



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493 מדינת ישראל נ' שפרינג

בפני כבוד השופט עמית מיכלס

בעניין: מדינת ישראל

באמצעות עו"ד מירי ביטון הראל – פרקליטות מחוז מרכז

המאשימה

נגד

חגי שפרינג

באמצעות ב"כ עו"ד שרון נהרי ועו"ד נסים לביא

הנאשם

הכרעת דין

האם אדם המוריד באמצעות תכנת שיתוף קבצים תמונות וסרטונים בעלי תוכן פדופילי, ומשאיר את הסרטים והתמונות שהוריד בתיקיה בתוך תכנת השיתוף, ייחשב כמפרסם של אותם סרטונים ותמונות?

האם וכיצד ניתן לקבוע שאלפי קבצים שנמצאו במחשבו של אדם החשודים ככוללים תכנים פדופיליים, אכן כוללים תכנים אלו, שעה שלא כל הקבצים נצפו על ידי חוקרי המשטרה?

אלו הן שתי השאלות המרכזיות הדורשות הכרעה במסגרת הכרעת הדין.

כתב האישום

1. נגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו שני אישומים. האחד – החזקת פרסום תועבה, עבירה לפי סעיף 214(ב3) לחוק העונשין התשל"ז – 1977 (להלן: החוק), והשני – פרסום תועבה אסור ובו דמות של קטין, עבירה לפי סעיף 214(ב) לחוק.



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493 מדינת ישראל נ' שפרינג

על פי פרט האישום הראשון, החזיק הנאשם במספר התקנים סרטונים ותמונות ובהם תוכן פדופילי (להלן יכונה: הסרטונים והתמונות לפי העניין):

במחשב הנייח שבביתו נטען שהחזיק כ- 951 סרטונים וכ- 3237 תמונות, בגודל 93 ג'יגה בייט, בשתי תיקיות.

על גבי דיסק קשיח נשלף נטען שהחזיק כ- 1030 סרטונים וכ- 27,389 תמונות בגודל 134 ג'יגה בייט, בשתי תיקיות.

על גבי הטלפון הנייד שלו מסוג LG g3 נטען שהחזיק כ- 16 תמונות.

על פי פרט האישום השני, במועדים שונים שאינם ידועים במדויק, העביר הנאשם לאחרים שזהותם אינה ידועה, סרטונים ותמונות של קטינים וקטינות בעלות תוכן פדופילי, זאת באמצעות תוכנת emule (אימיוול) בה החזיק במחשב בביתו.

בחלק הכללי של כתב האישום נטען שתכנת emule היא "תכנת שיתוף קבצי מחשב ברשת האינטרנט, המאפשרת להתחבר, באמצעות רשת האינטרנט, לשם העברת נתונים בין שני מחשבים או יותר עליהם מותקנת התוכנה, לרבות תמונות וקבצי וידאו."

2. בפתח הדברים אציין שחיפוש במאגר המשפטי נבו מלמד על כך שעד היום מעטים היו המקרים בהם הועמדו לדין נאשמים בעבירה של פרסום חומר תועבה בנסיבות כתב האישום שלפנינו, קרי האשמת אדם בעבירה של פרסום חומר תועבה ובו דמות קטין (ס' 214 (ב) לחוק) בנסיבות בהן השתמש אותו אדם בתכנת שיתוף קבצים מסוג emule, להבדיל מהוכחת עצם החזקת החומרים (ס' 214 (3ב) לחוק). גם אם אין מדובר בפעם הראשונה בה הועמד לדין בישראל אדם בגין עבירה זו בנסיבות כתב האישום, הרי שהטענות השונות בהקשר של פרסום באמצעות תכנת ה- emule, ככל שידיעתי מגעת, טרם זכו להתייחסות בפסיקה (ראו ת"פ (שלום פ"ת) 14845-06-14 מדינת ישראל נ' קרילקר (30.03.2016), ות"פ 13-10-4779 מדינת ישראל נ' שני (02.03.2014), בהם אמנם הורשעו הנאשמים, בין השאר, בעבירת הפרסום בנסיבות הדומות למקרה שלפנינו, אולם הרשעתם הייתה פרי הודאתם בעובדות כתבי האישום במסגרת הסדר טיעון).

מנגד, ניתן למצוא דוגמאות למקרים בהם נאשמים הועמדו לדין בגין שימוש בתכנת ה- emule לצורך הורדת תכנים פדופיליים, אולם העבירה היחידה שיוחסה להם היא עבירת ההחזקה, מבלי שהתלוותה אליה עבירת הפרסום (ראו למשל ת"פ (שלום רחובות) 1058/09 מדינת ישראל נ' צנעני (11.07.2010); ת"פ (שלום חיפה) 10672-12-08 מדינת ישראל נ' אלימלך (06.12.2010); ת"פ



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493 מדינת ישראל נ' שפרינג

6961-09-08 מדינת ישראל נ' גורביץ (10.01.2012) שניתן בעקבותיו (להלן: עניין גורביץ). באופן דומה לא יוחסה עבירת הפרסום גם במקרים של נאשמים שהשתמשו בתוכנות שיתוף אחרות (ת"פ (שלום ראש"צ) 42667-02-15 מדינת ישראל נ' לוריא (15.01.2017) (להלן: עניין לוריא).

התשובה לאישום

3. בתשובה לאישום, אותה מסר בכתב, הודה הנאשם בהחזקת חומרים בעלי תוכן פדופילי, אולם חלק על מספרם של הקבצים בעלי תוכן זה המיוחסים לו בכתב האישום. הנאשם הודה שהשתמש במרשתת, שהחזיק בתוכנת emule, והשתמש בה לצורך הורדת תכנים רבים למחשבו, ביניהם גם תכנים בעלי אופי פדופילי. הנאשם הודה שהחזיק על גבי מחשבו תכנים בעלי אופי מיני בהם נחזים, בין היתר קטינים, אולם חלק על העובדה לפיה כל הקבצים המסומנים בסיומת pedo מכילים תוכן פדופילי וכן שהיה מודע לכך שבכל הקבצים המסומנים באותה סיומת מצוי תוכן פדופילי. לפיכך, על אף שהודה שהחזיק ברשותו חומר העולה כדי פרסום תועבה, הכחיש הנאשם את הכמויות המפורטות בכתב האישום כמו גם את העובדה שבכל אחד מהקבצים מופיעים קטינים (הוכחת הגיל). אשר לעבירת הפרסום המתוארת באישום השני, הכחיש הנאשם שהעביר או שהיה מודע להעברת הקבצים ממנו לאחרים, "הן במעשה והן במחדל".

ראיות התביעה וההגנה במבט - על

4. ראיות התביעה הסתמכו בעיקרן על עדויות חוקרי המשטרה שטיפלו בתיק, על הודעת הנאשם במשטרה (1/ת), על דוחות התפיסה (9/ת, 10/ת), ועל חומרי המחשב המגוונים שנתפסו אצל הנאשם, ובכלל זה הדיסק הקשיח שהוגש כמוצג (13/ת) והחומר שהופק מתוך מכשיר הטלפון הנייד של הנאשם (7/ת, 8/ת ודיסק). ע"ת 1 רס"ב אלי לוריא שגבה את הודעת הנאשם במשטרה (1/ת), סיפר על נסיבות גבייתה (4/ת), ובאמצעותו הוגשו מזכרים שונים הקשורים לתוצרי המחשב שנתפסו אצל הנאשם (2/ת, 3/ת). ע"ת 2 רס"ב דרור בוזגלו העיד על כך שהוא חוקר סייבר מזה 13 שנים ומשרת במשטרת ישראל משנת 1993. העד פירט את הפעולות שערך בשלב הראשוני של החקירה במטרה לבדוק את כיווני החקירה (5/ת) ותיאר את הדרך בה העתיק את הקבצים שנמצאו הן בכונן הקשיח והן בדיסק החיצוני של הנאשם, ובכלל זה בתיקיית הורדת הקבצים של תכנת emule (5/תא – 15/תז, 15/ת).



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493 מדינת ישראל נ' שפרינג

ע"ת/3 רס"ב משה זילברמן, המשרת במשטרת ישראל מזה 25 שנים ומשמש כחוקר מחשב מיומן מזה 14 שנים, הסביר על אודות שיטת העבודה של תכנת ה- emule, פירט את הבדיקות שביצע והציג טבלאות מסכמות שערך בעקבות ממצאיו (ת/11, ת/12). מסמכים נוספים שנערכו על ידי חוקרים אחרים הוגשו בהסכמת ההגנה.

ראיות ההגנה הסתמכו על דברי הנאשם בלבד, אליהם אתייחס בהמשך, כאשר שני מסמכים שהוגשו (נ/1, נ/2) הינם למעשה מסמכים שהוגשו בשלב מוקדם יותר כראיות מטעם התביעה ועליהם הדגשות שונות של ב"כ הנאשם.

אישום 1: החזקת חומר תועבה ובו דמות קטין

השאלות שבמחלוקת - כמות התמונות והסרטונים בהם מופיעה דמות קטין

5. הנאשם הודה, כאמור, שהחזיק חומר בעל תוכן פדופילי, אולם חלק על כמות הקבצים כפי הנטען בכתב האישום. הנאשם לא ידע להצביע על כמות אחרת של קבצים מזו המוזכרת בכתב האישום, וטען שעל המאשימה להוכיח נסיבה זו בדרך של פתיחת כל אחד ואחד מאלפי מהקבצים וצפייה בתוכנם.

טענת הגנה נוספת, הקשורה לטענה הראשונה, נגעה לדרך הוכחת גיל הילדים המופיעים בתמונות ובסרטונים, שכן גם אם ניתן לראות שמדובר באנשים צעירים, לא הוכח הגיל המדויק של כל אחד ואחד מהם.

המאשימה, מנגד, סבורה שעל מנת לעמוד בנטל ההוכחה הדרוש, די בבדיקות שנערכו על ידי חוקרי המשטרה, ובחומרים הגולמיים שהוגשו מטעמה.

מהאמור נשאלת השאלה כיצד ניתן לקבוע את כמות הקבצים בעלי התוכן הפדופילי ומהי הדרך שעל המאשימה לנקוט על מנת להוכיח זאת? שאלה זו מורכבת משתי שאלות משנה. האחת - כיצד ניתן להוכיח את גיל הקטינים הנצפים בסרטונים ובתמונות? השנייה – האם יש צורך לפתוח כל קובץ וקובץ על מנת להוכיח שהוא מכיל סרטון תועבה בו מופיעה דמות קטין, או שמא ניתן להתבסס על נתונים אחרים שלא יחייבו את פתיחת מאות ואלפי הקבצים שתויקו על ידי הנאשם במספר התקנים.

גיל הקטינים



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493-08 מדינת ישראל נ' שפרינג

6. על גילאי הדמויות הנראות בתמונות ובסרטונים ניתן ללמוד מסוגים שונים של ראיות נסיבתיות שהוצגו במהלך המשפט. האפשרות להסתמך על ראיות נסיבתיות לצורך הוכחת היסוד העובדתי של עבירת החזקת הפרסום אינו חדש, ובמקרים מסוימים נקבע היסוד העובדתי לצורך הרשעה בעבירה של עבירת ההחזקה אף מבלי שהוצגו לבית המשפט התמונות עצמן (ראו: עניין לוריא, שאושר בהמשך על ידי בית המשפט המחוזי בע"פ (מח' מרכז-לוד) 46330-06-17 לוריא נ' מדינת ישראל (22.10.17). לביקורת על אפשרות השימוש בראיות נסיבתיות לצורך הרשעה בעבירת ההחזקה ראו אסף הרדוף "קבצים מוצפנים, חוק מוצפן – על מונח התועבה ועל הרשעה בהחזקת חומר תועבה ללא עיון בחומר – בעקבות ת"פ 42667-02-15 מדינת ישראל נ' לוריא", מבזקי הארות פסיקה 70, **המשפט ברשת: זכויות אדם - כתב עת מקוון**, 5 (2017), בעמ' 18 (להלן: הרדוף "קבצים מוצפנים").

זה המקום לציין שבשונה מעניין לוריא, במקרה שלפני ההגנה אינה חולקת על כך שיש להרשיע את הנאשם בעבירת ההחזקה, והמחלוקת מתמקדת אך בשאלת מספר הקבצים אותם החזיק הנאשם.

דברי הנאשם

7. בראש ובראשונה יש להסתמך על דברי הנאשם עצמו, שציין בחקירתו שהוא מחפש בין היתר תכנים פדופיליים, תוך ציון הגילאים המפורשים בהם הוא מתעניין. כך לדוגמא אמר הנאשם בחקירתו (ת/1) ש' 65-66 :

ש. מה אתה רושם בחיפוש של התוכנה שמשמשת אותך להורדת הקבצים?
ת. כל מה שמעניין אותי, נשים בהריון, ילדות בנות 10,11,12, אני מציין את הגילאים.

