



ת"פ 44051/05/18 - מדינת ישראל נגד רשאל געברי

בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 44051-05-18

בפני כבוד השופט דוד שאול גבאי ריכטר

בעניין: מדינת ישראל- המאשימה

ע"י פמ"י פלילי, באמצעות ב"כ עו"ד נעמי לוינוב

נגד

רשאל געברי- הנאשם

ע"י ב"כ עו"ד אחמד עואודה (סנ"צ)

הכרעת דין

בתחילת הדברים אציין בהתאם להוראות סעיף 182 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982 (להלן - החסד"פ), כי החלטתי לזכות את הנאשם מביצוע עבירה של החזקת פרסום תועבה, ולמחוק את העבירה של פרסום תועבה, כפי שיפורט להלן.

א. כתב האישום

1. נגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו ביצוע עבירה של החזקת פרסום תועבה, לפי סעיף 214(ב3) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן - החוק) ופרסום תועבה, לפי סעיף 214(ב) לחוק.

2. מעובדות כתב האישום עולה, כי ביום 10.12.2015 החזיק הנאשם בטלפון מסוג סמסונג (להלן - מכשיר הטלפון). באותו יום בשעה 08:46 שלח הנאשם לפלוגית (אשה שאינו מכיר) מסרון באמצעות אפליקציית ווטסאפ שהייתה מותקנת במכשיר הטלפון, ובו סרטון של שני ילדים, שגילם המדויק אינו ידוע, הנחזים להיות כבני 6-8 שנים, המקיימים יחסי מין זה עם זה. בסרטון נראה הקטין מחדיר אצבעו לאיבר מינה ולפי הטבעת של הקטינה, וכן מחדיר את איבר מינו לאיבר מינה (להלן - הסרטון וכן חומר התועבה). מיד לאחר שליחת הסרטון, בשעה 08:49, שלח הנאשם לפלוגית מסרון ווטסאפ נוסף, בשפה הערבית, ובו נכתב "סליחה טעות". בהמשך היום, בשעה שאינה ידועה למאשימה, שלח הנאשם את הסרטון בהודעת ווטסאפ קבוצתית לעמיתיו לעבודה, אותם הכיר תקופה קצרה בלבד - יוסף ג'אבר



(להלן - יוסף) ואחמד גית (להלן - אחמד).

ב. מהלך הדיון וטענות הצדדים

3. בתשובת הנאשם לאישום, לא הכחיש הנאשם, כי אכן שלח את הסרטון בטעות לפלוגית, ובהמשך שלח אותו ליוסף אך לא לאחמד, חבריו לעבודה, אך טען כי עשה זאת בתום לב, כשביקש לברר האם יוסף יודע את זהות הילדים או הוריהם. לטענתו, מחק מיד את הסרטון מהטלפון שלו. הסניגור טוען, כי עומדת לנאשם ההגנה של החזקה או צריכת חומר התועבה "באקראי ובתום לב" [סעיף 214(ב3) סיפא] לנוכח הנסיבות שתוארו על-ידו, ועל-כן לא היה מקום להעמידו לדין. עוד טוען הנאשם, כי הופלה לרעה ביחס ליוסף, שאין מחלוקת, כי החזיק בחומר התועבה זמן רב יותר ממנו, ולא מחק אותו, אלא לאחר שהראה אותו לאביו, וזה הורה לו למחקו. עוד נטען, כי במכלול הנסיבות, המאשימה העמידה לדין את הנאשם בניגוד להנחיית פרקליט המדינה מספר 2.22 שעניינה "פרסום, החזקה וצריכה של חומר תועבה ובו דמותו של קטין" מיום 31.8.2016 (להלן - ההנחיה).

4. יצוין, כי הסניגור הגיש בשם הנאשם בקשה לפי סעיף 108 לחסד"פ, לקבלת מידע מהתביעה הכללית לגבי העמדה לדין בעבירות מסוג זה. אלא שדחיתי את הבקשה מהטעמים שצינו בהחלטה מיום 28.1.2019, תוך שקבעתי כי דינה של טענת האכיפה הבררנית להתברר במסגרת שמיעת הראיות.

5. ביום 15.4.2019 התקיים דיון שבו נשמעו הראיות בתיק. במסגרת זו שמעתי את עדויותיהם של יוסף ואחמד, מטעם המאשימה, ואת עדותו של הנאשם מטעם ההגנה, תוך שהוגשו בהסכמה מסמכים ודיסקים, לרבות תיעוד חקירותיהם של הנאשם ושל יוסף, וכמובן, הדיסק שעליו נצרב הסרטון.

6. בסיום שמיעת הראיות סברה המאשימה, כי הוכיחה מעל לכל ספק סביר, את אשמתו של הנאשם. לטענתה, על-פי הדין הקיים, גם אם בוצעה שליחת חומר התועבה בטעות לפלוגית, עדיין מדובר בעבירת הפצה. היא הפנתה לשקרים, לטענתה, של הנאשם בעדותו לפניי, ולסתירות, בין עדותו זו להודעתו במשטרה, ובין אלו, לבין דברי יוסף ואחמד לפניי. לטענתה, הנאשם אינו נהנה מהגנת ה"אקראיות" או "תום הלב" שעה שלאחר ששלח את הסרטון בטעות לפלוגית, שב ושלח אותו לשניים נוספים, כאשר אין לקבל את הסבריו ביחס לסיבת השליחה - הסברים שנסתרו חזיתית ע"י עדי התביעה. לטענתה, אין להשוות את עניינו לעניינו של יוסף, שלא הפיץ את הסרטון לאיש ואף מחק אותו לאחר שאביו הורה לו לעשות כן, ולכן גם לא מתקיימת בעניינו של הנאשם הגנה מן הצדק בשל אכיפה מפלה.

7. הסניגור חזר על טענותיו, הדגיש את תום לבו של הנאשם והיפנה לסתירות מהותיות בעדויותיהם של יוסף ואחמד. גם לאחר שמיעת הראיות סבר הסניגור, כי מרשו הופלה לרעה לעומת יוסף, בכל הנוגע לאי-העמדתו לדין של האחרון. עוד היפנה הסניגור לנסיבות מעצרו של הנאשם ללא צו והפגמים, שלטעמו, נפלו בחקירתו, והיעדר ההלימה בין הנכתב בפרוטוקול החקירה לבין תמלול ההקלטה.

