

ת"פ 38041/08 - מדינת ישראל נגד פלונית

בית משפט השלום בכפר סבא

ת"פ 38041-08-16 מדינת ישראל נ' פלונית
בפני כבוד השופט מרוב גrynberg

בעניין: מדינת ישראל

המאשימה

נגד
פלונית

הנאשמה

nocchim:

ב"כ המאשימה עו"ד מאיה טריגר
הנאשמה ובאי כוחה עו"ד גאנם ועו"ד גת

הכרעת דין

מתירה פרסום תוכן הכרעת הדין, אוסרת פרסום פרטי הנאשמה

כללי

1. כנגד הנאשמה, מטפלת שנייה לה פעוטו בבייה, הוגש כתב אישום המיחס לה עבירה של תקיפה קתינ בידי אחראי וגרימת חבלה של ממש- עבירה לפי סע' 836ב(א) סיפה לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

2. לפי המתואר בכתב האישום, במועד הרלוונטי טיפולה הנאשמה בשלושה פעוטות, וביניהם א.ב. ביום 14.4.16, בשלב מסויים, בין השעות 10:10-10:08, החליפה הנאשמה חיתול לפעוט א.ב., שכבתוך קר סטרה לו באופן שאיןנו ידוע במדויק ארבע פעמים. בעקבות כל מכחה, בכיה הפעוט. תוך כדי הכתת התינוק כינתה אותו הנאשמה בכינויים עולבים כמופורט שם, לא ניסתה להרגיעו, אף שצרכה ובכה ממושכות. בנסיבות אלו- טעונה המאשימה- תקפה הנאשמה קתין בהיותה אחראית לו וגרמה לו מכאוב, שהינו חבלה של ממש.

3. הראייה המרכזית בתיק זה הינה הקלטה השמע של האירוע. ההקלטה הتبוצעה באמצעות "שומון" במכשיר טלפון של אחד מאבות הפעוטות שטופלו בפועל (להלן: "המתלון" או "האב המקלט"), שאיןנו אבי התינוק א.ב., שהטמינו בתיק בנו, זה קלט, משך שעתיים, את כל שהתרחש בסלון ביתה הפרטיו 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 כתוב האישום, הינו קטע קולי קצר בין שבע דקות, מונה 1:47-1:54 המתווד בשלהי הקלטה בת כעה ו-55 דקות. אין מחלוקת שהקהל הדבר הנשמע בהקלטה הינו קולה של הנאשמת (ת/7, ש' 114), העוסקה באותה עת בהחלפת חיתול ובכיו של הפעוט א.ב (ראו הودעתה ת/7, ש' 126). על מקור הקולות הנשמעים בהקלטה בארבעה מקומות שונים ונטענים ע"י המاشימה כhabotot (מונה 1:47:37 נטען��ול 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 יקראו קולות אלו "הקולות הנטענים כhabotot" ולעתים בקיצור "קולות החבטה" או "מכות". קיצור זה נעשה לשם נוחיות הקריאה בלבד עד שלב ההכרעה)

גדרי המחלוקת בין הצדדים

5. בתשובה לכתב האישום (יום 16.10.17) כפירה הנאשمة בביוזע העבירה המיוחסת לה בכתב האישום. הנאשמת אישרה שקיימה משפחתו בביתה ושימושה במועד הרלוונטי מטפלת לפעות. עוד אישרה שהAIROU הנטען ארע בזמן החלפת חיתול לפעות א.ב וכי אמרה את האמירות המיוחסות לה בכתב האישום, עם זאת הכחישה את א.ב וטענה שההקלטה נערכה בזאת ע"י המתлон שהשתיל בה קולות הנשמעים כhabotot, וזאת כדי להפילה (להלן: "גרסת העריכה").

גרסתה בחיקורתייה- אם נקדים מעט את המאוחר- הייתה שונה, הנאשمة אמונה 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 הילכנו בתיק זה תהיה כדלקמן: תחילת נסקרו את השתלשלות העניינים בהליך המקדמים, לרבות הקביעה כי ההקלטה הינה האזנת סתר אסורה ובהמשך התרת הגשתה. בפרק ב' נסקרו את תמצית העדויות בתיק, לרבות גרסאות הנאשمة בחיקורתה ובעדותה. בפרק ג' נדון בעוניות ההגנה בשאלת קובלותה הטכנית של ההקלטה. לאחר מכן נדון בתוכן ההקלטה ונבחן האם ניתן 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 המקדמים בתיק

עמוד 2

© verdicts.co.il - פסק דין

7. בפתח ההליך עתירה הגנה לביטול כתוב האישום מספר טעמים, המרכזיו שביניהם, שמובוסס 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 ליחס לה עבירה לפי סע' 368(א) סיפא לחוק העונשין. הבחירה בעבירה זו שבסידה עונש מרבי של 7 שנות מאסר, ומוגדרת כפשע חמור בחוק האזנת סתר, נעשתה, לשיטתם, כמובן, שלא מטעמים ראיתיים אלא כדי לאפשר לה, במקרה הצורר, לעשות שימוש בחרג סעיף 13 לחוק זה. טענות רבות נוספות עסקו בקבילותה הטכנית של ההקלטה והעדרה של חוות דעת מומחה מטעם המאשימה, ואליהן נתיחס בהרחבה בהמשך.

8. המאשימה מצידה ביקשה לדוחות כלל טענות הגנה. המאשימה אחזה בדעה שההקלטה אינה האזנה קבילה, שאינה מהו האזנת הסתר. לשיטתה, יש לראות בפיגוע, בן האב המקליט, וכפועל יוצא מכך במתלון עצמו, 'בעל שיחה' לגיטימי ובקבילות התறחשות בפיגוע באותו זמן 'שיחה' אחת מתמשכת שהתקיימה בין הפיגוע במתלון, לכל הנוכחים במקום, ובין היתר, הפיגוע א.ב והנאשמת.

עוד סבירה המאשימה, שմשבחרה הנאשמת לניהל את עסקה בדירות, בדגש על סלון הבית, לא ניתן לראות בו מקום פרטיא אלא חלק מבית עסק, שלו ממך ציבור. המאשימה שבה והדגישה, כי ההקלטה עצמה בוצעה מתוך חשש כן אמייתי של הורה לשולם ילו והקטינים הנוספים. על כן, לשיטתה, נסוגה זכות הפרטיא של הנאשמת ובני ביתה מפני טובת הקטינים והדאגה לשולם. לצד זאת ולמען זהירות, הציהרה, כי ככל שעמדתה לא תתקבל, תבקש להזכיר הראה מכח סעיף 13(א)(2) לחוק ועל יסוד בקשה מטעם פרקליט המדינה המזיהה בידה.

9. בקשת הצדדים הייתה להכרעה בשאלת קבילות ההקלטה כבר בשלב המוקדם. בהחלטתי מיום 16.10.17, נעתרתי לבקשת הצדדים לבחינת קבילותה הפורמלית של ההקלטה לפי סעיף 13 לחוק נוכחות מרכזיות הראה וההשלכות שייפוי להכרעתו על המשך התנהלות הצדדים.

במסגרת הדיון לבירור קבילות ההקלטה (ראו פרו' מיום 1.1.18) שמעתי בהסכמה הצדדים חלקים מרכזיים ממנה (תקליטור שיסומן ת/1 א'). כמו כן, הוגש דוח שמייעת הקלטה (ת/1) המתמלל האירועים המפורטים בכתב האישום. הצדדים אף הפנו בטיעוניהם לחיקיות הנאשמת.

10. כיצד, 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 המבוצע ע"י האזנה לשיחותיו ללא ידיעתו, כמו כן החוק מסדיר את ההליכים להאזנה כזו מחויבת מטעמי בטחון מדינה או לצורך מניעת עבירות וגילוי עבריינים. האזנה מבוצעת ע"י המשטר או גופי חקירה אחרים והיתר להאזנה זו מתקובל על ידי בית המשפט (ראו בהרחבה סע' 6 לחוק). "הازנת סתר" אינה האזנה לשיחת הזולת באמצעות מכשיר ללא הסכמה של אף אחד מבני השיחה, החוק אף קובע כי האזנה שלא על פי היתר בין ע"י רשות מוסמכת או אדם פרטיא אינה עבירה פלילית שדין עד חמיש שנים מאסר (סעיף 2(א) לחוק).

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

סעיף נוסף בחוק החשוב לדינוינו הינו סעיף 13 (א)(2) לחוק המותר לבית המשפט להוראות על שימוש חריג באזנה שלא כדין במסגרת הליך פלילי מסווג פשע חמור, ובו עוסוק בהמשך.

הקלטה השמע הינה האזנת סתר

11. **בוחלתטי המפורט** (ראו בהרבה, החלטה מיום 14.2.18) **קיבلتி טענות ההגנה ומצאי לקבע** כי ההחלטה הינה 'האזנת סתר', שהוקלה שלא על פי היתר כדין ואינה עומדת בתנאי החוק, ועל כן יש להוראות על פסילתה ולאסור שימוש בתוצרייה.

12. עוד דחיתי את תזות המأشימה וקבעתי שמדובר בפרשנות גמישה ומרחיבה שאינה הולמת את הפסיקה הנוגגת, רוח החוק ותכליוויו. קבעתי שכן לראות במתלוון או בנו כ"בעל שיחה" כהגדרתו בחוק ובפסיקה תחת הפעוט שאליו כונו מעשי הנאשمت (ראו סעיף 17 להחלטה) וכי לא ניתן לראות בהפעלת מכשיר ה הקלטה באופן שנועד להאזנה לכל המתרחש, כה فعلתו לצורך האזנה ל"שיחה" ממשמעויה בחוק. כמו כן דחיתי את טענת המأشימה, שנייהו הפעוטון בבית הנאשمت מוציאו מרשות היחיד (ראו סעיף 19 להחלטה).

13. איני סבורה שהיא בוחלתטי כדי להפטר את המأشימה. בהנחיית פרקליט המדינה

בנושא^[2], הונחו רשותות התביעה, מכח האמור בה, לפעול במצבים דומים בדרך אחת בלבד, היא דרך של סעיף 13 לחוק, ולהגיש תוכרי ההחלטה כראיה לביצוע עבירה שכואורה תועדה בה- אך ורק במקרים העונים על תנאי חריגי הסעיף (עבירות פשע חמור או עבירה על חוק האזנת סתר), ובכפוף להגשת בקשה לקבלת ראייה מפורט שם^[3].

למרבה התמייה עמדת המأشימה בתיק דנא, לפיה מדובר בהקלטה כשרה מנוגדת להנחיותה הפנימיות וסוטה ממדייניות התביעה הכללית^[4]. התעקשות זו של המأشימה לצאת מכללי המדיניות לה היא כפופה אינה ראיתיה ואני רציה, והוא בה כדי להאריך את דרכנו בתיק זה שלא לצורך.

14. כפועל יוצא מקבעתי זו, בבקשת המأشימה לבחון המשך התנהלותה בתיק. ביום 18.12.18 הודיעה המأشימה, כי בכוונתה לבקש להגיש את ההחלטה האסורה בהתאם להוראת סעיף 13 לחוק.

סעיף 13 לחוק האזנת הסטר- במה דברים אמורים?

15. סעיף 13 לחוק, במתכונתו המקורי, כלל הוראה גורפת ומוחלטת, לפיה דברים שנקלטו בהازנת סטר בניגוד לחוק, לא יהיה קבילים כראיה בבית המשפט. לא ניטה אם נמצא בו דמיון רב (אם כי לא זהות ממש) לכל הראייתי בדבר "פירות העץ המורעל", ושיהיה בו כדי לשקוף אותה תפיסה משפטית, לפיה אין כל אפשרות לקבל ראייה שהושגה בניגוד להוראות חוק זה. (ראו לעניין זה ע"פ [2286/91 אילוז נ' מדינת ישראל](#), מה (4) 309(3)). בתיקון תשנ"ה רוככה מעט הוראה זו ונפתחה פתח צר להתר קובלות ראיית האזנת סטר בדייעבד. אלו הן קובלות החוק, לאחר תיקונו, לענייננו:

ראיות 13. (א) דברים שנקלטו בדרך של האזנת סטר 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 קובלותה לאחר שוכחנה, מטעמים מיוחדים שיפורט, כי בנסיבות העניין הצורך לחקר האמת עדיף על הצורך להגן על הפרטויות...

(א1) בקשה לקובלות ראייה לפי סעיף קטן (א) תהיה באישור היועץ המשפטי לממשלה, פרקליט המדינה או הפרקליט הצבאי הראשי בעניין שבתחום סמכותו, והודיעו בה היה, בשינויים המחייבים, לפי סעיף 46 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971.

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

(א3) בית משפט שהחליט על קובלותה של ראייה לפי סעיף קטן (א) רשאי לשמע אותה בدلತיים

סגורות.

16. עיקרו של תיקון הינו ביטול הוראה בדבר אי קובלות מוחלטת וצמצומה להוראה של אי קובלות יחסית, הבאה לידי ביטוי בנוסחה שנקבעה בסעיף 13 (א)(2) ומאזנת "בין צורכי גילוי האמת ועשיות צדק לבין מניעת הפגיעה בזכויות הפרט" [5]. לשון אחר, "**המחוקק חזר בו מן הכלל הנחרץ של אי קובלות האזנת סטר בלתי חוקית כראיה במשפט**, ובזה בעת קבע מגנון סינון, להפרדה בין הקלותות סטר בלתי חוקיות שניתן יהיה להגין ראיות לבית המשפט לבין הקלותות סטר בלתי חוקיות שלא ניתן **יהיה להגישן כראיות**" ([בג"ץ 220/98 עבדל ח' נ' היועץ המשפטי לממשלה](#) ואח' פ"ד נב(1) 231). עוד נקבע באותו פסק הדין כי בית המשפט שידון בבקשתות ממין דא הוא בית המשפט הדן בהליך (שם, סע' 21).

17. שלוש משוכחות מצטברות נקבעו להכרשת קובלות האזנת סטר מכח סעיף זה: שתיים מהן פרוצדורליות, והשלישית מहותית וניתנת לשיקול דעת בית המשפט. הראשונה: צמצום החרג לעברות פשע חמור בלבד (כאמור בסעיף 1 לחוק, עונש מרבי בן 7 שנות מאסר ויותר). השנייה: הבקשה לקובלות הראייה תוגש ע"י הגורם הבכיר ביותר ברשות הtribunal, היועץ המשפטי או פרקליט המדינה, והשלישית היא נוסחת האיזון שנקבעה בהוראת הסעיף ומהיבת את בית המשפט לשיקול דעת זהיר בין האינטרסים הציבוריים

השוניים, טרם קבלת הבקשה^[6].

לו הייתה האזנה במקורה שבפניו נעשית על ידי רשות המוסמכת לקבל היתר להאזנת סתר, על פי סעיף 13(א)(2) לחוק, הרי שניתן היה לקבללה רק אם נעשתה בתום לב. בהאזנה שנעשתה ע"י אדם פרטី מבחן תומ הלב, כմבחן ספר, אינו חל ולא נדרש בחינת המנייע שעומד מאחורי מבצע האזנת סתר. עם זאת נconi יהיה ברוח הסיפה לסייע, בWOODAI במקורה שלפניו שנטען בו להתרבויות זדוניות, לבחון גם את תום הלב של המאוזן, אף אם איןנו רשות.

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

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

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

"**בהתאם ההחלטה** - ניתן להכנס בಗדרו של סעיף זה, בכפוף לקבלת אישור פרקליט המדינה, אך ורק בהליך פליליים הדנים בעבירות המוגדרות כפשע חמוץ. הנואשת מואשם כאמור בעבירה לפי 368(א) סיפה לחוק העונשין, שהעונש העומד לצידיה הינו שבע שנות מאסר ועל כן תואמת הוראת סעיף 1 לחוק האזנת סתר המגדיר הליך פשע חמוץ כפשע שעונשו מאסר בן שבע שנים או יותר.

באשר לפנ המהוות בסוגיה זו, קובע הסעיף, שעל מנת להורות על קבילות ראייה על בית המשפט **להשתכנע** "מטעמים מיוחדים שיפורט, כי בנסיבות העניין הצורך להגיע לחקר האמת עדיף על הצורך להגן על הפרטיות". לאחר **שיעורוני הצדדים**, בהנתן טיב המעשה המ�וחס לנואשת ונסיבותו, מצאתי לקבל בבקשת המאשימה ולהורות על קבילות הראייה לצורך **הגשתה** בהליך דין.

עסקין בעבירה חמורה של תקיפה קטין וחבלתו, כשהקליטת השמע של האירוע הינה ראיית התביעה המרכזית, בניסיונה להוכחו.

חשיבות המרובה בחקירת מקרים אלו, המקימים חשש כדי לשЛОם של קטינים או חסרי ישע, החשובים לאלימות מצד מטפליהם ובהגעה בעניינם לחקר האמת, לצד קושי מובנה בחשיפתם בהעדר יכולת הקטין לדאוג לטובתו ולספר את שארע לו, מティים את הCEF לטובת העדפת האינטראס הציבורית בחשיפת עבירות אלו על פני פגיעה מסוימת בפרטיות הנואשת. מנגד - לאחר האזנה בקשר רב לקליטת השמע, לא שוכנעתי שמדובר בפגיעה חמורה וחရיפה בפרטיותה של הנואשת. הדברים הוקלטו בסלון ביתה של הנואשת המשמש כפערון. אין מדובר בהקלטה פוגענית של שיח פרטי ואינטימי בין הנואשת לבני ביתה.

