



ת"פ 19692/07/21 - מדינת ישראל נגד פלוני

בית משפט השלום בקריות

ת"פ 19692-07-21 מדינת ישראל נ' פלוני
תיק חיצוני: 450961/2021
בפני כב' השופט יוסי טורס, סגן הנשיאה
מאשימה מדינת ישראל
נגד פלוני
נאשם

החלטה

במסגרת חקירה פלילית נגד נאשם על רקע תלונת זוגתו למעשי אלימות כלפיה, גילתה המאשימה שבמכשיר הטלפון שלו מצויים מספר רב של סרטונים בהם נראית המתלוננת בעירום ובמצבים אינטימיים. בסופו של יום לא הוגש המכשיר כראיה והשאלה היא מה ייעשה בסרטונים אלו. השאלה בענייננו מאתגרת במיוחד לאור כך שהסרטונים מתעדים אירועים שבוצעו על פני הדברים בהסכמה, כמו גם עצם הצילום וההחזקה, אלא שהמתלוננת נעלמה ולא ניתן לאתרה ולשאול לעמדה בנושא כיום לאחר הקרע שבמערכת היחסים.

העובדות וההליכים עד כה

1. נגד הנאשם הוגש כתב אישום שייחס לו שורת עבירות אלימות והטרדה כנגד מי שהייתה זוגתו אותה עת (להלן - המתלוננת). בסופו של יום תוקן כתב האישום והנאשם הורשע במסגרת הסדר טיעון סגור בעבירות איומים בלבד ונידון לעונש מאסר. במסגרת הטיעונים לעונש הבהירה המאשימה שהביאה בחשבון במניין שיקוליה גם קושי ראיתי הנעוץ בכך שלא ניתן לאתר את המתלוננת ולהביאה לעדות. בדיון זה הסכימה המאשימה להשיב לנאשם את מכשיר הטלפון שלו מסוג נוקיה ואילו ביחס למכשיר אחר, מסוג סמסונג (להלן - הטלפון), טענה שמצויים בו סרטונים אינטימיים רבים של המתלוננת וטרם שתחליט אם להשיבו לידיה עליה לברר את עמדתה (להלן - הסרטונים). אדגיש בעניין זה, שלא הובאו בפני פרטים בדבר תוכן הסרטונים ולא נערכה הבחנה כלשהי בין הסרטונים השונים מבחינת תוכנם, ואולם הנאשם לא חלק על כך שמדובר בסרטונים אינטימיים בהם נראית המתלוננת ומשכך אתייחס אליהם כך וכמקשה אחת.

2. קבעתי דיון בנושא במסגרתו הודיעה המאשימה שלא עלה בידה לאתר את המתלוננת. לאור כך, טענה המאשימה שאינה מתנגדת להשבת הטלפון עצמו, אך היא מבקשת היתר למחוק את הסרטונים הפוגעניים. נטען כי מדובר במי שהורשע זה עתה באיומים על מתלוננת "שבורחת מהבית ומשאירה את כל המיטלטלין ונסה על נפשה" ואף קיים בין השניים הליך בבית המשפט לענייני משפחה בעניין אבהות. המאשימה הפנתה עוד להתנהגותו של הנאשם במהלך הדיונים בהם התלהם לא אחת וטענה כי "זו חובה לא לתת בידים שלו את החומרים האלו".

3. הנאשם עמד על כך שהסרטונים יושבו לידיה. נטען כי הסרטונים לא הוצגו כראיה ובכל מקרה הם לא נוצרו בעבירה ואף לא מוחזקים אגב עבירה. בעניין זה טען הנאשם כי הגם שהמאשימה טוענת שהסרטונים צולמו "ספק בהסכמה" לא הוצגו ראיות בדבר היעדר הסכמה. כן נטען שלמרות שהמאשימה לא הצליחה לאתר את המתלוננת



ולקבל את עמדתה, יש לצאת מנקודת הנחה שהיא אינה מתנגדת להחזרתם לידי. ביחס לטענה לפיה קיים חשש שייעשה שימוש פוגעני בסרטונים, טען הנאשם שאין לחשש זה על מה לסמוך.

4. בסופו של דיון זה קיבלו הצדדים את הצעתי לפיה על מנת לאפשר את השבת הטלפון (גופו) לנאשם כבר עתה ולהמשיך לנסות לברר את עמדת המתלוננת, ימחקו הסרטונים מהמכשיר וישמר העתק בידי המאשימה, ואילו המכשיר יושב לנאשם ללא הסרטונים. כן התבקשה המאשימה להודיע בתוך 30 יום אם איתרה את המתלוננת או שמא נדרשת החלטה ללא עמדתה. בחלוף התקופה הודיעה המאשימה שלא עלה בידה לאתר את המתלוננת וקבעתי אפוא דיון להשלמת טיעון בנושא.

5. המאשימה שבה על טענתה לפיה אין להשיב את הסרטונים לידי הנאשם בשל החשש שייעשה בהם שימוש לרעה והפנתה לבש"פ 5974/21 **אורן קובי נ' מדינת ישראל** (10.1.2022); (להלן - **עניין קובי**), שם הורה בית המשפט העליון על השבת מכשיר טלפון לאחר מחיקת סרטון פוגעני בו מתועדת בת זוג לשעבר, וזאת בשל חשש לעבירות כלפיה על רקע זה. בעת הדיון נטען שוב שהמתלוננת לא אותרה והמאשימה שבה והפנתה להתנהגותו הבוטה והבלתי צפויה של הנאשם בעת הדיונים ומכאן לחששה באשר ייעשה בסרטונים.

6. ב"כ הנאשם טען כי מלכתחילה לא היה מקום לצפות בסרטונים שכן הדבר לא נדרש לצרכי החקירה. לגופו של עניין שב וטען שלא קיימת מסגרת חוקית לבקשת המאשימה שכן הסרטונים לא צולמו אגב עבירה. בדיון זה העליתי מיזמתי את השאלה שמא אין לדרוש במצבים מעין אלו הסכמה עדכנית ואף לאפשר לאדם המצולם שלא להסכים להמשך ההחזקה, גם אם הסכים לכך בעבר. שני הצדדים ביקשו לאור הערתי להשלים טיעון בכתב בנושא זה.

