמת מקללת ומרביצה "ואז עוד פעם היא הולכת ומרביצה לו והוא בוכה ואז שומעים עוד פעם ועוד מכה ולא יכולתי לשמוע את ההקלטה.. עד היום לא שמעתי אותה עד הסוף. לא הייתי מסוגל" (פרו', עמ' 34-35).

29. העד ממשיך ומספר כי לאחר ששמע את הדברים, עצר את הרכב ליד בית הנאשמת ואסף את בנו. מיד בסמוך התקשר לאשתו וסיפר לה "היא כמובן נשברה ובכתה, ואז היא ישר התקשרה להורים האחרים, היא אמרה שתגיע הביתה..לא יכולתי להיות לבד ונסעתי לאמא שלי. היא הגיעה לשם וביחד נסענו לתחנת המשטרה" (שם, ש' 15-9). שם פוגש העד את ההורים אחרים, משמיע להם את ההקלטה ואף הם נשברים ובוכים. העד מאשר שהגיע לתחנת המשטרה בשעה 16:15.

בסיום חקירתו ת/3 (שבה לא הושמעה ההקלטה) התבקש ע"י החוקר להעתיק את הקובץ להחסן נייד. העד מספר שנסע ישירות לביתו, העתיק את הקובץ ושב למשטרה ומסרו לחוקרת בסמוך לשעה 20:00 (שם, עמ' 35, ש' 22-21, ת/4). בהמשך, לאחר שלושה חודשים נקרא העד שוב למשטרה, התבקש למסור את מכשיר הטלפון המקליט וכך עשה (הודעתו ת/4 במהלכה הושמעה ההקלטה). העד הבהיר כי כל שעשה הוא להעתיק את הקובץ שבמכשיר הטלפון שלו למחשב בביתו ומשם להחסן נייד ולא מעבר לכך. עוד מספר שהאירוע גרם לו ולאשתו נזק נפשי קשה, הם חשו במצוקה ועל אף שהתברר שלא היה מדובר בבנו, איבדו אמון בכל מסגרת.

30. בחקירתו הנגדית נשאל העד שאלות הנוגעות להכשרתו ועבודתו. העד סיפר שבעבר היה בעל עסק עצמאי להפקות באינטרנט ושימש מרצה לגרפיקה. העד אישר שיש לו הכשרה בתחום עריכת וידאו ובאפיון ועיצוב חזותי (גרפי) של אפליקציות. עוד אישר שהקשר שלו עם הנאשמת היה תקין, וכי עד לאותו אירוע היו לו חששות שונים אך לא מעבר לכך. העד אף עומת מול גרסתו במשטרה ביחס לחשדות אלו (לצורך כך הוגשו הודעותיו במשטרה ת/3-5). העד אישר כי שינה את שם קובץ ההקלטה ל-Very Important והכחיש טענת ההגנה כי ערך את הקובץ ושינה את תוכנו.

31. בהמשך לאחר שנמצא מכשיר הטלפון (ת/10- שאבד במהלך ההליך), שב העד לדוכן העדים (עדותו מיום 11.3.19) ואישר שזה אכן מכשיר הטלפון שלו. העד אף זיהה את ההחסן נייד (ת/11) שאילו העתיק את הקובץ מהמחשב בביתו ובהמשך מסרו למשטרה. בתחילת עדותו התבקש העד לפתוח את הטלפון ולהדגים כיצד בוצעה ההקלטה אך לא זכר את קוד הכניסה לטלפון. לאחר שהתברר, כי קוד הכניסה רשום על המעטפה שבה הוחזק הטלפון, הדגים העד כיצד הפעיל את ההקלטה בטלפון ואף איתר את קובץ ההקלטה בשם very important.wav. בחקירתו החוזרת שב העד ואישר שמכשיר הטלפון עליו הקליט את הקובץ הוא שנמסר למשטרה (פרו', עמ' 86). עוד עמד על כך שלא ערך כל שינוי בתוכן הקובץ או בנתוניו (פרו', עמ' 84) למעט שינוי שם הקובץ כאמור. העד הסביר שאפליקציית ההקלטה בה השתמש פשוטה

ומצריכה אך ורק לחיצה על לחצן "הקלט". העד לא הצליח למצוא את ההקלטה באפליקציה בה השתמש אך לאחר הפסקה, זו נמצאה במיקום אחר על גבי מכשיר הטלפון.

32. **עוד העידו נ.ה.א** (להלן: "העדה נ'") - אם פעוטה נוספת שטופלה בפעוטון ול.ב - אם הפעוט א.ב.. כעולה מדברי העדה נ', הכירה את הנאשמת בעקבות המלצות חמות של חברותיה ורשמה את בתה לפעוטון כשהייתה בת 7 חודשים. באשר ליום האירוע סיפרה שע' אשת המתלון (ראו פרו' עמ' 53, ש' 4) התקשרה אליה בסביבות השעה 12:00 בצרחות ובכי. **"אי אפשר היה להבין מה היא אמרה. מכל הצרחות וההיסטריה ניתן היה להבין תקחי את הילדה, מרביצה, מתעללת, מהר, תרוצי.. שאלתי אותה מה קרה, היא הייתה היסטרית, לא שמעתי היסטריה כזו בחיי"** (שם). העדה מיהרה לבית הנאשמת ואספה את בתה. בהמשך הגיעה לתחנת המשטרה ביחד עם בעלה למרות שעדיין מיאנה להאמין. שם פגשה במתלון ואשתו בוכיים ושבירים, ביקשה מהם להאזין להקלטה ונדהמה ממה ששמעה.

בעדותה, הוסיפה כדלקמן:

"נכנסו לתחנת המשטרה ואמרתי שאני לא יכולה להגיש שום תלונה ולא יכולה להגיד שום דבר כי אני מכירה אותה עוד לפני כן.. אני רוצה לשמוע.. הרצנו את ההקלטה.. שמעתי את הקטע שהנאשמת החליפה חיתול, לא יודעת למי והיא התחילה לצרוח יא מגעיל אחד, בטון מאד מאד תוקפני ואז את המכה ותינוק צורח.. ככל שאני מקשיבה אני שומעת עוד פעם, מכה ותינוק צורח. אי אפשר לפספס שזה לא בטעות.." (פרו', עמ' 53).

בחקירתה הנגדית דחתה את טענת ב"כ הנאשם שהמתלון ואשתו דחפו אותה להגיש תלונה ומבהירה שעשתה זאת לאחר שהקשיבה בעצמה לדברים והשתכנעה. עוד הוסיפה שבהמשך הערב, מתוך חשש שאולי לא פירשה הדברים נכון, הקשיבו בעלה והיא שוב לקלטת והבינו בוודאות שמדובר במכות. העדה דחתה טענת ב"כ הנאשמת שמדובר בקלטת מבושלת והוסיפה שחשה בשינויי התנהגות גם אצל בתה.

33. **ל.ב, אם התינוק א.ב**, רופאת שיניים במקצועה, סיפרה בעדותה שהכירה את הנאשמת כעשר שנים, היא מתגוררת בשכנות לה והנאשמת טיפלה בבנה הגדול לשביעות רצונה. **"הייתי המעריצה מספר 1 הבאתי את החברות הטובות שלי"** - סיפרה בעדותה - **"המלצתי בטלפון לכל מי שמצאה לנכון בעיניים עצומות. כשא.ב. טרם נולד כבר רשמתי"** (פרו', עמ' 61).

ביום האירוע, בשעה 11:42 קיבלה מסרון מאשת המתלון, כשהתקשרה אליה **"היא הייתה היסטרית, מפורקת, צורחת, קשה להבין מה היא אומרת"** (שם). העדה התקשרה לבעלה שאסף את הילד מבית הנאשמת. לאחר מכן הגיעו לתחנת המשטרה, האזינו להקלטה, שמעו בכי מתפרץ של ילד וחבטה ושוב חבטה ולאחר שזיהו את צליל הבכי של בנם, החלו לבכות ועצרו את ההקלטה. העדה סיפרה שעוד טרם לאירוע היו מספר דברים שהטרידו אותם בהתנהלות הנאשמת. לאחר האירוע בנם היה במצב רגשי קשה, הם עצמם חוו

לילות רבים ללא שינה בשל רגשות אשם ונעזרו בייעוץ פסיכולוגי. בחקירתה הנגדית אישרה שלא נראו סימני חבלה על בנה והכחישה שבנה סבל מבעיות עור. העדה עמדה על כך ששמעה בהקלטה חבטות ובכי שנגרם כתוצאה מכך, דחתה הטענה שהמתלונן הוא ששכנע אותה לפרש הקולות באופן זה והוסיפה:

"..ברור לי מהרגע הראשון ששמעתי מה ששמעתי, ואני חושבת שגם לך ברור ולכל מי ששומע, מה שומעים. זה ילד שמחאו לפניו כפיים ושרו לפניו שירים והוא לא היה בוכה ממחיאות כפיים ולא היה נבהל ממחיאות כפיים" (פרו', עמ' 66).

עוד הבהירה כי שמעה את ההקלטה מתוך מכשיר הטלפון של ת.א "אני קיבלתי את ההקלטה במשטרה, במכשיר שנמסר למשטרה, קיבלתי מת' שעשה לי פליי על אזור ההקלטה.." (פרו', עמ' 68).

34. הנאשמת עצמה, שהיה העדה היחידה שנכחה באירוע, נחקרה פעמיים, ביום 18.4.16, ארבעה ימים לאחר הגשת התלונה נגדה (ת/7), וביום 18.7.16 (ת/6)

גרסת הנאשמת בחקירותיה

"זה מחיאת כף שלי, חלק ממשחק" (ת/7, ש' 152)

35. בחקירתה הראשונה (ת/7, שנגבתה ע"י החוקר רוני יהואש) ולאחר שהתייעצה עם בא כוחה, סיפרה, שמנהלת משפחתון בביתה מזה שבע שנים. בתקופה הרלוונטית טיפלה בשלושה תינוקות. לגבי הפעוט א.ב. מספרת שמטפלת בו מחודש ספטמבר 2015. טרם השמעת ההקלטה, עונה הנאשמת בשלילה או בטענה שאינה זוכרת לשאלות החוקר ובין היתר האם כועסת על התינוקות שצריכה להחליף להם חיתול.

לאחר שהחוקר משמיע לנאשמת את ההקלטה מאשרת שזה קולה ומסבירה שאמרה את הדברים המיוחסים לה כי **"יכול להיות שהייתי בהתפרצות רגעית"** (ת/7, ש' 114, 119) ובהמשך מוסיפה **"זה לא בסדר שאמרתי ככה. אני בדרך כלל לא מדברת ככה"** (שם, ש' 116), ושיכול להיות שלא ישנה טוב בלילה והייתה עייפה באותו הרגע (ש' 162). הנאשמת מסבירה עוד שהתינוק הבוכה הוא א.ב. **"כנראה שא', כשאני החלפתי לו טיטול אז אני יודעת שזה א' דיברתי אליו ככה יכול להיות בגלל שהקקי שלו היה מסריח"** (שם, ש' 164, ש' 124) וכי בכה **"כי שרף לו הטוסיק ובגלל שלקחתי אותו מהאוכל"**. (שם, ש' 128).

36. כאשר החוקר משמיע לה את קטע הקול במונה 1:48:52, מגדירו כמכה, ושואל אותה לפשרו, משיבה הנאשמת **"לפי מה ששמעתי אני מחאתי כף"** (שם, 136) ובהמשך אף מסבירה ש**"זה חלק ממשחק בשביל להסיח את דעתי למשהו אחר"**. החוקר ממשיך ומשמיע לנאשמת את שלושת קולות החבטה הנוספים והנאשמת שוב משיבה שזה מחיאת כף (ש' 142, ש' 146, ש' 148). כשנשאלת מדוע התינוק בוכה מיד לאחריו, משיבה **"זה צריך לשאול אותו"** (ש' 150). כשמושמעת לה המכה הרביעית, משיבה הנאשמת: **"שוב אותו דבר ולא יודעת אם זה לא לופ שעושים את זה אותו דבר וזה לא מכה"** - וחוזרת

על גרסתה "זה מחיאת כף שלי חלק ממשחק". (ש' 152).

37. ביום 18.7.19 נחקרת הנאשמת בשנית. בחקירתה ע"י החוקרת גפן גינדי, מתארת את מבנה הבית, מסבירה היכן ישנים התינוקות ושעמדת ההחלה ממוקמת בסלון הבית על הספה. שלושה חודשים אחרי הארוע נשאלת הנאשמת מי מהפעוטות הנוספים נכח בסלון בזמן שהחליפה לא.ב את החיתול והיא משיבה בפירוט: "ילדה אחת ישנה בלול באחד החדרים והילד השני נכח בסלון הוא היה באמצע האוכל" (שם, ש' 27). בסופה של חקירה כנשאלת אם יש לה משהו להוסיף, משיבה כי מאד נפגעה מהסיפור. הנאשמת לא משנה דבר בגרסתה, אין זכר לגרסת העריכה, אין טענה כלפי המתלונן או ההורים האחרים.

תמצית עדותה של הנאשמת

38. הנאשמת כבת 47 ואם לשלושה ילדים מספרת בעדותה כי עובדת כ-15 שנים בתחום החינוך, בעיקר בתחום הגיל הרך, מתוכם שבע שנים מנהלת משפחתון בביתה. באשר לאירועי אותו היום מספרת בצורה מפורטת כדלקמן:

" א.ב. הגיע ראשון. היו שכנים שלנו מגיע בשבע ורבע... שיחקתי איתם כמובן, באיזה שהוא שלב א' נרדמה על הפוף, נ' הגיע אבא שלו ראה את א' על הפוף ואמר לי את יכולה להשכיב אותה והשכבתי אותה באחד החדרים בלול... באיזה שהוא שלב שמתתי אותם על הכסאות ונתתי להם ארוחת בוקר, הרחתי ריח שא' עשה..הרמתי אותו מהכיסא של האוכל, היה עם כריך קצת כעס שלקחתי אותו מכיסא של האוכל והתחיל לבכות. זהו. שמתי לו משחה הכל היה כרגיל" (פרו', עמ' 148).

באשר לחקירתה מספרת שהייתה שרויה בהלם מוחלט, לא זכרה את האירוע ואף לא את דבריה במהלך החלפת החיתול. באשר להקלטה שהושמעה לה מספרת כי השמיעו לה קטע קול קצר, לא הבינה שמדובר במספר מקרים אלא את אותו קטע בשמיעה חוזרת "השמיעו לי קטע קול קצר שבו אני אומרת..שמעתי את הקול שלי ובכי של תינוק וקטע קול קצר שלי. לא שמעתי את כל ההקלטה. גם לא את הקטע שנטען שבו הושמעו מכות" (שם, עמ' 150, ש' 28-29). עוד מוסיפה כי לא היה מדובר באירוע חריג ובאשר למילים שהפטירה מסבירה שלא כיוונה אותם לא.ב. אלא אמרה אותם לעצמה כמו "שלפעמים מישהו שנוסעים בכביש וחתך אותך אז את יכולה להגיד ולא זוכרת שאמרתי בשעת נסיעה" (עמ' 151, ש' 6-7).

בחקירתה הנגדית ממשיכה בקו צורם זה ומוסיפה:

"בואו לא נהיה יפי נפש. לפעמים מתבטאים בצורה כזו או אחרת כמו שמישהו חותך אותך בכביש..". (פרו', עמ' 158 ש' 1-4).

באשר לגרסת מחיאת הכף מסבירה הנאשמת, שלא זכרה עצמה מוחאת כף אלא שכך היא נוהגת לעשות כשילד לא רגוע ומסתובב מצד לצד, ולכן שיערה שמדובר במחיאת כף "זה לא שזכרתי את הדקה והשניה וזיהיתי מחיאת כף, חשבתי שזה יכול להיות מחיאת כף, זה מה שזכרתי" (שם, ש' 15, ראו גם עמ' 167 ש' 3-7). בסוף חקירתה הראשית מוסיפה כי חיה נהרסו על סמך קלטת מזויפת שהשמיעו ופרשו אותה לא נכון.

39. בחקירתה הנגדית מאשרת הנאשמת שהייתה ביחסים טובים עם הורי הילדים, לרבות עם המתלונן (פרו', עמ' 156). כנשאלת מה המניע של הורי הפעוטות לפעול נגדה, משיבה:

" שתום כאילו.. תום לא עבד שלושה חודשים והיה משועמם. כנראה שחי בפרנויה, יכול להיות שרצה להעצים את הדברים אך לא יודעת אם הוא ערך " (עמ' 159).