עוד אציג, כי אמם מדבר ברשות היחיד, ביתה הפרטី של הנאשمت, להבדיל ממוקם ציבורי, אלא שלא ניתן להתעלם מכך שהנאשمت מנהלת בבית פועלות עסקית-ציבורית בדמות פעוטן ומטבע הדברים נכensis וויצאים ממנו הורי הפעוטות ואחרים. צודקת ב"כ המאשימה גם בטיעוניה, כי מדבר בהקלטה שאינה מתמשכת (בת שעתים) וככל הנראה אין מדבר במקליט שבקש באופן מכוון לפגוע בפרטיות הנאשمت, אלא עשה הדברים

מתוך חשש כן לשלום בנו ומבלוי שבין שמדובר במעשה בלתי חוקי^[8].

20. עם זאת, לא מצאתי להכשיר קובלות קובץ השמע בלבדו אלא למידה החיונית לצורכי השגת התכליות הרואה. כוונתי היא לקטע הקצר בהקלטה שבו תועד האירוע נשוא כתוב האישום, (למען הנוחיות יקרא קטע קולי זה "ההאזנה המותרת" או "ההקלטה"). באשר לקטעים אחרים בקובץ בהם נקלטו שיחות בין הנאשמת לבני ביתה שאיןם רלוונטיים לאירוע עצמו, נקבע שלא ישמשו קריאה. בהמשך להחלטתי זו, תמו ההליכים המוקדמים בתיק והחל שלב שמיעת הראות.

תמצית סיכון הצדדים

21. **המאשימה**, באמצעות ב"כ עו"ד מאיה טריגר, עטרה להרשעת הנאשمت בעבירה המיוחסת לה. המאשימה ביקשה לאמץ עדות המתلون והעדים הנוספים וסבירה שמדובר בעדויות כנות ואמינות. לשיטתה, ההקלטה משקפת נאמנה את התרחשויות הארוועים בבית הנאשمت בזמן אמת ויש לדוחות על הספר טענות ההגנה נגד קובלותה הטכנית, שמדובר בעונות כבושות, תלשות ובלתי סבירות. המאשימה אף סבירה שלעדויות המומחים אין משמעות בשאלת בירור האשמה. לצד זאת מבקשת לאמץ מסקנות המומחה מטעמה, לפיהן ההקלטה נאמנה וחפה מכל סימני חיתוך או עERICA ולדוחות חוות דעת מומחה ההגנה על כל חלקייה, שמדובר בחוזות דעת מוטית המתעלמת מנתונים רבים, ואני מתישבת עם גרסת הנאשמת יותר הריאות בתיק.

22. עוד יצאה נגד אמינות הנאשمت וסבירה שזו לא הצליחה לישב בעדותה המתמחקת בין גרסאותיה הסותרות והסתבכה בשקרים. המאשימה מבקשת לקבוע כי המלול והקהלות הנשמעים בהקלטה, רצף התקיפות, בכלי הפעוט, לצד חוסר סבירות גרסת הנאשمت, יש בהם כדי להוכיח את מעשי התקיפה המיוחסים לה.

23. באשר לריב החבלה נתען, כי בגין של התינוק והמכאוב שנגרם לו כתוצאה מתקיפת הנאשمت עונים על דרישות החוק והפסקה. המאשימה סבירה כי הצליחה להוכיח את כלל רכיבי העבירה המיוחסת לנאשمت ועל כן עומדת בתנאי סעיף 13 לחוק, ועל בסיס ההקלטה הקבילה, מבקשת להרשע הנאשمت בעבירה המיוחסת לה.

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

24. **הנאשمت** באמצעות ב"כ עו"ד א. גאנם ועו"ד א. ג. גת מבקשת לזכותה זיכוי מוחלט. לשיטת ההגנה עמוד 7

בxicomיה, האירוע המתואר בכתב האישום לא התרחש כלל במציאות וההקלטה עליה מتبוססת המאשימה הינה תוצר של עריכה ויזוף של ההקלטה המקוריות שבוצעו ע"י המתלוון. ההגנה מעלה בסיכון טענות רבות כנגד אמינותות ההקלטה. לטענתה, המתלוון החקיט, בדרך של האזנת סתר, תוך תכנון מראש וניצול הכשרתו המקוריית, את הקלטה המקורי, כשהמהשך יצר קובץ חדש עורך בו הוותלוון קולות חבטות ומסרו למשטרה, זאת במטרה להפليل את הנאשםת ולגרום לה עיוות דין חמור (כך בסע' 16, סע' 28-30, סע' 41 לsicomi ההגנה). עוד נטען לתיאום גרסאות בין הורי הפעוטות והשפעה פסולה של המתלוון ורعيיתו על עדי התביעה האחרים. ההגנה אף יוצאת כנגד חוקרי הנאשםת, כשלשיטה הוצגת לה בחקירתה מצג כוזב אף הוא במטרה להפלילה (שם, סע' 87 ואילך) והתנהלותו המאשימה שגרמה לנאשםת עיוות דין חמור המגייע כדי הגנה מן הצדק.

25. בנוסף, מבקשת לאמץ ממצאי חווות דעתו של המומחה בלבדינגר ומסקנותיו (שם, סע' 128-158), כי מדובר בהקלטה ערוכה שאינה אותנטית. ההגנה יוצאת כנגד מקצועיות מומחה התביעה ומסקנותיו, סבורה שאין מדובר بعد מומחה בתחום עריכה ויזהוי קול וכי חווות דעתו נתולת ערך ראוי, חרוגת מתחום מומחיותו ואינה מקצועית. עוד מבקשת לאמץ גרסת הנאשםת בעדותה. לשיטתה, מדובר בעדות אמונה וסדרה, שאינה שונה מגרסתה בחקירותה. בנוסף סבורה שלא ניתן להoxicח כי לא.ב. נגרמה חבלה של ממש וטענת המאשימה בסוגיה זו מנוגדת לדין ולפסיקה. על יסוד כל אלו עותרת לזכיה המלא של הנאשםת.

פרק ב' - העדויות

פרשת התביעה

26. מטעם התביעה העידו המתלוון הוא האב החקיט, 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 ועדותם ATIICHSH בהמשך, בפרק העוסק בקבילותה הטכנית של ההקלטה.

עדות המתלוון

27. האב החקיט שכזכור אינו אבי התינוק א.ב. סיפר בחקרתו הראשית, שעבוד כארט דירקטורי בחברת הייטק. במועד האירוע טיפולו הנאשםת בבנו הפעוט שהוא 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 רעדות בגופו, חיבוקים ממושכים וכי"ב. ההחלטה לנתקות בצד החriger גמלה בו יום לפני האירוע לאחר שהתרשם שבנו מגלה התנוגדות להגיע לבית הנאשםת זהה אף הכה על ראשו.

קורות יום הארץ

28. העד מספר בעדותו כי "באותו יום לא יכולתי לשЛОוח אותו, חיכיתי עד לשעה 10:00, היה לי קשה לשЛОוח 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 יומם למחמתה" (פרו', עמ' 34 ש' 5-3). למחרת היום נטל העד את תיקו של בנו והניח בו מכשיר טלפון מדגם סמסונג S6. העד הסביר כי השתמש בישומון בשם "Smart voice recorder", והביא את בנו לבית הנאשמה בשעה 08:15, כשהטלפון בתיק במצב הקלטה והניח אותו ליד ספת הסלון, בסמוך לשעה 10:10 חזר לבית הנאשמה, נטל את הטלפון והאזין להקלטה, כשבסופה שמע את הנאשמת מقلלת ומרביצה "ואז עוד פעם היא הולכת מרביביצה לו והוא בוכה ואז שומעים עוד פעם ועוד מכיה ולא יכולתי לשמוע את ההקלטה.. עד היום לא שמעתי אותה עד הסוף. לא הייתה 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 ומספר לה "היא כמובן נשברת ובכתחה, ואז היא ישר התקשרה להורים האחרים, היא אמרה שתגיע הביתה..לא יכולתי להיות בלבד ונסעתי לאמא שלי. היא הגיעה לשם וביחד נסענו לתחנת המשטרה" (שם, ש' 15-9). שם פוגש העד את ההורים אחרים, משמע להם את ההקלטה ואף הם נשברים וובוכים. העד מאשר שהגיע לתחנת המשטרה בשעה 15:16.

בסיום חקירתו ת/3 (שבה לא השמעה ההקלטה) התבקש ע"י החוקר להעתיק את הקובץ להחسن נייד. העד מספר שנסע לשירות לבתו, העתיק את הקובץ ושב למשטרת ומסרו לוחקרת בסמוך לשעה 20:00 (שם, עמ' 35, ש' 21-22, ת/4). בהמשך, לאחר שלושה חודשים נקרא העד שוב למשטרת, התבקש למסור את מכשיר הטלפון המקלט וכרך עשה (הודעתו ת/4 במלכיה השמעה ההקלטה). העד הבahir כי כל שעשה הוא לא העתיק את הקובץ שבמכשיר הטלפון שלו למחשב בבתו ושם להחسن נייד ולא מעבר לכך. עוד מספר שהARIOU גרם לו ולאשתו נזק נפשי קשה, הם חשו במצבה ועל אף שהתרברר שלא היה מדובר בבנו, איבדו אמון בכל מסגרת.

30. בחקירה הנגדית נשאל העד שאלות הנוגעות להכשרתו ועובדותיו. העד סיפר שב吃过 היה בעל עסק עצמאי להפקות באינטרנט ושימש מרצה לgefipka. העד אישר שיש לו הכשרה בתחום עריכת וידאו ובאופן ויצוב חזותי (גרפי) של אפליקציות. עוד אישר שהקשר שלו עם הנאשמת היה תקין, וכי עד לאוותן איירוע היו לו חששות שונים אך לא מעבר לכך. העד אף עומר מול גרטו במשטרת ביחס לחשדות אלו (לצורך כך הוגש הודיעותיו במשטרה ת/3-ת/5). העד אישר כי שינה את שם קובי הקלטה ל-*Very Important*.

31. בהמשך לאחר שנמצא מכשיר הטלפון (ת/10- שאבד במהלך ההליך), שב העד לדוקן העדים (עדותנו מיום 11.3.19) אישר שהוא אכן מכשיר הטלפון שלו. העד אף זיהה את הלחسن נייד (ת/11) שהתיק את הקובץ מהמחשב בביתו ובהמשך מסרו למשטרת. בתחילת החקירה העד לפתח את הטלפון ולהציגים כיצד בזעה ההקלטה אך לא זכר את קוד הכניסה לטלפון. לאחר שהתרברר, כי קוד הכניסה רשום על המעתפה שבה הוחזק הטלפון, הדגים העד כיצד הפעיל את ההקלטה בטלפון ואף איתר את קובי הקלטה בשם *wav*. בחקירה החזרת שב העד אישר שבמכשיר הטלפון עליו הקליט את הקובץ הוא שנמסר למשטרת (פרו', עמ' 86). עוד עמד על כך שלא ערך כל שינוי בתוכן הקובץ או בנתוני (פרו', עמ' 84) למעט שינוי שם הקובץ כאמור. העד הסביר שאפליקציית ההקלטה בה השתמש פשוטה

ומצריכה אף רוק לחייב על לחץן "הקלט". העד לא הצליח למצוא את ההחלטה באפליקציה בה השתמש אף לאחר הפסקה, זו נמצאה במקומ אחר על גבי מסhir הטלפון.

32. **עוד העידו נ.ה.א** (להלן: "העדה נ'') - אם פעוטה נוספת שטופלה בפערוון ול.ב - אם הפעוט א.ב.. כעולה מדברי העדה נ', הכירה את הנאשפת בעקבות המלצות חממות של חברותיה ורשמה את בתה לפערוון כשהיתה בת 7 חודשים. באשר ליום האירוע סיפרה שע' אשת המתلون (ראו פרו' עמ' 53, ש' 4) התקשרה אליה בסביבות השעה 12:00 בנסיבות ובci. "אי אפשר היה להבין מה היא אמרה. מכל הנסיבות וההיסטוריה ניתן היה להבין תקחי את הילדת, מרבייה, מתעללת, מהר, תרצו... שאלתי אותה מה קרה, היא הייתה היסטרית, לא שמעתי היסטרית צו בח"י" (שם). העדה מירה לבית הנאשפת ואספה את בתה. בהמשך הגיעו לתחנת המשטרה ביחד עם בעל להורות שעדיין מיאנה להאמין. שם פגשה במתلون ואשתו בוכים ושבורים, ביקשה מהם להאזין להקלטה ונדהמה ממה ששמעה.

בעודותה, 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 לשמעו.. הרצינו את ההחלטה.. שמעתי את הקטע שהנאשפת החליפה חיתול, לא ידעת למי והיא התחללה לצורח יא מניעיל אחד, בטון מאי מאי תוקפni ואז את המכחה ותינוק צורה... כל שאני מקשיבה אני שומעת עוד פעם, מכחה ותינוק צורה. אי אפשר לפפס שזה לא בטעות.." (פרו', עמ' 53).

בחקירה הנגידית דחתה את טענת ב"כ הנאשפת במתلون ואשתו דחוו אותה להגיש תלונה ומבהירה שעשתה זאת לאחר שהקשיבה בעצמה לדברים והשתכנעה. עוז הוסיפה שבהמשך הערב, מתוך חשש שהוא לא פירש הדברים נכון, הקשיבו בעל והיא שוב לקלטה והבינו בוודאות שמדובר במקרה. העדה דחתה טענת ב"כ הנאשפת שמדובר בקלטה מבושלת והוסיפה שחשפה בשינוי התנהגות גם אצל בתה.

33. **ל.ב, אם התינוק א.ב,** רופאת שניים במקצועה, סיפרה בעודותה שהכירה את הנאשפת כעשר שנים, היא מתגוררת בשכנות לה והנאשפת טיפולה בבניה הגדול לשבעות רצונה. "הייתי המעריצה מספר 1 הבאת' את החברות הטובות שלי" - סיפרה בעודותה - "**המלצתו בטלפון לכל מי שמצא לנכון בעניינים עצומות. כשא.ב. טרם נולד כבר רשמתי**" (פרו', עמ' 61).

ביום האירוע, בשעה 11:42 קיבלת מסרוון מਆת המתلون, כשהתקשרה אליו "היא הייתה היסטרית, מפוקת, צורחת, קשה להבין מה היא אומרת" (שם). העדה התקשרה לבעל שאסף את הילד מבית הנאשפת. לאחר מכן הגיעו לתחנת המשטרה, האזינו להקלטה, שמעו בכி מתפרק של ילד וחבטה ושוב חבטה ולאחר שיזיהו את צליל הבכי של בנים, החלו לבכות ועצרו את ההחלטה. העדה סיפרה שעוז טרם לארוע היי מספר דברים שהטרידו אותו בהתנהלות הנאשפת. לאחר האירוע בנים היה במצב רגשי קשה, הם עצם חוו

ילוות רבים ללא שינה בשל רגשות אשם ונעזרו בייעוץ פסיכולוגי. בחקירהה הנגדית אישרה שלא נראה סימני חבלה על בנה והכחישה שבנה סבל מבעיות עור. העודה עמדה על כך ששמעה בהקלטה חבטות ובכי שנגרם כתוצאה מכך, דחתה הטענה שהמתلون הוא שכונע אותה לפרש הקולות באופן זה והוסיפה:

"ברור לי מהרגע הראשון ששמעתי מה ששמעתי, ואני חשבתי שגם לך ברור וכל מי ששמעו, מה שמעו. זה ילד שמחאו לפניו כפים ושרו לפניו Shirim והוא לא היה בוכה ממשיכאות כפים ולא היה נבהל ממשיכאות כפים" (פרו', עמ' 66).

עוד בהираה כי שמעה את ה הקלטה מתוך מכשיר הטלפון של תא "אני קיבלתי את ה הקלטה במשטרת, במכשיר שנמסר למשטרת, קיבלתי מת' שעשה לי פלי על אזרח ה הקלטה.." (פרו', עמ' 68).

34. הנואמת עצמה, שהיא העודה היחידה שנכח באירוע, נחקרה פעמיים, ביום 18.4.16, ארבעה ימים לאחר הגשת התלונה נגדה (ת/7), וביום 18.7.16 (ת/6)

גרסת הנואמת בחקירהה

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

35. בחקירהה הראשונה (ת/7, שנגבהה ע"י החוקר רוני יהואש) ולאחר שהתייעצה עם בא כוהה, סיפרה, שמנחת משפחתו בביתה מזה שבע שנים. בתקופה הרלוונטית טיפולה בשלושה תינוקות. לגבי הפעוט א.ב. מספרת שטפלה בו מחודש ספטמבר 2015. טרם השמעת ה הקלטה, עונה הנואמת בשילוח או בטענה שאינה זוכרת לשאלות החוקר ובין היתר האם כועסת על התינוקות לצריכה להחליף להם חיתול.

לאחר שהחוקר שמע לנאempt את ה הקלטה מאשרת שזה קולה ומסבירה שאמרה את הדברים המיויחסים לה כי "יכול להיות שהייתי בהתפרצויות רגניות" (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 והיתה עייפה באותו הרגע (ש' 162). הנואמת מסבירה עוד שהתינוק הבוכה הוא א.ב. "כנראה שא', כשאני החלפתו לו טיפול אז אני יודעת שהוא א' דברתי אליו ככה יכול להיות בגל שהקקי שלו היה מסריך" (שם, ש' 164, ש' 124) וכי בכה "כי שرف לו הטעסיק ובגלל שלקחותי אותו מהאוכל". (שם, ש' 128).