7. במסגרת השלמת הטיעון טענה המאשימה שאף אם הייתה הסכמה בעבר להחזקת הסרטונים, אזי מדובר בהסכמה חד צדדית שניתנה בשל יחסי אמון במהלך יחסים זוגיים אשר ניתן לחזור ממנה. כן נטען שזכותה של המתלוננת לפרטיות גוברת על זכות הקניין של הנאשם וכי יש לדרוש הסכמה עדכנית של המתלוננת לצורך המשך החזקת הסרטונים על ידו. כן טענה המאשימה (לראשונה) שטיעון זה הוא חלופי שכן אין לצאת מנקודת הנחה לפיה הסרטונים צולמו בידיעתה ובהסכמתה של המתלוננת. אציין כבר עתה שטיעון זה מוקשה, שכן המאשימה לא טענה אחרת (פוזיטיבית) וחזקה שלו היו בידה ראיות לכך שהצילום נעשה שלא בהסכמה (קל וחומר המעשה המצולם) הייתה פותחת בחקירה ולמצער מביאה בפני בית המשפט ראיות בנושא והדיון היה מתייטר (או למצער הופך פשוט יותר). לאור כך, הנחת המוצא היא, כאמור, שהמעשים הנראים בסרטונים בוצעו בהסכמה, כמו גם הצילום והחזקת הסרטונים בטלפון. ודוק: באומרו הסכמה הכוונה היא להסכמה מדעת כמשמעות המונח בסעיף 3 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981 (להלן - חוק הגנת הפרטיות).

8. הנאשם מנגד טען שבהיעדר כל ראיה נוגדת, יש לצאת מנקודת הנחה שהסרטונים צולמו בהסכמת המתלוננת; שלא נעברה במכשיר כל עבירה; וכי אין ראיה שהנאשם מתכוון לעבור עבירה בסרטונים. משכך, נטען כי סעיף 39 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן - הפסד"פ) אינו יכול לשמש מקור חוקי לחילוט הסרטונים או להשמדתם. ביחס לסמכות הקבועה בסעיף 31 לפסד"פ, המאפשרת שלא להשיב נכס שאסור להחזיק בו אף אם לא הוגש בעניינו כתב אישום, נטען שאין בסיס לטענת המאשימה לפיה החזקת הסרטונים



עלולה לפגוע בפרטיות המתלוננת שכן מדובר בהשערה בלבד וכי ההחזקה, להבדיל מפרסום, אינה אסורה. ביחס לאפשרות לדרוש הסכמה מתמשכת המאפשרת אף חזרה ממנה, נטען שאין ללמוד מהחוק ומדברי ההסבר לו אפשרות לחזרה מהסכמה ההופכת את ההחזקה מרגע זה לאסורה. כן הדגיש הנאשם שהמכשיר והסרטונים שבתוכו מהווים קניינו האישי, אשר אין לפגוע בו ללא סמכות מפורשת בחוק. הנאשם התייחס למקרים בחוק ובפסיקה העוסקים באפשרות לחזרה מהסכמה וטען שיש ללמוד מהם על הסדר שלילי בעניינו. בנוסף, נטען שאין לקבוע חזקה לפיה ההסכמה לא הייתה ניתנת לו ידעה המתלוננת שלא תוכל לחזור בה בעתיד וכן נטען שאין לדרוש מהנאשם להוכיח את המשך הסכמתה כיום לאור הקושי המעשי שבאיתורה. ההגנה טענה אף שקבלת עמדת המאשימה תביא להצפת בתי המשפט בבקשות למחיקת סרטונים וכן תטיל על הרשות החוקרת חובה לבחון בכל טלפון ומחשב שיתפסו, קיומם של סרטונים מיניים וליזום הליכים בנושא. לאור כך ביקש הנאשם להשיב לו את הסרטונים שנמחקו מהטלפון.

דין והכרעה

9. הבקשה שלפני מעלה לדיון שאלה בעלת היבטים מעשיים חשובים וזאת לאור היקף התופעה בדבר המצאות סרטונים ותמונות אינטימיות במכשירי טלפון חכמים (וכשופט הנחשף לתיקי חקירה רבים, אכן ניתן לומר שמדובר בתופעה רחבת היקף הנעשית לא אחת אף בידי קטינים ומתוך החלטה בלהט הרגע). אכן, מדובר בסוגיה מורכבת ורבת פנים, ואולם עניינו אינו מחייב מענה לכל הקשיים שמנתה ההגנה ובכלל זה החשש מפני הצפת בתי המשפט בבקשות מתלוננים למחיקת סרטונים פוגעניים על בסיס טענה לחזרה מהסכמה שניתנה בעבר. עניינו מסתכם בנקודה צרה יחסית של הנושא והיא - מה יש לעשות בסרטונים שהתגלו במכשיר הטלפון של הנאשם במהלך החקירה הפלילית נגדו. לנושא זה אגש להלן.

10. כאמור, נקודת המוצא היא שהסרטונים שהחזיק הנאשם בטלפון צולמו בהסכמה (מדעת); הם לא מגלים דבר עבירה; ואף החזקתם, למצער עד השבר שבמערכת היחסים, הייתה בהסכמה. השאלה היא אם בהינתן הנחות מוצא אלו חלה על המאשימה החובה להשיב את הסרטונים לנאשם, או שמא רשאית היא לבקש מבית המשפט להורות מה יעשה בהם, ובכלל זה להשמידם. אקדים ואומר שדעתי היא שהדין עם המאשימה. אנמק מסקנתי להלן.

