

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 5026/97

ע"פ 2963/98

ע"פ 3191/98

בפני:

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופט א' מצא
כבוד השופט ח' אריאל

המערער בע"פ 5026/97:

ג'ק גלעם

המערער בע"פ 2963/98:

יעקב יחיני

המערער בע"פ 3191/98:

אייל חתוכה

נ ג ד

המשיבה:

מדינת ישראל

ע"פ 5026/97:

ערעור על פסק דין של בית המשפט
המחוזי בתל-אביב-יפו מיום 8.7.96
בתיק ע"פ 2090/93 שניתן על ידי
כבוד השופטים: א' אבן-ארי, ד' בר-אופיר
ה' אחיטוב

**ע"פ 2963/98
ע"פ 3191/98:**

ערעורים על פסק דין של בית המשפט
המחוזי בתל-אביב-יפו מיום 10.1.98
בתיק ע"פ 1132/96 שניתן על ידי
כבוד השופטים: י' גרוס, י' בן שלמה,
מ' רובינשטיין

תאריך הישיבה:

כ"ג בשבט תשנ"ט (9.2.99)

בשם המערער
בע"פ 5026/97:

עו"ד ד"ר א. וינרוט

בשם המערער
בע"פ 2963/98:

עו"ד שמואל אורן

בשם המערער

בע"פ 3191/98:

עו"ד דנה פישר-דורי

בשם המשיבה:

עו"ד יהושע למברגר, עו"ד מנחם בלום

פסק-דין

השופט ח' אריאל:

1. לפנינו ערעור, לאחר מתן רשות, לעניין טענות המערערים באשר להרשעתם על פי חוק הגנת הפרטיות תשמ"א 1981- (להלן: "החוק"). אייל חתוכה (ולהלן: גם "חתוכה") ויעקב יחיני (להלן: גם "יחיני") הורשעו במספר עבירות באותה פרשה. המערער ג'ק גלעם הורשע גם הוא במספר עבירות בפרשה אחרת. לגבי שלושת הערעורים מתעוררות שאלות משפטיות דומות על פי החוק.

השאלה העיקרית המתעוררת בערעור שלפנינו עניינה בדרישת "תום הלב" ברישא לסעיף 18(2) לחוק הבאה לפני ההגנות המוקנות לפוגע בפרטיות על פי החוק. משמעות ההגנות על פי סעיף 18(2) לחוק לא תהיה דרושה אם נגיע למסקנה כי נעדר "תום הלב" האמור לעיל המהווה שער כניסה לצורך דיון בהגנות המפורטות בהמשך. לענייננו אנו נדרשים, קודם כל, כאמור, לבחינת דרישת תום הלב המפורטת ברישא של סעיף 18(2).

משאנו מגיעים למסקנה כי המערערים לא עברו את סעיף "תום הלב" הראשוני, אין צורך לדון בהגנות עצמן; אולם נתייחס להגנות אלה בקצרה, בעיקר עד כמה שראוי לדון בהן לעניין תום הלב.

למען בהירות הדברים ראוי שנביא כאן את סעיף 18, שזה לשונו:

"18. הגנות מה הן

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

(1) הפגיעה נעשתה בדרך של פרסום שהוא מוגן לפי סעיף 13 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה 1965-;

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

(א) הוא לא ידע ולא היה עליו לדעת על אפשרות הפגיעה בפרטיות;

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

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

(ד) הפגיעה נעשתה תוך ביצוע עיסוקו של הפוגע כדין ובמהלך עבודתו הרגיל, ובלבד שלא נעשתה דרך פרסום ברבים;

(ה) הפגיעה הייתה בדרך של צילום, או בדרך של פרסום תצלום, שנעשה ברשות הרבים ודמות הנפגע מופיעה בו באקראי;

(ו) הפגיעה נעשתה בדרך של פרסום שהוא מוגן לפי פסקאות (4) עד (11) לסעיף 15 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965;

(3) בפגיעה היה עניין ציבורי המצדיק אותה בנסיבות העניין, ובלבד שאם הייתה הפגיעה בדרך של פרסום - הפרסום לא היה כוזב.

להשלמה נביא גם את החזקות לעניין נטל ההוכחה בסעיף 20 לחוק זה:

"20. נטל ההוכחה

(א) הוכיח הנאשם או הנתבע שעשה את הפגיעה בפרטיות באחת הנסיבות האמורות בסעיף 18(2) ושהפגיעה לא חרגה מתחום הסביר באותן נסיבות, חזקה עליו שעשה את הפגיעה בתום לב.

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

(ג) חזקה על נאשם או נתבע הטוען להגנה על פי סעיף 18(2)(ד) שעשה את הפגיעה בפרטיות שלא בתום לב, אם ביצע את הפגיעה תוך כדי הפרת הכללים או העקרונות של אתיקה מקצועית החלים עליו מכוח דין או המקובלים על אנשי המקצוע שהוא נמנה עימהם.

2. ברי היה לכל הצדדים כי לא תועיל למערערים הסתמכות על אחת או יותר מההגנות המוענקות על פי

סעיף 18(2), אלא אם כן יתגברו על המחסום הדורש שהפגיעה בפרטיות נעשתה בתום לב. אשר על כן גם

התמקד, כאמור, עיקרו של הטיעון בסוגייה זו.

כפי שכבר אמרנו לעיל, לא הצליחו המערערים לעבור את המחסום ולהתרומם מעבר לרף זה.

3. באי-כוח המערערים ביקשו לקבוע כי קנה המידה לתום הלב בסעיף זה יהא סובייקטיבי ולא אובייקטיבי.

4. בטרם נדון ונכריע בשאלה זו, נביא, בקצירת האומר, את הרקע לעבירות בהן הורשעו המערערים, את הקביעות של הערכאות הדיוניות ואת טענות באי-כוח הצדדים.

5. המערער חתוכה הורשע בבית משפט השלום בעבירה לפי סעיף 2(3) לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א 1981- ובעבירה של הסגת גבול לפי סעיף 447(א) לחוק העונשין, תשל"ז 1977-.

בגין עבירות אלה נדון חתוכה לשנת מאסר על תנאי למשך שלוש שנים.

כן הורשע חתוכה בעבירה של גרם חבלה חמורה לפי סעיף 333 לחוק העונשין, עבירה על הזק בזדון לפי סעיף 452 לחוק הנ"ל ובעבירה של תקיפה חבלנית לפי סעיף 380 לחוק הנ"ל.

בגין עבירות אלה נגזר עליו מאסר ל-6 חודשים בפועל ו-12 חודשי מאסר על תנאי ותשלום פיצוי למתלוננים בסכום של 7,500 ש"ח.

ערעורו לבית המשפט המחוזי נדחה והערעור שלפנינו הוא ערעור על הדחייה האמורה לעניין חוק הגנת הפרטיות בלבד.

המערער יכיני גם הוא הורשע בבית משפט השלום בעבירה על פי סעיף 2(3) לחוק הגנת הפרטיות וכן בהסגת גבול לפי סעיף 447(א) לחוק העונשין.

בגין עבירות אלה נגזר עליו עונש מאסר על תנאי של 10 חודשים.

יכיני הורשע גם בגרימת חבלה חמורה על פי סעיף 333 לחוק העונשין ונגזר עליו מאסר בפועל של 4 חודשים ו-8 חודשים מאסר על תנאי. כן חויב בתשלום פיצוי למתלוננים בסך של 5,000 ש"ח.

ערעורו נדחה על-ידי בית המשפט המחוזי ועל דחייה זו, לעניין חוק הגנת הפרטיות, נסוב הערעור שלפנינו.

לגבי המערער ג'ק גלעם נציין את הפרטים בהמשך.

6. המערערים חתוכה ויכני עבדו במועד הרלבנטי (15.7.92) כחוקרים במשרד החקירות "אלעד" בתל-אביב, שהיה בבעלותם.

המתלוננת ובעלה ניהלו הליכי גירושין בבית-הדין הרבני בתל-אביב.