ג. דיון והכרעה



הגנת ההחזקה באופן אקראי ובתום לב

8. הסניגור טוען, כי הנאשם החזיק את חומר התועבה באופן אקראי ובתום לב.

9. יצוין, כי אין בנמצא פסיקה העוסקת בדיון בטענת הגנה זו, הואיל ובמרבית התיקים המוגשים בסעיף זה, מודים נאשמים בעבירה של החזקה. בהקשר זה ראו את מאמרה המקיף של ד"ר לימור עציוני, "מפטרנליסטיות מוסרית לניהול סיכונים: על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי", מחקרי משפט ל', התשע"ו-2016, 837-906, עמ' 843 (להלן - מאמרה של עציוני).

10. על-פניו, אין מחלוקת, כי בטלפון של הנאשם לא נמצאו חומרי תועבה אחרים (ראו: נ/5, "דו"ח בדיקת חומר מחשב" ע"י החוקר ניסים אוחנה ממנו עולה, כי "במהלך הבדיקה לא נמצאו קבצים חיוניים לחקירה"). אין גם מחלוקת שהנאשם מחק את הקבצים מהטלפון שלו מיד עם קבלתם ולאחר שהעבירם ליוסף (ש' 29 להודעתו שסומנה ת/4א). מכאן, שאכן נדמה שמדובר בעניין אקראי וחד פעמי. אלא, שמאחר שמדובר באירוע הכולל גם את העברת הסרטון ליוסף ולאחמד, יש לבחון גם מדוע הועבר אליהם הסרטון, באופן שהתשובה על כך עשויה או עלולה להשליך את תוקף טענת "האקראיות ותום הלב".

נסיבות קבלת הסרט והפרסום

הודעת הנאשם במשטרה וחקירתו בבית המשפט

11. בחקירתו במשטרה ציין הנאשם, כי "באחד הימים, לא זוכר בדיוק מתי, קיבלתי ליוצאפ שלי סרטון וידאו וראיתי ילדים קטנים עושים סקס, יש לי חבר ששמו יוסף שלחתי לו את הסרטון כדי שיבדוק האם הוא מכיר את הילדים או לא, ואם הוא מכיר את הילדים רציתי לספר את זה להורים שלהם. כאשר שלחתי לו את הסרטון ולמספר טלפון שלו הסתבר שטעיתי במספר, הסרטון הגיע למישהו אחר שאני לא מכיר, ביקשתי ממנו סליחה וכתבתי לו שזה בטעות" (ת/4א, ש' 5-9). בהמשך החקירה עולה, כי המספר שחויג ע"י הנאשם הסתיים ב-037, שהוא המספר שבדיעבד שייך לפלונית (ראו הודעת פלונית ת/2), בעוד מספרו של יוסף דומה בספרות הראשונות וזהה לזה של פלונית, אך מסתיים בספרות 730. לא רק זאת, אלא שהנאשם בחקירתו בדק במכשיר שלו, ומצא את המספר המסתיים ב-730, כשהוא רשום תחת השם "יוסף ג'אבר" (ת/4א, ש' 27). בהמשך מסר הנאשם, כי שאל את יוסף אם הוא מכיר את הילדים וזה ענה בשלילה, ובסמוך לאחר מכן הוא עצמו מחק את הסרטון (שם, ש' 47). יצוין, כי בתמלול החקירה (ת/4ב) ניתן לשמוע, כי הנאשם אומר שמחק את הסרטון וכן את נתוני השולח (דקה 00:18:00) - דברים שלא באו לידי ביטוי בהודעה הכתובה. כשנשאל הנאשם האם שלח לאחרים השיב: "אני זוכר שרק ליוסף" (שם, ש' 45).

12. בחקירתו בבית המשפט ציין הנאשם, כי הסרטון הגיע אליו בווטסאפ עת שהה בעבודה. "היה יוסף לידי פתחתי את הטלפון ראיתי את הסרטון ונדהמתי. זה פעם [ראשונה] שאני רואה דבר כזה. הראיתי לו ואחרי שהראיתי לו אמר לי לשלוח לו הטלפון שלי היה חדש. ולא היה לי הטלפון של יוסף במספרים. ביקשתי ממנו שייתן את המספר ונתן לי, רשמתי את שמו על המספר שמסר לי ושלחתי לו את הוידאו למספר שנתן לי. אחרי זמן מה אמר לי שהוידאו לא הגיע.



בדקנו את המספר פעם שניה ויצא שזה לא שלו, הייתה טעות בספרות. הוא עוד פעם נתן לי את המספר ווידאנו הפעם את נכונותו לפני השליחה. המספר הראשון זה היה טעות וכתבתי לו זה טעות ואני מתנצל" (עמ' 20, ש' 16-22).

13. לדברי הנאשם, לא הייתה קבוצת ווטסאפ, ויוסף הוא שביקש לשלוח אליו את הסרטון כדי שיבדוק (עמ' 20, ש' 29, עמ' 21, ש' 2, 10). בנוסף טען הנאשם, כי לא שלח לאחמד, וייתכן שיוסף הוא ששלח לו (עמ' 22, ש' 31-32). הנאשם הכחיש את טענתם של יוסף ואחמד בעדויותיהם בבית המשפט, כאילו הסרטון נשלח במסגרת קבוצת ווטסאפ, וטען כי לא הייתה כזו (עמ' 21, ש' 2; עמ' 22, ש' 31-32).