11. מכשיר הטלפון של הנאשם נתפס במסגרת חקירה פלילית. נערך בו חיפוש על פי צו שופט, במהלכו התגלו הסרטונים מושא עניינו. בסופו של יום הטלפון לא הוגש כראיה וממילא שלא הסרטונים. בנתונים אלו קובע סעיף 37 לפסד"פ שעל המשטרה להחזיר "את החפץ לאדם שמיידו נלקח". אם כך, מניין הסמכות שלא להשיבם לידי?

12. המאשימה טענה שהעילה לכך נעוצה בחששה שהנאשם יעשה בסרטונים שימוש פוגעני כלפי המתלוננת. אכן, סעיף 32(א) לפסד"פ מסמך שוטר לתפוס חפץ "אם יש לו יסוד סביר להניח כי באותו חפץ נעברה, או עומדים לעבור, עבירה..." וסעיף 34 לפסד"פ מאפשר פנייה לבית המשפט בשאלה מה יעשה בחפץ, ובסמכות בית המשפט ליתן הוראות בנושא, לרבות חילוט או השמדתו של החפץ (בש"פ 6686/99 **עובדיה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(2), 464, פסקה 11). ואולם, איני סבור שניתן להגיע במקרה זה למסקנה שאכן קיים יסוד סביר להניח שהנאשם עומד לעבור עבירה הקשורה בסרטונים. לא הובאו בענין זה ראיות שיש בהן ללמד על כוונה שכזו ואין די בעצם העבירות בהן הורשע, או אף בהתנהגותו הכוחנית במהלך הדיונים (וכך הוא אכן נהג), על מנת להקים מסקנה בנושא ברמת הסבירות



הנדרשת. אין אף בהחלטה בעניין **קובי** לסייע לנו. בעניין **קובי** מדובר היה בסרטון בו תועדה עדת תביעה מרכזית בהליך תלוי ועומד ומכאן החשש שעלה שם להפעלת לחץ עליה על רקע זה. עניינו שונה, שכן ההליך כאן הסתיים ואין עוד אפוא חשש מובנה להפעלת לחץ על המתלוננת בנושא עדותה, ולא הוכח חשש לכך בעניין אחר. כמו כן, בניגוד לעניין **קובי**, הנאשם כאן מתנגד למחיקה ועומד על השבת הסרטונים לידי. השאלות המתעוררות בשל התנגדות זו לא זכו לדין בעניין **קובי** (בשל ההסכמה) ומשכך אין בהחלטה זו לסייע לנו.

13. המאשימה מוסיפה וטוענת כי על הנאשם להוכיח שהמתלוננת עדיין מסכימה להחזקת הסרטונים וכל עוד לא עשה כן, ניתן למנוע את השבתם לידי מכוח סעיף 31 לפסד"פ. לידי, נקודת המוצא לבחינת השאלה שהוצבה לפתחנו אכן מצויה בסעיף 31 לפסד"פ שזו לשונו:

31. הובא לפני שופט, מכוח צו חיפוש, חפץ שאסור להשתמש בו או להחזיקו, ולא הוכיח המחזיק הצדק חוקי, רשאי השופט להורות על החרמתו, השחתתו או השמדתו, אף אם לא יובא אדם לדין בקשר אליו.

14. הנה כי כן, אף אם לא הוגש כתב אישום בנוגע לחפץ, לבית המשפט הסמכות להורות מה יעשה בו, אם אסור להחזיקו או להשתמש בו, כל עוד המחזיק לא הוכיח הצדק חוקי לעשות כן. ומהו אותו חפץ האסור בהחזקה או בשימוש? בפסיקה הודגש שאין מדובר רק בחפצים האסורים להחזקה מעצם טבעם (כגון סמים, נשק ללא רישיון וכו') אלא "יש לאמץ פרשנות מרחיבה ביחס לסעיף 31 לפקודה לעניין 'חפץ שאסור להשתמש בו או להחזיקו', כך שתחולתו תהא לא רק על חפצים שהחזקתם אסורה בהגדרה **מעצם טבעם**, אלא גם כלפי חפצים שאין למחזיק **זכות** להחזיקם" (בש"פ 5234/14 **משה הלוי נ' מדינת ישראל** (21.12.2014), ההדגשות במקור (להלן - **עניין הלוי**); וראו גם: בש"פ 4118/14 **גנה נ' מדינת ישראל** (13.11.2014); (להלן - **עניין גנה**); בש"פ 7129/21 **אביאל מלול נ' מדינת ישראל** (30.12.2021); (להלן - **עניין מלול**).

15. ודוק: הנטל הוא על המחזיק להוכיח שהוא בעל זכות להחזיק בחפץ (**עניין גנה**, פסקה ה'). עם זאת אעיר כי דומה שמדובר בנטל העובר לכתפי המחזיק רק לאחר שהמאשימה הניחה תשתית עובדתית ומשפטית המצדיקה לחייבו ליתן הסברים. מדובר יהיה אפוא במקרים בהם המאשימה הראתה שמדובר בחפץ אשר על פני הדברים זכותו של הנאשם להחזיקו, לכל הפחות, אינה מובנת מאליה וראוי לחייבו להראות מדוע הוא זכאי לעשות כן. כאן המקום להדגיש כי לאור כך ששימוש בסעיף 31 ביחס לחפץ שלא הוגש בעניינו אישום פוגעת בזכות הקניין של המחזיק, נקבע בפסיקה כי "ראוי כי השימוש בה יעשה בזירות הראויה. בהתאם, בבוא רשויות האכיפה להחליט האם להגיש לבית המשפט בקשה לפי סעיף 31 לפקודת סדר הדין הפלילי, עליהן להביא בחשבון את הפגיעה האמורה בזכויותיו הקנייניות של המחזיק, ולאזנה אל מול הפגיעה האפשרית בצדדים שלישיים ובאינטרס הציבורי כתוצאה מהשבת הרכוש לידי המחזיק" (**עניין מלול**). הדברים מקבלים משנה תוקף לאור הקביעה שעל המחזיק הנטל להוכיח זכות להמשיך ולהחזיק בחפץ. כן נקבע בעניין **מלול** כי במקרה בו צד ג' העלול להיפגע מהשבת החפץ לידי הנאשם נמנע מלפעול בהליך אזרחי, על רשויות האכיפה לבחון אם קיימת הצדקה להגיש בקשה לפי סעיף 31 לפסד"פ ולצורך כך לשקול בין היתר את מהות המחלוקת בעניין הזכויות ואת עצמת הפגיעה בצד שלישי במקרה של השבת הרכוש, לרבות האפשרות לפגיעה בציבור כולו בשל כך (פסקה 15 להחלטה). עניינו אינו מעורר התלבטות בשאלה אם נכון עשתה המאשימה כאשר הביאה את הנושא להכרעת בית המשפט והדברים ברורים על רקע הפגיעה האפשרית במתלוננת המגולמת "בחפץ" והעובדה שלא