36. כאשר החוקר שמע לה את קטע הקלול במונח 1:48:52, מגדרו כמכה, ושאל אותה לפחותו, מшибה הנואמת "לפי מה ששמעתי אני מהאת כף" (שם, 136) ובהמשך אף מסבירה ש"זה חלק ממשחק בשבייל להסביר את דעתו למשהו אחר". החוקר ממשיר ומשמע לנואempt את שלושת קולות החבטה הנוספים והנאempt שוב מшибה שזה מחיאת כף (ש' 142, 146, ש' 146, ש' 148). כשנשאלת מדוע התינוק בוכה מיד לאחריה, מшибה "זה צריך לשאול אותו" (ש' 150). כמשמעות לה המכחה הרבעית, מшибה הנואempt: "שוב אותו דבר ולא יודעת אם זה לא לופ שעושים את זה אותו דבר וזה לא מכח" - וחזרה

על גרסה "זה מחייב כפ שלי חלק ממשחק". (ש' 152).

37. ביום 18.7.19 נחקרה הנואשת בשנית. בחקירהה ע"י החקירה גפן גינדי, מתארת את מבנה הבית, מסבירה היכן ישנים התינוקות ושםדת ההחטלה ממוקמת בסלון הבית על הספה. שלושה חודשים לאחר האירוע נשאלת הנואשת מי מהפעוטות הנוספים נכח בסלון בזמן שהחליפה לא.ב את החיתול והיא מшибה בפירוט: "**ילדה אחת ישנה בלוול באחד החדרים והילד השני נכח בסלון הוא היה באמצעות האוכל**" (שם, ש' 27). בסופה של חקירה נשאלת אם יש לה משוחה להוסף, מшибה כי מאי נפגעה מהסיפוח הנואשת לא משנה דבר בגרסהה, אין זכר לגרסה העריכה, אין טענה כלפי המתلون או ההורים האחרים.

תמצית עדותה של הנואשת

38. הנואשת כבת 47 ואם לשולשה ילדים מספרת בעדותה כי עבדת כ-15 שנים בתחום החינוך, בעיקר בתחום הגיל הרך, מתוכם שבע שנים מנהלת משפחthon בביתה. באשר לairoovi אותו היום מספרת בצוורה מפורטת כדלקמן:

"א.ב. הגע ראשון. היו שכנים שלנו מגיע בשבוע ורביעי... שיחקתי איתם כמובן, באיזה שהוא שלב א' נרדמה על הפוף, ב' הגעABA שלו ראה את א' על הפוף ואמר לי את יכולה להשכיב אותה והשכבתי אותה באחד החדרים בלוול... באיזה שהוא שלב שמתי אותם על הכסאות וננתתי להם ארוחות בוקר, הרחתי ריח שא' עשה ..הרמתי אותם מהכיסא של האוכל, היה עם כרייך קצת כעס שלקחתו אותם מכיסא של האוכל והתחליל לבכות. זהו. שמתי לו משחה הכל היה כרגיל" (פרו', עמ' 148).

באשר לחקירה מספרת שהייתה שריריה בהלם מוחלט, לא זקרה 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 בשם חזרת "השמיעו לי קטע קול קצר שבו אני אומרת ..שמעתי את הקטע של שמי ובעci של תינוק וקטע קול קצר שלו. לא שמעתי את כל הקלטה. גם לא את הקטע שנטען שבו הושמעו מכות" (שם, עמ' 150, ש' 29-28). עוד מוסיפה כי לא הייתה מודובר באירוע חריג ובאשר למילים שהפטירה מסבירה שלא כיוונה אותם לא.ב. אלא אמרה אותם לעצמה כמו "**שלפעים מישחו שנושאים בככיש ומישחו חתך אותו אז יכולת להגיד ולא זכרת שאמרתי בשעת נסיעה**" (עמ' 151, ש' 7-6).

בחקירה הנגדית ממשיכה ב��ן צורם זה ומוסיפה:

"**בואו לא נהי יפי נפש. לפעמים מटבאים בצוורה צזו או אחרת כמו שמשהו חותך אותו בככיש..**" (פרו', עמ' 158 ש' 4-1).

באשר לגורסת מחיאת הCPF מסבירה הנאשמת, שלא זכרה עצמה מוחאת CPF אלא שכך היא נוגגת לעשוות כשליך לא רגוע ומסתווב מצד עצמו, וכן שעירה שמדובר במחיאת CPF "זה לא שזכורתי את הדקה והשניה וזהייתי מחיאת CPF, חשבתי שהוא יכול להיות מחיאת CPF, זה מה שזכורתי" (שם, ש' 15, ראו גם עמ' 167 ש' 7-3). בסוף חקירותה הראשית נוספת כי חייה נהרסו על סמך קלטת מזיפת שהשミニעו ופרשו אותה לא נכון.

39. בחקירתה הנגדית מאשרת הנאשمت שהייתה ביחסים טובים עם הורי הילדים, לרבות עם המתלוון (פרו', עמ' 156). כנשאלת מה המונע של הורי הפעוטות לפעול נגדה, משבה:

"**שנות אילו.. תום לא עבד שלושה חודשים והוא משועם. כנראה חי בצרפת, יכול להיות שהוא שרץ להיות שרץ להעתים את הדברים אך לא יודעת אם הוא ערוץ**" (עמ' 159).

הנאשمت נשאלת ע"י ב"כ המאשימה שאלות רבות בנוגע לגורסת מחיאת הCPF, ומשבה תשיבות סותרות ומבולבלות, בחלקן מסבירה שלא זוכרת אם מחאה CPF (למשל עמ' 167 ש' 3-5, ש' 18-18, ש' 20-21 ולשאלת בית המשפט, עמ' 168 ש' 10-8), באחרות מאשרת שיכל להיות שמחאה CPF באותו אירען (שם, ש' 7, ש' 14), וכמשמעותה ביחס לסתירות אלו, משבה: "**לא אמרתי שלא מתחמי, יכול להיות שמחאתCPF ויכול להיות. אני פשוט לא זכרתי את הסיטואציה**" (שם, ש' 15-14), בהמשך מבהירה "గורסה שלי בנוגע לארבעת הצללים, שהמאשימה טוענת שהם מכוון שאויל הם מחיאת CPF. אין לי גרסה אחרת לגבי כל אחד מהצללים" (פרו', עמ' 171).

לשאלת ב"כ המאשימה באשר לגורסת העריכה ומדווע זו לא עלתה בחקירותה, העודה משבה: "**גם פה לא אמרתי שהוא ערוץ**" (פרו', עמ' 170, ש' 19 אך השווה מול: עמ' 174, ש' 3-4 **"יכול להיות שהוא עריצה והושתלו שם קולות"** ש' 10-9, עמ' 172 ש' 6-5)

בהמשך חקירתה מסבירה שעושה שימוש במחיאות CPF כדי להפנות את תשומת לב התינוק אך שב"כ המאשימה מקשה עליה וسؤالת מדוע התינוק בוכה לאחר כל אחת מאוון מחיאות CPF (cutuntha), משבה בתוקפנות:

"**אמרתי פעם ועוד פעם, מחיאת CPF היא נועדה להשיג את תשומת ליביו אליו ולא נעשה למשהו אחר, זה לא נועד בשביב להרבע או משהו, לפעמים גם אף במקרה זה היה כדי להפנות את תשומת ליבו.**".

לאחר שימושה לההקלטה, ובمعנה לשאלות רבות באשר לתוכנה, מתחמקת הנאשמת מתשובות ישירות וטעונת כי מדובר בפרשנות בלבד (עמ' 172, עמ' 174, עמ' 175).

פרק ג' - דין בקבילותה הטכנית של ההקלטה

40. הדיון בהלכים המקדמים בתיק התמוך בבדיקה הקבילות הפורמלית, ונראה היה, בהינתן גורסת הנאשמת

בחקירה, כי זה אף המבחן המרכזי והחשוב לעניינו. במהלך שמיית הראיות התמקדה ההגנה בקעקוע קבילותה הטכנית של ההחלטה, ובסוגיה זו עוסק החלק הארי של סיכון.

41. ההגנה טענה להטעבות זדונית ומכוונת של המתלוון בהקלטה המערערת אמינותה. המשימה עומדת בסיכון על שני חיזיותה בקשר ההגנה, שאיןו מתישב עם גורסת הנאשمت בחקירותה ומטעם זה מבקש לדוחות. אומר כבר עתה, כי יש טעם רב בטיעוניה אלו. גורסת העריכה הינה גרסה כבושה על גבול יצירת קן הגנה חלופי, שלא עלתה בחקירתה הראשונה של הנאשمت ולא בחקירתה המאוחרת. גם ניסיונה של הנאשמת, במהלך עדותה, לישב בין גורסתה זו לגורסתה הקודמת אינו מוצלח. עדותה בעניין זה משתנה ומוגממת, מקום אחד טוענת כי ההחלטה נערכה ומקום אחר משיבה נחרצות "גם פה לא אמרתי שזה היה עורך" (פרו, עמ' 170, ש' 19). משינוי גרסאות זה יגבה מחיר ראוי בהמשך הדיון.

42. גרסה ההגנה בסיכון, לפיה "אין כלום כי לא היה כלום"- תרחיש האירוע הנטען "לא התרחש במצבות בפועל בביתה של הנאשמת" (שם, סע' 1). גרסה החזרת עשרות פעמים בסיכון[9] נדמית לעיתים כמו הגנה מקביל. קו זה אינו מתישב עם גרסאות הנאשמת, הנאשמת לא טענה בהודעותיה ואף לא בעדותה שמדובר באירוע שלא התרחש כלל וכפי שיתברר בהמשך, סוטה גם מממצאים המומחה מטעה. עם זאת, משעלו טענות נגד אותנטיות ההחלטה, ואלו גם עומדות בלב סיכון ההגנה, אין מנוס מלבחן תחילת את קבילותה הטכנית של ההחלטה.

קבילות ההחלטה - הדיון החל

43. בפסד הדיון המנחה בעניין קבילות קלטות, ע"פ שניר נ' מדינת ישראל (פ"ד לח(4) 169, להלן: "הלכת שניר") נקבע הכלל כי ההחלטה תהיה קבילה, אם תעמוד בשלושה מבחנים מצטברים: **הראשון מבניהם- המבחן "טכני"**, מבחן הקבילות הטכנית בא להבטיח כי ההחלטה אמינה ו邏輯ית נאמנה את שהתרחש במצבות בעת עשייתה. התערבות פסולה בסרט ההחלטה, שינויים שנעשו בה בזדון או עיוות המשמעות האמיתית של הדברים או רצף התרחשויות, עשוי להביא לפסולתה.

כך נקבע בעניין זה בהלכת שניר:

"ההחלטה.. או התמליל שלה חייבים לש凱ף נוכנה את אשר הושמע.. הדגש הוא על נאמנות של מה שהוקלט מבחינת ההציגה כהוויתה של מה שהמזכיר קלט, באופן שהפלט זהה לקלט המקורי" (שם, עמ' 194).

mbחן הקבילות הטכנית, אם כן, הינו המבחן העיקרי מבינן שלושה. מקום בו יתגלו שינויים בזדון או נגרם עיוות המלמד שההחלטה אינה משקפת נוכנה התרחשויות הדברים במצבות, יביא הדבר לפסולתה מידית.

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

44. **המבחן השני שנקבע בפסקה הינו מבחן הקבילות המהותית ומשמעותו**, קבילות תוכן ההקלטה בהתאם לטיבו. כך לדוגמה הקלטה הודית חוץ של נאשם צריכה לעמוד במבחן הקבילות הספציפי הקבוע בסעיף 12 לפקודת הריאות.

המבחן השלישי והאחרון, הינו מבחן הקבילות הפורמלית, מבחן זה משמעו כי ההקלטה כפופה להראות שבוחר האזנת הסתר, ולעניןנו לתנאי סעיף 13 (א) לחוק. ככל שלא תעמוד ההקלטה בתנאי סעיף זה, דינה להיפסל אך לא משומש שמדובר באזנה שאינה משקפת נאמנה את התרחשויות הדברים אלא משומש שמדובר באזנת סתר האסורה על פי דין.

דין בקבילותה הטכנית של הקלטה השמע

45. כזכור, הקלטה בוצעה במכשיר הטלפון של המטלון שהונח בטור תיק בנו וקלטה, לטענת המאשימה, את האירועים המפורטים בכתב האישום. הקלטה שבוצעה במכשיר טלפון זה היה קובץ המקור של האירוע (ת/10). לקובץ זה מצטרף שחזור משנה והוא קובץ שהועתק להחסן נייד, העתק דיגיטלי של הקלטה (ת/11) והתקליטור שהועתק מקורו משנה זו (ת/1א').

46. **עדות המטלון עלים הנתונים הבאים:**

א. הקלטה השמע במכשיר הטלפון שהוסתר בתיק בנו באמצעות "שומון" "Smart voice". לאחר שימושה "recorder" נייד (ת/11) והעבירו למשטרה. לקובץ הדיגיטלי קרא בשם "very important".

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

ג. ציר הזמן שצין העד בעדותו מעלה, כי ביום האירוע הביא את בנו לבית הנאשمة בשעה 08:15, שעת תחילת החקירה ושב ללקחת את מכשיר הטלפון בסמוך לשעה 10:00. לאחר שהאזין להקלטה ברכבו שב בשעה 12:00 עבר לאסוף את בנו, בטור כר שוחח עם אשתו, זו יצרה קשר עם האימהות הננספות, המתין לאשתו בבית אמו וביחד ניגשו לתחנת המשטרה בשעה 16:00 לערב. העד שב לתחנת המשטרה בשעה 20:00 לערב למסירת ת/11 אליו העתיק את

קובץ ההחלטה.

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

47. עיקרי התזה שהציגו ההגנה בסיכון ובמהלך שמיית הבדיקה כנגד קובלותה הטענית של ההחלטה הימם, כי המתלוון תכנן מבעוד מועד להפليل את הנאשם; על כן הקליט הקלטה סתר בביתו כדי לדגום את קולה; לאחר מכן ניגש להטלון במשטרה ומשהתבקש למסור עותק מה הקלטה, חזר לביתו, העתיק את הקובלץ למחשב, ערך אותו והוסיף לו קולות חבטה ומסר עותק ממנו למשטרה; בהמשך, מספר ימים לאחר מכן אף שטל עותק מהקובובלץ העורק במכשיר הטלפון שלו וכשהתבקש למסור את מכשיר הטלפון שלו למשטרה נחזה הקובלץ העורק להקלטה המקורי.

להוכחת תזה זו הציגו ההגנה שני קבוצות טענות, האחת מופנית כלפי אב המקליט, מניעו והכשרתו, השנייה, במישור הטכני, באמצעות מומחה מטעם, לפיה מדובר בהקלטה ערוכה שאינה קובלץ המקורי.

48. גרסת ההגנה ניתנת לבדיקה בשני מישורים: במישור המהותי, תוך בחינת כלל הריאות ובדיקה הטעונית ובסבירותה ובמישור הטכני, ע"י בדיקת ההחלטה ואיתור סימני עריכה. השאלה מי מבין השניים משמעותי יותר תלוית במסיבות, ישנים מקרים 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 הקובלץ הטעינה לאחר מועד הגשת התלונה.

דין והכרעה בשאלת קובלות הטענית של ההחלטה

49. לאחר ששמעתי עדויות העדים, בוחנתי חוות דעת הצדדים, ובדקתי טיעוני הצדדים שוכנעתי כי עליה בידי המאשימה להוכיח את מהימנותה ונאמנותה של ההחלטה. על כן מצאתי לקבוע כי התקליטור (ת/א') הינו עותק מהימן של ההחלטה האוטנטית שנערכה ע"י המתלוון ומשקפת נאמנה את התרחשויות בית הנאשם, בזמןאמת, ללא תוספות או מחיקות. מסקנתי זו נcona גם ביחס להקלטה במלואה וגם לקטע ההחלטה המתעד את האירוע נושא כתוב האישום (מונה 1:54-1:47).

במישור המהותי מצאתי, כי עדויות עדי התביעה בסוגיה זו מהימנות ומשתלבות היטב האחת ברעותה, והinan האדן המרכזית בסיס מסקנתי זו.

במישור הטכני, מצאתי לאמצן מסקנות חוות דעת מומחה התביעה אשר לאוונטיות הקובלץ ולדחות מסקנות

חוות דעת מומחה ההגנה. לצד זה, ממצאי המומחים ומסקנותיהם הנוגעים לפרשנות קולות, אפיונים או סיוגםchoragim מתחום מומחיותם.

50. אתחיל בבחינת אמינות ההחלטה במשור המהותי: נקודת המוצא שעליה אין מחלוקת בין הצדדים הינה, כי **ההחלטה שנמצאת על מכשיר הטלפון** (ת/10) **זהה לתוצריה - עותק קובץ ההחלטה על דיסק און קי** (ת/11) **ולעותק שנ汇报 על התקליטור** (ת/א'1) (ראו עדות מומחה ההגנה עמ' 124, ש' 3). טענתה הגנה, לפיה קובץ המקור נערך מחדש ע"י המתلون במטרה להפليل את הנאשם, והוחזר בהמשך למכשיר הטלפון להשלמת תוכנותיו היזדונית, משוללת יסוד וחוטאת לאמת.

51. למסקנה חדמשמעות זו ניתן הגיעו בתבוסט על עדותם המפורטת והאמינה של המתلون, הנתמכת בעדויות האימהות הנוספות, וזאת אף מבלי להדרש כלל לנוכח חוות דעת המומחים ומסקנותיהם. עדויות עדי התביעה, בדגש על עדות האב המקליט, הינן הנדבר המרכז בקביעת מהימנות ההחלטה.