הנאשמת נשאלת ע"י ב"כ המאשימה שאלות רבות בנוגע לגרסת מחיאת הכף, ומשיבה תשובות סותרות ומבולבלות, בחלקן מסבירה שלא זוכרת אם מחאה כף (למשל עמ' 167 ש' 3-5, ש' 16-18, ש' 20-21 ולשאלת בית המשפט, עמ' 168 ש' 8-10), באחרות מאשרת שיכול להיות שמחאה כף באותו אירוע (שם, ש' 7, ש' 14), וכשמעומתת ביחס לסתירות אלו, משיבה: **"לא אמרתי שלא מחאתי, יכול להיות שמחאתי כף ויכול להיות. אני פשוט לא זכרתי את הסיטואציה"** (שם, ש' 14-15), בהמשך מבהירה **"הגרסה שלי בנוגע לארבעת הצלילים, שהמאשימה טוענת שהם מכות שאולי הם מחיאת כף. אין לי גרסה שונה לגבי כל אחד מהצלילים"** (פרו', עמ' 171).

לשאלת ב"כ המאשימה באשר לגרסת העריכה ומדוע זו לא עלתה בחקירותיה, העדה משיבה: **"גם פה לא אמרתי שזה היה ערוך"** (פרו', עמ' 170, ש' 19 אך השווה מול: עמ' 174, ש' 3-4 **"יכול להיות שזה עריכה והשתלו שם קולות"** ש' 9-10, עמ' 172 ש' 5-6).

בהמשך חקירתה מסבירה שעושה שימוש במחאות כף כדי להפנות את תשומת לב התינוק אך שב"כ המאשימה מקשה עליה ושואלת מדוע התינוק בוכה לאחר כל אחת מאותן מחאות כף (כטענתה), משיבה בתוקפנות:

"אמרתי פעם ועוד פעם, מחיאת כף היא נועדה להשיג את תשומת ליבו אליי ולא נעשה למשהו אחר, זה לא נועד בשביל להרגיע או משהו, לפעמים גם אך במקרה זה היה כדי להפנות את תשומת ליבו".

לאחר שמושמעת לה ההקלטה, ובמענה לשאלות רבות באשר לתוכנה, מתחמקת הנאשמת מתשובות ישירות וטוענת כי מדובר בפרשנות בלבד (עמ' 172, עמ' 174, עמ' 175).

פרק ג'- דיון בקבילותה הטכנית של ההקלטה

40. הדיון בהליכים המקדמיים בתיק התמקד במבחן הקבילות הפורמלית, ונראה היה, בהינתן גרסת הנאשמת

בחקירתה, כי זה אף המבחן המרכזי והחשוב לענייננו. במהלך שמיעת הראיות התמקדה ההגנה בקרקוע קבילות הטכנית של ההקלטה, ובסוגיה זו עוסק החלק הארי של סיכומיה.

41. ההגנה טענה להתערבות זדונית ומכוונת של המתלונן בהקלטה המערערת אמינותה. המאשימה עומדת בסיכומיה על שינוי חזיתי זה בקו ההגנה, שאינו מתיישב עם גרסת הנאשמת בחקירותיה ומטעם זה מבקשת לדחותו. אומר כבר עתה, כי יש טעם רב בטיעוניה אלו. גרסת העריכה הינה גרסה כבושה על גבול יצירת קו הגנה חלופי, שלא עלתה בחקירתה הראשונה של הנאשמת ולא בחקירתה המאוחרת. גם ניסיונה של הנאשמת, במהלך עדותה, ליישב בין גרסתה זו לגרסתה הקודמת אינו מוצלח. עדותה בעניין זה משתנה ומגומגמת, מקום אחד טוענת כי ההקלטה נערכה ומקום אחר משיבה נחרצות "גם **פה לא אמרתי שזה היה ערוך**" (פרו', עמ' 170, ש' 19). משינוי גרסאות זה ייגבה מחיר ראיתי בהמשך הדיון.

42. גרסת ההגנה בסיכומיה, לפיה "אין כלום כי לא היה כלום" - תרחיש הארוע הנטען "לא התרחש במציאות בפועל בביתה של הנאשמת" (שם, סע' 1). גרסה החוזרת עשרות פעמים בסיכומיה[9] נדמית לעיתים כקו הגנה מקביל. קו זה אינו מתיישב עם גרסאות הנאשמת, הנאשמת לא טענה בהודעותיה ואף לא בעדותה שמדובר באירוע שלא התרחש כלל וכפי שיתברר בהמשך, סוטה גם מממצאי המומחה מטעמה. עם זאת, משעלו טענות כנגד אותנטיות ההקלטה, ואלו גם עומדות בלב סיכומי ההגנה, אין מנוס מלבחון תחילה את קבילות הטכנית של ההקלטה.

קבילות הקלטה - הדין החל

43. בפסד הדין המנחה בעניין קבילות קלטות, ע"פ 869/81 **שניר נ' מדינת ישראל** (פ"ד לח(4) 169, להלן: "הלכת שניר") נקבע הכלל כי הקלטה תהיה קבילה, אם תעמוד בשלושה מבחנים מצטברים: **הראשון מבניהם- המבחן "הטכני"**, מבחן הקבילות הטכנית בא להבטיח כי ההקלטה אמינה ומשקפת נאמנה את שהתרחש במציאות בעת עשייתה. התערבות פסולה בסרט ההקלטה, שינויים שנעשו בה בזדון או עיוות המשמעות האמיתית של הדברים או רצף ההתרחשות, עשוי להביא לפסילתה.

כך נקבע בעניין זה בהלכת שניר:

"ההקלטה.. או התמליל שלה חייבים לשקף נכונה את אשר הושמע.. הדגש הוא על נאמנות של מה שהוקלט מבחינת ההצגה כהוויתה של מה שהמכשיר קלט, באופן שהפלט זהה לקלט המקורי" (שם, עמ' 194).

מבחן הקבילות הטכנית, אם כן, הינו המבחן המקדים מבין השלושה. מקום בו יתגלו שינויים בזדון או נגרם עיוות המלמד שהקלטת אינה משקפת נכונה התרחשות הדברים במציאות, יביא הדבר לפסלותה המידית.

ודוק, המבחן שנקבע בפסיקה אינו מבחן נוקשה במובן זה שכל עוד אין ראייה בדבר טיפול זדוני בהקלטה כדי לשנותה, אזי פגמים אחרים שהתגלו בה כדוגמת קטעים ממנה שאינם ניתנים לפענוח או להבנה או נמחקו בטעות או לא הוקלטו, לא יביאו לפסילתה. מבחן הקבילות הינו מבחן ענייני ולא מבחן פורמלי נוקשה. (ראו לעניין זה י' קדמי, **על הראיות**, חלק שלישי, מהדורת תש"ע-2009, עמ' 1320-1325).

44. **המבחן השני שנקבע בפסיקה הינו מבחן הקבילות המהותית** ומשמעותו, קבילות תוכן ההקלטה בהתאם לטיבו. כך לדוגמא הקלטת הודיית חוץ של נאשם צריכה לעמוד במבחן הקבילות הספציפי הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות.

המבחן השלישי והאחרון, הינו מבחן הקבילות הפורמלית, מבחן זה משמעו כי ההקלטה כפופה להוראות שבחוק האזנת הסתר, ולענייננו לתנאי סעיף 13 (א) לחוק. ככל שלא תעמוד ההקלטה בתנאי סעיף זה, דינה להיפסל אך לא משום שמדובר בהאזנה שאינה משקפת נאמנה את התרחשות הדברים אלא משום שמדובר בהאזנת סתר האסורה על פי דין.

דיון בקבילותה הטכנית של הקלטת השמע

45. כזכור, ההקלטה בוצעה במכשיר הטלפון של המתלונן שהונח בתוך תיק בנו וקלטה, לטענת המאשימה, את האירועים המפורטים בכתב האישום. ההקלטה שבוצעה במכשיר טלפון זה היא קובץ המקור של האירוע (ת10). לקובץ זה מצטרף שחקן משנה והוא קובץ שהועתק להחסן נייד, העתק דיגיטלי של ההקלטה (ת11) והתקליטור שהועתק ממקור משני זה (ת1א').

46. מעדות המתלונן עולים הנתונים הבאים:

א. הקלטת השמע בוצעה במכשיר הטלפון שהוסתר בתיק בנו באמצעות "שומון Smart voice recorder". לאחר שמיעת הקובץ, ולבקשת המשטרה, העתיק את הקובץ למחשבו וממנו להחסן נייד (ת11) והעבירו למשטרה. לקובץ הדיגיטלי קרא בשם "very important".

ב. שלושה חודשים לאחר מועד הגשת התלונה ובהתאם לבקשתם, מסר למשטרה את מכשיר הטלפון ת10. בעדותו השנייה אישר שמכשיר הטלפון שנמצא ברישום התחנה הוא מכשיר הטלפון שלו^[10].

ג. ציר הזמנים שציין העד בעדותו מעלה, כי ביום האירוע הביא את בנו לבית הנאשמת בשעה **08:15**, שעת תחילת ההקלטה ושב לקחת את מכשיר הטלפון בסמוך לשעה **10:00**. לאחר שהאזין להקלטה ברכבו שב בשעה **12:00** לערך לאסוף את בנו, בתוך כך שוחח עם אשתו, זו יצרה קשר עם האימהות הנוספות, המתין לאשתו בבית אמו וביחד ניגשו לתחנת המשטרה בשעה **16:00** לערך. העד שב לתחנת המשטרה בשעה **20:00** לערך למסירת ת11 אליו העתיק את

קובץ ההקלטה.

ד. ציר זמן זה מתיישב גם עם הנתונים שעולים מעדויות העדות נ' ול.ב, לפיהן בשעה 12:00 לערך שוחחו עם אשת המתלון, לאחר מכן פגשו אותו בתחנת המשטרה והאזינו להקלטה במכשיר הטלפון שלו טרם הגשת התלונה.

47. עיקרי התזה שהציגה ההגנה בסיכומיה ובמהלך שמיעת ההוכחות כנגד קבילותה הטכנית של ההקלטה הינם, כי המתלון תכנן מבעוד מועד להפליל את הנאשמת; על כן הקליט הקלטת סתר בביתה כדי לדגום את קולה; לאחר מכן ניגש להתלון במשטרה ומשהתבקש למסור עותק מההקלטה, חזר לביתו, העתיק את הקובץ למחשב, ערך אותו והוסיף לו קולות חבטה ומסר עותק ממנו למשטרה; בהמשך, מספר ימים לאחר מכן אף שתל עותק מהקובץ הערוך במכשיר הטלפון שלו וכשהתבקש למסור את מכשיר הטלפון שלו למשטרה נחזה הקובץ הערוך להקלטת המקור.

להוכחת תזה זו הציגה ההגנה שתי קבוצות טענות, האחת מופנית כנגד אמינות האב המקליט, מניעיו והכשרתו, השנייה, במישור הטכני, באמצעות מומחה מטעמה, לפיה מדובר בהקלטה ערוכה שאינה קובץ המקור.

48. גרסת ההגנה ניתנת לבדיקה בשני מישורים: במישור המהותי, תוך בחינת כלל הראיות ובדיקת התכונות וסבירותה ובמישור הטכני, ע"י בדיקת ההקלטה ואיתור סימני עריכה. השאלה מי מבין השניים משמעותי יותר תלויה נסיבות, ישנם מקרים המחייבים בדיקה כפולה, באחרים ניתן להסתפק בבדיקה טכנית בלבד, ובמקרים כמו זה שלפנינו, ניתן להכריע בסוגיה זו על בסיס המבחן המהותי לבדו. תורמת לכך טענת ההגנה כי עריכת הקובץ התבצעה לאחר מועד הגשת התלונה.

דיון והכרעה בשאלת קבילות הטכנית של ההקלטה

49. לאחר ששמעתי עדויות העדים, בחנתי חוות דעת הצדדים, ושקלתי טיעוני הצדדים שוכנעתי כי עלה בידי המאשימה להוכיח את מהימנותה ונאמנותה של ההקלטה. על כן מצאתי לקבוע כי התקליטור (ת/א1') הינו עותק מהימן של ההקלטה האוטנטית שנערכה ע"י המתלון ומשקפת נאמנה את ההתרחשויות בבית הנאשמת, בזמן אמת, ללא תוספות או מחיקות. מסקנתי זו נכונה גם ביחס להקלטה במלואה וגם לקטע ההקלטה המתעד את הארוע נשוא כתב האישום (מונה 1:47-1:54).

במישור המהותי מצאתי, כי עדויות עדי התביעה בסוגיה זו מהימנות ומשתלבות היטב האחת ברעותה, והינן האדן המרכזי בבסיס מסקנתי זו.

במישור הטכני, מצאתי לאמץ מסקנות חוות דעת מומחה התביעה באשר לאוטנטיות הקובץ ולדחות מסקנות

חוות דעת מומחה ההגנה. לצד זה, ממצאי המומחים ומסקנותיהם הנוגעים לפרשנות קולות, אפיונם או סיווגם חורגים מתחום מומחיותם.

50. אתחיל בבחינת אמינות ההקלטה במישור המהותי: נקודת המוצא שעליה אין מחלוקת בין הצדדים הינה, כי **ההקלטה שנמצאת על מכשיר הטלפון (ת/10) זהה לתוצריה - עותק קובץ הקלטה על דיסק און קי (ת/11) ולעותק שנצרב על התקליטור (ת/א'1)** (ראו עדות מומחה ההגנה עמ' 124, ש' 3). טענת ההגנה, לפיה קובץ המקור נערך מחדש ע"י המתלונן במטרה להפליל את הנאשמת, והוחזר בהמשך למכשיר הטלפון להשלמת תוכניתו הזדונית, משוללת יסוד וחוטאת לאמת.

51. למסקנה חד משמעית זו ניתן להגיע בהתבסס על עדותו המפורטת והאמינה של המתלונן, הנתמכת בעדויות האימהות הנוספות, וזאת אף מבלי להדרש כלל לניתוח חוות דעת המומחים ומסקנותיהם. עדויות עדי התביעה, בדגש על עדות האב המקליט, הינם הנדבך המרכזי בקביעת מהימנות ההקלטה.

52. כעולה מעדות המתלונן הינו בעל הכשרה וניסיון מקצועי בתחום העיצוב הגרפי ועוסק בתחומים שונים הנושקים לעולם תוכן זה. ב"כ הנאשמת ניסו לטעון כי לעד הכשרה ומומחיות בתחום עריכת הקול אך טענה זו לא בוססה ומצאתי להאמין לעד, שאמנם בקיא ומבין יותר מהאדם הממוצע בתחום הדיגיטל אך אינו עוסק בתחום עריכת קול ואינו בעל מומחיות מיוחדת בתחום זה (ראו לעניין זה גם החלטתי בבקשת ההגנה לפי סע' 108 מיום 26.6.19).

53. העד הבהיר בעדותו שיחסיו עם הנאשמת עובר לאירוע היו תקינים וטובים והרקע להחלטתו נבע מחששות וחשדות שונים שעלו נוכח שינויים בהתנהגות בנו בסמוך למועד האירועים. טענת ההגנה שהמניע להקלטה נבע מרצון להפליל את הנאשמת ולטפול עליה האשמות שווא אין לה על מה לסמוך. התרשמתי שמאחורי מעשי העד עמדה מטרה אחת בלבד, דאגה אמיתית וכנה לשלום בנו. עוד שוכנעתי שהמתלונן ביצע ההאזנה בתום לב וספק אם היה מודע לאי חוקיות מעשיו.

מסקנה זו נתמכת בראיות חיצוניות: האימהות הנוספות ובעיקר אמו של התינוק א.ב.אף הן מעידות על מערכת היחסים הטובה עם הנאשמת ושביעות רצון הרבה מעבודתה (פרו', עמ' 61). דבריה של אם התינוק, ל.ב., לפיהן "הייתה המעריצה מספר 1" של הנאשמת (שם) מרחיקים עוד יותר כל טענה של הפללה. העדות אף סיפרו שטרם התלונה הקשיבו להקלטה ורק לאחר שנחשפו באופן בלתי אמצעי למעשי הנאשמת, והשתכנעו שפעלה באלימות, הגישו תלונה (ראו עדות העדה נ', עמ' 53).

כזכור מדובר בהורים צעירים העובדים שעות רבות, שהאירועים נשוא כתב האישום ניחתו עליהם כרעם ביום בהיר ואילצו אותם להוציא את ילדיהם ממסגרת זו, לחפש מסגרת חלופית ואף לעזוב את עבודתם. כך למשל מספרת בכנות העדה נ', בתגובה לטענת ב"כ הנאשם כי מחפשת מניפולציות: **"לא לעבוד חצי שנה כשאני מפרנסת שלושה ילדים זה לא לעשות מניפולציות, אני הייתי צריכה שמישהו יטפל בילדה שלי"** (פרו' 17

עמ' 54). ברי, כי מצב דברים זה מנוגד לחלוטין לאינטרס ההורים וערער את שגרת חייהם, שלא מרצונם.