בני-הזוג גרו בנפרד. הבעל התגורר עם אשה אחרת. המתלוננת וילדיה התגוררו כשנתיים וחצי, עד האירוע, בבית המשפחה ברמת השרון (להלן: "בית המתלוננת").

על מנת לשפר את מעמדו ולהצליח בהליכים שהתנהלו בבית הדין הרבני, החליט הבעל לפנות למשרד החקירות הנ"ל כדי ששיג עבורו ראיות חותכות בדבר מערכת יחסים בין המתלוננת לבין גבר אחר, בבית המתלוננת.

ראיות בדבר קשר אינטימי שיש בו כדי להצביע על ניאופה של האשה עשויים להוביל, על פי הדין העברי, לאובדן זכותה של האשה למזונות.

אנשי משרד החקירות עקבו יותר מחודשיים אחר המתלוננת והגיעו למסקנה כי המתלוננת אכן מתרועעת עם גבר (להלן: "המתלונן"), שנהג לשהות מפעם לפעם עמה ועם ילדיה בבית המתלוננת.

בליל ה-15.7.92, סמוך לחצות, נכנס צוות חוקרים בהם המערערים והבעל לבית המתלוננת. המערערים חדרו לחדר השינה של המתלוננת כשהם מצוידים במצלמות ותיעדו, בצילום, את המתלוננת והמתלונן כשהם עירומים במיטתה.

בכך לא נסתיים האירוע. המתלוננת נמלטה לחדר הארונות הצמוד לחדר השינה והתעטפה בשמיכה. חתוכה החיש פעמיו בעקבותיה וחרף מחאותיה וסערת רוחה הורה להמשיך ולצלמה.

עוד נקבע בבית משפט השלום כי המערערים היכו את המתלונן במהלך העימות שהתרחש בינם לבינו ואף גרמו למתלוננת עצמה חבלות גופניות כשרדפו אחריה לחדר הארונות.

הערעור לבית המשפט המחוזי נדחה. מכאן הערעור שלפנינו, לעניין חוק הגנת הפרטיות בלבד.

7. המערער השלישי גם הוא חוקר פרטי ג'ק גלעם (להלן: "גלעם"), הואשם בפרשה אחרת הנוגעת לגירושין.

בפרשה זו שכרה אשה, המצויה בהליכי גירושין, את שירותיו של גלעם כדי שסייע לה לאסוף ראיות שיהיה בהן כדי לשכנע את בית הדין הרבני לכפות על בעלה לתת לה גט.

בתאריך 16.6.90 בשעות הלילה, במהלך מעקב, לאחר שהבחין גלעם כי הבעל (להלן: "המתלונן"), נמצא בדירתו עם ידידה זימן את האשה כדי שתסייע בידו להיכנס לדירה ולצלם את הבעל בחברת הידידה.

טרם הכניסה לדירה הבחין גלעם בשוטר, בהיותו בתפקיד; וביקש ממנו ליווי בתואנת שווא של עזרה לצורך "הוצאת בגדי האשה מהדירה". יש לציין כי הוצאת הבגדים האמורה לא הייתה אלא אמתלה שכן המטרה היחידה שעמדה לנגד עיניו של גלעם הייתה צילום המתלונן בלית הידידה.

אשתו של המתלונן פתחה את דלת הדירה באמצעות מפתח שהיה ברשותה. מיד לאחר שהשלושה נכנסו לדירה צילם גלעם את הידידה מספר צילומים כשהיא עומדת בפתח אחד החדרים. צילומים אלה שימשו את האשה לאחר מכן כראיה בבית הדין הרבני.

גלעם הורשע בבית משפט השלום בעבירה של פגיעה בפרטיות, עבירה לפי סעיף 2(1) 21(3)-יחד עם סעיף 5 לחוק הגנת הפרטיות וכן בעבירה של קבלת דבר במרמה לפי סעיף 415 לחוק העונשין, תשל"ז 1977-.

על גלעם הוטל קנס כספי בסך 3,000 ש"ח או חודשיים מאסר תמורתו. כן חויב גלעם בחתימה על התחייבות כספית בסך 10,000 ש"ח שלא יעבור תוך 3 שנים עבירה מהעבירות בהן הורשע.

גלעם ערער לבית המשפט המחוזי וערעורו נדחה; מכאן הערעור שלפנינו.

למעשה נסוב הערעור לעניין חוק הפרטיות בלבד, אף שערעורו לא הוגבל לעניין זה. המערער בטענותיו בפנינו זנח למעשה את הטענה כנגד הרשעתו בקבלת דבר במרמה; ממילא לא היה מקום להתערבות בעניין זה.

8. באי-כוח הצדדים הרחיבו את טענותיהם, הן לעניין תום לב והן לעניין ההגנות שבחוק, כל אחד לפי עמדתו.

הדיון, עיקרו בפרשנות. אנו נדרשים לפרש את דרישת "תום הלב" בסעיף 18(2) לחוק. "תום הלב" הראשוני בענייננו הוא בבחינת שער שרק אם עוברים דרכו תיבחנה הנסיבות בהן בוצעה הפגיעה הספציפית בפרטיות. מכאן שניתן לראות את "תום הלב" גם כדרישה השלובה בכל אחת ואחת מהנסיבות המפורטות בסעיף 18(2).

המונח "תום לב" המופיע בחוקים רבים אינו בעל משמעות אחידה כי אם מושג הניתן למיקום בקשת רחבה של אפשרויות. במסגרת זו ניתן לקרוא במונח "תום הלב" משמעויות שונות העשויות להשתנות הן בהתאם לרקע הנורמטיבי והן בהתאם למשבצת החוק המשמשת כרקע לפרשנות.

ראה לעניין זה גם את האמור בפסק-דין סרוסי (דנג"ץ 4601/95 סרוסי חי יוסף נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח' (טרם פורסם), תקדין (99/3), תקדין-עליון, כרך 98(3), 1154).

שם מביא הנשיא ברק (בע' 1156, סעיף 7) מדבריו בעניין דנ"פ 4603/97 משולם נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), תקדין (99/3), תקדין-עליון, כרך 98(2), 1524, את הדברים הבאים:

"עלינו להתרחק מתורת משפט של מושגים, לפיה המושג התיאורטי כופה עצמו על האינטרסים והערכים הדורשים הסדר נורמטיבי. עלינו לשאוף לתורת משפט של ערכים, לפיה המושג התיאורטי הוא פרי האיזון... ההלכה צומחת מתוך המעשה. התיאוריה צריכה לשרת את הפרקטיקה. מושגי המשפט... אינם מציאות שאנו חייבים לקבל כנתון. מושגי המשפט הם קונסטרוקציה הבאה לשרת את האדם"

ובהמשך (שם):

"... מושגי המשפט אינם אדונים. אין הם אלא עזרים מסייעים. הם פרי השקילה והאיזון בין שיקולים מתנגשים. הם תוצאה של התנגשות בין

ערכים נוגדים. אין הם הערכים עצמם... עלינו להיות מוכנים, בכל מקרה, לסטות ממושגיות קיימת, לשנותה או לבנות מושגיות חדשה... העיקר הוא המטרה החברתית שהמשפט נועד להגשים..."

ועוד (בע' 1157, סעיף 8):

"זו הפרשנות התכליתית המקובלת עלינו והנגזרת מהתפיסה הכללית שהמשפט אינו גן-עדן של מושגים אלא חיי יומיום של צרכים, אינטרסים וערכים, אותם מבקשת חברה נתונה להגשים בזמן נתון. על כן, לביטויים זהים... המופעים בחוקים שונים עשויים להינתן מובנים שונים..."

וראה שם (בע' 1163, סעיף 6) דבר השופט מ' חשין:

"... שהרי כולנו ידענו כי מושגים במשפט נועדו לשרת לא את עצמם אלא את זולתם, כי תכליתם לא תימצא בהם-עצמם, כי כלי הם ביד יוצריהם".