ובהמשך (ש' 138-141):

ש. אז למה יש לך סרטים של בני ארבע במחשב?
ת. מצאתי והורדתי.
ש. אז למה לא מחקת?
ת. יכולתי למחוק אבל השארתי אותם על ההארד דיסק לצורך סיפוק מיני אישי בלבד.

צא ולמד מדברי הנאשם שלא רק שהוא ביקש להוריד תכנים מסוג מסוים, אלא שהוא ידע לנקוב בגילאים מדויקים של הילדים, וביקש סרטונים ספציפיים שיענו על דרישותיו ועל העדפותיו. הנאשם



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493 מדינת ישראל נ' שפרינג

לא רק שהוריד תכנים פדופיליים באופן כללי, אלא שהוא ידע "לדקדק" ולנקוב בגילאים מסוימים שמעניינים אותו יותר מאשר גילאים אחרים.

הסתמכות על שמות הקבצים - ציון מפורש של גיל ומילות קוד ת/א5 – ת/ח5, ת/15

8. חוקרי המשטרה שבדקו את הקבצים, הסבירו כיצד הגיעו למסקנה שמדובר בקבצים בהם נראים קטינים. החוקרים שהעידו לפני הינם חוקרי משטרה מיומנים, המשרתים שנים ארוכות במשטרת ישראל בכלל ובתחום הסייבר בפרט, כאשר במסגרת שירותם עברו הכשרות שונות, סיגלו מיומנויות וניסיון חיים בתחום הפדופיליה. הידע שצברו החוקרים לאורך השנים איננו, למרבה המזל, נחלת הכלל, ומשכך יש ליתן משקל נכבד למסקנותיהם. החוקר בוזגלו, שערך כאמור את הבדיקה הראשונית של התמונות, הסביר שניתן להגיע למסקנה כי מדובר בחומר תועבה ובו דמות קטין בהתבסס על מספר פרמטרים (עמ' 13 ש' 15-17):

"האחד החזות, אתה פורס את התיקיה בפורמט ש יכול לראות את התמונות, גוללים מסתכלים, זה היבט אחד. וההיבט השני זה שם הקובץ – מניסיון רובם מכילים y0 ומספרים 11, 12 המספר מסמל את הגיל, או מספרים אחרים או שמות של קבצים "pthc".

ובהמשך בחקירה נגדית (עמ' 16 ש' 15-20):

ש. כשאתם מבצעים בדיקות אתם לא צופים בכל הקבצים?

ת. נכון. זה לא ריאלי כפי שהסברתי קודם, יש מאפיינים לתכנים מסוג פדופיליה מראות...

ש. אבל לפעמים המראה מטעה, לא תמיד זה הכלל, כמו בכותרות?

ת. לכן מנסים לכסות את הכל. גם הצד החזותי וגם בצד של שמות הקבצים.

ש. אז איך אפשר לדעת?

ת. תציץ בקבצים ותראה.



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493 מדינת ישראל נ' שפרינג

9. ואכן, עיון בחלוניות ה"preview" אותן צילם בוזגלו, אף מבלי לפתוח את הקובץ עצמו, מראה שכל שמות הקבצים כוללים את אחד או יותר מהסימנים הבאים: גיל הקטין או הקטינה, הקוד pthc (שמשמעו Pre-teen hardcore), תמונה אחת מתוך הסרטון בה נראים ילד או ילדה, לרוב בעירום או בתנוחה מינית ברורה, או שימוש במילים "boy" או "girl", והכל באופן שאינו מותיר מקום לספק שמדובר בילדים, לרוב בגילאים 8-14, אולם גם לא מעט בגילאי 6 ואפילו 4 שנים. לעתים כולל שם הסרטון אף את תיאור תוכנו, לא אחת במלים קשות ובוטות, המצביע באופן חד משמעי על הקשרו המיני, ובכלל זה אופיו של האקט המיני, ארץ מוצאם של הילדים, וציונים על ביצועיהם בסרטון. להלן אביא מספר דוגמאות להמחשת האמור, תוך שאבקש מראש את סליחת הקורא (הכותרות נלקחו מתוך ת/5 – שהיא תיקיית Incoming שבתוך תיקיית ה-emule. לתיקיה זו אתייחס בהמשך באופן נפרד בהיותה תיקיית השיתוף):

PTHC – B- thai Boy 9yo fucks Woman mom – VERY GOOD.2
 (PTHC Center) (Opva) (2014) Fucking 11Yo Daughter In Sky
 (pthc frifam lolifuck) 9yo wuth glasses strips and has orgasm (So...
 (pthc) NEW 2016 Pedo Childlover 8yo Daddy`s Little Girl JM 03 avi
 (Pthc) Cambodian 11yo Thai Prostitute Gets Little Puss
 8YO Cute, willing Girl Fucked By 10yo Boy – Excellent penet...
 Pthc Aki – 9Yo Thai Girl Legs Spread Vibrator On Clit.mpg
 Pthc – Lucy 6yr New 4yo Girl Mod 35 (Uk Sockets) 150...
 Preview Of Opva Pthc 2016 11Yo Mekussa Amazing Show In Bath O...

כותרות דומות ניתן למצוא גם ביתר התיקיות ביחס לעוד אלפי סרטונים ותמונות, ודומה שכל מילה נוספת מיותרת.

10. כך למשל, עיון בת/11 (העמוד שסומן במקור בתיק החקירה "מ.ז. 14.08.17" ושהוגש אף מטעם ההגנה כנ/2), מעלה שמתוך 31 קבצים, שמותיהם של 24 קבצים כוללים את צירוף האותיות pthc או pedo, ובשמותיהם של 23 קבצים מצוין גילו של הקטין או הקטינה הנצפים בסרטון (בשילוב האותיות yr או yo שמשמעותם years old. לדוגמא: 12yr או 9yo). לא אחת שמו של קובץ כולל הן את אחד מצירופי האותיות והן את גיל הקטין. עיון במסמך זה מלמד שמספר הקבצים, שבמקרה זה



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493 מדינת ישראל נ' שפרינג

הם סרטונים, בהם לא מופיעים אף לא אחד מהסימנים הללו (אותיות או גיל) עומד על 2 בלבד (הקובץ הראשון והקובץ ה- 13).

בסעיף 10 בדוח החיפוש הפותח את ת/11, כתב החוקר זילברשטיין שהוא ערך סינון של כל התמונות והסרטים אל מול התמונות והסרטים בעלי האופי הפדופילי. נשאלת השאלה כיצד נכללו שני הסרטים הללו ברשימה גם אם כותרת הסרטון לא כוללת את אחד הסימנים המזהים. מאחר שעניין זה לא עלה במהלך החקירה הנגדית, צפיתי בקטעים מתוך שני הסרטונים ומצאתי ששניהם מכילים תכנים פורנוגרפים. עם זאת, בעוד שסרטון מס' 1 כולל תוכן פדופילי מובהק, כלומר, ניתן לראות באופן חד משמעי, לפי מבנה הגוף והפנים, שהמעשה המיני מבוצע בי לדה, הרי שלגבי הסרטון השני, קיים ספק האם הדמות המופיעה בו הינה של קטינה, גם אם ניתן לראות בברור שמדובר באשה צעירה מאוד. כלומר, מתוך רשימה של 31 קבצים, קיים ספק רק בנוגע לגילה של אחת המצולמות.

11. טענת משנה אחרת שהועלתה מטעם ההגנה בהקשר זה הייתה שעל אף שהנאשם החזיק במחשבו תכנים בעלי אופי מיני בהם נחזים בין היתר קטינים, הוא לא היה מודע לכך שבכל הקבצים המסומנים באותיות pthc או pedo מצוי חומר פדופילי.

טענה זו של הנאשם אינה סבירה בעיני ואינה מתיישבת עם השכל הישר, זאת ממספר טעמים.

כבר במהלך חקירתו במשטרה העיד הנאשם על עצמו כמי שצורך תכנים פורנוגרפיים בכלל ופדופיליים בפרט מזה מספר שנים. העובדה שהנאשם לא זכר את מספר השנים המדויק בהם הוא צורך תכנים אלו (ת/1 ש' 3, ש' 37, ש' 55) מצביעה על כך שאין מדובר בשנים בודדות. במהלך שנים אלו הסתייע הנאשם לצורך איתור הקבצים הפדופיליים במספר תוכנות ובמספר אתרים. הנאשם מסר בחקירתו במשטרה שהוא משתמש בעיקר בתכנת ה-emule, אולם במקביל לה הוא גולש גם באתר רוסי (ת/1 ש' 57), ובאתרים נוספים שאת שמם לא זכר (ת/1 ש' 97, ש' 109). את תכנת ה-emule התקין הנאשם, לדבריו, על המחשב מספר חודשים לפני מועד החקירה (ת/1 ש' 41) ומכאן ניתן לקבוע שגלש גם באתרים נוספים טרם התקנתה.

שורת ההיגיון מחייבת שאדם המצוי ברזי עולם הפורנוגרפיה והפדופיליה יכיר את מושגי הבסיס המרכיבים אותו, שכן ללא הכרת המושגים הללו, דרכי החיפוש או מילות הקוד, לא יגיע אל מבוקשו.

את השוני הקיים בין גולש המרשתת ה"רגיל" לבין הגולש הפדופילי היטיב לתאר ד"ר ויסמונסקי במאמרו "קידום המאבק בפדופיליה המקוונת - בעקבות חוק העונשין (תיקון מס' 118), התשע"ה - 2014 והצעת חוק הגבלת שימוש במקום לשם מניעת ביצוע עבירות (תיקון מס' 2), התשע"ד - 2014",



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493 מדינת ישראל נ' שפרינג

מאזני משפט יי (תשע"ה) 181 (להלן: ויסמונסקי "קידום המאבק בפדופיליה המקורית) בעמ' 195:

"צרכן הפדופיליה באינטרנט, באופן מובהק יותר ממשמש האינטרנט הרגיל, מגלה אקטיביות רבה עוד יותר. הפדופיליה באינטרנט אינה "קופצת" למשתמש באמצעות פרסומת ("באנרים"), אלא יש לתור אחריה באתרים ייעודיים לכך, ברשתות סגורות ובמקומות מוכמנים ברשת. על כן החשש מפני טעויות או צריכה אקראית של תוכן פדופילי אינו תואם את המציאות."

12. נוסף על כך, עיון ברשימות, הכוללות כאמור אלפי קבצים, אותם אגר הנאשם וסידר בתיקיות שונות בהתקנים השונים (ת/1 שי 61-60) מראה שהמילים pthc או pedo חוזרות ומופיעות בהן פעם אחר פעם, ושאינן מדובר במילים אקראיות. משכך, היכולת של הנאשם או של כל אדם אחר הקורא את רשימת הקבצים "לחמוק" במהלך הקריאה ממילים אלו אינה סבירה בעיני. לכך יש להוסיף את העובדה שאותם קבצים ממוקמים בסמיכות לקבצים אחרים שעל אף שהמילים pthc או pedo אינן מופיעה בהם, הרי שמופיעות בהן מילים מפורשות אחרות הנוגעות לגיל הקטינים, באופן המצביע על כך שכל קבוצת הקבצים מכילים את אותו סוג של תכנים.

13. לסיכום נקודה זו - כמות הקבצים הגדולה שנתפסה במחשבי הנאשם, הודאת הנאשם שהוא צורך תכנים פדופיליים לאורך שנים וההתעסקות ארוכת השנים עם חומרים אלו, העובדה שלדבריו הוא עצמו הוריד את הקבצים למחשב שלו מבלי שקיבל לצורך כך סיוע מאחרים (ת/1 שי 107), והעובדה שנחשף לאורך השנים לאלפי קבצים בעלי תכנים פדופיליים, שבכולם מופיעים אותם "שמות קוד" המאפשרים את החיפוש ואת ההגעה אליהם, מקשה עד מאוד לקבל את טענתו להעדר מודעות אשר לתוכנם הפדופילי של אותם קבצים ומשכך מצאתי לדחותה.

מספר הקבצים

14. בדיקת הקבצים נערכה על ידי שני החוקרים לוריא וזילברשטיין. החוקר לוריא הסביר שתפקידו היה לבצע בדיקה מהירה של התיקיות על מנת לבדוק את כיווני החקירה האפשריים בשלב הראשוני של החקירה (עמ' 13, 18). בין יתר הבדיקות, ניתן להעלות על הדעת שנבדקה האפשרות לכך שחשוד יצר קשר כזה או אחר עם קטין, ניסה לסחוט אותו, התרשמות



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493 מדינת ישראל נ' שפרינג

מכמות התיקיות והקבצים וכיו"ב ממצאים שיש בכוחם להשפיע על סוג השאלות שישאל החשוד בחקירתו הראשונית, ושיש ביכולתם להשפיע בהמשך גם על החלטת הקצין הממונה האם יש מקום לעוצרו.