הודעת יוסף במשטרה וחקירתו בבית המשפט

14. לעומתו, טען יוסף בחקירתו במשטרה שהתקיימה רק ביום 17.7.2016 (כשבעה חודשים אחרי האירוע) (הוגשה וסומנה נ/2, להזכיר כי האירוע התרחש בדצמבר 2015!), כי בעת עבודתו עם הנאשם, הראה לו האחרון את הסרטון ואחר-כך שלח לו (ש' 33-35), וכשנתבקש להבהיר את הדברים אמר: "שלח וגם הראה" (שם, ש' 37). יצוין, כי בצפייה בתיעוד חקירת יוסף שהוגש לי (נ/1) עולה, כי יוסף מסר לחוקרים, כי מכיוון שלנאשם לא היה את מספר הטלפון שלו, הוא מסר לנאשם את המספר כדי שזה ישלח לו את הסרטון (דקה 04:43-04:55). דבר זה לא בא לידי ביטוי בהודעה הכתובה. בהמשך טען יוסף, כי הנאשם שלח את הסרטון גם לאחמד, בן דודו של יוסף, ומסר לחוקרים את מס' הטלפון של אחמד (שם, ש' 45). כשנשאל האם הנאשם ביקש ממנו לבדוק האם מכיר את הילדים שמופיעים בסרטון השיב בשלילה ואמר: "לא שאל אותי ואני לא שאלתי אותו, לא דיברנו על העניין הזה" (שם, ש' 60). יצוין כי בעניין זה, חזר יוסף על גרסתו זו גם בעדותו לפני (עמ' 9, ש' 23-24). יש לציין, כי משמיעת תיעוד החקירה עולה, כי יוסף אמר לחוקרים, כי הנאשם קיבל את הסרטון מאחרים (דקה 00:02:28). בתגובה לכך הרים עליו החוקר את קולו ודרש שיוסף לא ילך סחור סחור ופשוט יספר מה קרה בנוגע אליו ולמעשיו במקרה זה.

15. יצוין, כי בתחילת חקירתו הכחיש יוסף כי מספר הטלפון המסתיים בספרות 730 שייך לו, ובשל תשובותיו אלו, עברה החקירה מגביית עדות "פתוחה" לחקירת יוסף באזהרה, לאחר שהובהרו לו זכויותיו (שם, ש' 20-23).

16. בחקירתו בבית המשפט מסר יוסף גרסה שונה בחלקה. השוני העיקרי הוא בכך שטען, לראשונה, בבית המשפט, כי הנאשם הכניסו לקבוצת ווטסאפ שבה כ-200 איש, שכינויה "שבאב" ("חבר'ה" בתרגום חופשי, עמ' 10, ש' 1-2, 20; עמ' 11, ש' 3), והבטיח שהוא זוכר את שם הקבוצה, גם בחלוף 4 שנים. הוא אף טען, כי הנאשם ניהל את הקבוצה וצירף אליה את אחמד (ש' 11, עמ' 29). בהמשך אישר, בניגוד לחקירתו במשטרה, כי המספר המסתיים בספרות 730 הוא אכן שלו, ואישר כי שיקר לחוקרים בעת חקירתו במשטרה, כי פחד מהחוקר (עמ' 14, ש' 19).

17. התרשמותי מצפיה ביוסף ובשפת הגוף שלו בעת חקירתו, כעולה מנ/1, היא, כי אכן היה מתוח וחסר שקט בעת החקירה, דבר המתיישב עם טענתו לפני בית המשפט, כי חשש בעת החקירה. יש להניח, כי מצב דברים זה נובע מהמעבר מחקירה "פתוחה" לחקירה באזהרה, שכן מתוכן הקלטת החקירה ניתן להבין, כי יוסף זומן למשטרה כעד והתייצב לחקירה כפי שנתבקש.



חקירת אחמד בבית המשפט

18. אחמד ציין בחקירתו לפניי, כי הנאשם ניהל קבוצת ווטסאפ של עובדים, בה היו אולי ארבעה עובדים, במסגרתה שלח את הסרט, ולאחר מכן "לא ביקש [מאיתנו] כלום, הוא שלח ומחק" (עמ' 16, ש' 13), אם כי בהמשך, בחקירתו הנגדית, סתר עצמו, וציין שאינו זוכר מי ניהל את הקבוצה, שכן "אני לא זוכר מה אכלתי אתמול" (עמ' 17, ש' 30). הוא טוען שאיש מהם לא דיבר עם השני על אודות הסרט וזו [עניין הסרט] הייתה טעות, וכי השליחה הייתה "שטויות ושטויות" (שם, ש' 17).

קביעת ממצאים על סמך הראיות שהוצגו

19. לאחר ששמעתי את העדים ואת הנאשם, נחה דעתי, כי גרסת הנאשם אמינה יותר מגרסתם של יוסף ואחמד.

20. ראשית, לא ניתן לקבוע כי התקיימה קבוצת ווטסאפ שבמסגרתה נשלח הסרטון.

א. העד יוסף בהודעתו במשטרה אישר את דברי הנאשם בגרסתו השונות, לפיהן לנאשם לא היה את מספר הטלפון שלו, ויוסף מסר לו את המספר כדי שהנאשם יעביר לו את הסרטון, כפי שבסופו של דבר, בוצע (נ/1 דקה 04:43-04:55);

ב. הדמיון במספרי הטלפון של פלונית מחד, ויוסף מאידך, יחד עם הודעת ההתנצלות "סליחה בטעות" ששלח הנאשם לפלונית, מחזקים את גרסת הנאשם, לפיה, אכן לא היה ברשותו קודם כן מספר הטלפון של יוסף;

ג. פועל יוצא מאלו, שבהיעדר קיום מוקדם של פרטי הטלפון של יוסף אצל הנאשם, לא יכול היה לצרפו לקבוצת ווטסאפ, והעובדה שנזקק למספר הטלפון של יוסף מחזקת את הסברה, כי שלח את הסרטון לטלפון של יוסף באופן פרטי ולא קבוצתי;

ד. דבר קיומה של קבוצת ווטסאפ לא עלה כלל בהודעתו של יוסף במשטרה (בין הכתובה ובין המתועדת בוידאו), ומדובר בגרסה כבושה שלא ניתן לה הסבר הגיוני, מלבד ניסיון לסבך את הנאשם מעבר לנחוץ;

ה. גרסת יוסף לפניי, כי מדובר בקבוצה בשם "שבאב" שבה חברים כ-200 איש, אותה ניהל הנאשם (עמ' 10, ש' 1-2), עומדת בסתירה מהותית לעדותו של אחמד לפניי, לפיה היו בקבוצה כארבעה עובדים, כשהוא עצמו סתר את עצמו בנוגע לזהות מנהל הקבוצה (עמ' 16, ש' 9-1 לעומת עמ' 17, ש' 29, ועמ' 18, ש' 13);