9. את מושג "תום הלב" ראוי לבחון ביחס לנסיבות המצוינות בסעיף 18(2) לחוק, נסיבות שכאמור בהתקיימן עשוי הפוגע בפרטיות לזכות בהגנה מפני חיובו בפלילים או בנזיקין. הנסיבות השונות מציגות בפני הפרשן תחום מגודר המייצג אינטרסים אחדים המתמודדים עם העיקרון החשוב המיוצג על ידי חוק הפרטיות היינו ההגנה על הפרטיות שהוא ערך בעל חשיבות עליונה ואף נסמך בחוק יסוד-כבוד האדם וחירותו (סעיף 7).

מהו הגבול (ואולי הגבול הדק) העובר בין פגיעה אסורה בפרטיותו של אדם לבין פגיעה הראויה להגנה? מתי נאמר על פוגע שהוא "תם לב" ולכן ראוי להגנה ועל אילו מקרים והתרחשויות חלות הנסיבות המצוינות בסעיף? - קצה החוט העשוי להוביל לפתרון הוא הזכות לפרטיות.

הנה כי כן: הזכות לפרטיות היא, בין היתר, אחת הנגזרות של הזכות לכבוד. הכרה בפרטיות היא ההכרה באדם כפרט אוטונומי הזכאי לייחוד אל מול האחרים. ייחוד זה הוא המאפשר לאדם להתבצר באישיותו כבעלת משמעות הראויה לכיבוד. פרטיותו של אדם היא כבודו וגם קניינו. זוהי המסגרת באמצעותה הוא עשוי, אם הוא בוחר בכך, לפתח את עצמיותו ולקבוע את מידת המעורבות של החברה בהתנהגותו ובמעשיו הפרטיים. זהו "מבצרו" הקנייני, האישי והנפשי.

זכות זו מהווה את אחת מזכויות היסוד של האדם בישראל. היא אחת החירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי והיא אחת מזכויות העל המבססות את הכבוד והחירות להן זכאי אדם

כאדם, כערך בפני עצמו (וראו לעניין זה גם את דבריו של הנשיא ברק בבג"צ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים ואח', פ"ד מח(2) 456, בעמ' 470).

הזכות לפרטיות מהווה אחת מהחשובות שבזכויות האדם (וראו הנשיא ברק בע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס ואח', פ"ד מט(3) 309, 353) ובלשונו של השופט דגלס - את תחילתה של החירות (ראה: (Public Utilities Commission v. Poolack, 343 U.S. 451, 467 (1952)).

הזכות לפרטיות הוכרה עוד מקדמת דנא. מזכיר רק מעט מזעיר ממקורותינו. במשפט העברי מעוגנת הזכות לפרטיות במגוון תחומים. כך נחשב במקרא גילוי סוד לפגיעה הראויה לגינוי: "הולך רכיל מגלה סוד ונאמן רוח מכסה דבר" (משלי, יא, יג).

מכתבים וכתבים זכו גם הם להגנה בדין העברי. כך בין התקנות השונות המצוינות בסוף שו"ת מהר"ם מרוטנברג חלק ד (דפוס פראג) סימן אלף סעיף כב מובא: "חרם שלא לראות בכתב חברו ששולח לחברו בלא ידיעתו...".

הגנת הפרט בביתו זוכה גם היא להגנה, בין אם הגנה כללית: "מיכן לא יכנס אדם לבית חברו אלא אם יאמר לו: 'הכנס'; קל וחומר ממשה" (מדרש לקח טוב, המכונה פסיקתא זוטרית, לויקרא, א, א), ובין אם הגנה לעניין מסוים כגון הגנה משפטית לחייב מפני כניסה של נושה לביתו: "כי תשה ברעך משאת מאומה לא תבוא אל ביתו לעבוט עבטו. בחוץ תעמוד והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה" (דברים, כד, י-יא). לניתוח הדין העברי בהקשר זה ראו נ' רקובר "ההגנה על צנעת הפרט במשפט העברי" הפרקליט כו (תש"ל-תשל"א) 563.

המשפט הישראלי מכיר, כמובן, בחשיבותה הרבה של הזכות לפרטיות. זכות זו מעוגנת בחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו; בסעיף 7 כדלהלן:

7. פרטיות וצנעת הפרט

(א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.

(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".

מחוק היסוד ניתן למתוח קווים לחוקים נוספים המעגלים את חשיבות ערך הפרטיות כזכות פרטית-אישית. כך חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965 (להלן: "חוק איסור לשון הרע"), חוק האזנת סתר, תשל"ט-1979 וחוק הפרטיות, נשוא ענייננו.

חשיבות הזכות לפרטיות, כערך, אינה מוטלת בספק. יחד עם האמור יש והזכות לפרטיות מתנגשת עם זכות אחרת או ערך אחר. במקרה זה יש לבצע איזון בין הזכויות והערכים. תחילתו של האיזון ניכר כבר בחוק הפרטיות.

הכלל הוא כי אין לפגוע בפרטיותו של אדם. יחד עם זאת מקנה החוק הגנות לפוגע בפרטיות במקרים המפורטים שם. גם ההגנות הקבועות בחוק לפוגע בפרטיות, אינן שרירותיות אלא מייצגות איזון בין הזכות לפרטיות לבין אינטרסים חשובים אחרים.

עקרונות אלה ואיזון זה צריכים לעמוד לנגד עיניו של הפרשן המשפטי.

10. משהצגנו את המסד לפרשנות הראויה ובטרם ניתן את ליבנו לסוגיית "תום הלב", נבחן, כאמור, את טענות המערערים לעניין הנסיבות הקבועות בסעיף 18(2).

המערערים טוענים כי קמה להם הגנה על פי הנסיבות המצוינות בסעיף 18(2)(ב) ו-18(2)(ג), קרי, המערערים הם חוקרים פרטיים וככאלה קמה להם "חובה מקצועית" לבצע את עבודתם נאמנה וכי מדובר בהגנה על עניין אישי כשר של הפוגע. במסגרת חובה זו, לטענתם, הם צילמו את המתלוננים.

על אוכלוסיית החוקרים הפרטיים, עליהם נמנים המערערים, מוטלת החובה לפעול "בנאמנות, במסירות ובהגינות" למען שולחיהם. חובה זו מעוגנת בתקנות חוקרים פרטיים ושירותי שמירה (אתיקה מקצועית) התשל"ג-1972. פעולות המערערים, לטענתם, חוסות, הן בצל החובה שנקבעה להם על פי חוק, שאם לא כן לא היו מבצעים את עבודתם נאמנה; מכאן שהם חוסים בצל ההגנה הקבועה בסעיף 18(2)(ב).

טוענים המערערים כי החובה המקצועית הנקובה בסעיף 18(2)(ב) די לה שתנבע מהוראות "סעיף סל" דוגמת הוראות תקנה 1 לתקנות חוקרים פרטיים. משקיימת חובה מקצועית כללית חלה ההגנה ואין,

לטענתם, צורך להוכיח את קיומה של חובה ספציפית בדין המתייחסת במישרין לפגיעה שבוצעה בפרטיות. לענייננו, טוענים המערערים, כי החובה הכללית על פי דין החלה על החוקרים הפרטיים מהווה סוכך המגן על החוקרים הפרטיים בכל מעשיהם. אין צורך על פי הטענה בחובה מקצועית ספציפית האומרת שעליהם "להשיג ראיות למען הלקוח".

זאת ועוד, לטענת המערערים האקלים המשפטי עובר לצילום המתלוננים, תמך וגיבה "צילום ראיות" לשם הצגתן בפני בית הדין הרבני. המשפט העברי, הנוהג בענייני גירושין בבתי הדין הרבניים, מקים צורך להיעזר בתצלומים המהווים ראיה חותכת, על מנת למנוע תשלום מזונות או לכפות גט על בעל סרבן. מכאן שקיים אינטרס ראוי הגובר במקרה דנן על הזכות לפרטיות.

