



ק"פ 37519/10/20 - מאיר כהן נגד לימור גינת,גד ורולקר,הילה גלמן,אסטלה דבורקין,כולם

בית משפט השלום בנצרת

25 מאי 2021

ק"פ 37519-10-20

כהן נ' גינת ואח'

לפני כבוד השופט דורון פורת - נשיא

קובל מאיר כהן

ע"י עו"ד אלעד סויסה

נגד

נקבלים/ נאשמים

1. לימור גינת

2. גד ורולקר

3. הילה גלמן

4. אסטלה דבורקין

כולם ע"י עו"ד שמואל לוינשטיין

החלטה

1. בפניי בקשת הקובל להגיש שני סרטונים שנטען כי הם צולמו בזירת האירוע. הסרטון הראשון אשר צולם לכאורה, על ידי עד מטעם התביעה, מר אליעז יוסף (**להלן: "אליעז"**). הסרטון השני, לא ידוע מי צילם אותו, צולם מזווית פנימית מתוך הקיבוץ, כאשר לטענת הקובל הסרטון צורף לפוסט שפרסמה הנאשמת מס' 1 בדף הפייסבוק האישי שלה, לאחר האירוע. כאמור, לא ידועה לקובל זהות הצלם/העורך של הסרטון השני.

2. עד התביעה, אליעז לא הסכים לערוך תצהיר אודות נסיבות צילום הסרטון, אך הוא התייצב בבית המשפט לדיון שהתקיים ביום 03.05.2021, והתבקש על ידי ב"כ הקובל להעיד על צילום הסרטון (הראשון) על ידו, הנסיבות בהן צולם הסרטון וכיצד נשלח לקובל. ב"כ הנאשמים התנגד לעדותו זו, בטענה שהנאשמים לא קיבלו שום חומר חקירה באשר לעד זה, ואין שום מסמך או אישור בכתב שהוא זה שצילם את הסרטון וכיצד עבר הסרטון לידי הקובל.

3. בהחלטתי שניתנה בדיון, התרתי את שמיעת עדותו של העד אליעז אך ורק בהקשר לת/4 שהוא המסמך היחיד שגולה להגנה, כמצוות סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 וקבעתי שככל שהסרטון יתקבל כמוצג, ניתן יהיה להחזיר את העד ולשמוע את המשך עדותו ביחס לסרטון.

טענות הקובל

4. הקובל טוען שיש לאפשר את הגשת הסרטונים. אם באמצעות הקובל, שהעיד כי הוא היה עד ראייה שנכח באירוע והשתתף בו, שהסרטון משקף נאמנה את שאירע, בחיזוק עדותו של מר יאיר קליין. לחילופין יש לאפשר הגשתו על ידי העד אליעז שצילם ופרסם את הסרטון.

5. הקובל טוען כי הגשת מסמך כראייה דורשת שלושה מישורים: האחד, מישור זיהוי המסמך והגשתו פורמלית

עמוד 1



כ"חפץ" על ידי עד מגיש; השני, מישור והוכחת אמיתות המסמך והיותו אותנטי; השלישי, הוכחת אמיתות תוכנו. כאשר במקרה זה שלושתם מתקיימים. לטענת הקובל, העד אליעז העיד על נסיבות צילום הסרטון (טענה שאינה נכונה עובדתית), והוא אישר בעדותו שהוא פרסם את הפוסט, עליו התכתב עם הקובל בשיחתם שהוצגה כ-ת/4. כאמור, הקובל אישר שמה שרואים בסרטון הוא מה שהיה במציאות.

6. אין לקבל את טענת ההגנה בדבר "ההפתעה". בחומר החקירה היו מסמכים כתובים בעניין הסרטונים (ת/4 ופוסט הפייסבוק שפורסם). במסגרת חומרי החקירה הועבר להגנת העתק פוסט הפייסבוק, בו אליעז מתאר ומפרט על הסרטון שפרסם, וזיהה בו את הקובל. כמו כן, נטען שהנאשמת 1 עשתה שימוש בעצמה בפוסט במסגרת הליכים אחרים, ולכן אין ממש בטיעון בדבר "ההפתעה". מטרת טענות אלו היא מניעת הבאת התמונה המלאה בפני בית המשפט. אין בהגשתם משום עיוות דין ו/או פגיעה בהליך ההגנה ובזכויות הנאשמים. מדובר בסרטונים רלוונטיים לאירוע שיש בהם כדי לסייע רבות לחקר האמת. לכל היותר יש לתת את הדעת לטענות במסגרת בחינת משקלן של הראיות, ולא במסגרת שאלת קבילותן.

