



**בית הדין הצבאי המחוזי**

**מחוז שיפוט מרכז**

**בפני:**

**סא"ל שחר גרינברג - סגן הנשיאה**

**רס"ן לילך ארד - שופטת**

**רס"ן דודי שמלאשווילי - שופט**

**בעניין: התובע הצבאי (ע"י ב"כ, רס"ן ניר שני; סגן עמית גרינהוייז)**

**נגד**

**ח/XXX סמל ש' ה' (ע"י ב"כ, סרן (מיל') אבי פינרסקי)**

**ה כ ר ע ת - ד י נ**

**כתב האישום**

1. ביום 18/12/2016 הוגש נגד הנאשם כתב אישום, אשר ייחס לו **שלושה פרטי אישום**:

2. **מעשה מגונה בנסיבות אינוס**, לפי סעיפים 348(א), 345(א)(4) ו-29 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן – חוק העונשין); **פגיעה בפרטיות בצוותא**, לפי סעיפים 5 ו-2(3) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן – חוק הגנת הפרטיות) ולפי סעיף 29(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977; **פגיעה בפרטיות בצוותא**, לפי סעיפים 5 ו-2(4) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 וסעיף 29(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

3. ביום 9/4/2017 הוגש כתב אישום מתוקן, בו יוחסה לנאשם עבירה של **הטרדה מינית בצוותא**, לפי סעיפים 3(א)(5) וסעיף 5(א) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998 (להלן – החוק למניעת הטרדה מינית) וסעיף 29(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, זאת **במקום** העבירה שעניינה מעשה מגונה בנסיבות אינוס, אשר יוחסה לנאשם בכתב האישום המקורי. בהמשך, תוקן כתב האישום פעם נוספת, על דרך של הוספת

שלושה עדי תביעה לרשימת עדי התביעה שפורטה בסיפת כתב האישום. כלל תיקוני כתב האישום האמורים נעשו בהסכמת ההגנה.

4. על פי עובדות כתב האישום, ביום 21/12/2015 בבסיס יחידתם, סיכמו ביניהם הנאשם, סמל י' ק' (להלן – י') ורב"ט א' צ' (להלן – א'), לצלם סרטון בו נראה י' מנער את איבר מינו (להלן – הסרטון) מול פניו של סמל ב.ח (להלן – המתלונן), אשר ישן אותה עת במיטתו בחדר המגורים. בהמשך, החל הנאשם לצלם סרטון בו נראה י' לצדו של המתלונן, פנה למצלמה ואמר "מחלקה 1 אוהב אתכם", הפשיל את תחתוניו וסטר לפיו של המתלונן באמצעות איבר מינו מספר פעמים. לאחר מכן, שלח הנאשם את הסרטון האמור לקבוצה באפליקציית ה"וואטסאפ", בה חברים חיילי מחלקתם של הנאשם, י' וא', אשר מונה כ-30 חיילים, זאת על דעתו של י'.

### גדר המחלוקת

5. במסגרת גדר הכפירה, הודה הנאשם כי צילם את הסרטון.
6. הנאשם **כפר** בכך שסיכם עם י' וא' לצלם את הסרטון.
7. הנאשם **כפר** בכך שהפיץ את הסרטון. ההגנה ציינה כי הודאת הנאשם בהפצת הסרטון במהלך חקירתו הראשונה במצ"ח נעשתה מתוך לחץ, ולכן אין לתת לה משקל. בנוסף, נטען כי אין לקבל את תוצרי החיפוש שנערך במכשיר הטלפון הנייד של הנאשם, כראיה במשפט המבססת את הפצת הסרטון על ידי הנאשם, משהחיפוש האמור נעשה שלא כדין.
8. ההגנה ביקשה כי גם אם יקבע בית הדין כי יסודות העבירות המיוחסות לנאשם הוכחו והנאשם ימצא אשם בביצוען, הרי שאין מקום להרשיע את הנאשם בעבירות המפורטות בפרטי האישום השני והשלישי, לפי חוק הגנת הפרטיות, משמדובר בעבירות מסוג פשע, שהרשעה בהן תכתים את הנאשם ברישום פלילי מלא. זאת, מטעמים של הגנה מן הצדק, בשים לב לנסיבות המעשה ונסיבותיו של הנאשם.

### דיון והכרעה

#### א. פרט האישום הראשון

##### **א.1. הטרדה מינית**

9. ההגנה לא חלקה על כך שיסודות העבירה שעניינה הטרדה מינית, מתקיימים ("אנו לא חולקים על כך שהמעשה הוא משפיל ומבזה" – עמ' 81 שור' 15; "הסכמנו שהיסודות של עבירת ההטרדה המינית מתקיימים – עמ' 90 שור' 14).

10. לאור לשון החוק למניעת הטרדה מינית, הקובע בסעיף 5(א)(3) כי הטרדה היא גם "התייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו או למיניותו, לרבות נטייתו המינית", הרי שמעשה של הנחת איבר מין של פלוני על שפתיו של אלמוני, כאשר האחרון ישן והמעשה לא נעשה בהסכמתו, עולה כדי הטרדה מינית. זאת, בהתאם למבחן שאומץ בפסיקה, הוא מבחן אובייקטיבי, לפיו יש לבדוק כיצד בנסיבות העניין היו מתפרשים המעשים לאדם סביר המתבונן מן הצד (ראו ע"פ 6001/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (2013); עש"מ 6713/96 מדינת ישראל נ' בן אשר, פ"ד נב(1) 650, 686 (1998)).

## א.2. בצוותא

11. באשר לנסיבה **ביצוע בצוותא**, המיוחסת לנאשם, קובע סעיף 29(ב) לחוק העונשין כי "המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה, הם מבצעים בצוותא, ואין נפקה מינה אם כל המעשים נעשו ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר".

12. הלכה ידועה מימים ימימה היא כי שותפות לדבר עבירה איננה מוגבלת אך למקרים בהם נועדו מבצעי העבירה מבעוד מועד, זמן מסוים מראש, ויכולה היא לקום אף באורח ספונטאני "גם שותפות ספונטאנית שותפות היא, ועושה היא עבריינים למבצעים בצוותא" (ע"פ 259/97 בשתאווי סובחי נ' מדינת ישראל (1998) - לסיכום ההלכות הנוגעות לביצוע בצוותא ראו ע"פ 2247/10 ימיני נ' מדינת ישראל, פ"ד סד(2) 666, 692-694 (2011)).

13. מהראיות שבאו בפני בית הדין עלה כי השלושה - הנאשם, י' וא' - חברו באופן ספונטאני יחדיו לביצוע צילום הסרטון האמור, כעולה מעדויותיהם, כמפורט להלן:

14. י' - מסר בעדותו בבית הדין כי "בשלב בערב ישבנו אני ש' וא' בפינת עישון מחוץ לחדר והיינו במצב רוח שטות, הרעיון לעשות איזה מעשה עלה ובאיזשהו שלב החלטנו שנעשה אותו. נכנסנו לחדר ב' ישן התקרבותי למיטה של ב' הורדתי את המכנסיים נופפתי את איבר המין לכיוון פניו של ב' באותו זמן ש' צילם אותי... לא זוכר בדיוק [מי] העלה את הרעיון לעשות את הסרטון אבל הרעיון עלה בתור לעשות סרטון על ב' לא זוכר בדיוק מי אמר מה ומי העלה את הרעיון, פשוט נכנסנו ועשינו את זה... היה שיחה שנעשה סרטון למחלקה, הסרטון היה מיועד לשלוח למחלקה כמו שצינתי לא היינו הרבה אנשים שסגרו שבת אז נכנסו אני ש' וא' באותה מחלקה ואמרנו שנעשה סרטון על ב' ממחלקה 3, כי הוא ישן באותו זמן וכמו שהיה לנו

**בהכשרה היה סוג של תחרות בין המחלקות, אז זה היה עוד סוג של תחרות (עמ' 4 שור' 24-27, עמ' 5 שור' 16-18, 20-23).** בהמשך עדותו, הסביר י' כי נוכח חלוף שנתיים ממועד האירוע, הוא אינו זוכר אם השלושה ישבו בתוך החדר או בפינת העישון כאשר נדברו ביניהם בנוגע לסרטון, אך הטעים – ובכך העיקר – **"לפי דעתי זה פרט שולי, אני לא מנסה להסתיר כלום...סך הכל זה קרה לפני כמעט שנתיים לא בדיוק זוכר אם זה היה בפינת עישון או בחדר"** (עמ' 9 שור' 4-6). זה המקום לציין כי עדותו של י' נמצאה בעינינו מהימנה, משכנעת, כנה ובלתי מתחמקת, ומצאנו לתת לה משקל משמעותי.