52. כנולה מעדות המתلون הינו בעל הכשרה וניסיון מ慷וציאי בתחום העיצוב הגרפי ועובד בתחוםים שונים הנושקים לעולם תוכן זה. ב"כ הנאשם ניסה לטעון כי לעד הכשרה ומומחיות בתחום עריכת הקול אך טענה זו לא בססה ומצאתה להאמין לעד, שאמן בקייא וمبין יותר מהאדם המוצע 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. עד הבahir בעדותו שיחסו עם הנאשם עובר לאירוע היו תקנים וטובי והרקו להחלטתו נבע מחששות וחשדות שונות שעלו נוכח שינויים בהתנהגות בנו בסמוך למועד האירועים. טענת ההגנה שהמניע לההחלטה נבע מרצון להפليل את הנאשם ולטפל עליה האשמות שווה אין לה על מה לטעון. התרשםתי שמאחורי מעשי העד עמדה מטרה אחת בלבד, דאגה אמיתית וכנה לשalom בנו. עוד שוכנעתי שהמתلون ביצעה האזנה בתום לב וספק אם היה מודע לאי חוקיות מעשי.

מסקנה זו נתמכת בראות חיצונית: האימהות הנוספות ובუיקר אמו של התיכון א.ב אף הן מעידות על מערכת היחסים הטובה עם הנאשם ושביעות רצון הרבה מעבודתה (פרו', עמ' 61). דבריה של אם התיכון, לב, לפיהן "היתה המעריצה מס' 1" של הנאשם (שם) מרוחקים עוד יותר כל טענה של הפללה. העדות אף סיפורו שטרם התلونה הקשיבו להחלטה ורוק לאחר שנחשפו באופן בלתי אמצעי למעשי הנאשם, והשתכנעו שפעלה באלים, הגיעו תלונה (ראו עדות העדה נ', עמ' 53).

זכור מדבר בהורים צעירים העובדים שעות רבות, שהאירועים נשוא כתוב האישום ניחתו עליהם כרעם ביום בהיר ואילצו אותם להוציא את ילדיהם מסגרת 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 שימושו טיפול בילדה שלי**" (פרו'

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

אומר יותר מכך, הורי הפעוטות התגלו בעדותם כהורים רגילים, דוגמים ומוסרים ועדותם אמינה, זהירה ואחראית. התרשמתי שמעשי הנאשמה הותירו בהם רושם קשה ביותר, רושם שלא נתן להם מנוח במשך תקופה ארוכה. בעדותם הביעו צעוז רבمامירות המעליבות של הנאשמת לא.ב, וחילקם אף לא הצליחו לשמעו את ההחלטה עד סופה. כך מספרת אמו של א' בעדותה:

"**אני ובעלי הקשיבו..שמענו את ההתנהלות של החלפת חיתול ומה שנשמע כמו מהה, כי מתפרק של יلد..שוב חבטה וילד בוכה ואף אחד לא מרגיע אותו ולא אומר לו שום דבר..עכברנו ולא יכולנו להמשיך לשמעו, לא הקשיבו להמשך ההחלטה בשלב הזה"** (פרו', עמ' 62, ש' 12-7, ראו גם עמ' 67, ש' 24 "שמעתי פעמיים ועצרת").

ובאשר לאמירות הנאשמת לבנה:

"**אני מצינית ששמעתי את החלק של החלפת החיתול וכמה מילים שנאמרו לפני כן, ואלו מילים שלא הייתה מזכה ממי שמטפלת בבן שלי להגיד ולכנ גם קשה לי לדמיין שאני הוזה את מה שאני שומעתשמי שאמורה לטפל בבן שלי אומرت.."** (פרו', עמ' 69).

דברים דומים אומרת גם העודה נ.ה שבתה לא נכחה בעת האירוע, בעדותה:

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

האם לא ניתן להבין מכך היה בחוסר היחס, בטעון הריגוז והמלחים המעליבות לבדן, כדי להסביר ידי ההחלטה להוציא את ילדיהם מפערותם הנאשמת? האם אין בדברים אלו כדי לשולח הגינוי מאחוריו טענת ההגנה, שעל המתلون היה להתאמץ, לעורך ולשתול ראיות לשימוש באלים פיזית, כדי להסבירפני הנאשמת?

עוד מצאתי לדוחות טענת ההגנה (סיכוןיה, ש' 47-54) כי יש לראות בכך שהורי הפעוטות הגיעו באותו היום לאסוף את ילדיהם מהנאשמת ולא שיתפו אותה בחשודותיהם כדי ללמד על כך שלא האמינו למטלון או לרعيיתו, אדרבא, מדובר בתנהלות זהירה ורואה. העדות אף לא הסתפקו בשמיית דבריו המתلون מכך שני, והחליטו להתלונן רק לאחר שהקשיבו להחלטה והגיעו למסקנה חד משמעית שנשמעת בה התנהלות אלימה מצד הנאשמת. מהטעמים המפורטים לעיל, אני>Dוחה אף טענת ההגנה לתיאום עדויות בין ההורים ולהשיפה

פסולה של המתalon ורعيיתו על האימהות הנוספות.

זהו המקום להביע ביקורת והסתיגות מהטענות החמורות שנטענו ע"י הגנה לפני הוריו הפעוטות. במטרה לבסס גרסת העריכה וקונוניות ההורים נגד הנאשمت, לא חסכה הגנה בהטלת רеш על המתalon והעדות הנוספות, אך האשמה אותו בשיבוש הליכי חקירה, ניצול מומחיותו להפלת הנאשمت, תכנון תוכנית עברינית ביחד עם רעייתו, השפעה על עדים (שם, סע' 65), ולא בחלה בהאשמה ההורים כולם בתיאום עדויות כזבות ובכך רקמו שknohnah כנגד הנאשמת (סע' 73). הגנה טплаה על העדים, שככל חטא מס בקשר שהתנהלו כהורים מודאגים, האשמות שווא חרשות שחר כדי להשחיר את פניהם. עוד בהרבה להתעלם מדברי העדים על הקשר הטוב והערכתה הרבה שרחשו לנאשמת, משאלו לא התאימו לתחזת ההפללה.

54. **ציר הזמינים שרטט המתalon בעדותו מפרק אף הוא טענות הגונה.** העד מסר בחקירהתו, שהגיע לבית הנאשמת בשעה 10:08 והפעיל את הקלטה, כשעתים לאחר מכן שב לביתה, נטל את הטלפון והפסיקה. תלי תילים של ספקולציות מעלה הגנה, על בסיס חוות דעת המומחה מטעמה, ביחס למשך ה הקלטה ולחוסר ההתאמנה בין משכה בפועל להערכת המתalon את משכה (שעה ו-55 דקות אל מול גרסת המתalon שמדובר בשעותיים). חוסר ההתאמנה שלו זה מעורער, אך לשיטתה, את אמינות העד ואף מעלה חשד שאין מדובר בהקלטה אותנטית. מדובר בטענה שאין בה ממש. המתalon אינם נזקם בתלונתו בנסיבות מדויקים ואף לא עולה שנעזר במכשיר הטלפון שלו ושעין בדקדקנות בנסיבות הקלטה במהלך חקירתו. העד עיריך נכונה שאורך הקלטה כשעותיים. חוסר ההתאמנה בין נתוני הזמן הינו כאמור מינורי. על כן אין מקום בעניין זה לדקדק ב��וצו של יי', כל שכן להסיק מכך מסקנות נמהרוות.

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

"...בסיום הקלטה, 8-10 דקות לקראת הסוף שומעים שהוא לוקחת את הילד... אומרת לו... מטומטם מסריך וזה היא מרביתה לו, הוא בוכה וזה אחרי כמה זמן הוא נרגע וזה יש שקט. וזה עוד פעם היא הולכת ומרביצה לו והוא בוכה וזה שומעים עוד פעם ועוד מכיה ולא יכולתי לשמוע את הקלטה... עד היום לא שמעתי אותה עד הסוף. לא הייתי מסוגל" (פרו', עמ' 34-35).

לאחר מכן מתקשר לאשתו, וזה מתקשרת, בסמוך לכך, לאימהות האחריות ומספרת להן על תוכן הקלטה והנאשמת מרביתה ומתעללת (ראו עדויות האימהות, פרו' עמ' 53, עמ' 61). בכל אלו יש כדי לתמוך בגרסה המתalon שכבר באזנה הראשונה נחשף לקולות החבטות, אך מסר לאשתו כשהוא נתון בסערה רגשות וכך דיווחה עי', ברוח דומה, לאימהות הנוספות. בהמשך מספר העד שבח בית הנאשמת לאסוף את בנו, המתוין לאשטו בבית אמו וביחד ניגשו לתחנת המשטרה.

56. מת/3, אמרת העד, עולה שעת תחילת חקירותו הינה 16:14. טרם לכך מספרים ההורים האחרים, שפגשו בו בתחנת המשטרה והספיקו להקשיב לחקקים המרכזים בהקלטה במכשיר הטלפון שלו. בחקירה זו מתאר העד את קורות אירוע האלים, לרבות קולות שמספר שיטירות (ת/3, עמ' 1 ש' 15, עמ' 2, ש' 19). העד אף מבahir בעדותו- ולכך חשיבות רבה לעניינו- שלא היו לו כוחות נפש להאזין להקלטה במלואה וכן רק בת/4, עדותו באותו הערב מספר ששמע הקלטה בשנית ויזהה קול מכח נוספת.

57. העד מספר בהמשך עדותו, שחוור הביתה, העתיק הקובץ על גבי החسن נייד ושב לתחנת המשטרה למוסרו. יש לשים לב שהמתلون לא ידע לצפות שהחוקרת לא תקשיב להקלטה במעמד התלונה, היא לא האיצה بعد להעביר לה עותק מההקלטה באופן מיידי אלא בהקדם (שם, ש' 58). אך המתلون לא המתין, העתיק הקובץ ואץ רץ למשטרה למוסרו (ראו ת/4).

בעניין זה העירה 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, לעורוך שינויים בקובציים בקלות ולפעמים מבלי להשאיר סימנים נראים לעין. עם זאת, פעולת העריכה שמייחסת ההגנה למאתلون אינה פשוטה כלל ועיקר. למעשה מדובר כירורגית המצריכה דיקוק רב ואף זמן ממושך לביצוע חף מטעויות. הדבר אינו נובע מטכנית הפעולה אלא מהאתגר המעט בלתי אפשרי לשוטול בקטע קולי קצר מאד המרובה מלול ובכי תינוק, רעשי חבטות שהשתלבו בו הרמוניית (ראו לעניין זה גם עדות המומחה גוראל, עמ' 99 ש' 21-18).

אם כן, היכן, בלוח זמנים כה קצר ואינטנסיבי, סבורה ההגנה שהעד יוכל היה לעורק את הקלטה ולשלב בה, בדיקות כה רב, ארבעה רעשיות? ומדוע ינסה לעשות זאת בסד זמנים כה צר, אם ממילא יכול היה להעביר את הקלטה למשטרה במועד מאוחר ונח לו יותר?

58. יתר על כן, ההגנה בסיכוןיה 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). במלחמות אחרות, לגרסת ההגנה, המתلون הגיע לתלונה על בסיס קובץ נתול קולות חבטה, לאחר מכן הגיע לבתו, ערך, בישול והוסיף את אותם הרעשים, ומסר עותק של הקובץ המבושל למשטרה.

זה זו מבוססת בעיקר על חוות דעת של המומחה בלבדינגר, לשיטתו:

"**קשה** (הכוונה למאתلون - מ.ג.) **הגיע למשטרה הקלטה המקולטת הייתה בטלפון**, זה הגיוני, אולי הוא השמיע ושמעו שהתינוק בוכה וזה לא בסדר, אבל הם לא העתיקו את הקלטה אלא החזירו אותו הביא אותה מהבית והוא חזר באותו ערוץ ומגיש דיסק און קי. בדרך כלל הרצונל הפשט הוא כי סביר, אבל יכול להיות שהמתلون שמע את

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

המדובר בתזה משוללת כל סבירות והגיוון, שנסתתרת ע"י כל אחד מудוי התביעה:

ראשית, ע"י המתلون עצמו. עידו על כך עדותם האמינה, מצבו הנפשי לאחר ששמע את ההחלטה (ראו גם עדות העדה נ' עמ' 53 ש' 17), שיחת הטלפון ההיסטוריה לרעיותו, הגשת התלונה המיידית ותיאור תוכן ההחלטה בתלונתו התואם להפליא להקלטה שלפנינו.

עוד יuid על כך שיתוף שאר ההורים במעשה והשמעת ההחלטה באוזניהם טרם הגשת התלונה (עדויותיהם, כי שהתברר, לא עמדו בפני מומחה ההגנה).

הדברים עולים גם מעדיות האימהות הנוספות. העדה נ' מגיעה לתחנת המשטרה, מסרבת עדין להאמין וمبקשת להאזין להקלטה:

"נכנסנו לתחנת המשטרה ואמרתי שאני לא יכולה להגשים שום תלונה ולא יכולה להגיד שום דבר כי אני מכירה אותה עוד לפני כן. אמ衲ם לא חברות אבל אין מצב שהוא תעשה דבר זהה, אני רוצה לשמוע... ניסיתי לשמוע את ההחלטה בטלפון... ואז שמעתי את הקטע הזה שקי' החליפה חיתול, לא יודעת למי והוא התחלת לצרוך يا מגעיל אחד בטון מאד מאד תוקפני ואז את המכחה ותינוק צורח... וככל שאני מקשיבה עוד פעם, מכחה ותינוק צורח. אי אפשר היה לפספס שזה לא בטעות.." (שם, ש' 19 ואילך).

תוכן ההחלטה כעולה מעודותה כולם, אם כן, ה החלפת חיתול, מלל מעלב, מכות ובכיכו תינוק.

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

"..הוא (הכוונה המתلون) השמיע לי את ההחלטה. אני ובעלי הקשיבו ואז שמענו את התנהלות של ה החלפת חיתול ומה ששמענו כמו מכחה, בכיכי מתפרק של ילד. אנו הבנו שאנו שומעים את א', ההחלטה נמשכת עוד כמה שניות עד שנשמעת חבטה הילד בוכה ... הסתכמנו אחד על השמי והבנו שזה שלנו והתחלנו לבכות. עצרנו ולא יכולנו להפסיק לשמעו" (פרו', עמ' 62).

ושוב תוכן ההחלטה כמתואר ע"י העדה: רעמי חבטה ובci מתפרק.

59. ניתן לעצור כאן: שלושה זוגות הורים שומעים בהקלטה קולות בכ"י וקולות חבטה. מדובר בעדים אמינים, חסרי כל מניע, שתים מהעדות בקשר טוב עם הנאשمت, אחת מהן מגדרה עצמה כמעריצתה מספר אחת. די בכך כדי לקבוע מעל לכל ספק ולא עוררין שההקלטה שהושמעה להורי הפעוטות האחרים ועל בסיסה הוגשה התלונה היא היא הקלטה המקורי.

ואם לא נסתפק בכך, הרי שבוחנת קבילותה 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 בתנהלותה, בכך שהתבססה על ההחלטה שהוקלטה ע"י אדם פרטி, מבלי שנערכה חוות דעת מומחה מטוענה ולהחלטתי מיום 7.5.17^[11]. מטרת חוות הדעת- כך לדברי ב"כ המאשימה- הינה לשמש ראיית הזמה נגד חוות מומחה ההגנה וכן היא כוללת פרק העוסק באוותנטיות ההחלטה, שבוצע כהשלמת חקירה באישור פרקליטת המשפט. ההגנה שתקפה תחילתה את התנהלות המאשימה על כך שלא הגישה חוות דעת מומחה, התנגדה הפעם להגשתה והגישה בקשה מפורטת וארכוכה (לא פחות מ-126 סעיפים) לפסילת חוות הדעת. כך בין היתר נטען שעורך חוות הדעת, גוראל, אינו מומחה בתחום עירcit קול, וכי חלקים מחוות הדעת שאינם עוסקים באמינות הקובץ אלא בפרשנות ויזיהי קולות הינם עדויות סבירה החורגות מתחום מומחיותו ומוגדרו החלטת בית המשפט בעניין. עוד פסקה בمشקלה הריאית של חוות הדעת ורמת אמיןותה הטכנית.

בתוך כך הגישה בקשה נוספת (מכח סעיף 108 לחס"פ) לעיון בנוהלי העבודה של המעבדה לראייה דיגיטלית ולצורך כך שמעת'i אף את עמדת ראש המעבדה, סנ"ץ נתע לבטוב שטח (פרו' מיום 19.7.1.19, עמ' 75-76). ביום 7.1.19 דנתי בטיעוני הצדדים בסוגיה זו, קבועי שטענות ההגנה ביחס לחוות דעת המאשימה תבחנה במסגרת הכרעת הדין ודוחיתתי הבקשה לקבלת נוהלי העבודה של המעבדה, לאחר ששוכנעתי שמדובר בנוהלי עבודה פנימיים שאינם חומרិי 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 בראייה דיגיטלית בתחום המדיה. עם זאת, לאחר פרישת המומחיות לנิตוח קבצי אודיו החל לעסוק גם בתחום זה. עוד ציין כי זו חוות הדעת הראשונה שמנגש בתחום זה.

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

נקודות דמיון רבות בבדיקה אוטנטיות קובץ וידאו וקובץ אודיו. העד לא מיהר לחתת על עצמו משימה "חוות זו אלא ערך בדיקות היתכנות מקדיימות, לרבות בחינה בלתי אמצעית של הקבצים בתחנת המשטרה, עובדה בשיתוף ראש תחום אודיו פורנוצי בمز"פ ועם גורמי מז"פ בחו"ל.