אומר יותר מכך, הורי הפעוטות התגלו בעדותם כהורים רגישים, דואגים ומסורים ועדותם אמינה, זהירה ואחראית. התרשמתי שמעשי הנאשמת הותירו בהם רושם קשה ביותר, רושם שלא נתן להם מנוח במשך תקופה ארוכה. בעדותם הביעו זעזוע רב מאמירות המעליבות של הנאשמת לא.ב, וחלקם אף לא הצליחו לשמוע את ההקלטה עד סופה. כך מספרת אמו של א' בעדותה:

"אני ובעלי הקשבנו..שמענו את ההתנהלות של החלפת חיתול ומה שנשמע כמו מכה, בכי מתפרץ של ילד..שוב חבטה וילד בוכה ואף אחד לא מרגיע אותו ולא אומר לו שום דבר..עצרנו ולא יכולנו להמשיך לשמוע, לא הקשבנו להמשך ההקלטה בשלב הזה" (פרו', עמ' 62, ש' 7-12, ראו גם עמ' 67, ש' 24 "שמעתי פעמיים ועצרתי").

ובאשר לאמירות הנאשמת לבנה:

"אני מציינת ששמעתי את החלק של החלפת החיתול וכמה מילים שנאמרו לפני כן, ואלו מילים שלא הייתי מצפה ממי שמטפלת בבן שלי להגיד ולכן גם קשה לי לדמיין שאני הוזה את מה שאני שומעת שמי שאמורה לטפל בבן שלי אומרת..". (פרו', עמ' 69).

דברים דומים אומרת גם העדה נ.ה שבתה לא נכחה בעת הארוע, בעדותה:

"..אני זוכרת שהבן שלה יותר התייחס לילדים וזה הציק לנו אבל בעשר הדקות האחרונות שמענו את זה.. פליק וצרחות ועוד פליק וצרחות ועוד פליק ודיברו מגעיל שאתה פונה לילד שעשה קקי ואתה פונה אליו בטון.. הטון הכועס פשוט גמר אותנו...אחרי שהבנתי שהילדה שלי שהיא לא באותו מקום כפי שנכנסה אליו רגשית, ויש לי משרה טובה, החלטתי שאני מתפטרת מהעבודה, הייתי איתה עד ספטמבר" (פרו', עמ' 54).

האם לא ניתן להבין מכך שדי היה בחוסר היחס, בטון הרגוז והמילים המעליבות לבדן, כדי להביאם לידי החלטה להוציא את ילדיהם מפעוטון הנאשמת? האם אין בדברים אלו כדי לשלול ההגיון מאחורי טענת ההגנה, שעל המתלונן היה להתאמץ, לערוך ולשתול ראיות לשימוש באלימות פיזית, כדי להשחיר פני הנאשמת?

עוד מצאתי לדחות טענת ההגנה (סיכומיה, סע' 47-54) כי יש לראות בכך שהורי הפעוטות הגיעו באותו היום לאסוף את ילדיהם מהנאשמת ולא שיתפו אותה בחשדותיהם כדי ללמד על כך שלא האמינו למתלונן או לרעייתו, אדרבא, מדובר בהתנהלות זהירה וראויה. העדות אף לא הסתפקו בשמיעת דברי המתלונן מכלי שני, והחליטו להתלונן רק לאחר שהקשיבו להקלטה והגיעו למסקנה חד משמעית שנשמעת בה התנהלות אלימה מצד הנאשמת. מהטעמים המפורטים לעיל, אני דוחה אף טענת ההגנה לתיאום עדויות בין ההורים ולהשפעה

זהו המקום להביע ביקורת והסתייגות מהטענות החמורות שנטענו ע"י ההגנה כלפי הורי הפעוטות. במטרה לבסס גרסת העריכה וקנוניית ההורים כנגד הנאשמת, לא חסכה ההגנה בהטלת רפש על המתלון והעדויות הנוספות, כך האשימה אותו בשיבוש הליכי חקירה, ניצול מומחיותו להפללת הנאשמת, תכנון תכנית עבריינית ביחד עם רעייתו, השפעה על עדים (שם, סע' 65), ולא בחלה בהאשמת ההורים כולם בתיאום עדויות כוזבות ובכך רקמו שקוניה כנגד הנאשמת (סע' 73). ההגנה טפלה על העדים, שכל חטאם בכך שהתנהלו כהורים מודאגים, האשמות שווא חסרות שחר כדי להשחיר את פניהם. עוד בחרה להתעלם מדברי העדים על הקשר הטוב וההערכה הרבה שרחשו לנאשמת, משאלו לא התאימו לתזת ההפללה.

54. **ציר הזמנים ששרטט המתלון בעדותו מפריך אף הוא טענות ההגנה.** העד מסר בחקירתו, שהגיע לבית הנאשמת בשעה 8:10 והפעיל את ההקלטה, כשעתיים לאחר מכן שב לביתה, נטל את הטלפון והפסיקה. תילי תילים של ספקולציות מעלה ההגנה, על בסיס חוות דעת המומחה מטעמה, ביחס למשך ההקלטה ולחוסר ההתאמה בין משכה בפועל להערכת המתלון את משכה (שעה ו-55 דקות אל מול גרסת המתלון שמדובר בכשעתיים). חוסר התאמה שולי זה מערער, כך לשיטתה, את אמינות העד ואף מעלה חשד שאין מדובר בהקלטה האוטנטית. מדובר בטענה שאין בה ממש. המתלון אינו נוקב בתלונתו בנתונים מדויקים ואף לא עולה שנעזר במכשיר הטלפון שלו ושעין בדקדקנות בנתוני ההקלטה במהלך חקירתו. העד העריך נכונה שאורך ההקלטה כשעתיים. חוסר ההתאמה בין נתוני הזמן הינו כאמור מינורי. על כן אין מקום בעניין זה לדקדק בקוצו של י', כל שכן להסיק מכך מסקנות נמהרות.

55. נמשיך בבדיקת המשך סדר יומו של העד. העד שב לרכבו ומאזין להקלטה עד שנחשף לאירוע כתב האישום המתועד בסופה. העד מספר:

"..בסוף ההקלטה, 8-10 דקות לקראת הסוף שומעים שהיא לוקחת את הילד..אומרת לו..מטומטם מסריח ואז היא מרביצה לו, הוא בוכה ואז אחרי כמה זמן הוא נרגע ואז יש שקט. ואז עוד פעם היא הולכת ומרביצה לו והוא בוכה ואז שומעים עוד פעם ועוד מכה ולא יכולתי לשמוע את ההקלטה.. עד היום לא שמעתי אותה עד הסוף. לא הייתי מסוגל" (פרו', עמ' 34-35).

לאחר מכן מתקשר לאשתו, וזו מתקשרת, בסמוך לכך, לאימהות האחרות ומספרת להן על תוכן ההקלטה ושהנאשמת מרביצה ומתעללת (ראו עדויות האימהות, פרו' עמ' 53, עמ' 61). בכל אלו יש כדי לתמוך בגרסת המתלון שכבר בהאזנה הראשונה נחשף לקולות החבטות, כך מסר לאשתו כשהוא נתון בסערת רגשות וכך דיווחה ע', ברוח דומה, לאימהות הנוספות. בהמשך מספר העד ששב לבית הנאשמת לאסוף את בנו, המתין לאשתו בבית אמו וביחד ניגשו לתחנת המשטרה.

56. מת/3, אמרת העד, עולה ששעת תחילת חקירתו הינה 16:14. טרם לכך מספרים ההורים האחרים, שפגשו בו בתחנת המשטרה והספיקו להקשיב לחלקים המרכזיים בהקלטה במכשיר הטלפון שלו. בחקירתו זו מתאר העד את קורות אירוע האלימות, לרבות קולות שמפרש כסטריות (ת/3, עמ' 1 ש' 15, עמ' 2, ש' 19). העד אף מבהיר בעדותו- ולכך חשיבות רבה לענייננו- שלא היו לו כוחות נפש להאזין להקלטה במלואה ואכן רק בת/4, עדותו באותו הערב מספר ששמע ההקלטה בשנית וזיהה קול מכה נוספת.

57. העד מספר בהמשך עדותו, שחזר הביתה, העתיק הקובץ על גבי החסן נייד ושב לתחנת המשטרה למוסרו. יש לשים לב שהמתלונן לא ידע לצפות שהחוקרת לא תקשיב להקלטה במעמד התלונה, היא לא האיצה בעד להעביר לה עותק מההקלטה באופן מידי אלא בהקדם (שם, ש' 58). אך המתלונן לא המתין, העתיק הקובץ ואף רץ למשטרה למוסרו (ראו ת/4).

בעניין זה הערה נוספת: ההגנה שבה וחזרה, גם באמצעות המומחה מטעמה, על הטענה ש"בישול" הקלטה הינה פעולה טכנית קלה מאד לביצוע (ראו עדות מומחה ההגנה, עמ' 118 ש' 24-26). בכך יש צדק רב. ההתקדמות הטכנולוגית מאפשרת היום לכל בעל מכשיר טלפון, שאינו איש מקצוע מיומן, לערוך שינויים בקבצים בקלות ולפעמים מבלי להשאיר סימנים נראים לעין. עם זאת, פעולת העריכה שמייחסת ההגנה למתלונן אינה פשוטה כלל ועיקר. למעשה מדובר בפעולה כירורגית המצריכה דיוק רב ואף זמן ממושך לביצוע חף מטעויות. הדבר אינו נובע מטכניקת הפעולה אלא מהאתגר הכמעט בלתי אפשרי לשתול בקטע קולי קצר מאד המרובה מלל ובכי תינוק, רעשי חבטות שהשתלבו בו הרמונית (ראו לעניין זה גם עדות המומחה גוראל, עמ' 99 ש' 18-21).

אם כן, הכיצד, בלוח זמנים כה קצר ואינטנסיבי, סבורה ההגנה שהעד יכול היה לערוך את ההקלטה ולשלב בה, בדיוק כה רב, ארבעה רעשי חבטות? ומדוע ינסה לעשות זאת בסד זמנים כה צר, אם ממילא יכול היה להעביר את ההקלטה למשטרה במועד מאוחר ונח לו יותר?

58. יתר על כן, ההגנה בסיכומיה מבקשת לקבוע כי הקובץ שובש ונערך בין שעת סיום חקירתו הראשונה במשטרה, ת/3 (שעה 16:55) לבין שעת מסירת ת/11 בשעה 20:30 לחוקרת (ראו ת/4, נ/13). במילים אחרות, לגרסת ההגנה, המתלונן הגיש תלונה על בסיס קובץ נטול קולות חבטה, לאחר מכן הגיע לביתו, ערך, בישל והוסיף את אותם הרעשים, ומסר עותק של הקובץ המבושל למשטרה.

תזה זו מבוססת בעיקר על חוות דעת של המומחה בלדינגר, לשיטתו:

"כשהוא (הכוונה למתלונן - מ.ג) הגיע למשטרה ההקלטה המוקלטת הייתה בטלפון, זה הגיוני, אולי הוא השמיע ושמעו שהתינוק בוכה וזה לא בסדר, אבל הם לא העתיקו את ההקלטה אלא החזירו אותו הביתה להביא אותה מהבית והוא חוזר באותו ערב ומגיש דיסק און קי. בדרך כלל הרציונל הפשוט הוא הכי סביר, אבל יכול להיות שהמתלונן שמע את

הילד בוכה, שמע את המטפלת מדברת לא יפה, אמר לעצמו שיראה לה משהו, שותלים כמה פיקים של רעש והופכים את התיק הזה של בכי תינוק עם מטפלת שמדברת לא יפה, לתיק פלילי" (פרו', עמ' 118).

המדובר בתזה משוללת כל סבירות והגיון, שנסתרת ע"י כל אחד מעדי התביעה:

ראשית, ע"י המתלונן עצמו. יעידו על כך עדותו האמינה, מצבו הנפשי לאחר ששמע את ההקלטה (ראו גם עדות העדה נ' עמ' 53 ש' 17), שיחת הטלפון ההיסטרית לרעייתו, הגשת התלונה המידית ותיאור תוכן ההקלטה בתלונתו התואם להפליא להקלטה שלפניו.

עוד יעיד על כך שיתוף שאר ההורים בנעשה והשמעת ההקלטה באוזניהם טרם הגשת התלונה (עדויותיהם, כפי שהתברר, לא עמדו בפני מומחה ההגנה).

הדברים עולים גם מעדויות האימהות הנוספות. העדה נ' מגיעה לתחנת המשטרה, מסרבת עדיין להאמין ומבקשת להאזין להקלטה:

"נכנסנו לתחנת המשטרה ואמרתי שאני לא יכולה להגיש שום תלונה ולא יכולה להגיד שום דבר כי אני מכירה אותה עוד לפני כן. אמנם לא חברות אבל אין מצב שהיא תעשה דבר כזה, אני רוצה לשמוע... ניסיתי לשמוע את ההקלטה בטלפון... ואז שמעתי את הקטע הזה שק' החליפה חיתול, לא יודעת למי והיא התחילה לצרוח יא מגעיל אחד בטון מאד מאד תוקפני ואז את המכה ותינוק צורח... וככל שאני מקשיבה עוד פעם, מכה ותינוק צורח. אי אפשר היה לפספס שזה לא בטעות.. " (שם, ש' 19 ואילך).

תוכן ההקלטה כעולה מעדותה כולל, אם כן, החלפת חיתול, מלל מעליב, מכות ובכי תינוק.

נעבור לעדותה של אם התינוק, ל.ב, גם היא הגיעה לתחנת המשטרה טרם הגשת התלונה וביקשה להאזין להקלטה:

"..הוא (הכוונה המתלונן) השמיע לי את ההקלטה. אני ובעלי הקשבנו ואז שמענו את התנהלות של החלפת חיתול ומה שנשמע כמו מכה, בכי מתפרץ של ילד. אנו הבנו שאנו שומעים את א', ההקלטה נמשכת עוד כמה שניות עד שנשמעת חבטה וילד בוכה ... הסתכלנו אחד על השני והבנו שזה שלנו והתחלנו לבכות. עצרנו ולא יכולנו להמשיך לשמוע" (פרו', עמ' 62).

ושוב תוכן ההקלטה כמתואר ע"י העדה: רעשי חבטה ובכי מתפרץ.

59. ניתן לעצור כאן: שלושה זוגות הורים שומעים בהקלטה קולות בכי וקולות חבטה. מדובר בעדים אמינים, חסרי כל מניע, שתיים מהעדויות בקשר טוב עם הנאשמת, אחת מהן מגדירה עצמה כמעריצתה מספר אחת. די בכך כדי לקבוע מעל לכל ספק וללא עוררין שההקלטה שהושמעה להורי הפעוטות האחרים ועל בסיסה הוגשה התלונה היא היא הקלטת המקור.

ואם לא נסתפק בכך, הרי שבחינת קבילות ההקלטה במישור הטכני מחזקת מסקנה זו;

חוות דעת מומחי הצדדים

60. חוות דעת מומחה התביעה, מר רון גוראל, הוגשה ע"י המאשימה בשלב מאוחר בהליך, בהמשך לטענת ההגנה לפגם בהתנהלותה, בכך שהתבססה על ההקלטה שהוקלטה ע"י אדם פרטי, מבלי שנערכה חוות דעת מומחה מטעמה ולהחלטתי מיום 7.5.17^[11]. מטרת חוות הדעת- כך לדברי ב"כ המאשימה- הינה לשמש ראיית הזמה כנגד חוות דעת מומחה ההגנה וכן היא כוללת פרק העוסק באותנטיות ההקלטה, שבוצע כהשלמת חקירה באישור פרקליטת המחוז. ההגנה שתקפה תחילה את התנהלות המאשימה על כך שלא הגישה חוות דעת מומחה, התנגדה הפעם להגשתה והגישה בקשה מפורטת וארוכה (לא פחות מ-126 סעיפים) לפסילת חוות הדעת. כך בין היתר נטען שעורך חוות הדעת, גוראל, אינו מומחה בתחום עריכת קול, וכי חלקים מחוות הדעת שאינם עוסקים באמינות הקובץ אלא בפרשנות וזיהוי קולות הינם עדויות סברה החורגות מתחום מומחיותו ומגדרי החלטת בית המשפט בעניין. עוד פקפקה במשקלה הראייתי של חוות הדעת ורמת אמינותה הטכנית.