15. **א' - מסר בעדותו בבית הדין כי "היינו בחדר י' ק' וש', וב' ישן שם. ישבנו צחקנו ודיברנו אחרי כמה זמן לא זוכר בדיוק איך הגענו לזה, עשו את המעשה וזה מה שאני זוכר"** (עמ' 11 שור' 14-15). א' לא זכר את מרבית פרטי האירוע, והרבה להשיב על השאלות שנשאל בתשובה **"אני לא זוכר"**. יש לציין, כי במהלך עדותו בבית הדין, הותיר א' רושם לא משכנע, ניכר היה כי הוא מבולבל, חושש, חסר ביטחון ולא מרוכז. ההגנה ביקשה להגיש את אמרתו של א' במצ"ח כראיה, בהתאם לכלל הקפאת הזכירה שבעבר, נוכח תשובותיו בעדותו במשפט, כי אינו זוכר את מה שמסר בחקירתו במצ"ח. התביעה לא התנגדה להגשת אמרתו של א' במצ"ח, בכפוף להסתייגות לפיה ההסכמה היא אך לעצם אמירת הדברים, ולא לגבי משקלם. קריאת אמרתו של א' במצ"ח (ס' 1) העלתה כי גם במצ"ח לא זכר א' למסור פרטים רבים לגבי האירוע וציין כי הוא **"לא זוכר"**, או כי הוא **"זוכר במעורפל"** (עמ' 11 שור' 20, עמ' 13 שור' 8) ופעמים אף מסר תשובות סותרות – כך, כאשר בתחילה מסר שי' אמר לו ולשי' לצלם (עמ' 2 שור' 8) אך בהמשך מסר כי אינו זוכר מי הציע לצלם את הסרטון (עמ' 11 שור' 12).

16. תמיהה משמעותית עלתה באמרתו של א' במצ"ח, משנשאל מי צילם את הסרטון, והוא לא ידע להשיב על כך. תשובה זו תמוהה, משא' ציין כי י' הוא זה שהניח את איבר מינו על פיו של המתלונן וביקש ממנו ומשי' לצלם, אך הדגיש שהוא, א', לא צילם. מאחר שא' אישר כי בחדר נכחו רק י', הוא והנאשם, וי' והוא לא צילמו את הסרטון – תמוהה תשובתו של א' לפיה הוא אינו יודע מי צילם את הסרטון, כאשר המסקנה היחידה האפשרית היא ששי' צילם את הסרטון. הדבר מקבל משנה תוקף משא' מסר בחקירתו במצ"ח כי **"אנחנו צחקנו ואז הוא [י'] אמר לצלם לשלוח אליו את הסרטון, ואחרי זה י' שלח את הסרטון לקבוצה של המחלקה"** (עמ' 2 שור' 10-11). קרי, א' מסר שהוא לא צילם, ומלבדו היו עוד בחדר רק י' ושי', וי' **"אמר לצלם"** כי ישלח לו את הסרטון, אך א' לא ידע למסור מי הוא אותו **"צלם"**.

17. נוכח תשובותיו החוזרות של א', הן בעדותו במשפט הן בחקירתו במצ"ח, כי אינו זוכר טוב את פרטי האירוע או שהוא זוכר אותם במעורפל, ולאור התמיהות

המשמעותיות שצינו לעיל בנוגע לדברים שמסר באמרתו במצ"ח, בשים לב להתרשמותו השלילית של בית הדין מא' במהלך עדותו במשפט, מצאנו כי לא ניתן לייחס משקל משמעותי לדבריו.

18. **הנאשם** – באמרתו הראשונה במצ"ח (ת/7), ביום 28/9/16, מסר הנאשם "אני זוכר פחות או יותר שדיברנו אני וק', לא זוכר מה בדיוק ואיך זה הגיע לזה. ואז הוא אמר לי בוא נעשה את זה ולצלם אותו, צילמתי אותו ובסרטון רואים את ק' עומד מעל הראש שלו, נוגע עם איבר המין בפה של ב'" (עמ' 1 שור' 12-14).

19. באמרתו השנייה במצ"ח (ת/22), ביום 13/11/17, מסר הנאשם "י' החליט שהוא עושה את זה ואז הוא ביקש ממני כנראה שאני אצלם את זה. לא הייתי בטוח שהוא באמת יעשה את זה יגע עם איבר מינו... בפיו של ב', זהו לא חשבתי שהוא באמת מתכוון לעשות את זה כמו שהוא אמר, פשוט צילמתי זרמתי עם זה וזהו זה טמטום" (עמ' 4 שור' 10-15).

20. בעדותו בבית הדין מסר כי "ישבנו בחדר, אני, י', א' וב' ישן. הייתה שיחה שאני לא זוכר מה נאמר בדיוק בחדר, הייתה אוירה של כאילו להירגע כזה והכל בצחוק וכאילו זורם כזה. אמממ... ואז י' החליט לעשות סרטון מסויים והוא לא אמר לנו כל כך על מה, לא חשבתי שזה באמת הולך לקרות מה שקרה ואז הוא ביקש ממני לצלם. צילמתי אותו ולא כל כך האמנתי שזה מה שהוא יעשה ותוך כדי הסרטון זה קרה והוא עשה את זה" (עמ' 51 שור' 8-12).

21. יוטעם כבר בשלב זה, כי מצאנו לתת משקל משמעותי לדברים שמסר הנאשם באמרתו הראשונה במצ"ח, מחלקם חזר בו באמרתו השנייה, בטענה כי היה שרוי בלחץ במהלך אמרתו הראשונה. בית הדין צפה בתיעוד חקירתו הראשונה של הנאשם במצ"ח (ת/10), והתרשם כי החקירה נערכה באוירה טובה ונעימה. החוקר סמל ד' ר', הסביר באריכות לנאשם מדוע הוא נמצא בחקירה, מה הן זכויותיו, השיב לשאלות ההבהרה של הנאשם, ותיעד את כל מהלך החקירה בכתב. לנאשם ניתנו הזדמנויות רבות לשטוח את גרסתו, והוא נשאל כמה פעמים אותן שאלות, בצורה שונה, כך שניתנה לו הזדמנות לשנות מתשובותיו. הנאשם אף הסביר במהלך החקירה מדוע תשובה מסוימת שמסר לא עולה בקנה אחד עם תשובה קודמת שמסר באותו נושא. נוסף על הצפייה בתיעוד החקירה, אף קריאת האמרה המתפרשת על פני 15 עמודים, מעלה כי החקירה התנהלה ללא שדחקו בנאשם, והשתכנענו כי מטרתה היחידה הייתה גילוי האמת, וניתנה לנאשם האפשרות המלאה למסור את גרסתו.

22. כידוע, לאמרה ראשונה הנמסרת על ידי חשוד בחקירתו ניתן משקל משמעותי, משהיא מגלמת את הדברים הספונטאניים שמסר החשוד, בטרם כלכל צעדיו לקראת

ההליך המשפטי, או תכנן את קו ההגנה המשפטי בעניינו, לעיתים לאחר שנועץ עם עורך דין (ע"מ/79/15 סמל נ' ב' נ' התובע הצבאי הראשי, פסקה 9 (2015)).