63. חוות הדעת שערך מחולקת לחמשה פרקים, כשמטרתה בדיקת אוטנטיות הקובץ. המומחה בוחן את מאפייני קובץ האודיו ומכשיר הטלפון וモצא זהות בין קבצי הקול השונים (ת/א' 10/11, ת/א' 11/1). עוד קובע, כי הקובץ ותוצריו זהים ולא התגלו בהם סימני עריכה או חיתוך. הבדיקה הتبוצעה במספר דרכים: ע"י האזנה לקבצים, באמצעות תוכנה ספקטוגרפית המאפשרת, בין היתר, לאתר קיטועים או שינויים בקובץ (שם, עמ' 13-7) וע"י יצירת קובץ ייחוס, הדומה בנפחו ובתכונותיו לקובץ הנבדק (עמ' 19-20). הפרק האחרון כולל התיאחות לחוות דעת ההגנה.

64. בעדותו בבית המשפט נדרש העד בעיקר להדגמת בדיקות אוטנטיות הקובץ. המומחה הסביר כי מסקנותיו מבוססות על בדיקות מדויקות ויסודות שבוצעו באמצעות תוכנות אמיןות, חלקן אף הוצנו לפני לשם המחלוקת. קובץ התקליטור (שכאמור מוסכם שתואם לקובץ הטלפון וההחסן נ"ד) נבדק בתוכנה מסווג Hash שביכולתה לזהות קוד המכיל מאפיינים טכניים ייחודיים של הקובץ, כמוין "טביעה אצבע דיגיטלית או דנ"א דיגיטלי" (עדותו, עמ' 92) ולאחר שינוי תוכן שנערך בקוד זה.

65. כעולה מהסבירו המדובר בקבצים שנוצרים אוטומטית עם יצירת הקובץ ולি�וצר הקובץ אין שליטה עליו. בהמשך נערכה אף בדיקה נוספת באמצעות תוכנת Hash My Files (פרו, עמ' 95-94), שבה נעשה שימוש ע"י גופי חקירה שונים בעולם (אםنم כבר לא כקוד הצפנה אך ניתן לבדוק באמצעות ראיות דיגיטליות), וכך היא הביאה למסקנה דומה. המומחה אף הוסיף שלא הסתפק בבדיקות אלו וכי קובץ ייחוס הדומה ככל שניתן למופיעי הקובץ הנבדק, וגם ממצאים הוכחו שהקובץ לא עבר עריכה (עדותו עמ' 96-94). עוד בהמשך, כי שונה בחרוטות זמן שנמצא בקבצים אינם מעיד על שינוי 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 מעדים על עריכתה, מסביר שאין בכך כדי ללמד בהכרח על התערבותם 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, בדיקת אוטנטיות ההקלטה, והשנייה - ניתוח הרעים בקטע זה והאם ניתן לזהותם כחבוטות (סע' 4 ג' לחואה"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 המתלוון בשיחת טלפון שנערכה עמו בנסיבות המומחה), וכן ניתוח ההקלטה באמצעות תוכנות גרפיות שונות.

68. המומחה מצא בבדיקה שלושה ממצאים מחשדים (נ/4, סעיף 4) שעלה בסיסם הגיע למסקנה שקובץ ה הקלטה אינו קוביץ המקורי וכי נערכו בו שינויים ועריכה, שניים מהם במישור הטכני והשלישי, במישור מהותי. במישור הטכני מצא חוסר התאמת בין שעת יצירת הקוביץ ביום האירוע (לטענתו שעה 19:23) לגרסת המקלט (שעה 10:10) ובין משכה (1:55:42) הקצר בבחמש דקות מהנתון שמספר המתלוון בחקרתו. לכך מצרך נתנו נוספת, שנמצא לאחר בדיקת ת/10, כשהגילה מועד עירכה/שינוי נוספת נספחים של קבצי הקלטה, המאוחרים עד 6 ימים ממועד הגשת התלוונה. על כן עולה חשד לשיטתו, שבמועד מאוחר יותר הוחזר הקוביץ המקורי למcsrר הטלפון באופן שייחזה להקלטה המקורי (פרק ה' לחווות הדעת).

בנוסף מצא המומחה בלבדינגר חשד ממשי להתערבות בהקלטה באמצעות חיתוך ועריכה. בחווות דעתו מנתח המומחה, באמצעות תוכנת סאונד לניטוח גלי קול (Sony Sound Forge Pro) שמנוה נקודות (המודדרות על ידו כ"פיק רעש") בקטע ההקלטה (ממונה 37:49- 1:47:37, עמ' 4-8 לחווות הדעת), ובהן ארבע נקודות בהם נשמעים הרעים הנטעןם כחבותות. מממצאיו נלמד שבשלוש מארבע נקודות אלו, לא מצוי המומחה כל חשד לחיתוך או עריכה. רק לאחר נקודת החבטה השלישייה (1:50:17), בתזמון 1:51:38 ולפני פיק הרעש הנטען כחבותה הרביעית, מגלה לשיטתו חשד לחיתוך בהקלטה, פיק רעש שהקטע את שמע בכיו התינוק ומעלת הסבירות לפעולות עריכה. הנקודה השנייה בה מצוי חשד לעירכה הינה בתחלת נקודת החבטה הרביעית (1:52:09). בקטע קול זה נתען שנשמע בכיו תינוק חסר בתחילתו, ועל כן קיימת סבירות שמדובר בפעולות עריכה.

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

מצוא משמעותי זה זוכה להתעלמות מוגנת בסיכון ההגנה ועומד בסתרה לגרסתה, שככל 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 הרעים הנטעןם כחבותות, קובע שאין מדובר ברעים דומים בעלי מאפיינים קבועים ועקביים, שלא ניתן לפרש דזוקא כחבותות אף זיהה דמיון ביניהם לרעים אקרים המופיעים בקטעים אחרים של הקלטה.

בעודתו בבית המשפט הדגים ממצאיו באמצעות תוכנת ספקטוגרמה, תוכנה המציגה חיוי גרפי של התדרים המופקים מקובצי הקול (על אף שלא עשה שימוש בתוכנה זו במהלך כתיבת חוות דעתו, פרו', עמ' 123, ש' 18), וזכור על מסקנותו שמדובר בקובץ עורך.

דין והכרעה

69. ההכרעה במישור הטכני גם היא קלה וחד משמעית. מסקנות חוות דעת מומחה התביעה באשר לאותנטיות ההקלטה מבוססות כאמור על בדיקה יסודית ומקייפה, באמצעות תוכנות שרמת אמיןות גבוהה (תוכנה מסווג Hash מהוות מעין "DNA דיגיטלי" ותוכנת Hash My Files עדותו, עמ' 94-95) ומצאתה לאמוץ.

מומחה התביעה לא הסתפק בכך וכי אף קובץ "יחס", שלשיטתו זהה במאפייניו ובנתונו לקובץ ההחלטה, ומלמד על אותנטיות קובץ המקור. איני סבורה שניתן לייחס משקל ממשי לבדיקה זו על אף המאמץ שהושקע בעריכתו, ואם מטרתו הייתה לסייע לבית המשפט להתמצא בקובץ ההחלטה כהגדרת המאשימה, הרי מדובר בבדיקה מיותרת. בראש ובראשונה קיימים קשיים טכניים ופיזיים לא מבוטלים בעריכת קובץ המשוחרר בבדיקה כל מאפייניו לקובץ ההחלטה (ראו בעניין זה גם עדות לדינגר עמ' 125), כך לדוגמה הקובץ לא הוקלט בבית המטלונת ולא ידוע במדויק המרחק בין המכשיר המקורי למיקום הנאשם בעת ההחלטה. עוד חריגה הבדיקה בתחום פרשנות הקולות שנשמעים בההחלטה ויזיהוים, 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 שהההחלטה אינה ההחלטה המקורי. באשר לראשונה מביניהם, חוסר התאמת בזמן זמן ההחלטה אל מול גרסת המתalonן כבר קבעתי שמדובר נתון שלו וחסר משקל.זו גם המקומם להביע תמייה מדויק בחר מומחה ההגנה, איש מקצוע מנוסה ועתיר ניסיון, לייחס משקל כה נכבד לנושא זה. המומחה לא הצליח להסביר בעדותו מדויק חסר ההתאמאה לא יכול לבזבז משינויים קלים בזמןים שונים שונים (פרו', עמ' 123) או מכך שהמתalonן הסתפק בעדותו "בעיגול זמינים" על בסיס הערכה. עוד תמורה טוענת שהההחלטה קקרה מההחלטה המקורי. הרוי לשיטתו המתalonן הוסיף קטיעי קול ולא השםיט, אם כן כיצד התקקרה ההחלטה מקום שעלה פי הגיון טוענתו, אמורה הייתה להתרחק? (פרו', עמ' 125).

71. באשר למשמעותו השני, שניינו בחומרות זמן ההחלטה, מצאתי לקבל הסביר מומחה התביעה שניינים אלו, לרבות שניים בין זמן יצירת הקובץ לבין שניי המקורי הקובץ ככל שקיים, אינם משפיעים על תוכן ההחלטה ואינם מהווים סימן מובהק לעריכה ולשוני בתוכן הקבצים (פרו', עמ' 96 ש' 15-31, 98-99, 124 ש' 31, ניסוי שערך בחוות דעתו נ/4, עמ' 15 להערכת הקובץ לטלפון, ללא שימוש בתוכנת דחיסה, לא הצליח).

72. עוד אני דוחה מכל וכל התיאוריה שהציג בחוות דעתו, לפיה הקובץ העורך הושתל מחדש במכשיר הטלפון, ששה ימים לאחר יום האירוע במטרה שייחזה לקובץ המקורי. מבלתי להכנס לעובי הקורה בפן הטכני, הרי המתalonן לא התבקש למסור את מכשיר הטלפון שלו בזמן הגשת התalonה אלא עותק הקובץ בלבד. האם היה אמרור להעלות על דעתו שלושה וחודשים לאחר מכן תזכיר המשטרה לבקש מידע, ולנסות לשתול בו קובץ עורך? העד לא יזם מסירת מכשיר הטלפון ובוואדי לא יכול היה לנבא המשך התנהלות המשטרה.

73. עמדתי דומה גם ביחס למסקנת מומחה ההגנה כי "פיקי הרעש" 6 ו-7 בההחלטה מעדים בהכרח על חיתוך ועריכה. נתחיל מכך שמלול לשון ההגנה הנחרצת בסיכוןיה, מסקנות המומחה בדבר חיתוך וההחלטה אין חד משמעות. בחוות דעתו, עמ' 7, מצין "חישד לחיתוך בההחלטה" וכן כי חיתוכי הבכי בההחלטה "מעלים את הסבירות שמדובר בפעולה עריצה דווקא", בעודו מודה שאין מדובר בנסיבות חד משמעות אלא בהציג נקודות חשודות (פרו', עמ' 135).

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

10:52). מהותית, מדובר בשני "פיקים" שזו בסמיכות ובמהלך קול החבטה הרביעי, ולא ניתן ע"י ההגנה כל הסבר מניח את הדעת מדוע לו למתلون, שיש בידו הקלהה הכוללת מלל מעלייב ושלוש חבותות, לטrhoח ולשתול קול חבטה רביעי? הדברים מאבדים כמעט מהתמונה אם נזכרים בעדויות המתلون וההורם האחרים, שסיפרו כי התקשו להකשיב להקלטה במלואה ודי היה בהאזנה לחלקה כדי להבין את חומרת מעשי הנאשמה.

74. זאת ועוד, המומחה ניסה להסביר ולהמחיש בעדותו, גם ע"י שימוש בתוכנת הספקטוגרמה, את אמינותן מצאיו הטכניים אלא שמהמשך עדות, ובمعنى השאלה הנקבות של ב"כ המאשימה, ניתן ללמידה אחרת. ל"פיקים" החשודים כחיתוך, כמו גם למספר רב של פיקים אקראים חיוו גרפי דומה ואין בו בלבד כדי להעיד בהכרח על ערכיה (פרו', עמ' 117, עמ' 126). המומחה אף לא הצליח להסביר כיצד מבחין באמצעות כלים טכניים וגרפיים בין פיק רעש אקראי לפיק רעש הנחشد כחיתוך. בפועל הודה המומחה שביסס מסקנותיו על שמע ("תוכן נילווה") וזמן הרعش, ובלשונו:

ת. "אני מסכימים על זה שיש פיקים אחרים גם בהקלטה... יש פיקים בהקלטה שכולים לנבוע מכל מיini סיבות, לעיתים מחיתוך בגלל תופעה אלקטרוניות .. ויש מקומות שפיקים יכולים לנבוע מהעבודה ומהמגבילות הטכניות של העובדה. בקטע שהשمعת 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 שקיים. אני הסkeptical 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 נילווה. (הדגשה שלי מ.ג) קודם ראיינו שהבכי מתחליל ונתקע. לכן
הפיק הזה הסkeptical שהוא חיתוך (פרו', עמ' 126).

צא ולמד, שמסקנת העריכה אינה יותר מעדות סבירה (ראו גם עדות גוראל, עמ' 106), פרשנות שאינה נשענת על מצאים טכניים. המומחה מנסה לאפיין קול בכி התינוק, לחת בו סימנים ועל בסיסו להגיע למסקנות חותכות. כך לדוגמא חושד בחיתוך הקלטה ב"פיק רעש" שנקלט בזמן 1:51:38 (פיק 6), לטענתו פיק זה קוטע את רציפות הבכי, כשקהל הבכי שנשמע בתוכף לו שונה מוקול בכி שנשמע לפני כן. בפיק 7 (עמ' 1:52:09 – "החבורה הרביעית") מזהה שמדובר בבכי "**שאינו מתחילתו אלא מדובר בקטע של בכி מתחשר, שככל הנראה נחתך בנקודה בה מופיע פיק הרעש ותחילהו חסרה**".

הסברים אלו אינם יותר מספקות, השערות דחוקות ובלתי משכנעות. קצפו של בלדינגר יצא בעדותו על ניסיונו, כך לדבריו, של מומחה התביעה לפרש הקולות בהקלטה (עדותו, עמ' 121) אך הפסול במומו פסול ובחותות דעתו חוטא בפרשנות مثل עצמו בניסיונו לאפיין קול בכி התינוק ולקבוע על בסיסו למצאי אמינות. אגב, בהאזנה לבכי הפעוט בנקודות זמן אלו – והרי באפיון קול בכி אין מותרת אוזן המומחה על אוזנו של אדם שאינו מומחה – והשווואתם לקולות בכி נוספים בהקלטה, אף היא מחזקת מסקנה זו. מהאזנה ניתן ללמידה על שינויים בעוצמת בכி הקול אך לא ניתן להסיק שמקורם בערכיה. המומחה אף התעלם מהטענה המרכזית בתיק זה, כי אין מדובר בבכי טיפוסי אלא בכי הנובע מכאב ומצוקה ועל כן מאפייניו שונים.

75. בלבדניגר אף מתעלם בחלק מתחשובותיו מכל ראייה או נתן שיש בכוחם לסתור את מסקנותיו. כך לדוגמא עומד בעדותו נחרצות על כך שהמתalon ערך את הקובץ לאחר הגשת התביעה אף שב"כ המאשימה מעמתת אותו מול עדויות ההורים האחרים ששמעו את ההחלטה הכללת קולות חbetaה עובר למועד זה (ואלו כאמור לא עמדו לפניו בעת הכנת חוות הדעת כמתח"ב), 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 ההחלטה נערכה לפני שהוגשה התביעה (שם, ש' 27). המומחה אף מקדיש פרק מיוחד בחוות דעתו לפרשנות הקולות שנשמעים בהחלטה וקובע שלא ניתן להסיק שמדובר בקולות חbetaה בשל שונותם, יכול שמדובר ברעים אקרים. על אף שהקריות הנאשפת עמדו לנגד עיניו, נמנע מלבחן את גרסתה שמדובר במחיאות כפי ואיני מקבלת הסבריו שאינו עוסק בפרשנות קולות. מקום שבו מנסה לשלו זיהוי קול חbetaה, אינו יכול להתחמק מבדיקה התכונות גרסת הנאשפת (פרו', עמ' 133, ש' 14-15).

76. עד כאן באשר לחוות דעת מומחה ההגנה, אלא שההגנה העלה בסיכון טענות נוספות במישור זה. יש ממש בטענות ההגנה שהיא על המשטרה לטעון את מכשיר הטלפון של המתalon כבר בעת הגשת התביעה, למצער להאזין להחלטה בעת זו. בעניין זה הtgtלה שרשורת של מחדלים, כך הימנעוה של המשטרה מתפיסה מכשיר הטלפון- ראיית המקור, בקשה מהמתalon להעתיק את הקובץ בביטו והעדרה של שרשות מוגג המתעדת העתקת קובץ מהחсон הניד לתקליטור (סיכון המאשימה, עמ' 13). אין בנסיבות אלו כדי לשנות מסקנותיו ביחס לאמינות ההחלטה אף בוודאי שללא התנהלות רשלנית זו, ניתן היה למנוע (כך נקווה) טענות רבות ביחס לקבילותה הטענית של ההחלטה.

עם זאת בטענות ההגנה באשר לאי תפיסת מחשב המתalon (סע' 47), לא מצאתו ממש. במועד החקירה לא עלתה מצד הנאשפת כל טענת ביחס לזיוף ההחלטה והיה בתפיסה מכשיר הטלפון, אם כי בשינוי, כדי לתוך במידה מה את הפגם באית תפיסתו במועד מוקדם יותר.