בתוך כך הגישה בקשה נוספת (מכח סעיף 108 לחסד"פ) לעיון בנוהלי העבודה של המעבדה לראיה דיגיטלית ולצורך כך שמעתי אף את עמדת ראש המעבדה, סנ"צ נטע לבטוב שטח (פרו' מיום 7.1.19, עמ' 75-76). ביום 7.1.19 דנתי בטיעוני הצדדים בסוגיה זו, קבעתי שטענות ההגנה ביחס לחוות דעת המאשימה תבחנה במסגרת הכרעת הדין ודחיתי הבקשה לקבלת נוהלי העבודה של המעבדה, לאחר ששוכנעתי שמדובר בנוהלי עבודה פנימיים שאינם חומרי חקירה.

חוות דעת מומחה התביעה (ת/14)

61. חוות הדעת נערכה ע"י מר רון גוראל, מומחה במעבדה הדיגיטלית במז"פ. העד העיד על עצמו כמומחה בראיה דיגיטלית בתחום המדיה. עם זאת, לאחר פרישת המומחית לניתוח קבצי אודיו החל לעסוק גם בתחום זה. עוד ציין כי זו חוות הדעת הראשונה שמגיש בתחום זה.

62. ההגנה ערערה על מומחיותו של העד ואף ביקשה לפסול חוות הדעת שערך. אומר כבר עתה, שלטענות אלו אין על מה לסמוך. העד הינו מומחה לראיה דיגיטלית, כשלדבריו- וכך גם מלמד השכל הישר- קיימות

נקודות דמיון רבות בבדיקת אותנטיות קובץ וידאו וקובץ אודיו. העד לא מיהר לקחת על עצמו משימה ייחודית זו אלא ערך בדיקות היתכנות מקדימות, לרבות בחינה בלתי אמצעית של הקבצים בתחנת המשטרה, עבודה בשיתוף ראש תחום אודיו פורנזי במז"פ ועם גורמי מז"פ בחו"ל.

63. חוות הדעת שערך מחולקת לחמישה פרקים, כשמטרתה בבדיקת אותנטיות הקובץ. המומחה בוחן את מאפייני קובץ האודיו ומכשיר הטלפון ומוצא זהות בין קבצי הקול השונים (ת/א', ת/10, ת/11). עוד קובע, כי הקובץ ותוצריו זהים ולא התגלו בהם סימני עריכה או חיתוך. הבדיקה התבצעה במספר דרכים: ע"י האזנה לקבצים, באמצעות תוכנה ספקטוגרפית המאפשרת, בין היתר, לאתר קיטועים או שינויים בקובץ (שם, עמ' 7-13) וע"י יצירת קובץ ייחוס, הדומה בנפחו ובתכונותיו לקובץ הנבדק (עמ' 19-20). הפרק האחרון כולל התייחסות לחוות דעת ההגנה.

64. בעדותו בבית המשפט נדרש העד בעיקר להדגמת בדיקות אותנטיות הקובץ. המומחה הסביר כי מסקנותיו מבוססות על בדיקות מדוקדקות ויסודיות שבוצעו באמצעות תוכנות אמינות, חלקן אף הוצגו לפניו לשם המחשה. קובץ התקליטור (שכאמור מוסכם שתואם לקובץ הטלפון וההחסן נייד) נבדק בתוכנה מסוג Hash שביכולתה לזהות קוד המכיל מאפיינים טכניים ייחודיים של הקובץ, כמעין "טביעת אצבע דיגיטלית או דנ"א דיגיטלי" (עדותו, עמ' 92) ולאחר שינוי תוכן שנערכו בקוד זה.

65. כעולה מהסבריו המדובר בקבצים שנוצרים אוטומטית עם יצירת הקובץ וליוצר הקובץ אין שליטה עליהם. בהמשך נערכה אף בבדיקה נוספת באמצעות תוכנת Hash My Files (פרו', עמ' 94-95), שבה נעשה שימוש ע"י גופי חקירה שונים בעולם (אמנם כבר לא כקוד הצפנה אך ניתן לבחון באמצעותה ראיות דיגיטליות), ואף היא הביאה למסקנה דומה. המומחה אף הוסיף שלא הסתפק בבדיקות אלו ויצר קובץ ייחוס הדומה ככל שניתן למאפייני הקובץ הנבדק, וגם ממצאיו הוכיחו שהקובץ לא עבר עריכה (עדותו עמ' 94-96). עוד הבהיר, כי שוני בחותמות זמן שנמצא בקבצים אינו מעיד על שוני בתוכנם (שם, ש' 15 ואילך, עמ' 99 ש' 12-14, עמ' 102 ש' 29 ואילך), וכי עריכת קובץ, כפי שעולה גם מניסוי שערך מומחה ההגנה, תגרום להמרות שישנו את זהות הקובץ (שם, ש' 18 ואילך).

66. באשר לטענת מומחה ההגנה כי "פיקים של רעש" שאיתר בהקלטה מעידים על עריכתה, מסביר שאין בכך כדי ללמד בהכרח על התערבות ואלו יכולים לנבוע מסיבות רבות (עדותו, עמ' 99).

חוות דעת מומחה ההגנה, מר דורון בלדינגר (נ/4)

67. המומחה בלדינגר עוסק בתחום הפקות וידאו וסאונד מזה שנים רבות ומתמחה בחקירות משפטיות. מטרת חוות דעתו כפולה: הראשונה, בבדיקת אותנטיות ההקלטה, והשנייה - ניתוח הרעשים בקטע זה והאם ניתן לזהותם כחבטות (סע' 4 ג' לחווה"ד). לצורך כך בדק העד את מכשיר הטלפון ת/10 (ראו דוח העתק הקובץ מיום 13.9.16, נספח 2 לחוות הדעת, פרטי הטלפון וקוד הכניסה לטלפון שמסר המתלונן בשיחת טלפון שנערכה עמו בנוכחות המומחה), וכן ניתח ההקלטה באמצעות תוכנות גרפיות שונות.

68. המומחה מצא בבדיקתו שלושה ממצאים מחשידים (נ/4, סעיף 4) שעל בסיסם הגיע למסקנה שקובץ ההקלטה אינו קובץ המקור וכי נערכו בו שינויים ועריכה, שניים מהם במישור הטכני והשלישי, במישור המהותי. במישור הטכני מצא חוסר התאמה בין שעת יצירת הקובץ ביום האירוע (לטענתו שעה 19:23) לגרסת המקליט (שעה 10:10) ובין משכה (1:55:42) הקצר בכחמש דקות מהנתון שמסר המתלונן בחקירתו. לכך מצרף נתון נוסף, שנמצא לאחר בדיקת ת/10, כשגילה מועדי עריכה/שינוי נוספים של קבצי הקלטה, המאוחרים עד 6 ימים ממועד הגשת התלונה. על כן עולה חשד לשיטתו, שבמועד מאוחר יותר הוחזר הקובץ הערוך למכשיר הטלפון באופן שייחזה להקלטת המקור (פרק ה' לחוות הדעת).

בנוסף מצא המומחה בלדינגר חשד ממשי להתערבות בהקלטה באמצעות פעולות חיתוך ועריכה. בחוות דעתו מנתח המומחה, באמצעות תוכנת סאונד לניתוח גלי קול (Sony Sound Forge Pro) שמונה נקודות (המוגדרות על ידו כ"פיק רעש") בקטע ההקלטה (ממונה 1:47:37 - 1:53:49, עמ' 4-8 לחוות הדעת), ובהן ארבע הנקודות בהם נשמעים הרעשים הנטענים כחבטות. ממצאיו נלמד שבשלוש מארבע נקודות אלו, לא מוצא המומחה כל חשד לחיתוך או עריכה. רק לאחר נקודת החבטה השלישית (1:50:17), בתזמון 1:51:38, ולפני פיק הרעש הנטען כחבטה הרביעית, מגלה לשיטתו חשד לחיתוך בהקלטה, פיק רעש שקוטע את שמע בכי התינוק ומעלה הסבירות לפעולת עריכה. הנקודה השנייה בה מוצא חשד לעריכה הינה בתחילת נקודת החבטה הרביעית (1:52:09). בקטע קול זה נטען שנשמע בכי תינוק חסר בתחילתו, ועל כן קיימת סבירות שמדובר בפעולת עריכה.

למעשה, מומחה ההגנה אינו חולק בחוות דעתו על אותנטיות שלושת קולות החבטה הראשונים שנשמעים בהקלטה (נ/4, עמ' 4-6).

ממצא משמעותי זה זוכה להתעלמות מופגנת בסיכומי ההגנה ועומד בסתירה לגרסתה, שכל ארבעה קולות החבטה הושתלו בהקלטה. המומחה מעלה חשדות לחיתוך ועריכה רק בשלב מתקדם יותר, סמוך לחבטה הרביעית ובמהלכה בלבד (נ/4, עמ' 7). בהמשך (פרק ג') בחן בשיטות שונות את זיהוי הרעשים הנטענים כחבטות, קובע שאין מדובר ברעשים דומים בעלי מאפיינים קבועים ועקביים, שלא ניתן לפרשם דווקא כחבטות ואף זיהה דמיון ביניהם לרעשים אקראיים המופיעים בקטעים אחרים של הקלטת.

בעדותו בבית המשפט הדגים ממצאיו באמצעות תוכנת ספקטוגרמה, תוכנה המציגה חיווי גרפי של התדרים המופקים מקובצי הקול (על אף שלא עשה שימוש בתוכנה זו במהלך כתיבת חוות דעתו, פרו', עמ' 123, ש' 18), וחזר על מסקנתו שמדובר בקובץ ערוך.

דין והכרעה

69. ההכרעה במישור הטכני גם היא קלה וחד משמעית. מסקנות חוות דעת מומחה התביעה באשר לאותנטיות ההקלטה מבוססות כאמור על בדיקה יסודית ומקיפה, באמצעות תוכנות שרמת אמינותן גבוהה (תוכנה מסוג Hash המהווה מעין "דנ"א דיגיטלי" ותוכנת Hash My Files עדותו, עמ' 94-95) ומצאתי לאמצן.

מומחה התביעה לא הסתפק בכך ויצר אף קובץ ייחוס, שלשיתו זהה במאפייניו ובנתוניו לקובץ ההקלטה, ומלמד על אותנטיות קובץ המקור. אינני סבורה שניתן לייחס משקל ממשי לבדיקה זו על אף המאמץ שהושקע בעריכתו, ואם מטרתו הייתה לסייע לבית המשפט להתמצא בקובץ ההקלטה כהגדרת המאשימה, הרי מדובר בבדיקה מיותרת. בראש ובראשונה קיימים קשיים טכניים ופיזיים לא מבוטלים בעריכת קובץ המשחזר במדויק כל מאפייניו לקובץ ההקלטה (ראו בעניין זה גם עדות בלדינגר עמ' 125), כך לדוגמא הקובץ לא הוקלט בבית המתלוננת ולא ידוע במדויק המרחק בין המכשיר המקליט למיקום הנאשמת בעת ההקלטה. עוד חרגה הבדיקה לתחום פרשנות הקולות שנשמעים בהקלטה וזיהויים, תחום שאינו חלק ממומחיותו של מר גוראל (עדותו, עמ' 99) ואף חורג מגבולות מטרת חוות הדעת, שנקבעו בהחלטתי מיום 7.5.17.

70. אני דוחה בשתי ידיים את מסקנות חוות דעת מומחה ההגנה. על יסוד שלושה פרמטרים מגיע המומחה למסקנה שההקלטה אינה הקלטת המקור. באשר לראשון מביניהם, חוסר התאמה במשך זמן ההקלטה אל מול גרסת המתלונן כבר קבעתי שמדובר נתון שולי וחוסר משקל. זהו גם המקום להביע תמיהה מדוע בחר מומחה ההגנה, איש מקצוע מנוסה ועתיר ניסיון, לייחס משקל כה נכבד לנתון זה. המומחה לא הצליח להסביר בעדותו מדוע חוסר ההתאמה לא יכול לנבוע משינויים קלים בזמנים שמורים שעונים שונים (פרו', עמ' 123) או מכך שהמתלונן הסתפק בעדותו "בעיגול זמנים" על בסיס הערכה. עוד תמוהה טענת המומחה שההקלטה הערוכה קצרה מהקלטת המקור. הרי לשיטתו המתלונן הוסיף קטעי קול ולא השמיט, אם כן כיצד התקצרה ההקלטה מקום שעל פי הגיון טענתו, אמורה הייתה להתארך? (פרו', עמ' 125).

71. באשר לממצא השני, שינוי בחותמות זמן ההקלטה, מצאתי לקבל הסברי מומחה התביעה ששינויים אלו, לרבות שינויים בין זמן יצירת הקובץ לזמני שינוי הקובץ ככל שקיימים, אינם משפיעים על תוכן ההקלטה ואינם מהווים סימן מובהק לעריכה ולשינוי בתוכן הקבצים (פרו', עמ' 96 ש' 31-15, 99-98, כך גם מודה בלדינגר בחקירתו הנגדית, עמ' 124 ש' 31, ניסוי שערך בחוות דעתו נ/4, עמ' 15 להחזרת הקובץ לטלפון, ללא שימוש בתוכנת דחיסה, לא הצליח)

72. עוד אני דוחה מכל וכל התיאוריה שהציג בחוות דעתו, לפיה הקובץ הערוך הושלל מחדש במכשיר הטלפון, ששה ימים לאחר יום האירוע במטרה שייחזה לקובץ המקור. מבלי להכנס לעובי הקורה בפן הטכני, הרי המתלונן לא התבקש למסור את מכשיר הטלפון שלו בזמן הגשת התלונה אלא עותק הקובץ בלבד. האם היה אמור להעלות על דעתו ששלושה חודשים לאחר מכן תיזכר המשטרה לבקשו מידו, ולנסות לשתול בו קובץ ערוך? העד לא יזם מסירת מכשיר הטלפון ובוודאי לא יכול היה לנבא המשך התנהלות המשטרה.

73. עמדתי דומה גם ביחס למסקנת מומחה ההגנה כי "פיקי הרעש" 6 ו-7 בהקלטה מעידים בהכרח על חיתוך ועריכה. נתחיל מכך שמול לשון ההגנה הנחרצת בסיכומיה, מסקנות המומחה בדבר חיתוך וההקלטה אינן חד משמעיות. בחוות דעתו, עמ' 7, מציין "חשד לחיתוך בהקלטה" וכן כי חיתוכי הבכי בהקלטה "מעלים את הסבירות שמדובר בפעולת עריכה דווקא", בעדותו מודה שאין מדובר בקביעות חד משמעיות אלא בהצגת נקודות חשדות (פרו', עמ' 135).

כפי שהובהר רק בשניים מ"פיקי הרעש" שבדק מצא חשד לחיתוך (פיק 6 - מונה 1:51:38 ו-פיק 7 מונה עמוד 25

1:52:10). מהותית, מדובר בשני "פיקים" שזוהו בסמיכות ובמהלך קול החבטה הרביעי, ולא ניתן ע"י ההגנה כל הסבר מניח את הדעת מדוע לו למתלונן, שיש בידיו הקלטה הכוללת מלל מעליב ושלוש חבטות, לטרוח ולשתול קול חבטה רביעי? הדברים מאבדים כליל מהגיונם אם נזכרים בעדויות המתלונן וההורים האחרים, שסיפרו כי התקשו להקשיב להקלטה במלואה ודי היה בהאזנה לחלקה כדי להבין את חומרת מעשי הנאשמת.

74. זאת ועוד, המומחה ניסה להסביר ולהמחיש בעדותו, גם ע"י שימוש בתוכנת הספקטוגרמה, את אמינות ממצאיו הטכניים אלא שמהמשך עדותו, ובמענה לשאלותיה הנוקבות של ב"כ המאשימה, ניתן ללמוד אחרת. ל"פיקים" החשודים כחיתוך, כמו גם למספר רב של פיקים אקראיים חיווי גרפי דומה ואין בו בלבד כדי להעיד בהכרח על עריכה (פרו', עמ' 117, עמ' 126). המומחה אף לא הצליח להסביר כיצד מבחין באמצעות כלים טכניים וגרפיים בין פיק רעש אקראי לפיק רעש הנחשד כחיתוך. בפועל הודה המומחה שביסס מסקנותיו על שמע ("תוכן נילוה") ותזמון הרעש, ובלשונו:

ת. "אני מסכים על זה שיש פיקים אחרים גם בהקלטה.. יש פיקים בהקלטה שיכולים לנבוע מכל מיני סיבות, לפעמים מחיתוך בגלל תופעה אלקטרונית.. ויש מקומות שפיקים יכולים לנבוע מהעבודה ומהמגבלות הטכניות של העבודה. בקטע שהשמעת לי היו לפחות 3 פיקים. אין לי ספק שאין פה חבטה, אז למה שם לא לומר שהרעש הוא פיקים שאינו חבטה. זה מנעד של אופציות שקיימות. אני הסקתי את זה כי זה קוטע את הבכי.

