



בית משפט השלום בחיפה

תאריך: 27.11.2011

ת"פ 10-10-46429 מדינת ישראל נ' ברקאי

בפני כבוד השופט זאיד פלאח

בעניין:

מדינת ישראל

המאשימה

באמצעות פרקליטות מחוז חיפה

נגד

אברהם ברקאי

באמצעות ב"כ עו"ד ש. נהרי

הנאשם

הכרעת - דין

האישומים

1. נגד הנאשם, רופא ילדים במקצועו, הוגש כתב אישום המייחס לו ביצוע עבירות שעניינן: פרסום תועבה (ריבוי עבירות) לפי סעיף 214(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "החוק"), והחזקת פרסומי תועבה (ריבוי עבירות) לפי סעיף 214(ב3) לחוק. בהתאם לעובדות כתב האישום, נהג הנאשם לגלוש באינטרנט, בין היתר, באמצעות תוכנת המחשב "GigaTribe" (להלן: "תכנת G"), אותה התקין במחשבו. תוכנה זו מאפשרת למשתמשים בה לשוחח עם גולשים אחרים ולהחליף עימם קבצי מחשב, והנאשם ביקש מגולשים באינטרנט סרטים ותמונות תועבה, והציע את פרסומי התועבה שהיו שמורים במחשבו, ושהיו זמינים לגולשים באמצעות התוכנה. עוד נטען בכתב האישום, שהנאשם פרסם את פרסומי התועבה שבמחשבו באמצעות הצעתם לציבור, בין היתר, באמצעות התוכנה ואף הפיצם באמצעותה. בחיפוש שנערך בבית הנאשם ביום 7.6.10, נתפסו מחשביו, כוננים קשיחים ותקליטורים שונים, שהכילו, בין היתר, קבצי מחשב בנפח של כ- 478GB, הכוללים למעלה מ-190,000 פרסומי תועבה, אותם החזיק ומהם פרסם באינטרנט.

2. בתשובתו לכתב האישום הודה הנאשם בהחזקת פרסומי התועבה, כמפורט בכתב האישום, אך כפר בפרסומם. מטעם התביעה העידו שני עדים, והוגשו מוצגים שסומנו על-ידי ת/1 עד ת/25, ומטעם ההגנה העיד הנאשם, והוגשו 4 מסמכים שסומנו על-ידי נ/1 עד נ/4.



בית משפט השלום בחיפה

תאריך: 27.11.2011

ת"פ 46429-10-10 מדינת ישראל נ' ברקאי

בפני כבוד השופט זאיד פלאח

דיון והכרעה

3. השאלה העיקרית השנויה במחלוקת בתיק זה היא, האם הנאשם ביצע עבירה של פרסום פרסומי תועבה, או שמא רק החזיק בהם?

4. ב"כ המאשימה ענה בחיוב לשאלת פרסום התועבה, כאשר לגרסתו הנאשם ידע שפרסום תועבה הינו אסור, ומסיבה זו הוא העביר את הקבצים שהוריד באמצעות תוכנת G ואשר נשמרו בספרייה בשם newnew345 (להלן: "ספריית N") לספרייה חיצונית שאינה קשורה בתוכנת השיתוף G. את העברת הקבצים מספרייה לספרייה ביצע הנאשם בכל מספר ימים, ובפרק זמן זה, מרגע הורדת הקובץ ועד להעברתו - היו הקבצים שנשמרו בתיקית N חשופים לשיתוף חברים אחרים. אותם חברים אחרים ביקשו את חברות הנאשם, או שהנאשם ביקש את חברותם, ולאחר מתן האישור - נקט הנאשם בצעד נוסף, בכך שהוא התיר לאותם משתמשים להשתתף בקבצים המצויים במחשבו.

5. ב"כ הנאשם טען, שאין די ראיות שיש בכוחן להוכיח את גרסת המאשימה ברמה הנדרשת בפלילים, וכי המדובר בהשערות שלא ניתן להרשיע על פיהן. הסנגור הוסיף וטען לאכיפה בררנית, לקיומה של הגנה מן הצדק ולזוטי דברים, ולחילופי חילופין טען, שקיימת אצל הנאשם הגנת טעות במצב דברים, בכך שהוא סבר שלא ניתן להוריד קבצים מספריית N ללא אישורו, וכי העברת הקבצים לספרייה אחרת נעשתה מטעמי זהירות.

6. בכדי להכריע בסוגיה העיקרית שבמחלוקת, יש לפנות למכלול הראיות בתיק, שלדעת ב"כ המאשימה מובילים למסקנה חד משמעית לפיה הנאשם ביצע את העבירה של פרסום פרסומי תועבה, ולדעת ב"כ הנאשם אין די בהן כדי להרשיע את מרשו.