77. תמהה הטענה, שאינה מتبוססת על חוות דעת המומחה מטעמה, לפיה המתalon ביצע ההחלטה כדי לדגם דגימת קול של הנאשפת ולאחר מכן להשתילה בקובץ העורך (סע' 54 לסיכון). ההגנה אינה מסבירה לאיזו דגימת קול מתכוונת, שמא קולה של הנאשפת או רעים הנדמים כחוות לצורך השתלטם בקובץ הרקלטה? ההגנה אף מפרטת בסיכון עשרה סימנים המעידים לשיטתה על זיוף הקובץ, אלא שמדובר בסימנים מוחזרים הנשענים בחופשיות יתר על ממצאי המומחה, מתעלמים מקיומו ביחס לאמינות חלק מהרעשים בהחלטה, ועל כן לא מצאתו שיש מקום להרחב ביהם.

78. **לפייך, על בסיס מטעמים המפורטים לעיל, אני קובעת שהההחלטה אוטנטית וمشקפת נאמנה את התרחשות הדברים בזמן אמיתי.**

פרק ד'

דין והכרעה בתוכן ההחלטה

79. לאחר שקבענו, כי מדובר בהקלטה אותנטית, נעבור לבחון את תוכנה. לטענת המאשימה, תקיפות הפעוט המוחסת לנאשםת נלמדת מהازנה להקלטה, בה היא נשמעת עלובת בא.ב. ובנסיבות לכך נשמעות ארבע מכות ומיד לאחר כל אחת מהן בכיוון חזק ומתרשך של הפעוט (פסיכומיה, עמ' 23). עוד מבקשת לדוחות את גרסת הנאשםת בחקירהה, כי קולות החבבות הן מחייאות כפ' וכן את גרסתה הקבועה בעדותה שמדובר בהקלטה ערוכה ושאיתה זוכרת כלל את האירוע.

80. הקלטה האירוע נשוא כתוב האישום, קטע קצר בין שבע דקות, מונה 1:47-1:54 המתוועד בשלהי הקלטה בת כהעה ו-55 דקות, המהווה ברובה האזנה אסורה. מדובר בקלטת שמע בלבד, שבה לא מתנהלת שיחה של ממש, הדוברת האחת היא הנאשםת אבל מל' שיחתה אינה העיקרי אלא צלילים שנשמעים בשיחה ויש לברר את מקורותם. בן השיחה الآخر הוא פעוט רק שאינו יכול לדבר וمبיע תחושותיו בעיקר באמצעות בכיו.

מצב ייחודי זה אינו מאפשר לקבוע ממצאים ברמת וודאות מסוימת באמצעות זיהוי מקור הצליל בלבד. ההגנה סבורה שלא ניתן להוכיח מקורו ממנו מופק צליל או רעש ע"י חוש שמיעה בלבד, וכי כל קביעה בעניין זה אינה יותר מספקת לציהוי קול. המאשימה ערה לקושי זה ואני מבקשת להסתמך על שמע אוזניים בלבד, אלא בעיקר על מכלול נתוני הՁלה וחוסר סבירותה של גרסת הנאשםת.

זיהוי מקור קול

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

הטעם לכך נועז באפיונו הייחודיים של קול האדם, ומשום שככל אדם מפיק את קולו בדרך המאפיינת אותו בלבד. בתחילת זיהוי הקול נבחנים מאפייניו השונים של הקול (טון דיבור, דיקציה, תנודות קול, שימוש במילים מאפייניות) הדומים בividiotot לטביעה אכיבע. במשפט העברי מוכר לנו המושג של "**טביעה עין**", אשר לו משמעות ראייתית מרוחיקות לכת, ובו עשה שימוש הש' זילברג לפני שנים רבות, דבריו יפים לעניינו גם היום:

"אין ספק בכך, כי זהותו של אדם ניתנת להיקבע בוודאות גמורה, וללא התועරות ספק כלל שהוא, באמצעות הכרת הקול בלבד. מהמפורסמות היא, כי אם מכירו' מזיהה' את חברו על-ידי שימוש קולו, בלי שיראהו כליל, ואינם צריכים לשכלל שמא קולזה, המכרא לו מקדמתו, שייר' למשהו אחר. אולם אם תבקש מהכיר' להסביר ולברbmליים מפורשות, כיצד הבירוזה אתה אישואת שיחו' הריהוא – כפישניטיסון מלמדנו – לא יכול לעשותו כליל, שוגולות קולו של אדם זה, ברובו המכريع, כלכך אינדיבידואליות, כלכך חדפעתי"

עדשלאנטיחודלההשותוכינוימכלבאווצההמילמשלהשפה.זהויאההכרההמידית,
השלמהוהמוחלתת,הקרויהבלשונםקורותשלנו:
'טביעותענאנדקלא'בעברית:
'טביעתהעינישלhookol'.

82. ההחלטה הכוונה במשמעות מסוימת בהן ניתן לזהות את קולו של דובר. יש שבית המשפט מסתמך על זההו וודאי של אדם המכיר את הדבר היכרות מוקדמת (אבחן אונשי); יש שהזיהוי מתבצע באמצעות טכניים, בעבודות מיוחדות אשר עוסקות בביטוי השווה קולית. לשם כך נעזרים המומחים בתוכנות המנסות לאתר מבנים ודפוסים קבועים ותוכנת מחשב יכולה לבדוק ולאחרין את התדרות וההרמונייה של הקול; ויש שהוא מתבצע על-ידי בית-המשפט, המażין בעצמו להקלטה (ע"פ 440/87 חדד נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(1) 793, 811 (1989); ע"פ 414/76 אוחנה נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(1) 295, 301 (1977)); יש שהזיהוי הקול מתבצע באמצעות מסדר לזהוי קולות; צורת זהוי נוספת, שאף היא הכוונה על-ידי ההחלטה, היא זההו של הדבר על-ידי מתמללים העוסקים בהאזנה לשיחות להן בוצעה האזנה כדי ומידים עלvr בפני בית-המשפט (ע"פ 2135/94 אלף נ' לוי) (5.9.95).

83. פחותה ממנה בדרגת וודאות היא הכרת קול ע"י זהוי סימנים מיוחדים, כגון: "גובה הקול, צלילותו, אנפוף, גיגום וכד". עצם העובדה כי סימנים, כל סימנים ניתנים להיתאר בשמות ומילים' מראה לנו כי המדבר הוא בסגולות טיפוסיות- ولو יהא אפילו: נדירות- ומילא אין בהם אותו הייחודי האבסולוטי המשוגג כאמור ע"י טבעת העין של הקול. מערכת המזהה של סימני קול תלוי יהיה בנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה וקרה, ביניהם: מידת השכיחות של הסגולה, ומספר האנשים הקיימים בחשבן כבעל הקול הנדון" (ענין אל-גנاري, 972-973).

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

85. שאלתי בכבוד ראש טענות ההגנה. עמדת ההגנה, לפיה לא ניתן להגיע למסקנה מרשותה על בסיס זהוי שיר של מקור קול שאינו קול אדם, מקובל גם עלי, וכן לו הייתה עמדת ראה זו לבדה, זו הייתה מסקנתה. אלא שהמצב הראיתי בתיק שלפנינו שונה, המאשימה הציגה מכלול ראיות נסיבתיות, אין מדובר בסיטואציה בוודת אלא במספר אירועים דומים הנטען כתקיפה, ולכן מסעיה גם גרסת הנאשמת שמדובר במקרים כפ. השאלה שנותרה להכרעה, אם כן, הינה האם ניתן להגיע למסקנה ברמה הנדרשת בפלילים על בסיס הראיות הנسبתיות שהונחו לפני?

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

"בשלב הראשון נבחנת כל ראייה נסיבתית בפני עצמה כדי לקבוע אם ניתן להשתתף עליה ממצא עובדתי; בשלב השני נבחנת מסכת הריאות כולה לצורך קביעה אם היא מעורבת לכואורה את הנאשם בביבוע העבירה, כאשר הסקת המסקנה המפלילה היא תולדה של הערכה מושכלת של הריאות בהתבסס על ניסיון החים ועל השכל הישר. המסקנה המפלילה עשויה להתקבל גם מצירוף של כמה ראיות נסיבתיות אשר כל אחת בנפרד אמונה אינה מספיקה לצורך הפללה, אך משקלן המצטבר מספיק לצורך כך; בשלב השלישי מועבר הנTEL הטקטי אל הנאשם להציג הסבר העשי לשלול את ההנחה המפלילה העומדת נגדו. הסבר חולפי למערכת הריאות הנסיבתית, עשוי להוtier ספק סביר באשר להנחה המפלילה את הנאשם, די בו כדי לזכותו. בית-המשפט מניח את התזה המפלילה של התביעת מול האנטי-תזה של ההגנה ובוחן אם מכלול הריאות הנסיבתיות שול מעבר לכל ספק סביר את גרסתו והסבירו של הנאשם (ע"פ 497/92 נחום (קנדי) נ' מדינת ישראל, בפסקה 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 מרשים 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 לריאות הנסיבתיות, ולבדוק אם ניתן להצביע על תרחיש מזכה המתישב אף הוא עם חומר הריאות. מציאת תרחיש זה מחייב מבון זיכוי הנאשם, שכן נמצא שהمسקנה המרשימה שוב אינה המסקנה הגיונית היחידה. ואולם, על תרחיש חולפי זה להיות סביר. אין די באפשרות תאורטית ונעדרת כל אחיזה בראיות, אלא נדרש שהתרחש המזכה יהיה הגיוני וריאלי."

מן הכלל אל הפרט

87. צירוף של שלושה חלקוֹי פְּצַרְפָּי יוצרים, לטענת המאשימה, תרחיש מרשים המתישב עם חומר הריאות הנסיבתי ועל בסיסו ניתן להוכיח אשמת הנאשם בתקיפת הפעוט. הראשון הוא דברי הנאשמה לפעוט במהלך האירוע, בצירוף הטעון הנלווה לו, השני הוא ארבעה הקולות הנשמעים בחבותות והשלישי הוא תגובת הפעוט הבאה בסימוכות לקולות אלו ומתבטאת בבכי מר ומתפרץ. על בסיס משקלן המצטבר של הריאות אל מול חוסר סבירותה של גרסת הנאשם, סבורה המאשימה שניתן הגיעו למסקנה הגיונית ויחידה, המפלילה את הנאשمة במiosis לה.

88. גדר המחלוקת העובדתית אינו רב. הנאשמה מאשרת שאכן אמרה הדברים שנשמעים בהקלטה ואת בכך הפעוט. גרסתה למקור הקולות הנשמעים היא שמדובר במחיאות כף שמחאה לפעוט לשם משחק וכי להרגיעו. גרסה זו, גם אם מועד בירורה הוא בשלב מאוחר יותר ורק במידת שכן ניתן הגיעו למסקנה מפלילה כנגד הנאשמת, מצמצמת עוד יותר את המחלוקת ומקלה את בירור מקור הקול, שימושה הכספי, כמו גם החבטה הנטענת, הין פעולות בעלות מאפיינים פיזיים דומים של מגע בגוף. צליל מחיאות ה כפי נוצר תוך כדי הטענת שתי ידיהם ונוגע, לנטרן, לצורך משחק ולהרגיע תינוק בוכה ואילו צליל החבטה או ההלקה, נוצר באמצעות מגע שיש בו הפעלת כח על גוף אחר.

89. גרסת העrica, שכאמור נדחתה, חשפה את הנואמת לסייע בלתי מבוטל. אם בתחילת ההליך לא הכחישה את קרות האירוע המתוועד בהקלטה והקולות הנשמעים בה אלא הצגה פרשנות אחרת, תמייהה, לתוכנה, הרי שבcco הגנה המאוחר, לא חלקה למעשה ההגנה על זהוי הקולות שנשמעו בהקלטה כחבוטות, אדרבא טענתה הייתה שקולות אלו הושתלו במקומן כדי להפليل את הנואמת (סיכון, סע' 156) אם כך, משנחתה טענת העrica ונקבעה אונטיות ההקלטה, נותרה למעשה הסכמת הגנה לתוכנה המפליל של ההקלטה.

בניסיונה של הנואמת במהלך עדותה לישב בין שתי הגרסאות, גרסת מחיית הcpf מכאן וגרסת העrica מנגד,ណון בהמשך.

90. האזנייה להקלטה פעמים רבות כדי להתרשם באופן בלתי אמצעי מהתוכנה הכלל הוא, שאין מניעה לכך שופט יעזר בחוש השמיעה שלו, כפי שהוא רשאי להיעזר בither חשוי, בזהירות הרואה. כך, נפסק כי **"התרשומות של בית המשפט מראה עינו הוא אחד "מכלי העבודה" החשובים העומדים לרשותו, והוא נדבר חשוב ומרכזי בקביעת מהימנות עדים, בחינת ראיות חפציות וכי"ב. לא זו בלבד שבית המשפט רשאי לעשות שימוש בכלי זה, אלא שתפקידו השיפוטי מחיב אותו להיעזר במראה עינו, וכל עוד לא מדובר בהתרשומות הדורשת מומחיות - אין בכך כל פסול"** (ע"פ 4204/07 יניב סיסמה נ' מדינת ישראל, 23.10.18 וכן ע"פ 602/06 אברהם נ' מדינת ישראל, פיסקה 4 ([פורסם בנובו], מדינת ישראל; ע"פ 1625/94 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5) 156 (1994); ע"פ 244/98 משה נ' מדינת ישראל ([פורסם בנובו], 14.9.1999); קדמי, **על הריאות חלק שני**, 1267).

עוד ראה דברי ביהם"ש בע"פ 440/87 חדד נ' מ"י פ"ד מג (1) 793 בקובעו כי התרשומות בהם"ש מהازניה להקלטה, אינה "יצור" ראה אלא התרשומות בלתי אמצעית של השופט מראיה חפצית (הקהל שבסליל) שהוגשה לפניו, ובאמצעות אחד מחושיו.

אמנם, על דרך הכלל, נועדה האזניה להסקת מסקנות לגבי זהויו של הנאשם השוואה לראייה חפצית כלשהו, תמונה, סרט וידאו או הקלטה קול (כך בעניין ע"פ 1625/14), אך בעניין סיסמה לדוגמא עשה בית המשפט שימוש בהתרשומות מראה פניו של הנאשם והשוואותו לתיאור שמסר אחד העדים (בית המשפט העליון לא מצא בכך כל מינעה). בע"פ 4109/15 מי רז נ' מדינת ישראל (ימים 9.7.17) התרשם בית המשפט על בסיס קליטת שמע, ממצבו הנפשי של הנאשם והסיק מסקנות על בסיס טון דיבור, נימת קול ואינטונציה (שם, פ' 37 לפסק דין) של כב' הש' זילברטל).

ברוח דומה, איןני שוללת הסקת מסקנות ישירות ביחס לזהוי קולות הקלים לזהוי, כגון קול ירי, קול ניפור כל' זכוכית או קול טריקת דלת.

בענייננו, כאמור, אין מקום להסקת מסקנות על בסיס האזניה להקלטה לבדה אף כאמור מדובר בכל' עבודה חשובה מאין כמותו.

91. מהאזניה להקלטה ניתן ללמידה שמתישבת עם סדר האירועים וזמןם המתואר בתמלולה ת/1, בחווות דעת המומחים וב-ת/7. עוד ניתן להתרשם שאיכות השמע ברובה גבוהה ובהירה, לרבות בקטעי הקול בו נשמעים הצלילים הנטענים כחבוטות הראשונה, השלישית והרביעית.

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

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

ניתוח תוכן ההחלטה - המלל: דברי הנאשמה לפעם א.ב.

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

מדובר באמירות שנאמרות בטון רגוז ותווקפני, בסמיכות לקולות הנטענים חבבות, ולעתים תוך שהפעוט בוכה מרות.

נאשמת מודה בחקירהה ש"זה לא בסדר שאמרתי ככה אני בדרכ לא מדברת ככה" (ת/7, עמ' 2, ש' 116) וכי מדובר ב"התפרצויות רגניות" (שם, עמ' 1, ש' 114), הנאשמת אף מאשרת שדיברה ישירות לפעם ומודה "שאני יודעת שהוא א' דברתי אליו ככה" (שם, ש' 123) וכי דיברה לא יפה (ש' 126).

בדוחה מנסה הנאשמת להמעיט מחומרת הדברים, ובלשוןה הצורמת "בואו לא נהיה יפי נפש" (פרו', עמ' 158 ש' 1) הדיבור המעליב הפר "airoou regil", הדיבור המקורי לפעוט הפר ל"בן אדם לפעמים בן אדם מתבטה וממלמל ביטויים לעצמו.. דברתי לעצמי ולא לתינוק בן חמישה חודשים ולא כלפיו, אפילו אם אמרתי מסריך, זה הכוונה שלי שהיא מסריך, לא שאמרתי לו את זה" ובאשר לתוך הדברים, שכן חולק שהם מעליים ופוגעניים, משווה אותן הנאשמת לפחות מדבר ל"משהו שנouseim בכביש ומישהו חתן אותן אז את יכולת להגיד" (פרו', עמ' 151, 158).

דיבירה אלו עומדים בסתרה חדה להסבירה בחקירהה, ואף אינם מתיחסים עם תוכן ההחלטה. כפי שהסבירה בחקירהה, מדובר בדברים בוטים ו"לא יפים" כלשונה שנאמרו בשעת התפרצויות לפעם, עליהם חוזרת מספר פעמיים, ואלו גם אמירותיה היחידות לפעם במהלך האירוע.