23. ודוקו, אין הכוונה כי לנחקר אין זכות לחזור בו מדברים שמסר בחקירתו הראשונה, או להוסיף עליהם, כל עוד יש בפיו הסבר מדוע שינה את גרסתו, הוסיף עליה או לא מסר את מלוא הפרטים בחקירה הראשונה.

24. בעניין זה, ידועה ההלכה בדבר **גרסה כבושה**, שערכה ומשקלה הראייתי מועטים ביותר, כל עוד לא נתן הנאשם הסבר מניח את הדעת, המבוסס על תשתית ראייתית, מדוע כבש את גרסתו ומדוע החליט לחשוף אותה בשלב מאוחר, כאשר **"גם נאשם הכובש את גרסתו חייב ליתן הסבר סביר ואמין בדבר הטעם לכבישתה של הגרסה; ובמקום שלא ניתן טעם כזה, נושאת הגרסה המאוחרת תווית של חשד, שמא היא כוזבת. תווית כזו טעונה הסרה; וכל עוד לא הוסרה הריהי מעיבה על אמינותה של הגרסה"** (ע"פ 5730/96 ראובן גרציאני נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (1998)).

25. על אף כל האמור, גם בחקירתו השנייה במצ"ח, לא חזר הנאשם מהתיאור לפיו ידע כי י' הלך לעשות "את זה" – **"י' החליט שהוא עושה את זה... הוא ביקש ממני שאני אצלם את זה"** (עמ' 4 שור', 10-11). קרי, גם אם הנאשם לא היה בטוח או לא חשב ש"י הולך לעשות את המעשה, אין הדבר מוציא את הנאשם ממעגל המבצעים בצוותא של המעשה. כך עלה גם מעדותו של הנאשם בבית הדין **"הוא [י'] אמר שהוא הולך לעשות משהו בסגנון של מה שקרה בסרטון, וכמו שאמרתי לא האמנתי שהוא יעשה את זה בכלל בגלל זה לא היה איכפת לי לצלם בהתחלה כי גם לא ידעתי מה ההשלכות בכלל וגם לא חשבתי זה באמת הולך לקרות"** (עמ' 57 שור' 3-5).

26. ומעל כל אלה, מסר הנאשם בחקירתו הראשונה את הדברים הנכוחים הבאים, המדברים בעד עצמם **"אני עשיתי את זה אני חלק מהמשתתפים"** (עמ' 8 שור' 8).

27. הנה כי כן, יש לקבוע על פי דברי הנאשם וי', כי הם נדברו ביניהם יחד עם א', זמן קצר לפני צילום הסרטון, והחליטו לצלם את הסרטון, ובכך הוכחה התקיימות הנסיבה של ביצוע בצוותא.

### א.3. פרסום הסרטון

28. סעיף 3(א)(5) לחוק למניעת הטרדה מינית קובע כי הטרדה מינית היא גם **"פרסום סרט או הקלטה של אדם, המתמקד במיניותו, בנסיבות שבהן הפרסום עלול להשפיל את האדם או לבזותו, ולא ניתנה הסכמתו לפרסום"**.

29. אין חולק, כי פרסום סרטון בו מתועדת התמקדות מינית על ידי הנחת איבר מינו של פלוני על פיו של אלמוני, בעוד האחרון ישן ובלא הסכמתו, באופן שעלול להשפיל או לבזות את אותו אלמוני, מהווה הטרדה מינית.

30. ההגנה חלקה על קיומה של הוכחת הנסיבה שעניינה **פרסום**. זאת, על פי שני קווי טיעון:

האחד - הודאת הנאשם לכאורה, בחקירתו הראשונה במצ"ח, כי הוא זה שהפיץ את הסרטון, אינה מספקת, משהנאשם מסר זאת כאשר היה בלחץ עת נחקר לראשונה במצ"ח, ללא שהכיר את זכויותיו והשלכות הדברים שמסר בחקירה, ולכן אין לתת לדבריו שם משקל.

השני – הסרטון שנמצא במכשיר הטלפון הסלולארי של הנאשם, והודעת ה"ווטסאפ" ממנה ניתן ללמוד שהסרטון הופץ ממכשיר הטלפון של הנאשם, אינם יכול לשמש כראיה קבילה במשפט, מאחר שהם נמצאו במכשיר הטלפון של הנאשם לאחר חיפוש שבוצע בו במעבדה, ללא צו שיפוטי, וללא מתן הסכמה מדעת מצד הנאשם.

31. כפי שצוין לעיל, צפייה בתיעוד חקירת הנאשם במצ"ח (ת/10), וקריאת אמרתו הראשונה (ת/7), הביאונו למסקנה כי לדברים שמסר הנאשם שם יש ליתן משקל משמעותי ונכבד. לא התרשמנו כי הנאשם היה שרוי במצב נפשי קשה או כי ביטא לחץ, וניכר היה כי החקירה התנהלה על מי מנוחות וניתנו לנאשם הזדמנויות רבות לשטוח את גרסתו. יתרה מכך, הנאשם נשאל על אותם נושאים מספר שאלות בחלקים שונים בחקירה, כפי שיפורט בהמשך, באופן שניתנו לו **מספר הזדמנויות** למסור כל גרסה, להוסיף, להחסיר או לתקן.

32. אף החוקר שגבה מהנאשם את אמרתו הראשונה במצ"ח, **סמל ד' ר'**, והעיד בפנינו באופן משכנע מאוד, מסר בעדותו בבית הדין כי הסביר לנאשם בפתח החקירה את הסיבה בגינה הוא זומן לחקירה, את החשדות נגדו וכן **"לאחר מכן הסברתי לו את זכויותיו כנחקר באופן מלא והאחרון לא ראה לנכון באותו רגע להיוועץ בסנגור...הסברתי לו את כלל הזכויות אשר רשומות על גבי טופס האזהרה, הסברתי לו כי ברשותו זכות אי הפללה עצמית שנובעת מזכות השתיקה באופן מפורט, שמתי דגש על כך שביכולתו להיוועץ בסנגור צבאי ללא תשלום במידה ואין ביכולתו לספק סנגור פרטי"** (עמ' 16 שור' 24-32).

33. יוטעם, כי ההגנה לא הפנתה כל שאלה בחקירתה הנגדית של החוקר, בעניין מצבו הנפשי של הנאשם במהלך החקירה או הלחץ בו היה שרוי, כטענת ההגנה, והתמקדה אך בשאלות בנוגע לטופס ההסכמה לחיפוש בטלפון של הנאשם. יתרה מכך, החוקר השיב בחיוב לשאלה היחידה ששאל הסניגור בנושא נסיבות גביית האמרה (עמ' 19 שור' 15-16):

**ס: "אפשר לומר כי ש' שיתף פעולה באופן מלא? ענה על כל השאלות, הביע חרטה על האירוע?"**  
**ע: כן."**

34. נדמה כי ראוי היה שההגנה תעמת את החוקר עם טענתה המרכזית כי הנאשם היה בלחץ בחקירתו הראשונה במצ"ח, ותבקש לקבל את התייחסות החוקר לסוגיה זו. משלא העלתה זאת, הרי שהדבר פועל **לחובתה**, במובן זה שהמסקנה היא כי לא העלתה את נושא הלחץ בו היה שרוי הנאשם בחקירתו הראשונה במצ"ח בחקירה הנגדית של החוקר בבית הדין, מתוך הנחה שתשובותיו של העד בנושא זה לא היו מסייעות לה.