...

ש. למה אתה מייחס חשיבות לפיקים האלה, כי הם אותם פיקים שגרתיים בהקלטה?
ת. כי באלה יש תוכן נילוה. (הדגשה שלי מ.ג) קודם ראינו שהבכי מתחיל ונקטע. לכן הפיק הזה הסקתי שהוא חיתוך" (פרו', עמ' 126).

צא ולמד, שמסקנת העריכה אינה יותר מעדות סברה (ראו גם עדות גוראל, עמ' 106), פרשנות שאינה נשענת על ממצאים טכניים. המומחה מנסה לאפיין קול בכי התינוק, לתת בו סימנים ועל בסיסו להגיע למסקנות חותכות. כך לדוגמא חושד בחיתוך הקלטה ב"פיק רעש" שנקלט בתזמון 1:51:38 (פיק 6), לטענתו פיק זה קוטע את רציפות הבכי, כשקול הבכי שנשמע בתוכף לו שונה מקול בכי שנשמע לפני כן. בפיק 7 (1:52:09) "החבטה הרביעית" מזהה שמדובר בבכי "שאינו מתחיל מתחילתו אלא מדובר במקטע של בכי מתמשך, שכל הנראה נחתך בנקודה בה מופיע פיק הרעש ותחילתו חסרה".

הסברים אלו אינם יותר מספקולציות, השערות דחוקות ובלתי משכנעות. קצפו של בלדינגר יוצא בעדותו על ניסיונו, כך לדבריו, של מומחה התביעה לפרש הקולות בהקלטה (עדותו, עמ' 121) אך הפוסל במומו פוסל ובחוות דעתו חוטא בפרשנות משל עצמו בניסיונו לאפיין קול בכי התינוק ולקבוע על בסיסו ממצאי אמינות. אגב, בהאזנה לבכי הפעוט בנקודות זמן אלו- והרי באפיין קול בכי אין מותרת אופן המומחה על אוזנו של אדם שאינו מומחה- והשוואתם לקולות בכי נוספים בהקלטה, אף היא מחזקת מסקנה זו. מהאזנה ניתן ללמוד על שינויים בעוצמת בכי הקול אך לא ניתן להסיק שמקורם בעריכה. המומחה אף התעלם מהטענה המרכזית בתיק זה, כי אין מדובר בבכי טיפוסי אלא בכי הנובע מכאב ומצוקה ועל כן מאפייניו שונים.

75. בלדינגר אף מתעלם בחלק מתשובותיו מכל ראייה או נתון שיש בכוחם לסתור את מסקנותיו. כך לדוגמא עומד בעדותו נחרצות על כך שהמתלון ערך את הקובץ לאחר הגשת התלונה אך שב"כ המאשימה מעמתת אותו מול עדויות ההורים האחרים ששמעו את ההקלטה הכוללת קולות חבטה עובר למועד זה (ואלו כאמור לא עמדו לפניו בעת הכנת חוות הדעת כמתחייב), משיב **"זה לא אומר כלום"** (פרו', עמ' 122 ש' 26) ובהמשך **"זה לא היה משנה את המסקנה שלי"** (שם, ש' 31) ואף משנה חיש את גרסתו ומציע שאולי ההקלטה נערכה לפני שהוגשה התלונה (שם, ש' 27). המומחה אף מקדיש פרק מיוחד בחוות דעתו לפרשנות הקולות שנשמעים בהקלטה וקובע שלא ניתן להסיק שמדובר בקולות חבטה ובשל שונותם, יכול שמדובר ברעשים אקראיים. על אף שחקירות הנאשמת עמדו לנגד עיניו, נמנע מלבחון את גרסתה שמדובר במחיאות כף ואינני מקבלת הסבריו שאינו עוסק בפרשנות קולות. מקום שבו מנסה לשלול זיהוי קול כחבטה, אינו יכול להתחמק מבדיקת התכנות גרסת הנאשמת (פרו', עמ' 133, ש' 14-15).

76. עד כאן באשר לחוות דעת מומחה ההגנה, אלא שההגנה העלתה בסיכומיה טענות נוספות במישור זה. יש ממש בטענות ההגנה שהיה על המשטרה לתפוס את מכשיר הטלפון של המתלון כבר בעת הגשת התלונה, למצער להאזין להקלטה בעת זו. בעניין זה התגלתה שרשרת של מחדלים, כך הימנעותה של המשטרה מתפיסת מכשיר הטלפון- ראיית המקור, בקשתה מהמתלון להעתיק את הקובץ בביתו והעדרה של שרשרת מוצג המתעדת העתקת קובץ מההחסן הנייד לתקליטור (סיכומי המאשימה, עמ' 13). אין בפגמים אלו כדי לשנות ממסקנותיי ביחס לאמינות ההקלטה אך בוודאי שלולא התנהלות רשלנית זו, ניתן היה למנוע (כך נקווה) טענות רבות ביחס לקבילותה הטכנית של ההקלטה.

עם זאת בטענות ההגנה באשר לאי תפיסת מחשב המתלון (סע' 47), לא מצאתי ממש. במועד החקירה לא עלתה מצד הנאשמת כל טענת ביחס לזיוף ההקלטה והיה בתפיסת מכשיר הטלפון, אם כי בשיהוי, כדי לתקן במידת מה את הפגם באי תפיסתו במועד מוקדם יותר.

77. תמוהה הטענה, שאינה מתבססת על חוות דעת המומחה מטעמה, לפיה המתלון ביצע הקלטה כדי לדגום דגימת קול של הנאשמת ולאחר מכן להשתילה בקובץ הערוך (סע' 54 לסיכומיה). ההגנה אינה מסבירה לאיזו דגימת קול מתכוונת, שמא קולה של הנאשמת או רעשים הנדמים כחבטות לצורך השתלתם בקובץ ההקלטה? ההגנה אף מפרטת בסיכומיה עשרה סימנים המעידים לשיטתה על זיוף הקובץ, אלא שמדובר בסימנים ממוחזרים הנשענים בחופשיות יתר על ממצאי המומחה, מתעלמים מקביעתו ביחס לאמינות חלק מהרעשים בהקלטה, ועל כן לא מצאתי שיש מקום להרחיב בהם.

78. **לפיכך, על בסיס מטעמים המפורטים לעיל, אני קובעת שההקלטה אותנטית ומשקפת נאמנה את התרחשות הדברים בזמן אמת.**

פרק ד'

דיון והכרעה בתוכן ההקלטה

79. לאחר שקבענו, כי מדובר בהקלטה אותנטית, נעבור לבחון את תוכנה. לטענת המאשימה, תקיפת הפעוט המיוחסת לנאשמת נלמדת מהאזנה להקלטה, בה היא נשמעת עולבת בא.ב ובסמיכות לכך נשמעות ארבע מכות ומיד לאחר כל אחת מהן בכי חזק ומתמשך של הפעוט (סיכומיה, עמ' 23). עוד מבקשת לדחות את גרסת הנאשמת בחקירתה, כי קולות החבטות הן מחיאות כף וכן את גרסתה הכבושה בעדותה שמדובר בהקלטה ערוכה ושאינה זוכרת כלל את האירוע.

80. הקלטת האירוע נשוא כתב האישום, קטע קצר בין כשבע דקות, מונה 1:47-1:54 המתועד בשלהי הקלטה בת כשעה ו-55 דקות, המהווה ברובה האזנה אסורה. מדובר בקלטת שמע בלבד, שבה לא מתנהלת שיחה של ממש, הדוברת האחת היא הנאשמת אבל מלל שיחתה אינו העיקר אלא צלילים שנשמעים בשיחה ויש לברר את מקורם. בן השיחה האחר הוא פעוט רך שאינו יכול לדבר ומביע תחושותיו בעיקר באמצעות בכי.

מצב ייחודי זה אינו מאפשר לקבוע ממצאים ברמת וודאות מספקת באמצעות זיהוי מקור הצליל לבדו. ההגנה סבורה שלא ניתן להוכיח מקור ממנו מופק צליל או רעש ע"י חוש שמיעה בלבד, וכי כל קביעה בעניין זה אינה יותר מספקולציה לזיהוי קולי. המאשימה ערה לקושי זה ואינה מבקשת להסתמך על משמע אוזניים בלבד, אלא בעיקר על מכלול נתוני ההקלטה וחוסר סבירותה של גרסת הנאשמת.

זיהוי מקור קול

81. מן המפורסמות הוא, כי זיהוי של אדם באמצעות קולו, הוא ראייה קבילה שניתן לבסס עליה מסקנות בפלילים. ובלשונו של השופט מ' זילברג: **"אין ספק בכך, כי זהותו של אדם ניתנת להיקבע, בוודאות גמורה, וללא התערבות ספק כל שהוא, באמצעות הכרת הקול בלבד"** (ע"פ 87/53 אל-נבארי נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ז 964, 972 (1953)).

הטעם לכך נעוץ באפיוני הייחודיים של קול האדם, ומשום שכל אדם מפיק את קולו בדרך המאפיינת אותו בלבד. בתהליך זיהוי הקול נבחנים מאפייני השונים של הקול (טון דיבור, דיקציה, תנועות קול, שימוש במילים מאפיינות) הדומים בייחודיותם לטביעת אצבע. במשפט העברי מוכר לנו המושג של **"טביעת עין"**, אשר לו משמעויות ראייתיות מרחיקות לכת, ובו עשה שימוש הש' זילברג לפני שנים רבות, דבריו יפים לענייננו גם היום:

"אין ספק בכך, כי זהותו של אדם ניתנת להיקבע בוודאות גמורה, וללא התערבות ספק כל שהוא, באמצעות הכרת הקול בלבד. מן המפורסמות היא, כי אדם מכירו מזהה את חברו על-ידי שמיעת קולו, בלי שיראהו כלל, ואין המכיר חושש כלל שמא קול זה, המוכר לו מקדמת דנא, 'שייך' למי שהוא אחר. אך אם יתבקש המכיר להסביר ולבאר במלים מפורשות, כיצד הבירוזה האתה איש ואת שישו' הרי הוא – כפי שהניסיון מלמדנו – לא יוכל לעשותו כלל, לא יוכל לקולו של אדם הן, ברובו המכריע, כל כך אינדיבידואליות, כל כך 'חדפעמיות' סגולותיו של אדם הן, ברובו המכריע, כל כך אינדיבידואליות, כל כך 'חדפעמיות' "

עד שלא נתייחדו להן שמות וכינויים כלל באוצר המילים שלהשפה. זו היא ההכרה המידית,

'טביעות עינא דקלא' בעברית:

השלמה והמוחלטת, הקרויה בלשון המקורות שלנו:

'טביעת העין שלהקול'."

82. הפסיקה הכירה במגוון דרכים בהן ניתן לזהות את קולו של דובר. יש שבית המשפט מסתמך על זיהוי וודאי של אדם המכיר את הדובר היכרות מוקדמת (אבחון אנושי); יש שהזיהוי מתבצע באמצעים טכניים, במעבדות מיוחדות אשר עוסקות בביצוע השוואה קולית. לשם כך נעזרים המומחים בתוכנות המנסות לאתר תבניות ודפוסים קבועים ותוכנת מחשב יכולה לבדוק ולאפיין את התדירות וההרמוניה של הקול; ויש שהוא מתבצע על-ידי בית-המשפט, המאזין בעצמו להקלטה (ע"פ 440/87 חדד נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(1) 811, 793 (1989); ע"פ 414/76 אוחנה נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(1) 301, 295 (1977)); יש שזיהוי הקול מתבצע באמצעות מסדר לזיהוי קולות; צורת זיהוי נוספת, שאף היא הוכרה על-ידי הפסיקה, היא זיהוי של הדובר על-ידי מתמללים העוסקים בהאזנה לשיחות להן בוצעה האזנה כדין ומעידים על כך בפני בית-המשפט (ע"פ 2135/94 אלפי נ' לוי (5.9.95)).

83. פחותה ממנה בדרגת וודאות היא הכרת קול ע"י זיהוי סימנים מיוחדים, כגון: **"גובה הקול, צלילותו, אנפוף, גמגום וכד'.** **עצם העובדה כי סימנים, כל סימנים ניתנים להיתאר ב'שמות ומילים' מראה לנו כי המדובר הוא בסגולות טיפוסיות- ולו יהא אפילו: נדירות- וממילא אין בהם אותו הייחוד האבסולוטי המושג כאמור ע"י טביעת העין של הקול.** **ערכם המזהה של סימני קול תלוי יהיה בנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה, ביניהן: מידת השכיחות של הסגולה, ומספר האנשים 'הבאים בחשבון כבעלי הקול הנדון' (עניין אל-נבארי, 972-973).**

84. שונים הם פני הדברים במקרה שלפנינו. אין מדובר בהכרעה בעניין זיהוי קול דובר ואף לא בזיהוי הדובר באמצעות סימנים ייחודיים בקולו. זיהוי מקור קול שאינו אדם, כדוגמת חפץ או מגע פיזי, נעדר ייחוד כלשהוא, כך שהאזנה לצליל כלשהוא לבדה לא תוכל לשמש בסיס לקביעה ביחס לטיבו. מצב דברים זה מקובל על הצדדים וגם על המומחים מטעמם. לטענת ההגנה לא ניתן אף בדרך אחרת, שאינה זיהוי ישיר של מקור הצליל, להגיע למסקנה ברמה הנדרשת בפלילים.

85. שקלתי בכובד ראש טענות ההגנה. עמדת ההגנה, לפיה לא ניתן להגיע למסקנה מרשיעה על בסיס זיהוי ישיר של מקור קול שאינו אדם, מקובלת גם עליי, ואכן לו הייתה עומדת ראייה זו לבדה, זו הייתה מסקנתי. אלא שהמצב הראיתי בתיק שלפנינו שונה, המאשימה הציגה מכלול ראיות נסיבתיות, אין מדובר בסיטואציה בודדת אלא במספר אירועים דומים הנטענים כתקיפה, ולכך מסייעת גם גרסת הנאשמת שמדובר במחאות כף. השאלה שנותרה להכרעה, אם כן, הינה האם ניתן להגיע למסקנה ברמה הנדרשת בפלילים על בסיס הראיות הנסיבתיות שהונחו לפנינו?

86. לצורך הסקת מסקנה מפלילה מראיות נסיבתיות, קובעת ההלכה הפסוקה, כי נדרש תהליך שהינו תלת שלבי:

"בשלב הראשון נבחנת כל ראייה נסיבתית בפני עצמה כדי לקבוע אם ניתן להשתית עליה ממצא עובדתי; בשלב השני נבחנת מסכת הראיות כולה לצורך קביעה אם היא מערבת לכאורה את הנאשם בביצוע העבירה, כאשר הסקת המסקנה המפלילה היא תולדה של הערכה מושכלת של הראיות בהתבסס על ניסיון החיים ועל השכל הישר. המסקנה המפלילה עשויה להתקבל גם מצירופן של כמה ראיות נסיבתיות אשר כל אחת בנפרד אמנם אינה מספיקה לצורך הפללה, אך משקלן המצטבר מספיק לצורך כך; בשלב השלישי מועבר הנטל הטקטי אל הנאשם להציע הסבר העשוי לשלול את ההנחה המפלילה העומדת נגדו. הסבר חלופי למערכת הראיות הנסיבתית, העשוי להותיר ספק סביר באשר להנחה המפלילה את הנאשם, די בו כדי לזכותו. בית-המשפט מניח את התזה המפלילה של התביעה מול האנטי-תזה של ההגנה ובוחן אם מכלול הראיות הנסיבתיות שולל מעבר לכל ספק סביר את גרסתו והסברו של הנאשם (ע"פ 497/92 נחום (קנדי) נ' מדינת ישראל, בפיסקה 5)".