עוד הוסבר שלאחר הבדיקה הראשונית נבדקים הממצאים בצורה מעמיקה יותר או שהם עוברים לחוקר פורנזי אחר (עמ' 13 ש' 10-13). ואכן, לאחר ביצוע הבדיקות הראשוניות, עבר תיק החקירה לחוקר זילברשטיין, שהינו חוקר עבירות מחשב מיומן ומוסמך מטעם המשטרה, לצורך ביצוע העבודות הפורנזיות.

15. החוקר זילברשטיין ערך את ת/11 בו תיאר את הבדיקות שביצע בחומרי המחשב שנתפסו אצל הנאשם ואת ממצאיו, אותם סיכם בטבלה שצורפה לת/11 ושסומנה על ידו מ.ז.2 (14.08.17) (להלן תכונה: הטבלה):

USB HD								PC							
movies		pictures		Arch mov.		Arch pict.		movies		Pictures		Arch mov.		Arch pict.	
1014		6950		112		27279		946		600		91		2777	
pedd	non	pedo	non	pedd	non	pedo	non	pedd	non	pedd	non	pedd	non	pedd	non
918	94	110	6841	112	0	27279	0	866	80	460	140	91	0	2777	0

למעשה, מספר הקבצים המפורטים בכתב האישום נסמך על ממצאים אלו של זילברשטיין.

במסגרת עדותו הסביר זילברשטיין את האופן בו פעל לצורך גיבוש הנתונים, והסביר שביצע את הבדיקות במספר שלבים:

בשלב הראשון נערך סינון באמצעות שימוש במילות החיפוש עליהן עמדנו לעיל (כמו למשל pedo, pthc, yo).

לאחר הסינון הראשוני, נכנס החוקר בשלב השני לתיקיות החשודות בעיניו כמכילות חומר פדופילי, אותן הוא בודק בצורה ויזואלית ומסנן החוצה את הקבצים לגביהם נותר בלבו ספק שמא מדובר בבגיר, זאת תוך הסתמכות על מראה גופו של המצולם, בדגש על איברי המין, מראה הפנים, בגרות, שיער וכיו"ב (פרוטוקול מיום 27.3.18 עמ' 25).

בשלב השלישי, ולאור העובדה שכמות הקבצים העצומה לא אפשרה לו לפתוח כל קובץ בנפרד מזער החוקר את הקבצים באופן שאפשר לו לראות תמונה מתוך כל סרטון (שם, שם).



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493 מדינת ישראל נ' שפרינג

את מכלול הנתונים סיכם החוקר כאמור בטבלה, בה ציין, כפי שניתן לראות, לא רק את החומרים שנמצאו כבעלי תכנים פדופיליים, אלא גם את הקבצים שאינם חשודים כפדופיליים, זאת לצורך מניעת טענת הגנה אפשרית של "אקראיות" או "הורדת קבצים בתום לב", שלא נטענה במקרה זה.

16. לאחר ששמעתי את הסברי החוקרים, עיינתי בטבלה שהוכנה ובצילומי המסך שצורפו, מצאתי שהדרך בה נבדקו הקבצים הינה סבירה בנסיבות תיק זה, בו הודה, כאמור, הנאשם שהוא צורך תכנים פדופיליים, כאשר מנגד יש צורך לבדוק אלפים רבים של קבצים. בדיקות אלו משלבות בין סינון ממוחשב שנערך על בסיס מילות הקוד השונות, סינון חומר שנמחק ולא שוחזר (עדות זילברשטיין עמ' 26-20), בדיקה חזותית של תמונה מתוך הסרטון, ובדיקה ויזואלית של הסרטון עצמו במקרים הבודדים בהם אין וודאות לתוכנו.

לאור המסקנה אליה הגעתי ניתן היה לעצור את הדיון כבר בשלב זה ולהסתפק במכלול הראיות הנסיבתיות לצורך הוכחת תכני הקבצים, לרבות גיל הקטינים, ומספרם. ואולם, בשונה מעניין לוריא, במקרה זה הוגש לבית המשפט הדיסק הקשיח המקורי שהוצא ממחשב הנאשם (ת/13) וכן דיסק גיבוי של הקבצים שהופקו מתוך מכשיר הטלפון של הנאשם (ת/7), באופן שמאפשר צפייה בקבצים השונים והתרשמות בלתי אמצעית מהתכנים המופיעים בהם.

ואולם כאן מתעוררת שאלה באיזו דרך אמור בית המשפט, להבדיל מחוקרי המשטרה, לבחון את אלפי הסרטונים והתמונות, אם בכלל. כך למשל לא ברור האם מצופה מבית המשפט לעיין בכל אחד ואחד מהקבצים, לספור אותם, למיין אותם, לחוות דעתו על גילו של כל אחד ואחת מהדמויות המופיעות בהם תוך ניתוח מדוקדק של המעשים הנראים בהם?

בנסיבותיו תיק זה, דומני שיש להשיב על שאלה זו בשלילה, וניתן להסתפק, בשים לב לריבוי הקבצים, ולגרסת הנאשם לפיה הוא אינו חולק על כך שהחזיק ברשותו קבצים רבים המכילים תכנים פדופיליים, בביצוע בדיקה מדגמית, בפרט כאשר אין מדובר בבדיקה שמחליפה את הבדיקות שבצעו החוקרים.

בדיקת ראיות בדרך מדגמית

17. בדיקת מוצגים בדרך מדגמית אינה זרה לשיטת המשפט הישראלית, והמחוקק הכיר בכך שבמצבים בהם כמות החומר הנבדק היא גדולה במיוחד, די יהיה בבדיקת חלק ממנו בלבד לצורך הוכחת סוג החומר וכמותו, בתנאים שנקבעו בחוק ובפסיקה.

ביקורת על האפשרות לקבוע שקבצים שעינו של בית המשפט לא שזפה יכללו בגדר "תועבה" בהסתמך על שמם, הובעה על ידי ד"ר הרדוף, שהשווה מצב דברים זה להרשעה בעבירת שימוש בסם מסוכן ללא מציאת הסם, בהתבסס על הודאת חשוד שהשתמש בסם מסוג מסוים, או כאשר חשוד מכחיש



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493 מדינת ישראל נ' שפרינג

שהשתמש, אך קיימות ראיות לכך שהחומר החשוד כסם דומה לחומרים מסוכנים אחרים, בלי יכולת לבדוק את החומר במעבדה ולוודא את מהותו (הרדוף "קבצים מוצפנים", עמ' 20).

18. מעניין שהדוגמא המוזכרת במאמר הגיעה דווקא מתחום עבירות הסמים, לגביהן נקבעו בחוק מנגנוני בדיקה שאינם מחייבים בחינתו של כל פריט ופריט, ובשעה שבתו המשפט הכירו בכך שבדיקת מעבדה אינה תנאי להוכחת סוג הסם.

כך, למשל, נקבע שניתן לבסס הרשעה בעבירת סמים גם במצב דברים בו החומר החשוד כסם כלל לא נתפס, ואף להוכיח את סוג הסם לאו דווקא בדרך של בדיקת מעבדה, אלא בהסתמך על כל אחת מדרכי ההוכחה המקובלות (ע"פ 639/79 דוד אפללו ואח' נ' מדינת ישראל (06.05.1980), פסקה 3). בתוך כך ניתן להסתמך, בין היתר, על עדויות בדבר צורתו של החומר החשוד, צבעו ודרך אחסונו, אופן השימוש בו, הודאה בהחזקתו או אמירה מפלילה אחרת, ועוד כהנה וכהנה סימנים שבהצטברותם יחדיו מובילים למסקנה יחידה לפיה מדובר בסם מסוכן (ת"פ (שלום ת"א – יפו) 51429-02-12 מדינת ישראל נ' יצחק דבאש (20.11.2012)).

19. גם בחוק הוכרה האפשרות להוכיח שחומר מסוים ייחשב כסם מסוכן ללא בחינתו במעבדה, זאת בדרך של דגימות הסמים המוסדרות בסעיף 31(4) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג – 1973, ובתקנות הסמים המסוכנים (בדיקה מדגמית של סמים), תשנ"א – 1991 (להלן: תקנות הסמים).

סעיף 31(4) לפקודת הסמים קובע חזקה לפיה: "עדות עד מומחה בהתאם לתקנות שהתקין שר המשפטים על בדיקה מדגמית שנעשתה בסם, תהיה ראייה לעניין סוג הסם, משקלו, כמותו וצורתו, כל עוד לא הוכח היפוכה". חזקה זו ניתנת לסתירה על ידי החשוד או הנאשם (חזקה זו אומצה אף לגבי חומרים מסכנים -ראו סעיף 9(ב) לחוק המאבק בתופעת השימוש בחומרים מסכנים, תשע"ג – 2013).

נקודת המוצא היא שסם מסוכן הנמכר לציבור, למשל בצורת כדור בליעה, כדוגמת MDMA, שהוצא מתוך חבילה גדולה יותר של כדורים שכולם נראים זהים, ארוזים באריזות זהות, הוא סם מסוכן מאותו סוג, גם אם קיים חשש לכך שבין מאות או אלפי הכדורים, שנראים כאמור אותו דבר, השתרבב לו כדור שהוא, לצורך הדוגמא, תרופה שאיננה סם מסוכן.

הוא הדין כאשר נבדקים שקים המכילים סם מסוכן מסוג קנביס, שנתפסו באותו מקום, שנראים זהים, שאוחסנו יחדיו, ושמריחים אותו דבר. במצב שכזה, אך מובן הוא שאין כל אפשרות מעשית לבדוק כל צמח בנפרד. שיטת הדיגום מאפשרת לבחור צמחים מסוימים, לבדוק אותם ולהרשיע נאשם על סמך הבדיקות המדגמיות בהחזקת כל הכמות, גם אם קיים סיכוי מסוים שמבין מאות או אלפי הצמחים השתרבב לו גם צמח תמים שאינו נחשב סם מסוכן.



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493 מדינת ישראל נ' שפרינג

בדרך דומה נבדקים בולי LSD, גם אם קיים סיכוי לכך שאחד הבולים הינו בול של דואר ישראל או שאחד הבולים לא נמרח בחומר הפעיל שהופך את הבול התמים לסם המסוכן.

20. "בדיקה מדגמית" מוגדרת בחלק ההגדרות (תקנה 1) כ"בדיקה של יחידה אחת או מספר יחידות אשר נבחרו באופן אקראי, מתוך מספר רב יותר של יחידות דומות, המכוונות לשמש ראייה לכלל היחידות".

בהמשך מוגדר המונח "יחידה" כ"טבליה, כמוסה, אמפולה, בקבוק או אריזה יחידתית כלשהי". מבין התנאים שמציבות התקנות לדיגום ניתן למצוא את הדרישה שהדיגום יעשה רק לגבי יחידות שקיים ביניהם דמיון (תקנה 2 (א)), כאשר יחידות ייחשבו כדומות אם יש לכל אחת מהן, לפי העניין, "צבע, צורה, ממדים וסימון דומים זה לזה" (תקנה 2 (ב)). בהמשך מובאים הכללים המסדירים את מספר היחידות אותן יש לדגום מתוך כלל הכמות (תקנה 4), כאשר ככל שהכמות הולכת וגדלה היחס בין הכמות למספר היחידות שיידגמו הולך וקטן. ככל שמדובר בכמות מסחרית של יחידות, נקבע שדי בבדיקה של יחידה אחת בלבד מתוך כלל היחידות שלגביהן נעשית הבדיקה המדגמית (תקנה 3). התקנות אף אינן מוציאות מכלל אפשרות שתוצאות הבדיקה יצביעו על קיומם של סוגים שונים של סמים, או שמתוך כלל היחידות שנדגמו יתגלו יחידות שאינן מכילות סם מסוכן (תקנה 6). כן הוסדר בתקנות כיצד ייקבע המשקל או הנפח של הסם (תקנה 7) והצורך להותיר "מרווח ביטחון" ברישום המשקל או הנפח הכולל של הסם (תקנה 7(ד)).

21. כידוע לכל, הוראות דומות לא נקבעו לצורך בדיקת קבצים פדופיליים, כפי המקרה שלפנינו. עם זאת, אין זה אומר שלא ניתן להסתייע בעקרונות שנקבעו בתקנות הסמים גם לצורך בדיקת קבצים, זאת לאור היקף החומר, הדמיון הקיים בין הקבצים ומיקומם הגיאוגרפי של הקבצים בתוך התיקות. ער אני לעובדה שלהבדיל מבדיקת סמים מדגמית הנערכת בשעה שמדובר בסמים שנחזים להיות זהים, הקבצים שלפני אינם זהים לחלוטין.