ו. הדמיון בגרסאות יוסף ואחמד, יחד עם חוסר הבהירות של גרסת אחמד לעניין נסיבות צפייתו בסרטון, מחזקים את טענת הסניגור, כי בהיות יוסף ואחמד בני דודים, ישנה סבירות כי תיאמו ביניהם גרסאות. כמובן שהגרסאות אינן תואמות במלואן, אך חוסר סבירותן, בכל הנוגע לקיומה של קבוצת ווטסאפ, בולט כניסיון משותף לסבך את הנאשם מעבר לדרוש, יחד עם בולטות התחושה, כי מדובר בגרסה מתפתחת שניכר בה הניסיון להתאים פרטים בדיעבד על-פי הגיונה, לכאורה, של הגרסה;

ז. לא למותר לציין, כי לו החקירה הייתה מתנהל בקצב סביר, דהיינו חקירת יוסף בסמוך לאחר חקירת הנאשם בדצמבר 2015, ולא ביולי 2016, כפי שאירע בפועל, סביר להניח שניתן היה לבסס או להזים באופן קל וודאי יותר, את



הטענה בדבר קבוצת ווטסאפ, לרבות באמצעות בחינת תכני הטלפונים של יוסף ואחמד. הדבר לא נעשה, ומדובר במחדל שפועל לזכותו של הנאשם;

21. שנית, יש קושי רב לתת אומן בגרסותיו הסותרות של יוסף.

א. עת נגבתה מיוסף הודעה "פתוחה" שלא באזהרה, הוא ניסה להרחיק את עצמו מהטלפון המסתיים בספרות 730, ובשל התנהלות זו והרושם כי הוא מסתיר דברים, החליטו החוקרים לחקרו באזהרה;

ב. בניגוד לעמדתו בחקירתו במשטרה, יוסף אישר בחקירתו הנגדית לפניו, כי המס' 730 אכן שייך לו (עמ' 14, ש' 12);

ג. בניגוד לחקירתו במשטרה, שם הכחיש יוסף כי הנאשם ביקש ממנו לבדוק האם מכיר את הילדים בסרטון, או האם ביקש ממנו לנסות ולאחר את הוריהם (נ/2, ש' 62-59), הרי שבעדותו לפניו טען כי "אינו זוכר" האם הנאשם שאל אותו על כך (עמ' 14, ש' 28). "אינו זוכר" היא תשובה הסותרת את גרסתו של יוסף בחקירה, והיא אינה מתיישבת עם גרסתו הפוזיטיבית של הנאשם בעניין, הן בחקירתו במשטרה והן בעדותו לפניו;

ד. יוסף עצמו העיד בחקירתו הנגדית, כי שיקר לשוטרים בשל פחדו מהם בחקירתו (עמ' 14, ש' 19) ומכאן שברור האינטרס שלו לגמד את חלקו ולהגדיל את חלקו של הנאשם;

22. שלישית, גרסתו של יוסף במשטרה, לפיה הנאשם היראה לו את הסרטון ואחר-כך העביר לו את הסרטון, כשיוסף מוסר לו את הטלפון שלו (נ/2, ש' 37, נ/1 דקה 04:55-04:43), מתיישבת אחת לאחת עם גרסותיו העקביות של הנאשם, בדבר האופן שבו העביר את הסרטון ליוסף, וביחס לטעות שנפלה בהקשת מספרי הטלפון שלו. כמו כן מתוך דברים אלו מצטיירת התמונה, לפיה יוסף הוא שהיה דומיננטי בעניין העברת הסרטון אליו. לדברי הנאשם בחקירתו לפניו: "הראיתי לו ואחרי שהראיתי לו אמר לי לשלוח לו" (עמ' 20, ש' 22-16). בהקשר זה טוענת ב"כ המאשימה כי מדובר בגרסה כבושה, אלא שבהינתן מכלול הדברים שתיארת, ולנוכח פירוט הדברים ע"י הנאשם ויוסף, נדמה כי זוהי הגרסה המסתברת ביותר הנתמכת בדבריו של יוסף שצוינו לעיל. יודגש, כי הנסיבה העובדתית של העברה פרטנית ליוסף, לעומת העברה ליוסף ולאחרים בקבוצת ווטסאפ משמעותית במיוחד בסוג זה של עבירה, לעניין היקף ההפצה וחומרת המעשה. המאשימה לא עמדה בנטל, כאמור, להוכיח כי אכן התקיימה קבוצת ווטסאפ.

23. רביעית, אני מוצא לתת משקל משמעותי לעובדה, שהמאשימה לא חלקה על גרסת הנאשם, לפיה מחק את הסרטון מיד לאחר שצפה בו, הראה אותו ליוסף והעבירו לו, משום שהזדעזע ממנו, כפי שאף אמר בדבריו לפניו (עמ' 20, ש' 17), ואף התנצל לפני פלונית, על ששלח לה את הסרטון בטעות. משמעות הדברים היא, שהנאשם ידע היטב את הפסול שבסרטון ולא התכוון להפיצו, וכי העברתו ליוסף בוצעה בשל הצפייה המשותפת שלהם בו, ובקשת יוסף להעביר לו את הסרטון. לעומת זאת, אין מחלוקת, כי יוסף עצמו לא מחק מיידית את הסרטון מהטלפון שלו, ועשה כן, לטענתו, רק כעבור יומיים, לאחר שהראה אותו לאביו, וזה הורה לו למחקו בשאלו "האם השתגעת?" (ש' 56 להודעתו במשטרה). יוצא, אפוא, כי יוסף עצמו, לא היה מזועזע, כנאשם, מעצם הימצאות הסרטון אצלו, ומחק אותו, רק לאחר שאביו הבהיר לו את הפסול שבהחזקתו. הדבר מלמד על עניין מצדו של יוסף בתכני הסרטון, בניגוד להתנהגות הנאשם. מסקנה זו חיונית ומשמעותית לטענת הסניגור, בדבר החזקה בתום לב והאפליה שבין הנאשם ליוסף.