כך שב והבהיר הדברים בית המשפט (כב' השופט הנדל) בע"פ 2884/12 חביבה נ' מדינת ישראל, (פ' 6, מיום 18.6.14):

"תנאי לקביעת ממצא מרשיע על בסיס ראיות נסיבתיות הוא כי אותו תהליך של הסקת מסקנות מוביל למסקנה הגיונית וסבירה אחת בלבד, המפלילה את הנאשם. על בית המשפט לבחון את התרחישים האפשריים בהתאם לראיות הנסיבתיות, ולבדוק אם ניתן להצביע על תרחיש מזכה המתיישב אף הוא עם חומר הראיות. מציאת תרחיש זה מחייבת כמובן זיכוי הנאשם, שכן נמצא שהמסקנה המרשיעה שוב אינה המסקנה ההגיונית היחידה. ואולם, על תרחיש חלופי זה להיות סביר. אין די באפשרות תאורטית ונעדרת כל אחיזה בראיות, אלא נדרש שהתרחיש המזכה יהיה הגיוני וריאלי"

מן הכלל אל הפרט

87. צירוף של שלושה חלקי תַּצְרָף יוצרים, לטענת המאשימה, תרחיש מרשיע המתיישב עם חומר הראיות הנסיבתי ועל בסיסו ניתן להוכיח אשמת הנאשמת בתקיפת הפעוט. הראשון הוא דברי הנאשמת לפעוט במהלך האירוע, בצירוף הטון הנלווה לו, השני הוא ארבעה הקולות הנשמעים כחבטות והשלישי הוא תגובת הפעוט הבאה בסמיכות לקולות אלו ומתבטאת בבכי מר ומתפרץ. על בסיס משקלן המצטבר של הראיות אל מול חוסר סבירותה של גרסת הנאשמת, סבורה המאשימה שניתן להגיע למסקנה הגיונית ויחידה, המפלילה את הנאשמת במיוחד לה.

88. גדר המחלוקת העובדתית אינו רב. הנאשמת מאשרת שאכן אמרה הדברים שנשמעים בהקלטה ואת בכי הפעוט. גרסתה למקור הקולות הנשמעים היא שמדובר במחיאות כף שמחאה לפעוט לשם משחק וכדי להרגיעו. גרסה זו, גם אם מועד בירורה הוא בשלב מאוחר יותר ורק במידה שאכן ניתן יהיה להגיע למסקנה מפלילה כנגד הנאשמת, מצמצמת עוד יותר את המחלוקת ומקלה את בירור מקור הקול, משמחיא את הכף, כמו גם החבטה הנטענת, הינן פעולות בעלות מאפיינים פיזיים דומים של מגע בגוף. צליל מחיאת הכף נוצר תוך כדי הטחת שתי כפות ידיים ונועד, כנטען, לצורך משחק ולהרגיע תינוק בוכה ואילו צליל החבטה או ההלקאה, נוצר באמצעות מגע שיש בו הפעלת כח על גוף אחר.

89. גרסת העריכה, שכאמור נדחתה, חשפה את הנאשמת לסיכון בלתי מבוטל. אם בתחילת ההליך לא הכחישה את קרות האירוע המתועד בהקלטה והקולות הנשמעים בה אלא הציגה פרשנות אחרת, תמימה, לתוכנה, הרי שבקו ההגנה המאוחר, לא חלקה למעשה ההגנה על זיהוי הקולות שנשמעו בהקלטה כחבטות, אדרבא טענתה הייתה שקולות אלו הושטלו במכוון כדי להפליל את הנאשמת (סיכומיה, סע' 156) אם כך, משנדחתה טענת העריכה ונקבעה אותנטיות ההקלטה, נותרה למעשה הסכמת ההגנה לתוכנה המפליל של ההקלטה.

בניסיונה של הנאשמת במהלך עדותה ליישב בין שתי הגרסאות, גרסת מחיאת הכף מכאן וגרסת העריכה מנגד, נדון בהמשך.

90. האזנתי להקלטה פעמים רבות כדי להתרשם באופן בלתי אמצעי מתוכנה. הכלל הוא, שאין מניעה לכך ששופט יעזר בחוש השמיעה שלו, כפי שהוא רשאי להיעזר ביתר חושיו, בזהירות הראויה. כך, נפסק כי **"התרשמותו של בית המשפט ממראה עיניו הוא אחד "מכלי העבודה" החשובים העומדים לרשותו, והיא נדבך חשוב ומרכזי בקביעת מהימנות עדים, בחינת ראיות חפציות וכיו"ב. לא זו בלבד שבית המשפט רשאי לעשות שימוש בכלי זה, אלא שתפקידו השיפוטי מחייב אותו להיעזר במראה עיניו, וכל עוד לא מדובר בהתרשמות הדורשת מומחיות - אין בכך כל פסול"** (ע"פ 4204/07 יניב סויסה נ' מדינת ישראל, 23.10.18 וכן ע"פ 602/06 אברהם נ' מדינת ישראל, פסקה 4 ([פורסם בנבו], 22.1.2007; ע"פ 1625/94 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 152, 156 (1994); ע"פ 244/98 משה נ' מדינת ישראל ([פורסם בנבו], 14.9.1999); קדמי, **על הראיות** חלק שני, 1267).

עוד ראה דברי ביהמ"ש בע"פ 440/87, **חדד נ' מ"י** פ"ד מג (1) 793 בקובעו כי התרשמות ביהמ"ש מהאזנה לקלטת, אינה "ייצור" ראייה אלא התרשמות בלתי אמצעית של השופט מראיה חפצית (הקול שבסליל) שהוגשה לפניו, ובאמצעות אחד מחושיו.

אמנם, על דרך הכלל, נועדה ההאזנה להסקת מסקנות לגבי זיהוי של נאשם מתוך השוואה לראיה חפצית כלשהי, תמונה, סרט וידאו או הקלטת קול (כך בעניין ע"פ 1625/14), אך בעניין סויסה לדוגמא עשה בית המשפט שימוש בהתרשמותו ממראה פניו של הנאשם והשוואתו לתיאור שמסר אחד העדים (בית המשפט העליון לא מצא בכך כל מניעה). בע"פ 4109/15 **מי רז נ' מדינת ישראל** (מיום 9.7.17) התרשם בית המשפט על בסיס קלטת שמע, ממצבו הנפשי של הנאשם והסיק מסקנות על בסיס טון דיבור, נימת קול ואינטונציה (שם, פ' 37 לפסק דינו של כב' הש' זילברטל).

ברוח דומה, אינני שוללת הסקת מסקנות ישירות ביחס לזיהוי קולות הקלים לזיהוי, כגון קול ירי, קול ניפוץ כלי זכוכית או קול טריקת דלת.

בענייננו, כאמור, אין מקום להסקת מסקנות על בסיס האזנה להקלטה לבדה אך כאמור מדובר בכלי עבודה חשוב מאין כמוהו.

91. מההאזנה להקלטה ניתן ללמוד שמתיישבת עם סדר האירועים ותזמונם המתואר בתמלולה ת/1, בחוות דעת המומחים וב-ת/7. עוד ניתן להתרשם שאיכות השמע ברובה גבוהה ובהירה, לרבות בקטעי הקול בו נשמעים הצלילים הנטענים כחבטות הראשונה, השלישית והרביעית.

מצאתי להחריג את קול החבטה השנייה, שנשמע במונה 1:48:51, אני סבורה שאיכות השמע שלו פחותה ואינה חדה דיה, על כן מלכתחילה אינו מאפשר הסקת מסקנה ברמת וודאות מספקת.

לאחר כל זה נפנה, איפוא, לבחינת כל אחת מהראיות בהתבסס על אמות המידה האמורות:

ניתוח תוכן ההקלטה - המלל: דברי הנאשמת לפעוט א.ב.

92. מעדות הנאשמת עולה שבעת האכלת הפעוטות הבחינה שא.ב. עשה את צרכיו והוציאה אותו מכיסא האוכל כדי להחליף לו חיתול. הנאשמת טענה שהפעוט כעס שהוציאה אותו מכיסאו ומיד החל לבכות (ת/7, ש' 84-89; פרו', , 150, 148) אך האזנה להקלטה מלמדת שבשלב הראשוני לא נשמע קול בכי. הנאשמת השכיבה אותו על משטח החתלה בספת הסלון (שם, ש' 93) והחליפה לו חיתול. בשלב זה נשמעת אומרת לו בקול רגז ובחוסר סבלנות: "עשית קקי? מכוער, עשית קקי? מכוער (1:47:33) מסריח, יא מסריח, בהמשך חוזרת הנאשמת פעמיים על המילים: "איכס, יא מסריח" (1:48 ו- 1:49:24) ושוב במונה 1:51:30.

מדובר באמירות שנאמרות בטון רגוז ותוקפני, בסמיכות לקולות הנטענים כחבטות, ולעיתים תוך שהפעוט בוכה מרות.

הנאשמת מודה בחקירתה ש"זה לא בסדר שאמרתי ככה אני בדרך לא מדברת ככה" (ת/7, עמ' 2, ש' 116) וכי מדובר ב"התפרצות רגעית" (שם, עמ' 1, ש' 114), הנאשמת אף מאשרת שדיברה ישירות לפעוט ומודה "שאני יודעת שזה א' דיברתי אליו ככה" (שם, ש' 123) וכי דיברה לא יפה (ש' 126).

בעדותה מנסה הנאשמת להמעיט מחומרת הדברים, ובלשונה הצורמת "בואו לא נהיה יפי נפש" (פרו', עמ' 158 ש' 1) הדיבור המעליב הפך "אירוע רגיל", הדיבור המכוון לפעוט הפך ל"בן אדם לפעמים בן אדם מתבטא וממלמל ביטויים לעצמו.. דיברתי לעצמי ולא לתינוק בן חמישה חודשים ולא כלפיו, אפילו אם אמרתי מסריח, זה הכוונה שלי שהיה מסריח, לא שאמרתי לו את זה" ובאשר לתוכן הדברים, שאין חולק שהם מעליבים ופוגעניים, משווה אותם הנאשמת ללא פחות מדיבור ל"מישהו שנוסעים בכביש ומישהו חתך אותך אז את יכולה להגיד" (פרו', עמ' 151, 158).

דבריה אלו עומדים בסתירה חדה להסבריה בחקירתה, ואף אינם מתיישבים עם תוכן ההקלטה. כפי שהסבירה בחקירתה, מדובר בדברים בוטים ו"לא יפים" כלשונה שנאמרו בשעת התפרצות לפעוט, עליהם חוזרת מספר פעמים, ואלו גם אמירותיה היחידות לפעוט במהלך האירוע.

טענתה שמדובר באירוע רגיל שאינה זוכרת מעלה חשד שמדובר במלל שהיה שגור בפיה. יש לדחות אף את השוואתה בין דיבורה המעליב כלפי תינוק רך שנתון לטיפול קלילות שמפטיר נהג לעבר נהג אחר על רקע שימוש בדרך, בוודאי שמדובר בהתבטאות שאינה ראויה למי שמחשיבה עצמה כאשת חינוך ועוסקת שנים רבות בטיפול בילדים רכים (ראו לעניין זה גם סע' 53, תגובותיהם הקשות של ההורים להתבטאויות הנאשמת,

פרו' עמ' 54 "הטון כועס הזה פשוט גמר אותנו" וכן תשובתה לשאלת בית המשפט, פרו', עמ' 169, ש' (20-22).

ניתוח ההקלטה - קולות הבכי

93. האזנה להקלטה מעלה, שלפחות ארבע פעמים פורץ א.ב בבכי במהלך ההקלטה הקצרה. לא מדובר בבכי חולף שהתחיל לפני כן או ממשיך במהלך ההקלטה ולא עוצר אלא בבכי פתאומי שמתחיל מיד באוקטבות גבוהות ומשדר כאב ומצוקה. פרצי הבכי מתחילים מיד ובסמיכות לקולות הנשמעים כחבטות ובתגובה להם.

עוצמת הבכי גבוהה וחריגה. כך לדוגמא לאחר הקול הנטען כחבטה השלישית (מונה 1:50:17) בוכה הפעוט מרות ללא הפסק. על כך ניתן ללמוד גם מהגעתו החפוזה של בן הנאשמת לסלון ושאלתו את אמו "מדוע הילד הזה בוכה?". כעולה מהראיות הבן שהה במחיצת אמו כל הבוקר, וטבעי שמורגל בשגרת היום בפעוטון ובבכי הפעוטות, ועדיין היה בבכיו של א.ב דבר מה חריג, שעורר את דאגתו. לאחר עזיבת הבן, הפעוט ממשיך לבכות עד שהוא משתנק ובכיו מתגבר (מונה 1:51:20) ולא מפסיק (עד מונה 1:52). מדובר בבכי מר וממושך בן כשתי דקות במהלכו שוחחה הנאשמת עם בנה (אגב גם בחוסר סבלנות ובטון כעוס), שבה ועלבה בפעוט (מונה 1:51:30) אך לא נשמע כל ניסיון מצידה להרגיעו.

94. גרסאות הנאשמת באשר לסיבות לבכי בפעוט מתחלפות: במענה לשאלת בנה השיבה הנאשמת ש.א.ב בוכה "כי שורף לו הטוסיק". בחקירתה כאמור טענה שבכה מכעס כי נאלץ להפסיק לאכול (שם, ש' 98-99), ובהמשך הוסיפה שבכה "כי שרף לו הטוסיק ולקחתי אותו מהאוכל" (שם, ש' 128), וכשנשאלה על פשר בכיו לאחר אחת מקולות החבטה הנטענים (ת/7, ש' 146-150) השיבה "זה צריך לשאול אותו". בחקירתה הראשית חזרה על גרסתה (פרו', עמ' 151, ש' 32) וסיפרה ש.א.ב סבל מ"תפרחת חיתולים קשה של כוויות בעור והטוסיק שלו היה מאד מגורה" (פרו', 148). אמו של הפעוט הכחישה בעדותה שבנה סבל מבעיות בעור (פרו', עמ' 65, ש' 14).

ניתוח ההקלטה - הקולות הנטענים כחבטות

קטעי הקול הנטענים כחבטות אכן מתיישרים עם הגדרתם ע"י העדים כמגע של גוף בגוף. אני מסכימה עם ממצאי המומחים שאין מדובר בקולות זחים אך ניתן לאבחן בינם לבין רעשים אחרים שנשמעו בהקלטה, כגון טלטול מכשיר ההקלטה או התיק שבו הוחבא (מונה 1:48:49). נכון יהיה לציין, כי הורי הפעוטות שהאזינו להם זיהו אותם בוודאות כקולות חבטה "מכה של עור פוגע בעור" (פרו', עמ' 66 ש' 5) ואף לא אחד מהם סבר שמדובר בצליל שמקורו אחר.

דין והכרעה

95. לאחר שבחנתי בזירות רבה את הראיות הרלוונטיות והאזנתי האזנה מוקפדת להקלטה, מצאתי לקבוע

על בסיס מכלול הראיות המפורטות דלעיל, כי הקולות הנטענים כחבטה הם אכן קולות חבטה ומקורם במעשי תקיפה שביצעה הנאשמת כלפי הפעוט א.ב. . כפועל יוצא ממסקנתי זו אני קובעת, כי התרחיש העובדתי המפורט בכתב האישום הינו התרחיש היחיד המתיישב עם הראיות. העובדה שמדובר בריבוי מעשי תקיפה ובהמשך להם בכי כואב ולא סיטואציה חד פעמית מחזקת את תוקפה של מסקנה זו.

96. עם זאת אין בדעתי לקבוע ואני סבורה שהדבר אף אינו הכרחי, האם מדובר בהצלפות על גוף הפעוט, סטירות או חבטות במקומות אחרים בגופו. די בקביעה, על בסיס התמונה הכוללת ובהצטרף כלל הראיות, כי המסקנה ההגיונית היחידה הינה שקולות אלו נוצרו ממגע בין גוף לגוף, מגע הנאשמת בגופו של הפעוט שאינו יכול להגן על עצמו, מגע שבוצע בכח והסב לו כאב רב.

לאחר שאמרתי כל זאת, נפנה לבחון את הסברי הנאשמת והאם יש בכוחם כדי לספק תרחיש חלופי היוצר ספק סביר.

97. הנאשמת בחקירתה (ת/7) הציעה הסבר אחר לקולות וטענה שמדובר במחיאות כף, "**לפי מה ששמעתי אני מחאתי כף**" (לאחר שהושמע לה מונה 1:48:52), מחיאת כף שהיא "**חלק ממשחק להסיח את דעתו** (של הפעוט מ.ג.) **למשהו אחר**" (עמ' 5 ש' 136, 141). זו הייתה גם תשובתה כשהשמיעו לה את הקולות במונה 1:47:33 ו-1:50:18 וב- 1:52:12 "**שוב אותו דבר ולא יודעת אם זה לא לופ שעושים אותו דבר, וזה לא מכה זה מחיאת כף שלי חלק ממשחק**" (שם, ש' 152-153). בחקירתה המאוחרת, מיום 18.7.16 ת/6 לא חזרה בה מגרסתה זו.