ואולם, חשוב לזכור שהבדיקה המדגמית במקרה זה אינה באה לקבוע את תוכן הקבצים ואת מספרם, אלא באה להוסיף על הבדיקות שנערכו על ידי חוקרי המשטרה, כפי שהוסבר לעיל, באופן שיאפשר לבית המשפט לבחון את סבירות הבדיקות והסינון שנעשו במהלך החקירה.



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493 מדינת ישראל נ' שפרינג

22. לאור האמור, ומאחר שהראיה הטובה ביותר, קרי הדיסק עצמו הוגש לעיוני, צפיתי במספר מצומצם של סרטים ותמונות מכל אחת מהתיקיות, ולהלן אביא את ממצאי ומסקנותי:

א. ברובם המכריע של הקבצים שנדגמו ישנה התאמה בין גיל הילד או הילדה לבין הדמות הנצפית וכן בין כותרת הסרטון לבין המתרחש בו. רק באחד הקבצים במחשב הנאשם (PC בטבלה) שבכותרתו הופיעו שלוש מילות קוד (pthc, pedo, והמילה girl) לא מצאתי תוכן פדופילי, וכל שנראה בו הוא ילדה קטנה רוקדת כשהיא לבושה ללא כל הקשר מיני. המסקנה המתבקשת היא שקיימת אפשרות לכך שקובץ מסוים שניתן לו שם הכולל את אחת ממילות הקוד באמצעותן ערך החוקר את הסינון הראשוני, לא יכלול תוכן פדופילי או חומר תועבה.

במקרה אחר מצאתי שני סרטונים שעל אף שהכותרת שניתנה להם כללה את המילה "boys", נראו בכל אחד מהם שני גברים צעירים שאינם קטינים מבצעים אקט מיני. עם זאת ניתן לזהות בנקל שכותרת שני הסרטונים שונה לחלוטין במבנה ובצורה מכותרות שניתנו לאלפי הקבצים האחרים.

ב. תיקיות הקבצים הדחוסים (archive) כוללות על פי רוב תמונות וסרטונים רבים נוספים, ולעתים אף מספר תיקיות משנה נוספות של קבצים דחוסים, שבתוך כל אחת מהן תמונות וסרטונים נוספים, שמספרם יכול להגיע אף לעשרות. אף על פי כן, העיד זילברשטיין שכל קובץ דחוס נספר על ידו ככולל תמונה או סרטון אחד בלבד, עובדה הפועלת ממילא לטובת הנאשם.

ג. באחד הקבצים בהתקן הנייד (USB) היו 84 תמונות של ילדה קטנה. בתמונות הראשונות נראית הילדה כשהיא לבושה, באופן שצופה מן הצד המביט בהן, לא יראה בהן בהכרח כתמונות בעלות תוכן פדופילי. עם זאת, ככל שמתקדמים בצפייה ברצף התמונות, מקבלות התמונות משמעות מינית ברורה, שכן אותה ילדה נראית כשהיא מסירה את בגדיה ונוגעת בעצמה בצורה מינית מובהקת. מאחר שהתמונות מופיעות ברצף אחד והצופה בהן מתקדם כמי שצופה בסרט בהילוך אטי, נצבעות כל התמונות בגוון מיני, ובמקרה זה, בשים לב לגיל הילדה, אף בגוון פדופילי.

דוגמא זו מצביעה על כך שלעתים תמונה הנראית תמימה במבט ראשון, יכול ותיחשב בהמשך כחלק מרצף תמונות הכוללות תכנים פדופיליים, ומכאן שיש להכליל גם אותה במניין תמונות התועבה. עם זאת, כפי שהוסבר לעיל, אין לדוגמא זו כל השפעה על סוגיית מספר הקבצים, נוכח העובדה שממילא מדובר בתיקיה של "קובץ דחוס" שנספרה על ידי זילברשטיין כתמונה אחת.

ד. בחלק קטן מהסרטים לא רואים אמנם את פני המצולמים, אולם ניתן להבחין בנקל, על פי מראה הגוף המצולם, שאכן מדובר בילד או בילדה. נוסף על כך מצאתי שמראה הגוף תואם את הגיל המציין בכותרת הקובץ (צפיתי במהלך הבדיקה בשני קבצים, שעל פי כותרתם האחד הוא של ילדה בת 9 והשני של ילדה בת 4).



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493 מדינת ישראל נ' שפרינג

23. כפי שניתן לראות, המאשימה לא ציינה בכתב האישום את מספרם המדויק של הקבצים, אלא ציינה את המספר כהערכה בלבד (למשל "כ-951 סרטונים"). עמדתה היא ששימוש בתבנית זו בניסוח כתב האישום נותן מענה הולם לאי-ההתאמות הבודדות שנמצאו. כפי שהוסבר, לו היו חוקרי המשטרה פותחים וצופים בכל אחד ואחד מהקבצים הדחוסים, צפוי היה מספר התמונות והסרטונים דווקא לנסוק במידה רבה כלפי מעלה, זאת לאור קיומם של הקבצים הדחוסים שנספרו ככוללים סרטון או תמונה אחת בלבד.

סיכום ביניים

24. השילוב הקיים בין מאות הסרטונים והתמונות בהן נראות דמויות הנחזות להיות דמויות של ילדות וילדים, בשילוב השמות הייחודיים שניתנו לרובם המוחלט של הקבצים, הכולל בין היתר את גילם, כאשר בחלק מהקבצים מופיעה תמונה מתוך הסרטון התואמת הן את המעשה המיני המתואר בכותרת שניתנה לקובץ והן את גיל הילד או הילדה, ושעה שכל הקבצים בעלי התוכן הפדופילי מסודרים ברצף אחד באותה תיקיה, ולאחר שהקבצים החשודים ככאלו שאינם כוללים תכנים פדופיליים נצפו על ידי חוקרי המשטרה, ושעה שהנאשם אישר שהוא מזמין מראש תכנים בהם הוא מציין את גילאי הילדים בהם הוא מעוניין לצפות – די בהצטברותם של כל אלו כדי להגיע למסקנה החד משמעית לפיה הדמויות שנראות בתמונות הן דמויות של ילדים וילדות, גם אם לא ניתן להצביע על גילם המדויק.

25. אשר למספר הקבצים שהכילו התיקיות, מאחר שהנאשם הסביר שהוא צורך בין היתר גם תכנים פורנוגרפיים שאינם פדופילים, בהינתן שלא נערכה בדיקה פרטנית של כל קובץ וקובץ, והעובדה שנמצא על ידי מספר מזערי של סרטונים ותמונות שאינם נחשבים כחומר תועבה ובו דמות קטין, אני סבור שהוספת התבנית "כ-" על ידי המאשימה למספר הקבצים הנטענים בכתב האישום נותנת מענה ראוי למידת הזהירות הנדרשת בנסיבות העניין לצורך קביעת כמות הקבצים. מסקנה זו מתיישבת אף עם רוח תקנה 7(ד) לתקנות הסמים, בה הוכר הצורך בקביעת "מרווח ביטחון" שעה שנערכות בדיקות מדגמיות של הסמים, וציון מרווח זה בכתב האישום.

במלים אחרות, אין חולק על כך שמספר הקבצים המדויק אותם החזיק הנאשם לא הוכח על ידי המאשימה. ואולם, המאשימה ממילא לא עמדה על כך שייקבע שהנאשם החזיק מספר חד ערכי של קבצים (שאז הייתה צריכה לעמוד בנטל של הוכחת תוכנו של כל קובץ וקובץ בנפרד), אלא שהחזיק במספר קבצים שמספרם קרוב למספר הקבצים המצוין בכתב האישום.

בנסיבות מקרה זה, בו הודה הנאשם בצריכה מאסיבית של תכנים פדופיליים ובהסתמך על הבדיקות שנערכו, מצאתי שהמאשימה עמדה בנטל זה.



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493 מדינת ישראל נ' שפרינג

תוצאה – הקבצים שנמצאו במחשב הנאשם ובהתקן הנשלף

26. כתב האישום משקף את כמות הקבצים כמפורט בטבלה ת/11. על מנת להעמיד דברים על דיוקם, דומה שחלה בכתב האישום טעות זניחה בחישוב כמות הסרטונים אותם החזיק הנאשם על גבי המחשב הנייח. בכתב האישום נטען שהכמות עומדת על 951 סרטונים, בעוד שחישוב הכמויות המפורטות בטבלה (91+866), מוביל לתוצאה מעט שונה של 957 סרטונים. פרט נוסף שאף הוא אינו בעל משמעות רבה, אולם מן הראוי לציין, הוא העדרה מת/13 של תיקיית התמונות הכוללת (על פי ת/11) 110 תמונות שהייתה אמורה להופיע בתיקיית USB HD. כאמור עובדה זו אינה משנה את התמונה הכוללת שכן ממילא נמצאו בתיקיית USB HD לא פחות מ - 27,279 תמונות בתיקיות הדחוסות.

27. לאור כל האמור אני קובע שהנאשם החזיק במחשבו ובהתקן הנייד סרטים ותמונות ובהם חומר פדופילי בכמויות הבאות:
על גבי המחשב הנייח שבביתו כ - 951 סרטונים וכ - 3237 תמונות בגודל 93 גיגה בייט, אותם החזיק בשתי תיקיות.
על גבי דיסק קשיח נשלף כ - 1030 סרטונים וכ - 27,389 תמונות, בגודל 134 גיגה בייט, אותם החזיק בשתי תיקיות.

התמונות שנמצאו בטלפון LG של הנאשם

28. בכתב האישום נטען שהנאשם החזיק במכשיר הטלפון שלו כ-16 תמונות בעלות תכנים פדופיליים. הראיות שהוגשו להוכחת פרט אישום זה הן ת/3 – מזכר של לוריא ממנו עולה שבאחת התיקיות ישנן כ"כ - 100 תמונות של ילדות חלקן תמונות שנראות כאילו הורדו מאתרי צ'אטים וחלקן על פניו נראו שצולמו במצלמה בקרבת ובתוך בתי ספר"; ת/א3 - צילומי המסך הרלוונטים שהודפסו על ידי החוקר.

מעיון בתמונות ניתן להבחין בעשרות תמונות של נערות וילדות קטנות, כולן לבושות, כאשר חלקן מצולמות בבגדי ים. לא ברור מי מצולם בתמונות, אולם עיון בחקירתו של הנאשם מעלה שהוא הודה בכך שנהג לצלם במשך מספר חודשים ילדות קטנות במהלך עבודתו כקב"ט מוסדות חינוך בעיריית ראשון לציון (ת/1 ש' 194-200).

נוסף על תמונות הקטינות, מופיעות בת/א3 עוד ארבע תמונות בהן נראות דמות או דמויות של גברים ונשים בעירום, חלקם אגב ביצוע אקט מיני. ואולם, בכל ארבע התמונות לא ניתן לומר באופן וודאי



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493 מדינת ישראל נ' שפרינג

שמדובר דווקא בקטינים (בשתי תמונות לא ניתן לראות פנים ובשתי תמונות אחרות נותר ספק האם מדובר בקטינים).

29. אם הגעתי למסקנה שבהורדת כמויות גדולות של חומר פדופילי אין צורך לבדוק את כל הקבצים וניתן להסתמך על שילובם של סימנים אינדיקטיביים שונים, הרי שככל שהדבר נוגע לתמונות המצויות בטלפון הנייד של חשוד, בין אם אלה צולמו על ידו ובין אם הועברו אליו, המסקנה צריכה להיות הפוכה. הסיבות המרכזיות לכך הן שעל פי רוב התמונות המצויות בטלפון האישי של אדם אינן כוללות "כותרות" או תיאור מילולי של כל תמונה ותמונה. נוסף על כך, התמונות אינן מושגות בדרך של חיפוש באמצעות מילות חיפוש, אלא מצולמות ישירות על ידי המשתמש. ואכן, עיון בת/א3 מראה שלאף לא אחת מהתמונות ניתן שם כלשהו או כותרת שתוכל להעיד על תוכן התמונה או על גיל המצולמים בה.

הבדל נוסף בין התכנים שנשמרו בטלפון הנייד לבין הקבצים שנשמרו במחשבי הנאשם הינו תוכנם של הסרטים. שאלת סיווג התכנים כ"חומר תועבה" או חומר שאינו כזה לא עלתה באופן ישיר כחלק מהדיון בקשר לקובצי המחשב שנתפסו. ואולם, דומה שהשאלה מתעוררת עתה בקשר לתמונות שנתפסו במכשיר הטלפון של הנאשם, גם אם הדבר לא נטען על ידו בפה מלא. נעבור, אם כן, לבחון מונח זה ולאחר מכן ניישמו על התמונות בת/א3.