35. לפיכך, לא מצאנו לקבוע, כבקשת ההגנה, כי אין ליתן משקל לדבריו של הנאשם בחקירתו הראשונה במצ"ח. קריאת אמרה זו מביאה לידי מסקנה כי הנאשם **הודה** שהוא שלח את הסרטון. זאת יודגש, הודאת הנאשם בהפצת הסרטון **חוזרת במספר מקומות בחקירה**, כמפורט להלן:

בשאלה הראשונה לגבי שליחת הסרטון, נשאל הנאשם:

**"למי שלחת את הסרטון?"**

הנאשם **לא מכחיש כי הוא זה ששלח את הסרטון**, ומשיב **"לא זוכר, באמת שלא"**.  
(עמ' 3 שור' 6).

בשאלה השנייה לגבי שליחת הסרטון, נשאל הנאשם:

**"האם שלחת סרטון זה לאחר שצילמת אותו?"**

והנאשם השיב **"אני לא זוכר אם כן או לא וגם אם כן למי. אני חושב שכן אני שלחתי. לשאלתך, אני מאמין שכן אני שלחתי כי אם צילמנו את זה בצחוק אני מאמין שכן שלחנו את זה"**  
(עמ' 4 שור' 5-3)

בשאלה השלישית לגבי שליחת הסרטון, נשאל הנאשם:

**"אם כך מדוע שלחת את הסרטון?"**

והנאשם השיב **"בהתחלה זה היה נראה לי בגדר צחוק, אחר כך כנראה הבנתי שזה היה טעות לשלוח את זה ומחקתי את זה"**  
(עמ' 5 שור' 11-10)

בשאלה הרביעית לגבי שליחת הסרטון, נשאל הנאשם:

**"לאן שלחת את הסרטון?"**

והנאשם השיב **"כנראה לווטסאפ, לא זוכר למי. אני לא מאמין ששלחתי בדרך אחרת"**  
(עמ' 5 שור' 13-12)

בשאלה החמישית לגבי שליחת הסרטון, נשאל הנאשם :

**"אם כך מדוע שלחת את הסרטון?"**

והנאשם השיב **"זה באמת אני לא יודע כמה שלחתי. מבחינת ההיגיון אני חושב שיכול להיות שסמל ק' אמר לי לשלוח או עוד כמה סיבות שאני לא זוכר"**

(עמ' 6 שור' 2-3)

בשאלה השישית לגבי שליחת הסרטון, נשאל הנאשם :

**"באיזו קבוצה נשלח הסרטון בפעם הראשונה?"**

והנאשם השיב **"יכול להיות בקבוצה המחלקתית, זה נראה לי הקבוצה היחידה שהייתה לי אז בצבא"** (ההדגשות כאן ובכל מקום בו לא מצוין אחרת, אינן במקור – בית הדין).

(עמ' 6 שור' 14-15)

בשאלה השביעית לגבי שליחת הסרטון, נשאל הנאשם :

**"מי שלח את הסרטון לקבוצה זו בפעם הראשונה?"**

והנאשם השיב **"אני לא זוכר מאיזה פלאפון זה צולם, אם זה צולם מהפלאפון שלי אז כנראה אני שלחתי"**

(עמ' 6 שור' 20-22)

בשאלה השמינית לגבי שליחת הסרטון, נשאל הנאשם :

**"כמה אנשים היו בקבוצה בעת שנשלח הסרטון?"**

והנאשם השיב **"בערך 20"**

(עמ' 7 שור' 8-9)

בשאלה התשיעית לגבי שליחת הסרטון, נשאל הנאשם :

**"למה לדעתך זה בסדר לשתף את האנשים ממחלקה 1 בסרטון זה?"**

והנאשם השיב **"עכשיו אני לא חושב שזה בסדר. אני לא יודע מה בדיוק חשבתי אז אבל אני מאמין שחשבתי שבקטע של צחוקים לא חשבתי יותר מדי מה היו ההשלכות של זה ולכן יגדל כל ה'צחוקים' האלה"**.

(עמ' 11 שור' 10-12)

ומיד לאחר מכן, נשאל הנאשם שאלה עשירית לגבי שליחת הסרטון :

**"ומדוע בעת המעשה חשבת שזה לגיטימי לשתף דווקא אותם ולא אף אחד אחר?"**

והנאשם השיב **"אני מאמין שזה כי זה החברים הקרובים אז כאילו בגדר של צחוקים"**

(עמ' 11 שור' 13-14)

בשאלה האחת עשרה לגבי שליחת הסרטון, נשאל הנאשם:  
**"אז מדוע פרסמתם את הסרטון בו מופיע ב.ח. בקבוצה זו?"**  
 והנאשם השיב **"כי לא חשבתי זה היה בגדר של צחוק."**

(עמ' 12 שור' 12-13)

36. על פי המצוין על גבי האמרה, היא החלה בשעה 20:33 והסתיימה בשעה 22:57. קרי, החקירה הראשונה של הנאשם נמשכה כשעתיים וחצי. במהלכה, נשאל הנאשם שאלות שונות לגבי האירוע, מהן 11 שאלות הנוגעות לסוגיית פרסום הסרטון, זאת בשלבים שונים של החקירה. כפי שניתן להתרשם מתשובות הנאשם, הוא ציין כי הוא זה אשר הפיץ את הסרטון, הסביר כי הסרטון נשלח כנראה לקבוצה המחלקתית כי זו הקבוצה היחידה שהייתה לו אז מהצבא בווטסאפ, מסר כי היו בקבוצה 20 חברים, הסביר כי לא חשב בעת שנשאל על שיתוף הסרטון, וזה היה בגדר צחוק – כל זאת, מבלי שהנאשם מסתייג מכך שהוא שלח את הסרטון או מציין אדם אחר ששלח את הסרטון.

37. יוטעם, כי ניכר שהנאשם הבין היטב את משמעות תשובותיו, שיתף פעולה באופן מלא בחקירה, השיב תשובות מלאות וארוכות, ובמקרים בהם ביקש להעמיד דברים על דיוקם ולהפחית מאחריות מעשיו – וכאן העיקר – ידע לעשות זאת. כך למשל, כאשר עומת עם טענת י' בחקירתו כי הנאשם וא' שכנעו את י' לעשות את המעשה, ציין הנאשם בהחלטיות **"אני לא שכנעתי לעשות את זה זה בטוח"** (עמ' 8 שור' 20), ובמקום אחר הוסיף בנחרצות **"אני יודע שהוא משקר בקטע של שכנעו אותי"** (עמ' 9 שור' 3), ואף עומד על כך כי לא הוא יזם את הרעיון למעשה **"את ההחלטה של המקרה עצמו לא אני יזמתי"** (עמ' 9 שור' 15). רוצה לומר, הנאשם ידע להכחיש ולעמוד על גרסתו בנקודות בהן לא הסכים עם החוקר, והעובדה כי לא עשה כן בנושא הפצת הסרטון על ידו, אומרת דרשני. מעבר לכך, הנאשם ידע לתקן את תשובותיו במהלך החקירה, כאשר נשאל בשנית שאלה על נושא שכבר השיב בעניינו. כך למשל, ציין **"עכשיו זה ברור לי יותר לפי הנוסח של השאלה. כי כששואלים אם רציתי התשובה הישירה שעולה בראש זה לא".** באותו רגע רציתי כנראה שכן לצלם את הסרטון" (עמ' 13 שור' 21-22).

38. זאת ועוד. במהלך אמרתו, הפגין הנאשם הבנה לחומרת החשדות נגדו, ביקש להדגיש כי הוא מבין שעשה מעשה לא ראוי, ולקח אחריות על מעשיו **"אני לא מנסה להתנער מזה, בתכלס אם הייתי חושב על זה לא היה קורה המקרה הזה בכלל"** (עמ' 7 שור' 18).

39. נוכח כל העולה מאמרתו הראשונה של הנאשם במצ"ח, מצאנו כי הנאשם הודה בהפצת הסרטון בחקירתו, ויש לתת להודאה זו של הנאשם משקל מלא, מהטעמים שפירטנו לעיל.