ניתן היה לאתרה על מנת לקבל את עמדתה ולאפשר לה לפעול בנושא. להשלמת התמונה בעניין זה יובהר כי הסרטונים הם אכן "חפץ" כהגדרתו בסעיף 31 לפסד"פ והנאשם לא טען אחרת (ראו הגדרת המונח חפץ בסעיף 1 לפסד"פ; ראו גם עניין **הלוי** שם נערך הדיון ביחס לזכות להחזיק בקבצי מחשב).

וכעת לגופו של עניין.

16. אין בפי המאשימה טענה שהסרטונים אסורים בהחזקה מעצם טבעם. הטענה היא שהם אסורים בהחזקה כל עוד לא הוכחה הסכמת המתלוננת לכך. בשלב זה באים אנו ללוז העניין, שכן נקודת המוצא היא, כאמור, שההחזקה הייתה עד כה בהסכמתה. השאלה היא אפוא אם די בכך על מנת לומר שהנאשם זכאי להמשיך ולהחזיק בהם, או שמא נדרשת הוכחת הסכמה עדכנית. שאלה זו תידון להלן.

17. הזכות לפרטיות היא זכות יסוד. סעיף 7(א) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו" ולגבי זכות זו נקבע כי "היא מהחשובות שבזכויות האדם בישראל" (בג"ץ 6650/04 **פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי נתניה** (14.5.2006); להלן - **עניין פלונית**). סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות קובע את כלל היסוד לפיו "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו" (ההדגשה שלי - י.ט.) ובהמשך מפרט החוק רשימה סגורה של מעשים המהווים פגיעה בפרטיות (סעיפים 2-2א לחוק הגנת הפרטיות; בג"ץ 249/82 **ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים**, לז(2)393; ראו גם: אלי הלם, **דיני הגנת הפרטיות**, בעמ' 61; להלן - **הלם**).

18. דומה שלא יכולה להיות מחלוקת על כך שתיעוד דמותו העירומה של אדם, לא כל שכן במצבים אינטימיים, מהווה פגיעה חמורה ביותר בפרטיותו (ראו למשל: עניין **פלונית**, פסקה 25). השאלה היא אם החזקת סרטון המתעד זאת וצפייה בתכניו, מהווה פגיעה בפרטיות הטעונה הסכמת הנפגע. על פני הדברים, ניתן היה להניח שמיקומו הטבעי של הדיון בנושא הוא בסעיף 2(3) לחוק הגנת הפרטיות הקובע כי "צילום אדם כשהוא ברשות היחיד" מהווה פגיעה בפרטיות. הנאשם לא חלק על כך שהסרטונים מגלמים צילום ברשות היחיד והדעת אכן נותנת שכך הוא המצב שהרי "הדיבור 'ברשות היחיד' אינו מצביע על 'יחידה קניינית'. הוא מצביע על 'יחידה אוטונומית'" (עניין **פלונית**, פסקה 21). ואולם, הסנגור טוען שחוק הגנת הפרטיות אוסר צילום של אדם ברשות היחיד שלא בהסכמתו (סעיף 2(3) לחוק הגנת הפרטיות), או פרסום צילום אף שלא ברשות היחיד, העלול להשפיל או לבזות את המצולם (סעיף 2(4) לחוק הגנת הפרטיות), אך אינו אוסר החזקת סרטון בעל תכנים כאמור. כן טוען הוא שאף החוק למניעת הטרדה מינית לא אוסר החזקת סרטונים בעלי תוכן מיני, אלא רק את הפצתם. המאשימה לא התמודדה עם טיעון זה.

19. טענה זו, השובה את העין במבט ראשון, סבור אני שיש לדחות שכן היא אינה רלוונטית לענייננו. הגם שאין למצוא בחוק הגנת הפרטיות (ובחוקים אחרים) איסור מפורש בדבר החזקת סרטון כאמור ללא הסכמת הנפגע, אין לומר שזהו המבחן הבלעדי להכרעה בשאלה אם הנאשם זכאי להחזיק בסרטון אם לאו. רוצה לומר, שאלת הזכות להחזיק בסרטון הפוגעני אינה מוכרעת בהכרח לפי השאלה אם מדובר בעבירה פלילית או לא והדברים יפים במיוחד מקום בו עוסקים אנו בשאלה אם המאשימה חייבת להשיב לנאשם את הסרטונים. ברי שאם ההחזקה מהווה עבירה פלילית, תם הדיון ויש לקבוע שלמחזיק אין זכות להחזיק בחפץ וממילא שאין חובה להשיבו לידי. ואולם, אין לקבוע כלל הפוך, היינו שאם אין מדובר בעבירה (או בעוולה) ההחזקה בהכרח מותרת במובן זה שקיימת חובה להשיב החפץ לידי מי



שמידיו ניטל. ענייננו אינו בשאלה אם ראוי להרשיע את הנאשם בשל החזקת הסרטונים, אם לאו. ענייננו אף אינו בשאלה אם יש לחייבו בנזיקין בשל ביצוע עוולה. ענייננו שונה שכן הוא מבקש לבחון אם לנאשם זכות להחזיק בסרטונים הפוגעניים אשר מוצדק על בסיסה לחייב את המאשימה להשיבם לחזקתו. משכך, יש לשאול מכח מה החזיק בסרטונים עד כה והאם יש בכך כדי ללמד על זכותו להמשיך ולהחזיק בהם.