24. חמישית, לדעתי לא הונחה תשתית מספקת להוכחת הפצת הסרטון לאחמד בשליחה יזומה מצד הנאשם. לכל היותר, ניתן להסיק כי אחמד צפה בסרטון יחד עם הנאשם ויוסף, ובמובן זה, התקיימו יסודות ה"הפצה".

א. הנאשם לא העלה את עניין ההפצה לנוספים, מלבד יוסף ופלונית (בטעות) בחקירתו הראשונה, והכחיש את השליחה לאחמד בעת חקירתו לפניי (עמ' 22, ש' 31-32);

ב. יוסף הוא שהעלה את עניין הפצת הסרטון לאחמד בחקירתו במשטרה (נ' 2, ש' 43) אך לא נחקר מעבר לכך בנושא;

ג. אחמד בחקירתו לפניי טען טענות שסתרו את גרסת יוסף לעניין גודל קבוצת הווטסאפ (יוסף טען שהיו בה 200 איש והוא טען שהיו בה כארבעה), וכן סתר את עצמו ביחס לזהות מנהל הקבוצה (בתחילה טען כי הנאשם ניהל אותה ואחר-כך אמר שאינו זוכר);

ד. לא הובאה כל ראיה כי הטלפון של אחמד נבדק, וחסר ראיתי זה, פועל לטובת הנאשם;

ה. לטעמי, פגם נוסף הוא בכך שהנאשם לא זומן לחקירה נוספת בעקבות ממצאי חקירותיהם של יוסף ואחמד, ולא עומת עם הטענות החדשות נגדו. גם בכך יש להחליש את הראיות במכלול ולפעול לטובת הנאשם.

25. כל האמור מוביל למסקנה, כי ישנה סבירות לכך, שאחמד צפה בסרטון בעת העבודה יחד עם יוסף והנאשם, בעת שהנאשם הראה את הסרטון ליוסף והעבירו לו, ויש בכך לבסס ספק סביר בדבר שליחה יזומה של הסרט מצד הנאשם לאחמד.

משמעות הממצאים לעניין הרשעת הנאשם

עבירת ההחזקה

26. סעיף 214(ב3) לחוק קובע כך:

"המחזיק ברשותו פרסום תועבה ובו דמותו של קטין או הצורך פרסום כאמור אף בלי להחזיק בו, דינו - מאסר שנה; לענין סעיף קטן זה, 'מחזיק' או 'צורך' - למעט המחזיק או הצורך באקראי ובתום לב".

27. עבירה זו היא עבירה התנהגותית שאינה דורשת כוונה, כאשר היסוד הנפשי הנדרש להרשעה הוא "מודעות כלפי טיב המעשה" ו"התקיימות הנסיבות" כאמור בסעיף 20(א) רישא לחוק [ראו בהקשר זה: יעקב קדמי, "על הדין בפלילים - חוק העונשין", חלק רביעי, מהדורת תשס"ו-2006, עמ' 2225 (להלן - קדמי)]. נדמה, כי אין ספק לנוכח התנהגותו של הנאשם - לרבות הכרתו בכך שמדובר בסרט פסול, התנצלותו בפני פלונית על שליחת הסרטון בטעות בטעות, ומחיקתו מיד עם שליחתו ליוסף - כי מתקיים היסוד הנפשי של מודעות לטיבו הפסול של הסרטון.



28. לצד זאת, אני סבור, כי התנהלותו של הנאשם כעולה מהממצאים שקבעתי על-סמך הראיות ששמעתי, מגיעה כדי "החזקה באקראי ובתום לב".

ראשית, מהטעמים שציינתי לעיל, אני מקבל את גרסתו, כי הופתע מקבלת הסרטון והזדעזע ממנו;

שנית, אני מקבל את גרסתו, מהטעמים שציינתי לעיל, כי התכוון להעביר את הסרטון ליוסף, לבקשת האחרון, לברר האם הם יודע מי הם הילדים או הוריהם. יאמר הספקן, כי מדובר בהיתממות שאין בה די לבסס את קיומה של הגנת תום הלב. אלא שבשל התרשמותי מהנפשות הפועלות, ומהיחס השונה מאוד, של הנאשם לסרטון (זעזוע והתנצלות על שליחה בטעות) לעומת יחסו של יוסף לסרטון (ביקש מהנאשם להעבירו לו אותו; החזיק את הסרטון אצלו יומיים ולא מחק אותו, אלא לאחר שהראה אותו לאביו וזה ייעץ לו למחקו), ובשל הסתירות עליהן עמדתי, אני מעדיף את גרסת הנאשם בעניין זה;

שלישית, אין מחלוקת בין הצדדים, כי העברת הסרטון לפלונית נעשתה בטעות, והוא אף התנצל על טעות זו;

רביעית, אין גם מחלוקת כי הנאשם מחק מיד את הסרטון מהטלפון שלו, ובחיפוש בטלפון לא נמצאו חומרי תועבה נוספים.

29. יש בכל אלה, לטעמי, להוכיח, על-פי מאזן ההסתברויות (אף מעבר לנדרש בדין, בהקשר זה ראו: קדמי, עמ' 2227 בסעיף 2), כי הנאשם קיבל את הסרטון באופן אקראי, ונפטר ממנו בהזדמנות הראשונה. כמו-כן, אופן התנהלותו מלמד על תום לבו, גם בעצם העברת הסרטון ליוסף, לצורך בירור פרטים על אודות הילדים או הוריהם, גרסה שבחקירתו הנגדית של יוסף לא נסתרה והוא הסתפק ב"לא זוכר". יצוין, כי הגנת תום הלב או האקראיות אינה חלה בנוגע לפרסום, אלא נוגעת להחזקה בלבד. בכך אטפל כעת.

30. סיכום ביניים של חלק זה. אני מוצא לזכות את הנאשם מביצוע עבירה של החזקת חומר תועבה שבו דמויות קטינים, לאחר שמצאתי לו ההגנה של "אקראיות ותום לב".

עבירת הפרסום

31. נדמה, כי אין מחלוקת בין הצדדים, כי מעשיו של הנאשם בעצם העברת הסרטון לאחרים מהווה פרסום. הסניגור חולק על כך שהעברתו בטעות לפלונית היא בגדר עבירה (עמ' 28, ש' 2).