40. יוטעם, כי גם **בחקירתו השנייה** במצ"ח, כחודש וחצי לאחר חקירתו הראשונה, לאחר שהנאשם נועץ בעורך דין, לא חזר בו הנאשם באופן מלא מהודאתו כי הוא זה ששלח את הסרטון וציין אך **"אני כמעט בטוח שלא אני שלחתי, זה נשלח מהטלפון שלי"** ולשאלת החוקר מי שלח את הסרטון אם לא הוא, השיב הנאשם **"אני לא בטוח שאני שלחתי במאה אחוז יכול להיות שכן יכול להיות שלא, זה היה ממש ממוזמן"** (עמ' 2 שור' 6-2), ובהמשך **"אני לא זוכר מי שלח... אני יודע שהסרטון נשלח מהטלפון שלי אני לא יודע מי שלח אותו יכול להיות שאני יכול להיות שמישהו אחר, לשאלתך לא יודע מי זה יכול להיות... זה נשלח מהטלפון שלי... לא יודע להגיד בוודאות אם אני שלחתי"** (עמ' 2 שור' 20-12).

41. טענת הנאשם לפיה יש לזכותו מהעבירה שעניינה הוא הפצת הסרטון, ולו מחמת הספק, מאחר שאמנם הסרטון נשלח מהטלפון שלו, אך ייתכן ולא הוא שלח את הסרטון, כי הטלפון **"עבר כמה ידיים בחדר"** (פרוטוקול עמ' 51 שור' 24), היא טענה שאינה יכולה להתקבל. זאת, מהטעמים הבאים:

42. ראשית, כעולה מחומר הראיות, **"בחדר"** היו מלבד הנאשם רק י' וא'. אם קו הגנת הנאשם הוא כי י' או א' **"התעסקו"** בטלפון שלו ושלחו ממנו את הסרטון, היה על ההגנה להפנות לשני עדים אלה שאלות **קונקרטיים** בעניין זה, במסגרת חקירתם הנגדית בבית הדין. כל ששאל הסניגור את י' בחקירתו הנגדית, היה האם הוא שלח את הסרטון, וי' הכחיש (עמ' 10 שור' 18-17). הסניגור לא העמיק חקר לגבי טענת הנאשם כי מישהו לקח את מכשיר הטלפון של הנאשם ושלח ממנו את הסרטון. אף בחקירתו הנגדית של א', לא שאל אותו הסניגור האם הוא לקח לידי את מכשיר הטלפון של הנאשם ושלח ממנו את הסרטון, או האם ראה מישהו אחר עושה זאת, והסתפק אך בהפנית א' לדבריו במצ"ח, שם מסר כי י' שלח את הסרטון. לכך, השיב א' בעדותו כי זכר הכל במעורפל (עמ' 13 שור' 21-18).

43. שנית, אם טענת הנאשם היא כי אמנם הסרטון נשלח ממכשיר הטלפון שלו, אך לא הוא שלח אותו, אלא אדם אחר – על הנאשם להצביע על גורם **ספציפי** שעשה זאת,

להציג תרחיש הגיוני, או להביא ראיות המקימות ספק סביר לשליחת הסרטון ע"י הנאשם. אין די בטענה בעלמא, לפיה "מישהו" אחר שלח את הסרטון. זאת, מש"אין די בהעלאת טענה לחלל האוויר, מבלי שהובאה ולו ראשית-ראיה לביסוסה. על-מנת שטענתו של הנאשם בהקשר זה תתקבל, עליו לעורר ספק סביר בדבר אמיתותה (ת"פ (ת"א) 40206/05 מדינת ישראל נ' אברהם בן אברהם בללי, פסקה 39 (2009) – שם נדחתה טענת הנאשם בפרשת ה"סוס הטרויאני" לפיה אחר השתלט על מחשבו, וביצע ממנו את העבירות שיוחסו לו).

44. אמנם, המסקנה לפיה הנאשם הוא זה ששלח את הסרטון ממכשיר הטלפון שלו מבוססת על ראיות נסיבתיות, משאין ראיה ישירה המצביעה על הנאשם כמי ששלח את הסרטון. אולם, הלכה היא כי ניתן לבסס הרשעה על ראיות נסיבתיות, ובלבד שאין הן מובילות אלא למסקנה הגיונית אחת ויחידה, והיא אשמת הנאשם באופן ברור והחלטי (ע"פ 6864/03 רוקנשטיין נ' מדינת ישראל (2004)). במקרה זה, צבר הראיות שפורטו לעיל, מביא למסקנה היחידה כי הנאשם הוא זה ששלח את הסרטון ממכשיר הטלפון שלו.

45. בעידן זה, מכשיר הטלפון הנייד, המהווה למעשה מחשב, לכל דבר ועניין, הוא מכשיר יקר ערך, כלכלית ורגשית. זאת, משאצורים בו פרטים רבים, חלקם אישיים ורגישים (ע"פ 8627/14 דביר נ' מדינת ישראל, פס' 7 (2015)). משכך, ניסיון החיים מלמד כי מכשיר הטלפון הנייד נמצא דרך כלל בחזקתו או בשימושו של בעל המכשיר, והוא זה אשר עושה בו את כלל הפעולות. בהתאם, כאשר מועבר מכשיר הטלפון מידי בעלו או מחזיקו, לידיו של אחר, הרי שבעל המכשיר יודע למי הועבר, מתי הועבר ולאילו מטרה. נוכח זאת, קמה חזקה שבעובדה, הניתנת לסתירה, לפיה מי שמבצע באמצעות מכשיר הטלפון הנייד פעולות כלשהן, הוא בעל המכשיר או זה המחזיק בו דרך קבע. בהיקש לטענת האליבי, שמהותה "במקום אחר הייתי", כאשר נאשם מעלה טענת אליבי – עליו להביא ראיה היכן כן היה. בדומה, טענה שמהותה "לא אני שלחתי", מטילה על כתפי הנאשם הטוען לה נטל להבאת ראיה שתצביע מי כן שלח.

46. כל הטוען כי לא הוא ביצע פעולות ממכשיר הטלפון הנייד שבחזקתו – עליו הראיה (להבדיל מנטל השכנוע, המוטל תמיד על כתפי התביעה). ודוקו, החזקה שבעובדה קמה במקומות רבים במשפט, מקום בו ניסיון החיים מלמד כי דרך כלל מתנהלים הדברים באופן חוזר: "כך – כאשר נמצאים בידי נאשם חפצים גנובים, סמוך לאחר ביצוע גניבה, והוא אינו יכול לתת הסבר סביר להמצאות החפצים בידי – עומדת למאשימה "חזקה תכופה" כי הוא אשר ביצע את הגניבה (ע"פ 480/99 פרץ נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(4) 397). כך – "חזקת הכוונה" – לפיה אדם מתכוון לתוצאות הטבעיות של מעשיו, אלא אם הצליח לסתור כוונה זו (ע"פ 322/87 דרור נ' מדינת

ישראל, פ"ד מג(3) 718). כך, בעבירות על פקודת הסמים, אין צורך בראיה ישירה בדבר קיומו של מגע פיזי בין נאשם לבין סם מסוכן וניתן לקבוע את עובדת "ההחזקה" בסם המסוכן על פי טיבה ואופיה של "פעילותו של המחזיק" (ע"פ (חי) 1126/06 לרמן מיכאל נ' מדינת ישראל פסקה 15 (2007)).