20. הנאשם לא נתן תשובה ברורה לשאלה זו אך ניתן להבין מעמדתו לפיה "הטלפון הסלולארי וכל החומר המחשבי שהוא אוצר בתוכו הם קניינו של אדם" כי הוא טוען להחזקה מכוח זכות הקניין. הנאשם לא פירט כיצד רכש זכות קניין כלשהי בסרטונים (ואיזו זכות בדיוק) ודעתי היא שהוא אינו בעל זכות כאמור ובכל מקרה הוא לא הוכיח זאת. דעתי היא שהנאשם לא החזיק עד כה בסרטונים מכוח זכות קניין כלשהי אלא מכוח הסכמת המתלוננת בלבד. ראינו כי צילום הסרטון לא יכול היה לבוא לעולם ללא הסכמתה (סעיף 2(3) לחוק הגנת הפרטיות) וכך גם הגעתו למכשיר הטלפון של הנאשם, וזאת בין אם נוצר במכשירו (כטענתו) ובין אם הועבר אליו בדרך כלשהי (סעיף 2(4) לחוק הגנת הפרטיות; סעיף 3(א)(5) לחוק למניעת הטרדה מינית). ללא הסכמת המתלוננת בכל אחת מחוליות אלו, מדובר היה בסרטונים שנוצרו, או שהגיעו למכשירו של הנאשם, בעבירה פלילית. משכך המסקנה היא שזכותו (החוקית) של הנאשם להחזיק בסרטונים הייתה מבוססת עד כה על הסכמת המתלוננת ועליה בלבד.

21. כאן המקום להעיר הערה לצורך שלמות הטיעון: צייתי לעיל שחוק הגנת הפרטיות אינו כולל בין חלופותיו השונות (שהן רשימה סגורה) איסור מפורש בדבר החזקת סרטון מהסוג בו אנו עוסקים, וצפייה בו. עם זאת, דומה בעיני שניתן בנסיבות מסוימות לראות בפעולה זו כ"הטרדה אחרת" כמשמעות הביטוי בסעיף 2(1) סיפא לחוק הגנת הפרטיות. בד"נ 9/83 **בית הדין הצבאי לערעורים נ' משה ועקנין**, פ"ד מב(3), 837 (1988); להלן - עניין **ועקנין**) ציין הנשיא שמגר כי "המונח 'הטרדה' בא להשלים את המעגל של מיגוון שיטות החשיפה המכוונות של ענייני הפרטיים של האדם, שאין יכולות להיכלל במושגים של בילוש או התחקות דווקא". עם זאת, נקבע שלא כל הטרדה תיחשב כפגיעה בפרטיות, שכן קיימת זיקה ניסוחית בין המילים "בילוש או התחקות" לבין המונח "הטרדה אחרת". לאחר פרשת **ועקנין** קבע בית המשפט העליון שהמונח הטרדה "היא יצירת אי-נוחות המסיחה את דעתו של אדם מענייניו וגורמת לו מבוכה, דאגה, בלבול והתעסקות במושא הטרדה" (רע"פ 10462/03 **הראר נ' מדינת ישראל**, פ"ד ס(2), 70; להלן - עניין **הראר**). כן צוין בעניין **הראר** בהתייחס לפרשת **ועקנין** כי "אותה 'הטרדה אחרת' לא הוגדרה שם, אך באנלוגיה לבילוש ולהתחקות דומה כי המחוקק סבור שפגיעה בפרטיות אדם תיתכן גם בדרכים אחרות, ויש להגדירה באופן שלא יהווה רשימה סגורה".

22. דומה שאין חולק שהחזקת סרטון בעל תכנים פוגעניים בידי אחר, לא כל שכן בידי בן זוג לשעבר ובוודאי מי שהיחסים עמו עכורים, עלולה להדיר שינה מעיני האדם, לפגוע בשלוות רוחו, להלך עליו אימים ולפגוע באיכות חייו. משכך, סבורני שנכון לקבוע שהחזקת סרטון פוגעני של אדם ושימוש בו, ללא הסכמה, עשויים להוות במקרים מסוימים "הטרדה אחרת" כאמור בסעיף 2(1) סיפא לחוק הגנת הפרטיות. מבחינה מהותית, ברי שמדובר בהתנהגות מטרידה ועמדתי על הדברים לעיל. מבחינה לשונית, אף אם על הטרדה להיות כזו הנובעת ממעשה הקרוב רעיונית ל"בילוש והתחקות", הרי שהחזקת סרטון בעל תכנים מיניים המאפשרת צפייה חוזרת ונשנית בו (ואף פעולות פוגעניות אחרות), מקיימת דרישה זו בשל האלמנט החודרני והפוגעני הטמון בכך. כאן המקום להדגיש שחרף הדוגמאות שניתנו בפרשת **ועקנין** ל"הטרדה אחרת" כגון צעידה גלויה וצמודה אחר אדם, או "משמרת צמודה" לביתו, אינני סבור שיש ללמוד מכך שרק מעשים פיזיים בעלי קרבה רעיונית לבילוש והתחקות נכללים בביטוי "הטרדה אחרת", אלא גם הטרדה דיגיטלית



ומרחוק יכולה להיחשב כהטרדה אחרת ולכן כפגיעה בפרטיות. בכל מקרה, במטרה להגשים את ההגנה על הזכות לפרטיות, ראוי לפרש את סעיף 2(1) הנ"ל בצורה רחבה (ת.א (י-ם) 7236/05 **מרדכי לוי נ' אבני רביד** (1.5.2006), השופט נ. סולברג; לתמיכה בצורך בפרשנות רחבה של המונח "הטרדה אחרת" ראו גם **הלם**, בעמ' 69-76). ואולם, לאור כך שהמאשימה לא העלתה טענה זו והנושא לא נידון, לא ראיתי להרחיב. ממילא לא נדרשת הכרעה בנושא לאור כך שקבעתי שאין הכרח להצביע על כך שהמשך ההחזקה מהווה עבירה פלילית, אלא השאלה הרלוונטית היא הסכמת הנפגע.