עד התביעה רפ"ק אהוד שפרן

7. עד זה שימש כראש צוות החקירה, והסביר שהגיע מידע דרך אחת מרשויות האכיפה באוסטרליה, דרך המטה הארצי, בנוגע לחשוד אוסטרלי שנעצר, ובחיפוש במחשבו התגלו קבצים בעלי תוכן פדופילי אותם הוריד מכתובת IP שהתברר כי היא שייכת לנאשם. העד תיאר את הבירור שעשה בנוגע לתוכנת G, בכך שנכנס לאתר התוכנה, ומצא שהמדובר בתוכנת שיתוף רגילה, הדורשת תשלום עבור השימוש בה. העד הפעיל את התוכנה באמצעות חשבון המשתמש של הנאשם, יחד עם הנאשם, ולאחר ההתחברות מצא את



בית משפט השלום בחיפה

תאריך: 27.11.2011

ת"פ 46429-10-10 מדינת ישראל נ' ברקאי

בפני כבוד השופט זאיד פלאח

החברים שהיו מחוברים און-ליין, והוא יכול לבחור מהמחשבים של החברים את הקבצים שהוא מעוניין להורידם למחשב הנאשם. לדברי העד, בכדי להוריד קבצים מחבר אחר יש לבצע שתי פעולות: תחילה על הנאשם לפנות למשתמש אחר ולהציע לו "חברות", ולאחר שהאחר מאשר את חברותו עם הנאשם, יש צורך במתן אישור נוסף של החבר, לכך שהנאשם יוכל להוריד אל מחשבו את התיקיות שהוגדרו ע"י אותו אחר ככאלה הניתנות לשיתוף. גם הנאשם צריך להגדיר במחשבו את התיקיות המשותפות, דהיינו אותן תיקיות שהוא מאפשר לאחר להוריד אליו ממחשב הנאשם.

8. בחקירתו הנגדית אמר העד, שהנאשם נהג להעביר את הקבצים שהוריד באמצעות תוכנת G לדיסק חיצוני. העד, שעבר קורס הכשרה במטרה בנושאי מחשבים, אך אין לו השכלה אקדמאית בתחום זה, אישר ששם המשתמש של הנאשם בתוכנת G היה BLABLA3344, וכי לאחר הפעלת התוכנה כינוי המשתמש שנבדק היה BLABLA34. העד הפנה לת/17, שזהו צילום מסך המחשב בזמן הכניסה לתוכנת G שנעשתה על ידו בנוכחות הנאשם, ושם הופיע שבאותה העת היו 78 חברים מחוברים און-ליין לתכנה, וכי קיימת רשימה של קבצים שהורדו, ורשימה של קבצים שהיו בתהליך של הורדה.

9. בדו"ח הפעולה שהוכן ע"י העד וסומן על-ידי ת/14 כתוב, שהעד ביקש מהנאשם להפעיל את תוכנת השיתוף G, וכי נמצא שהקבצים שהורדו ע"י הנאשם נשמרו בספרייה בשם newnewnew345 ("ספריית N"), והוסיף וכתב: "... שלטענת החשוד אליה יורדים הקבצים ושהיא תיקייה משותפת ממנה יכולים גם האחרים להוריד קבצים, עד שהוא מעביר אותם לספריות שלטענתו אינן משותפות".

10. בדו"ח הפעולה שצורף ל-ת/17 ואשר מתעד את כניסת העד, יחד עם שוטרים אחרים, לבית הנאשם ביום תפיסת המחשב, כתב העד: "נגשתי למחשב בחדר העבודה הצמוד לחדר השניה של החשוד ומצאתי כי הוא פועל. בשורת המשימות ראיתי כי תוכנת שיתוף הקבצים GigaTribe פועלת והורדה לשורת המשימות. העליתי אותה למסך מלא ומצאתי כי התוכנה פועלת תחת הכינוי BLABLA3344 מתבצעת הורדה של עשרות קבצים בו זמנית שתהליכי הורדה שונים. בנוסף נמצא כי מתוך רשימת החברים המורשים של החשוד 78 איש מחוברים אונליין ויכולים להוריד ממנו קבצים, וכן נמצא כי מתקיימת הורדה פעילה של קבצים ממחשב החשוד". בצילום מסך המחשב המצורף לדו"ח הפעולה



בית משפט השלום בחיפה

תאריך: 27.11.2011

ת"פ 46429-10-10 מדינת ישראל נ' ברקאי

בפני כבוד השופט זאיד פלאח

ת/17 אכן נראים הקבצים, כאשר בצד חלקם מופיעה המילה "Downloading..." ובצד החלק האחר של הקבצים מופיעה המילה "Completed". העד הבין ממסך זה, שהקבצים שבצידם הופיעה המילה Downloading משמעותם הורדה פעילה של קבצים ממחשב הנאשם אל משתמשים אחרים, ואולם איני יכול לקבל הסבר זה, שאינו נתמך בכל בדיקה ו/או הסבר, ואין פירוט לכל פעולה שננקטה ע"י העד בכדי לאשש את השערותו שהמדובר בהורדת קבצים ממחשב הנאשם למחשב אחר כלשהו. מכאן מגיע אני למסקנה, שאותם קבצים שבצידם הופיע הכיתוב Downloading הינם קבצים שהנאשם ביקש להוריד למחשבו, ומסקנה זו נתמכת בגרסת הנאשם, לפיה הוא נהג להוריד קבצים למחשבו, ולעיתים להותיר את המחשב דלוק בכדי להוריד את כל הקבצים, שהורדתם אורכת זמן, וכי פעם במספר ימים היה מעביר את הקבצים שהוריד מהספרייה N לספרייה אחרת חיצונית, שאינה קשורה בתוכנה G. התובע בחר שלא לשאול את העד בעניין זה, אך הסנגור ביקש לברר מיהם אותם 78 חברים מחבורים, ותשובת העד הייתה שאינו יודע, ואף אינו יכול לדעת אם המדובר ברובוטים או באנשים של ממש. העד אף אמר, שאין לו אינדיקציה לגבי השאלה איזה קבצים הועברו בעבר, וגם בזמן בדיקת התוכנה יחד עם הנאשם אינו יכול לפרט מהו תוכן הקבצים שעבר.