47. כך גם בענייננו – כאשר כלל הראיות מצביעות על כך כי הסרטון נשלח ממכשיר הטלפון הנייד של הנאשם – כפי שהנאשם עצמו הודה – והנאשם לא הביא ראיה לסתור זאת, הרי שניתן לקבוע כחזקה שבעובדה כי הנאשם הוא זה אשר שלח את הסרטון (ראו ת"פ 54112-12-16 מדינת ישראל נ' דור עובד (2017), שם נדון מקרה בו נאשם הואשם בעבירה של הסתה לאלימות, הכחיש כי הוא זה ששלח את הפרסומים, אף שהודה כי הם נשלחו ממספר הטלפון השייך לו. טענתו הייתה כי בתקופה בה נשלחו הפרסומים המסיתים הותיר את הטלפון לטעינה בחדרו, שלא היה נעול, וככל הנראה אדם אחר נכנס לחדרו ללא רשותו, השתמש בטלפון ושלח ממנו את ההודעות ללא רשותו. בית המשפט דחה את הטענה וקבע כי "הנאשם גם לא הצביע על סימנים שיכלו להעיד כי אכן היה מי שנכנס לחדרו ללא רשותו, נטל את מכשיר הפלאפון שלו ללא רשותו והשתמש בו ללא רשותו. הוא לא הצביע על מישהו פוטנציאלי שהיה יכול לעשות זאת והיה לו עניין לעשות זאת. מדובר בהתרחשות בלתי הגיונית" (שם, פסקה 36)).

48. שלישית, טענת הנאשם כי מכשיר הטלפון שלו "עבר בין ידיים" או כי מישהו אחר "התעסק" לו בטלפון, הינה גרסה כבושה, משהיא לא הועלתה על ידו בחקירתו הראשונה במצ"ח, אף לא באופן חלקי או מרומז, והיא נטענה לראשונה כעבור חודש וחצי, בחקירתו השנייה במצ"ח, ובהמשך בעדותו במשפט. כאמור, משקלה של גרסה כבושה הוא נמוך, בהיעדר הסבר משכנע לכבישתה. כפי שצינו לעיל, טענת הנאשם כי היה לחוץ בחקירתו הראשונה, ועל כן לא העלה טענות שעלו על ידו בחקירתו השנייה, נדחתה על ידנו, ואין מקום לקבלה אף בשלב זה. זאת, מש"אין בהסבר זה כדי לאיין את החזקה לפיה אדם אינו שומע אשמתו מוטחת בפניו והוא שותק ואינו דוחה את הטענות כלפיו. הדבר נכון בוודאי כאשר מדובר בעבירה חמורה המעמידה אותו בסיכון של עונש מאסר משמעותי, ובפרט כאשר על פניו הראיות מאששות את אשמתו" (שם, פסקה 38).

49. נוכח כל האמור, אנו קובעים כי הנאשם הוא זה אשר הפיץ את הסרטון.

50. נוכח התוצאה אליה הגענו, לפיה הוכח כי הנאשם הוא זה ששלח את הסרטון ממכשיר הטלפון הנייד שלו, זאת על בסיס הודאתו ועל בסיס מארג הראיות הנסיבתיות הכולל, אין צורך להידרש לשאלות הקבילות והמשקל של הראיה החפצית, שנמצאה בחיפוש שנערך במכשיר הטלפון הנייד של הנאשם, לרבות דיון בחוקיות

החיפוש, מש"ב בית המשפט לא יידרש לשאלות משפטיות שהפכו להיות תיאורטיות אף אם מדובר בשאלות חשובות ועקרוניות" (ע/63/06 סמל ח' נ' התובע הצבאי הראשי (2006); רע"פ 8873/07 היינץ ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל, תק-על 2011(1) 81, 92 (2011)).

51. עם זאת, מאחר שהצדדים התייחסו בסיכומיהם לנושא חוקיות החיפוש שנערך במכשיר הטלפון הנייד של הנאשם, נציין כי לאחר התעמקות בראיות שהוגשו לבית הדין במשפט, וניתוח טיעוני הצדדים בעניין, מצאנו כי החיפוש שנערך במכשיר הטלפון הנייד של הנאשם, **לא היה כדין**. זאת, מהטעמים הבאים:

52. הטעם הראשון – נעוץ בקשיים שעלו בהתנהלות החוקר כלפי הנאשם בעת החתמת הנאשם על טופס הסכמה לחיפוש במכשיר הטלפון שלו. צפייה בתיעוד החזותי של חקירת הנאשם הראשונה, מיום 28/9/2016, העלתה תמונה **מטרידה** באשר לאופן הסברת תוכן טופס ההסכמה לביצוע חיפוש וחדירה נמשכת לחומר מחשב עליו הוחתם הנאשם (ת/8) על ידי החוקר, סמל ד' ר', אשר נשמע אומר לנאשם את הדברים הבאים: **"אתה מסכים שנעשה לך חיפוש בטלפון? אני לא יודע אם יוחזר לך הטלפון היום, אבל הטלפון יוחזר גם אם תסכים לחיפוש וגם אם לא"**. הנאשם שאל את החוקר כמה זמן יישאר הטלפון שלו ברשותם, והחוקר השיב לו **"לא יודע, 5 ימים עד שבוע, אבל יש לנו סמכות להחזיקו עד 30 ימים"**. לאחר מכן, הקריא החוקר לנאשם את טופס ההסכמה וביקש את תגובתו. הנאשם הביע חשש לגבי השאלה מי יהיה חשוף למידע שבטלפון, כמה יסודי החיפוש ומי יערוך אותו. החוקר נשמע שב ומרגיע את הנאשם **"הכל בסדר"**. בהמשך, הסביר החוקר לנאשם כי הוא רשאי לסרב לחיפוש, וציין כי מצ"ח יכולים לפנות לבית המשפט לשם קבלת צו חיפוש, והסביר שלא בהכרח ייעתר בית המשפט לבקשה להוציא צו. עוד עלה, כי החוקר לא קרא את טופס ההסכמה **במלואו** לנאשם, אלא הסביר לנאשם את "רוח הדברים". בהמשך, הסביר החוקר לנאשם כי יש לו אפשרות לבקש שהחיפוש ייערך בנוכחות שני עדים, והוסיף **"אתה רוצה? זה נראה לי מיותר, סתם"**. ניכר כי החוקר הזדרז בשלב זה של הסברת טופס ההסכמה לחיפוש לנאשם, וביקש לסיים החקירה, כאשר שלב זה היה בסיום החקירה, לאחר שהוצגו לנאשם כל החשדות ונגבתה גרסתו. הנאשם חתם על הטופס ללא שקרא אותו, וציין **"אני קצת ממהר כי הסגן אלוף שאחראית עלי אמרה לי לסיים עד שעה מסויימת"**.

53. הנחיית מפקד מצ"ח בנושא **"חיפושים בחומר מחשב"**, מעודכנת ליום 17/5/2016, הוגשה כראייה לבית הדין (ת/25), ובה מצוין בסעיף 26:

**"בכדי שהסכמת הנחקר תיחשב כ"הסכמה מדעת" יש להימנע מביצוע הפעולות הבאות:**

1. **"שכנוע" הנחקר להסכים לביצוע החיפוש או לוותר על הסתייגויות.**
2. **הצבת עובדות בפני הנחקר, בלא אפשרות להסתייג (כגון: עריכת החיפוש שלא בנוכחות).**
3. **אמירה לפיה הטלפון יוחזק עד 30 יום (במקום זאת, יש לומר כי הטלפון יוחזר בהקדם האפשרי).**
4. **אמירות המביאות את הנחקר למחשבה שחיפוש יתבצע בכל מקרה – כגון "אם תסרב, נפנה לבית המשפט, ולא נזדקק להסכמתך".**
5. **תוספות ופרשנויות מצד החוקר, שאינן מופיעות בטופס ההסכמה.**

54. כפי שפורט לעיל, צפייה בתיעוד חקירת הנאשם העלתה כי החוקר לא הקפיד על הנחיות מפקד מצ"ח בנושא הסכמה מדעת של הנחקר לעריכת חיפוש במכשיר הטלפון שלו, כאשר הרבה להשתמש בביטוי "הכל בסדר", העלול לעלות כדי "שכנוע" פסול; כאשר ציין כי מכשיר הטלפון יוותר בבדיקה בערך שבוע, במקום לציין כי יוחזר "בהקדם האפשרי"; כאשר הוסיף הערה ופרשנות משלו לפיה אין צורך בנוכחות של שני עדים במהלך החיפוש, כי הדבר נראה לו "מיותר" ו"סתם"; ובנוסף לכל האמור גם ביצוע פעולת ההסברה באופן מזורז, ללא הקפדה על קריאת כל תוכן טופס ההסכמה, כאשר החוקר לא הקפיד שהנאשם יקרא בעצמו את הכתוב בטופס, והעובדה כי הנאשם ציין שהוא ממהר, לא הטרידה את החוקר או הדליקה נורה אדומה מצדו, באופן שיגרום לחוקר לוודא כי הנאשם אכן הבין והסכים לחיפוש במכשיר הטלפון שלו, באופן שקול ומדעת.