32. סעיף 34כ"ד לחוק שעניינו הגדרות, קובע כך:

"פרסום" - כתב, דבר דפוס, חומר מחשב, או כל מוצג חזותי אחר וכן כל אמצעי שמיעתי העשויים להעלות מלים או רעיונות, בין לבדם ובין בעזרת אמצעי כלשהו;



'פרסם' -

(1) בדברים שבעל פה - להשמיע מלים בפה או באמצעים אחרים, בהתקלות ציבורית או במקום ציבורי או באופן שאנשים הנמצאים במקום ציבורי יכולים לשמוע אותם, או להשמיען בשידורי רדיו או טלוויזיה הניתנים לציבור, או להפיצן באמצעות מחשב בדרך הזמינה לציבור, או להציען לציבור באמצעות מחשב;

(2) בפרסום שאינו דברים שבעל פה - להפיצו בקרב אנשים או להציגו באופן שאנשים במקום ציבורי יכולים לראותו, או למכרו או להציעו למכירה בכל מקום שהוא, או להפיצו בשידורי טלוויזיה הניתנים לציבור, או להפיצו לציבור באמצעות מחשב בדרך הזמינה לציבור, או להציעו לציבור באמצעות מחשב;

'ציבור' - לרבות כל חלק ממנו העלול להיפגע מהתנהגות שעליה מדובר בהקשרו של מונח זה; (ההדגשות הוספו).

33. סעיף 214(ב) לחוק קובע כך:

"המפרסם פרסום תועבה ובו דמותו של קטין, לרבות הדמיית קטין או ציור של קטין, דינו - מאסר חמש שנים".

34. נראה, אפוא, כי הפצת הסרטון לאחד או יותר, מהווים פרסום של חומר מחשב או כל מוצג חזותי, כשזה הוצע לציבור באמצעות מחשב (הפלאפון). בענייננו, אין מחלוקת כי בשל התנהלות הנאשם, יוסף צפה בסרטון, כמו גם אותה פלונית שצפתה בו בטעות (ראו דברי ב"כ המאשימה בסיכומיה, עמ' 23, ש' 22-25).

35. לכן, יש בסיס ראיתי להרשעת הנאשם בביצוע עבירה זו. אלא, שאני סבור כי עומדת לו טענת הגנה מהצדק ממספר פעמים עליהם אעמוד להלן, באופן שיביא למחיקת אישום זה נגדו.

טענת ההגנה מן הצדק

36. שני ראשים לטענת ההגנה מן הצדק שהעלה הסניגור. הראש האחד נוגע להפלייתו לרעה של הנאשם ביחס ליוסף, באשר נסיבות החזקת הסרטון אצל יוסף למשך זמן ארוך יותר, והעובדה שהיראה את הסרטון לאביו, חמורות יותר מאשר נסיבות ביצוע העבירות ע"י הנאשם. הסניגור טען, כי לא היה מקום שלא להעמיד לדין את יוסף בעוד הנאשם הועמד לדין, ולחלופין, לא היה מקום להעמיד לדין את שניהם לכתחילה. הראש השני נוגע לטענה, כי הנאשם הועמד לדין בניגוד לקריטריונים שנקבעו בהנחיית פרקליט המדינה. המאשימה, דוחה, כאמור, את שתי הטענות.

הראש האחד - טענת האכיפה המפלה

37. טענה של אכיפה מפלה או אכיפה בררנית היא טענה מקדמית מכוח דוקטרינת "הגנה מהצדק". זו נכללה בסעיף 149(10) לחסד"פ הקבוע, כי "לאחר תחילת המשפט רשאי הנאשם לטעון טענות מקדמיות, ובהן - ... הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". כב' השופט



פוגלמן תיאר טענה זו כ"אכיפת הדין נגד אדם אחד והימנעות מאכיפתו נגד אחרים - כאשר מדובר במקרים דומים - היא אכיפה בררנית... אכיפה בררנית היא אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם הגשת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא..." [ע"פ 6328/12 מ"י נ' פרץ (מיום 10.9.2013) (להלן - עניין פרץ)], פסקה 23 לחוות דעתו של כב' השופט פוגלמן]. עוד ציין כב' השופט פוגלמן, כי תוצאתה של אכיפה בררנית היא חוסר שוויון שהיא "הקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזוהותו העצמית של האדם..." (שם, פסקה 24). ברע"פ 1611/16 מ"י נ' ורדי (מיום 31.10.2018) (להלן - עניין ורדי) נקבע, כי "הטענה להפליה פסולה בהעמדה לדין בעילה של הגנה מן הצדק, חולשת גם על מקרים בהם טוען הנידון כי נפל פגם בהעמדתו לדין, או בניהול ההליך הפלילי נגדו, ולו משום חדלונה של הרשות, בטעות שנפלה על-ידה בתום לב, או בגין מחדלים מצדה... משמעות הדברים היא, כי ניתן עקרונית, לראות במחדלי הרשות, או במעשיה הרשלניים משום 'פגם', אשר יש בו כדי לפתוח את שערי המבחן התלת-שלבי שנקבע בהלכת בורוביץ'" (עניין ורדי, פסקה 99).

38. ומהו המבחן התלת שלבי שנקבע בהלכת בורוביץ' [ע"פ 4855/02 מ"י נ' בורוביץ' (מיום 31.3.2005)]? המבחן סוכם בפסקה 60 בעניין ורדי: "חידוש נוסף ועיקרי בהלכת בורוביץ' נגע להבניית מלאכת האיזון בין השיקולים השונים באמצעות מבחן תלת-שלבי, כאשר כל נדבך בנוי על גבו של הקודם לו במצטבר - בשלב הראשון בוחן בית המשפט את הפגמים שנפלו בהליך ואת עוצמתם; בשלב השני נבחנת השאלה האם בקיום ההליך הפלילי חרף הפגמים הנ"ל יש משום פגיעה בתחושת הצדק וההגינות ובשלב השלישי מעניק בית המשפט את הסעד ההולם המאזן כראוי בין השיקולים, האינטרסים והערכים העומדים ביסוד ההליך הפלילי, לבין הפגמים שנפלו בהליך".