7. הסרטון מהזווית הפנימית הועלה לרשת על ידי נאשמת 1 במסגרת פוסט שפרסמה בדף הפייסבוק שלה ולכן יש להתיר הגשתו.

טענות הנאשמים

8. קובל בקובלנה פרטית, נכנס בנעלי "התובע" לכל דבר ועניין, לרבות חובות התביעה בהליכים פלילים. בין היתר, הוא כפוף לכלל לפיו התביעה מוגבלת בהבאת הראיות המצויות בחומר החקירה שהועמד לרשות ההגנה. כלל זה, הנועד לשמירה על קיום הליך הוגן ושמירת זכויות הנאשם בפלילים, אינו קשור בטיב הראיה הנדונה, איכותה או חיוניותה לתביעה. אין כל אפשרות להגישה מקום שאין חומר כתוב שהועמד לעיון ההגנה.

9. בחומר החקירה שהועמד לעיון ההגנה, אין כל מסמך או תצהיר מאת העד אליעז, המלמד אפילו שהסרטון צולם על ידו, ואין כל חומר אודות נסיבות הצילום, האותנטיות שלו, אי עריכתו ועוד. על כן, ב"כ הקובל אינו רשאי אפילו לציין שאליעז הוא שצילם את הסרטון, כשאין כל חומר המעיד על כך.

10. הסרטון אכן הועבר לעיון ההגנה. אולם, נוכח עמדתו של אליעז, שנמסרה מפי ב"כ הקובל (ולא מפיו), אין בחומר החקירה כל ראיה כשרה באשר לזהות המצלם ונסיבות הצילום, כפי שמתחייב על פי דין. ביחס לסרטון השני, פוסט פייסבוק אינו מהווה ראיה כשלעצמה ולא ניתן להגישו, אם בכלל, ללא עורכו. באין כל תצהיר מעורכו, לא ניתן לעשות בו כל שימוש ראייתי במסגרת פרשת התביעה.

11. דברים אלו נכונים גם לגבי חומרים שערכה נאשמת 1. אם ערכה ואם הגישה, הדברים לא יכולים להיות מוגשים על ידי התביעה כראיה, אלא בעת חקירתה בפרשת ההגנה, אם תבחר להעיד.



12. אקדים ואציין כי מצאתי שאין מקום להתיר את הגשתם של הסרטונים מהטעמים שאפרט להלן.

13. ראשית, הגשת הסרטונים כפי שנעשתה אינה עומדת בתנאי הקבילות הנדרשים להגשתם כראיות בהליך פלילי. המלומד קדמי מציין בספרו את שלושת תנאי הקבילות של "הקלטה", שבלעדיהם- הקלטה לא תהיה קבילה כראיה (על הראיות, חלק שלישי התש"ע-2009, עמ' 1320):

"הקלטה" תהיה קבילה כראיה אם תעמוד בשלושה מבחנים:

האחד- המבחן ה"טכני" של מהימנות ואמינות סרט ההקלטה, בתור שכזה;
השני- המבחן ה"מהותי" הבודק אם נתמלאו תנאי קבילותו של "התוכן" המוקלט ע"ג הסרט;
והשלישי- המבחן ה"פורמלי", המכוון לבחון אם עומדת ההקלטה בתנאי הקבילות של חוק האזנת סתר."

14. במקרה שבפניי ההקלטות שהוגשו אינן עומדות במבחן הראשון "הטכני". וכך מגדיר המלומד קדמי בספרו את המשמעות של אותו מבחן "טכני", עמ' 1321:

"רישום בהקלטה מותיר פתח להתערבות זרה בסרט ההקלטה. על מנת לקדם פניו של סיכון כזה **תנאי להגשתו של סרט הקלטה כראיה הוא- הוכחת אמינותו הטכנית של הסרט**; ומשמעותה של "אמינות" בהקשר זה היא- שהסרט משקף נאמנה את שנאמר בהזדמנות שבה בוצעה ההקלטה. ... החשש של התערבות זרה בהקשר זה הינו מוחשי וממשי, והדרישה המיוחדת של עמידה במבחן שלמות ואמינות טכנית באה לקדם פניו של חשש זה."