23. משהזכרנו את הוראות חוק הגנת הפרטיות ואת האפשרות לראות בהתנהגות בה עסקין כהפרתו, אדגיש שאין לדעתי תחולה בענייננו להוראות סעיף 29 לחוק המאפשר לבית המשפט להורות על החרמת חומר פוגעני ואף על מסירתו לנפגע, שכן סמכות זו קיימת רק "במשפט פלילי או אזרחי בשל הפרה של הוראה מהוראות חוק זה" וספק אם ניתן לראות בדיון זה (העוסק בשאלה מה יעשה במוצג המוחזק בידי המאשימה) כמקיים דרישה זו ובכל מקרה הנושא לא עלה ולא נידון.

24. סיכומי של דבר. הסכמת המתלוננת היא הבריה התיכון עליו התבססה זכותו של הנאשם להחזיק בסרטונים. משכך, עליו להראות שהנחת המוצא לפיה עד כה הסכימה לכך המתלוננת, עדיין שרירה וקיימת. למען הסר ספק אבהיר שהוכחו נסיבות המצדיקות לדרוש מהנאשם, במסגרת סעיף 31 לפסד"פ, להוכיח את זכותו להמשיך להחזיק בסרטונים וזאת לאור מהות הסרטונים ושינוי הנסיבות ביחסי הצדדים (ראו לעיל סעיף 15).

25. הסנגור טוען כי משניתנה הסכמה לפגיעה בפרטיות אין אפשרות לחזור ממנה ולכן הנאשם זכאי להמשיך ולהחזיק בסרטונים כפי שהיה זכאי לכך בעבר. המאשימה סבורה שמדובר בהסכמה הדירה ולכן על הנאשם להוכיח שהיא עדיין קיימת. דעתי היא שבנסיבות ענייננו יש לקבוע שהנאשם לא הוכיח שמדובר במקרה בו לא ניתן לחזור מהסכמה ולגופו של עניין הוכח שהמתלוננת אינה מסכימה עוד להמשך החזקתו בסרטונים. אסביר עמדותי להלן.

26. ראינו שחוק הגנת הפרטיות קובע כלל יסוד לפיו "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו" (סעיף 1 לחוק). כלל יסוד זה מבטא את ההכרה באוטונומיה של האדם על פרטיותו, זכות אשר הפכה לאחר מכן לחוקתית. בספרות המשפטית בנושא צוין כי "עקרון ההסכמה צריך גם לאפשר שינוי של ההסכמה וחזרה בה. הסכמה בלתי חוזרת היא גורפת ואינה ראויה" (מיכאל בירנהק, **[מרחב פרטי] הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה** (תשע"א), 253). ככל שידעתי מגעת, בית המשפט העליון נדרש לנושא במקרה אחד בו צוין כי:

"מה טיבה של הסכמה זו והאם ניתן לחזור הימנה? מלומדים שונים הביעו את עמדתם כי "ניתן להמשיל את ההסכמה לחוזה, ועקרונות דיני החוזים יחולו על ההסכמה" (דיני הגנת הפרטיות לעיל, בעמוד 45); וכי 'אין מניעה להחיל עקרונות של דיני חוזים על ההסכמה' (מרחב פרטי, עמוד 100). על אף הדמיון הניכר לעין, הצביעו המלומדים על הקושי ב"החלה עיוורת" של דיני החוזים: "על אף שנראה כי עקרונות דיני החוזים חלים על אלמנט ה'הסכמה', דיני הגנת הפרטיות מעוררים דילמות שלא תמיד ניתן לפתור בעזרת דיני החוזים. כך, לדוגמה, עשוי לקרות כשנותן ההסכמה יחזור בו מהסכמתו שנתן: העקרון הבסיסי בדיני החוזים מחייב אכיפת ההתחייבות. אך לדעתנו סעד זה אינו



בהכרח מתאים במקרה של חזרה מהסכמה לוותר על הזכות לפרטיות. אופייה האישי של ההסכמה לוותר על הפרטיות והעלאת הזכות לפרטיות לדרגה של זכות יסוד, מחייבות את הפרשן להשתמש בכלים נוספים לבחינת 'ההסכמה', נוסף על דיני החוזים. כאשר אדם חוזר בו מהסכמה לוותר על פרטיותו, אין, לדעתנו, לנקוט כלפיו את דיני האכיפה הרגילים, ולפרסם מידע הפוגע בפרטיותו על סמך הסכמה קודמת. יש להתיר לאדם, בעיקר בנסיבות בהן מדובר במידע אינטימי, את האפשרות לחזור בו מוויתור על זכותו לפרטיות וזאת כנגד פיצוי כספי אם הצד שהסתמך על הוויתור לפרטיות ניזוק בשל כך' ...

דומני, כי הסכמתו של אדם לפגיעה בפרטיותו, איננה סוף פסוק. מעמדה החוקתית של הזכות, אופייה האישי הקשה של הפגיעה בפרטיות, עשויים להציב את התרופות בגין חזרה מהסכמה, במקום שונה מזה שעל-פי דיני החוזים. יתכן שאכיפה לא תהא מוצדקת, בנסיבות של פגיעה קשה בפרטיות, לעומת פיצויים כספיים שיכול ותהיה הצדקה לפסוק בגין החזרה מן ההסכמה, אם זו גרמה לנזק. על-פי "מקבילית כוחות" בין עוצמת הפגיעה בפרטיות לבין תוקפה של ההסכמה, ככל שהפגיעה קטנה יותר כך יגברו הסיכויים לקבלת סעד אכיפתי; ככל שהפגיעה קשה יותר, תיטה הכף להימנע מאכיפה, תוך מתן אפשרות לסעד של פיצויים". (ההדגשה שלי (י.ט.); ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית (22.4.2014); להלן - **עניין פלוני**).