11. במסמך שסומן על-ידי ת/18 מתאר העד את אופן פעילות תוכנת השיתוף G, בכך שהיא מחברת בין מחשבי המשתמשים ישירות ללא שימוש בשרת מרכזי, ובאמצעות התוכנה ניתן להוריד קבצים מחבר אחד לחבר אחר, שאישרו האחד את השני, ובתנאי שבנוסף לאישור החברות, ניתן אישור מהמשתמש שממחשבו מבקשים להוריד קבצים, לעצם ההורדה. עוד נכתב בדו"ח הנ"ל: **"כמו כן המשתמש מגדיר בעצמו אילו קבצים הוא מוכן לשתף עם אחרים, כלומר לתת להם רשות להוריד אותם ממחשבו למחשבים"**. מדו"ח פעולה זה ניתן ללמוד, כפי שכבר כתבתי, שבכדי שמשתמש אחר יוכל להוריד אל מחשבו קובץ כלשהו ממחשבו של הנאשם, עליהם לאשר את חברותם זה לזה, ולאחר מכן – על הנאשם להתיר למשתמש האחר להוריד את הקבצים המצויים במחשבו של הנאשם, כלומר – נדרשת פעולה אקטיבית של הנאשם.

12. סוף דבר, אני מקבל את דברי רפ"ק שפרן בנוגע לאופן הפעלת תוכנת G, כאשר הסבריו תואמים את הסברי הנאשם עצמו. בנוגע למסקנת העד לפיה ברגע כניסתו לבית הנאשם,



בית משפט השלום בחיפה

תאריך: 27.11.2011

ת"פ 46429-10-10 מדינת ישראל נ' ברקאי

בפני כבוד השופט זאיד פלאח

הבחין בהורדת קבצים ממחשב הנאשם למחשבים אחרים, איני יכול לקבל מסקנה זו, מאחר והיא הוסקה באופן שרירותי וללא כל פירוט.

עד התביעה רס"ר בוריס סיקלייר

13. העד הינו חוקר מחשב מיומן, ומהנדס מחשבים בהשכלתו. לדבריו, בין הקבצים שנתפסו היו גם סרטים שאינם פדופיליה. בחקירתו הנגדית אישר העד, שהוא לא בחן את תוכנת G, אלא רק קרא את המפרט שלה, והוא אינו יודע אם כשמאתחלים את המחשב היא עולה באופן אוטומטי. בנוסף, טען העד שאינו יודע איזה סוג של מנוי לתוכנה רכש הנאשם, לא בחן איזה תיקייה הייתה משותפת במחשבו של הנאשם ואיזה לא הייתה, וכל שעשה הוא הפקת מסמכים, כלומר, בדיקת תוכן ולא הפעלה. העד הוסיף וענה בחקירתו הנגדית, שלא בחן מי היה מחובר לקבצים, אלא רק את תוכנם ואת מיקום הימצאם במחשב הנאשם, והוא אף אישר, שלא בדק אם משתמש כלשהו הוריד תוכן פדופילי ממחשב הנאשם.

14. מדברי עד זה ניתן ללמוד, שלמעשה כל שעשה היה בדיקת תוכן מחשבו של הנאשם, שנתפס ע"י המשטרה, אך הוא לא בירר אם אכן היו תיקיות משותפות ואם הועבר סרט פדופילי כלשהו ממחשב הנאשם למחשב אחר. היה על העד לברר אם אכן קיימת הוכחה כלשהי לכך, שהנאשם התיר לאחרים להעביר אליהם קבצים שהורדו למחשבו, ומשלא עשה כן – הוכח קיומו של מחדל בחקירת המשטרה תיק זה, אך יחד עם זאת, וכפי שיובהר להלן בפרק הדן בגרסת הנאשם, אין בכוחו של מחדל זה כדי להוביל לביטול האישום או לזיכוי הנאשם, בין היתר, מאחר והמחדלים הנ"ל לא קיפחו את הגנת הנאשם ולא פגעו בה באופן שיצדיק נקיטת צעד קיצוני כנ"ל, ובנוסף – מאחר ודרישת החוק איננה מחייבת הוכחת העברת הקבצים ממחשב הנאשם למחשב של משתמש אחר, ודי בכך שהנאשם הציע את הקבצים שבמחשבו למשתמשים אחרים.

