

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6650/04

בפני : כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופטת ע' ארבל

העותרת : פלונית

נ ג ד

המשיבים : 1. בית הדין הרבני האזורי בנתניה
2. בית הדין הרבני הגדול בירושלים
3. פלוני
4. היועץ המשפטי לממשלה

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה : י"ב בכסלו התשס"ה (25.11.2004)

בשם העותרת : עו"ד פסח קניר ; עו"ד ענבל לאור-צדיק

בשם המשיב 3 : עו"ד אבנר זינגר ; עו"ד שירי קוברסקי

בשם היועץ המשפטי לממשלה : עו"ד חני אופק

פסק-דין

הנשיא א' ברק:

בעל ואשה חיים בפירוד. הבעל הגיש תביעת גירושין נגד האשה בבית דין רבני. האשה מתנגדת לגירושין. להוכחת עילתו, מציג הבעל תמונות בהן נראית אשתו מקיימת יחסי מין עם אחר. את התמונות הוא צילם שעה שהוא נכנס עם שני אחרים לדירה המשותפת בה התגוררה האשה בלבד, בלא ידיעתה והסכמתה. סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשל"א-1981, קובע:

"חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות יהיה פסול לשמש ראיה בבית משפט, ללא הסכמת הנפגע, זולת אם בית המשפט התיר מטעמים שיירשמו להשתמש בחומר, או אם היו לפוגע, שהוא צד להליך, הגנה או פטור לפי חוק זה".

האם חלה הוראה זו ("כלל הפסילה") בבתי הדין הרבניים? האם הראיה הושגה תוך פגיעה בפרטיות האשה? האם יש לבעל הגנה טובה? האם יש מקום להתיר את הראיה? – אלה השאלות הניצבות בפנינו בעתירה זו.

א. העובדות

1. העותרת והמשיב 3 (להלן – המשיב) נשואים זו לזה. ביחסיהם פרץ משבר. המשיב עזב את דירת המגורים המשותפת. הוא פנה (ביום 2.6.2003) לבית דין רבני אזורי בתביעת גירושין. הוא ביסס את בקשתו בעיקר על הטענה לפיה לעותרת קשר רומנטי עם אחר. הוא הציג לעניין זה תמונות בהן נראית האשה בחברת הזר. העותרת סירבה להתגרש, והכחישה את המיוחס לה. לטענתה, הראיות בדבר הקשר עם אחר הושגו תוך פגיעה בפרטיותה, והן פסולות לשימוש כראיה בפני בית הדין. בית הדין הרבני שמע (ביום 27.7.2003) את טענות הצדדים, ובלא שעיין בתמונות שנמסרו לו, קבע כי "ברור הוא שבני הזוג צריכים להתגרש, וראוי שיגיעו הצדדים להסכם גירושין מוקדם ככל האפשר". לצדדים ניתנה אורכה להסדר ביניהם.

2. הצדדים לא הגיעו להסדר מוסכם. בית הדין הרבני האזורי המשיך (ביום 23.10.2004) לדון בעניין. במהלך דיון זה ביקש המשיב להציג תמונות חדשות. אלה צולמו על ידו לאחר הדיון בבית הדין הרבני. בעדותו מסר המשיב כי הוא הגיע בשעת לילה מאוחרת, בלוויית שני חברים, לדירת המגורים המשותפת. כשנכנסו לדירה שמעו רעש הבוקע מהמרתף. הם ניגשו למרתף. הם ראו את העותרת מקיימת יחסי מין עם גבר. הם צילמו זאת במצלמה, ויצאו מהדירה. העותרת התנגדה להגשת התמונות. התמונות נמסרו לבית הדין.

ב. פסק דינו של בית הדין הרבני האזורי

3. בית הדין הרבני האזורי קבע כי העותרת חייבת לקבל גט לאלתר. הוא סמך, בעניין זה, את פסק דינו על התמונות שהוצגו בפניו. נקבע כי התמונות קבילות, גם אם הושגו תוך פגיעה בפרטיות העותרת (כאמור בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן – חוק הגנת הפרטיות)). זאת, משום שלמשיב עומדות שתי הגנות הקבועות בחוק הגנת הפרטיות. האחת, כי הפגיעה בפרטיות נעשתה בניסיונות בהן היתה מוטלת על המשיב חובה חוקית, מוסרית או חברתית (סעיף 18(2)(ב)). נקבע, בהקשר זה, כי על פי דין תורה, החל ביחסי הנישואין והגירושין שבין הצדדים, קיימת חובה לגרש אשה נואפת, ועל הבעל הנטל להוכיח טענתו זו. שנית, שכן הפגיעה בפרטיות נעשתה לשם הגנה על עניין אישי כשר של הפוגע (סעיף 18(2)(ג)). נקבע כי לבעל עניין אישי כשר בהוכחת בגידתה של אשתו. בית הדין הרבני האזורי הוסיף וציין, כי גם בלא התמונות היה מגיע למסקנתו. זאת, בשל האמון שנתן לעדות המשיב, לפיה "ראה אותה עושה מעשים מכוזרים היוצרים חיוב בגט". עדות העותרת נדחתה. נקבע כי סירובה להתגרש מהמשיב אינו מחמת רצון לשלום בית, אלא בשל הרצון להשיג יתרונות כלכליים.

ג. פסק דינו של בית הדין הרבני הגדול

4. על פסק דינו של בית הדין הרבני האזורי הגישה העותרת ערעור לבית הדין הרבני הגדול. הערעור התמקד בשאלת קבילות התצלומים שהגיש המשיב. בית הדין הרבני הגדול (הנשיא ש' עמאר והדיינים ש' דיכובסקי וע' בר שלום) דחה את הערעור. נקבע כי אף על פי שבית הדין האזורי תמך יסודותיו, בין היתר, בתצלומים שהגיש המשיב, הרי שפסק הדין עומד על יסודות איתנים אפילו התצלומים לא היו מוגשים כלל. כך, משום שהמשיב ראה במו עיניו את המעשה. אשר לפגיעה הנטענת בפרטיות העותרת, בית הדין הגדול קבע כי חוק הגנת הפרטיות חל על בתי הדין הרבניים, ובכלל זאת סעיף

32 לחוק הקובע כלל פסילה ראייתי. זאת, למרות לשון הסעיף הקובעת כי הסעיף יחול בהליכים בפני בית משפט, ולא בפני בית דין. עם זאת, בית הדין הגדול ציין כי ספק בעיניו אם נתקיימה פגיעה בפרטיות, שכן העותרת לא צולמה בהיותה ב"רשות היחיד" כמצוות סעיף 2(3) לחוק. מדובר בבית המגורים המשותף הרשום על שם שניהם, מבלי שהוצא צו הרחקה כנגד המשיב. נוסף על כך, המשיב לא התפרץ לחדר השינה של העותרת, אלא מצאה במרתף, מקום שאינו מהווה רשות היחיד. גם לו היה מדובר בפגיעה בפרטיות, הרי שהמשיב חוסה בצל ההגנות שמעניק החוק, ובפרט ההגנות בדבר "חובה חוקית או מוסרית" או "עניין אישי כשר". כך, משום שחובתו של בית הדין למנוע אדם מקשר אסור של נישואין, ולדעת בית הדין נוצר, בנסיבות העניין, איסור תורה; ובמקום שיש איסור תורה אין חולקים כבוד לאדם ואין מקפידים על פרטיותו. בשולי הדברים הוער, כי חוק הגנת הפרטיות אינו מתאים ליחסים בין בני זוג, לאור היעדר מושג של פרטיות נפרדת בחיי הזוגיות.

ד. העתירה והתשובה

5. העותרת פנתה לבית משפט זה. בקשתה היא כי נורה על ביטול פסקי הדין של בית הדין הרבני האזורי ושל בית הדין הרבני הגדול. היא חוזרת על טענותיה, לפיהם התמונות אינן קבילות, ובתי הדין הרבניים טעו שעה שהחליטו לסמוך פסקן עליהן. נטען, כי אין לראות בפגיעה בפרטיותה על ידי המשיב משום פעולה מתוך חובה חוקית או מוסרית, או משום הגנה על עניין אישי כשר שלו. כן נטען, כי לא נתאפשר לה לטעון בבית הדין הרבני האזורי שהצגת התמונות מנוגדת לחוק הגנת הפרטיות. כן נמנעה ממנה האפשרות לחקור את המשיב על מנת לשלול את תום ליבו (כנדרש בסעיף 18(2)).

6. המשיב התמקד בפסקי הדין של בתי הדין הרבני ומטעמיהם. הוא הדגיש כי בית משפט זה אינו מהווה ערכאת ערעור על פסקי דין של בתי דין רבניים. ביקורתו השיפוטית מצומצמת למקרים של חריגה מסמכות. אפילו טעו בתי הדין הרבניים בגישתם לחוק הגנת הפרטיות, הם לא חרגו בכך מסמכותם. הוא הוסיף והדגיש, כי פסקי הדין של בתי הדין הרבניים לא הושתתו על התמונות בלבד, אלא על מכלול הראיות שבתיקן. הם היו מגיעים למסקנתם גם בלא התמונות. לבסוף, המשיב מבקש כי נדחה הטענות של העותרת בדבר קיפוח זכויותיה הדיוניות. לטענתו, העותרת טענה ארוכות לעניין פסילת התמונות, והמשיב אף נחקר בחקירה נגדית על ידי בא כוח העותרת.

7. עם קבלת העתירה הפנינו את הצדדים, בהסכמתם, להליכי גישור. עם כשלון המשא והמתן הורינו לצדדים (ביום 25.11.2004) להשלים טיעוניהם. ניתן צו ביניים המתלה את ההליכים בבתי הדין הרבניים. היועץ המשפטי לממשלה נתבקש (ביום 10.7.2005) לשקול התייצבותו בפנינו בעניין נשוא העתירה. בהודעתה (מיום 30.12.2005) ציינה באת כוח היועץ המשפטי לממשלה, כי כל רשות מרשויות השלטון, לרבות בית הדין הרבני, חייב לבחון את הזכות החוקתית לפרטיות (סעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (פרטיות וצנעת הפרט) וסעיף 11 (תחולה)). לעניין זה, עמדתו של היועץ המשפטי הינה כי חוק הגנת הפרטיות חל גם בבית הדין הרבני. בהמשך חוות דעתו עומד היועץ המשפטי לממשלה על מקומה של הזכות לפרטיות והיקפה ביחסים בין בני זוג. הוא מנתח את הוראות החוק בעניין ההגנה מפני אחריות בגין פגיעה בפרטיות (סעיף 18) ובאשר למעמדה של ראייה הפוגעת בפרטיות בבית המשפט (סעיף 32). הצדדים הגיבו על עמדת היועץ המשפטי לממשלה. עתה הגיע העת למתן פסק דינו שלנו.