27. הנה כי כן, הסכמה לפגיעה בפרטיות אינה בלתי הפיכה, למצער מבחינת היכולת לאכוף הסכמה זו. יש לאפשר בנסיבות מסוימות חזרה ממנה, ולו במובן של התאמת הסעד לו זכאי הצד השני, אם בכלל (ראו בנושא: ת"א 21945-07-14 **פלוני נ' אריאל סמל** (31.1.2016), פסקה 51). ודוק: הסכמה של אדם לפגיעה בפרטיותו יכולה להינתן על דרך חוזה הדדי הכולל אף תמורה. כך הוא למשל המקרה בו אדם מצטלם לפרסומת ומתיר למפרסם לעשות שימוש בדמותו לצרכי רווח (סעיף 2(6) לחוק הגנת הפרטיות). על הסכמה זו אפשר שיחולו דיני החוזים במלואם (או בשינויים המתחייבים מאופי הפגיעה והכל לפי העניין). ואולם, הסכמה לפגיעה בפרטיות יכולה להינתן גם שלא על דרך מערכת יחסים עסקית-מסחרית, ובכל מקרה שלא בתמורה חומרית. כזו היא ההסכמה לפגיעה בפרטיות הניתנת מתוך יחסי אמון במערכת יחסים זוגית, במסגרתה רואים עצמם בני הזוג יחידה אחת וחושפים איש בפני רעהו סודות אישיים ואינטימיים, מסירים הגנות ומתערטלים מפרטיותם (ובענייננו, תרתי משמע). בעניין זה צוין כי "מידע רגיש זה, ניתן לבן הזוג השני, על מגש של כסף, מתוך הנחה כי זה ישמש כבן-ברית נאמן וכבעל סוד. זהו החוזה ה'לא-כתוב' בין בני זוג, המנהלים מערכת יחסים רומנטית ארוכת-טווח. אלה הם 'תנאי העסקה'. כל בר-דעת יודע זאת" (עניין **פלוני**, פסקה 86). על הסכמה מעין זו אין להחיל בהכרח את הכללים הנוקשים של דיני החוזים, אלא ראוי לבחון אותה בגמישות בהתאם לנסיבות העניין הכוללות.

28. דעתי היא שכאשר בני זוג צילמו עצמם (או מי מהם) במצבים אינטימיים במהלך מערכת יחסים זוגית המבוססת על אמון הדדי, יש לקרוא לתוך ההסכמה לפגיעה בפרטיות תנאי מכללא (הניתן לסתירה) לפיו היא הושגה על בסיס קיומה של מערכת היחסים. לכן, ראוי במקרים המתאימים להתיר לבן הזוג לחזור בו מהסכמתו להמשך החזקת בן הזוג בחומר הפוגעני. מסקנה זו מתחייבת לאור הפגיעה הקשה בפרטיות המגולמת בהמשך ההחזקה ובשים לב לכך כי "הזכות לפרטיות עומדת לכל אחד מבני הזוג כלפי העולם כולו, לרבות כלפי בן זוגו ... וכשם שכל אחד מבני הזוג שומר



על קניינו כלפי בן זוגו, כך זכאי כל אחד מבני הזוג לפרטיותו כלפי בן זוגו" (עניין **פלוני**). אדרבה, ראוי בעיני אף לקבוע שחזקה שהסכמה זו כפופה לאפשרות חזרה ממנה, אלא אם יוכח אחרת. בעניין זה אינני מקבל את טיעונו של הסנגור לפיו מדובר במתנה מוקנית שאין לחזור ממנה בהתאם לחוק המתנה, תשכ"ח-1968 וספק בעיני אם קיימת כלל תחולה לחוק זה בנסיבות עניינו. בכל מקרה, אף אם נראה הסכמה זו כמתנה שחוק המתנה חל עליה (ואינני קובע כך), ראוי לראותה כמתנה על תנאי מפסיק, כאשר התנאי המפסיק הוא סיומם של היחסים המיוחדים שעמדו בבסיס ההסכמה לויתור על הפרטיות (ע"א 495/80 **ברקוביץ נ' קלימר**, פ"ד לו(4), 57; מרדכי ראבילו, **חוק המתנה, תשכ"ח-1968** - פירוש לחוקי החוזים מיסודו של ג' טדסקי (תשנ"ז), בעמ' 301-303). יש לזכור בעניין זה כי צילום של אדם במצבים אינטימיים מהווה פגיעה בנסיבות פרטיות ומדובר בנושא המצוי בליבת הזכות לפרטיות. כאשר חומר זה מצוי בידי בן זוג לשעבר ללא הסכמה, הפגיעה עלולה להיות בנסיבות מסוימות קשה במיוחד, אף אם לא יעשה שימוש פוגעני בחשיפתו לצד ג'. משכך, התוצאה אליה הגעתי מגשימה באופן מעשי את זכותו של אדם להגנה על פרטיותו ומאפשרת לו להשיב את השליטה על פרטיותו שאבדה ולמנוע פגיעה קשה. בעניין זה נקבע כי "הזכות לפרטיות במופעה הרומנטית, היא למעשה זכותו של בן הזוג לא להיות מנוצל על-ידי בן-זוגו. מצב דברים בו בן-זוג אחד חושף בפני בן הזוג השני את כל אשר על לבו, ובן הזוג השני משתמש במידע לצרכיו שלו - איננו נסבל...האם ניתן להעלות על הדעת כי המשפט, אשר מסדיר יחסים בין עו"ד ללקוח; בין רופא לחולה; בין פסיכולוג למטופל; בין בנק ללקוח, לא יפרוש חסותו ויגן על מערכת היחסים הרגישה ביותר בחיי האדם - בין איש לאשתו, בין בני זוג?" (עניין **פלוני**, פסקה 88).