חומר תועבה מהו

30. על אף קיומן של מספר עבירות הכוללות את המונח "תועבה" בספר החוקים, ועל אף שכותרת המשנה שניתנה לצבר עבירות אלו הוא "זנות ותועבה" (סימן י' בחוק העונשין), אין בחוק הגדרה של המונח, ומשכך הוא נותר עמום ונתון לפרשנות. עמימות זו, כאשר עסקינן במשפט פלילי, אינה בריאה, ולא בכדי היא זכתה לביקורת גם בקרב מלומדים. ד"ר אסף הרדוף התייחס לחומר התועבה כמונח "נוזלי ולא-אינטואיטיבי, ואפילו הגדרה מילונית אינה מאירה אותו באמת" (אסף הרדוף "בשם הילד: שינויים בהרגלי ההפללה – על תיקון 118 לחוק העונשין והאיסור לצפות בחומר תועבה" מאזני משפט י' 209 (2015), עמ' 238 (להלן: הרדוף "בשם הילד").

במאמרו עומד ד"ר ויסמונסקי על הקושי עמו מתמודד הפרשן המשפטי בבואו לבחון האם תוכן מסוים יסווג כ"תועבה" העולה כדי עבירה פלילית, ומציע מספר אבני בוחן לאיתור פרסום פדופילי אסור:

"נראה כי יש שולי עמימות ביחס לשאלה מהי דרגת המיניות בפרסום אשר תהפוך אותו לפרסום פדופילי אסור... נשאלת השאלה מהו טיב הפרסום המיני אשר הימצאותו "דמותו של קטין" בתוכו תהפוך אותו לפרסום



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493 מדינת ישראל נ' שפרינג

אסור... ברור כי לא כל פרסום הכולל דמות של קטין, אשר אדם הסובל מסטייה מינית פדופילית עשוי להתגרות ממנה, יוכל להיחשב פרסום אסור העולה כדי "תועבת קטינים". (ויסמונסקי "קידום המאבק בפדופיליה המקוונת, עמ' 187).

ובהמשך, בעמ' 188:

"נראה כי לנוכח שולי העמימות של הגדרת "פרסום תועבה ובו דמותו של קטין", ראוי לנקוט מדיניות מצמצמת של העמדה לדין ביחס לאותם פרסומים שהמובהקות המינית שלהם אינה חד-משמעית, ואשר ניתן לייחס להם גם הקשר לגיטימי. על-כן, ככלל, על-מנת שתוכן מסויים ייחשב תוכן פדופילי אסור, נדרש שהוא יכלול אחד מאלה: (1) תיעוד יחסי מין מלאים או חלקיים (מגע מיני עצמי או מגע מיני עם אחר) שמערב בהם קטין; (2) תיעוד של מעשי התעללות או סדיוס כלפי קטין, אף אם לא בהקשר מיני; (3) תיעוד של התנהגות מינית כלשהי של קטין עם בעל-חיים; (4) תיעוד איברי מין של קטין; (5) תיעוד קטין בעירום חלקי או מלא, תוך שימוש בהעמדה המכוונת ליצור תוכן מיני/אירוטי. זאת, להבדיל מתיעוד קטינים בהקשר לגיטימי – כגון פרסומת בטלוויזיה – בעת רחצה בבריכה או בחוף הים. כאמור, תיעוד זה עלול להתפרש כמגרה מינית בעיני המתבונן הפדופיל, אך כל עוד התמונה או הסרט אינם מתמקדים במיניותו של הקטין – למשל, באיברי המין שלו – וכל עוד הם לא בויימו כדי להציג את הקטין באופן מיני, לא מתמלא היסוד של "פרסום תועבה ובו דמותו של קטין". (ההדגשות אינן במקור – ע.מ.)

גישה שונה מציע ד"ר הרדוף הקורא להחליף את המונח "תועבה" במונח "פורנוגרפיה ילדים", שאף הוא יוגדר באופן מפורש כמתייחס מבחינה מהותית ל"פרסומים של ניצול מיני שיטתי של ילדים, להבדיל מקטינים" (ההדגשות במקור – ע.מ.). (הרדוף "בשם הילד", עמ' 239).

הערה זו מקובלת עלי לחלוטין, שכן היא קוראת למיקוד האיסור הפלילי בגרעין הפסול של פורנוגרפיה ילדים גרידא.

מן הכלל אל הפרט (טלפון LG)



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493 מדינת ישראל נ' שפרינג

31. לאחר שבחנתי את תוכן של התמונות בת/א3, ועל אף העובדה שמדובר בתמונות של ילדות, שדומה שחלקן צולמו ללא ידיעתן, מצאתי שאין לראות בתמונות אלו "חומר תועבה", זאת לאור העובדה שהן אינן כוללות, ברובן הגדול, תכנים מיניים כלשהם, ובכלל זה תכנים העונים על אבני הבוחן שהוצעו על ידי המלומדים.

כך, ברוב התמונות נראות ילדות צעירות במיוחד, שאין ספק שהינן קטינות, וכן נערות, כאשר חלקן צולם ברחוב וחלקן בתוך בית מגורים או מקום סגור אחר. חלק מהנערות והילדות נראות כשהן לבושות בבגד ים בלבד, שלא בעת רחצה בבריכה או בחוף הים. עם זאת, אין מדובר בהעמדה של אותן נערות וילדות לצורך יצירת תוכן מיני או אירוטי, בפרט כאשר סביר שחלק מהן אף לא ידעו שהן מצולמות (למשל מספר תמונות של נערה או אישה צעירה ההולכת ברחוב כשהיא לבושה בבגד ים). נוסף על כך אין מדובר בתמונות "תקריב" או בתמונות המתמקדות דווקא באיבר מינו של האובייקט. גם אם בחלק מהתמונות נראות ילדות קטנות באופן הנחזה כאילו הן מזיזות את גופן (למשל – מנופפות בשערן או מניעות אגן), זאת באופן המעורר חשד שאולי הן בויימו לעשות כן, הרי שכאשר בוחנים את אותן תמונות חשודות על רקע יתר חלקי "סדרת התמונות" הקשורות לתמונות בודדות אלה, מתעורר ספק שמא מדובר, למשל, בחלק מריקוד כלשהו או במעשה ספונטני שתועד במקרה.

מספק זה רשאי ליהנות הנאשם.

32. עוד יש לציין את העובדה שגם החוקר לוריא, שצפה בתמונות והדפיס את ת/א3, לא מצא לציין במזכר הנלווה (ת/3) שמדובר בתמונות בעלי תכנים פדופיליים, אלא הסתפק בתיאור העובדה שבתיקיה "ישנן כ-100 תמונות של ילדות...חלקן על פניו נראו שצולמו במצלמה בקרבת ובתוך בתי ספר".

גם אם דבר הימצאותן של תמונות מעין אלו במכשיר הטלפון של מי שמעיד על עצמו שהוא נמשך לקטינות הינו מטריד, עדין אין די בראיות שהוצגו כדי להוכיח את היסוד העובדתי המבסס עבירה של החזקת חומר תועבה ובו דמות קטין (ראו והשוו עניין לוריא שם זוכה נאשם מפרט אישום של החזקת חומר תועבה ובו דמות קטין גם כאשר מדובר היה בתמונות עירום, זאת לאחר שנמצא שהתמונות אינן עומדות באמות המידה שהותוו בספרות המקצועית ואומצו על ידי בית המשפט, ולאחר שהתעורר ספק שמא מדובר בתמונות תמימות כפי גרסת הנאשם).

למען שלמות התמונה אציין שמת/א3 עולה שבמכשיר הטלפון של הנאשם נמצאו 5 תמונות נוספות הכוללים תכנים מיניים ברורים, ואולם בחינת התמונות מעלה שאף לא אחת מהן עונה על דרישות סעיף העבירה: בשתי תמונות נראים איברים אינטימיים של נשים, אולם לא ניתן לראות את פניהן ומכאן שלא ניתן להסיק שאכן מדובר בקטינות; בשתי תמונות נוספות נראה אקט מיני אוראלי, אולם למרות שפניהן של הנשים חשופות, לא ניתן לקבוע באופן חד משמעי את גילן; בתמונה חמישית נראה



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493 מדינת ישראל נ' שפרינג

אקט מיני נוסף, אולם גם בתמונה זו לא ניתן לקבוע בוודאות את גיל המצולמים. בתמונה נוספת נראה פלג גוף עליון חשוף של גבר צעיר.

אשר על כן הגעתי לכלל מסקנה שיש לזכות את הנאשם מפרט אישום זה.

אישום מספר 2: פרסום חומר תועבה

33. טענת ההגנה בקשר לפרט אישום זה הינה הכחשה מוחלטת, הן בנוגע ליסוד העובדתי של העבירה והן בנוגע למודעותו של הנאשם לכך שהוא מפיץ את הקבצים. ביתר פירוט נטען שהנאשם לא היה מודע לכך שה - emule היא תכנת שיתוף קבצים; לא היה מודע לכך שהחומר אכן מועבר ממחשבו למחשבים של משתמשים אחרים; גם אם הועבר חומר מסוים, הרי שהמאשימה לא הוכיחה איזה קובץ עבר, האם החומר הפדופילי אכן הגיע ליעדו, או מיהו הציבור אליו הגיעו החומרים, אם בכלל. נפנה עתה לבחון טענות אלו אחת לאחת.

תכנת ה - emule – קווים לדמותה

34. על מנת שניתן יהיה לנתח את טענות ההגנה ולבחון אותן על יסוד חומר הראיות, אציג תחילה בתמצית את מאפייני תכנת ה - emule, כפי שהוצגה על ידי החוקר זילברשטיין (פרוטוקול מיום 27.3.18 וכן ת/12), תוך שאתמקד בהסברים החשובים לענייננו. אשוב ואציין שהאמור בחוות הדעת ובעדות העד לא נסתר על ידי ההגנה.

emule היא תוכנת שיתוף קבצים, הפועלת באופן בו המשתמש הופך להיות חלק מרשת ה - emule, ללא שימוש בשרתים. התקשורת בין חברי הרשת, שאינם מכירים זה את זה, מתבצעת בשיטה המכונה "חבר לחבר" או "עמית לעמית" (ובאנגלית – peer to peer או בקיצור P2P), כאשר משמעות הדבר היא שברשת תקשורת מסוג זה כל אחד מהקצוות מתפקד הן כלקוח והן כשרת, וכל אחד מהקצוות מסוגל ליזום או לסיים התקשרות וכן לספק או לחדש שירותים. רשתות עמית לעמית משמשות בעיקר כרשתות שיתוף קבצים, בהן כל משתמש מאפשר לשאר המשתמשים להוריד קבצים מהמחשב שלו ומקבל בתמורה גישה לקבצים ממחשבי המשתמשים האחרים.

בהשוואה לרשת שרת-לקוח בה ניתן להבחין באופן ברור בין הצדדים השונים ברשת, הרי שברשת עמית לעמית אין הבחנה כזו, זאת לאור העובדה שהרשת מתפקדת ללא צורך בתיווך או תלות בגורם מרכזי כלשהו.



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493 מדינת ישראל נ' שפרינג

35. גם אופן הורדת הסרטון המבוקש שונה מהורדת סרטון מ"שרת", שכן בעוד שבהורדה "רגילה" יורד הקובץ במלואו, הרי שתכנת ה- emule בנויה בצורה כזו שהסרטון מועבר למזמין בחלקים או במקטעים מכל משתמש אחר שמחובר באותו רגע נתון לתכנת ה- emule דרך המרשתת. חלקי הסרטון שמגיעים למחשב של המזמין שוהים ב"חניית ביניים" בתיקה שנקראת Temporary, אשר כשמה כן היא, תיקיה זמנית. לאחר שמגיעים כל חלקי הסרטון לתכנת ה- emule של המזמין, יודעת התוכנה "לחבר" את כל חלקי ה"פאזל" יחדיו ולהציג את הסרטון המלא. עם השלמת הסרטון, תעביר התוכנה באופן אוטומטי את הסרטון מתיקיית Temporary לתיקיה הקרויה Incoming, אז גם ניתן יהיה לצפות בו.

36. שתי התיקיות, Temporary ו- Incoming, נוצרות על ידי תוכנת ה- emule כברירת מחדל, ושתי התיקיות משותפות. משמעות הדבר היא שכל משתמש בעל תוכנת emule שמחובר למרשתת יכול "לגשת" אליהן ולהעביר מתוכן אל מחשבו קבצים (בשיתוף), זאת מבלי שבעל התכנים עושה פעולה כלשהי בקשר לבקשה הספציפית שהגיעה. האפשרות לשתף קבצים קיימת, כאמור, גם בתיקיית ה- Temporary, למרות שחלקי הקבצים שמתויקים בתיקיה זו אינם ניתנים לצפייה באותו שלב על ידי המזמין.