טוענים המערערים כי עיסוקם הוא הוא המטיל עליהם חובה מקצועית להשיג את הראיות המגינות על אינטרס אישי כשר של לקוחותיהם. מכאן שחלה על פי הטענה הנסיבה הקבועה בסעיף 18(2)(ב).

בית המשפט המחוזי, בעניין חתוכה ויכני, קבע כי אמנם על החוקרים הפרטיים לבצע את עבודתם נאמנה ובכך להגן על האינטרס של לקוחם, אולם אין החוק מתיר להם לפגוע בצורה כה בוטה, חריפה ומבישה בזכות לפרטיות ובכבודו של האחר.

בעניין גלעם קבע בית המשפט המחוזי כי מי שטוען להגנה של חובה "מקצועית" צריך להצביע על כך כי הוא רשאי לפעול, במסגרת חובה זו, בנסיבות המיוחדות בהן פעל ואין די בהוכחת חובה כללית כלפי הלקוח. איסוף ראיות הוא אכן חלק מהחובה המקצועית המוטלת על חוקר פרטי, אולם גם חובה זו אסור שתיעשה באמצעים פסולים, כגון קבלת עזרה משוטט בתפקיד בטענות שווא.

מקובלת עלי דעתם של השופטים הנכבדים בבית משפט קמא. כדי לבחון האם המקרה שלפנינו חל בנסיבות הקבועות בסעיף 18(2)(ב) יש לבדוק את הפגיעה בפרטיות מחד ואת מהות החובות החוקיות והמקצועיות מאידך.

ה"חובה המקצועית" נושאת אופי כללי כאשר את תוכנה יש ליצוק בהתאם לנסיבות ולאינטרס המוגן. לא די בחובה מקצועית כלשהי. בענייננו אין די בהצבעה על חובת האמון בין חוקר ללקוחו. לא כל פעולה שיבצע חוקר תיזכה להגנה. יש לבחון באלו נסיבות חוקר פולש לרשות הפרט ומצלם את יושבי הבית, מבצע את "חובתו המקצועית" על פי החוק ולכן זכאי להגנה.

באיזון בין זכותו של אדם לפרטיות לאופן בו "נאספו הראיות" במקרים שלפנינו, ידה של הזכות לפרטיות תהא על העליונה.

11. באילו מקרים נאמר כי חובה מקצועית חוקית או מוסרית גוברת על הזכות לפרטיות? - כל מקרה ונסיבותיו. לא נוכל לקבוע קנה מידה המתאים לכול. אך נציין כמה דוגמאות. ניטול לדוגמא מקרה בו עובר אדם ליד בית ושומע קריאה לעזרה או רואה פגיעה או סכנת פגיעה. במקרים אלה אם יכנס לבית יפגע בפרטיות יושביו, אולם האינטרס למנוע פגיעה אפשרית ולעזור לזקוקים לעזרה בתום לב, אכן גובר במקרה זה על הזכות לפרטיות. בתרחישים אלה יזכה הפוגע להגנה במסגרת סעיף 18(2)(ב). כך גם רופא הנקלע לתאונה במקום ציבורי ייחנה מהגנת הסעיף במידה ויאלץ להסיר מנפגע את בגדיו לעין כל רואה, לצורך בדיקה. אין ספק כי ערטול אדם מבגדיו לעין כל פוגע בפרטיות, אולם על הרופא חלה חובה מקצועית, מוסרית וחברתית לסייע לנפגע ואם יעשה כן יזכה להגנת החוק, באשר נעשה "בתום לב". גם לגבי חוקר ניתן לחשוב על מקרה בו הוא יתלווה לבן-זוג המתגורר בדירה משותפת כדי להיות עד להתנהגות נלוזה של בן הזוג, תוך פגיעה בפרטיות של בן זוג זה. מקרה כזה אפשר שיש בו "תום לב" ואף עניין אישי כשר.

עוצמת הפגיעה במקרים שלפנינו והנסיבות בהן בוצעו הפגיעות, מחייבות את המסקנה כי צילום אדם בחדרי חדרים במצב אינטימי אינו מהווה חובה מוסרית או מקצועית שנעשה בתום לב ומכאן שאין המערערים מצויים בגדרו של סעיף 18(2)(ב). מה עוד שהפגיעה בפרטיות נעשתה תוך ביצוע עבירות משמעותיות ובעיקר תוך פגיעה גופנית ומרמה.

המערערים טוענים, כאמור, כי קמה להם הגנה "בנסיבות המתוארות בסעיף 18(2)(ג) שכן צילום המתלוננים נעשה על מנת להגן על עניין אישי כשר של הפוגע", לקוחות המערערים, באמצעות שלוחיהם, המערערים.

על פי המערערים, הוכחת עילת הניאוף בבית הדין הרבני, באמצעות הצגת צילומים, הנה בגדר "עניין אישי כשר" של בן הזוג המבקש להוכיח את עניין הניאוף.

לטענת המערערים הוכחת עילת הניאוף בבית הדין הרבני יכולה להיעשות אך ורק, או בעיקר, על ידי העדת שני עדים נוכחים או הצגת תצלומים בפני בית הדין, המחזקים נאמנה את מעשה הניאוף. לבית הדין

הרבני דרוש חומר ראיות זה על מנת שתתגבש עילת גירושין ותקבענה סנקציות נגד הזוג שנתפס במעשה הניאוף.

לטענתם ראייה כזו מייצגת אינטרס כשר הקשור ללקוחותיהם, שכן ייתכן ותחסוך להם חובת תשלום מזונות לבן הזוג. כך עשויות הסנקציות לייצג את האינטרס הקשור ליכולתם של הלקוחות להתקשר בקשרי אישות עם אחרים אם יקבלו גט או היתר נישואים. אינטרס זה מהווה, לטענתם, "עניין אישי כשר" ועל כן חוסה הפגיעה תחת הגנתו של סעיף זה יחד עם ההגנה לפי סעיף 18(2)(ב) או בפני עצמה.

לחיצוק עמדתם מצינים המערערים את ע"ש (י-ם) 31/92 פריש נ' ועדת הרישוי לפי חוקרים פרטיים ושירותי שמירה, פ"מ תשנ"ב (2) 508, שם קבע השופט צבי טל הנכבד כי עובדת בגידתה של האשה רלוונטית לעניין הליכי גירושין; על כן חוקר שצילם בני זוג במיטה בחדר מלון נהנה מהגנת סעיף 18(2)(ג). כך גם מצינים המערערים את דעתה של כב' השופטת סירוטה בת.א. (ת"א) 285/90 פלונית נ' אלמוני, תקדין (99/3), תקדין-מחוזי, כרך 92 (1), 617, שם נפסק על ידי כבוד השופטת כי לנתבע היה אינטרס לגיטימי בצילום תמונות שצולמו על ידי חוקר פרטי.

העמדות האמורות אינן מקובלות עלי לגבי מעשים כגון אלה, כל עוד לא יקבע כי הם נעשו בתום לב, אף כי אותם המקרים המובאים לעיל אינם מגיעים בחומרתם למקרים שלפנינו.

עניין הרלבנטיות לעניין מהות הדיון ונטל הבאת הראיות בבית הדין או בבית המשפט אין בו להכשיר פגיעה.

בהגנות שהחוק העניק לפוגע הוא היה נדיב דיו, בהתחשב שמדובר בערך כה חשוב כמו הגנת הפרטיות, ויש בו איזון מתאים בין הערכים המתנגשים. מעבר לכך אין להתיר פגיעה. הרלבנטיות להליכי משפט - אין בהם כדי להתיר פגיעה בפרטיות באף אחת מההגנות, אם המעשים נעשים שלא בתום לב. הרלבנטיות ואף "ההכרח" מבחינת אותו צד להביא ראיה כזו כדי להצליח במשפט, אין בה כדי להכשיר את הפגיעה מטעם זה.