ה. הזכות החוקתית לפרטיות

8. הזכות לפרטיות היא מהחשובות שבזכויות האדם בישראל (ראו ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס, פ"ד מט(3) 309, 353; להלן – פרשת נחמיאס; לוין, "צנעת הפרט וסקרנות הציבור", ספר תמיר 163 (1999)). "היא אחת החירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי" (השופט ח' אריאל בע"פ 2963/98 גלעם נ' מדינת ישראל (לא פורסם); להלן – פרשת גלעם). שורשיה נעוצים עמוק במורשתנו היהודית (ראו ד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837, 853; להלן – פרשת דיון נוסף ועקנין; רקובר, "ההגנה על צנעת הפרט במשפט העברי", הפרקליט כו 563 (תשל"א)). היא מתבקשת, איפוא, מערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית גם יחד. היא מוכרת על ידי המשפט המקובל הישראלי כזכות אדם (ראו ב"ש 82/83 מדינת ישראל נ' עליה, פ"ד טז(2) 738, 741; בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294; בג"ץ 259/84 מ.י.ל.י. – מכון ישראלי למוצר ולעסק הנבחר בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לח(2) 673, 684; ע"פ 48/87 צ'חנובר נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 581, 587; בג"ץ 3815/90 גילת נ' שר המשטרה, פ"ד מה(4) 414, 423; להלן – פרשת גילת). ב-1981 נחקק חוק הגנת הפרטיות. הפרטיות הוגדרה בחוק (סעיף 2) באופן שאינו "מכסה" את כל מקרי הפרטיות המקובלים. בכל הנוגע לפגיעה בפרטיות שמעבר להגדרת החוק, ממשיך לחול המשפט המקובל הישראלי. החוק עצמו קבע הסדר מקיף באשר לפרטיות (ראו רע"א 1917/92 סקולר נ' ג'רבי, פ"ד מז(5) 764; להלן – פרשת סקולר). החוק קבע כי הפגיעה בפרטיות היא עוולה (סעיף 4) ועבירה (סעיף

5). נקבעו הגנות (סעיף 18) ופטורים (סעיף 19). נקבעה הוראה לפיה חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות פסול מלשמש ראיה במשפט (סעיף 32). ב-1992 הוכרה הפרטיות כזכות חוקתית בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 7). עם זאת, אין בכך כדי למנוע המשך התפתחותו של המשפט המקובל הישראלי באשר לפרטיות, בעיקר ביחסים בתחום המשפט הפרטי בכלל (השוו Morgan, "Privacy, Confidence and Horizontal (Effect, 'Hello' Trouble", 62 Camb. L.J. 444 (2003)), ובתחום דיני הנזיקין בפרט (ראו Prosser and Keeton, Torts 849 (5th. Ed., 1984)).

9. כפי שראינו, ב-1992 חל שינוי מהותי במעמדה של הזכות לפרטיות (ראו בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 375; להלן – פרשת גנימאת; גרוס, "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", מחקרי משפט יג 155 (תשנ"ו)). חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הכיר במפורש בזכות חוקתית לפרטיות, וזו לשון ההוראה:

- | | |
|---|-------------------------|
| 7. (א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו. | פרטיות
וצנעת
הפרט |
| (ב) אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו. | |
| (ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו. | |
| (ד) אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו. | |

בכך הצטרף חוק היסוד לרשימה ארוכה של חוקות ואמנות, המכירות בפרטיות כזכות אדם חוקתית (ראו ההכרזה האוניברסלית על זכויות האדם מ-1948 (סעיף 12); האמנה הבינלאומית על זכויות אזרחיות ופוליטיות מ-1966 (סעיף 17); האמנה האירופאית על זכות האדם וחירויות היסוד (סעיף 8); החוקה האיטלקית (סעיפים 14 ו-15); חוק-היסוד הגרמני (סעיפים 10 ו-13). חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע הוראה כללית לפיה "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו" (ס"ק (א)). בצד הוראה כללית זו נקבעו הוראות מפורטות יותר למספר מצבים טיפוסיים, המגינים על רשות היחיד (ס"ק (ב)), האוסרים חיפוש (ס"ק (ג)) והמגינים על סוד שיחו של אדם (ס"ק (ד)). בכך הוכרה זכות חוקתית לפרטיות בהיקף רחב יותר מהיקפה של הפרטיות בחוק הגנת הפרטיות. אכן, מכוחו של חוק היסוד הפכה הפרטיות לזכות חוקתית-על-חוקית (ראו בג"ץ

2481/93 ד"ר נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 470; להלן – פרשת דיין). כל רשות מרשויות השלטון – וכל בית דין ובית משפט במדינה בכלל זה – חייבת לכבדה (ראו סעיף 11 בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ראו גם בש"פ 4481/00 יחזקאלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 245, 249; להלן – פרשת יחזקאלי; א' ברק, פרשנות החקיקה 458 (כרך שלישי, 1994)). כמובן, ככל זכות אדם אחרת, הזכות לפרטיות אינה מוחלטת. היא זכות יחסית. היא ניתנת להגבלה על ידי עקרונות או זכויות יסוד אחרות הקבועות בחוקי יסוד. ניתן לפגוע בה, בחוק "רגיל", ובלבד שמתקיימות דרישותיה של פסקת ההגבלה (סעיף 8 לחוק היסוד. ראו גם פרשת סקולר; פרשת דיין, עמ' 473; פרשת נחמיאס, 353; ע"פ 7528/95 הלל נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 89, 96; פרשת יחזקאלי, עמ' 249; ע"פ 1668/98 היועץ המשפטי לממשלה נ' נשיא בית-המשפט המחוזי בירושלים, פ"ד נו(1) 625, 631).

10. היקפה של הזכות החוקתית לפרטיות ייקבע על פי פירושה של הוראת סעיף 7 בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לזכות היבטים שונים, ותחומי פריסה רחבים (ראו בג"ץ 249/82 ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד לז(2) 393, 423; להלן – פרשת ועקנין; פרשת דיון נוסף ועקנין, 856; בג"ץ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים, פ"ד נב(4) 842; להלן – פרשת האגודה לזכויות האזרח; גביוון, "הזכות לפרטיות ולכבוד", בלי הבדל... זכויות האדם בישראל – אוסף מאמרים לזכרו של חמן שלח ז"ל 61 (1988); שפרבר, "הארות והערות לפרשת מקדונלד'ס (אלוניאל) בע"מ", משפטים לג 693 (2003); א' הלם, דיני הגנת הפרטיות 2 (2003); להלן – הלם; וירט-לבנה, "הזכות לפרטיות אל מול האחריות הניהולית במיון מועמדים לעבודה – ההיבט המשפטי", ספר שמגר: מאמרים 775 (חלק ג', 2003). אכן, "הזכות לפרטיות היא זכות מורכבת, שאת גבולותיה לא קל לקבוע" (בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529; להלן – פרשת פלונית). אין לנו צורך, לעניין העתירה שלפנינו, להרחיב בעניין זה. די אם נציין כי הזכות לפרטיות – כמו הזכות לכבוד האדם אליה היא קשורה בקשר הדוק – מבוססת על האוטונומיה של הפרט (ראו ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526, 570). "הכרה בפרטיות היא ההכרה באדם כפרט אוטונומי הזכאי לייחוד אל מול האחרים. ייחוד זה הוא המאפשר לאדם להתבצר באישיותו כבעלת משמעות הראויה לכיבוד" (השופט ח' אריאל בפרשת גלעם). "עניינה של זכות הפרטיות הוא... באינטרס האישי של האדם בפיתוח האוטונומיה שלו, במנוחת נפשו, בזכותו להיות עם עצמו ובזכותו לכבוד ולחירות" (השופט א' ריבלין בע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד, פ"ד נח(4) 314, 347). הפרטיות נועדה לאפשר לפרט "תחום מחייה" שבו הוא הקובע את דרכי

התנהלותו, בלא מעורבותה של החברה. בתחום זה האדם הוא עם עצמו. זו "הזכות להעזוב לנפשו" ("the right to be left alone": השופט ברנדייס בפרשת Olmstead v. U.S. 277 U.S. 438 (1928), המובא בפרשת דיין, עמ' 471 ובע"א 439/88 רשם מאגרי המידע נ' ונטורה, פ"ד מח(3) 803, 836. התפיסה הזו מתבססת על Warren and Brandeis, "The Right to Privacy", 4 Harv. L. Rev. 193 (1890). בכל הנוגע לביתו של אדם, הפרטיות מבטיחה את "זכותו של אדם לנהל את אורח החיים שבו הוא חפץ בדלת אמות ביתו, בלא הפרעה מבחוץ. ביתו של אדם הוא מבצרו, ובגדריו הוא זכאי לכך כי יניחו אותו לעצמו, לפיתוח האוטונומיה של הרצון הפרטי שלו... מבחינה זו, הזכות לפרטיות היא בין השאר... הגבלה על נגישותם של אחרים אל היחיד... הזכות לפרטיות נועדה, על כן, להבטיח כי אדם לא יהא שבוי בביתו, ולא יהא אנוס לחשוף עצמו בביתו להפרעות שאין הוא רוצה בהן. בכך מהווה הזכות לפרטיות את תחילתה של החירות... הזכות לפרטיות מותחת את הקו בין הפרט לבין הכלל, בין 'האני' לבין החברה. היא משרתת מיתחם אשר בו מניחים את הפרט לנפשו, לפיתוח 'האני' שלו, בלא מעורבות של הזולת" (פרשת דיין, עמ' 470, 471).

11. סעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע את היקפה של הפרטיות כזכות חוקתית. לעתים עשוי היקפה של הפרטיות לחול בתחום שבו חלה גם זכות חוקתית אחרת הקבועה בחוק-יסוד, או אינטרס ציבורי הקבוע בו. כך הדבר, למשל, כאשר מכוח הזכות לפרטיות מבקשים למנוע פרסומו של מידע הנדרש על פי עקרון פומביות הדיון המעוגן בחוק-יסוד: השפיטה (סעיף 3) (ראו פרשת פלונית, עמ' 529; ראו גם רע"א 3007/02 יצחק נ' מוזס, פ"ד נו(6) 592, 598). זאת ועוד: בתחומים שונים, אין הזכות לפרטיות זוכה להגנה מלאה. חקיקה רגילה עשויה להגן עליה בהיבט אחד של הפרטיות ולאפשר פגיעה בה בהיבט אחר של הפרטיות. כך, למשל, חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996, קובע מצבים בהם חל איסור על חיפוש בגופו של אדם ומצבים בהם הדבר אפשרי. חוקתיותו של הסדר זה נקבעת על פי הוראותיה של פסקת ההגבלה. אכן, עלינו להבחין בין היקפה של הזכות לבין מידת ההגנה עליה או מימושה (ראו א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית 135 (2004)). אחד מאותם חוקים המגינים על היבטים מסויימים של הפרטיות ומאפשרים פגיעה בה בהיבטים אחרים הוא חוק הגנת הפרטיות. חוקתיותו של חוק זה אינה מונחת בפנינו (ראו סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). תחולתו על בתי הדין הרבניים היא השנויה במחלוקת בין הצדדים לפנינו. מוקד המחלוקת הוא בהוראת סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות הקובע "כלל פסילה". על פיו ראיות שהושגו תוך פגיעה בפרטיות אינן קבילות. העותרת סבורה כי כלל הפסילה שבחוק הגנת הפרטיות חל

בענייננו, ומכוחו הצילומים אינם קבילים בבית הדין. המשיב סבור כי חוק הגנת הפרטיות אינו חל בענייננו, וממילא אין תחולה לכלל הפסילה.

12. כפי שראינו, עמדתם של בית הדין הרבני האזורי ובית הדין הרבני הגדול בענייננו הינה כי חוק הגנת הפרטיות חל בבתי הדין הרבניים. זו גם דעתי. לאור מסקנתי זו, אין לי צורך לדון בשאלה, אם "כלל הפסילה" חל בבית הדין הרבני גם אם חוק הגנת הפרטיות אינו חל בהם. אכן, ניתן לעמוד על מספר טיעונים, לפיהם "כלל הפסילה" יחול גם בבתי הדין הרבניים, בלא כל קשר לחוק הגנת הפרטיות (ראו זפרן, "סקס, שקרים ווידאוטייפ": על הגנת הפרטיות בהליכים, המתנהלים בבתי הדין הרבניים, משפט וממשל ז 811 (2004)). על פי אחת הקונסטרוקציות המשפטיות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה". בתי המשפט ובתי הדין הם "רשויות שלטון" על פי הוראה זו. על רקע זה נקבע כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו חל גם בבתי הדין הרבניים (ראו בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו, פ"ד מח(2) 491; להלן – פרשת לב; בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני, פ"ד מח(2) 221; להלן – פרשת בבלי). על בסיס גישה זו נפסק בפרשת לב כי בית הדין הרבני, המוציא צו עיכוב יציאה מהארץ, צריך לעשות כן במסגרת הזכות החוקתית של כל אדם לצאת מישראל (סעיף 6(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). מכוח תחולה זו של חוק היסוד בבתי הדין הרבניים, עשויה להתבקש המסקנה, כי על ראיה שנתקבלה תוך כדי פגיעה בזכות חוקתית המוגנת בחוק היסוד חל "כלל הפסילה", בדומה לזה הקבוע בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות. זהו הדין על פי חוקתן של מספר מדינות (ראו, למשל, סעיף 24(2) לצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות; סעיף 35(5) לחוקה של דרום אפריקה; ראו גם P. Hogg, Constitutional Law Canada (2005) pp. 909-933). זהו גם הדין על פי המשפט המקובל הישראלי (ראו ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (טרם פורסם); להלן – פרשת יששכרוב). זהו גם הדין אשר יתכן ויחול בבתי הדין הרבניים. כאמור, אין לנו צורך לבחון טיעון זה, שכן הננו סבורים שחוק הגנת הפרטיות חל בבתי הדין הרבניים. לבחינתה של טענה זו ולמתבקש ממנה בענייננו, נפנה עתה.

13. השאלות המתעוררות בפנינו, על פי סדר הילוכן ההגיוני הן ארבע: ראשית, האם חוק הגנת הפרטיות חל בבתי הדין הרבניים? אם התשובה הינה בחיוב, מתעוררת השאלה השניה והיא האם על פי הוראת החוק נפגעה פרטיותה של האשה שעה שבעלה צילם אותה בדירתם המשותפת? אם התשובה על שאלה זו היא בחיוב, קמה ועומדת השאלה השלישית, והיא האם עומדת לבעל אחת ההגנות שחוק הגנת הפרטיות מכיר

בהן? אם התשובה היא בשלילה, ניצבת לפנינו השאלה הרביעית והאחרונה: האם על פי שיקול הדעת אשר סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות מעניק לבית הדין, מן הראוי שהוא יתיר להשתמש בתמונות שהושגו תוך הפרת הזכות לפרטיות? לשאלות אלה נפנה עתה, ונפתח בראשונה.

1. האם חוק הגנת הפרטיות חל בבתי הדין הרבניים?

14. השאלה הראשונה המתעוררת בפנינו הינה, אם חוק הגנת הפרטיות – על מכלול הוראותיו, לרבות "כלל הפסילה" שבו – חל בבתי הדין הרבניים? שאלה זו התעוררה בבית המשפט העליון לפני חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא הושארה בצריך עיון (ראו בג"ץ 768/88 אברמוב נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה, פ"ד מד(4) 330, 336; להלן – פרשת אברמוב). לאחר חקיקתו של חוק היסוד התעוררה השאלה מחדש, הפעם בהקשר של חוק האזנת סתר, תשל"ט-1979. השאלה היתה אם חוק זה וכלל הפסילה שבו חל בבתי הדין הרבניים. כידוע, על פי הוראותיו של חוק זה "דברים שנקלטו בדרך של האזנת סתר בניגוד להוראות חוק זה... לא יהיו קבילים בבית משפט" (סעיף 13(א)). השאלה אליה נדרש בית המשפט היתה, אם במסגרת תביעת גירושין שהגיש בעל כנגד אשתו, קבילה האזנת סתר שנערכה לשיחותיה של האשה על גבר זר. על שאלה זו השיב בית המשפט העליון בשלילה. נקבע כי כלל הפסילה הקבוע בחוק האזנת סתר חל גם בבתי הדין הרבניים. בפסק דינה כתבה השופטת שטרסברג-כהן:

"נוכח חשיבותה של הזכות לפרטיות והמעמד החוקתי שניתן לה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ונוכח תכליתו של חוק האזנת סתר להגן על הזכות לפרטיות, נראה כי הכלל בדבר אי-קבילותן של ראיות שהושגו בהאזנת סתר, למעט סייגים מצומצמים שהמחוקק הורה עליהם מפורשות, ראוי שיחולו גם בהליכים בבתי-הדין הדתיים באופן שיוביל לאחידות נורמטיבית בעניין זה בערכאות המדינה" (בג"ץ 1135/02 חגיאל נ' בית-הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נו(6) 14, 22; להלן – פרשת חגיאל).

אם כך לעניין תחולתו של חוק האזנת הסתר, התשל"ט-1979, בבתי הדין הרבניים, כך גם לעניין תחולתו של חוק הגנת הפרטיות בהם.

15. לכאורה, מסקנה זו מתבקשת מאליה. מהו, איפוא, הקושי בעניין זה? הקושי הוא כפול: ראשית, ניתן לומר כי על פי ניסוחו חוק הגנת הפרטיות מופנה ל"בית המשפט" (ראו סעיפים 21, 22 ו-29). כלל הפסילה, הקבוע בסעיף 32 לחוק קובע כי חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות יהיה פסול לשמש ראיה "בבית משפט". על פי קו מחשבה זה, הדיבור "בית משפט" אינו כולל בית דין רבני. גישה זו מתקשרת לתפיסה רחבה יותר, לפיה חקיקה של הכנסת חלה בבתי הדין הרבניים, רק אם החוק קובע זאת במפורש (ראו בג"ץ 323/81 וילודני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד לו(2) 733; בג"ץ 609/92 בעהם נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד מז(3) 288; פרשת אברמוב, עמ' 336). קביעה מפורשת כזו אינה מצויה בחוק הגנת הפרטיות. הקושי השני הוא, כי החלת חוק הגנת הפרטיות בהליכים בפני בית הדין הרבני פוגעת באפשרות הפעלת הדין בענייני המעמד האישי, שכן הראיות הפוגעות בפרטיות הן לעתים מרכזיות ויחידות. מניעתה של ראיה זו תפגע ביכולתם של בתי הדין הרבניים לבצע את תפקידם (ראו פרשת אברמוב, עמ' 336). גישה זו על מגוון טיעוניה, אין בידי לקבלה.