98. בעדותה ניסתה ליישב בין גרסתה בחקירה ובמהלך ניהול ההוכחות, אך ללא הצלחה. עדותה מבולבלת ומתחמקת, לעיתים חוזרת לגרסת מחיאת הכף, ומקום אחר מתקשת שמדובר בהקלטה ערוכה. גם הסבריה באשר לגרסת מחיאת הכף משתנים. לטענתה, לא זכרה שמחאה כף במהלך האירוע אלא רק נתנה פרשנות לצליל שהשמיעו לה (פרו', עמ' 167 ש' 3-5 ובמענה לשאלת בית המשפט, עמ' 168, ש' 4-9) אך מקום אחר מודה ש"**יכול להיות שאחת הפעמים זה באמת היה מחיאת כף**" (שם, ש' 7), ושמבקשת ע"י ב"כ המאשימה ליישב בין גרסאותיה השונות, משיבה את התשובה המבולבלת הבאה: "**לא אמרתי שלא מחאתי, יכול להיות שמחאתי כף ויכול להיות.. אני פשוט לא זכרתי את הסיטואציה**", ולשאלת בית המשפט בהמשך: "**אני משיבה כי הגרסה שלי בנוגע לארבעת הצלילים שהמאשימה טוענת שהם מכות שאולי הם מחיאת כף . אין לי גרסה שונה לגבי כל אחד מהצלילים**" (פרו', עמ' 171, ש' 12-13).

באשר למטרת מחיאות הכף, מסבירה כי "**אני מרגיעה עם מחיאת כף, לפעמים תינוק שסובל אני מרגיעה עם צעצוע או כל מיני אמצעים**" (עדותה עמ' 171 וראו גם עמ' "**לפעמים אני עושה להם עשר אצבעות ואז אני מוחאת כף כאילו הבלון התפוצץ**" עמ' 176)

ובכלל, הנאשמת מנסה להתחמק מתשובות לשאלות קשות רבות, בעיקר ביחס לזיהוי הקולות, בטענה שאינה זוכרת (ת/7, ת/6, פרו', עמ' 169, עמ' 170 ש' 5, ש' 29-30, עמ' 171 ש' 31). עם זאת, ביחס למעשיה האחרים באותו היום מפגינה זיכרון מרשים. כך בת/6 זוכרת גם לאחר שלושה חודשים מה עשו הפעוטות האחרים בעת הארוע (ש' 26-27), כך בחקירתה הראשית שמגוללת את רצף האירועים בפירוט רב וזוכרת במדויק כל פרט מאירועי היום. הכל, למעט טיבם של הקולות שנשמעים בהקלטה.

99. הנאשמת הותירה עלי רושם בלתי מהימן, עדותה הייתה בלתי אמינה ובלתי עקבית. הנאשמת לא הצליחה להציג גרסה סדורה ביחס למעשיה במהלך הארוע, כך חוזרת פעם אחר פעם לגרסת מחיאת הכף, ומוסיפה בשפה רפה שמדובר בכלל בהקלטה ערוכה. אינני מאמינה לה שלא זכרה את פשר הקולות הנשמעים בהקלטה ובעדותה ניכרה הסתייגותה מגרסת העריכה שהחליפה את גרסתה הקודמת. הנאשמת לא הביעה שמץ של חרטה או תחושת אשמה ולו על דרך דיבורה, ואף לא תובנה לזעזוע שאחז בהורי הפעוטות נוכח התנהלותה. לאורך כל העדות לא הפגינה כל אמפתיה להורי הפעוטות ואף זלזלה בתחושותיהם הקשות. את תדהמתם ממילותיה הקשות ראתה כהתנהגות יפת נפש (עמ' 158), ואף לא בחלה בתיאור המתלונן כמשועמם שחי בפרנויה ומעצים דברים (עמ' 159).

100. לא מצאתי ממש בטענות ההגנה בסיכומיה ביחס לאופן חקירת הנאשמת ע"י החוקר רוני יהואש (סיכומי ההגנה, סע' 67-103). החוקר לא הציג בפני הנאשמת מצג כוזב אלא השמיע לה ההקלטה וביקש לקבל גרסתה ביחס לקולות הנטענים כחבטות. יותר מכך, החוקר לא מסר בעדותו, כטענת ההגנה, שהנאשמת אישרה שהכתה את הפעוט או זיהתה את הצלילים שהושמעו לה כמכות או חבטות, דבריו מתיישבים עם תוכן חקירתה ת/7. אף טענות ההגנה כנגד הכשרתו של החוקר אינן רלוונטיות, מאחר שחלקו התמצה בתפיסת מכשיר הטלפון של המתלונן ולא יותר מכך (פרו', עמ' 58, ש' 1). תחושותיה הקשות של הנאשמת במהלך חקירתה מובנות (ראו עדותה, עמ' 149), הנאשמת סיפרה כי הייתה שרויה בהלם מוחלט וברור כי חקירתה והחדתה בתקיפת קטין שטופל על ידה נפלה עליה בהפתעה. עם זאת, נראה שבמהלך חקירתה התעשתה הנאשמת, שכאמור התייעצה טרם חקירתה עם בא כוחה, ענתה בהרחבה לשאלות החוקר ואף הסבר משלה לתוכן ההקלטה.

הייתה לנאשמת הזדמנות לקבול על התנהלות החוקר כלפיה בחקירתה המאוחרת, אך גם בעניין זה לא נטען דבר.

באשר לטענות הנאשמת שההקלטה הושמעה לה ב"לופ", וכי לא הושמע לה החלק הרלוונטי בהקלטה במלואו (פרו', עמ' 150), הרי שעיון בחקירתה ת/7 מעלה, כי החוקר השמיע לה קולות שמע מארבעה מקומות שונים בהקלטה (ראו ת/7 ש' 135 משמיע מונה 1:48:52; ש' 141, מונה 1:47:33, ש' 145 מונה 1:50:18, ש' 151, מונה 1:52:12), תוך שהוא מציין זאת בפניה. גם אם כטענת הנאשמת החוקר לא ציין בפניה במפורש נתוני מונה ההקלטה (פרו', עמ' 151, ועדות החוקר שאינו זוכר, עמ' 60 ש' 20), ברור מתוכן החקירה שמדובר בהשמעת מספר קטעי קול, כשבכל פעם מבקש החוקר לקבל את גרסתה. לאחר השמעת קטע הקול הרביעי, אכן הנאשמת טוענת כי נשמעים לה דומים "ולא יודעת אם זה לופ שעושים אותו דבר" (ש' 152, אך לא

משנה מגרסתה, ולא מעלה כל חשד לעריכה. זהו גם המקום לציין, כי לדעת המומחים אין מדובר בקולות דומים, ולא ניתן כלל לזהותם כצליל חוזר. המומחה בלדינגר אף מבהיר שלאחר בדיקה מדוקדקת, מצא שקיים הבדל בין צליל הרעשים "ואין מדובר בפיקים של רעש שיש להם מאפיין קבוע ועקבי. למעשה, אין שמע "חבטה" אחת זהה לאחרת" (חו"ד נ/4, פרק ג', עמ' 9).

101. גרסת מחיאת הכף בחקירת הנאשמת אינה פרשנותה לקולות שהושמעו לה כטענתה בעדותה ובהמשך בסיכומי ההגנה (סע' 181 ואילך). הנאשמת מציינת במפורש, כי מחאה כף ומסבירה את מחיאת הכף כסוג של משחק להסטת תשומת לב הפעוט. טענת פרשנות הקולות הינה גרסה מתחכמת ומתחמקת שאינה מתיישבת עם גרסתה בחקירתה. כפי שכבר הובהר (סע' 98) הנאשמת אף לא הצליחה להחזיק בגרסה זו במהלך חקירתה הנגדית והודתה שלפחות פעם אחת מחאה כף (פרו', עמ' 167, 172, 168). עם כל הכבוד לבקשת ההגנה בסיכומיה לראות בגרסתה עדות שמיעה או עדות סברה (שם, סע' 177), הנאשמת אינה יכולה לחמוק מחובתה לתאר ולהסביר את ההתרחסות במהלך האירוע שבפנינו, בו לקחה חלק ובו הייתה שותפה פעילה.

102. מצאתי לדחות הסבריה של הנאשמת, לפיהם כל שעשתה הוא למחוא כף לפעוט לשם משחק והרגעה. מלכתחילה מדובר בגרסה שנדחקה הצידה, כשעל חולשתה ניתן ללמוד מעצם זניחתה והשינוי החזיתי בקו ההגנה.

תרחיש חלופי זה אינו מתיישב עם מילותיה הקשות ועם פרצי בכי הפעוט. ניסיונה לשוות למעשיה אופי תמים אינו מתיישב עם המארג הראייתי הנסיבתי, ואף לא עם השכל הישר וניסיון החיים, בוודאי כשמדובר בהתנהלות מטפלת מנוסה ומקצועית. הנאשמת אף לא מספקת הסבר מדוע, לאחר שהפעוט החל לבכות בכי מר, אינה מפסיקה למחוא כף ופועלת להרגיעו ולנחמו, כמצופה ממנה.

תמיכה למסקנתי זו ניתן למצוא בעדות אמו של א.ב., ל.ב. השוללת בחקירתה הנגדית האפשרות שבנה בוכה ממחאות כף: " .. זה ילד שמחאו לפניו כפיים ושרו לפניו שירים והוא לא היה בוכה ממחאות כפיים ולא היה נבהל ממחאות כפיים" (פרו', עמ' 66).

103. לאחר שהגעתי למסקנה, על בסיס התמונה הכוללת ובהצטרף כלל הראיות, כי המסקנה ההגיונית היחידה הינה שהקולות בהקלטה נוצרו מהלקאת הפעוט ע"י הנאשמת, ולאחר שמצאתי לדחות את הסברי הנאשמת, אני קובעת כי הוכחה אשמת הנאשמת בתקיפת הפעוט א.ב. ברמת הוודאות הנדרשת בפלילים.

האם תקיפת הנאשמת גרמה לפעוט א.ב. חבלה של ממש

104. הגדרת סעיף 368(א) לחוק העונשין מחייבת לשם הרשעה קביעה כי התקיפה שבוצעה בקטין גרמה לו חבלה של ממש. המאשימה מבקשת לראות בפרצי הבכי כמלמדים על 'מכאוב של ממש' ועונים על הגדרת הסעיף. ההגנה מצידה סבורה שלא ניתן להסתפק בכך ושגישת המאשימה אינה מתיישבת עם רוח החוק

והפסיקה הנוהגת. לחילופין סבורה, כי גם אם פרשנות המאשימה לבכי כמכאוב תתקבל, אין הבכי מהווה ראייה לכאב מוחשי כנדרש בחוק (סיכומיה, סע' 210, עוד הפנו לפסיקה מתאימה).

105. כזכור, סעיף 34 כד לחוק העונשין, הוא סעיף ההגדרות, אינו מספק הגדרה למונח 'חבלה של ממש'. כך ניתן למצוא בו הגדרה למושגים של 'חבלה' ו'חבלה חמורה' אך חסרה בו הגדרה למושג 'חבלה של ממש', על אף שרכיב זה מופיע במפורש בסעיפי עבירות שונות, (ראו סעיף 380 לחוק העונשין).

מושג זה זכה לפרשנות מרחיבה למדי בפסיקה, אשר מבוססת על המונח 'חבלה' כהגדרתו בחוק. חבלה היא 'מכאוב, מחלה או ליקוי גופניים, בין קבועים ובין עוברים'. לעניין זה נקבע כי אין צורך בתיעוד רפואי לצורך הוכחת יסוד זה וניתן להסתפק בראיות אחרות, לרבות עדות נפגע העבירה.

106. בספרו של המלומד קדמי (י.קדמי, **על הדין בפלילים - חלק שלישי**, עמ' 1523, תשס"ו-2006) הוצע, כי לצורך התקיימות יסוד זה של 'חבלה של ממש' די בכך ש"תהא זו פגיעה גופנית 'מוחשית' כלשהי, להבדיל מפגיעה חסרת משמעות ונטולת ביטוי 'מוחשי'" עם זאת הודגש שם כי המונח 'מכאוב' הכלול בהגדרת 'חבלה', מאפשר אף לכלול בגדרה פגיעה גופנית המסבה כאב בלבד, ההגדרה המוצעת משקפת אף את רוחו של פסק הדין ע.פ.ב"ש 123/71 **מדינת ישראל נ' דיאב זועבי** (פס"מ, ע"ח 155). פסק הדין דן בהרחבה בסוגיה זו ובו נקבע כי המחוקק לא מצא לנכון להציב גבול תחתון למושג חבלה, וכי מדובר בקשת רחבה מאד, "**מפצע של ממש ועד לכאב, דכאון ועלבון. יוצא איפוא, שדי בפגיעה גופנית שגורמת לכאב בלבד כדי שהפגיעה תהיה בגדר חבלה גופנית**". בית המשפט לא ראה לנכון לראות במונח זה כיוצר סוג חבלה נוסף על הסוגים שהוגדרו בחוק, לדעתו אין במילה "ממש" (actual) כדי להוסיף מימד כלשהו. (ראו גם ת"פ (מח-ב"ש) 57/94 **מדינת ישראל נ' פלוני** מיום 18.9.95).

אבחנה זו, המרחיבה מעט את גבולותיו של הביטוי מוחשי לחבלה התקבלה גם בעניין וייספיש (ע"פ 1976/11 **ויספיש נ' מדינת ישראל**, מיום 21.11.11). שבו נקבעה הפרשנות המקובלת בפסיקה למונח חבלה של ממש, ולפיה יש להוכיח "חבלה אשר לה ביטוי מוחשי", אך כדי למלא אחר דרישה זו ניתן להסתפק במכאוב שהסב כאב. בעניין וייספיש למשל נקבע, כי עדות שמסר המתלונן על מכאוב שנגרם לו מפגיעת אבן עונה על הגדרה 'חבלה של ממש'^[12]. (ראו גם סע' 212 לסיכומי ההגנה).

קביעה זו רלוונטית עד מאד לענייננו, באשר עלינו לבחון האם אכן נגרם לפעוט א.ב. מכאוב שיש בו כדי להוות "ביטוי מוחשי" של הפגיעה בו. יצוין, כי לגבי סעיף העבירה המיוחס לנאשמת, סעיף 368א, הרחיב המחוקק את הגדרת החבלה הרחבה נוספת ואפשר לכלול בגדרו גם חבלה נפשית (סעיף 368ב(ג) לחוק). טענת ההגנה (סע' 206-208 לסיכומיה), לפיה הגדרת החבלה במסגרת סעיף זה מחריגה אותה מהגדרתה הכללית בסעיף ההגדרות ויש לפרשה על דרך הצמצום אינה נכונה ואינה מתיישבת עם לשון הסעיף.

107. אין חולק כי לא נצפו על גוף הפעוט סימני תקיפה (פרו' עמ' 64, ש' 31). לגרסת המאשימה האזנה להקלטה מלמדת, כי בעקבות כל מכה שהכתה אותו הנאשמת, צרח א.ב. ממושכות לעיתים אף מספר דקות,

תוך שהוא משתנק ובכיו מתגבר. עוד סבורה המאשימה, שיש לתת משקל לכך שמדובר בתינוק רך שאינו יכול לדבר ודרכו להביע את כאבו הינה באמצעות בכי. בכיו הוא הביטוי המוחשי של המכאוב הממשי ואינו מותר ספק כי התינוק סבל מכאב של ממש כתוצאה מתקיפת הנאשמת, כשכל אחת מהמכות המוטחות בו מעצימה את כאבו. עוד הפנתה לעדות אם הפעוט, לפיה לאחר האירוע היה נתון במצב רגשי קשה, שהתבטא בקש"י שינה, בכי וכיו"ב.

108. לאחר שבחנתי טיעוני הצדדים והראיות הנדרשות להכרעה בסוגיה זו בראי הפסיקה מצאתי לקבוע, כי תקיפת הנאשמת גרמה לפעוט א.ב מכאוב של ממש שהינו חבלה של ממש. הרכיב הרלוונטי בין הגדרות ה'חבלה' לענייננו הוא קיומו של מכאוב, היינו הוכחת קיומו של כאב שנגרם כתוצאה ממעשה תקיפה. כפי שכבר נקבע, מעשי התקיפה של הנאשמת הם אלו שגרמו לבכי הפעוט, כך בכל אחת מהמכות שהוכה הפעוט הגיב זה בבכי חריג בעוצמתו ובמשכו, בכי מחמת כאב. לא ניתן לטעות בעת האזנה לקולות הבכי וניכר כי תקיפת הנאשמת הסבה לו כאב מוחשי (ראו לעניין זה מונה 1:51:30-1:51:20). רצף התקיפות, לצד מלל פוגע ומעליב, מאפשרים אף להגיע למסקנה שמדובר בבכי שהינו תוצאה ישירה של מכאוב של ממש.