55. הטעם השני – נעוץ בשינוי ההלכה המשפטית שנקבעה על ידי בית הדין הצבאי לערעורים באופן מפורש לפני למעלה משנה אז נקבע כי **"הסכמת הנחקר אינה מעניקה סמכות לערוך בטלפון נייד חיפוש במעבדה. הסכמה מעניקה סמכות חיפוש בעיקר כאשר החיפוש נדרש בדחיפות. טעם זה אינו מתקיים בחיפוש במעבדה... יש לחזור לדרך המלך ולבקש מבית המשפט צו חיפוש"** (ע/24/15 רב"ט ס' נ' התובע הצבאי הראשי (2016) – להלן: עניין ס'). בעקבות פסק דין זה, הוצאה הוראת שעה על ידי מפקד מצ"ח שקבעה כי **"ככל שיש צורך בעריכת חיפוש במעבדה, יש להוציא צו בית משפט. בהיעדר צו בית משפט, לא ניתן יהיה לבצע את החיפוש במעבדה"** (ת/26). אמנם, פסק דין ס' והוראת השעה של מפקד מצ"ח ניתנו לאחר חקירת הנאשם ולאחר החתמתו על טופס ההסכמה, אך סברנו כי היום, בחלוף למעלה משנה ממועד מתן פסק הדין, לא ניתן להתעלם משינוי ההלכה, ויש לבחון את הסוגיה המשפטית

בהתאם, קל וחומר כאשר השינוי המשפטי הוא **לטובת הנאשם** (ראו עדי ריטיגשטיין – אייזנר, "האם הסכמת הנחקר יכולה להוות מקור סמכות לחיפוש בטלפון הנייד שלו?", **מעשי משפט**, כרך ח' (2016) 131).

56. יוטעם, כי בניגוד לנאשם, בעניינם של נחקרים אחרים בתיק זה **כן** הוצא צו חיפוש של בית משפט לחיפוש במעבדה (ת/20), והחוקר ד' ר' לא ידע למסור תשובה בעדותו בבית הדין, מדוע בעניינם של א', ושניים אחרים, **כן** הוצאו צווי חיפוש של בית משפט, ובענייניו של הנאשם לא הוצא צו כאמור (פרוטוקול עמ' 20 שור' 24-31), אך סגן ש' ש', מי שהיה אחראי על החקירה, הסביר בעדותו בבית הדין, כי במקרה של הנאשם הוחלט לא לפנות לבית משפט להוציא צו חיפוש במעבדה, משבחיפוש ידני שנערך למכשיר הטלפון שלו לא עלה דבר, בשונה מחיפוש שנערך אצל נחקר אחר, י' ג', אצלו **כן** נמצא הסרטון בפלאפון (פרוטוקול עמ' 31 שור' 8-11). יודגש, כי עמדה זו של הגוף החוקר מוקשית בעינינו, לאור המסד הראייתי הברור ממנו עלה כי הנאשם הוא זה שצילם את הסרטון, כפי שהודה בחקירתו. משכך, נדמה כי היה צריך להעלות חשד אצל גורמי החקירה, לפיו ייתכן והסרטון נמחק ממכשיר הטלפון של הנאשם, אשר צילם אותו כאמור, ואי מציאת הסרטון בחיפוש הידני דווקא **מחזקת** את הצורך בעריכת חיפוש במעבדה.

57. הטעם השלישי – נעוץ בנוסח טופס ההסכמה עליו חתם הנאשם. בעניין ס', ביקר בית הדין הצבאי לערעורים את נוסח טופס ההסכמה עליו חתם המערער שם, וציין: **"זהו ניסוח רחב. מהי 'חדירה נמשכת'? מהי 'פעולה אחרות' [כך!] שתיראה לנכון לצורך הבטחת מיצוי ראיות בהליך משפטי'?"**. עיון בטופס עליו חתם הנאשם בתיק שלפנינו (ת/8), מעלה כי גם הוא אינו חף מקשיים לא מבוטלים, וכלל מונחים כללים שעל אודות ניסוחם הרחב עמד בית הדין לערעורים. כך, בטופס שעליו חתם הנאשם נכתב **"לאחר שהובהר לי כי איני מחויב/ת לכך, הריני להסכים לכך שיחידת מצ"ח תבצע חדירה לחומר המחשב, לרבות חדירה נמשכת, לצורך עיון, הפקת פלטים וכל פעולה אחרת שתיראה לנכון לצורך גילוי ראיות בהליך פלילי או משמעותי, הנוגעת לעבירה שבבסיס החקירה המתנהלת או לעבירות אחרות/נוספות שיעלה חשד לגביהן במהלך החיפוש"**. משכך, נדמה כי לא ניתנה הסכמה מדעת מטעם הנאשם, משהטופס עליו חתם כלל מונחים שמהותם לא ברורה, כפי שעמד על כך בית הדין הצבאי לערעורים (ראו גם רע"פ 9446/16 **התובעת הצבאית הראשית נ' ב' ס'** (2017)), ועל כן מצאנו לקבוע כי הסכמת הנאשם לחיפוש במכשיר הטלפון שלו לא ניתנה מדעת, ועל כן אין החיפוש שנערך במכשירו חוקי.

58. נוכח כל האמור, מצאנו כי החיפוש שנערך במכשיר הטלפון של הנאשם נעשה שלא כדין, הן מהטעם שהסכמת הנאשם לא ניתנה מדעת, בשים לב להתנהלות החוקר כלפי

הנאשם בעת החתמתו על טופס ההסכמה לחיפוש בטלפון שלו, ולקשיים העולים מנוסח הטופס עצמו; והן מהטעם שעל פי הלכת ס' נדרש צו של בית משפט לצורך עריכת חיפוש במעבדה.

59. בשלב זה, לא מצאנו כי יש צורך להמשיך ולבחון האם יש להורות על אי פסילת ממצאי החיפוש שנערך במכשיר הטלפון של הנאשם, כראיה במשפט, בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית (ע"פ 5121/98 טור' י' נ' **התובע הצבאי** (2006) חרף קביעתנו כי החיפוש לא נעשה כדין, זאת לאור התוצאה אליה הגענו, לפיה הפצת הסרטון על ידי הנאשם הוכחה בהתאם להודאתו ולמארג הראיות הנסיבתיות הכולל.

60. **משהוכחו יסודות העבירה של הטרדה מינית בצוותא כאמור, אנו מרשיעים את הנאשם בפרט האישום הראשון.**

#### **ב. פרט האישום השני**

61. פרט אישום זה, מייחס לנאשם פגיעה בצוותא ובמזיד בפרטיותו של המתלונן **באמצעות צילומו ברשות היחיד**, לפי סעיף 2(3) ו-5 לחוק הגנת הפרטיות.

62. משקבענו כאמור כי הנאשם **תכנן** עם א' וי' **בצוותא** לצלם את הסרטון האמור והודה כי **צילם** אותו, הרי שכל יסודות העבירה הוכחו, ואנו **מרשיעים את הנאשם בפרט האישום השני.**

#### **ג. פרט האישום השלישי**

63. פרט אישום זה, מייחס לנאשם פגיעה בפרטיות בצוותא על ידי **פרסום תצלום** של אדם ברבים בנסיבות שבהן עלול הפרסום להשפילו או לבזותו, לפי סעיף 2(4) ו-5 לחוק הגנת הפרטיות.