16. הטענה הראשונה מתמקדת בדיבור "בית משפט" בכלל הפסילה הקבוע בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות. ככלל, לדיבור "בית משפט" משמעויות שונות בהקשרים שונים (ראו עמ"ס 8/57 פלוני נ' חברי המועצה המשפטית, פ"ד יב 900, 903; ע"א 347/71 סנסור נ' הקונסוליה הכללית של יוון, פ"ד כו(2) 331, 328; ע"פ 741/83 גדרון נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(2) 698, 699). נקודת המוצא צריכה להיות כי "באין הוראת חוק מיוחדת הקובעת אחרת, כל ערכאה שיפוטית, ויהיה כינויה אשר יהיה, כלומר כל גוף המוסמך להכריע ולפסוק בסכסוכים שבין צדדים מכוח דבר-חקיקה, הוא בגדר בית-משפט" (השופט צ' ברנזון בב"ש 110/73 אל-עלמי נ' אל-עלמי, פ"ד כט(1) 17, 21). גישה זו חלה גם למובנו של הדיבור "בית משפט" בחוק הגנת הפרטיות. על-פיה, משמעותו של הדיבור "בית משפט" בחוק הגנת הפרטיות היא כל גוף המוסמך, מכוח דין, להכריע בסכסוך. הדיבור "בית משפט" אין הוא מוגבל אך לבתי המשפט "הרגילים" (השלום, המחוזי, העליון). הוא משתרע גם על בתי משפט "מיוחדים", כגון בית דין צבאי ובית דין לעבודה. הוא חל ממילא גם על בתי הדין הדתיים, ובהם בית הדין הרבני (ראו פרשת וגיאל, עמ' 22, וכן גבאי, "ראיות שהושגו בהאזנת סתר בין בני-זוג", הפרקליט לט 553, 578 (תשנ"א)). דבר זה מתבקש מהתכלית המונחת ביסודו, שעניינה הגנה על זכות הפרטיות. זכות זו צריכה לקבל אותה מידת הגנה בערכאות השיפוטיות השונות. היטיב להביע גישה זו פרופ' א' רוזן-צבי:

"פרשנות קוגנטית, המטילה חובה על בתי-הדין לנהוג בהתאם להוראות החוק, עשויה, למשל, להתייחס לחוקים העוסקים בקבילותן של ראיות, שהושגו תוך עבירה על חוקי המדינה: חוק האזנת סתר, תשל"ט-1979, או חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981. חוקים אלה משליטים נורמות כלליות (באמצעות דיני העונשין ודיני הנזיקין) בתחומים שאינם מיוחדים לענייני המעמד האישי. ההוראות של דיני הראיות, בדבר אי קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, הן אמצעי סטטוטורי לאכיפה עקיפה של הנורמות הכלליות האמורות. בהקשר זה, לא סביר שהמחוקק התכוון להוציא את הנורמות הכלליות כשהעניין מגיע לפתחם של בתי הדין הדתיים. בעניינים אלה יש לתת עדיפות לאחידות הנורמטיבית, הן בכל הקשור להתנהגות הציבור והן בכל הנוגע למערכת השיפוטית. הסייגים לכלליות הנורמות, הקבועים בחוקים אלה, חייבים להימצא בתוכם" (א' רוזן-צבי, דיני המשפחה בישראל – בין קודש לחול 86 (1990), בעמ' 85).

אכן, הזכות לפרטיות חוצה את דלתה של כל ערכאה שיפוטית. אין לאפשר מצב דברים שבו פגיעה בפרטיות תהא קבילה בערכאה שיפוטית אחת ובלתי קבילה באחרת. צאו וראו איזו תקלה תגרם אם כללי הפסילה בעניין הפרטיות יהיו שונים בבתי הדין הדתיים ובבתי המשפט האזרחיים? בוודאי שגישה זו המחילה את חוק הגנת הפרטיות גם על בתי הדין הרבניים, ראוייה היא לאחר קבלתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק זה העניק מעמד חוקתי-על-חוקי לזכות לפרטיות. מעמד זה צריך להשפיע על פרשנותם של כל החוקים כולם, בין אלה שהתקבלו לפני חקיקתו של חוק היסוד ובין אלה שנחקקו לאחריו (ראו פרשת גנימאת, 375, 410; דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589). מעמד חוקתי זה של הזכות לפרטיות צריך להשפיע גם על פירושו של חוק הגנת הפרטיות (ראו פרשת האגודה לזכויות האזרח, 848). אך מעבר לכך: בית הדין הרבני הוא חלק ממערכת בתי הדין במדינה. חוקי המדינה חלים עליו. הם מעניקים לו כוחות ומטילים עליו מגבלות. אין צורך, לעניין זה, בהוראה מפורשת, בחוק זה או אחר. בצדק ציין פרופ' א' רוזן-צבי, כי "הוצאת דין ישראלי אל מחוץ לתחומו של בית הדין היא הטענה הוכחה ולא היפוכו של דבר" (א' רוזן-צבי, "דיני משפחה", דת, ליברליזם, משפחה וחברה 320 (בעריכת א' פורת, 320)).

17. גישה זו, לפיה כלל הפסילה שבסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות חל גם בבתי הדין הרבניים נגזרת גם מקו המחשבה הבא: כללי הפסילה הם חלק מהדין הדיוני בכלל ומדיני הראיות בפרט. סמכותו של בית הדין הרבני לקבוע את סדרי הדין ודיני הראיות על-פיהם הוא דן, נגזרת מסמכותה הטבעית של כל ערכאה שיפוטית. לבית הדין הרבני שיקול דעת רחב בקביעתם של כללים אלה. תוכנם עשוי להיות שונה מזה הנוהג בבתי המשפט האזרחיים. עם זאת, הם חייבים לתאום לעקרונות היסוד של המשפט הישראלי. אכן, סמכותם הטבעית של בתי הדין הרבניים לקבוע לעצמם סדרי דין ודיני ראיות צריכה להיות מופעלת על פי עקרונות היסוד של המשפט הישראלי. עמד על כך השופט צ' ברנזון לפני למעלה מארבעים וחמש שנה, בציינו:

"בית-דין שחוק המדינה לא קבע לו סדרי דין ולא התווה דרך לקביעתם, מוסמך, מכוח הסמכות הטבעית שהוא נושא בחובו, לקבוע לעצמו את סדרי הדין שיהיו נוהגים בו. בנדון זה – במידה שחוק המדינה לא הצר את צעדיו – בית הדין הוא אדון לעצמו. אבל תנאי הוא שהסדרים שהוא קובע לא יהיה בהם דבר הנוגד את חוקי המדינה הכלליים שיש להם שייכות לעניין... ושיקוימו בהם עיקרי הצדק הטבעי" (בג"ץ 150/59 ועדת עדת הספרדים בירושלים נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים, פ"ד טו 106, 114).

ועל אותו עקרון חזרתי בפרשת לב:

"בית הדין הרבני הוא ערכאה שיפוטית שהוקמה מכוח דבר חקיקה... כמו לכל ערכאת שיפוט, גם לה נתונות סמכויות טבועות להסדרת סדרי הדין. בהפעלתן של סמכויות טבועות אלה מוטלות על בית הדין הרבני כל אותן מגבלות המוטלות על כל ערכאת שיפוט המפעילה סמכויות טבועות... ביטוי ברור לתפיסה זו ניתן בשורה ארוכה של פסקי דין, בהם נקבע כי סדרי הדין בבתי הדין הרבניים צריכים לכבד 'עקרונות יסוד של דיון צודק'... כל שימוש של בתי הדין הרבניים בסמכותם הטבועה חייב להיעשות מתוך שמירה על זכויות האדם" (שם, עמ' 503, 505).

וברוח דומה נפסק הדין בפרשת ריש מפי השופטת דורנר:

"סדרי הדין בבתי-הדין הרבניים אינם יכולים לסתור את חוקי המדינה... עליהם לקיים את כללי הצדק הטבעי... עליהם להתחשב בזכויות היסוד של האדם, ובתוכן הזכות לשוויון, הזכות לכבוד, חופש הביטוי, חופש

התנועה וחופש המצפון והדת" (בג"ץ 1912/97 ריש, עו"ד נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פ"ד נב(5) 650, 660).

כלל הפסילה הקבוע בחוק הגנת הפרטיות הוא כלל של דיני הראיות; הוא משקף את מעמדה החוקתי של הזכות לפרטיות; הוא ביטוי לתקנת הציבור הישראלית; בית דין רבני חייב לפעול על-פיו.

18. הטענה השניה מתמקדת בהשפעתו של חוק הגנת הפרטיות על יכולתו של בית הדין הרבני לפסוק את הדין בענייני המעמד האישי. ביטוי לכך נתן המשנה לנשיא מ' אלון בפרשת אברמוב בציינו, כי קיים חשש כי החלתו של חוק הגנת הפרטיות יגרור "הכבדה יתירה בבירור דיונים שבתביעות שבין בני זוג, שהשאלות העובדתיות העולות בהן הן בחלקן משום עניינים שבנסתר יותר מאשר בנגלה" (שם, עמ' 336). חשש זה אין בכוחו למנוע את תחולתו של חוק הגנת הפרטיות בבית הדין הרבני. הטעם לכך הוא זה: בחוק הגנת הפרטיות איזון המחוקק בין האינטרס החברתי בגילוי האמת לבין האינטרס החברתי בשמירה על הפרטיות. האיזון נמצא, בין השאר, בכלל פסילה יחסי, המעניק לבית המשפט שיקול דעת אם להתיר השימוש בראיה אם לאו. איזון זה מן הראוי לו שיחול בכל ענפי המשפט, ובכל הערכאות השיפוטיות. אין שוני מהותי, לעניין זה, בין הליך המתנהל בבית הדין הרבני בענייני המעמד האישי, לבין הליך פלילי או אזרחי. אין גם כל שוני בין ההליך המתנהל בענייני המעמד האישי בבית הדין הרבני לבין ההליך המתנהל בבית המשפט לענייני משפחה באותו נושא ועל פי אותו דין אישי (כגון מזונות). בכל ההליכים כולם מחפש בית המשפט את האמת, ובכולם נוצר קושי מקום בו הראיה עליה מבקשים לבסס ממצא הושגה תוך הפרת הפרטיות. אכן, חוק הגנת הפרטיות משקף את התפיסה, כי חיפוש האמת היא מטרה שלא כל האמצעים כשרים להשגתה (ראו ברק, "על משפט, שיפוט ואמת", משפטים כז 11 (1996)). תפיסתו של המחוקק הישראלי הינה כי זכויות הפרט, כגון כבודו, שמו הטוב, פרטיותו, ואינטרס הציבור, כגון השמירה על הביטחון והלחיימה בעבריינות, עשויים לעתים להצדיק הטלת מגבלות על ראיות לגילוי האמת. חוק הגנת הפרטיות משקף איזון בין מגמות סותרות אלה. איזון זה מן הראוי לו שיחול גם בבית הדין הרבני. כמובן, במסגרת זו יתחשב בית הדין, במסגרת שיקול דעתו, אם להתיר הגשתה של הראיה הפוגעת אם לאו. התחשבות זו אינה נעשית מחוץ לגדריו של חוק הגנת הפרטיות, אלא במסגרתו שלו פנימה. כך נוהגת כל ערכאה שיפוטית הנתקלת בראיה הפוגעת בפרטיות. כך מן הראוי שגם בית הדין הרבני ינהג.