טענה שמדובר באירוע רגיל שאינה זוכרת מעלה חד שמדובר במקרה שהוא שגור בפייה. יש לדוחות אף את השוואתה בין דיבורה המעליב כלפי תינוק רך שנთן לטיפולה לצבר קليلות שmpsiter נהג בעבר נהג אחר על רקע שימוש בדרכ, בוודאי שמדובר בהתבטאות שאינה רואיה למי שמחזיקה עצמה כאשת חינוך וועסוקת שנים רבות בטיפול ילדים רכים (ראו לעניין זה גם סע' 53, תגבורותיהם הקשות של ההורים להתבטאות הנאשמת,

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

ניתוח ההחלטה - קולות הבכי

93. האזנה להחלטה מעלה, שלפחות ארבע פעמים פורץ א.ב. בבכי במהלך ההחלטה הקצרה. לא מדובר בבכי חולף שהתחילה לפני כן או ממשיר במהלך ההחלטה ולא עוצר אלא בבכי פתאומי שמתחלף מיד באוקטבות גבהות ומשדר כאב ומצוקה. פרצוי הinati מתחילה מיד ובסימוכות לקולות הנשמעים כחבטות ובתגובה להם.

עוצמת הinati גבואה וחריגה. כך לדוגמה לאחר הקול הנטען כחבטה השלישייה (מונה 17:50:1) בוכה הפעוט מרות ללא הפסיק. על כך ניתן ללמוד גם מהגעה החפויה של בן הנואשת לסלוון ושאלתו את אמו "מדוע הילד זהה בוכה?". כעולה מהראיות הבן ששה במחיצת אמו כל הבוקר, וטבי שמורגל בשגרת היום בפעוטון ובinati הפעוטות, ועודין היה בבכיו של א.ב. דבר מה חריג, שעורר את דאגתו. לאחר עדיבת הבן, הפעוט ממשיר לבכות עד שהוא משתנק ובכיו מתגבר (מונה 20:51:1) ולא מפסיק (עד מונה 1:52). מדובר בinati מר וממושך בין שתי דקות במהלךו שוחחה הנואשת עם בנה (אגב גם בחוסר סבלנות ובטעון כעס), שבה ועלבה בפעוט (מונה 1:51:30) אך לא נשמע כל ניסיון מצידה להרגיעו.

94. גרסאות הנואשת באשר לנסיבות לבכי בפעוט מתחפות: בمعנה לשאלת בנה השיבה הנואשת שא.ב. בוכה "**כי שורף לו הטוסיק**". בחקירהה כאמור טענה שכבה מכעס כי נאלץ להפסיק לאכול (שם, ש' 98-99), ובהמשך הוסיףה שכבה "**כי שרכף לו הטוסיק ולחתתי אותו מהאכל**" (שם, ש' 128), וכשנשאלה על פשר בכך לאחר אחת מקולות החבטה הנטען (ת/7, ש' 146-150) השיבה "**זה צרי לשאול אותו**". בחקירהה הראשית חזרה על גרסתה (פרו', עמ' 151, ש' 32) ומספרה שא.ב. סבל מ"תפרחת חיתולים קשה של כוויות בעור והטוסיק שלו היה מאד מגורה" (פרו', 148). אמו של הפעוט הכחישה בעודותה שבנה סבל מבעיות בעור (פרו', עמ' 65, ש' 14).

ניתוח ההחלטה - הקולות הנטען כחבטות

קטעי הקול הנטען כחבטות אכן מתישבים עם הגדרתם ע"י העדים כמגע של גוף בגוף. אני מסכימה עם מצאי המומחים שאין מדובר בקולות זרים אך ניתן לאבחן בין רעשאים אחרים שנשמעו במהלך ההחלטה, כגון טלטול מכשיר ההחלטה או התקיק שבו הוחבא (מונה 49:48:1). נכון יהיה לציין כי הורי הפעוטות שהאוזנו להם היו אוטם בוודאות כkolot chatba "מכה של עור פוגע בעור" (פרו', עמ' 66 ש' 5) ואף לא אחד מהם סבר שמדובר בצליל שמקורו אחר.

דין והכרעה

95. לאחר שבחנתי בזיהירות רבה את הריאות הרלוונטיות והאונטי האזנה מוקפדת ההחלטה, מצאתי לקבוע עמוד 33

על בסיס מכלול הראיות המפורטות דלעיל, כי הקולות הנטענים כhabטה הם אכן קולות חbetaה ומקורות בمعنى תקיפה שביצעה הנ羞תת כלפי הפעוט א.ב. . כפועל יוצא מסקנתנו זו אמי קובעת, כי התרחש העובדתי המפורט בכתב האישום הינו התרחש היחיד המתישב עם הראיות. העובדה שמדובר בריבוי מעשי תקיפה ובמהשך להם וכי כאב ולא סיטואציה חד פעמית מחזקת את תוקפה של מסקנה זו.

96. עם זאת אין בדיוני לקבוע ואני סבורה שהדבר אף אינו הכרחי, האם מדובר בהצלפות על גוף הפעוט, סטירות או חבטות במקום אחרים בגופו. די בקביעה, על בסיס התמונה הכללית ובцентрף כל הראיות, כי המסקנה היגיונית היחידה הינה שקולות אלו נוצרו מגע בין גוף לגוף, מגע הנשחתת בגופו של הפעוט שאינו יכול להגן על עצמו, מגע שבוצע בכך והسب לו כאב רב.

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

97. הנשחתת בחקירה (ת/7) הציעה הסבר אחר לקולות וטענה שמדובר במחייאות כף, "**לפי מה ששמעתי אני מוחאתי כף**" (לאחר שהושמע לה מונה 1:48:52), מחייבת כף שהיא **"חלק ממשחק להסיח את דעתו של הפעוט מ.ג) למשהו אחר"** (עמ' 5 ש' 136, 141). זו הייתה גם תשובהתה כשהשимиעו לה את הקולות במונה 33:1-18:1 ו-12:1-52:1. **"שוב אותו דבר ולא יודעת אם זה לא לופ שעושים אותו דבר, וזה לא מכח זה מחייבת כף שלו חלק ממשחק"** (שם, ש' 152-153). בחקירה המאוחרת, מיום 18.7.16 ת/6 לא חזרה בה מגרסתה זו.

98. עדותה ניסתה לישב בין גרסתה בחקירה ובמהלך ניהול ההוכחות, אך ללא הצלחה. עדותה מבולבלת ומתחמקת, לעיתים חוזרת לגרסת מחייבת הCPF, ומקום אחר מתעקשת שמדובר בהקלטה ערוכה. גם הסבריה באשר לגרסת מחייבת הCPF משתנים. לטענתה, לא זכרה שמחאה כף במהלך האירוע אלא רק נתנה פרשנות לציל של השמיעו לה (פרו', עמ' 167 ש' 3-5 ובמוניה לשאלת בית המשפט, עמ' 168, ש' 4-9) אך מקום אחר מודה **"יכול להיות שאחת הפעמים זה באמת היא מחייבת כף"** (שם, ש' 7), ושמתבקש ע"י ב"כ המאשימה לישב בין גרסאותיה השונות, משיבה את התשובה המבולבלת הבאה: "לא אמרתי שלא מוחאתי, יכול להיות שמחאתה כף יוכל להיות.. אני פשוט לא זכרתי את הסיטואציה", ושאלת בית המשפט בהמשך: "אני משיבה כי הגרסה שלי בוגרנו לארכבעת הצלילים שהמאשימה טוענת שם מכות שאולי הם מחייבת כף . אין לי גרסה אחרת לגבי כל אחד מהצלילים" (פרו', עמ' 171, ש' 12-13).

באשר למטרת מחייבת הCPF, מסבירה כי **"אני מרגישה עם מחייבת כף, לפחות תינוק שטובל אני מרגישה עם צעכו או כל מני אמצעים"** (עדותה עמ' 171 וראו גם עמ' **"לפעמים אני עושה להם עשר אצבעות ואז אני מוחאת כף כאשר הבלתי התפוץ"** עמ' 176)

ובכלל, הנאשمت מנסה להתחמק מתשובות לשאלות קשות רבות, בעיקר ביחס לזרמי 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 למושעה האחרים באותו היום מגינה זיכרון מרשים. כך בת/6 זוכרת גם לאחר שלושה חודשים מה עשו הפעולות האחרים בעת האירוע (ש' 26-27), כך בחקירה הראשית שmagolat את רצף האירועים בפירות רב וזכורת במדוקן כל פרט מאירועי היום. הכל, למעט טיבם של הקולות שנשמעו בהקלטה.

99. הנאשמת הותירה עליו רושם בלתי מהימן, עדותה הייתה בלתי אמינה ובלתי עקבית. הנאשمت לא הצליחה להציג גרסה סדרה ביחס למעשיה במהלך האירוע, כך חוזרת פעמי אחר פעמי לגרסה מחייבת הCPF, ומוסיפה בשפה רפה שמדובר בכלל בהקלטה ערוכה. איןני אמינה לה שלא זכרה את פשר הקולות הנשמעים בהקלטה ובעדותה נזכרה הסטייגותה מגרסת העריכה שהחליפה את גרסתה הקודמת. הנאשמת לא הביעה שמצ' של חרטה או תחושת אשמה ولو על דרך דיבורה, ואף לא תובנה לזעוזע שאח兹 בהורי הפעולות נוכחות התנהלותה. לאורך כל העדות לא הפגינה כל אמפתיה להורי הפעולות ואף צלולה בתחשותיהם הקשות. את תדמיתם ממילוטיה הקשות ראתה כהתנהגות יפה נפש (עמ' 158), ואף לא בחלה בתיאור המתלוון כמשועם שחי בפרנויה ומעצים דברים (עמ' 159).

100. לא מצאתי ממש בטענות ההגנה בסיכוןיה ביחס לאופן חקירת הנאשנת ע"י החוקר רוני יהואש (סיכוןי ההגנה, סע' 103-67). החוקר לא הציג בפני הנאשנת מצג כזב אלא השמייע לה ההקלטה וביקש לקבל גרסתה ביחס לקולות הנטעןם כחבטות. יותר מכך, החוקר לא מסר בעדותו, בטענת ההגנה, שהנאשנת אישרה שהכתה את הפעולות או זיהתה את הצללים שהושמעו לה מכוכות או חבטות, דבריו מתישבים עם תוכן חקירתה ת/7. אף טענות ההגנה כנגד הנסיבות של החוקר אין רלוונטיות, מאחר שחלקן התחזקה בתפיסת מכשיר הטלפון של המתלוון ולא יותר מכך (פרו', עמ' 58, ש' 1). תחשותיה הקשות של הנאשנת במהלך חקירתה מובנות (ראו עדותה, עמ' 149), הנאשנת סקרה כי הייתה שרויה בהלם מוחלט וברור כי חקירתה והחדרתה בתקיפת קטן שטופל עלידה נפלה עליה בהפתעה. עם זאת, נראה שבמהלך חקירתה התעשה הנאשנת, שכאמור התיעצה טרם חקירתה עם בא כוחה, ענתה בהרבה לשאלות החוקר ואף הסבר משלה לתוכן ההקלטה.

היתה לנאשנת הזדמנויות לקובול על התנהלות החוקר כלפי בחקירה המאוחרת, אך גם בעניין זה לא נטען דבר.

באשר לטענות הנאשנת שההקלטה הושמעה לה ב"לופ", וכי לא הושמע לה החלק הרלוונטי בהקלטה במלואו (פרו', עמ' 150), הרי שיעון בחקירהה ת/7 מעלה, כי החוקר השמייע לה קולות שמע מרבעה מקומות שונים בהקלטה (ראו ת/7 ש' 135 משמעו מונה 1:48:52; ש' 141, מונה 1:47:33, ש' 145 מונה 1:50:18, ש' 151, מונה 1:52:12), תוך שהוא מצין זאת בפניה. גם אם בטענת הנאשנת החוקר לא ציין בפניה במפורש נתוני מונה ההקלטה (פרו', עמ' 151, ועודות החוקר שאין זוכר, עמ' 60 ש' 20), ברור מתוכן החקירה שמדובר בהשמעת מספר קטעי קול, שבו כל פעם מבקש החוקר לקבל את גרסתה. לאחר השמעת קטע הקול הרבייעי, אך הנאשנת טוענת כי נשמעו לה דומים "**ולא יודעת אם זה לופ שעושים אותו דבר**" (ש' 152, אך לא

משנה מגרסתה, ולא מעלה כל חשד לערכיה. זהו גם המקום לצין, כי לדעת המומחים אין מדובר בנסיבות דומות, ולא ניתן כלל לזהותםacial חזר. המומחה בלבד נזכר לאחר בדיקה מדויקת, מצא שקיום הבדל בין צילול הרעים "ואין מדובר בפיקרים של רוש שיש להם מאפיין קבוע ועקביו. למעשה, אין שמעו "חבטה" אחת זהה לאחרת" (חו"ד נ/4, פרק ג', עמ' 9).

101. גרסת מחיאות הCEF בחקירה הנאשנת אינהפרשנותה לנסיבות שהושמעו לה כתעונתה בעודותה ובמה שבסיכון ההגנה (סע' 181 ואילך). הנאשנת מצינית במפורש, כי מהאה כפ' ומסבירה את מחיאות הCEF כסוג של משחק להסתת תשומת לב הפעוט. טענת פרשנות הקולות הינה גרסה מתחכמת ומתחמקת שאינה מתיישבת עם גרסתה בחקירהה. כפי שכבר הובהר (סע' 98) הנאשנת אף לא הצילה להחזיק בגרסה זו במהלך חקירתה הנגדית והודתה שלפחות פעמי אחת מהאה כפ' (פרו', עמ' 167, 172, 168). עם כל הכבוד לבקשת ההגנה בסיכוןה לראות בגרסה עדות שמיעה או עדות סבירה (שם, סע' 177), הנאשנת אינה יכולה לחמוך מוחבטה לתאר ולהסביר את ההתרחשויות במהלך האירוע שבפניו, בו לקחה חלק ובו הייתה שותפה פעילה.

102. מצאתי לדוחות הסבריה של הנאשנת, לפיהם כל שעשתה הוא למוחא כפ' לפחות לשם משחק והריגעה. מלכתחילה מדובר בגרסה שנדקה הצד, כשל חולשתה ניתן ללמידה עצם זנחתה והשינוי החזותי בקשר ההגנה.

תרחיש חלופי זה אינו מתיישב עם מילוותה הקשות ועם פרצוי בכיה הפעוט. ניסיונה לשווות למשייה אופי תמים אינו מתיישב עם המארג הראייתי הניסיבתי, ואף לא עם השכל הישיר וניסיון החיים, בוודאי כשמדובר בהתרחשויות מטפלת מנוסה ומקצועית. הנאשנת אף לא מספקת הסבר מדויע, לאחר שהפעוט החל לבכות בכיו' מר, אינה מפסיקת למוחא כפ' ופועלת להרגיעו ולנחמו, כמו שהיא ממנה.

תמייה למסקنتי זו ניתן למצוא בעדות אמו של א.ב, ל.ב השוללת בחקירהה הנגדית האפשרות שבנה בוכה ממחיאות כפ': "...זה ילד שמחאו לפני כפים ושרו לפני שירים והוא לא היה בוכה ממחיאות כפים ולא היה נבהל ממחיאות כפים" (פרו', עמ' 66).

103. לאחר שהגעתי למסקנה, על בסיס התמונה הכלולת ובהцентрן כל הראות, כי המסקנה הגיגונית היחידה הינה שהkulot בהקלטה נוצרו מהלקאת הפעוט ע"י הנאשנת, ולאחר שמצאתי לדוחות את הסביר הנאשנת, אני קובעת כי הוכחה אשמת הנאשנת בתקיפת הפעוט א.ב ברמת הוודאות הנדרשת בפלילים.

האם תקיפת הנאשנת גרמה לפחות 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 בפרצוי הבכי של תלמידים על 'מכאוב של ממש' ועונים על הגדרת הסעיף. ההגנה מצידה סבורה שלא ניתן להסתפק בכך ושגשגת המאשימה אינה מתיישבת עם רוח החוק

והפסיקה הנוגגת. לחילופין סבורה, כי גם אם פרשנות המאשימה לבci ממcao תתקבל, אין הבci מהוות ראייה לכאב מוחשי כנדרש בחוק (סיכון, סע' 210, עוד הפנו לפסיקה מתאימה).

105. כאמור, 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 חסירה בו הגדרה למושג 'חבלה של ממש', על אף שרכיב זה מופיע במפורש בסעיפים עבירות שונות, (ראו סעיף 380 לחוק העונשין).

מושג זה זכה לפרשנות מרחביה למדי בפסקה, אשר מבוססת על המונח 'חבלה' כהגדרתו בחוק. חבלה היא 'מכאוב, מחלת או ליקוי גופניים, בין קבועים ובין עוביים'. 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 בפליליים**- חלק שלישי, עמ' 1523, תשס"א-2006) הוצע, כי לצורך התקיימות יסוד זה של 'חבלה של ממש' די בכך ש"**תaea זו פגעה גופנית מוחשית כלשהי**", **להבדיל מפגיעה חסרת משמעות ונטולת ביטוי מוחשי**" עם זאת הודגש שם כי המונח 'מכאוב' הכלול בהגדרת ה'חבלה', מאפשר אף לכלול בגדרה פגעה 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 דין זה בהרחבנה בסוגיה זו ובו נקבע כי המחוקק לא מצא לנכון להציב גבול תחthon למושג חבלה, וכי מדובר בקשה רחבה מאד, "**מפצע של ממש ועד לכאב, דכאון ועלבן. יצא איפוא, שדי בפגיעה גופנית שגורמת לכאב בלבד כדי שהפגיעה תהיה בגדר חבלה גופנית**". בית המשפט לא ראה לנכון לראות במונח זה ליצור סוג חבלה נוסף על הסוגים שהוגדרו בחוק, לדעתו אין במילה "משה" (actual) כדי להוסיף מימד כלשהו. (ראו גם ת"פ (מח-ב"ש) 57/94 **מדינת ישראל נ' פלוני מיום 18.9.95**).