גרסת הנאשם במשטרה ובבית המשפט

15. בהודעתו הראשונה במשטרה מיום 7.6.10, ואשר סומנה על ידי ת/8, הודה הנאשם בהחזקת פרסומי התועבה, אך הוסיף ואמר כבר בתחילת חקירתו: "אבל מעולם לא הפצתי ולא יצרתי קשר עם אף בן אדם דרך המחשב או באמצעים אחרים בכדי לבצע עבירה". לשאלת החוקר למה כוונת הנאשם בהחזקת פרסומי תועבה ענה הנאשם: "תמונות וסרטים של קטינים מקיימים יחסי מין ביניהם ועם בגירים", והוסיף שהוא החזיק אלפי סרטים כאלה במחשבו. הנאשם הסביר לחוקר את אופן פעולת תוכנת השיתוף G, באומרו: "ברגע



בית משפט השלום בחיפה

תאריך: 27.11.2011

ת"פ 10-10-46429 מדינת ישראל נ' ברקאי

בפני כבוד השופט זאיד פלאח

שהחברות מאושרת ושיתוף הקבצים מאושר, אתה מחפש את מה שאתה רוצה ומוריד בהתאם למיקומך בתור את מה שאתה רוצה" והוסיף ואמר: "בזמן שאני מוריד קובץ הוא פתוח להורדה לכל מי שהגדרתי כשותף. כל עוד הקובץ נמצא בתיקיה שאליה הוא יורד זה מאפשר לאחרים להוריד אותו ממני. אחרי שסיימתי להוריד, הקבצים הועברו לכונן חיצוני שלא היה משותף ברשת. אני רוצה להדגיש שאני במכוון לא הסכמתי להפיץ ולכן שמרתי אותם בכונן חיצוני". מדברי הנאשם עצמו עולה, שהוא אפשר למעשה שיתוף קבצים עם אחרים, על כן הוא דאג להעביר את הסרטים שהוריד דרך תוכנת G לספרייה N, לכונן חיצוני שאינו קשור באותה תוכנת שיתוף, וזאת בכדי שהקבצים שהורדו על ידו יצאו מהשיתוף עם אחרים.

16. דברי הנאשם לפיהן הוא לא הסכים במכוון להפיץ לאחרים את הקבצים שהורדו למחשבו, וכי בשל כך הוא שמר את הקבצים בכונן חיצוני – אין בהם כדי לבטל את דבריו שורה אחת קודם לכן, לפיהן כל עוד הקובץ נמצא בתיקיה אליה ירד, דהיינו לתיקיית N, אזי "זה מאפשר לאחרים להוריד אותו ממני". בעדותו בפני לא ידע הנאשם למסור הסבר סביר למילותיו הנ"ל בפני חוקריו, וניסיונותיו לטעון שוב ושוב שהוא לא התיר לאחרים שיתוף עם קבציו, אינם מתיישבים עם דבריו בת/8.

17. בהמשך הודעת הנאשם ת/8 הוא נשאל: "ואנשים כאלה שאפשרו לך להוריד קבצים לא בקשו ממך להוריד ממך קבצים?" ענה הנאשם: "הם יכולים להוריד באותו זמן את מה שיש ב- NEWNEW. הם מקישים עליו להורדה וזה יורד אליהם" – דברים מפורשים, שמשמעותם שיתוף קבצים של הנאשם עם משתמשים אחרים, והדבר גם מסתדר עם ההיגיון והשכל הישר – לנאשם היו עשרות חברים, והוא יכול היה להיכנס לקבצים במחשבי אותם חברים ולהוריד משם קבצים, אזי אין כל הגיון בכך, שמשתמשים אחרים יתירו לנאשם שיתוף עם קבציהם, שעה שהנאשם מסרב לעשות כן. זאת במיוחד כאשר הנאשם עצמו הסביר את דרך השיתוף, לפיה: "אני חבר של X הוא אומר לי שיש את Y ו Z אני שולח אליהם בקשה, אם הם נעתרים לבקשה אז אני מוריד ... זה המלצות של חברים. אין על זה שום סינון ושום ביקורת". מדברי הנאשם עולה, שהמדובר בשיטה לפיה "חבר מביא חבר", וכאשר הנאשם מקבל המלצות מחבר כלשהו, אודות חבר אחר, אזי גם האחרים ממליצים על הנאשם, ומשמעות ההמלצה היא הורדת קבצים מספריית הנאשם אל מחשבי אותם חברים.



בית משפט השלום בחיפה

תאריך: 27.11.2011

ת"פ 46429-10-10 מדינת ישראל נ' ברקאי

בפני כבוד השופט זאיד פלאח

18. בהתאם לגרסת הנאשם ב-ת/8, משתמשים אחרים יכלו להוריד קבצים ממחשבו, ואשר שמורים בתיקייה N, וכדי שאדם יוכל להוריד קבצים ממחשב הנאשם, על הנאשם לאשר לו לעשות כן, כלומר – לנקוט בפעולה אקטיבית. הנאשם העיד בפניי, שהוא מודע לכך, שאם אדם מאפשר לאחר להוריד ממחשבו קבצים פדופיליים, זו עבירה על החוק. הנאשם ניסה ללא הצלחה להסביר מדוע אמר את גרסתו בת/8 ואיך דברים אלה מתיישבים עם טענתו, שחזרה שוב ושוב הן בחקירותיו והן בפניי, לפיה הוא לא אפשר לאיש להשתתף בקבציו.

19. הכחשותיו של הנאשם לשיתוף אחרים עם קבציו אינה מתיישבת עם הפעולות שנקט לאחר הורדת הקבצים לספריית N, בכך שהוא העביר את הקבצים לספרייה חיצונית, שאינה מאפשרת שיתוף קבצים. הנאשם טען שהוא עשה כן מחששו שמא משתמשים אחרים יוכלו בכל זאת להוריד קבצים מספריית N, ואולם דבריו אלה אינם מתיישבים עם גרסתו, לפיה לא ניתן להוריד קבצים ממחשבו ע"י משתמשים אחרים, ללא אישור הפעולה על ידו, והמסקנה היחידה העולה מדרך פעילותו של הנאשם היא, שהוא אכן אישר שיתוף קבצים עם אחרים, ושיתוף זה אפשר לאחרים להוריד קבצים השמורים בתיקיית N במחשבו.