19. מסקנתי הינה איפוא זו כי חוק הגנת הפרטיות חל בבתי הדין הרבניים. זו גם עמדתו של בית הדין הרבני הגדול. בפסק דינו נשוא העתירה שלפנינו ציין הרב ש' דיכובסקי כי:

"המונח 'בית משפט' מתייחס גם לבית דין רבני. אם החוק אוסר על בית דין רבני להשתמש בחומר, כשהביטוי בית משפט משמעותו גם בית דין, הרי באותה מידה יכול בית משפט, קרי בית דין רבני, להתיר שימוש בחומר. לגבי בית משפט, אין הגבלה של תום לב או של טענות הגנה למיניהן. סמכותו של בית הדין לנהוג כאן לפי שיקול דעתו" (שם, פסקה ה').

גישה זו מקובלת עלי. אכן, חוק הגנת הפרטיות חל בבית הדין הרבני. במסגרתו מוענק לבית הדין שיקול דעת באשר למקרים בהם יותר השימוש בחומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות. עמדה דומה הציג בפנינו היועץ המשפטי לממשלה. לאור מסקנה זו, עלינו לעבור לניתוח חוק הגנת הפרטיות ולהפעלתו במקרה שלפנינו. במסגרת זו, השאלה הבאה שעלינו ליתן הדעת עליה הינה, אם התמונות שבמחלוקת הושגו תוך כדי פגיעה בפרטיות האשה. לבחינתה של שאלה זו נפנה עתה.

ז. האם נפגעה זכותה של האשה לפרטיות?

20. סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות מגדיר פגיעה בפרטיות. לעניינה של העתירה שלפנינו רלבנטית ההוראה הבאה:

"פגיעה בפרטיות היא אחת מאלה:

...

(3) צילום אדם כשהוא ברשות היחיד".

המשיב ושני חבריו צילמו את העותרת. האם עומדת לעותרת זכותה לפרטיות כלפי המשיב-בעלה? בעניין זה ציין הרב ש' דיכובסקי בפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול, כי:

"לטעמי, החוק להגנת הפרטיות אינו מתאים ליחסים שבין בני זוג... חושבנו שנכון לומר שבבני זוג אין מושג של פרטיות נפרדת. הפרטיות המשותפת של שניהם, היא יחידה אחת. עץ אחד. זהו טבעם של חיי הנישואין העושים את האינטימיות הפרטית של כל אחד, לאינטימיות אחת... כיצד ניתן לדבר על חדירה לפרטיות של בן זוג אחד כלפי השני, כאשר כל מהות הנישואין היא הרחבת הפרטיות הנפרדת לפרטיות משותפת? גם כשבני הזוג מסוכסכים, כל עוד לא ניתן קשר הנישואין או כל עוד לא ניתן פסק דין לגירושין, קיימת ועומדת הפרטיות הקולקטיבית ששני הצדדים שותפים לה" (פסקה ה').

אין בידי לקבל דברים אלה. הנישואין אינם שוללים מבני הזוג את זכותם לפרטיות זו כלפי זה. הזכות לפרטיות עומדת לכל אחד מבני הזוג כלפי העולם כולו, לרבות כלפי בן זוגו. אכן, כשם שכל אחד מבני הזוג זכאי לכבודו, ולחירות גופו כלפי בן זוגו (ראו ע"פ 91/80 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 281), וכשם שכל אחד מבני הזוג שומר על קניינו כלפי בן זוגו, כך זכאי כל אחד מבני הזוג לפרטיותו כלפי בן זוגו. האוטונומיה של הפרט היא גם אוטונומיה כלפי בן הזוג. הפרטיות של הפרט, היא גם פרטיותו כלפי בן זוגו. גם בחיי הנישואין שומר לעצמו כל אחד מהצדדים לקשר תחומים של פרטיות כלפי בן זוגו. כמובן, חוק הגנת הפרטיות קובע כי איסור הפגיעה בפרטיות אינו קיים במקום שיש הסכמה לפגיעה זו (סעיף 1). הסכמה זו יכולה להיות מפורשת ויכולה להיות משתמעת (ראו הלם, שם, עמ' 43). מעצם הנישואין אין הסכמה משתמעת לפגיעה בפרטיות. את ההסכמה המשתמעת יש לבחון בכל מקרה ומקרה בו נטען כי בן זוג פגע בפרטיות של בן זוגו (ראו גבאי, שם, עמ' 566). בהפעילנו אמות מידה אלה למקרה שלפנינו, אך ברור הוא כי העותרת לא הסכימה (במפורש או במשתמע) כי המשיב יצלם אותה בהיותה במצב אינטימי עם זר.

21. המשיב טען בפנינו, כי הצילום לא נעשה "ברשות היחיד". זאת, שכן הצילום נעשה בבית המגורים של העותרת שהוא גם ביתו שלו. טענה זו אין לקבל. לדיבור "רשות היחיד" משמעות שונה על פי הקשרה (ראו ע"א 546/78 בנק הפועלים בע"מ נ' הנדלס, פ"ד לד (3) 57, 61). בהקשר שלנו, שעניינו צילומו של אדם שלא בהסכמתו, הדיבור "ברשות היחיד" אינו מצביע על "יחידה קניינית". הוא מצביע על "יחידה אוטונומית". הוא לא נקבע על פי דיני הנכסים. הוא נקבע על פי דיני הפרט. אכן, "הזכות לפרטיות היא זכותו של האדם ולא של המקום" (א' הלם, דיני הגנת הפרטיות 85 (2003), וכן (Katz v. U.S., 389 U.S. 347 (1967)). אכן, סביב כל אדם יש מרחב

שבתוכו הוא זכאי להיות עם עצמו. מרחב זה נע עם האדם עצמו. היקפו של המרחב נגזר מהצורך להגן על האוטונומיה של הפרט. על כן הוא עשוי לחול גם במקום בו אין לפרט כל קניין (כגון בית הוריו, בית חולים, תא טלפון: ראו הלם, שם, עמ' 88-91). משעזב המשיב את בית המגורים בשל סכסוך עם העותרת, הפך הבית לרשות היחיד של העותרת לעניין צילומה על ידי המשיב. זאת, גם אם נותרו בידי המשיב זכויות אלו או אחרות כלפי העותרת לעניין הבית לעניינים אחרים. אשר לצילום עצמו, אין נפקא מינה אם הצילום נעשה בחדר השינה או במרתף. שני המקומות הם רשות היחיד של העותרת לעניין צילומה על ידי המשיב (ראו ע"פ (ת"א) 1132/96 חתוכה נ' מדינת ישראל (לא פורסם)).

ח. האם עומדת למשיב הגנה על פי חוק הגנת הפרטיות?

22. מסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות עולה כי חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות אינו פסול לשמש ראיה, אם עומדת לפוגע הגנה לפי חוק הגנת הפרטיות. ההגנות קבועות בסעיף 18 לחוק. בענייננו טען המשיב להגנות הקבועות בס"ק 2(ב) ו-2(ג). וזו לשון ההוראה:

"במשפט פלילי או אזרחי בשל פגיעה בפרטיות תהא זו הגנה טובה אם נתקיימה אחת מאלה:

(1) ...

(2) הנתבע או הנאשם עשה את הפגיעה בתום לב באחת הנסיבות האלה:

(א) ...

(ב) הפגיעה נעשתה בנסיבות שבהן היתה מוטלת על הפוגע חובה חוקית, מוסרית, חברתית או מקצועית לעשותה;

(ג) הפגיעה נעשתה לשם הגנה על עניין אישי כשר של הפוגע."

בעתירה שלפנינו, עניין לנו בהליך אזרחי מתחום המעמד האישי בשל פגיעה בפרטיות. עם זאת, הוראת סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות היא בעלת תחולה כללית. אין היא חלה רק במשפט פלילי או אזרחי בשל פגיעה בפרטיות. לעניין סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, עלינו לשאול "אם היו לפוגע, שהיה צד להליך, הגנה... לפי חוק זה". נמצא, כי עלינו

להציב בפנינו את השאלה ההיפוטטית הבאה: אילו הגישה העותרת תובענה אזרחית נגד המשיב בגין פגיעה בפרטיות, האם היתה עומדת למשיב אחת ההגנות הקבועות בסעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות?

23. בעניין זה פסק בית הדין הרבני האזורי, כי עומדות למשיב ההגנות הקבועות בס"ק 2(ב) ו-2(ג). קובע בית הדין הרבני האזורי:

"על פי החוק, ענייני גירושין בין יהודים בישראל יידונו על פי דין תורה. על פי דין זה קיימת חובה לגרש אשה נואפת. חובה זו מוטלת על הבעל, והוא מחוייב על פי דין לבוא בפני בית הדין, להוכיח את תביעתו, כדי שניתן יהיה לתת פסק דין בהתאם. אם 'חובה חוקית' אין כאן, בוודאי 'חובה מוסרית' יש כאן. כמובן, יש בביצוע הצילום מטעם הבעל-התובע משום 'הגנה על עניין אישי כשר' מצידו. אין ספק כי לבעל יש עניין אישי כשר להוכיח את תביעתו בבית הדין כי אשתו בוגדת בו, וניתן לראות בביצוע צילומים אלו – כאשר האשה מכחישה את טענות הבעל – כהגנה על עניינו" (עמ' 2 לפסק הדין).

גישה זו התקבלה על דעת בית הדין הרבני הגדול. כותב הרב ש' דיכובסקי:

"אדם הנשוי לאשה ומגיעות אליו שמועות כי אשתו אינה נאמנה לו, וכתוצאה מכך אסורה עליו, האם אינו זכאי לברר את האמת? האם אין זו זכותו וחובתו של כל אדם לדעת את מצבו האישי שלו ושל בן הזוג הקשור עמו? המושג 'תום לב' משמעותו כי הדבר לא נעשה באופן שרירותי בכדי להציק או להכאיב לזולת, אלא נעשה בכדי לאמת או לשלול שאלה קיומית הנוגעת לאדם. על אחת כמה וכמה כשמדובר בשני בני אדם הקשורים זה בזו בבית של נפש וגוף, עד כדי שהם הופכים ל'בשר אחד'. האם לא זכאית ה'יד' לדעת את שלום ה'רגל'. בני הזוג הופכים במהלך הנישואין ל'עץ אחד', כלשון הנביא יחזקאל (פרק לז) לגבי שבטי ישראל: 'וקרב אותם אחד אל אחד לך לעץ אחד והיו לאחדים בידך'. אם לגבי רכוש המשפחה רואה החוק האזרחי את בני הזוג כ'עץ אחד' – ולא אכנס לויכוח ההלכתי בנושא זה – על אחת כמה וכמה שיש לראותם כיחידה אחת לגבי חייהם המשותפים. על כן אני מתקשה לקבל את עמדת בא כוח המערערת שאין לראות כאן תום לב ושאינן כאן הגנה על עניין אישי כשר" (פסקה ג' לפסק הדין).