37. תכנת ה- emule פיתחה אף שיטת "תגמול" (או "קרדיט"), שמשמעותה מתן אפשרות להוריד סרטים רבים במקביל וזירוז קצב הורדת הסרטים לאותו משתמש שיאפשר להוריד ממנו יותר קבצים, בין אם בדרך של השארת קבצים בתיקיית ה- Incoming, ובין אם בדרך של מתן הרשאה לתוכנה להוריד קבצים גם מתיקיות נוספות שברשותו, שאינן מוגדרות כתיקיית ברירת מחדל. משתמש שמעוניין לאפשר גישה לתיקיות הנוספות שברשותו יוכל לעשות זאת בדרך של סימון "V" לצד התיקיה הנוספת. מכל מקום, בין אם ניתנה על ידי המשתמש הרשאה לתוכנה לגשת לתיקיות נוספות ובין אם לא ניתנה הרשאה כזו, לעולם יהיו תיקיות Temporary ו- Incoming תיקיות משותפות הפתוחות לכלל המשתמשים בכל רגע נתון.

פרסום – היסוד העובדתי

38. סעיף 34 כד לחוק מגדיר את המונחים "פרסום" ו"פרסום" באופן הבא:



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493 מדינת ישראל נ' שפרינג

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."

פרסום –

"(1)

(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."

בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב בהקשר זה:

"בשל ההתפתחויות בתחום התקשורת מוצע לתקן את ההגדרות האמורות ולכלול בהן גם פרסום שנעשה באמצעות מחשב, ובלבד שהעברת החומר אינה נעשית בתקשורת סגורה בין מחשבים מסוימים, אלא בתקשורת פתוחה המיועדת לציבור בכלל או לציבור מסוים שיש לו עניין לתקשר. התיקון המוצע יאפשר לאסור פרסום דרך האינטרנט או דרך טכנולוגיות אחרות הדומות לו, כאשר סוג הפרסום הוא אסור על פי דין (...חומר תועבה)". (הצעות חוק 2639, 21.7.1997) - (ההדגשה הוספה – ע.מ).

המילה "ציבור", אליה נתייחס בהמשך, מוגדרת כ - "לרבות כל חלק ממנו העלול להיפגע מהתנהגות שעליה מדובר בהקשרו של מונח זה".

מלשון החוק עולה אם כן שאדם ייחשב כמפרסם דברים שאינם דברים שבעל פה, אם פעל באחת או יותר מהדרכים המנויות בסעיף, בין אם השתמש באמצעים טכנולוגיים לשם כך ובין לאו. במקרה שלפנינו טוענת המאשימה לקיומה של החלופה האחרונה, קרי - הצעה לציבור באמצעות מחשב.



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493-08 מדינת ישראל נ' שפרינג

39. אין חולק על כך שהנאשם שמר חלק מהחומר שהוריד בתיקיית ה-Incoming שבתוך ה-emule (ת/א5, ת/ב5), כאשר תיקיה זו היא התיקייה המאפשרת, כאמור, את שיתוף הקבצים בקרב משתמשי ה-emule.

אחת מטענות ההגנה שנטענו בהקשר זה הייתה שבניגוד לתוכנות שיתוף אחרות, הרי שבתוכנת ה-emule אין אפשרות לסמן את הסימן "v" לצד הקובץ אותו מבקשים להעביר, ומשכך לא הוכחה כוונת הנאשם להעביר לאחרים את החומר הפדופילי שהחזיק.

אין בידי לקבל טענה זו, זאת ממספר טעמים.

האחד, סימון הסימן "v" איננו תנאי לצורך הוכחת היסוד העובדתי או הנפשי של העבירה, הגם שככל שניתן היה לסמן את סימן ה-"v", יכול והיה בכך כדי להקל על הוכחת יסודות אלו. השני, במקרה שלפנינו, אין כל אפשרות טכנית לסמן את סימן ה-"v" בתיקיות ברירת המחדל, ועדיין אין חולק על כך שמדובר בתכנת שיתוף.

השלישי, ככל שהדבר נוגע לתכנת ה-emule, הרי שאין כל צורך בסימון של קובץ מסוים לצורך העברתו, שכן העברת כל הקבצים, בכל זמן נתון מכל המשתמשים המחוברים למרשתת ברגע נתון היא מהות קיומה של התוכנה והיא זו שמאפשרת לה לפעול ביעילות, במהירות ובאנונימיות, במטרה לצבור קהל לקוחות, ותכנים רבים ומגוונים מסוגים שונים, ולהעבירם לכל דורש שהתקין את התוכנה. במילים אחרות, עצם השארת הקבצים בתיקיית ה-Incoming כסימון "v" גדול על כל התיקייה, שכן בהחלטתו להשאיר את הקבצים בתיקייה זו, מתיר המשתמש למשתמשים אחרים לחלוק עמו את הקבצים המצויים בה ולהורידם למחשביהם האישיים. השארת הקבצים בתיקיות השיתוף היא נשמת אפה של תכנת ה-emule, ובלעדי ההחלטה של כל משתמש לפעול בדרך זו, אין לה זכות קיום.

הרביעי, אחת החלופות המנויות בסעיף ההגדרות: "להפיצו לציבור באמצעות מחשב בדרך הזמינה לציבור", מתייחסת מפורשות לסוג ההפצה אליה מכוונת טענת ההגנה: סימון "v", לחיצה על "send" או לחיצה על מקש "enter" וכיו"ב פעולות שלולא ביצוען בפועל לא יישלח התוכן. ואכן, חלופה זו רלוונטית, בין היתר, לתוכנות שיתוף מסוג אחר, שלא כמו ה-emule, המבוססות על הצורך לבצע את אותה פעולה אקטיבית לצורך השיתוף (ראו והשוו: תוכנת השיתוף – Giga Tribe, שנדונה בת"פ (שלום חי) 10-10-46429-10 מדינת ישראל נ' ברקאי (27.11.2011) (לא פורסם), פסקה 7 (להלן: עניין ברקאי)). כלומר, הכללתה של החלופה "להציעו



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493 מדינת ישראל נ' שפרינג

לציבור באמצעות מחשב", הרלוונטית למקרה שלפנינו, לצד חלופת ההפצה באמצעות מחשב, מצביעה בצורה הטובה ביותר על כוונת המחוקק לכלול במסגרת הסעיף לא רק את המפיצים המבקשים להפיץ את מרכולתם באופן אקטיבי, אלא גם את אלו המשתמשים בתוכנות שיתוף מסוג ה- emule, ומאפשרים בכך גישה חופשית לקבצים שברשותם לכל מאן דבעי.

גם ברמה הפרקטית, ניתן לומר שללא אותה "הצעה", לא רק שהנאשם היה נתקל בקשיים להורדת הקבצים שמעניינים אותו (קשיי מהירות כפי שהעיד זילברשטיין), אלא שלמעשה תכנת ה- emule הייתה חדלה מלהתקיים, בהיותה תוכנה נטולת שרת מרכזי או מאגר קבצים ממנו נשאבים הקבצים המבוקשים, אלא תוכנה המבוססת על "פיזור" כלל הקבצים בין כלל המשתמשים לצורך שימוש של כל אחד מהם. מכאן, שהצלחתה של התוכנה תלויה בכוונתם של המשתמשים להשאיר בתיקה המשותפת קבצים זמינים ליתר המשתמשים.

מהאמור עולה שאדם שמאחסן, שומר, או אינו מסיר קבצים מתיקת ה- Incoming, כמוהו כמי שמציע את מרכולתו לציבור באמצעות מחשב, ומשכך ייחשב כ"מפרסם" כמובנו בחוק.

מיהו "ציבור"

40. שתי טענות הגנה נטענו בקשר למונח "ציבור". האחת שלא הוכחה זהותם של מקבלי הקבצים, חרף העובדה שבידי המשטרה ישנם כלים לעשות כן, והשנייה שלא הוכח אף "סוג" הציבור אליו הועברו הקבצים.

41. אשר לטענה הראשונה, כפי שהוסבר לעיל, בשונה מתוכנות שיתוף אחרות, משתמשי ה- emule אינם מקיימים ביניהם קשר מכל סוג שהוא כתנאי להחלפת המידע ביניהם. לפיכך, המשתמש אינו מכיר את האנשים מהם הוא מוריד את המידע הנחוץ לו, כמו גם את האנשים השואבים ממנו מידע הנחוץ להם. ואולם, על פי הוראות החוק, דומה שאין לעובדה זו כל חשיבות, שכן, בניגוד לטענת הנאשם, החוק אינו דורש את הוכחת זהותו של ה"צד השני" כתנאי להתגבשות היסוד העובדתי, ודי בכך שהוא הוצע למשתמשים פוטנציאלים. דומה הדבר לפרסום חוצות או לפרסום בטלוויזיה, שהם סוגי פרסום המוכרים יותר לרוב הציבור, לגביהם לא דורש החוק הוכחה שהתוכן או המסר אכן הגיעו ליעדם, או שאדם מסוים מתוך מהציבור ראה או קלט בחושיו את התוכן האסור.



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493 מדינת ישראל נ' שפרינג

42. על פי הטענה השנייה, על המאשימה היה להוכיח מהו "סוג" הציבור אליו הועברו הקבצים. בתמצית נטען, שמאחר שהמונח "ציבור" מוגדר בחוק כ"לרבות כל חלק ממנו העלול להיפגע מהתנהגות שעליה מדובר בהקשר של מונח זה", הרי שבשעה שלא ידוע מיהו הציבור אליו עבר החומר, לא ניתן לקבוע שאותו ציבור אכן נפגע. לגישתו של ב"כ הנאשם תתגבש עבירה באותם מקרים בהם הוכח שהחומר הועבר "רק לציבור שעלול להיפגע".

פרשנות זו אין בידי לקבל, בהיותה מנוגדת ללשון החוק ולתכליתו.

על פי לשון החוק, המונח "ציבור" הינו מושג רחב ביותר בהיותו כולל לא רק את כלל הציבור, אלא גם חלק ממנו העלול להיפגע כתוצאה מפרסום התועבה. פשיטא, שהתוספת "לרבות" אינה יכולה לדור יחדיו עם המילה "רק". נוסף על כך, נוסח הסעיף מצביע על כך שהנחת המוצא של המחוקק היא שהמילה "ציבור" אינה זקוקה לפרשנות מיוחדת ויש לתת לה את הפרשנות הרגילה, הפשוטה והמקובלת בחיי היום יום. מגמה מרחיבה זו, שבאה לידי ביטוי בתוספת המילה "לרבות", מלמדת שאין צורך שהפרסום יופנה לכלל הציבור הרחב ודי בכך שהוא יופנה לחלק מסוים ממנו. מהאמור עולה שגם המשתמשים עצמם באים בגדר ציבור, אף אם הם עצמם אינם בגדר מי שעלול להיפגע ממנו (ראו גם עניין ברקאי, וע"פ (מחוזי חי') 37958-04-12 מדינת ישראל נ' ברקאי (לא פרסום), אשר נדונו במאוחד).

43. צמצום המונח "ציבור" מנוגד אף לתכלית החוק. בפסיקת בית המשפט העליון נקבע שהתכלית המונחת בבסיס עבירת החזקת חומר תועבה ובו דמות קטינים הינה "בראש ובראשונה מיגור התופעה החמורה של התעללות מינית בקטינים" וכי היא 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" (רע"פ 3890/09 ענבר מור נ' מדינת ישראל (17.05.2009) פסקה 3). קביעה זו נכונה מכוח הכלל של קל וחומר כאשר מדובר בעבירת הפרסום, והיא מתיישבת אף עם שיתוף הפעולה של מדינת ישראל במאבק העולמי בתופעת הפדופיליה הממוחשבת (ראו, למשל, את סעיף 9 לאמנת מועצת אירופה בדבר פשעי מחשב (Council of Europe Convention on Cybercrime, Budapest 2001); סעיף 20 לאמנת מועצת אירופה בדבר הגנת ילדים מפני ניצול מיני (Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, Lanzarote 2007) וסעיפים 19 ו-34 לאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד (Convention on the Rights of the Child) [נערכה ביום 20.11.89, נחתמה ע"י מדינת ישראל ביום 3.7.90 ואושררה ביום 4.8.91 - כתבי אמנה 1038]).



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493 מדינת ישראל נ' שפרינג

כפי שניתן לראות מריבוי הסרטונים והתמונות שהוגשו במהלך המשפט, באופן ברור שאינו משתמע לשתי פנים, מדובר בתעשייה רחבת היקף וחובקת עולם של ניצול ילדים בצורה הקשה ביותר שניתן להעלות על הדעת. אך מובן מאליו הוא שככל שהביקוש לסרטים אלו גובר ומספר הצופים עולה, הכדאיות הכלכלית עולה, סרטים חדשים מופקים ומספר הקטינים הנחשפים למעשים המיניים עולה.