יישום בענייננו:

39. אשר לשלב הראשון - הגם שהנאשם שלח את הסרטון לפלוגנית, אין מחלוקת כי עשה כן בטעות ואף התנצל על כך בהבינו את הטעות. על-פי הממצאים שקבעתי, שליחת הסרט ליוסף נעשתה כשליוסף עצמו היה חלק פעיל בכך - לאחר שצפה בסרטון ועמד על טיבו הפוגעני, מסר לנאשם את הטלפון שלו על-מנת לקבלו - דבר המלמד, כי למרות טיבו הפוגעני של הסרטון, ביקש יוסף לקבלו. מנגד, הנאשם הראה את הסרט ליוסף כדי לברר אם הוא מכיר את הילדים או הוריהם, טענה אותה קיבלתי. מיד לאחר מכן מחק הנאשם את הסרטון, ולא נמצאו בטלפון שלו ממצאים מפלילים כלשהם. מנגד, יוסף החזיק את הסרט אצלו יומיים נוספים, והראה אותו לאביו (גם זהו סוג של פרסום), ומחק אותו רק לאחר שאביו דרש זאת ממנו, ולא מתוך רצון אישי שלו. מכאן, שהתנהלותו של יוסף מלמדת על מידת פליליות רבה יותר, בהשוואה להתנהגות הנאשם, ועל-פניו, אם נמצא להעמיד לדין את הנאשם, היה צורך להעמיד לדין גם את יוסף בגין מעשים שחומרתם לא פחותה ממעשי הנאשם, או לחלופין, שלא להעמיד מי מהם לדין בפרשה זו. מכאן שבתמונה הכוללת, לא היה מקום להפלות את הנאשם לרעה בהעמדתו לדין, לעומת מתן פטור מהעמדה לדין ליוסף, ובכך האפליה.

40. אשר לשלב השני - הפערים הללו בהתנהגות יוסף - שלא הייתה תמימה, תוך הותרת הסרטון אצלו למשך יומיים נוספים והצגתו לאביו - לעומת התנהגות הנאשם - שנמצא כי פעל בתום לב, היראה את הסרט ליוסף והעביר לו את הסרט בהסכמת האחרון, ומיד לאחר מכן מחק מיד את הסרטון מהטלפון שלו - הם פערים מנקרי עיניים הפוגעים בתחושת הצדק ואינם מאפשרים לנהל הליך פלילי נגד הנאשם אך לא נגד יוסף, בגין מסכת מעשים שלכל הפחות



משתווה ביחס לכל אחד מהם.

41. אשר לשלב השלישי - לנוכח מכלול השיקולים שתיארת, ובהתחשב בכך שזיכיתי את הנאשם מעבירת ההחזקה משום שעמדה לו הגנת תום הלב והאקראיות, יש מקום לבטל את סעיף האישום הנוגע לפרסום, וכך אני קובע, שכן אין מקום להותיר אישום זה כאישום עצמאי, משום שאין לו הצדקה ללא האישום הראשון, בנסיבותיו המיוחדות ושאינן ברף חומרה גבוה לכשעצמן.

הראש השני - אי-עמידה במדיניות ההעמדה לדין של המאשימה עצמה

42. ראשית יוער, כי ההנחיה מנוסחת בזהירות מירבית, והמסר העולה ממנה הוא, כי יש לברור במשורה את מקרי ההעמדה לדין, על בסיס בחינת ההקשר העובדתי, טיבו של החומר הפדופילי, כמותו, נסיבות החזקתו (לדוגמה: בתיקיות ייעודיות ובתיקיות שיתוף קבצים לעומת החזקה מקרית או בהיקף קטן) ונסיבות פרסומו. דברים אלו באו לידי ביטוי במדיניות העמדה לדין מתונה בהקשר זה של עבירות תועבה, כאשר בשנים האחרונות ניתן למצוא היקף גדל והולך של תיקים המוגשים בגין עבירות אלו. בהקשר זה ראו את מאמרה של עיצוני בעמ' 844-845, וכן את מאמרו של המלומד אסף הרדוף "בשם הילד: שינוי בהרגלי ההפללה - על תיקון 118 לחוק העונשין והאיסור לצפות בחומר תועבה", מאזני משפט ה', תשע"ה - 2015, 209-215 בעמ' 217.

43. ההנחיה אליה הפנה הסניגור כוללת קריטריונים להעמדה לדין. לטעמו, המקרה שלפנינו אינו עומד בקריטריונים אלו ולא היה מקום להעמיד את הנאשם לדין לכתחילה. מקובלת עלי טענה זו ואתייחס אליה בהתאם לקריטריונים השונים ובהתאם לסדר הסעיפים בהנחיה.

44. אשר לעבירת הפרסום -

סעיף 11(1) - הנאשם החזיק בקובץ באקראי ולא בתיקיית שיתוף קבצים;

סעיף 11(2) - הנאשם העביר את הסרטון ליוסף, שעל-פניו, מהממצאים שקבעתי, לא נפגע מהתכנים, ואף החזיקם אצלו פרק זמן נוסף של יומיים, בניגוד לנאשם, ואף היראה את הסרטון לאביו;

סעיף 11(3) - לא הוכח כי בעצם העברת הסרטון ליוסף, ידע הנאשם שיוסף יעביר את הקבצים הלאה;

45. אשר לעבירת ההחזקה -

סעיף 12(1) מצוין מפורשות, כי "יש לבחון אם חומר הראיות מאפשר לשלול קיומה של החזקה או צריכה באקראי ובתום לב" - בעניינו, בחינה מעמיקה יותר של התיק הייתה מביאה לתוצאה של קבלת ההגנה של אקראיות ותום לב. בהקשר זה אדגיש, כי התנהלות גורמי החקירה והתביעה בתיק זה מעוררת חוסר נוחות, בעיקר בשל משך הזמן הרב מדי שחלף בין ביצוע העבירה לבין החקירה, ובין מיצוי החקירה לבין ההעמדה לדין. ראשית, העבירה בוצעה



ב-10.12.2015 וחקירתו של הנאשם בוצעה ב-27.12.2015 כשלא ניתן כל הסבר לפער זמנים זה; שנית, לא ניתן הסבר לפער הזמנים שבין חקירת הנאשם לבין חקירת יוסף ב-17.7.2016, למעלה מחצי שנה לאחר האירוע; שלישית, מדוע כתב האישום בתיק הוגש רק בחודש מאי 2018, דהיינו, כשנתיים וחצי לאחר האירוע? בכל אלה יש להקשות אף את מידת החומרה שבה רואה המדינה את התיק הנוכחי על נסיבותיו הפרטניות.