כפי שציין הרב דיכובסקי, השאלה הראשונה שיש להשיב עליה, הינה אם המשיב פעל בתום לב. אם התשובה היא בחיוב, יש לבחון אם הוא פעל מכוח חובה המוטלת עליו (ס"ק 2(ב)) או לשם הגנה על עניין אישי כשר (ס"ק 2(ג)). לשאלות אלה נפנה עתה.

24. תנאי לתחולתן של ההגנות שבסעיף 18(2) לחוק הגנת הפרטיות הוא שהטוען להגנה "עשה את הפגיעה בתום לב". בצדק ציין השופט ח' אריאל בפרשת גלעם כי תום הלב הוא "בבחינת שער שרק אם עוברים דרכו תיבחנה הנסיבות בהן בוצעה הפגיעה הספציפית בפרטיות" (שם, עמ' 1153). תום הלב, בהקשרו של חוק הגנת הפרטיות אינו תום לב אובייקטיבי (כמשמעותו בסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973). זהו תום לב סובייקטיבי (להבחנה בין שני סוגי תום הלב, ראו בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828, 834; רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 284; פרשת גלעם). משמעותו של תום הלב (הסובייקטיבי) בהקשר של סעיף 18(2) לחוק הגנת הפרטיות הוא פעולה מתוך אמונה כי הפגיעה הינה במסגרת ההגנה אותה מעלה הפוגע. עמד על כך השופט א' מצא בפרשת גלעם בצינו:

"שאלת קיומו של תום לב יש לבחון על פי אמת מידה סובייקטיבית. הווי אומר, שכדי להיחלץ מאחריות (פלילית או אזרחית) למעשה הפגיעה בפרטיות, על הפוגע (הנאשם או הנתבע) לשכנע את בית המשפט, כי בעשותו את המעשה, באחת הנסיבות המתוארות בסעיף 18(2), סבר בתום לב שהוא רשאי (או אף חייב) לעשותו" (שם).

ברוח דומה ציינתי באותה פרשה:

"לעניין סעיף 18(2) לחוק הגנת הפרטיות, המבחן הוא סובייקטיבי. השאלה הינה, אם הפוגע סבר, מבחינתו האישית שלו, שהוא פועל כדין להשגת היעדים הקבועים בהוראה זו. לעניין זה, אין נפקא מינה, מה היה סובר האדם הסביר בנסיבות העניין, או מה יכול היה הפוגע לסבור, אילו לא התרשל".

תוכנו של תום הלב משתנה מהגנה להגנה הקבועה בסעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות. היקפו של תום הלב נקבע באופן המגשים את מטרתה של ההגנה לו טוען הפוגע (ראו ע"א 788/79 ריימר נ' עזבון המנוח ברקו (דב) רייבר, פ"ד לו(2) 141, 148). עצימת

עיניים בפני האפשרות של היות הפגיעה כדין שוללת את תום ליבו של הפוגע. חוסר סבירותה של האמונה אינה פוגעת בעצם קיומה, אם כי היא עשויה להעביר את הנטל להוכחתה (ראו סעיף 20 לחוק הגנת הפרטיות). על כן, מקום שהפגיעה בפרטיות אינה מידתית, תקום הנחה שהפוגע פעל שלא בתום לב.

25. לדעתי, לא עומדות למשיב ההגנות הקבועות בסעיף 18(2)(ב) ו-(ג) לחוק הגנת הפרטיות. ביסוד גישתי זו מונחת התפיסה, כי המשיב לא פעל בתום לב שעה שפגע בפרטיותה של המשיבה. לאור מסקנתי זו, מבקש אני להשאיר בצריך עיון אם היו עומדות למשיב ההגנות הקבועות בס"ק 2(ב) ו-2(ג) לחוק הגנת הפרטיות, אילו פעל בתום לב. כאמור, דעתי היא שלא הוכח כלל ועיקר כי המשיב פעל בתום לב. אכן, הפגיעה בפרטיותה של העותרת במקרה שלפנינו היא חריפה וקיצונית. המשיב פגע בגרעין הקשה של הזכות לפרטיות. הוא חדר – כשהוא מצוייד במצלמה מלווה בשני חבריו שצפו בכל המתרחש – למיטתה של העותרת. אין לך פגיעה קשה מזו בפרטיות. פגיעה זו היא מעבר לכל מידה ראויה. כפי שנראה בהמשך, עמדו לרשות המשיב אמצעי הוכחה שונים, שאינם פוגעים כלל בפרטיותה של העותרת או שפגיעתם בפרטיות היא מידתית. לא כך נהג המשיב. הוא פגע – בלשונו של השופט ח' אריאל בפרשת גלעם – בצורה "בוטה, חריפה ומבישה בזכות לפרטיות". ההנחה העולה מהתנהגותו הינה כי הוא פעל שלא בתום לב (השוו ע"ש (י-ם) 42/93 ליברמן נ' ועדת הרישוי לפי חוק חוקרים פרטיים ושירותי שמירה, פ"מ תשנ"ה (1) 285; להלן – פרשת ליברמן; ע"ש (ת"א) 628/96 מדינת ישראל נ' פריש, פ"מ תשנ"ו (3) 485, 515; להלן – פרשת פריש). יפה לענייננו הוראת סעיף 20(ב) לחוק הגנת הפרטיות:

"חזקה על הנאשם או הנתבע שעשה את הפגיעה בפרטיות שלא בתום לב אם הוא פגע ביודעין במידה גדולה משהיתה נחוצה באופן סביר לצורך העניינים שניתנה להם הגנה בסעיף 18(2)".

חזקה זו חלה בענייניו של המשיב. הוא לא הצליח לסתרה.

ט. האם יש מקום ליתן היתר "מטעמים שיירשמו"?

26. סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות אינו קובע כלל פסילה מוחלטת. הוא אינו קובע כי חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות אינו קביל בבית משפט, יהיו הנסיבות אשר יהיו. סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות קובע כלל פסילה יחסי. משמעות הדבר הינה, כי בהתקיים תנאים מסויימים, חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות לא יהא פסול מלשמש ראיה בבית

משפט. על שני תנאים כבר עמדנו. עניינם של אלה הוא "הסכמת הנפגע" או קיומה של "הגנה או פטור לפי חוק זה". ראינו, כי בנסיבות העניין לא ניתנה הסכמתה של העותרת לצילומה, ואין למשיב שצילם אותה הגנה לפי חוק הגנת הפרטיות. נותרה, איפוא, האפשרות השלישית. על פיה חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות הינו פסול לשמש ראיה:

"זולת אם בית המשפט התיר מטעמים שיירשמו להשתמש בחומר".

נקודת המוצא היא, איפוא, כי חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות פסול מלשמש ראיה. עם זאת, ניתן לערכאה השיפוטית שיקול הדעת להתיר את השימוש בחומר הפוגע. כיצד יופעל שיקול דעת זה?

27. הפעלת שיקול הדעת השיפוטי בגדריו של סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות צריכה להגשים את התכלית המונחת ביסודו. תכלית זו הינה הגשמתם של הערכים והעקרונות שהוראת הפסילה נועדה להגשים. ערכים אלה הם בעיקרם שלושה: השמירה על הפרטיות; השמירה על זכויות האדם שפגיעה בפרטיות נועדה להגן עליהם, וקיומו של הליך הוגן, אשר במרכזו היכולת של בית המשפט לגלות את האמת ובכך לאפשר משפט צדק. על ערכים אלה עומד השופט א' שינבויים בפרשת ועקנין, בצינו כי:

"את האיזון בין שמירת זכות זו לבין הצורך בחשיפת האמת וההגנה על שלום הציבור מטיל המחוקק בחוק הגנת הפרטיות על בית המשפט בכל מקרה שהשאלה מתעוררת" (שם, עמ' 435).

ברוח דומה ציינה השופטת א' פרוקצ'יה כי ביסוד התכלית של הוראת סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות עומדים, מחד גיסא, "חשיבותה של ההגנה על הפרטיות", ומאידך גיסא, "האינטרס החברתי הכרוך בעשיית צדק" (בע"מ 3542/04 פלוני נ' פלונית (טרם פורסם); להלן – פרשת פלוני).

28. הערך הראשון שיש לקחתו בחשבון הינו הזכות לפרטיות. זו נפגעה. חוק הגנת הפרטיות בא להגן על זכות זו. הגנה זו היא אינטרס של הנפגע. היא גם אינטרס הציבור. אכן, החוק מניח כי אין להסתפק באחריותו הפלילית והאזרחית של הפוגע. על פי גישת החוק יש להגן על הזכות לפרטיות גם באמצעותו של כלל פסילה (יחסי). הטעמים המונחים ביסוד הגנה זו שנויים במחלוקת. יש הסבורים כי ביסוד הגנה זו מונחת

"תכלית חינוכית-הרתעתית" (השופט א' מצא בפרשת נחמיאס, עמ' 337). אחרים סבורים כי מטרתו של כלל הפסילה למנוע פגיעה נוספת וחמורה בזכות לפרטיות, על ידי הצגת החומר הפוגע בבית המשפט (ראו Zaltzman, "The Israeli Approach to Evidence Obtained in Violation of the Right to Privacy", 18 *Isr. L. Rev.* 215). היא עניין זה כאשר יהא, להגנה על הזכות לפרטיות יש ליתן משקל ניכר. זאת, לאור אופייה של הזכות הנפגעת, חשיבותה ומעמדה החוקתי כזכות יסוד הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

29. הערך השני שיש להתחשב בו, הוא הזכות או האינטרס אשר הפגיעה בפרטיות נועדה להגשים. ערך זה משתנה מעניין לעניין. לעתים נפגעת פרטיותו של אדם אחד כדי לשמור על זכותו של אחר, כגון זכותו לפרטיות, לשם טוב, ליחסי משפחה וכיוצא בהן זכויות שהזכות לפרטיות עשויה להתנגש בהם. לעתים נפגעת הזכות לפרטיות כדי להגשים אינטרס ציבורי, כגון חופש הביטוי, פומביות הדיון, השלטת החוק הפלילי וכיוצא בהם אינטרסים שלציבור עניין בהם (ראו סגל, "הזכות לפרטיות מעל הזכות לדעת", עיוני משפט ט 175 (תשמ"ג)).