לאור כל האמור, בקשת ההגנה לתת למונח "ציבור" פרשנות מצמצמת, אינה משתלבת עם תכליות אלו ויש לדחותה.

פרסום - היסוד הנפשי

44. טענתו המרכזית של הנאשם הייתה שלא הוכח שהוא היה מודע לכך שהוא מפיץ את הקבצים שנשמרו בתיקיית ה-Incoming. מנגד טענה המאשימה שדי בראיות שהוצגו כדי לבסס את המסקנה לפי הנאשם היה מודע לכך שהוא לא רק שומר את הקבצים, אלא גם מפיץ אותם. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים, ובכלל זה את דברי הנאשם, הגעתי לכלל מסקנה שיש לדחות את טענות הנאשם להעדר יסוד נפשי, שכן הוכח שהנאשם ידע גם ידע את משמעות מעשיו. מסקנה זו נסמכת על מספר נימוקים.

45. האגד, כמות הקבצים אותם החזיק הנאשם בתיקיית ה-Incoming. הנאשם הודה במהלך חקירתו במשטרה שהוא הוריד את התמונות והסרטונים לדיסק הקשיח במחשב שלו ולמדיה חיצונית אחרת (ת/1 ש' 60-61, וכן ש' 79). במהלך עדותו בבית המשפט הדגיש הנאשם שהוא נהג להוריד את החומר שהיה צופה בו לכוון חיצוני "מכיוון שהמחשב היה מתמלא" (פרוטוקול מיום 27.3.18, עמ' 29 ש' 16). מהאמור עולה שבשלב זה שלאחר העברת החומר לתיקיות הפרטיות שלו, מצופה היה שהנאשם ימחק את הקבצים מתיקיית ההורדה. ואולם, הנאשם בחר לפעול אחרת והשאיר מספר גדול ביותר של תמונות וסרטונים בתיקיית ה-Incoming, למרות שעל פניו לא היה לו כל צורך בכך. כפי שהסביר זילברשטיין, כל מהותה של תוכנת השיתוף היא השארת קבצים זמינים "על המדף", קרי בתיקיית ה-Incoming, באופן שיאפשר גם לאחרים להגיע אליהם, ונראה שזו הייתה אף מטרתו של הנאשם. נוסף על כך, בהתאם לשיטת התגמול שהוסברה, ישנו למשתמש אף אינטרס נוסף להשאיר את הקבצים בתיקיית ה-Incoming, זאת על מנת לזרז את קצב הורדת הקבצים ולאפשר הורדת מספר קבצים במקביל.



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493 מדינת ישראל נ' שפרינג

בנקודה זו אציין שהנאשם לא נשאל בחקירתו במשטרה על אודות שיטת התגמול, וטוב הייתה עושה היחידה החוקרת אם הייתה מעמיקה את החקירה וחוקרת את הנאשם גם בעניין זה. ואולם, כפי שנראה בהמשך, הנאשם היה מודע גם להיבטים אחרים של התוכנה והדרך בה היא פועלת.

46. השני¹, פרק הזמן הארוך בו השתמש הנאשם בתוכנת ה- emule. הנאשם אינו צרכן חדש או שחקן חדש בתחום, והוא הודה שנהג להוריד קבצים בעלי תכנים פדופיליים משך מספר שנים (ת/1 ש' 55), מיד יום ביומו עם הפוגות מעת לעת (עמ' 30 ש' 29-30). במאמר מוסגר אציין שגרסת הנאשם בקשר לפרק הזמן בו השתמש בתוכנת ה- emule לא הייתה עקבית, כאשר במשטרה אמר שהתקין את התוכנה לפני מספר חודשים (שם ש' 41), ואילו במקום אחר אמר שהוא הוריד קבצים ובהם דמויות של קטינים במשך מספר שנים (שם ש' 55) תוך שהוא משתמש בתוכנה. בבית המשפט הבהיר הנאשם שלהערכתו התקין את תוכנת ה- emule במחשב לפני כעשר שנים (עמ' 30 ש' 6) ומאז הוא משתמש בה (עמ' 31 ש' 1).

בין כך ובין כך, פרק הזמן הארוך בו השתמש הנאשם בתוכנה, השימוש הנרחב שעשה בה, והניסיון שצבר לאורך השנים, מתיישבים יותר עם העובדה שהנאשם היה מודע לאופן בו עובדת התוכנה.

47. השלישי¹, טענת הנאשם לפיה כלל לא היה מודע לכך שהקבצים שברשותו מועברים לאחרים ושאינו לו מושג כיצד עובדת תוכנת ה- emule, אינם מתיישבים עם חלקים אחרים בחקירתו במשטרה, מהם עולה שהוא דווקא היה מודע לאופן בו היא פעלה.

הנאשם טען בחקירתו הנגדית שהוא אינו יודע כיצד פועלת תוכנת ה- emule (עמ' 31-32) וכי סבר שהוא מוריד את הקבצים משרת מסוים (עמ' 32 ש' 17). גרסה זו של הנאשם עומדת בסתירה לדברים שמסר במהלך חקירתו במשטרה, במסגרתה השיב לשאלת החוקר ששאל אותו כיצד פועלת התוכנה במלים הבאות: "אני רושם איזה משהו שאני רוצה להוריד והמנוע חיפוש מחפש ואני מסמן לו מה להוריד. הוא מוריד לתיקיה של ה- emule" (ת/1 ש' 63).

כלומר, לא רק שהנאשם השיב עניינית לשאלה, בשונה מטענתו המאוחרת בחקירה הנגדית לפיה הוא אינו יודע כיצד פועלת התוכנה, אלא שהוא גם ידע להסביר כיצד עליו להזמין את החומר שמעניין אותו ושהחומר המבוקש נשמר בתוך תיקיית ה- emule, להבדיל משרת חיצוני. מכאן מתבקשת המסקנה שהנאשם היה מודע לכך שכל פעילות ההעברה מתבצעת באמצעות תוכנת ה- emule ומתוך תיקיות השיתוף שלה.

ואם לא די בכך, ראו דבריו המפורשים של הנאשם בחקירתו במשטרה בת/1 ש' 78-72:



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493 מדירת ישראל נ' שפרינג

ש. האם emulen היא תכנה לשיתוף קבצים?

ת. כן.

ש. כלומר, גם אתה משתתף?

ת. כן, אני רואה הורדות שמורידים גם ממני.

ש. זאת אומרת שגם אתה משמש כמקור להעברת חומר פדופילי.

ת. אני חושב שכן.

במהלך המשפט שינה הנאשם, כאמור, את גרסתו במאה ושמונים מעלות, וטען שכלל לא ידע שמדובר בתוכנה לשיתוף קבצים (עמ' 31 ש' 31 וכן עמ' 32 ש' 13). את הפער בין גרסאותיו הסביר הנאשם בסערת הרגשות בה היה נתון במועד החקירה, וכן בלחץ שלטענתו הופעל עליו (עמ' 32 ש' 4-3 וכן ש' 9-10).

משאימתה אותו ב"כ המאשימה עם העובדה שאם אכן היה מבולבל מצופה היה ממנו להגיד "אני לא יודע" או "אני חושב", להבדיל מה"כן" ההחלטי שענה, הסתייג הנאשם מדבריו במשטרה וטען "זה לא היה חד משמעי. אמרתי אולי "אני חושב". בהמשך מסר הנאשם גרסה חדשה לגמרי לפיה סבר שיש שרת במקום כלשהו בעולם (עמ' 32 ש' 17). הנאשם המשיך והסתבך עם תשובותיו בעניין זה שעה שטען בחקירה נגדית: "אמרתי שאני גם חושב שמורידים ממני" (עמ' 33 ש' 28). משנשאל כיצד תשובתו מסתדרת עם תשובתו הקודמת לפיה סבר שישנו שרת ממנו מורדים הקבצים, השיב: "אני רואה למטה דברים שמופיעים למטה, בקצה של המחשב. כל מיני שמות של אנשים... חשבת שאנשים משתמשים בתוכנה כמוני" (עמ' 33 ש' 30). למותר לציין שגרסה זו של הנאשם הינה גרסה כבושה הסותרת את דבריו במשטרה.

48. דוגמאות נוספות לחוסר העקביות בגרסאות הנאשם וניסיונו לצמצם את מעשיו הפליליים, ניתן למצוא גם בקשר לנושאים אחרים על אודותם נחקר.

כך, למשל, בחקירתו במשטרה משנשאל מדוע הוא מחזיק סרטונים של ילדים בני ארבע במחשב שעה שלגרסתו הוא נמשך יותר לנערות (ש' 66 וש' 137), השיב הנאשם: "מצאתי והורדתי". משנשאל בהמשך מדוע לא מחק זאת, השיב: "יכולתי למחוק אבל השארתי אותם על ההארד דיסק לצורך סיפוק מיני אישי בלבד".



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493 מדינת ישראל נ' שפרינג

ואולם, בעדותו בבית המשפט שינה הנאשם את גרסתו, ומשנתבקש לאשר את העובדה שחומר המחשב שנתפס כולל בין היתר חומרים בהם נראים ילדים בני ארבע, השיב במלים: "אין לי מושג", ובהמשך: "לא יודע למה זה נמצא שם. אני אמרתי במשטרה שאני מתעניין בילדות בנות 10 או 11 ומעלה", ובמענה לשאלה נוספת השיב: "אני לא מייחס לזה חשיבות. לא עניין אותי". (עמ' 31 ש' 18-20).

מעבר לכך שתשובותיו של הנאשם בחקירה הנגדית היו כבושות, הרי שהן אינן מתיישבות אף עם שורת ההיגיון. על כל אלו יש להוסיף את התרשמותי מהנאשם במהלך הדיון, ובפרט בשלב החקירה הנגדית, במהלכה ניכר שהיה מבולבל, לא אחת הנמיך את קולו והשפיל מבטו, בפרט באותם רגעים בהם עת התבקש לספק הסברים לפערים בגרסאותיו.

49. מהאמור ניתן לסכם ולומר שמצאתי את גרסת הנאשם בבית המשפט כגרסה מיתממת, בחלקה כבושה, שקשה עד מאוד ליתן בה אמון. מדברי הנאשם במשטרה עולה שלא רק שהוא היה מודע לעובדה שמידע עובר גם מהתיקיות שלו לאחרים, אלא שהוא אף ראה את הפעולה מתבצעת לנגד עיניו. דומה אם כן שלא בכדי התקשה הנאשם להשיב על שאלות שנשאל בעניין זה הן בחקירתו במשטרה (ת/1 ש' 94-90) והן בתשובות שמסר בבית המשפט במהלך חקירתו הנגדית, כפי שפורט לעיל.

מעבר לכך, ובבחינת למעלה מן הצורך, הנאשם הודה בחקירתו במשטרה שהיה מודע לעובדה שהורדה ושיתוף של תכנים פדופיליים מהווים עבירה פלילית (ת/1 ש' 87-86). (ראו והשוו: פסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין גורביץ לעיל עמ' 7).

50. הרביעי, במסך המחשב בו פועלת התוכנה מופיעים, לצד שמות הקבצים, מספר סימנים לכך שהתיקיה היא תיקייה משותפת:

כפי שניתן לראות בת/11 בעמוד המסומן מ.ז. 1.14.08.17, שהינו צילום מסך מתוך תכנת ה-emule של הנאשם, מופיעה בסרגל הכלים העליון צלמית (icon) שנקראת "משותף" (בשפה העברית). מצילום המסך עולה שצלמית זו מודגשת, כאשר משמעות הדבר היא שכל הקבצים שנראים בצילום המסך, הינם קבצים משותפים (ראו גם עדות זילברשטיין, פרוטוקול מיום 27.3.18 עמ' 22 ש' 13-10). במאמר מוסגר יצוין שצילום המסך משקף אך חלק קטן מכלל הקבצים המשותפים, כפי שהסביר זילברשטיין, ואת זאת ניתן ללמוד ממצב הגלגלת שנמצאת בצד ימין של המסך המשקפת את החלק הקטן שתופסים הקבצים המופיעים על גבי המסך ביחס לכלל הקבצים ברשימה.



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493 מדינת ישראל נ' שפרינג

זאת ועוד, מצד שמאל של אותו מסך כתובות במפורש, ובשפה העברית המילים "קבצים משותפים". בנוסף ניתן להבחין לצד מילים אלו גם בציון מספר הקבצים שקיימים בשלב זה בכלל הקבצים המשותפים, קרי, בתיקיות Incoming - Temporary (ראו ת/11 עמוד המסומן מ.ז. 1א 14.08.17).

בעניין זה מצאתי להעיר שבמועד בו נערכה הבדיקה עמד מספר זה על 1035 קבצים. נתון זה של מספר הקבצים שותפו בפועל לא צוין בכתב האישום כחלק מאישום מספר 2, ומכאן שאין צורך להתייחס אליו במסגרת הכרעה זו.

