



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 34162-08-17 לוי נ' עוף והודו ברקת-חנות המפעל בע"מ

1

מספר בקשה: 3

בפני כבוד השופט רמי חיימוביץ, סגן נשיא

מבקשת (נתבעת) עוף והודו ברקת-חנות המפעל בע"מ
באמצעות עו"ד רן מנו

נגד

משיב (תובע) ישראל לוי
באמצעות עו"ד שלמה תוסיה כהן

2

החלטה

3

4 הנתבעת מבקשת לקבוע כי סרטון שהקליט התובע בטלפון סלולרי אינו מהווה ראיה ועל-כן יש
5 להוציאו מן התיק. הבקשה נדחית.

התביעה והראיה נושא הבקשה

7 1. חוק בנינים ציבוריים (מיתקני שתיה למים צוננים), תשמ"ז-1986, מחייב בתי עסק מסוימים
8 בהצבת מתקני מים צוננים בתחומם.

9 2. התובע, מר ישראל לוי, טוען כי הוא נוהג לבצע קניות בסניפים שונים של הנתבעת אשר מפעילה
10 רשת סופרמרקטים בשם "סופר ברקת". במהלך הקניות חיפש התובע את מתקני השתייה ומצא,
11 לטענתו, כי הנתבעת מפירה את החוק באופן שיטתי ואינה מציבה מתקני שתייה בסניפיה.

12 3. התובע הגיש תביעה אישית על סך ₪ 9.6 לשילפוי על בקבוקי מים שרכש כשהיה צמא ולפיצוי
13 על תחושת הצמא שהרגיש. לתביעתו צירף בקשה לאישור התביעה כייצוגית בשם כל לקוחות הנתבעת
14 בשבע השנים האחרונות. התובע העריך את הנזק לכלל חברי הקבוצה ב-2,000,000 ₪.

15 4. לתביעתו ולבקשת האישור צירף התובע סרטון וידאו אותו צילם בטלפון הנייד ובו תועדו
16 ביקורו בסניף הנתבעת ושיחה שלו עם אחת העובדות בסניף (נספח 4 לבקשת האישור). סרטון זה הוא
17 העומד בבסיס הבקשה הנוכחית.

18

19

20



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 17-08-34162 לוי נ' עוף והודו ברקת-חנות המפעל בע"מ

הבקשה להוצאת ראייה

5. הנתבעת פנתה לתובע וביקשה לקבל את מכשיר הטלפון הנייד שלו, בו בוצעה ההקלטה, על מנת לבדוק אותו ולוודא כי הסרטון לא נערך ולא שונה וזאת בהתאם לכללים שנקבעו בע"פ 869/81 שניר נ' נ"י, פ"ד לח(4) 169 משנת 1984. התובע השיב כי מכשיר הטלפון בו צולם הסרטון אינו תקין וכבר אינו ברשותו וכי הוא מצהיר שהסרטון צולם על-ידו, לא נערך וניתן לזהות בו את קולו.

6. הנתבעת אינה מקבלת את עמדת התובע ו מבקשת להוציא את הסרטון מהתיק בטענה שאינו עומד בדיני הראיו.

המעבר מקבילות למשקל בעידן דיגיטלי

7. בע"א 6205/98 אונגר נ' עופר, פ"ד נה(5) 71 (2001) כתב כב' השופט מישאל חשין – ששלשום ציינו שנתיים לפטירתו – כי "בעידן הטכנולוגי המואץ שאנו נסחפים עמו, דבקות עיקשת בכלל התובע הצגת מקור דווקא – מקור להבדילו מצילום או מִפֶּלֶט של ראיות אלקטרוניות – יש בו כדי להניח מכשולים בלתי ראויים על דרכו של בעל-דין. אכן, כלל נוקשה הדורש הצגתו של מקור כתנאי מוקדם לקבילות יכול שישמש מכשול בלתי ראוי להתפתחות טכנולוגית בתחום המסמכים האלקטרוניים ובתחום הסריקה האלקטרונית". דברים אלה, שנכתבו כשש שנים לפני המצאת הטלפון החכם, נבעו מהבנה עמוקה כי "המשפט נועד לארגן ולהסדיר חיי הווה על פי ההשקפות הרווחות בחברה כפי שהן מעת לעת ... הטכנולוגיה החדשה הפולשת אל עולם האתמול מרעידה ותוסיף להרעיד את עולם המשפט. שיטות המשפט בכל העולם – בעולם כולו ובישראל אף היא – תחוייבנה לבחינת עיקרים ודוקטרינות לעומקם: לבור את הבר מן המוץ ומן התבן, לבער חמץ ולהתאים עצמן למציאות האלקטרונית החדשה" (הקדמה שכתב כב' השופט חשין לספרו של ד"ר נמרוד קוזלובסקי, "המחשב וההליך המשפטי ראיות אלקטרוניות וסדרי דין" (תשס"א-2000)).