20. הנאשם ידע ששיתוף קבצים פדופיליים עם אחרים הינו אסור, והוא אף היה מודע לסכנת הגילוי, כאשר אמר שהחברים בתכנת G הזהירו זה את זה מפני משתמש החשוד כשוטר, וכדבריו: "דברו פעם על מישו שאמרו לא להתקרב אליו כי הוא חשוד כשוטר", על כן הוא העביר את הקבצים שהוריד מתיקיית N לתיקייה חיצונית. העברת הקבצים הנ"ל נעשתה ע"י הנאשם כל מספר ימים, וכל עוד לא הועברו הקבצים יכלו אחרים להורידם למחשביהם.

21. על גבי ת/8 ניתן לראות, שהנאשם ערך תיקונים והבהרות בכתב ידו, והוא אף חתם על כל העמודים. דברי הנאשם שצוטטו על ידי לעיל, אודות שיתוף הקבצים בתיקיית N עם אחרים, לא תוקנו על ידו, והמסקנה היחידה המתבקשת היא, שגרסת הנאשם שנאמרה על ידו ב-ת/8 היא גרסת אמת, המשקפת נכונה את התנהלותו בכל הנוגע לתוכנת G ולתיקיית N, ואני מעדיף את דבריו ב-ת/8 על דבריו הסותרים בהודעותיו. בנוגע לעדות הנאשם בפניי, ניכר היה שהוא דבק באופן מיכני בגרסתו, לפיה הוא לא שיתף איש בקבציו, ולא ידע על שיתוף כלשהו, ודביקות זו מנעה ממנו מליתן הסבר מניח את הדעת, בנוגע לדבריו ב-ת/8.



בית משפט השלום בחיפה

תאריך: 27.11.2011

ת"פ 46429-10-10 מדינת ישראל נ' ברקאי

בפני כבוד השופט זאיד פלאח

הרושם שהותיר אצלי הנאשם בנוגע לשיתוף קבציו עם אחרים, הוא רושם בלתי אמין, כפי שיפורט גם בהמשך, ואני דוחה את גרסתו זו ומעדיף את דבריו בעניין זה ב-ת/8.

22. הנאשם טען בפניי פעמים רבות, וכך גם בהודעתו במשטרה, שהוא אינו מומחה גדול במחשבים, וכי הוא השתמש בתוכנת G בהתאם להבנתו. לדבריו, הוא לא אישר לאיש להוריד את קבציו, והעברת הקבצים מתיקיית N לתיקייה חיצונית נעשתה למעלה מן הנדרש, ועל אף שלא אישר לאיש להוריד את קבציו, וזאת מהחשש שמא בכל זאת ניתן להורידם למחשבים של משתמשים אחרים. דברים אלה של הנאשם אינם מתיישבים לא רק עם דבריו בת/8, אלא גם עם דבריו בפני חוקריו יומיים לאחר מכן, ב-ת/9, כאשר נשאל: **"באיזה דרך בדיוק מנעת את הורדת הקבצים?"** ותשובתו הייתה: **"הדרך הייתה כפי שצינתי בחקירה בעבר, הוצאת קבצים מהתיקייה שנקראה בשם NEWNEW לתיקיות חיצוניות במחשב ואף מחוץ למחשב בכונן חיצוני כדי שלא יתאפשר לאחרים להוציא קבצים ממני"**, כלומר, הנאשם היה מודע לכך, שכאשר הוא מוריד קבצים מאחרים, ואלה נשמרים בתיקיית N, אזי משתמשים אחרים יכולים להוריד קבצים אליהם, ואם נחבר את דברי הנאשם לפיהן בכדי להוריד קבצים ממחשבו עליו ליתן אישור לכך, הרי שהמסקנה היחידה המתבקשת היא, שהנאשם אישר למשתמשים אחרים בתוכנת G להוריד קבצים ממחשבו, ואשר נשמרו בתיקיית N.

23. כאשר נשאל הנאשם מפורשות ע"י החוקר, אם ביקש מגולשים, שכינויים צוין בפניו, להוריד קבצים פדופיליים ממחשבו, ענה הנאשם: **"אינני זוכר"** – תשובה שאינה מתיישבת עם טענתו, שלא אישר לאיש להוריד קבצים ממחשבו, שהרי חוסר זיכרון משמעותו ייתכן שכן וייתכן שלא, וחוסר בטחונו של הנאשם בדבר אישורו לאחרים להוריד קבצים ממחשבו, מהווה התחמקות של הנאשם, שמא החוקר מחזיק בידיו בהוכחה פוזיטיבית להורדת הקבצים ע"י אחרים.