הצלחה של צד בדיון אינה מחויבת המציאות והצדק אם אין בידי הצד ראייה מספקת על פי אותו דין בו מתנהל המשפט ויהא זה במשפט אזרחי או בבית-דין דתי. "רכישת" אותה ראייה בדרך של הפרת החוק או ביצוע עבירה - אינה הופכת את המעשה הרע לתום לב. אין בכך טענה כשרה ומספיקה לעניין זיכוי מאותה

הפרה, אף אם אין דרך אחרת להשגת אותה ראייה שבלעדיה לא תצלח דרכו; וזאת בין אם המדובר במסמך כלשהו שאינו יכול להשיגו, אלא בביצוע עבירה ובין בהשגת ראייה במעמד עדים או בתיעוד בתצלום, הנעשים שלא בתום לב.

כבר אמרו רבותינו "שב ואל תעשה עדיף..." (עירובין, ק, א); היינו עדיף אף לא לעשות מצווה, אם היא כרוכה בביצוע עבירה. על אחת כמה וכמה שאין מדובר ב"מצווה".

בשולי הדברים נוסיף כי לעניין הבאת ראייה הפוגעת בחוק נקבע הסדר בסעיף 32 לחוק. בית המשפט הדן בעניין יחליט כפי שנאמר שם:

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

ראו גם דברי השופט ד' חשין בע"ש (י-ם) 42/93 ליברמן נ' ועדת הרישוי לפי חוק החוקרים הפרטיים, פ"מ תשנ"ה (א) 285, 298 בהסתייגו מדברי השופט טל בעניין פריש כי יש להתחשב ברלבנטיות של הראייה הדרושה להליכי הגירושין:

"... בכל הכבוד הראוי לדברים אלה ולאומרם, אין אני מסכים עמם. לפי השקפתי המשפטית, כמעט שאין יכול להתקיים אינטרס לגיטימי של מאן שהוא להפר את חוק הגנת הפרטיות על-ידי צילום זוג המתנה אהבים מרצון ברשות היחיד".

חוק הגנת הפרטיות בוודאי לא בא להקל, מעבר למה שנקבע בו, בפגיעה בפרטיות וכבר ציינתי שהחוק היה נדיב מאוד במתן הגנות, אף שהכפיף הגנות אלה לתנאים מסוימים והכל במסגרת פעילות שב"תום לב". לפיכך גם אין לטעון מעבר להגנות אלה, כי יש להעדיף את הצורך בהשגת ראיות על דרישת "תום הלב", כפי שאמרנו לעיל. נציין גם כי הטענה שלא ניתן להשיג ראיות טובות על פי הדין הדתי, במקרה זה, אלא תוך פגיעה נפשעת בפרטיות, לא רק שאין בה להועיל, כפי שנאמר לעיל, אלא שהיא גם לא "כצעקתה". ראה למשל בספרו של ב' שרשבסקי **דיני משפחה** (מהדורה שלישית, תשמ"ד) בעמודים 406-402, דרכים חלופיות רבות להשגת המטרה מבלי לפגוע פגיעה אסורה לפי חוק הגנת הפרטיות.

12. ישנה גם חשיבות לעוצמת הפגיעה.

עוצמת הפגיעה ורמתה נמדדת בענייננו בדרך ובמקום בו בוצעה, קרי, חדירה לביתו של אדם, מקום בו הוא מצפה לממש את ה"אני" האוטונומי שלו, בד' אמותיו, בהן הוא רשאי לעשות כרצונו ללא הפרעה ובמקום המבטא במידה רבה את עצמיותו; עד שהוא הופך, כמעט, לחלק בלתי נפרד ממנו.

שנית, לא מדובר בחדירה לבית סתם, אלא פגיעה בפרטיות בעניינים שבינו לבינה. כך בעניין חתוכה ויכניו חדרו המערערים לחדר השינה של המתלוננים וצילמו אותם במצב אינטימי ואף פגעו בהם פגיעה פיזית. בעניין גלעם אמנם אין המערער מגיע עד למיטת בני הזוג, אולם עדיין עצם הכניסה לבית וצילום ידידת המתלונן, באמצעות הבאת שוטר לסיוע, בטענות שווא, מהווה פגיעה חמורה בנסיבות בהן התרחשה הפגיעה.

מעשי המערערים, בענייננו, אינם חוסים תחת הגנת ה"עניין האישי הכשר".

טוענים המערערים להגנה הקבועה בסעיף 18(2)(ד) לחוק; הפגיעה נעשתה, לטענתם, תוך ביצוע עיסוקם כדין ובמהלך עיסוקם הרגיל. לטענת המערערים יש לקרוא את המונח "כדין" כחל על העיסוק ומשלח היד של הפוגע ולא על דרך הביצוע במקרה המסוים. פרשנות אחרת לטענת המערערים מרוקנת את הסעיף מתוכנו שכן נקודת המוצא היא שהמעשה שנעשה, אינו כדין, קרי, היתה פגיעה בפרטיות. צריך, אם כן, לדעתם, שהעיסוק יהיה כדין. עיסוק הוא כדין לטענת המערערים אם הוא מוסדר בהוראות דין כלשהו. בענייננו מוסדר עיסוק החוקרים הפרטיים בחוק החוקרים הפרטיים ומכאן שעשייה במסגרת עיסוק זה חוסה תחת ההגנה הגלומה בסעיף הנ"ל.

המערערים מוסיפים גם מדברי ההסבר להצעת חוק הגנת הפרטיות, תש"ם 1980-, ה"ח 206, שם נאמר כי פסקת משנה (ד) מטרתה להגן, בין השאר, על איסוף ידיעות, באמצעות חוקרים פרטיים, הנחוצות לשם אינטרסים לגיטימיים של לקוחותיהם.

"מהלך העבודה הרגיל" אליבא דמערערים פירושו: כל פעולה הננקטת על ידי בעל מקצוע על דרך השיגרה, המהווה חלק אינטגרלי מעבודתו ושבוני אדם רגילים וסבירים רואים בפעולה זו דרך מקובלת.

איני יכול לקבל פרשנות זו של המערערים. קבלת פירוש המערערים לסעיף מרוקן אותו מכל תוכן ופורץ את גדרו לארבע רוחות השמיים.

על פי הפירוש המוצע על ידי המערערים, די שאדם יעסוק במקצוע כדין ומיד יוכל לפגוע בפרטיות הבריות כאוות נפשו. אכן מקצוע החוקרים הפרטיים, כמקצוע הרפואה ועריכת הדין מוסדר בדין; יחד עם האמור אין בעלי מקצוע אלה רשאים לפגוע בפרטיות מעצם עיסוקם. הפגיעה תיבחן בהתאם לנסיבות בהן התרחשה הפגיעה, על פי הוראות חוק הגנת הפרטיות ובכפוף ל"תום הלב", המהווה את התנאי העיקרי והראשוני להגנה.

הפרשנות הראויה היא כי לא העיסוק צריך להיות "כדין", אלא שבמסגרת העיסוק, לא עובר הפוגע על הוראה הקבועה "בדין". על פי סדרם של דברים ניפנה לסעיף ההגנות רק לאחר שבוצעה פגיעה בפרטיות. מקשים המערערים ושואלים כיצד נאמר כי "הפגיעה בוצעה על פי דין" והרי "פגיעה בדין" מהווה חלק מהתהליך שהוביל אותנו לבחינת סעיף 18(2)(ד)? - התשובה היא כי עצם הפגיעה בפרטיות, כלולה במסגרת ההגנות ובכפוף להן; עם זאת יש לבדוק האם מלבד אותה פגיעה עסק העוסק במקצוע כדין. כך לדוגמה עיסוק במקצוע חוקר פרטי הוא עיסוק כדין, עם זאת, כאשר חוקר פורץ לבית כדי להשיג ראיה אין לומר כי הוא מבצע את תפקידו כדין; כאן יש לבדוק את דרך הביצוע, בכפוף להוראות הדין להן הוא כפוף, ובין היתר חוק הגנת הפרטיות. אותו חוקר ככל עבריין מבצע עבירה ובפעולה זו אם הוא פוגע בפרטיות מאן דהוא וודאי שלא יזכה להגנות הקבועות בחוק הגנת הפרטיות, רק משום שעסק במקצועו כדין, אלא אם מבחינת אותו חוק חלה עליו ההגנה הרלבנטית.