8. דיני הראיות ככלל, והכללים בדבר קבילות ומשקל בפרט, הם כללים טכניים שנועדו לשרת מטרה מהותית של גילוי האמת. הכללים הטכניים שנקבעו בפרשת שניר שיקפו את המציאות הטכנולוגית של אותה עת ואינם משקפים עוד את המציאות של ימנו. העקרונות המהותיים שנקבעו באותה פרשה קיימים, כמובן, גם היום, ועניינם, כפי שהבהיר הנשיא שמגר, קביעת כללים שיבטיחו את אמינות הראיה. עקרונות מהותיים אלה יש ליישם בהתאם להתפתחויות הטכנולוגיות ובאופן שיבטיח כי הראיה שהוגשה תהא אמינה במידת האפשר ואין להיצמד לכללים הטכניים שאינם רלבנטיים. השופט חשין הסביר זאת בהרחבה בפרשת אונגר וניתח את השלכות ההלכה שנפסקה בפרשת שניר על ראיות דיגיטליות ואת חובתו של בית-המשפט להתאים את ההלכה למציאות. וגם חברתי כב' השופטת נועה גרוסמן עמדה על כך בת.א. (שלום ת"א) 60129-12-12 אלנבי 99 נ' נקדאי (22/7/14) שעסק בסוגיה דומה מאוד לענייננו: "העולם הטכנולוגי מתקדם במהירות האור. האמצעים



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 34162-08-17 לוי נ' עוף והודו ברקת-חנות המפעל בע"מ

הטכניים העומדים לרשות האדם הסביר מתקדמים ביותר, כאשר התקדמותם עולה עשרות מונים על קצב הליכי החקיקה ואף הפסיקה בעולם המשפט השמרני. עד שהנושא מגיע להכרעה משפטית מהודקת אמצעי ההקלטה הנדון, עשוי להתיישן לטובת גרסה חדשה ומעודכנת. כיום, נדירה ההקלטה באמצעות מכשיר הקלטה סלילי. לרוב, ההקלטות נעשות באמצעות מכשירים פשוטים הנגישים לכל אדם באשר הוא, כגון מכשיר טלפון סלולארי חכם. מכשיר כזה אינו ניתן להנגשה לבעל הדין בהיותו מכשירו האישי של המקליט. אף סרט הקלטה אינו בנמצא בהקלטה שכזו. קובץ שמע הוא אופן גילוי ועיון הולמים בהקלטה מסוג זה. הדרישה לקבלת סליל הקלטה והמכשיר באמצעותו בוצעה ההקלטה, היא אפוא דרישה ארכאית שאינה מתיישבת עם קצבו של הדור".

9. שינויים הלכתיים אלו הם חלק מן ה"תהליך המתמיד בדיני הראיות, לפיו עוברים ממבחני הקבילות הפורמאליים אל עבר מבחני המהימנות..." (פרשת שניר, 224). מגמה ברורה זו של מעבר מכללים של קבילות לכללים של משקל ומהימנות קנתה אחיזה בכל תחומי המשפט, הן הפלילי (ע"פ 4178/10 פרג' נ' מדינת ישראל (19/8/13)) והן האזרחי (ע"א 4814/09 טמפו נ' מ"י (22/12/10)). והדברים חלים, כמובן, בכל הנוגע גם להקלטות סרטונים בטלפון הנייד. ואכן, בית-המשפט העליון קבע כי אין עוד צורך בהגשת קובץ ההקלטה המקורית (הסלילים והקלטות כבר פסו מזמן מהעולם) וניתן לגיש את העתקו. רק במקרים חריגים ביותר, בהם התגלה חשד לאמינות הראיה שהוגשה יהא צורך בבדיקת המקור. מובן, שמשקל ההעתק נבחן לגופו, ככל ראייה אחרת. כב' השופט שוהם הבהיר זאת לאחרונה בע"פ 4481/14 פלוני נ' מ"י (11/11/16) בו התייחס גם לכללים שנקבעו בפרשת שניר:

"לנוכח ההתפתחות הטכנולוגית, שאפשרה הצגת העתקי מסמכים זהים למקור, הוסיף והתערער מעמדו של כלל "הראיה הטובה ביותר". בהמשך למגמה זו, קבעה ההלכה הפסוקה כי ניתן להוכיח תוכנו של מסמך באמצעות העתקו - קרי ראייה משנית - ככל שבעל הדין הנוגע בדבר יספק טעם ראוי לאי הצגתו של המסמך המקורי" ... למעשה, השתרש בפסיקה הכלל, כי "בהיעדר חשש לאמינות ה'העתק', לא יהיה באי הבאת המסמך המקורי כשלעצמו כדי לכרסם בתשתית הראייתית של בעל הדין העושה בו שימוש ... אינני רואה כל קושי ראייתי בקבילותם של מכשיר ההקלטה הנייד או התקליטור, המתעדים את תוכן השיחה המרכזית. זאת, בין אם מדובר בהעתק שלישי של השיחה המרכזית או בהעתק רביעי שלה. לגישתי, נוכח ההתפתחויות הטכנולוגיות, המצמצמות את הפער שהיה בעבר בין מסמך מקור להעתקו, ולאור הגמשת כללי קבילות הראיות ומתן הדגש לשאלת משקלה של הראיה, אין עוד טעם מבורר לפסול העתק של הקלטה. זאת, ככל שבעל הדין, המבקש להגישו, מצהיר כי ההקלטה המקורית אינה ברשותו, וההעתק נחזה להיות העתק מהימן של אותה הקלטה. במצב דברים זה, יהא מקום לשקול את פסילת העתק ההקלטה כראיה, רק מקום בו המבקש את הפסילה, יציג ראיות קונקרטיות המעוררות חשש של ממש כי ההקלטה מזוייפת. אחרת, אין לפסול את ההקלטה, על יסודו של



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 34162-08-17 לוי נ' עוף והודו ברקת-חנות המפעל בע"מ

כלל "הראיה הטובה ביותר", וזאת בלבד. אין צריך לומר, כי השגות בדבר איכות ההקלטה או מהימנותו של המקליט יילקחו בחשבון בעת קביעת משקלה של הראיה".

10. במקרה הנוכחי מדובר בסרטון שהוקלט בטלפון נייד ובו שומעים את התובע משוחח עם אחת העובדות בסניף. הנתבעת לא הצביעה על חשד כלשהו לאמינות הסרטון, לזיופו או לעריכתו, למעט טענה כללית ביותר ובשלב זה אין חשש לאמינות ההעתק. יתרה מכך, התובע מצהיר כי המכשיר הנייד שבו הוקלטה השיחה אינו בידיו (גם זאת כמנהג הימים בהם המכשירים הניידים מוחלפים בתדירות גבוהה ותוכנם מועבר ממכשיר למכשיר) וכי הסרטון שבו נשמע קולו משקף את השיחה שבוצעה. בנסיבות אלו, בהתאם להלכה הברורה ולהגיון, אין מקום להוצאת הקובץ ממארג הראיות רק משום שלא ניתן לבדוק את הטלפון הנייד והדרך להתמודד עם הראיה היא לטעון למשקלה ולמהימנותה (כולל, למשל, נסיבות ההקלטה).

הפגיעה בפרטיות

11. די בדברים אלה כדי להביא לדחיית הבקשה, ברם אוסיף בהערת אגב (שכן ממילא לא ניתן לבדוק את הטלפון) כי לטעמי היה מקום לדחות את הבקשה גם מטעמים של הגנת הפרטיות והאיזון בינה לבין אינטרס גילוי האמת.

12. הטלפון הנייד אינו מכשיר הקלטה פשוט אלא מחשב סופר-משוכלל שמרכז היום חלקים גדולים מחיינו. בעידן בו רוב בני האדם מחזיקים בידם רוב הזמן (ובפועל – כל הזמן) מכשיר נייד המאפשר הקלטת סרטים ושיחות וכולל גם פרטים אישיים ואינטימיים רבים, דרישת הנתבעת לקבל לבדיקתה את הטלפון הנייד של התובע משמעה פגיעה קשה בפרטיותו ובפרטיותם של אנשים אחרים שאיתם התכתב, צילם, קיבל מהם צילומים ועוד.