24. הנאשם נשאל מפורשות בפניי, אם שיתף עם אחרים את קבצי הסרטים והשירים שהיו חוקיים, ותשובתו הייתה: **"חלק היו משותפים וחלק יצאו לדיסקים..."**, וכשבית המשפט הקשה על הנאשם: **"לשאלת בית המשפט איך ביצעתי את השיתוף בקבצים של הסרטים שרציתי לשתף אני משיב שהורדתי קבצים מאחרים גם במוסיקה, לא זכור לי שמישהו לקח ממני, מה שנגמר הוצאתי ומה שהיה חלקי השארתי עד שנגמר ואז הוצאתי"**. הנאשם הודה מפורשות, שהוא שיתף קבצים עם אחרים בתיקיית N, אלא ששיתוף הקבצים היה רק



בית משפט השלום בחיפה

תאריך: 27.11.2011

ת"פ 46429-10-10 מדינת ישראל נ' ברקאי

בפני כבוד השופט זאיד פלאח

בנוגע לסרטים חוקיים ולמוסיקה, והוסיף שהוא אינו יודע אם בפועל מישהו אכן הוריד קבצים אלה ממחשבו. בכך הודה הנאשם, שתיקיית N הינה משותפת, וכי הוא אפשר לאחרים להוריד ממנה קבצים, ותיקייה זו הכילה הן חומר פדופילי אסור, והן סרטים ומוסיקה מותרים, אך הוא לא עקב אחר הורדת הקבצים ע"י אחרים.

25. דברי הנאשם אודות שיתוף האחרים בתיקיית N, בצירוף אופן הפעלת תוכנת G, כעולה מדברי הנאשם ומדברי רפ"ק שפרן, מובילים למסקנה, שהנאשם נקט בפעולה אקטיבית בכדי לאפשר לאחרים להוריד ממחשבו קבצים שנשמרו בתיקיית N, ואני מעדיף את דבריו בעניין זה, על התכחשותיו בסוגיית שיתוף הקבצים. סנגורו של הנאשם ניסה "לתקן" את דברי הנאשם בעניין שיתוף הקבצים החוקיים, ואולם תשובותיו של הנאשם לא הפריכו את דבריו אודות השיתוף.

26. לסיכום ניתן לומר, שהנאשם אמנם חזר פעמים רבות על הטענה, לפיה הוא לא שיתף איש בקבציו, ואולם הוא הודה מפורשות, הן בפני חוקריו והן בפניי, שהוא שיתף אחרים בקבצים שהורדו לתיקיית N. הנאשם, כאמור, לא עשה עליו רושם אמין בעניין שיתוף הקבצים, הגם שאני מקבל את גרסתו בעניין אופן הפעלת תוכנת G.

המסקנה העולה מהראיות

27. התמונה העובדתית שהוכחה בפניי מעבר לכל ספק סביר הינה כדלקמן: הנאשם רכש תוכנת שיתוף הנקראת GigaTribe. באמצעות תוכנה זו ניתן להוריד קבצים בהצטבר שני תנאים: הראשון, פנייה למשתמש אחר, שרכש אף הוא את אותה התוכנה, ובקשת אישור חברות ממנו. השני, שיכול להתקיים רק עם משתמש שאישר את בקשת החברות, ועניינו בקשת שיתוף קבצים, כאשר המאשר יכול גם לקבוע איזה קבצים יהיו זמינים בשיתוף שאושר על ידו. הנאשם אכן פנה למשתמשים שונים, כאשר קיבל המלצות אודותיהם ממשתמשים אחרים, וההמלצה הינה חיונית ביותר, בשל חששם של המשתמשים מכניסת משתמש שהוא שוטר, וזאת מתוך ידיעתם שהם עוסקים בעניין האסור על פי חוק. ביום תפיסת מחשבו של הנאשם, היו 78 חברים מחוברים און-ליין, יחד עם הנאשם, ובסה"כ פנה הנאשם ל-624 משתמשים, שייתכן שחלקם כבר לא קיים, וחלקם האחר מהווה את אותו המשתמש בזהויות שונות. קביעת רפ"ק שפרן, לפיה בעת תפיסת המחשב ביצעו משתמשים אחרים הורדות של קבצים ממחשבו של הנאשם, לא התקבלה על ידי, וביקרתי את אי-בדיקת התוכנה והעברת הקבצים שבוצעה ע"י הנאשם בפועל, כעולה מעדות רס"ר סיקלייר.



בית משפט השלום בחיפה

תאריך: 27.11.2011

ת"פ 46429-10-10 מדינת ישראל נ' ברקאי

בפני כבוד השופט זאיד פלאח

יחד עם זאת, אין בשני הפגמים הנ"ל כדי לסייע לנאשם, שמדבריו עולה תמונה ברורה וחד משמעית, לפיה הוא אישר למשתמשים אחרים שיתוף קבצים עימו, ובכך הציע לאותם משתמשים את פרסומי התועבה שהורדו ע"י הנאשם ונשמרו בתיקיית N. הנאשם היה מודע לאיסור שבמעשיו, והיה מודע לאפשרות הורדת הקבצים ע"י אחרים מתיקיית N, על כן, וככל הנראה בכדי להקטין את הסיכוי לחשיפתו ע"י רשויות החוק, ולחשיפת זהותו בכלל, הוא העביר את הקבצים כל מספר ימים לתיקייה אחרת, שלא הייתה משותפת.