סעיף 14 - גם סעיף זה להנחיה שכותרתו "שיקולי העמדה לדין" מתייחס לכמות התכנים הפדופיליים, לסוג התכנים, לאופן החזקתם ולמידת הקרבה לחריג של אקראיות בתום לב. לדעתי, לו היה התיק נבחן ביתר תשומת לב, המסקנה הראויה הייתה, שאין מקום להעמיד את הנאשם לדין במי מהעבירות שלגביהן הועמד לדין.

46. יוצא אפוא, כי גם בראש זה של טענת ההגנה מהצדק, מצאתי צידוק בעמדת הסניגור.

טענות לפגמים בחקירת הנאשם במשטרה ולמעצרו ללא צו מעצר שיפוטי

47. הסניגור טען לפגמים בשמירה על זכות ההיוועצות, בעת שהנאשם נחקר במשטרה. אינני מקבל טענה זו בהסתייגות אחת.

48. קראתי את הודעת הנאשם וצפיתי בתיעוד החקירה. יצוין, כי הוקראו לנאשם זכויותיו והוסברו לו בערבית ע"י החוקר ראסם עבד אלרחמאן, כאשר בתיעוד החקירה החזותי/קולי ניתן לראות בדקה 03:48 את הנאשם קורא את תוכן האזהרה וחותר עליה בדקה 04:17, כשהוא משתהה תוך כדי הקריאה. התנהלות זו של הנאשם מלמדת על קור רוח בזמן קריאת התוכן והחתימה עליו, מבלי ששאל כל שאלה את החוקרים בעניין זכויותיו. אציין, כי הרושם מכחצי שעת תיעוד החקירה הוא, כי הנאשם שמר על קור רוח וסבלנות לכל אורכה, ועל-פניו לא היה נתון במצוקה כלשהי בשל החקירה. רושם דומה קיבלתי מהתנהלותו של הנשם גם בחקירה שלפניי.

49. לצד זאת אציין, כי העובדה שלא הוצע לנאשם סניגור מטעם הסניגוריה הציבורית, אינה עולה בקנה אחד עם קיום מהותי של יידוע חשוד ביחס לזכות ההיוועצות. לפיכך, ובכפוף להערכתי, טענה זו נדחית.

50. אשר לטענה בדבר מעצרו ללא צו - עיינתי בדו"חות הפעולה הנוגעים למעצר ולחיפוש (נ/3 ו-נ/4), מהם עולה, כי הנאשם נעצר על-סמך מידע שהועבר לשוטרים בשטח, כשהוא נוהג במכוניתו סמוך לקמפוס הר הצופים. התלונה (ת/2) הוגשה ביום 10.12.2015, והמעצר בוצע רק ביום 27.12.2015. על-פניו, קיים ספק אם אכן נדרשה פעולה כזו של המשטרה - מעצרו של אדם צעיר ללא כל עבר פלילי וללא כל תיקי חקירה פתוחים, כאשר בחומר הראיות לא היה באותו מועד, בסיס לחשד לגבי הפצת חומרי פדופיליה בהיקף נרחב, מלבד התלונה שהוגשה, ובהתחשב בפער הזמנים הניכר שבין מועד הגשת התלונה למועד המעצר. בוודאי שבנסיבות אלו, יש מקום לפקפק בסמכות המשטרה לבצע מעצר ללא צו שיפוטי.

ד. סוף דבר



51. לנוכח כל האמור לעיל, אני מוצא לזכות את הנאשם מעבירת החזקת חומר תועבה משום שעומדת לו הגנת ה"אקראיות ותום הלב", ומורה על מחיקת עבירת הפרסום, לאחר שקיבלתי את טענת ההגנה מהצדק שהעלה הסניגור.

52. הערה לסיום - ברע"פ 3890/09 מור נ' מ"י (מיום 17.05.2009) עמד בית המשפט העליון על טיבה של העבירה של החזקת פרסום תועבה ובו דמותו של קטין:

"התכלית המונחת בבסיס העבירה בה הורשע המבקש - החזקת פרסום תועבה ובו דמותו של קטין - היא בראש ובראשונה מיגור התופעה החמורה של התעללות מינית בקטינים. סיווגה כ"עוון" אינו משנה מן החומרה המיוחסת לעבירה זו, ואף לא מן העובדה כי במעשיו תרם המבקש לעידוד התופעה, גם אם בעקיפין. אדרבא, העבירה בה הורשע המבקש נועדה לטפל בדיוק במקרים בהם הפגיעה הנגרמת לקטינים איננה ישירה, אלא כזו הנגרמת על ידי אלו המחזיקים ברשותם חומר פדופילי, ובכך מעודדים את יצירתו והפצתו".

53. דברים אלו הם דברים נכוחים, והם צריכים לשמש תמרור אזהרה לנאשם בפרט ולציבור בכלל, לבל יצרוך, יחזיק או יפיץ חומרי תועבה פדופיליים, שכן הנזק שבמעשים אלו הוא רב ממדי, ופגיעתו ברבים קשה עד מאוד.

54. אמנם, החלטתי כפי שהחלטתי בתיק זה. אלא שאין בעצם החלטתי לזכות את הנאשם מסעיף אחד ולבטל סעיף אישום אחר, כדי להמעיט מעוצמת האזהרה העולה מעיסוק בחומרי תועבה פדופיליים, או מהמעטה בסלידה והאימה שמעלה הסרטון הספציפי נשוא תיק זה ומהחומרה שבעצם העיסוק בו.

זכות ערעור כחוק.

ניתנה היום, כ"ה ניסן תשע"ט, 30 אפריל 2019, במעמד הצדדים.