מהלך העבודה הרגיל עשוי להשתנות ממקצוע למקצוע, ברם נראה כי מדובר בפעולות יום יומיות העונות על כללי ההתנהגות הראויה של הציבור בכלל ושל בעלי המקצוע בפרט. הקביעה האם פעולה מסוימת עונה על דרישת מהלך העבודה הרגיל תלויה בנסיבות כל מקרה ומקרה והיא תיבחן לאור מכלול הגורמים הנוגעים הן לאופי עיסוק הפוגע והן לאופן ביצוע הפעולה באותו עניין.

בענייננו הורשעו המערערים לא רק בפגיעה בפרטיות, אלא אף בעבירות נוספות שליוו את פעולותיהם. המערערים הורשעו בעוד עבירות: חתוכה, בהשגת גבול, גרם חבלה חמורה, היזק בזדון ותקיפה חבלנית, ימיני, באותה פרשה, בהשגת גבול וגרם חבלה חמורה וגלעם בפרשה האחרת בקבלת דבר במרמה.

גם מכאן אי-אפשר שתתקבל טענת המערערים כי הפגיעה בפרטיות נעשתה תוך ביצוע עיסוקם כדין

ובתום לב.

ומהו מהלך העבודה הרגיל בענייננו? - מבלי לקבוע קנה-מידה כולל, ניראה בעליל כי חדירה כה גסה ובוטה לחדרי חדרי של אדם, תוך ביצוע עבירות נוספות, אינה יכולה להוות מהלך עבודה רגיל של מקצוע כלשהו. פגיעה אלימה ברגעי ההתייחדות של בני זוג במצב אינטימי אינה יכולה להוות מהלך עבודה רגיל, שכן היא מייצגת נורמה פסולה הפוגעת בפרטיות, נורמה שיש לעקרה מהשורש.

אשר על כן לא חוסים המערערים בהגנת סעיף 18(2)(ד).

כיוון שכך אין המערערים עונים על אף אחת מהנסיבות המקנות הגנה על פי סעיף 18 לחוק.

13. אולם, כאמור, העיקר הוא שהמערערים אינם עוברים את מחסום "תום הלב" שברישא לסעיף 18(2) לחוק ונכשלים בניסיונם לעבור את הרף שהוצב להם.

מושג "תום הלב" אינו מושג בעל משמעות אחידה (ראו בג"ץ 59/80 **שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע בע"מ ואח' נ' בית הדין האזורי לעבודה**, פ"ד לה(1) 828, 833), הדן בעניין "תום לב" לעניין חוק החוזים. המושג יונק את משמעותו על פי ההקשר בו הוא נבחן (ראו גם דברי הנשיא ברק בע"א 788/79 **ריימר נ' רייבר**, פ"ד לו(2) 141, 148) (להלן: "עניין ריימר"). לעניין זה יש לתת את הדעת הן לחשיבות מושג "תום הלב" כערך מרכזי בתפיסתנו המשפטית (ראו ד"נ 566/81 **פנידר נ' קסטרו**, פ"ד לז(4) 673, 687) והן לתחום המקרים הנרחב בו ניתן למקם את מובנו.

ראוי גם לעניין "תום לב" לתת את הדעת לחוק איסור לשון הרע בדנ"א 7325/95 **ידיעות אחרונות ואח' נ' יוסף קראוס ואח'** (טרם פורסם), תקדין (99/3), תקדין-עליון, כרך 98(2), 1352.

לעניין זה ראו גם את ספרו של אורי שנהר **דיני לשון הרע** (תשנ"ז), בע' 260:

"המשמעות הפשוטה של המונח 'תום לב' היא התנהגות מוסרית תוך הקפדה על יושר והגינות... משמעות המונח 'תום לב' שבסעיף 15 לחוק איסור לשון הרע אינה זהה למשמעות מקובלת זו של המונח..."

ל"תום הלב" משמעות כפולה. מחד ניתן לייחס לו משמעות סובייקטיבית; מצב נפשי פנימי המקנה הן לכוונה והן למעשה משמעות אישית הגונה וחסרת כוונה רעה; מאידך ניתן לייחס ל"תום הלב" משמעות

אובייקטיבית, כלומר, רמת התנהגות ראויה כללית של חברה תרבותית ונאורה ללא קשר ישיר למצבו הנפשי של האדם הפועל למעשה. על פי המבחן האובייקטיבי נייחס "תום לב" לאדם כאשר פעולותיו מצויות במסגרת אותה נורמה כללית. לעניין זה ראו גם א' ברק **פרשנות במשפט** (תשנ"ג, כרך ג), בע' 550.

המשמעות שיש להקנות ל"תום הלב", צריך שתתקיים על רקע תכליתו של ערך (ולא "מושג") זה, במסגרת המשבצת המשפטית בה הוא נמצא. בהקשר מסוים תהיה תכליתו סובייקטיבית ובהקשר אחר ראוי שמשמעותו תהייה אובייקטיבית. כן ניתן לנקוט גם במבחן "מעורב" בו נדרוש הן כוונה סובייקטיבית נאותה והן עמידה בסטנדרט התנהגות אובייקטיבי, היינו מבחן מעורב "סובייקטיבי אובייקטיבי".

טוענים המערערים כי "תום הלב" של הפוגע בפרטיות הוא "תום לב" סובייקטיבי. כך מבקשים המערערים, לאור עניין ריימר, שם נקבע כי סעיף 15(8) לחוק איסור לשון הרע, דורש תום לב סובייקטיבי, לגזור גזירה שווה לענייננו.

בטרם ייבדק "תום הלב" לגבי כל הגנה והגנה בחוק הפרטיות הרי יש לבדוק את "תום הלב" בדרישה המקדמית הקודמת להגנות. נראה לי כי המבחן הוא מעורב, "סובייקטיבי-אובייקטיבי", אף כי אני מוכן לקבל שהחלק הסובייקטיבי תהיה לו השפעה רבה יותר על פי תכליתו של חוק זה והאיזון בין האינטרסים השונים של הערכים המובאים בשיקול הקביעות השונות שבחוק.

14. במקרה שלפנינו גם אם נצא מההנחה שמדובר ב"תום לב" סובייקטיבי בלבד, הרי שגם ברמה זו לא עמדו המערערים. המערערים חתוכה ויכני ידעו מראש, בתכנון הפעולה עם הבעל שהזמין את שירותם, כי עלולה להיות התקלות פיסית (כפי שטען הסניגור עו"ד אורן בפנינו). גם בעניין ג'ק גלעם משביקש זה את עזרת השוטר תוך מילוי תפקידו, במרמה ובתואנת שווא, לסייע לאשה בהוצאת הבגדים, נמוג וחלף עם הרוח "תום הלב", אם היה כזה. מכאן נחזור, בקצרה, גם מעבר לדרוש, להגנות הספציפיות, אף כי קבענו כבר שהמערערים לא עברו את סף "תום הלב" הראשוני.

בהנחה ש"תום הלב" הוא סובייקטיבי טוענים המערערים שהם אמנם הוכיחו את תום ליבם שכן פעלו בלא כוונת זדון, אלא לטובת הלקוח בלבד; כמו כן האמינו, באמת ובתמים, כי הצילומים שצילמו דרושים למטרה נאותה. לראייה מציינים המערערים כי פעולות דוגמת הפעולה בה נקטו בוצעה פעמים רבות בעבר, ללא כל הפרעה ואף תוך "הכשר משפטי" שנלמד מפסקי דין בעניינים דומים שניתנו באותה תקופה.

כיוון שכך מבקשים המערערים מבית המשפט לקבוע כי הם עברו את משוכת דרישת "תום הלב" הנדרשת לבחינת הנסיבות המקנות הגנה מפני הפגיעה בפרטיות.