28. השאלה הנשאלת כעת היא, האם המצב העובדתי שקבעתי דלעיל מוביל למסקנה לפיה הוכח מעבר לכל ספק סביר, שהנאשם פרסם פרסומי תועבה? והתשובה לשאלה זו הינה חיובית – סעיף 214(ב) לחוק העונשין קובע:

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

ובכדי להבין את משמעות המונחים "מפרסם" ו-"פרסום", יש לפנות לסעיף ההגדרות בחוק העונשין, הוא סעיף 34כד, וכך מוגדרים המונחים הנ"ל:

"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":

"(2) בפרסום שאינו דברים שבעל פה - ... 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;

29. אין מחלוקת בין הצדדים, שבמחשבו של הנאשם נתפסו סרטי פדופיליה, המהווים פרסום תועבה. השאלה שיש להכריע בה, כאמור, היא אם המצב העובדתי שנקבע על ידי בסעיף 18 לעיל עונה על דרישות סעיף 214(ב) לחוק העונשין. המחוקק נתן משמעות למילה "פרסום" כך שהיא מכילה גם "חומר מחשב", ובנוגע למונח "פרסם" קבע המחוקק, שמשמעותו כוללת הפצת הקובץ הפדופילי לציבור באמצעות מחשב בדרך הזמינה לציבור, או להציעו לציבור באמצעות מחשב. משקבעתי שהנאשם נקט בפעולה אקטיבית עת אישר למשתמשים אחרים בתוכנת G, שהינם חבריו בתוכנה, להשתמש בקבצים שהורדו על ידו ממשתמשים



בית משפט השלום בחיפה

תאריך: 27.11.2011

ת"פ 10-10-46429 מדינת ישראל נ' ברקאי

בפני כבוד השופט זאיד פלאח

אחרים ונשמרו בתיקית N, הרי שהנאשם הציע באמצעות מחשב את אותם קבצים פדופיליים למשתמשים אחרים.

30. השאלה הנשאלת כעת היא, האם הצעת קבצי הפדופיליה למשתמשים האחרים מהווה הצעה ל"ציבור", ובכדי לענות על שאלה זו יש לפנות לפרשנות המונח "ציבור" בחוק העונשין, כפי שזה צוטט לעיל. "ציבור" כולל כל חלק ממנו העלול להיפגע כתוצאה מפרסום פרסומי התועבה – הפגיעה אליה מתכוון המחוקק איננה מכוונת רק לקהל הצופים המוריד אל מחשבו את התכנים האסורים, אלא לכל חלק בקהל, העלול להיפגע כתוצאה מהפרסום.

31. המדובר בהורדת קבצים פדופיליים ע"י אנשים שרכשו את תוכנת G, ואשר מעוניינים להיחשף לסרטי מין בהם שותפים קטינים. אותו קהל יעד אינו בהכרח הקהל האמור להיפגע כתוצאה מחשיפתו לאותם סרטים, אלא נהפוך הוא – קהל זה, ככל הנראה, מוצא הנאה בצפייה בסרטי מין בהם שותפים קטינים. הקהל העלול להיפגע כתוצאה מפרסום סרטי הפדופיליה הוא קהל הקטינים: כתוצאה מפרסום סרטי הפדופיליה, הופכת תעשיית סרטים אלה לתעשייה משתלמת, במובן זה, שככל שמספר הצופים בסרטים עולה, כך עולה הכדאיות הכלכלית בצילום הסרטים, וככל שמצולמים יותר סרטי פדופיליה, כך נחשפים יותר קטינים לאקטים מיניים, או שאותם קטינים נחשפים יותר פעמים לאקטים מיניים, ומכאן, שכתוצאה מפרסום סרטי התועבה, מעודדים ניצול ופגיעה בקטינים, והם אותו חלק בציבור העלול להיפגע כתוצאה מפרסום פרסומי התועבה. בכך מגיע אני למסקנה, שמעשיו של הנאשם עונים על הדרישות שהציב המחוקק בסעיף 214(ב) לחוק העונשין.

אכיפה בררנית, הגנה מן הצדק

32. ב"כ הנאשם העלה טיעונים נוספים, שיש בהם להביא, לטעמו, לביטול כתב האישום ו/או לזיכוי הנאשם. הטעם הראשון עניינו אכיפה בררנית, בכך שהנאשם הועמד לדין בעבירה של פרסום פרסומי תועבה, באמצעות תוכנת G, שעה שנגד אחרים, הנוהגים בדרך דומה, נמנעת התביעה מהגשת אישום בסעיף זה, ומסתפקת באישום בעבירה של החזקת פרסומי תועבה. לתמיכה בטיעוניו הגיש הסנגור שלושה פסקי דין, בהם הואשמו הנאשמים בעבירת החזקת פרסומי תועבה בלבד, וכן הגיש קטעי מאמרים ופסיקה נוספת. אין בידי לקבל טיעון זה – שלושת פסקי הדין שהוגשו ע"י הסנגור אינם מתארים נסיבות דומות לאלו של הנאשם שבפניי, שהרי שם דובר על נאשמים שהודו במיוחד להם, במסגרת הסדר, או שהמדובר בעובדות שלא ניתן לדעת אם הן דומות למקרה נשוא הכרעת דין זו, או שמדובר באירועים



בית משפט השלום בחיפה

תאריך: 27.11.2011

ת"פ 46429-10-10 מדינת ישראל נ' ברקאי

בפני כבוד השופט זאיד פלאח

שהתיישנו ולא ניתן להגיש בגינן אישום בעבירה של פרסום פרסומי תועבה. מעבר לכך, לא הוכח בפניי בכל רמה של הוכחה, שאכן המדינה נוקטת איפה ואיפה בין נאשמים, שנסיבותיהם דומות לאלו של הנאשם שבפניי.