[ההדגשה אינה במקור- הח"מ]

15. כאמור, הסרטונים הועברו להגנה בחומר שנאסף, כפי שהם מבלי שצורף כל מסמך בכתב ו/או תצהיר בכתב של מי שצילם אותם. ולגבי הסרטון השני, שנטען שהועלה על ידי הנאשמת 1, כלל לא ידוע מי צילם אותו. הסרטונים לא לוו בכל מסמך שיש בו כדי להעיד שלא נעשתה עליהם פעולת עריכה ו/או טיפול זדוני כלשהו בסרט ההקלטה. כמו כן, לא הוגש כל מסמך ו/או תצהיר המעיד על כך שהסרטונים אכן משקפים את שארע בפועל. משכך, לא הוכחו מהימנותם ואמינותם הטכנית של הסרטונים, ועל כן הם אינם עומדים במבחן "הטכני". מכל אלה, המסקנה המתבקשת היא שסרטונים אלו אינם קבילים כראיה.

16. ועוד אציין כי אין בכך שהקובל מבקש כעת, רק בשלב ההוכחות, להביא את דבריו של אליעז, כדי "להכשיר" את הגשת הסרטון שצולם על ידו כביכול, והוגש עוד עם חומר החקירה. הכלל הוא כי יש להביא את הראיות במועדן, ואין לאפשר ביצוע של "מקצה שיפורים" במהלך שלב ההוכחות, באופן המפתיע את ההגנה כפי שיפורט בהרחבה בהמשך.

17. שנית, הגשת הסרטונים מבלי שנתמכו במסמך בכתב אינה תקינה בהיבט נוסף. כאמור, במסגרת הליך קובלנה פרטית, נכנס הקובל בנעלי המאשימה והוא נדרש לעמוד באותם הכללים והחובות החלים על המאשימה הציבורית.



משכך, וכשם שנדרש בהליך הפלילי הרגיל, כך גם נדרש בהליך קובלנה פרטית כי גביית עדות מעד תלווה במסמך כתוב המקביל לגביית עדות במשטרה ו/או תצהיר ו/או לפחות תמצית כתובה המתארת את אשר העד עומד להעיד, בהתאם לאמור בסעיף 77(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב-1982 (**להלן: "החסד"פ**), החל מכח סעיף 70 לחסד"פ גם על קובלנה פרטית. מקום שלא ניתנה הזדמנות סבירה לעיין בראיה, וכאמור במקרה זה אין כלל ראיה שכזאת שניתן היה לעיין בה, חל הסייג של סעיף 77(א) לחסד"פ האוסר על התובע להגיש את הראיה או להשמיע את העד.

18. בנוסף לכך, הקובל הפרטי נדרש להעביר את מלוא הראיות שבכוונתו להציג בפני בית המשפט כבר עם העברת חומר החקירה, שאחרת תהיה בכך הפתעה להגנה. וראו את דברי כב' השופט יצחק עמית אודות תכלית הליך הגילוי בהליך הפלילי באופן כללי בבש"פ 8252/13 **מדינת ישראל נ' שינר** (23.01.2014):

"תכלית הגילוי היא להוציא את האמת לאור כי אילולא זכות זו נשללת מהנאשם האפשרות לסתור ראיה או לבחון מהימנות ראיה (עניין נידאל) (באמצעות הגילוי מתאפשר לנאשם לבחון את הראיות שבכוונת התביעה להסתמך עליהן ולהכין את הגנתו בהתאם (עניין ברקו, בפסקה 21; בג"ץ 5207/04 אפל נ' היועץ המשפטי לממשלה בפסקה 11; בש"פ 8683/09 אהרון נ' מדינת ישראל, בפסקה 6 להלן: (עניין אהרון). האפשרות של הנאשם להכיר את חומר הראיות נגדו ולהיערך כראוי למשפט משרתת את האינטרס הציבורי של ירידה לחקר האמת כך שבדין יימצא חייב רק מי שאשמתו הוכחה (עניין נידאל בעמ' 838; בש"פ 6507/09 קצב נ' מדינת ישראל, בפסקה 7, להלן: עניין קצב). טעם נוסף לחובת הגילוי הוא זכותו של נאשם למשפט הוגן (בש"פ 9322/99 מסארווה נ' מדינת ישראל להלן: עניין מסארווה). על רציונלים אלה יש המוסיפים כי זכות העיון נועדה לאזן במידת מה את פער הכוחות המובנה בין התביעה לנאשם (השופט גרוניס בבש"פ 11042/04 פלוני נ' מדינת ישראל בפסקה 4; השופטת ארבל בבש"פ 3071/11 בן שטרית נ' מדינת ישראל . עוד על הרציונלים שבבסיס זכות העיון ראו חיה זנדברג "על זכות העיון בחומר חקירה)."