13. זכות האדם לפרטיות ולצנעת חייו היא זכות יסוד שעוגנה בסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, ובאיזון שבין בפגיעה הקשה בפרטיות לבין בחינת אמינות הראיה יש לייחס משקל גדול לפרטיות ולצמצם את הפגיעה בה למקומות נדרשים בלבד. אמנם לעיתים לא ניתן למנוע את הפגיעה בפרטיות התובע לטובת הליך משפטי שהגיש (למשל – איסוף מסמכים רפואיים מקום בו נטענה פגיעה בבריאות), אולם מקום בו הפגיעה בפרטיות אינה חיונית לגילוי האמת יש לצמצם בה במידת האפשר ו"יש לחפש את דרך האמצע המאפשרת ליהנות מפירות הטכנולוגיה תוך צמצום הפגיעה בזכויות הפרט, המתלווה אליה לעתים קרובות" (בג"ץ 5870/14 חשבים נ' הנהלת בתי המשפט (12/11/15)). וכפי שהבהיר כב' השופט רובינשטיין "העידן החדש מביא עמו כלים חדשים – וברכה והיפוכה טבועות בהן – אך דומני שאין הדבר מחייב ויתור מוחלט על כבוד האדם ועל שמו הטוב" (שם; עוד על היחס שבין גילוי האמת לבין הפרטיות והאיזון ביניהם ראו אלי הלם, דיני הגנת הפרטיות (2003), 396).



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"צ 34162-08-17 לוי נ' עוף והודו ברקת-חנות המפעל בע"מ

14. המסקנה היא כי נוכח השינויים בדמותו של הטלפון הנייד ומידת המידע הפרטי והאישי האצורים בו, אין מקום להפקיד בידיה של הנתבעת את חייו ופרטיותו של התובע למעט מקרים חריגים ביותר. מסקנה זו ברורה מאילה נוכח הפסיקה שצוטטה למעלה וכאשר כל מטרת המסירה היא לבחון סרטון שרובנו מקליטים באופן יום-יומי ושהתובע מוכן להצהיר על תוכנו ולאשרו.

סוף דבר

15. מטרת הכללים שנקבעו בפרשת שנייד, לפני 33 שנים, הייתה להבטיח את טיב הראיה שהוגשה. כללים אלו תאמו את הטכנולוגיה שהייתה קיימת אותה עת, אך היום אנו חיים בעידן טכנולוגי שונה לחלוטין ועל הפסיקה להתאים עצמה לעידן החדש ולעובדה שהיום כל אדם נושא עימו מחשב משוכלל שיכול לצלם בכל עת ומחזיק גם מידע אישי ופרטי רב. על רקע שינויים אלו פסק בית-המשפט העליון כי הצורך בבחינת ראיה דיגיטאלית מקורית יתעורר רק במקום בו הוטל ספק ממשי בעותק שהוגש. במקרה הנוכחי לא הוצגו, בשלב זה, ראיות שיטילו ספק בסרטון, שהתובע מוכן להצהיר על תוכנו וכי הוא האדם שנשמע בו. ברי, כי משקל השיחה יבחן לגופו והנתבעת תוכל להטיל ספק בתוכנה ובאמינותה במהלך החקירה. אך אין כל צורך להפקיד בידיה את הטלפון הנייד של התובע כדי לבדוק אותו. מקל וחומר כשהתובע טוען כי המכשיר בו בוצעה ההקלטה כבר אבד, ובהתאם להלכה הפסוקה אין מקום לפסול מטעם זה לבדו את הראיה הדיגיטלית כולה ויש התייחס לדבר בבחינת משקלה. אם בסופו של יום יתעורר חשד כלשהו כי הסרטון שונה, זויף או נערך, יבוא הדבר לידי ביטוי בבחינת משקלו בעת מתן פסק-הדין, וברי כי הנתבעת תוכל גם לטעון טענות בדבר זהות הדוברת ומשקל הדברים שאמרה לתובע, השלכתם על הנתבעת ונסיבות השיחה.

16. על-יסוד כל אלה הבקשה להוצאת הראיה נדחית.

17. הנתבעת תשלם לתובע הוצאות בסך 4,000 ₪ ללא קשר לתוצאות ההליך.

ניתנה היום, ח' תשרי תשע"ח, 28 ספטמבר 2017, בהעדר הצדדים.

רמי חיימוביץ, שופט, סגן נשיא