33. בנוגע לטענה בדבר קיומה של הגנה מן הצדק, הרי שלא שוכנעתי שהמבחנים לקיום הגנה מעין זו, כפי שאלה נקבעו בפסיקה, אכן מתקיימות כאן, והרי מדובר בנאשם שהחזיק בחומר פדופילי אסור במחשבו, ואפשר למשתמשים אחרים להוריד חומר זה אל מחשביהם, ובכך הוא עבר על שתי הוראות חיקוק – האחת, עניינה החזקת פרסומי תועבה, והאחרת – עניינה פרסום אותו חומר תועבה. הסנגור טען שהמדינה לא נוקטת כל פעולה נגד מפעילי האתרים, ואני מקבל את תשובת ב"כ המאשימה, לפיה המדינה נוקטת בפעולות רבות, כולל פניות לאינטרפול וטיפול בפניות של מדינות אחרות לאינטרפול, בנוגע למשתמשים ישראליים. לא שוכנעתי שבהגשת כתב האישום כנגד הנאשם יש משום סתירה או פגיעה כלשהי בתחושת הצדק וההגינות, אלא ההפך הוא הנכון – אלמלא הוגש כתב האישום נגד הנאשם, היו תחושות הצדק וההגינות נפגעות, וזאת בשל החשש לפגיעה בציבור הקטינים כתוצאה מפרסום פרסומי התועבה.

טעות במצב דברים וזוטי דברים

34. הסנגור טען, שמרשו עשה הכל בכדי להימנע מפרסום התועבה, ואולם, הוא לא ידע שבכל זאת ועל אף הפעולות שנקט, עדיין ניתן להוריד את סרטי הפדופיליה מתיקיית N שבמחשבו למחשבים של משתמשים אחרים, וכי אין לנאשם כוונה לבצע את העבירות המיוחסות לו, שביצוען זהה לזוטי דברים. גם בעניין זה אין בידי לקבל את טיעון הסנגור – הנאשם רכש תוכנת שיתוף, ביקש חברות ממשותמשים אחרים שרכשו את אותה התוכנה, ביקש מאותם חברים היתר להורדת קבצים ממחשביהם, והתיר למשתמשים אחרים להוריד קבצים שנשמרו על ידו בתיקיית N במחשבו. הנאשם ידע שמעשיו אסורים, והוא וחבריו הזהירו זה את זה מפני משתמשים החשודים כשוטרים, והנאשם נקט משנה זהירות, ככל הנראה לבל ייתפס ע"י רשויות החוק, שעה שדאג להעביר לתיקייה חיצונית, "פעם ביום-יומיים", את הקבצים שהורדו לתיקיית N. התנהגותו של הנאשם הינה התנהגות מודעת הן למצב העובדתי והן למצב המשפטי, והטיעון בדבר טעות במצב דברים אינו מתאים כלל להתנהלות הנאשם, ולבטח לא הטיעון שהעבירות שביצע הנאשם מהוות זוטי דברים.



בית משפט השלום בחיפה

תאריך: 27.11.2011

ת"פ 46429-10-10 מדינת ישראל נ' ברקאי

בפני כבוד השופט זאיד פלאח

סוף דבר

35. מכל המפורט לעיל עולה, שעלה בידי המאשימה להוכיח מעבר לכל ספק סביר, שהנאשם עבר את העבירות המיוחסות לו בכתב האישום. בנוגע לעבירת פרסום פרסומי התועבה, הרי שהמדובר בריבוי עבירות, מאחר והנאשם הודה שהוא השתמש בתוכנת G משך שנה ושלושה חודשים, מאז רכישתה ועד לחשיפתו, ומאחר וקבעתי שבפרק זמן זה אפשר הנאשם למשתמשים אחרים להוריד למחשביהם קבצים שנשמרו בתיקית N שבמחשבו. בנוגע לעבירה שעניינה החזקת פרסומי תועבה, הרי שהמדובר בהחזקתם במועד המסוים שבו נמצאו אותם פרסומים במחשבו של הנאשם, הוא מועד חשיפתו שחל ביום 7.6.10, על כן, המדובר בעבירה אחת של החזקת כ- 190,000 פרסומי תועבה.

36. לסיכום, אני מרשיע את הנאשם בביצוע עבירות אלו:

פרסום תועבה (ריבוי עבירות) לפי סעיף 214(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.
החזקת פרסומי תועבה לפי סעיף 214(ב3) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

37. לאור הרשעת הנאשם בכל העבירות שיוחסו לו בכתב האישום, ומאחר ולא מצאתי כל עילה שיש בה כדי להצדיק הטלת איסור פרסום כלשהו על פרשייה זו, ומאחר ויש לאפשר לציבור לדעת את פרטיהם של האנשים המפרסמים פרסומי תועבה, ולאחר שאיזנתי נכונה בין כל הדורש איזון לעניין איסור הפרסום, החלטתי להורות על ביטול צו איסור הפרסום החלקי שהוצאתי בנוגע לשמו של הנאשם, ואני מתיר את פרסום כל פרטי הפרשה, כולל שמו של הנאשם וכולל הכרעת דין זו במלואה.

ניתנה היום, א' בכסלו תשע"ב, 27 בנובמבר 2011, במעמד הצדדים.

זאיד פלאח, שופט