19. דברים אלו מקבלים משנה תוקף כאשר מדובר בקובלנה פרטית, שם המאשים הוא למעשה אדם פרטי. במקרים אלו נדרש בית המשפט לנקוט בזהירות יתרה בהבטחת זכויותיו של הנאשם לקיומו של הליך הוגן ושמירת זכויותיו. ראו את שנקבע בעק"פ (מחוזי מרכז) 12209-06-20 **אהרון אפלבוים נ' חנוך דב מלביצקי** (18.12.2020):

"...סעיף 70 לחסד"פ קובע כי הוראות החוק הנוגעות לכתב אישום יוחלו על קובלנה. דומה כי ההלכה לפיה אי מסירת חומר חקירה לידי נאשם פוגעת בזכותו של נאשם להליך הוגן היא כבר מן המפורסמות שאין צריכות ראיה ומצדיקות את מחיקת הקובלנה מטעם הגנה מן הצדק, כפי שקבע בית-המשפט קמא. 33. לבסוף נציין, כי אנו שותפים לגישת בית-המשפט קמא לפיה, דווקא בהליך של קובלנה פלילית, בית-המשפט נדרש לנקוט משנה זהירות בהבטחת זכות הנאשם לניהול הוגן של משפטו. זאת, לאור העובדה, שלעומת אישום רגיל בו המאשימה היא המדינה - ולגביה חלה חזקת התקינות, המאשימים בקובלנה הם אנשים פרטיים - לגביהם לא קיימת חזקה כאמור, כשלעיתים אף הקובל עלול לפעול מטעמים חיצוניים או זרים להליך (ראו לעניין זה: ע"ח 27559-02-12 (מחוזי חיפה) **אסייג נגד אסייג ואח'** [פורסם בנבו]. [16.4.2012]) ועוד נאמר, כי קיימת גישה לפיה, נאשם בקובלנה פלילית נמצא בעמדה נחותה מאשר נאשם נגדו הוגש כתב-אישום, בהעדר מסננת ראייתית של היחידה החוקרת והתביעה, אשר אמונה על צמצום מצבים של פגיעה בנאשם. גישה זו, העומדת בצדק ברקע החלטת בית-המשפט קמא, מביאה לכך שאי-עמידה בהוראות בית-המשפט תוך פגיעה ביכולתו של הנקבל להתגונן, עלול להביא למחיקת הקובלנה



מטעמי הגנה מן הצדק. אכן, צדק בית-המשפט קמא משהיפנה לרע"פ 7896/04 **דרור חטר-ישי נגד גדליזון ואח'** [פורסם בנבו], [23.10.06] "שם נדונה סיטואציה דומה, כשהערכאה הדיונית מחקה קובלנה מטעמי הגנה מן הצדק לאחר שהקובל לא מילא אחר צווי בית-המשפט למסירת חומרי חקירה, החלטה שאושרה בבית-המחוזי ובית-המשפט העליון."

20. ומן הכלל אל הפרט, הקובל ביקש להעיד את אליעז בנושא סרטון הווידאו שהוא צילם לכאורה, במהלך הדיון שהתקיים ביום 03.05.2021. זאת מבלי שהלה נתן קודם לכן תצהיר ו/או כל מסמך שיש בו כדי להעיד על נסיבות צילום הסרטון (לטענת הקובל, אליעז לא היה מוכן לתת תצהיר בנושא). מקל וחומר שמסמכים אלו לא גולו במסגרת העברת חומר החקירה לנאשמים, כפי הנדרש. מצב דברים זה מהווה "הפתעה" עבור ההגנה, שהיא אסורה. התרת שמיעת עדותו של אליעז בנושא הסרטון, יש בה כדי לפגוע בזכות הנאשמים להליך הוגן, ועל כן אין להתירה.