29. אינני נדרש במקרה זה להיבטים המעשיים של קביעתי במקרים שונים מבחינה עובדתית. אינני נדרש אף לשאלה אם סעד המחיקה ישים כלל מעשית, כאשר רובם המכריע של קבצי הנתונים בטלפונים החכמים שמורים כיום בענן מידע (ובכל מקרה אין קושי להותיר עותק) ולא אחת מחיקתם מהמכשיר לא תשיג את מטרת הפעולה, בוודאי שלא במלואה. כן אינני נדרש לשאלת האפשרות לפנות לבית המשפט (האזרחי) ולדרוש מחיקת סרטון פוגעני המצוי אצל בן הזוג לשעבר, שכן הדבר אינו נחוץ לצורך הכרעה בעניינינו הנעשית על בסיס נורמטיבי שונה (וראו בנושא סעיף 29 לחוק הגנת הפרטיות והדיון לעיל בסעיף 23). כפי שצוין לעיל, עניינינו אינו מחייב דיון בשאלות אלו. במקרה זה הסרטונים מצויים בידי המשטרה. לא ידוע על העתקים מהם והשאלה היא רק אם יש לאפשר את החזרתם לנאשם (וכטענתי - **לחייב** את השבתם) או שמא יש לנהוג בהם אחרת. רוצה לומר, במקרה זה ניתן למנוע את הנזק למתלוננת (ולו - הפוטנציאלי) והשאלה היא רק אם קיימת סמכות חוקית לעשות זאת. משכך הוא המצב והסמכות החוקית כאמור קיימת, השלכות הרוחב שפירט הסנגור כנימוק מדוע אין למנוע את השבת הסרטונים לנאשם, אין רלוונטיות להכרעה ואין ליתן להן משקל.

30. ומן הכלל אל הפרט. למרבה הצער, לא ניתן לקבל את עמדת המתלוננת והמאשימה טוענת שעקבותיה אבדו לאחר הגשת כתב האישום, ואף להביאה לעדות לא עלה בידה. על הנחת מוצא זו לא חלק הנאשם וממילא שלא מסר פרטים בדבר מקום המצאה. אין ספק שמלאכתנו הייתה קלה יותר לו ניתן היה לשמוע את עמדתה בנושא ואולם, סבור אני שאף ללא עמדתה ניתן להגיע למסקנות על בסיס הראיות הקיימות. דעתי היא שבנסיבות עניינו הוכח ברמת ההוכחה הנדרשת שמדובר בסרטונים שנוצרו על בסיס אמון במערכת יחסים זוגית וכי המתלוננת אינה מסכימה עוד להמשך החזקת הנאשם בסרטונים בהם היא מונצחת במצבים בעלי אופי מיני. מסקנה זו נלמדת מהשבר שבמערכת היחסים שבין השניים ומהדרך בה נהג הנאשם במתלוננת כמתואר בכתב האישום, עד כי נאלצה לעזוב את בית המגורים ועקבותיה נעלמו. מסקנה אחרת אינה סבירה בנקודת זמן זו והיא אף תוסיף פגיעה למתלוננת שאין להשלים עמה. בכל מקרה, הנאשם לא הוכיח אחרת, הן מבחינת האופן בו נוצרו הסרטונים והן מבחינת עמדת המתלוננת וכאמור עליו



להראות שעומדת לו הזכות להמשיך ולהחזיק בסרטונים. הנאשם היה רשאי להוכיח שאין מדובר בסרטונים שצולמו על בסיס יחסי אמון כלשהם וכן שבשים לב לטיב מערכת היחסים, או בשל נסיבות אחרות, המסקנה הסבירה יותר היא שהמתלוננת אינה מתנגדת להמשך ההחזקה, אך הוא לא עשה כן.

31. משקבענו שמתלוננת אינה מסכימה עוד להמשך החזקתו של הנאשם בסרטונים, מתחייבת המסקנה שהוא אינו רשאי להחזיק בהם עוד. ודוק: הנאשם טען בין יתר טענותיו שסרטונים אלו מצויים אף במכשיר הטלפון של המתלוננת וביקש בכך לטעון שאף היא מחזיקה חומרים פוגעניים על אודותיו, כך שאין הצדקה לאסור עליו לקבל לידי את הסרטונים חזרה. ואולם, המאשימה השיבה שבדקה זאת ולא מצאה בסיס לטענה. משכך, אין בנימוק זה לסייע לנאשם להוכיח הצדק חוקי (כלשון סעיף 31 לפסד"פ) לקבל לידי את הסרטונים (ככל שהדבר עשוי לשמש הצדק ואינני מכריע בנושא).

32. התוצאה היא שאין לאפשר החזרת הסרטונים לנאשם. עם זאת, בשל האופן בו הכרעתי בבקשה, היינו ללא קבלת עמדת המתלוננת ועל בסיס ראיות נסיבתיות המלמדות על עמדתה בנושא כיום, ראוי לדעתי שלא לקבל בשלב זה החלטה בלתי הפיכה ולכן אני קובע שהסרטונים יישמרו בשלב זה בידי המאשימה ויושמדו בחלוף שנה, אלא אם בתוך פרק זמן זה תודיע המתלוננת שהיא מסכימה להחזירם לנאשם.

33. טרם סיום אציין שהנאשם טען במהלך הדיון שהמאשימה מחקה ממכשירו קבצים נוספים שאינם פוגעניים. כפי שהוסבר לעיל, בהתאם להסכמה שבין הצדדים, שמור בידי המאשימה עותק מלא מהטלפון של הנאשם ומשכך רשאי הנאשם להמציא למאשימה רשימת קבצים שנמחקו לטענתו שלא בהתאם להסכמה והמאשימה תבחן טענתו ותשיב לו.

34. המאשימה תנהג אפוא בסרטונים כאמור בסעיף 32 לעיל וכן תפעל בשקידה ראויה לצורך המצאת החלטתי למתלוננת במסירה אישית, שמא ניתן יהיה לקבל את עמדתה בנושא בשלב כלשהו.

המזכירות תשלח החלטתי לצדדים.

ניתנה היום, כ"ז ניסן תשפ"ב, 28 אפריל 2022, בהעדר הצדדים.