פרשנות מונח "תום הלב", הלכה למעשה, כפי שראינו, מורכבת. דרישת תום הלב אינה זהה וחד משמעית בכל ההגנות המופיעות בסעיף. יש לבחון כל הגנה לגופה, לעיין בתכליתה ובשילובה במערך ההגנות. רק לאחר בחינה זו ניתן לקבוע את מהות "תום הלב" הנדרש בכל הגנה והגנה.

נבחן, אם כן, את ההגנה הקבועה בסעיף 18(2)(ב), פגיעה בנסיבות בהן הייתה מוטלת על הפוגע חובה חוקית, חברתית או מוסרית לעשותה. יש לבדוק מהו האינטרס הגלום בהגנה זו וכן באילו מקרים נכיר בפגיעה בפרטיות כעדיפה על "אי פגיעה"?

אם נבחן את סעיף 18(2)(ב) במשקפי "תום הלב" הסובייקטיבי, עדיין אין המונח בנוי כמקשה אחת. "תום הלב" יכול להתייחס לאלמנטים שונים. כך ניתן לבדוק האם הפוגע סבר בתום לב לפני ובזמן הפגיעה, כי מתקיימת ההגנה הקבועה בחוק. אם הפוגע סבר כי הייתה מוטלת עליו חובה כלשהי לבצע פעולה העשויה לפגוע בפרטיות, הוא תום לב על פי קריטריון זה, תוך בדיקת הדרך בה בחר לבצע פגיעה זו.

"תום הלב" יכול גם להתייחס לתפיסתו הסובייקטיבית של הפוגע באשר לנקיטה באמצעים כדי לצמצם את הפגיעה. כך גם אם נניח כי אכן הייתה על הפוגע חובת פעולה, אולם הוא לא האמין, בלבו פנימה, כי עשה כל שביכולתו בנסיבות העניין כדי לצמצם את הפגיעה, נוכל לקבוע כי הפוגע לא פעל בתום לב.

אפשרות אחרת יכולה להתייחס ל"תום הלב" הסובייקטיבי בהקשר למכלול מעשים בהם מצויה גם הפגיעה בפרטיות. כך אם במהלך ביצוע מעשה עבירה, בידועין, פוגע עבריין בפרטיות כשהוא סבור שבמקרה זה ולעניין הפגיעה בפרטיות בלבד, קמה לו הגנה, נוכל לומר כי חוסר "תום הלב" במסגרת מעשה העבירה משפיע על "תום הלב" לעניין עבירת הפרטיות. במקרה זה נומר כי הפוגע אינו פועל ב"תום לב".

לא בכל המקרים ובכל ההגנות צריך שהקריטריונים הסובייקטיביים יבואו במצטבר. אין הכרח כי בכל מקרה ומקרה נדרוש שהפוגע יהא סבור שהוא רשאי לבצע את הפעולה, שיאמין שנקט בכל הפעולות לצמצום הפגיעה וכי פעל בתום לב בכל הפעולות שביצע בסמיכות לפגיעה. הדרישה הסובייקטיבית תהיה תלויה במהות ההגנה. נקנה משמעות לשאלה האם הפוגע סבר כי נקט בכל הפעולות לצמצום את הפגיעה וכן האם היה או לא היה תום לב במעשים נילווים לפגיעה בפרטיות עצמה.

14. בענייננו אין המערערים עומדים בשתי הדרישות הסובייקטיביות. ראשית, אין המערערים יכולים לטעון כי סברו שנקטו בכל פעולה שיש בה כדי לצמצם את הנזק. בעניין חתוכה ויכני חדרו המערערים וחוקרים נוספים לחדר השינה של המתלוננת, רדפו אחריה לחדר הארונות כשהיא מעורטלת. במקרה זה המערערים לא יכלו לחשוב שדרכם היא הדרך בה הפגיעה בפרטיות המתלוננת היא הקטנה ביותר יחסית לצורך לאיסוף ראיות; אלא יש לקבוע כי הם היו להוטים לפגוע פגיעה מירבית בפרטיותה. כמו כן לעניין העבירות הנלוות לא יכלו המערערים לחשוב כי האלימות או דרכי הרמייה בהם נהגו, הם דרך ההתנהגות הראויה. נהפוך הוא, את העבירות ביצעו החוקרים בידועין, במהלך ההכנות שקדמו לפגיעה המתוכננת בפרטיות. מכאן ש"תום הלב", הסובייקטיבי היה מהם והלאה.

לאור האמור לעיל אין לקבוע כי המערערים נהגו ב"תום לב" לעניין ההגנה הנקובה בסעיף 18(2)(ב).

גם לעניין סעיף 18(2)(ג) טוענים המערערים, כי יש לבחון את תום ליבם במבחן סובייקטיבי וכי המדד לקביעה האם היו תמי לב אם לאו, תלוי בתשובה לשאלה: האם חשבו שהעניין שבשמו פגעו בפרטיות היה כשר ותו לא. לטענת המערערים אין חולק כי סברו שהפגיעה מותרת, שכן העניין האישי הכשר הוא איסוף הראיות. לחיזוק טיעונם כי היו תמי לב באמת ובתמים, מציגים המערערים את הנורמה בקרב חוקרים פרטיים עובר למעשיהם ואת ההכרה, שניתנה על ידי שופטים לחשיבות השגת חומר ראיות.

גם אם אקבל את טענת המערערים כי אכן סברו שהעניין לשמו הם פועלים היה כשר, כלומר הם סברו כי איסוף ראיות לצורך דיון בפני בית הדין הרבני מצדיק פגיעה בפרטיות, גם אז נבדוק את ההגנה במבחן "תום לב" הסובייקטיבי. לעניין זה יש לבחון מספר רכיבים הנוגעים להלך מחשבתם של המערערים בהקשר זה. כאמור, יש לבחון האם המערערים סברו שהעניין האישי אכן היה כשר. על שאלה זו עניתי בחיוב. רכיב אחר הראוי לבדיקה הוא האם המערערים סברו כי נקטו בכל האמצעים הראויים כדי לצמצם את הפגיעה ככל האפשר. כך יש גם לבחון האם המערערים סברו כי במידה ואין אפשרות לצמצם את הפגיעה בפרטיות במסגרת ה"עניין הכשר", האם מידת הפגיעה והיקפה ראויים, לעומת אופי הפעולה הנדרשת וחשיבות העניין הכשר. כך יש גם לבחון בענייננו את אופי ההתרחשויות ואת דרך הפעולה והביצוע שפגעה בפרטיות ואת "תום הלב" של המערערים במסגרת אותן התרחשויות.

עוד יש לבחון האם המערערים סברו כי ניסו לצמצם את הפגיעה ככל האפשר על מנת להשיג את הראיות ללקוחותיהם. התפרצות אלימה לחדר השינה ותיעוד בני הזוג, במצב בו היו, למרות מחאותיהם, אינם

מתיישבים עם טענת המערערים. גם אופי ההתרחשויות הכולל עבירות מעבירות שונות אינו מתיישב, בלשון המעטה גם, עם "תום לב" סובייקטיבי.

הנה כי כן: אין המערערים תמי לב לצורך הסתייעות בהגנה הנקובה בסעיף 18(2)(ג), אף מהבחינה הסובייקטיבית.

טרם נבחן את תום הלב לעניין ההגנה בסעיף 18(2)(ד) נדגיש כי מצאנו באופן חד משמעי שהמערערים אינם תמי לב על-פי התנהגותם לעניין ההגנות בסעיף 18(2)(ב) ו- 18(2)(ג). נציין רק שלעניין מידת הראיות קובע סעיף 20 לחוק חזקות המורכבות מאלמנטים סובייקטיביים ואובייקטיביים ומעביר את נטל ההוכחה לעניין תום הלב וזאת בשלב הראייתי. סעיף 20(א) קובע כי אם הוכיח נאשם שעשה את הפגיעה באחת הנסיבות שבסעיף 18(2) וכן שהפגיעה לא חרגה מהסביר חזקה עליו שעשה את הפגיעה בתום לב. המבחן הוא אובייקטיבי שכן "פגיעה החורגת מתחום הסביר" נמדדת לא על פי רחשי ליבו של הנאשם כי אם על פי קריטריונים אובייקטיביים; והיה והנאשם אכן הוכיח את האמור, חזקה שעשה את הפגיעה בתום לב. חזקה זו ניתנת לסתירה, אולם נטל ההוכחה לסתור את החזקה במקרה זה הוא על התביעה.