30. ערך שלישי שהוא בעל חשיבות רבה הינו הגינות ההליך השיפוטי, אשר מתבסס על חיפוש האמת ועל טוהר השיפוט. אשר לחיפוש האמת, הרי הוא ערך מרכזי בשיטת המשפט שלנו. אכן, מטרת המשפט היא בהגשמת הצדק. האמצעי לכך הוא בחיפוש אחר האמת (ראו רע"א 6546/94 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' אזולאי, פ"ד מט(4) 54; ח' כהן, המשפט, עמ' 114 (1991); ברק, "על משפט, שיפוט ואמת", משפטים כז 11 (1996)). תכליתו של ההליך השיפוטי היא להגשים את הצדק בגדר המשפט בדרך של חיפוש האמת. חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות עשוי לקדם את חשיפת האמת, ועל כן קיים אינטרס ציבורי חשוב להתיר את השימוש בו כראיה במשפט. עמד על כך הנשיא שמגר בציינו:

"תקינות הפעולה של המערכת החברתית כולה תלויה, הרי, בין היתר, בקיומם של הליכים משפטיים, המשרתים את מטרותם ומשיגים אותה ואם מסירת העדות היא חלק מהותי מן ההליכים, אשר בלעדיה ההליכים לא ייכוונו ולא ניתן לקיימם כיאות, הרי יש לראות במסירתה של העדות אינטרס ציבורי כולל, החורג מן האינטרס הצר יותר של בעלי הדין" (ב"ש 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין מחוז תל-אביב, פ"ד מא(2) 337, 358).

השופטת ביניש עמדה על כך לאחרונה, בדונה בכלל פסילה יחסי (הילכתי) של ראיות שהושגו שלא כדין בהליכים פליליים. וכך היא כותבת:

”חשיפת האמת העובדתית הינה אמצעי מרכזי לעשיית צדק מהותי בפלילים... חשיפת האמת העובדתית היא מאז ומתמיד תכלית דומיננטית של דיני הראיות בהליך הפלילי... עם זאת, מעולם לא היתה חשיפת האמת מטרה מוחלטת או בלעדית של דיני הראיות, בהתחשב בקיומם של אינטרסים וערכים מתחרים הראויים אף הם להגנה. דיני הראיות מכירים, אפוא, בחשיבותו של הערך בדבר חשיפת האמת, אך גם ביחסיותו של ערך זה.” (פרשת יששכרוב, פסקה 44).

אכן, יש להתחשב בכך כי ”עשיית משפט צדק מחייבת הצגת נתונים ועובדות החוסים תחת הגנת הפרטיות שבלעדיהם לא ניתן להגיע לחקר האמת” (פרשת פלוני). שלילת האפשרות להציג ראיות רלוונטיות לחשיפת האמת עלולה לפגוע בזכותו של בעל דין למשפט הוגן. יחד עם זאת, הליך הוגן הוא גם הליך הנזקק לחומרים שהושגו כדין. הליך הוגן הוא הליך המכבד זכויות יסוד. הליך הוגן הוא הליך השולל מבעל-דין יתרונות שצמחו לו עקב הפרת זכויות יסוד. שימוש בחומר שהושג תוך כדי הפרת הזכות לפרטיות עשוי לפגוע בטוהר ההליך השיפוטי, ובאמון הציבור בבתי המשפט. ברוח זו, ציינה השופטת ביניש כי ”התכלית של הגנה על זכויות הנאשם והתכלית של חשיפת האמת העובדתית שתיהן כאחת משרתות את מטרת-העל של המשפט שעניינה עשיית דין צדק ומניעת עיוות דין במובנם הרחב” (פרשת יששכרוב, פסקה 45).

31. ערכים וזכויות אלה מתנגשים זה בזה. יש לאזן ביניהם. המחוקק עצמו קבע היבטים מסויימים של איזון זה. הוא עשה כן בהגדרת הפגיעה בפרטיות (ראו סעיפים 1 ו-2). הוא עשה כן בקביעת הגנות לאחריות ופטורים ממנה (ראו סעיפים 18 ו-19). בכך בא לידי ביטוי האופי היחסי של הזכות לפרטיות (ראו ע”פ 527/85 קורטאם נ’ מדינת ישראל, פ”ד מ(3) 673; להלן – פרשת קורטאם; פרשת גילת, עמ’ 423; פרשת סקולר, עמ’ 773). לבית המשפט נותר התפקיד של עריכת איזונים משניים בגדרי האיזון העקרוני שערך המחוקק. כעת נדרש איזון נוסף. הוא מתקיים בגדרי כלל הפסילה. אף כאן עשה המחוקק את הצעד הראשון. הוא קבע כלל פסילה; הוא נתן לו תוקף יחסי (ראו פרשת סקולר, עמ’ 773). הוא קבע כי האיזון בין הערכים המתנגשים ייעשה על ידי בית המשפט. הוא לא קבע אמות מידה להפעלת שיקול הדעת השיפוטי. אלה צריכות להיקבע על ידי בית המשפט במסגרת ההסמכה שניתנה לו בחוק. שאלת המפתח הינה,

כיצד ייעשה איזון זה. מתוך האיזון שהמחוקק קבע עולה כי בית המשפט עשוי, מחד גיסא, להורות על שימוש בחומר שהושג תוך כדי פגיעה בפרטיות כראיה במשפט, וזאת גם אם לא עומד לצד המבקש להגיש הראיה הגנה או פטור. בכך הוא ייתן משקל כבד יותר לערך החברתי של הגינות ההליך השיפוטי ובמרכזו הצורך לגלות את האמת. עמדה על כך השופטת א' פרוקצ'יה בפרשת פלוני:

"בהתמודדות בין האינטרס החברתי הכרוך בעשיית צדק בהליך השיפוטי לבין חשיבות ההגנה על הפרטיות, עשוי להינתן, בנסיבות מיוחדות, משקל גובר לערך הראשון, שבלעדיו עלולים הליכי המשפט להימצא מסוכלים. בלא הבטחת הליך שיפוטי תקין, עלולה המערכת החברתית ואכיפת החוק לספוג נזק שאינו ניתן לתיקון" (שם, פסקה 10 לפסק הדין).

מאידך גיסא, עולה מאיזונו של המחוקק, כי בית המשפט עשוי להורות שלא להשתמש בראיה המבוססת על חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות, חרף תרומתה של ראיה זו לגילוי האמת. בכך בא לידי ביטוי אופייה היחסי של השאיפה להשגת האמת. "לעתים, נדרש איזון בין הצורך לגלות את האמת לבין הגשמת אינטרסים של הפרט והציבור, המצדיקים הענקת חסיון. אין לומר כלל כי תתגלה האמת גם אם יחרב העולם" (רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין-כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516, 522). אנו מבחינים בין "אמת עובדתית" לבין "אמת משפטית" (ראו בג"ץ 152/82 אלון נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 449, 465; ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197, 253; זלצמן, "אמת עובדתית ו'אמת משפטית' – מניעת מידע מבית-המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים", עיוני משפט כד 263 (2000)). "מכלול הערכים והאינטרסים המשפיעים על עיצובם של דיני הראיות שלנו מחייבים מלאכת איזון, העלולה להוביל ליצירת פער בין המציאות כפי שהיא נקבעת על-ידי בית-המשפט ('אמת משפטית') לבין המציאות כפי שהיא ('אמת עובדתית') (פרשת יששכרוב, פסקה 44). ברוח זו נפסק בקויובק, קנדה:

"The admissibility or exclusion of evidence must be balanced against two values, the respect for fundamental rights, on the one hand, and the search for truth, on the other. ...The final factor to be considered is whether the exclusion of evidence rather than its admissibility would bring the administration of justice into disrepute" (*Tobin v. De Lanauze*, [2000] R.J.Q. 2596).

שאלת המפתח היא איפוא זו: מהן אמות המידה לשימוש בשיקול הדעת השיפוטי במסגרת כלל הפסילה היחסי הקבוע בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות? לבחינתה של שאלה זו נעבור עתה.

32. מאופיו הסטטוטורי של החסיון היחסי מתבקשות שתי מסקנות באשר לשיקול הדעת השיפוטי במצבים הקיצונים. מחד גיסא, בית המשפט אינו רשאי לומר כי מכיוון שהחומר הושג תוך פגיעה בפרטיות, אין להתיר את השימוש בו כראיה בבית המשפט, יהיו הנסיבות אשר יהיו. כלל הפסילה היחסי מבוסס על ההנחה שיהיו מקרים בהם חומר שהושג מתוך פגיעה בפרטיות לא יהא פסול לשמש כראיה בבית משפט. עצם הפגיעה בפרטיות אינה שוללת את קבילותו של החומר הפוגע. אין להעניק לפרטיות את המשקל המכריע באיזון, ולשלול כל משקל מהשיקולים האחרים. מאידך גיסא, בית המשפט אינו רשאי לומר כי מכיוון שהחומר שהושג תוך כדי פגיעה בפרטיות רלבנטי לקביעת האמת, לכן הוא יוכל לשמש ראיה בבית המשפט, יהיו נסיבות השגתו אשר יהיו. כלל הפסילה היחסי מבוסס על ההנחה שחומר שהושג תוך כדי פגיעה בפרטיות פסול לשמש כראיה גם אם יש לו ערך ראייתי לקביעת האמת. עצם התרומה לקביעת האמת אינה מספיקה כדי להתיר את השימוש בחומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות. אין להעניק לקביעת האמת את המשקל המכריע באיזון, תוך שלילת כל משקל לפגיעה בפרטיות ולערכים האחרים שכלל הפסילה נועד להגן עליהם. נמצא, כי סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות מבוסס על איזון עדין בין הערכים המתחרים. איזון זה מותנה, מעצם טבעו, במשקל שיינתן לערכים השונים. כיצד נקבע משקל זה?