נוסף על כך, בתחתית המסך ניתן להבחין במילים "עולה" ו-"יורד" ולצדן מספרים. זילברשטיין הסביר שמספרים אלו משקפים את "תנועת" או "קצב" העלאת והורדת הקבצים (להבדיל ממספר הקבצים). עוד הסביר שמאחר שבשעת עריכת הבדיקה לא היה המחשב מחובר למרשתת, לא עלו או ירדו קבצים כלל, כפי שניתן לראות מהמספרים 0.0, המופיעים הן לצד המילה "עולה" והן לצד המילה "יורד". ואולם, בשעה שהמחשב מחובר למרשתת ניתן לראות בזמן אמת שמתבצעת הורדה של קבצים, והחשוב לענייננו העלאה של קבצים, שמשמען העברת קבצים ממחשב המשתמש למחשב של משתמש אחר בהתאם לדרישתו. כך, ככל שהמספר גבוה יותר, מלמד הדבר על תנועה או תעבורת חומר ("טרפינג" כלשונו של זילברשטיין, עמ' 22 ש' 19-29)) חזקה יותר.

במהלך חקירתו במשטרה אישר הנאשם שראה בזמן אמת את תעבורת הקבצים ה"יורדים" וה"עולים". ואולם, במהלך עדותו בבית המשפט חזר בו מדבריו אלו ונתן להם הסבר שונה. חוסר העקביות, שלא לומר סתירה של ממש, בסוגיה מרכזית במשפט נזקפת, ככלל, לחובת הנאשם ויש בה כדי לחזק את ראיות התביעה נגדו, אלא אם נמצא לה הסבר סביר. את ההסבר שסיפק הנאשם לסתירות נעבור לבחון עתה.

מצבו הנפשי של הנאשם בזמן החקירה

51. הנאשם תלה את הסיבה לסתירה בגרסאות שמסר במצב הנפשי הקשה בו היה נתון, לטענתו, במהלך החקירה. גם אם הדברים לא נאמרו על ידו במפורש, הרי שעולה מדבריו שמצבו הנפשי היה כה קשה, עד שהדבר גרם לו למסור לחוקריו תשובות הפוכות מאלו שהתכוון למסור. בתוך כך הסביר הנאשם שהייתה זו הפעם הראשונה בה נחקר במשטרה, וטען שהיה נתון בהלם לאחר שהבין שסודו נחשף. כתמיכה לטענתו זו הפנה הנאשם למזכר ת/4 שנערך על ידי רס"ב אלי לוריא שחקר אותו, ממנו עולה שכאשר התאפשר לנאשם לפגוש בבתו לאחר חקירתו, הוא פרץ בבכי ואמר לה שחייו נגמרו. לאחר שעיינתי בחקירתו של הנאשם ובמסמכים שנכתבו בסמוך לה, מצאתי שטענת הנאשם אינה מבוססת.



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493-08 מדינת ישראל נ' שפרינג

כידוע, קבילותה של הודאה נבחנת בשני מסלולים: המסלול הראשון הוא המסלול החקיקתי הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, לפיו הודיית חוץ של נאשם תהא קבילה כראיה נגדו, רק אם שוכנע בית המשפט כי ניתנה באופן חופשי ומרצון. המסלול השני לפסלות הודאה מבוסס על דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, כפי שהותוותה בע"פ 5121/98 טור' הפאל' יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (4.5.2006). המדובר בעילת פסילה שבשיקול דעת בית המשפט, אשר תופעל כאשר מגיע בית המשפט למסקנה שההודאה נגבתה שלא כדין וקבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן, החורגת מגדריה של פסקת ההגבלה (ע"פ 9808/06 ירון סנקר נ' מדינת ישראל (29.7.2010)).

אך טבעי הוא שחשוד המצוי בחקירה, וודאי כאשר הוא נחקר לראשונה בחייו, יימצא בלחץ ובמצב של חוסר נעימות, בפרט כאשר מדובר בחקירתו הראשונה, לא כל שכן בחקירה בחשד לביצוע עבירות מסוג העבירות על אודותן נחקר. לפיכך, יש להניח לטובת הנאשם שהיה נסער במהלך החקירה. ואולם, מצב נפשי קשה בו נתון נחקר, כשלעצמו, אין בו די כדי לפסול מניה וביה את הדברים שמסר במהלך החקירה. די בעיון בת/1 כדי להיווכח שהנאשם השיב, ככלל, בצורה ברורה, עניינית ובהירה לכל השאלות שנשאל, זאת לאחר שנועץ בעורך דין מטעמו.

גם מזכר ת/4, עליו ביקשה ההגנה להתבסס אינו מסייע לנאשם, שכן על אף שהמזכר מתאר את מצבו הנפשי של הנאשם, הרי שמדובר בתיאור של התרחשות שאירעה לאחר החקירה, עת התאפשר לנאשם לפגוש את בתו. ואכן, כפי שעולה מהמזכר, בשלב זה בו פגש בבתו, התפרץ הנאשם בבכי ואמר לה: "זהו נגמרו לי החיים. אין יותר עבודה, אין יותר חברים, אולי גם אין יותר אישה. בא לי למות." אין בחומר שהוצג סימן לכך שהנאשם בכה במהלך חקירתו או שהיה נסער, ובכל מקרה לא נטען שמצבו הנפשי של הנאשם לא איפשר את חקירתו, גרם לו להודות במשהו שלא עשה, או גרם לו למסור תשובות שקריות במהלך החקירה.

משלא התנהל משפט זוטא ושעה שלא נטען ליחס לא הוגן, לא כל שכן פסול ונפסד, מצד חוקר המשטרה, אין די בראיות שהוצגו כדי להביא לתוצאה לפיה יש לפסול את דברי הנאשם במשטרה.

52. עוד אציין שבמהלך החקירה הנגדית התבקש הנאשם להסביר את הפער בין הגרסאות השונות שמסר, אולם ניכר היה שהוא מתחמק מלהתמודד עם פערים אלו, או שנותר ללא תשובה מניחה את הדעת לשאלות שנשאל בהקשר זה. כך למשל טען הנאשם שהוא אינו יודע מנין יורד הקובץ והכחיש שידע שהקובץ המבוקש מגיע ממשתמשים אחרים. משנשאל כיצד גרסה זו מסתדרת עם גרסתו במשטרה לפיה ידע שמורידים קבצים גם ממנו, השיב שאכן ראה בתחתית המסך שמות של אנשים, אולם סבר שמדובר בשמות של אנשים שמשתמשים בתוכנה ומורידים קבצים כמוהו. משנשאל האם תשובתו נשמעת הגיונית, לא היסס להשיב בחיוב (עמ' 34-33).



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493 מדינת ישראל נ' שפרינג

53. לאור האמור, מצאתי להעדיף ללא כחל וסרק את גרסת הנאשם במשטרה ואת התשובות האוטנטיות שמסר לחוקרים. מתשובות אלו מתבקשת המסקנה שהנאשם לא רק שהיה מודע לכך שתכנת ה- emule הינה תכנת שיתוף, אלא שאף ידע שהשיתוף, קרי – הותרת החומרים שקיבל בתיקיית השיתוף באופן שיאפשר גם לאחרים לקבלם ממנו - מתבצע מתוך המחשב שלו.

סיכום

54. לתוכנות שיתוף הקבצים השונות יתרונות רבים, ולא אחת הן מקלות על המשתמשים בהן בהשגת חומר בו הם מעוניינים. לצד יתרונות אלו, נוצלה הקדמה הטכנולוגית גם להפצת סרטים פוגעניים, ובכלל זה סרטים ותמונות בעלי תכנים פדופיליים. תוכנות השיתוף הן מגוונות. חלקן דורשות בקשת "חברות", וקבלת אישור להורדת תוכנות השיתוף, כדוגמת ה- Giga Tribe. תוכנות אחרות, ובהן ה- emule, אינן דורשות את אישור המשתמש, כאשר משמעות הדבר היא שהשיתוף של כלל החומרים המצויים אצל כלל המשתמשים בתוכנה בכל רגע נתון הוא מוחלט ומתבצע באופן אוטומטי.

המונח "פרסם" בסעיף 34 כד לחוק כולל מספר חלופות שהמבצע את אחת מהן ייחשב כמפרסם. אף לא אחת מהחלופות כוללת נסיבה של קבלת דבר הפרסום בפועל על ידי אדם מסוים או על ידי ה"ציבור", ודי בכך אם דבר הפרסום יופץ, יוצג, יימכר, יוצע למכירה או יוצע לציבור – לפי העניין – באחת הדרכים המפורטות בסעיף. כך למשל, לפי החלופה הראשונה, ייחשב אדם כמפרסם אם יציג את דבר הפרסום "באופן שאנשים במקום ציבורי יכולים לראותו", ומשכך העבירה תתגבש ברגע הצגת התוכן ללא כל קשר לשאלה האם מישהו אכן ראה את דבר הפרסום בפועל.

לענייננו רלוונטית, כאמור, החלופה האחרונה המופיעה בהגדרת "מפרסם" והיא: "להציע לציבור באמצעות מחשב". די, אם כן, בעובדה שהמשתמש בתוכנת שיתוף הקבצים משאיר את מרכולתו על אחד משני ה"מדפים" הוירטואליים Incoming או Temporary, בספריה הוירטואלית emule, כדי שלכלל ציבור המשתמשים ברשת זו תהיה גישה לסחורה המוצגת על ידו לראווה, ללא צורך בקבלת אישור נוסף של בעל המחשב, והם יוכלו לחלוק עמו את הקובץ המבוקש בדרך של שיתוף בכל עת שיחפצו.

מודעותו של המפרסם מתגבשת ברגע ההצעה לציבור, קרי ברגע קבלת ההחלטה להשאיר את הקבצים באחת משתי תיקיות השיתוף, להבדיל מהשלב בו הקבצים עוברים בפועל לבקשת מזמין אחר, ובכך מתמלאת אף דרישת הסימולטניות.



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493 מדינת ישראל נ' שפרינג

55. לאור האמור הגעתי לכלל מסקנה שיש לראות באדם המחזיק תוכן פדופילי בתיקייה במחשב באופן המאפשר גישה אליה דרך תוכנת שיתוף קבצים כדוגמת ה – emule, כמפיץ של אותו חומר, שכן במעשיו ובהחלטתו להשאיר את הקבצים בתוך תוכנת השיתוף, הוא מאפשר גישה והורדה של התכנים הפדופילים מהמחשב שלו.

הפועל היוצא של מצב דברים זה הוא שכל "מחזיק" בחומר הופך כבר ברגע קבלת החומר לידין ל"מפיץ" של החומר, שכן ברגע הגעת החומר למחשבו של מזמין החומר, עשויה להגיע דרישה ממשמש אחר לקבלת אותו חומר. במלים אחרות, במישור העובדתי, כל משתמש בתוכנת שיתוף קבצים כדוגמת ה – emule, הצורך תוכן פדופילי, ובוחר להשאיר את התוכן האסור באחת מתיקיות השיתוף, הופך כבר ברגע הגעת החומר למחשבו למפיץ של התוכן האסור. אותו משתמש אף יורשע בדין בגין עבירת הפרסום ככל שלצד הוכחת היסוד העובדתי של העבירה תוכח מודעותו לכך שהוא משתמש בתוכנת שיתוף קבצים או לאופן פעולתה.

במקרה שלפני עלה בידי התביעה להוכיח שני רכיבים אלו.

56. בפסק הדין האמריקאי (Usa v. Timothy Ryan), שהוגש מטעם המאשימה, בו הורשע אדם בנסיבות דומות לשלנו, השווה בית המשפט את מעשי הנאשם לבעל תחנת דלק המאפשר לנהגים להגיע, לעצור ולתדלק את רכבם בעצמם, מבלי שבעל התחנה מעורב בנעשה. בפסק הדין נקבע שבעל התחנה הוא למעשה המפיץ של הדלק, באותו אופן בו אדם המשתמש בתוכנת שיתוף קבצים מפיץ אותם, בכך שהוא מאפשר לאחרים להוריד ממנו קבצים המאוחסנים במחשבו. דומה שדוגמא קולעת זו ממחישה בצורה מוחשית וברורה את מעשי הנאשם בתיק זה.



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 17-08-33493-08 מדינת ישראל נ' שפרינג

התוצאה

57. אשר על כן מצאתי להרשיע את הנאשם בעבירות של החזקת פרסום תועבה, לפי סעיף 214(ב3) לחוק, בכמויות המופיעות בכתב האישום, להוציא מספר התמונות שנטען שהחזיק במכשיר הטלפון הנייד, ובעבירה של פרסום חומר תועבה אסור, לפי סעיף 214(ב) לחוק.

ניתנה היום, א' סיוון תשע"ח, 15 מאי 2018, במעמד הצדדים

עמית מיכלס, שופט