21. בטרם סיום, אבקש להתייחס לטענת הקובל לפיה יש להעביר את הדיון לשאלת משקלה של הראיה ולא לשאלת קבילותה של הראייה. אכן, במרוצת השנים הוסטה במשפטנו נקודת האיזון לבחינת משקלה של הראיה, תחת שאלת קבילותה של הראיה. ובין היתר גם משאלת קבילותה הטכנית של הקלטה למהימנותה, וראו לעניין זה את שנקבע בת"פ 33344-04-16 **מדינת ישראל נ' פלוני** (07.05.2018):

"ואולם, מאז ניתנה ההלכה בפסק דין שניר, וכחלק מהמגמה של מעבר דיני הראיות מקבילות למשקל, אשר מקבילה גם להתפתחויות טכנולוגיות, הוסט כובד המשקל מקבילות טכנית אל מהימנות ההקלטה. על כך ניתן ללמוד מהפסיקה העניפה, שאימצה את פסק דין שניר, תוך ריכוך התנאים במקרים שבהם בית המשפט השתכנע שההקלטה משקפת את האמת העובדתית (ראו למשל: ע"פ 2801/95 **קורקין נ' מדינת ישראל** (24.3.98) - קבילות הקלטת אינה חייבת להתבצע באמצעות מי שהקליטה אלא די בראיות נסיבתיות ובהיגיון; ע"פ 6411/98 **מנבר נ' מדינת ישראל** (5.12.00) - ניתן להוכיח את תוכנה של השיחה גם אם תנאי הקבילות לא הוכחו, כאשר יש הודאה של הנאשם שהתמליל משקף נכונה את השיחה; ע"פ (מחוזי, חיפה) 203-02-10 **מדינת ישראל נ' שרון** (16.9.10) - ניתן להסתפק בהודאה של נאשם לפיה השיחה אכן התקיימה ובהתייחסות הנאשם לאמור בהקלטה כמשקף את האמת; ת"פ (מחוזי, ת"א) 40013/05 **מדינת ישראל נ' רש** (13.9.11) פורסם בנבו".

22. אולם, במקרה זה, בחומר שהוצג לבית המשפט, אין כל הודאה של הנאשמים בדבר אמינות ו/או מהימנות הסרטונים, או ראיות באשר לביסוס הדרישות לקבלת הסרטונים. ויתרה מכך, בעניינו כאמור מדובר בקובלנה פלילית פרטית, שכפי שכבר ציינתי, בית המשפט נדרש לשמירה יתרה על זכויותיהם של הנאשמים. משמעות הדברים היא שנקודת האיזון ביחס בין קבילות הראיה למשקלה, עשויה להיות שונה מנקודת האיזון הנבחנת בהליך פלילי רגיל. דהיינו, במקרה זה בו מתבקש להגיש ראיות באופן החורג מסדרי הדין הנהוגים מבחינת אופן ומועד הגשתן, ומכיוון שמדובר בקובלנה פרטית, יש להסיט את נקודת האיזון לשאלת הקבילות ולא לשאלת המשקל. בבחינה של הדברים בפריזמה של משקל בלבד, גם כן מתקבלת תוצאה זהה, שיש לדחות את קבלת שני הסרטונים.

23. מטבע הדברים, וכפי שכבר נקבע בפסקי דין רבים, הקובלנה הפרטית עשויה להיות מונעת מאינטרסים אישיים



שונים ומגוונים, שחלקם אינם חשופים בפני בית המשפט. בין היתר, בשל כך ההגנה של בית המשפט על קיומו של הליך הוגן כלפי הנאשמים מקבלת חשיבות רבה. חלק מהתנהלות זו היא גם מניעת הבאת ראיות שלא בהתאם לנדרש על פי הדין. הדברים נאמרים ביתר שאת, כאשר קובלנה זו עוסקת בעבירות שהן ברף הנמוך של מדרג הפשיעה.

24. אשר על כן, הבקשה להגשת הסרטונים כראיות בתיק נידחת.

התיק קבוע להמשך שמיעת ראיות ליום 30.5.2021 בשעה 09:00 למשך כל היום.

מזכירות תעביר את ההחלטה לצדדים.

ניתן היום, י"ד סיוון תשפ"א, 25 מאי 2021, בהעדר הצדדים.