אכן הפעוט הרך אינו יכול לבטא את שהוא מרגיש אך בכיו מדבר בעבורו, כזכור מדובר בתקיפה על ידי מי שהופקדה לשמור על שלומו ובטחונו, הוא תלוי בה ונותן בה אמון רב. כפי שבעניין וייספיש הסתמך בית המשפט על אמירתו של הנפגע בעדותו ולאחר על שכאב לו מאד, ניתן לראות בבכי הפעוט ביטוי מוחשי לתחושות הכאב והעלבון שחש.

עדות אם התינוק מחזקת מסקנה זו, לפי עדותה לאחר הארוע בנה היה מצוי במצב רגשי קשה והתקשה לפתח אמון בזרים "היו לו קשיים של הלילה, סיוטים או טנטונים, בכי, היה לו קטע שישב בכסא האוכל ומתנתק לכמה שניות ופתאום חוזר" (עדוטה, עמ' 63). אין בכך די כדי לקבוע שלפעוט נגרמה גם חבלה נפשית, והמאשימה אף לא טענה לכך, אך יש בדברי אמו כדי לחזק את המסקנה שלמעשי הנאשמת הייתה השפעה ארוכת טווח ומשמעותית עליו[13]. תמיכה נוספת מצאתי גם בתגובת בן הנאשמת לבכי הפעוט (סע' 94).

109. עיינתי בפסיקה שהוגשה ע"י ההגנה, ואכן ישנם מקרים שבהם קבע בית המשפט, כי גם מקום שנגרמו למתלונן חבלות, אינם מהווים חבלה של ממש (כך בת"פ 34952-02-11 (חי) מדינת ישראל נ' אטקישייב שם נגרם למתלוננת סימן אדום קטן וחולף או בת"פ 10377-04-11 (י"ם) מדינת ישראל נ' אוליבר, שם נטען כי תקיפת ישישה חסרת ישע ע"י המטפלת שהייתה מודעת לשברים בגופה, גרמה לה מכאוב). אומר יותר מזאת, לו במקרה שלפנינו היה מדובר בתקיפה אחת ולא בריבוי תקיפות שגרמו לפעוט למספר פרצי בכי כואב ועוצמתי, ניתן אף בתיק זה להגיע למסקנה דומה. אלא שאני סבורה שבנסיבות החריגות של המקרה שלפנינו, ניתן לראות מעשה תקיפה ממשי המשליך גם על עוצמת המכאוב וביטוי המוחשי.

110. משהגעתי למסקנה, כי הוכחו יסודות העבירה המיוחסת לנאשמת כנדרש והתנאים לקבילות ההאזנה האסורה, מתייתר הצורך לדון בטענותיה המקדמיות הנוספות של הנאשמת, לרבות אלו היוצאות כנגד

החלטת התביעה להאשימה בעבירה זו וטענות נוספות לפגם בכתב האישום והגנה מן הצדק.

דין קצר בתזה החלופית של המאשימה

111. בסיפא סיכומיה הציעה המאשימה תזה חלופית להרשעת הנאשמת. לשיטתה, במידה שלא ניתן להרשיעה בעבירה שיוחסה לה, אך ניתן לקבוע אשמתה בעבירה פחותה בחומרתה שאינה מהווה "פשע חמור" לפי חוק זה, לא יביא הדבר לפסילת הראיה. לגישתה, סעיף 13(א)(2) רישא, קובע כי בית משפט מוסמך להורות על היתר קבילות ראיה רק ב"הליך פלילי בשל פשע חמור" אך לא דורש בהכרח הרשעה בעבירה כאמור.

112. בשל חשיבותה של הסוגיה, מצאתי להקדיש לה מספר מילים. סעיף 13 לחוק האזנת סתר דן כאמור בקבילות ראיות שהושגו בניגוד להוראת חוק זה, ומאפשר, בנסיבות חריגות כמפורט בו, להתיר האזנה אסורה כראיה במשפט. לשיטת המאשימה, מרכז הכובד של סעיף זה טמון בפירוש המונח "הליך", והדרישה היא לקיומו של הליך בשל פשע חמור ולא בהכרח לתוצאתו.

113. ממבט ראשון נראית תזת המאשימה שובת לב, כי הרי השלב הדיוני שבו אנו נדרשים לדון בבקשת המאשימה להיתר קבילות הראיה אינו בסופו של משפט אלא במהלכו, ואולי אכן די בהגשת הראיה בהליך פשע חמור, במנותק מתוצאתו.

הסתייגותי מפרשנות מרחיבה זו הינה במספר מישורים, הנוגעים ללשון החוק ובעיקר לתכליתו. פרשנות המאשימה מנתקת בין רישא הסעיף להמשכו. בסעיף 13(א), נקבע כלל אי קבילות האזנת סתר בלתי חוקית כראיה בבית משפט, בכל הליך שהוא, מתחילתו ועד סיומו. מכאן שחריגים לכלל זה יהיו רק ההליכים המפורטים בהמשכו, היינו הליך פלילי בשל חוק זה והליך פלילי בשל פשע חמור, הכוונה כמובן להליך פלילי על כל שלביו, היינו מהגשת כתב האישום ועד מתן פסק דין.

ובאשר לתכלית החוק, רבות נכתב בפסיקה על אודות חשיבותה של הזכות לפרטיות ועל הפגיעה הקשה שמסיבה לה האזנת סתר. הזכות לפרטיות הינה מהחשובות שבזכויות האדם בישראל, ואף הוכרה כזכות חוקתית בגדרי חוק יסוד: כבוד אדם וחירותו. אזכיר בעניין זה גם את סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות התשמ"א-1981. כך נפסק בסוגיה זו בע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס מט (3) 309,353:

"האזנת סתר היא התערבות חריפה בזכותו של אדם להיות עם עצמו. היא מהווה חדירה קשה לפרטיותו של האדם. היא שוללת מהאדם את מנוחת נפשו, את בטחונו בחופש רצונו. הוא הופכת את מבצרו לכלאו. עם זאת, הזכות לפרטיות אינה מוחלטת. ניתן לפגוע בה לשם מניעת עבירות, אשר סופן הגנה על הפרטיות של אחרים, ועל כבודם וחירותם".

המתח הטבעי שקיים בין צורכי גילוי האמת ומניעת עבירות מחד, לבין מניעת הפגיעה בזכותו של אדם לפרטיות וצנעת

שיחו, מנגד, מקבל את ביטוי בניסוח המאוזן והמוקפד של חוק האזנת סתר וחריגיו. כך נקבע, כי היתר להאזנת סתר יינתן רק ע"י נשיא בית משפט מחוזי, כך סעיף 13 עצמו המונה חריגים צרים ולצדם מנגנון סינון מוקפד. תחומיו וגבולותיו של חוק זה ברורים וחדים, ומשיש בו כדי לפגוע פגיעה קשה בפרטיותו של אדם, ראוי לפרשו באופן זהיר ומצומצם, המתחייב מרגישותו ומורכבותו של נושא זה. לכל הפחות, נכון יהיה לפרשו, מקום שניתן לשתי פרשנויות, לטובת הנאשם.

אודה, כי חרף מאמץ רב לא מצאתי פסיקה בה נדונה סוגיה דומה, אך נכון יהיה להביא בענייננו את דבריו היפים (והקולעים) של כב' השופט הנדל בפסק דינו בת.פ. (ב"ש) 7336/97 **מדינת ישראל נ' שי אבוקסיס** (מיום 21.9.98), שלא נס ליחם[14]:

"באשר לכוונת המחוקק יודגש כי הביטוי "בשל פשע חמור" אינו מופיע בהצעת החוק והוא הוכנס לאחר מכן לחוק כפי שתוקן. מכך ניתן ללמוד כי המחוקק רצה להגביל את השימוש בהיתר החריג של סעיף 13 רק לעבירות חמורות. חומרת העבירה מהווה סיבה מוצדקת לאפשר איזון בין הדרישות הקפדניות של החוק להגן על הפרטיות ובין טכניקת יתר ביישום ההוראות העלולה לפגוע בציבור.. המוקד אינו העברין אלא העבירה יש לבדוק האם העבירה הינה בדרגת חומרה כזו המצדיקה סטייה מכלל הפסילה".

עוד ראו ע"פ (חי') 4757-09-12 **אורן דהן נ' מדינת ישראל** (מיום 21.3.13), פ' 20.

טרם נעילה

לא קלה הייתה דרכנו בתיק זה. כזכור, תחילה קבעתי שההקלטה הינה האזנת סתר שאינה קבילה ורק לאחר ששוכנעתי שהוכחה אשמת הנאשמת בעבירה המיוחסת לה, הכשרתי קבילותה. אך הרשעה זו והערת אזהרה בצידה. מעשי המתלונן בתיק זה נעשו אמנם בתום לב אך בדרך של האזנת סתר האסורה בחוק. עבירה על חוק זה חמורה ובצידה עונש מאסר בן חמש שנים.

אכן, המצב החוקי היום, שבו הקלטות, שמטרתן להגן על חסרי ישע ולחשוף פגיעה בהם, נחשבות להאזנות סתר בלתי מותרות, מטריד. לא אחת אנו עדים לחשיפת התעללויות בקטינים או בקשישים והדרך היחידה לגילוי אמת כואבת זו הינה מעקב ופיקוח של הורים ואחרים למתרחש במוסדות אלו, באמצעות האזנות. העובדה שחסרי הישע הזקוקים להשגחה צמודה אינם יכולים לדאוג לטובתם ואף לספר על שארע להם, מייצרת קושי מובנה ומגבילה האפשרות לפקח על אופן הטיפול בהם. פעוטות וגם קשישים נתונים לחסדי מטפליהם, ואלו, לעיתים, מנצלים מגבלותיהם, כדי להתאכזר להם.

עם זאת, אין לפתור בעיה מורכבת זו באמצעות פגיעה בלתי מידתית בזכויותיהם של המטפלים בהם. אל לנו לאפשר פלישה בלתי מבוקרת לרשות היחיד, לביתו-מבצרו של אחר, ללא הסכמתו. הפתרון הראוי הוא באמצעות חקיקה מתאימה.

חוק התקנת מצלמות לשם הגנה על פעוטות במעונות יום לפעוטות תשע"ט-2018 שנחקק כדי להגן על שלומם של

הפעוטות השוהים במעונות באמצעות התקנת מצלמות וחוק הפיקוח על מעונות יום לפעוטות תשע"ט-2018, שנועד להסדיר הפעלת המעונות והגנה על הפעוטות השוהים בהם, הם חלק ממאמץ חקיקתי שנועד להסדיר הטיפול בבעיה כאובה זו.

לכך אוסיף הצעות חוק רבות שהונחו על שולחן הכנסת, כך הצעת החוק (הצעת חוק האזנת סתר (תיקון-האזנה בגין חשד להתעללות בפעוטות ובחסרי ישע) התשע"ז-2017^[15] ונותר רק לקוות שהמחוקק ימצא פתרון לתופעה חמורה זו בהקדם האפשרי.

סוף דבר,

אני מרשיעה הנאשמת בעבירה המיוחסת לה, עבירה של תקיפת קטין ע"י אחראי וגרימת חבלה של ממש, לפי סעיף 368ב(א) לחוק העונשין התשל"ז-1977.

מרב גרינברג, שופטת

הכרעת הדין ניתנה במעמד הצדדים ביום 19.12.19.

[1] ראו לעניין זה סע' 10 ואילך להחלטתי מיום 14.2.18 וכן ע"פ 1497/92 **מדינת ישראל נ' צוברי** (28.3.93) וע"פ (ת"א) 1770/97 **מדינת ישראל נ' לאופר**, שם נקבע כי "בעל שיחה" אינו חייב להיות משתתף פעיל בשיחה ויכול להיות אף מאזין בלבד.

[2] הנחיית פרקליט המדינה [2] מספר 2.35- "**מדיניות פתיחה בחקירה והעמדה לדין בגין תיעוד קולי או ויזואלי של מטפל בקטין או בחסר ישע שבוצע ללא הסכמת המתועדים ושימוש בתוצרים אלה בהליך פלילי**".

[3] סעיף 7 להנחיה דנא, הקובע כי במצבים כמו זה שלפנינו, שבהם מותקנים מכשירי הקלטה בבית חסר ישע או במסגרות יעודיות כגני ילדים וכיו"ב, כאמצעי לפיקוח ובקרה ומתעדים, על פני תקופה, גם תיעוד מעשי המטפל או אחרים ברשות היחיד, "**הרי שלכאורה הוא מהווה גם האזנת סתר אסורה**" וקיים חשד להפרת חוק האזנת סתר.

[4] ראו גם דברי נציג הפרקליטות, ד"ר חיים ויסמונסקי, בישיבת הועדה לזכויות הילד בנושא אלימות כלפי ילדים במעונות מיום 14.3.17, לפיו הקלטה ע"י הורה בגן וללא הסכמה הינה "באופן חד משמעי...האזנת סתר"

[5] ראו: דברי ההסבר להצ"ח האזנת סתר (תיקון) התשנ"ד-1994, ס"ח 151 בעמ' 549).

[6] ראו לדוגמא ת"פ (מח'ב"ש) 50074-03-13 מדינת ישראל נ' אדגה, שם דחה הש' אינפלד בקשת המדינה לפי סעיף 13 חרף פגיעה מצומצמת בפרטיות, משלא שוכנע בדבר חיוניות הראיה.

[7] ראו אישור פרקליט המדינה מיום 17.8.16 (אגב זמן ממושד טרם ניתנה החלטתי)

[8] עוד בחנתי המקרה בהתאם לאמות המידה שנקבעו בפסיקה בעניין החרג לסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות תשמ"א-1981 בבג"צ 6650/04 **פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה**, ומצאתי שהפגיעה בפרטיות אינה חמורה ומנגד ערכה הראיית של הראיה וחשיבותה לחקר האמת רבה, ומכאן שניתן להגיע גם בדרך זו למסקנה דומה.

[9] כך לדוגמא בסע' 1, 13,36,44,54,58,66,73,81,113,118,127,152,164 וכהנה וכהנה.

[10] 10/ת נמצא לאחר שהמתלונן העיד, בעקבות חיפוש מאומץ שנערך במשרדי התחנה, ראו עדות פקד גדי בש מיום 11.3.19, 12/ת ו-2.

[11] בהחלטה זו קיבלתי טענת ההגנה כי דרך המלך מקום שבו מתבצעת הקלטה ע"י אדם פרטי, שאינו איש מרות, הינה הגשת חוות דעת שתבדוק התקיימות תנאי הקבילות הטכניים ע"י מומחה מטעמה. ראו לעניין זה בהרחבה החלטת בית המשפט המחוזי ב"ם בת.פ 25493-06-12 **מדינת ישראל נ' חזן ואח'** מיום 11.1.15.

[12] המערער הורשע, בין היתר, בעבירה של תקיפה הגורמת חבלה ממשית בנסיבות מחמירות (סעיף 380 ו-382(א) לחוק), ובית המשפט הסתפק בעדות המתלונן על כך שנגרמו לו כאבים כתוצאה מפגיעת האבן, ועדות עד נוסף לו מסר לאחר שפגעה בו האבן כי "מאד כואב לו".

[13] ראו לעניין תגובה נפשית שהוכרה כחבלה של ממש- ת"פ (י"ם) **1340/97** מדינת ישראל נ' משאלי (פורסם בנבו) שם הכיר בית המשפט המחוזי בהשפלה שנלוותה למכה כחבלה של ממש במובנה הנפשי. בית המשפט קבע כי לכאב, השפלה ולתחושות עלבון יש ממשיות ומוחשיות לפחות כמו לחבלה פיזית, אך הוכחתם מחייבת בסיס ראיתי מוצק יותר. עוד ראו ת"פ (ת"א) 13877-06-15 **מדינת ישראל נ' רז**, שם סבר בית המשפט כי הרטבה מחמת פחד או תיאור האם את הדרדרות מצב בנה עשויים להוות חבלה של ממש.

[14] בפסק דין זה, נדון ערעור המדינה על החלטת בית המשפט שלא להתיר שימוש בסעיף 13(א)(2) באישום בעבירת פשע, שהינו חלק מכתב אישום הכולל אישומי פשע חמור

[15] בהצ"ח זו מוצע כי האזנה שנעשתה במוסד חינוכי לפעוטות (ובו לפחות חמישה פעוטות) או במעון בגין חשד להתעללות בפעוט או בחסר ישע לא תהווה עבירה פלילית.