1976/11
107. מבחינה זו, המרחיבת מעט את גבולותיו של הביטוי מוחשי לחבלה התקבלה גם בעניין **ויספיש** (ע"פ **ויספיש נ' מדינת ישראל**, מיום 11.11.21). שבו נקבעה הפרשנות המקובלת בפסקה למונח חבלה של ממש, ולפיה יש להוכיח "חבלה אשר לה ביטוי מוחשי", אך כדי למלא אחר דרישת זו ניתן להסתפק במכאוב שהסביר CAB. בעניין **ויספיש** למשל נקבע, כי עדות שמסר המתלוון על מכאוב שנגרם לו מפגיעה ابن עונה על הגדרה 'חבלה של ממש'^[12]. (ראו גם סע' 212 לסיכון ההגנה).

קיומה זו רלוונטי עד מאד לעניינו, באשר עליינו לבחון האם אכן נגרם לפעוט A.B. מכאוב שיש בו כדי להוות "ביטוי מוחשי" של הפגיעה בו. יצוין, כי לגבי סעיף העבירה המიיחס לנאשמה, סעיף 368א, הרחיב המחוקק את הגדרת החבלה הרחבה נוספת לכלול בגדרו גם חבלה נפשית (סעיף 368ב(ג) לחוק). טענת ההגנה (סע' 208-206 לסיכון), לפיה הגדרת החבלה במסגרת סעיף זה מחריגת אותה מהגדרתה הכללית בסעיף ההגדרות ויש לפרשנה על דרך הצטום אינה נכונה ואני מתישבת עם לשון הסעיף.

108. אין חולק כי לא נצפו על גופ הפעוט סימני תקיפה (פרו' עמ' 64, ש' 31). לגרסת המאשימה האזנה להקלטה מלמדת, כי בעקבות כל מכח שהכתה אותו הנאשمت, צראח A.B. ממושכות לעיתים אף מספר דקות,

טור שהוא משתנק ובכיו מתגבר. עוד סבורה המאשימה, שיש לתת משקל לכך שמדובר בתינוק רק שאינו יכול לדבר ודרכו להביע את כאבו הינה באמצעות בכיו. בכיו הוא הביטוי המוחשי של המכאוב המשי ואינו מותר ספק כי התינוק סבל מכאב של ממש כתוצאה מתקיפה הנאשמת, שכן אחת מהמקות המוחחות בו מעכימה את כאבו. עוד הפנתה לעדות אם הפעוט, לפיה לאחר האירוע היה נתון במצב רגשי קשה, שהתרטטה בקשה לשינה, בכיו וכיו¹⁶.

108. לאחר שבחנתי טיעוני הצדדים והראיות הנדרשות להכרעה בסוגיה זו בראי הפסיקה מצאתי לקבע, כי תקיפת הנאשمت גרמה לפעוט א.ב מכאב של ממש שהינו חבלה של ממש. הרכב הרלוונטי בין הגדרות ה'חבלה' לעניינו הוא קיומו של מכאב, הינו הוכחת קיומו של כאב שנגרם כתוצאה מעשה תקיפה. כפי שכבר נקבע, עשי התקיפה של הנאשمت הם אלו שגרמו לבci הפעוט, אך בכל אחת מהמקות שהוכה הפעוט הגיב זה בבci חריג בעוצמתו ובמשמעותו, בכיו מחמת כאב. לא ניתן לטענות בעת האזנה לקולות הבci וניכר כי תקיפת הנאשמת הסבה לו כאב מוחשי (ראו לעניין זה מונה 6 מונה 1:47:56-1:47:40; 1:50:17; 1:51:20-1:51:30). רצף התקיפות, לצד מלל פוגע ומעלייב, מאפשרים אף להגעה למסקנה שמדובר בבci שהינו תוצאה ישירה של מכאב של ממש.

אכן הפעוט הרך אינו יכול לבטא את שהוא מרגיש אך בכיו מדובר בעבורו,זיכרון מדובר בתקיפה על ידי מי שהופקדה לשומר על שלונו ובטחונו, הוא תלוי בה ונותן בה אמון רב. כפי שבעניין וייספיש הסתמן בית המשפט על אמרתו של הנפגע בעדותו ולאחר מכן לעצמו לעזוב לו מאד, ניתן לראות בבci הפעוט ביטוי מוחשי לתחושים הכאב והעלבן שחש.

עדות אם התינוק מחזקת מסקנה זו, לפי עדותה לאחר האירוע בנה היה מצוי במצב רגשי קשה והתקשה לפתח אמון בזרים "היו לו קשיים של הלילה, סיוטים או טנטונים, בכיו, היה לו קטע שישב בכיס האוכל ומתנתק לכמה שניות ופתאום חוזר" (עדותה, עמ' 63). אין בכך די לקבע שלפעוט גרמה גם חבלה נפשית, והמאשימה אף לא טענה לכך, אך יש בדברי אמו כדי לחזק את המסקנה שלמעשי הנאשمت הייתה השפעה ארוכת טווח ומשמעותית עליו^[13]. תמייה נוספת מוצאת גם בתגובה בן הנאשمت לבci הפעוט (סע' .(94

109. עינתי בפסקה שהוגשה ע"י ההגנה, וכן יישם מקרים שבהם קבוע בית המשפט, כי גם מקום שנגרמו למחלון חבלות, אינם מהווים חבלה של ממש (כך בת"פ (ח) 11-02-34952 מדינת ישראל נ' אטקיшиб' שם נגרם למחלונות סימן אדום קטן וחולף או בת"פ (י"מ) 11-04-10377 מדינת ישראל נ' אוליבר, שם נטען כי תקיפת ישישה חסרת ישע ע"י המטפלת שהיתה מודעת לשברים בגופה, גרמה לה מכאב). אומרים יותר מזאת, לו בנסיבות שלפנינו היה מדובר בתקיפה אחת ולא בריבוי תקיפות שגרמו לפעוט למספר פריצי בכיו כאב ועוצמתו, ניתן אף בתיק זה להגעה למסקנה דומה. אלא שאני סבורה שבנסיבות החירגות של המקרה שלפנינו, ניתן לראות מעשה תקיפה ממש המשיל גם על עצמת המכאוב וביטוי המוחשי.

110. משבגתני למסקנה, כי הוכחו יסודות העבריה המוחסת לנאשمت כנדרש והתנאים לקבלת האזנה האסורה, מתייתר הצורך לדון בטענותיה המקדימות הנוספות של הנאשמת, לרבות אלו היוצאות כנגד

ההחלטה התייחסה להאשמה בעבירה זו וטענות נוספות לפגם בכתב האישום והגנה מן הצדק.

דין קצר בטענה החלופית של המאשימה

111. בסיפה סיכומית הציעה המאשימה מזה חלופית להרשותה הנאשמת. לשיטתה, במידה שלא ניתן להרשותה בעבירה שייחסה לה, אך ניתן לקבוע אשמה בעבירה פחותה בחומרתה שאינה "פשע חמור" לפי חוק זה, לא יביא הדבר לפסילת הראה. לגשתה, סעיף 13(א)(2) רישא, קובע כי בית משפט מוסמך להורות על יותר קובלות ראה רק ב"הליך פלילי בשל פשע חמור" אך לא דורש בהכרח הרשותה בעבירה כאמור.

112. בשל חשיבותה של הסוגיה, מצאתי להקדיש לה מספר מילימ. סעיף 13 לחוק האזנת סטר דין כאמור בקבילותות ראות שהושגו בניגוד להוראת חוק זה, ומאפשר, במקרים חריגות ממפורט בו, להתריר האזנה אסורה קריאה במשפט. לשיטת המאשימה, מרכז הcobד של סעיף זה טמון בפירוש המונח "הליך", והדרישה היא לקיומו של הליך בשל פשע חמור ולא בהכרח לתוצאתו.

113. מבט ראשון נראה תזת המאשימה שובה לב, כי הרי השלב הדינוני שבו אנו נדרשים לדון בבקשת המאשימה להיתר קובלות הראה איינו בסופו של משפט אלא במהלךו, ואולי אכן די בהגשת הראה בהליך פשע חמור, במונתק מהתוצאות.

הסתיגותי מפרשנות מרחיבת זו הינה במספר מישורים, הנוגעים לשון החוק ובעיקר לתכליתו. פרשנות המאשימה מנתקת בין רישא הסעיף להמשךו. בסעיף 13(א), נקבע כלל אי קובלות האזנת סטר בלתי חוקית קריאה בבית משפט, בכל הליך שהוא, מתחילה ועד סיוםו. מכאן שחריגים לכל זה יהיו רק ההליכים המפורטים בהמשךו, הינו הליך פלילי בשל חוק זה והליך פלילי בשל פשע חמור, הכוונה למובן להליך פלילי על כל שלביו, הינו מהגשת כתב האישום ועד מתן פסק דין.

ובאשר לתכלית החוק, רבות נכתב בפסקה על אודות חשיבותה של הזכות לפרטיות ועל הפגיעה הקשה שמסיבה לה האזנת סטר. הזכות לפרטיות הינה מהחשיבות האדם בישראל, אף הוכרה כזכות חוקתית בגדרו חוק יסוד: כבוד אדם וחירותו. אזכור 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:

"הazevat sfer ha-ta'arbatot chripa be-zekutav shel adam la-hiyyot um etzmo. Hia mahaava chidra ksha le-pratiyot adam. Hia shollet mahadom at manahat nefsho, at bat'honovo b'hofesh rezono. Hoo hoveft at mabtzru l-kelalo. Um zat, hakot la-pratiyot ayinah mochlatet. Nit'an le-fgau bah la-shem mani'ut ubirot, asher sopan hagana ul-pratiyot shel achrim, ve-ul cabodim v'chirوتם".

המתוך הטבעי שקיים בין צורכי גילוי האמת וmani'ut ubirot Machad, libin mani'ut hafgeya be-zekutu shel adam la-pratiyot v'zenu'ut
עמוד 39

שיכון, מנגד, מקבל את ביטויו בנסיבות המאזור והמקופד של חוק האזנת סתר וחיריגו.vr נקבע, כי היתר להאזנת סתר ינתן רק ע"י נשיא בית משפט מחוזי,vr סעיף 13 עצמו המונה חריגים צרים ולצדם מגנון סינון מוקפד. תחומיו וגבולותיו של חוק זה ברורים וחדים, ומיש בו כדי לפגוע פגעה קשה בפרטיו של אדם, ראוי לפרשו באופן זהיר ומצומצם, המתיחס מרגשיותו ומורכבותו של נושא זה. לכל הפלחות, נכון יהיה לפרשו, מקום שניית לשתי פרשנויות, לטובת הנאשם.

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

"באשר לכונת החוק יודגש כי הביטוי "בשל פשע חמור" אינו מופיע בהצעת החוק והוא הוכנס לאחר מכן כפי שתוקן. מכך ניתן ללמידה כי החוק רצה להגביל את השימוש בהיתר החrieg של סעיף 13 רק לעבירות חמורות. חומרת העבירה מהוות סיבה מוצדקת לאפשר איזון בין הדרישות הקפדיות של החוק להגן על הפרטיות ובין טכניקת יתר בישום ההוראות העוללה לפגוע הציבור.. המוקד אינם העברין אלא העבירה יש לבדוק האם העבירה הינה בדרגת חומרה כזו המצדיקה סטייה מכלל הפסילה".

עוד רואו ע"פ (ח') 12-09-4757 אורן דהן נ' מדינת ישראל (ימים 13.3.13), פ' 20.

טרם נעילה

לא קלה הייתה דרכנו בתיק זה. כאמור, תחילת קבועינו שההקלטה הינה האזנת סתר שאינה קבילה ורק לאחר ששובכעתה שהוכחה אשמת הנאשמת בעבירה המוחסת לה, הכרתית קבלותה. אך הרשעה זו והערת זהירה בצדיה. מעשי המתלוון בתיק זה נעשו אמנים בתום לב אך בדרך של האזנת סתר האסורה בחוק. עבירה על חוק זה חמורה ובצדיה עונש מאסר בן חמישה שנים.

אכן, המצב החקני היום, שבו הקלותות, שמרtran להגן על חסרי ישע ולחשוף פגעה בהם, נחשות להאזנות סתר בלתי מותחרות, מטריד. לא אחת אנו עדים לחשיפת התעלויות בקטינים או בקשישים והדרך היחידה לגילוי אמת כוابت זו הינה מעקב ופיקוח של הורים ואחראים למתרחש במוסדות אלו, באמצעות האזנות. העובדה ששחזרי הישע הזקוקים להשגה צמודה אינם יכולים לדאוג לטובותם ואף לספר על שארע להם, מייצרת קושי מוגנה ו מגבילה האפשרות לפיקוח על אופן הטיפול בהם. פעוטות וגם קשישים נתונים לחסדי מטפלייהם, ואלו, לעיתים, מנצלים מגבלותיהם, כדי להתאזרם להם.

עם זאת, אין לפטור בעיה מורכבת זו באמצעות פגעה בלתי מידתית בזכויותיהם של המטפלים בהם. אל לנו לאפשר פלישה בלתי מבוקרת לרשות היחיד, לבתו- מבצרו של אחר, ללא הסכמתו. הפתרון הרاءו הוא באמצעות חקיקה מתאימה.

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

עמוד 40

הפעולות השוהים במעוננות באמצעות התקנת מצלמות וחוק הפקוח על מעונות יום לפעוטות תשע"ט-2018, שנועד להסדיר הפעלת המעונות והגנה על הפעולות השוהים בהם, הם חלק ממאמץ חוקי שנועד להסדר הטיפול בבעיה כאובה זו.

לכך אוסיף הצעות חוק רבות שהונחו על שולחן הכנסת, כך הצעת החוק (הצעת חוק האזנת סתר (תיקון-הازנה בגין חשד להטעלות בפעולות וחסרי ישע) התשע"ז-2017^[15] וכן ריק לקוות שהמחוקק ימצא פתרון לתופעה חמורה זו בהקדם האפשרי.

סוף דבר,

אני מרושעה הנאשמה בעבירה המויחסת לה, עבירה של **תקipa קטינ ע"י אחראי גריםת 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' צוביי** (28.3.93) וע"פ (ת"א) 1770/97 **מדינת ישראל נ' לאופר**, שם נקבע כי "בעל שיחה" אינו חייב להיות משתתף פעיל בשיחה וכי יכול להיות אף מדובר בלבד.

[2] הנחית 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 המתוועדים ושימוש בתוצרים אלה בהליך פלילי**".

[3] סעיף 7 להנחיה דנא, הקובע כי במקרים כמו זה שלפנינו, שבהם מותקים מכךרי ההחלטה בבית חסר ישע או בנסיבות ייעודיות כגון ילדים וכיו"ב, באמצעות לפיקוח ובקרה ומתעדים, על פניו תקופה, גם תיעוד מעשי המטפל או אחרים ברשות היחיד, "**הרי שלכאורה הוא מהו גם האזנת סתר אסורה**" וקיים חdad להפרת חוק האזנת סתר.

[4] ראו גם דברי נציג הפרקליטות, ד"ר חיים ויסמנסקי, בישיבת הוועדה לזכויות הילד בנושא אלימות כלפי ילדים בעוננות מיום 14.3.17, לפי ההחלטה ע"י הורה בגין ולא 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' אינפלץ בקשה המדינה לפי סעיף 13 חרף פגעה מצומצמת בפרטיות, שלא שוכנע בדבר חינויות הראה.

[7] ראו אישור פרקליט המדינה מיום 17.8.16 (אגב זמן ממושך טרם ניתנה ההחלטה)

[8] עוד בוחנתי המקירה בהתאם לאמות המידה שנקבעו בפסקה בעניין החרג לסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות תשמ"א-1981 בבג"ץ 6650/04 **פלוני נ' בית הדין הרבני האזרחי בנתניה**, ומצאתו שהפגיעה בפרטיות אינה חמורה ומנגד ערכها הראייתן של הראה וחשיבותה לחקיר האמת רבה, ומכאן שניתן להגיע גם בדרך זו למסקנה דומה.

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

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

[11] בהחלטה זו קיבלתי טענת ההגנה כי דרך המלך מקום שבו מתבצעת ההחלטה 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 המחווזי 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 חמימות (סעיף 380 ו-382(א) לחוק), ובית המשפט הסתפק בעדות המתلون על כך שנגרמו לו כאבים כתוצאה מפגיעה האבן, ועודות עד נוסף לו מסר לאחר שפוגעה בו האבן כי "מאד כאב לו".

[13] ראו לעניין תגובה נפשית שהוכרה כחבלה של ממש. ת"פ (ו"מ) **1340/97 מדינת ישראל נ' משאלן** (פורסם ב公报) שם הכיר בית המשפט המחויז בהשפלת שנלוותה למכה כחבלה של ממש במובנה הנפשי. בית המשפטקבע כי לכאב, השפלת ולחשות עלבוין יש ממשות ומוחשיות לפחות כמו לחבלה פיזית, אך הוכחתם מח"בת בסיס ראייתי מוצק יותר. עוד ראו ת"פ (ת"א) 15-06-13877 **מדינת ישראל נ' רז**, שם סבר בית המשפט כי הרטבה מחמת פחד או תיאור האם את הדדרות מצב בנה עשויים להוות חבלה של ממש.

[14] בפסק דין זה, נדון ערעור המדינה על החלטת בית המשפט שלא להתר שימוש בסעיף 13(א)(2) באישום בעבירה פשע, שהינו חלק מכתב אישום הכלול איסומי פשע חמור.

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