64. משקבענו כי הנאשם הוא **שהפיץ** את הסרטון, כחלק מתכנון בצוותא עם י', בשים לב למהות תוכן הסרטון ולהיעדר מחלוקת כי מדובר במעשה משפיל ומבזה, הרי שכל יסודות העבירה הוכחו, ואנו **מרשיעים את הנאשם בפרט האישום השלישי.**

#### **ד. עתירה להגנה להמרת סעיף אישום מטעמי צדק**

65. ההגנה ביקשה כי גם אם יקבע בית הדין שהנאשם ביצע את העבירות שיוחסו לו בכתב האישום, יימנע מלהרשיעו בעבירות מסוג פשע, ותחתם ירשיעו בעבירות מסוג עוון, על מנת לאפשר להגנה לעתור לעונש אשר לא יגרור אחריו רישום פלילי מלא,

בהתאם להוראות סעיף 404א לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. זאת, מטעמי הגנה מן הצדק, בשל מספר טעמים מצטברים :

66. האחד, נסיבות המעשה – לדעת ההגנה, האירוע נשוא כתב האישום בתיק מקורו ברוח שטות של בחורים צעירים, אשר ביקשו לעשות מעשה קונדס אווילי ותו לא. נטען כי במעשה לא היה כל רצון לפגוע במתלונן, ובוודאי שלא לשים אותו ללעג ;

67. השני, נסיבות העושה – נטען כי הנאשם בא מרקע משפחתי מורכב, נסיבות חיים לא פשוטות, נלחם כדי לרדת במשקלו בצורה משמעותית כדי שיוכל להתגייס, מדובר בבחור נורמטיבי, ללא עבר, המעוניין להתגייס למשטרה לאחר שחרורו ובקרוב מסיים שירות מלא וחיובי כפי שעולה מחוות דעת מפקדו (4/ס). בסוגיה זו העידה ההגנה מטעמה את גב' נועם קולט לוין, מומחית לפסיכולוגיה שיקומית, אשר ערכה חוות דעת בעניינו של הנאשם (3/ס).

68. השלישי, פגיעה בזכויות הנאשם בחקירה – נטען, כי החיפוש הלא חוקי שנערך במכשיר הטלפון של הנאשם המצטרף לחלקו המתון יחסית באירוע, ביחס ל-י, אשר לשיטת ההגנה היה היוזם והמוביל, מצדיקים המרת סעיפי האישום מסוג פשע לעבירות מסוג עוון.

69. בהתאם לדוקטרינת ההגנה מן הצדק, שהחלה דרכה בפסיקה (ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ** (2005) – להלן עניין **בורוביץ**), ועוגנה בחקיקה (ראו סעיף 351(ב)(6) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, וסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982), יש לבחון האם נגרמה פגיעה חריפה או ממשית בתחושת הצדק וההגינות. בעניין **בורוביץ** נקבע כי החלתה של הגנה מן הצדק טעונה בחינה בת שלושה שלבים : בשלב הראשון, על בית הדין לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שננקטו בעניינו של הנאשם ולעמוד על עוצמתם ; בשלב השני, על בית הדין לבחון האם בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות ; בשלב השלישי, על בית הדין לבחון האם ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים מתונים ומידתיים יותר מאשר ביטולו של כתב האישום.

70. בחינת כלל טענות ההגנה במישור של ההגנה מן הצדק, הביאנו לכלל מסקנה כי ההגנה לא צלחה את השלב הראשון של המבחן האמור, ולא זוהו פגמים שנפלו בהליכים שננקטו בעניינו של הנאשם.

ראשית, פרטי האישום שיוחסו לנאשם נבחרו בהתאם לפררוגטיבה השמורה לתביעה בעניין זה. בחינת התשתית הראייתית – והרשעתו של הנאשם בסופו של יום בכל האישומים – מצביעה כי לא נפל כל פגם בכסות המשפטית אותה בחרה התביעה לייחס לנאשם.

שנית, בית הדין לא זיהה מחדלי חקירה, או פגמים חמורים שנפלו במהלך חקירת הנאשם, מלבד החיפוש הלא חוקי שנערך במכשיר הטלפון הנייד שלו – על אודותיו הרחבנו לעיל. עם זאת, פגם זה אינו מעלה ואינו מוריד, משהרשעת הנאשם לא התבססה על ממצאי החיפוש. משכך, אין בפגם זה כדי להביא לפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות.

שלישית, בית הדין אינו רואה עין בעין עם ההגנה בכל הנוגע לנסיבות המעשה. המעשים בהם הורשע הנאשם, כחלק מביצוע בצוותא עם שנים חיילים אחרים, בנסיבות של הטרדה מינית של חברים בעת שישן, צילומו והפצת סרטון בו הוא נראה כשאבר מין של פלוני מונח על פיו, כל אלה אינם מעשים של מה בכך. המעשים מגלמים פגיעה קשה בפרטיותו ובביטחונו האישי של המתלונן, כמו גם בערכי צה"ל ובאמון שחייב לשרור בין החיילים המשרתים אלה לצד אלה, יחדיו. בכגון דא קבע בית הדין הצבאי לערעורים כי **"לאחרונה אכן רבו מעשים שעניינם פגיעה בפרטיות חיילות וחיילים, כגון זה שבפנינו, כשהיכולת הטכנולוגית לביצוע המעשים הפכה זמינה וקלה, ומתאפשרת לכל מי שמחזיק בידו במכשיר סלולארי"** (ע/37/15 סמל י' מ' נ' **התובע הצבאי הראשי** (2015)).

רביעית, נסיבות העושה, הנאשם, כפי שהובאו בפנינו במסגרת עדותה של הפסיכולוגית השיקומית שנפגשה עמו פעמיים, ואף ערכה חוות דעת בעניינו (ע/3/ס), כבודן במקומן, אך אין הן יכולות לדחוק את נסיבות ביצוע העבירה, שאינן קלות כלל ועיקר, ואינן מאפשרות, בסופו של יום, להימנע מהרשעת הנאשם בעבירות שהוכחו. נסיבותיו של הנאשם, כמו גם שירותו הצבאי החיובי, כעולה מחוות דעת מפקדו (ע/4/ס), יישקלו במסגרת גזר הדין.

חמישית, והוא העיקר – הרשעת הנאשם בעבירה מסוג עוון, אינה עולה בקנה אחד עם חלקו של הנאשם באירוע, גם בהשוואה לחלקו של י', אותו מבקשת ההגנה לראות כשותף החמור מבין השלושה. גם אם הנאשם לא היה יוזם הרעיון הראשוני, ועל אף שיי הוא זה שביצע את המעשה של הנחת איבר המין על פיו של המתלונן, הרי שחלקו של הנאשם, כפי שהוכח לעיל, הוא עיקרי לא פחות, בהיותו זה שצילם את המעשה וזה שהפיץ את הסרטון.

71. הגם שטענות ההגנה שובות לב **"אין נסיבות אלה מקימות זכות לסעד מן הצדק על דרך של שינוי ההרשעה מטעם בית הדין"** (ע/48,49/14 סמ"ר כ' נ' **התובע הצבאי הראשי**, פסקה 15 (2015)). ההיפך הוא הנכון. הרשעת הנאשם בעבירות קלות יותר, מסוג עוון, תהווה חוסר הגינות וחוסר צדק בפני עצמה, כלפי הציבור בכלל וכלפי המתלונן בפרט.

סוף דבר

72. נוכח כל האמור, פה אחד מורשע הנאשם בעבירות המיוחסות לו בכתב האישום המתוקן.

ניתנה היום, 18.2.2018, ג' באדר התשע"ח, והודעה בפומבי, ובמעמד הנאשם ובאי-כוח הצדדים.

---

שופט

---

אב"ד

---

שופטת