33. התשובה הינה, כי משקלם של הערכים השונים מותנה במספר שיקולים שיש להתחשב בהם (ראו פרשת ועקנין, עמ' 436, וכן Taylor, "Should It Take a Thief? Rethinking The Admission Of Illegally Obtained Evidence in Civil Cases", 22 (Rev. Litig 625, 641 (2003)). משקלם של שיקולים אלה עשוי להשתנות על פי מהותו של ההליך, אם הוא פלילי או אזרחי. כן עשויים הם להשתנות על פי זהותו של הפוגע, אם הוא עובד ציבור או אדם פרטי. אמקד את דברי בהליך אזרחי, כאשר הפוגע הוא צד להליך. במצב דברים זה יש לשקול שני שיקולים עיקריים: ראשית, חומרת ההפרה. ככל שעוצמת ההפרה של הפרטיות היא גדולה יותר, כן גדל משקלו של השיקול המבקש להגן על זכות זו בהשוואה לשיקולים הנוגדים. גם השאיפה להבטיח הליך הוגן החושף את האמת עשויה לסגת מפני פגיעה קשה וחמורה בזכות לפרטיות. כפי שפסקה השופטת ביניש במקום אחר, "בנסיבות בהן השגת הראיה היתה כרוכה בפגיעה חמורה בזכות-יסוד מרכזית של הנחקר, יגדל משקלם של הערכים המצדדים בפסילת הראיה" (פרשת יששכרוב, פסקה 70). לעומת זאת, ככל שההפרה היא בעלת

עוצמה קטנה או שולית, כן יקטן משקלו של השיקול המבקש להגן על הפרטיות בהשוואה לשיקולים הנוגדים. במצב דברים זה, עשויה הפגיעה בפרטיות לשגת מפני הצורך להבטיח הליך הוגן. על שיקול זה של חומרת ההפרה עמד השופט מ' אלון בצינו כי "לאור חומרתה המופלגת של הפגיעה במקרה דנן – ביצוע ניתוח בגופו של אדם בניגוד לרצונו – אין מקום לטעמים מיוחדים להתיר את השימוש בסם כראיה קבילה" (פרשת קורטאס, עמ' 258). בהקשר זה ניתן לציין, כי הפרה מכוונת של הפרטיות מצד המפר מחמירים את ההפרה ואילו הפרה מקרית מקלים עליה. בדומה, נפסק בפרשת יששכרוב, כי "התנהגות פוגענית מכוונת מצד גורמי החקירה עשויה, אפוא, להוות נסיבה כבדת-משקל בעד פסילת הראיה גם כאשר הפגם אינו חמור"; שנית, ערכו הראייתי של החומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות. ככל שהראיה חיונית יותר להוכחת האמת כן יגבר משקלה לעומת משקלה של הפגיעה בפרטיות. בהקשר זה יש להתחשב באפשרות הקיימת להוכיח את האמת במקרה הקונקרטי באמצעות חומר שהושג כדין, או באמצעות חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות, אך שפגיעתו בפרטיות היא קלה יותר. עמדה על כך השופטת א' פרוקצ'יה בפרשת פלוני:

"האיזון בין זכות ההגנה על הפרטיות לבין צורכי עשיית משפט צדק מחייב עמידה על דרישת המידתיות. הפרת הפרטיות מוצדקת רק מקום שקיומו של הליך שיפוטי תקין מחייב פגיעה כזו; כל חלופה קיימת המאפשרת קיום משפט תקין בלא פגיעה בפרטיות ראויה למיצוי"
(שם, פסקה 10; כן השוו *Ferguson v. McBee* ; [1989] 58 Man. R. (2d) 119 ;
פרשת יששכרוב, פסקה 72).

שני שיקולים אלה הם העיקריים. אין הם היחידים (ראו פרשת ועקנין, עמ' 436; השוו, פרשת יששכרוב, פסקאות 73-70). כך, למשל, יש להתחשב בזכויותיו של צד שלישי, שאינו צד למשפט, ואשר זכותו לפרטיות עשויה להיפגע. הנה כי כן, סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות מטיל תפקיד קשה. על בית המשפט לאזן בין הערכים והאינטרסים המתנגשים. עליו ליתן משקל לחומרת ההפרה ולחומרת הפגיעה בזכות הפרטיות מזה ולערכו הראייתי של החומר הפוגע מזה. בכל אלה עליו לפעול במידתיות. עקרון זה חל בכל פעולה של רשות ציבורית. הוא חל גם בהפעלת שיקול הדעת השיפוטי. "נדרשת, איפוא, מידתיות בפגיעה בזכות לפרטיות, ובהחלטה האם לפגוע בה ובאיזה שיעור על בית המשפט להשתכנע בחיוניות החומר המוגן לצורך המשפט, ועליו לצמצם את הפגיעה בפרטיות אך למידה החיונית לצורך השגת התכלית הראויה" (השופטת א' פרוקצ'יה בפרשת פלוני, פסקה 10 לפסק הדין).

34. האם יש מקום להתיר את השימוש בתמונות בהליך שבפני בית הדין הרבני? לדעתי התשובה היא בשלילה. האיזון בין השיקולים שיש לקחתם בחשבון נוטה באופן ברור לפסילת התמונות כראיה במשפט. בפרשה שלפנינו, ההפרה היא חמורה ביותר. היא פוגעת בליבה של הפרטיות; היא חודרת למערכות העדינות ביותר הקובעות את אישיותו של האדם; היא פוצעת את ה"אני" המוגן בפני עין הזולת; היא פלישה להוויה האינטימית ביותר של האדם. וכי ניתן לחשוב על פגיעה קשה יותר בזכותו של אדם "לפרטיות ולצנעת חייו" (סעיף 7(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם), מהתפרצותה של קבוצת אנשים לביתו וצילומם ללא הסכמתו כשהוא מקיים יחסים אינטימיים עם זולתו (השוו פרשת ליברמן; פרשת פריש; ת"פ ת"א 7084/93 (לא פורסם)). בצדק נאמר על מעשים כגון אלה של המשיב כי "אפילו ב'סקלה' של מעשים שנועדו להשיג ראיות עבור הליכי גירושין... הן הגרועות ביותר שניתן להעלות על הדעת" (השופט ד' ברלינר בע"פ ת"א 559/98 כספי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, פסקה ח' לפסק הדין)).

35. השיקול המרכזי השני קשור לחשיבותו של החומר הפוגע להליך השיפוטי. בפרשה שלפנינו, נקבע בבית הדין הרבני האזורי ובבית הדין הרבני הגדול, כי ניתן להכריע את הדין גם בלעדי הצילומים. דברים אלה סומכים עצמם כנראה על כך שהמשיב ראה במו עיניו את המעשה המיני של העותרת, והוא העיד על כך. לדעתי, גם עדות זו פסולה היא, שכן היא התקבלה בדרך של "בילוש או התחקות אחרי אדם, העלולים להטרידו, או הטרדה אחרת" (סעיף 2(1) לחוק הגנת הפרטיות). הפגיעה בפרטיותה של העותרת אינה אך במעשה הצילום, אלא בחוסר תום הלב בבילוש ובהתחקות אחריה בביתה, אשר גרמו לה הטרדה. חרף זאת, היה על בית הדין הרבני לבחון, אם אינן מצויות ראיות אחרות שיש בהן כדי לאפשר את מיצוי הליך הגירושין שלפניו, בלא להיזקק לצילומים או למראי העיניים של המשיב. כידוע, המשפט העברי מבחין, לעניין כוחו של הבעל לגרש את אשתו, בין שתי עילות לגירושין. האחת היא מעשה כיעור של האשה והאחרת היא "אשה שזנתה תחת בעלה" (ראו ב' שרשבסקי, דיני משפחה, מהדורה רביעית (תשנ"ג-1993) 317-325). בשני המצבים עשוי בית הדין לצוות על האשה לקבל גט. לצורך העילה הראשונה ("מעשה כיעור"), די "במעשים מכוונים שלפי ראיות עיני בית הדין יש בהם כדי להצדיק את החשד החמור שהיא זנתה תחת בעלה, אם כי אין עדים לזנות ממש". אכן, בפרשה שלפנינו צויין בפסק דינו של בית הדין הרבני האזורי כי "הביא הבעל עדים שהאשה לנה עם [הגבר האחר – א.ב.]. העדים העידו שהאשה [ואותו זר] התייחדו, דהיינו נכנסו מתחילת הערב ויצאו מהדירה ב-10:00 בבוקר". האם יש בכך הוכחה של מעשה כיעור? האם די בכך כדי לבסס חיוב האשה בגט? בית הדין הרבני לא נתן תשובה לשאלות אלה. אם התשובה עליהן חיובית,

כי אז ייתכן וקיימת בפרשה שלפנינו האפשרות להכריע בדין בלא להיזקק לחומר שיש בו פגיעה חמורה וקשה בפרטיות העותרת. אפשרות זו לא מוצתה בפרשה שלפנינו.

36. ודוק: העילות לגירושין נקבעות על פי המשפט העברי, כפי שהוא מתפרש על ידי בית הדין הרבני. הוכחתן של העילות נעשית אף היא על פי המשפט העברי, כפי שהוא מובן על ידי בית הדין הרבני. אין אנו נוקטים בכל אלה כל עמדה. כל שאנו קובעים הוא, כי במסגרת שיקול דעתו של בית הדין הרבני באשר לשימוש בדיני הראיות, עליו ליתן מחד גיסא משקל כבד לפגיעה החמורה בפרטיות, ומאידך גיסא, עליו לבחון קיומן של ראיות קבילות על פי המשפט העברי, אשר מאפשרות ניהול הליך שיפוטי ראוי, ואשר פגיעתן בפרטיות מידתית.

התוצאה

37. התוצאה הינה, איפוא, שאנו עושים הצו על תנאי למוחלט, במובן זה שפסק הדין של בית הדין הרבני האזורי ופסק הדין של בית הדין הרבני הגדול מתבטלים. התיק מוחזר לבית הדין הרבני האזורי על מנת להמשיך בהליך במסגרת הנורמטיבית עליה עמדנו בפסק דיננו זה.

ה נ ש י א

השופטת מ' נאור:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופטת ע' ארבל:

אני מצטרפת לפסק דינו של חברי הנשיא ברק לתוצאת פסק הדין כמו גם לכל הנמקותיו ומאמצת בכל לב את השירה והפרוזה על הזכות לפרטיות – היא נשמת אפו של היחיד.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק.

ניתן היום, ט"ז באייר התשס"ו (14.05.2006).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ה נ ש י א