סעיף 20(ב) ענינו בחזקה שהנאשם עשה את הפגיעה בפרטיות שלא בתום לב. חזקה זו תתקיים כאשר יוכח שהנאשם פגע ביוזעין במידה גדולה משהייתה נחוצה באופן סביר לצורך העניינים לשמם ניתנה ההגנה בסעיף 18(2).

כלומר, לענייננו די היה להוכיח שהמערערים היו מודעים לחוסר האיזון בין מידת הפגיעה בפרטיות לבין ההגנה. ככל שהאינטרס העומד מאחורי ההגנה "חזק" יותר כך יקשה על התביעה להקים את החזקה. בשתי הפרשות המצויות לפנינו גם אם לא הייתי קובע את חוסר "תום הלב" הראשוני של המערערים, עדיין לא היה ספק שפגעו ביוזעין במתלוננים יותר משהיה נחוץ. כך לגבי ההגנות בסעיפים 18(2)(ב) ו- 18(2)(ג) וכך גם לעניין ההגנה בסעיף 18(2)(ד) שתדון להלן.

סעיף 18(2)(ד) ענינו בפגיעה שנעשתה תוך ביצוע עיסוקו של הפוגע כדין ובמהלך עבודתו הרגיל. טוענים המערערים כי סברו שעיסוקם כחוקרים פרטיים מקנה להם הגנה גורפת שכן לשיטתם די שהעיסוק יהיה כדין כדי שההגנה תחול על העוסק. המערערים גם טוענים שהאמינו כי צילום המתלוננים בנסיבות כפי שצולמו, הוא בגדר מהלך עבודתם הרגיל שכן הן הם והן עמיתיהם למקצוע נהגו להשיג ראיות לדיונים בבתי דין רבניים, באופן זה, לעתים קרובות.

גם כאן צריכים המערערים להוכיח מספר אלמנטים סובייקטיביים כדי שיחשבו תמי לב. ראשית, על המערערים לסבור כי אינם עוברים על דין כמו גם כי מעשיהם באותה סיטואציה מהווים חלק ממהלך עבודתם הרגיל. שנית, המערערים צריכים להוכיח כי סברו שעשו ככל יכולתם כדי להפחית את הפגיעה וכי סברו שהפעולה אכן מצדיקה את הפגיעה. שלישית, יש לתת את הדעת לתום הלב של המערערים בנסיבות האירוע.

כאמור, בבחינת "תום הלב" כמו בהגנות הקודמות שהעלו המערערים גם מהגנה זו לא יוכלו המערערים להיוושע. חומרת המעשים, העבירות הנלוות והאופן בו בוצעה פגיעה כה גסה בפרטיות המתלוננים מונעים מהמערערים את טעות "תום הלב" הדרוש.

אשר על כן לא היו המערערים תמי לב גם לעניין עיסוקם ומהלך עבודתם הרגיל על פי ההגנה הנקובה בסעיף 18(2) לחוק.

15. הערעור שלפנינו נסב סביב ההגנות הקבועות בחוק הפרטיות ותום ליבם של המערערים. לצורך הבדיקה נזקקנו לבחינת העקרונות הגלומים בזכות לפרטיות בכלל ובחוק הפרטיות בפרט. את העקרונות האמורים בחנו אל מול האינטרסים המיוצגים על ידי ההגנות הקבועות בסעיף 18(2) לחוק, על פי תכלית החקיקה בהתייחסה לערך זה מול הערכים האחרים.

במקרים שהובאו לפנינו, פעולת המערערים מהווה פגיעה חמורה בעניינים שהצנעה יפה להם, עניינים שאינם מהווים את אחת הנסיבות הדרושות לקיום ההגנה. בחנו גם את תום ליבם הראשוני של המערערים ואת תום הלב בכל אחת ואחת מההגנות. המערערים לא היו תמי לב ועל כן קבענו כי אינם עוברים מלכתחילה את השער הראשון הדרוש לקיום ההגנות, על פי סעיף 18(2) לחוק.

המערערים טענו, כפי שצינו לעיל, טענות רבות באשר לחלוף העתים והחמרת הגישה בחוק ובפסיקה לאחר מועד ביצוע העבירות ועד למועד הערעור; כך גם טענו כי עובר לצילום המתלוננים לא היה קיים קוד אתי או סוג אחר של הנחייה לדרך הראויה להתנהגות המערערים. טענות אלה של המערערים עניין להם עם העונש והם לא נשארו ללא מענה בבית המשפט קמא. טענות אלה נשקלו במשקל עונשם של המערערים, באופן שאין גם מקום להתערב בגזרי הדין.

לאור האמור לעיל אני מציע, איפוא, לחבריי הנכבדים לדחות את הערעורים.

ש ו פ ט

השופט א' מצא:

רשות הערעור שניתנה למערערים בע"פ 2963/98 ובע"פ 3191/98 הוגבלה להרשעתם בעבירה לפי סעיף 2(3) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א 1981-, ובהקשר זה רק לשתי שאלות: האם למי מהם עומדת איזו מן ההגנות הקבועות בסעיפים 18(2)(ב), 18(2)(ג) ו-18(2)(ד) לחוק? והאם אמת המידה לבחינת קיום תום הלב, הנדרש לתחולת איזו מן ההגנות לפי סעיף 18(2), הינה סובייקטיבית או אובייקטיבית? מערערים אלה לא קיבלו רשות-ערעור על הרשעתם בעבירות הנוספות, בהן נקבעה אשמתם על-ידי ערכאות קמא, והרשעתם בעבירות הנוספות (בכללן הסגת גבול ועבירות תקיפה שיש עימן גרימת חבלה) היא סוף פסוק. רשות הערעור שניתנה למערער בע"פ 5026/97 לא הוגבלה להרשעתו בעבירה לפי סעיפים 2(1) ו-2(3) לחוק הגנת הפרטיות; ובהודעת הערעור שהוגשה מטעמו אמנם השיג סניגורו גם על צדקת הרשעתו של מערער זה בעבירה של קבלת דבר במירמה, לפי סעיף 415 לחוק העונשין. אך חלק זה של הערעור, שהסניגור המלומד נמנע מלחזור עליו בטיעונו לפנינו, אינו מגלה עילה להתערבותנו. הרשעתו של מערער זה בעבירה של קבלת דבר במירמה מבוססת על הכרעה עובדתית מיוסדת היטב של בית-משפט השלום. בדיון, לדעתי, סירב בית המשפט המחוזי להתערב בהכרעה זו. מקל וחומר מתחייב, שהרשעתו בעבירה זו, כשלעצמה, לא הצדיקה מתן רשות להגשת ערעור נוסף לבית-משפט זה. טענותיו של מערער זה נגד הרשעתו בעבירות של פגיעה בפרטיות אינן שונות במהותן מטענות שני המערערים האחרים, והשאלות שהרשעתו זו מעוררת אינן שונות מאלו שלגביהן ניתנה למערערים האחרים רשות-ערעור.

שלושת המערערים לא חלקו, כי מעשיהם פגעו בפרטיותם של המתלוננים. עם זאת טענו, כי עשו את המעשים בנסיבות המעמידות להם הגנה לפי אחת, או יותר, מתוך חלופות (ב), (ג) ו-(ד) של סעיף 18(2) לחוק הגנת הפרטיות. כדי להצליח בטענה זו היה עליהם להראות כי עשו את המעשים הפוגעים בתום לב באחת הנסיבות האמורות. אני סבור, כי איש מהמערערים אינו יכול להישמע בטענה כי עשה את מעשהו בתום לב; ובכך, לדידי, מתייתר הצורך לבחון אם מי מהמערערים עשה את מעשה הפגיעה באיזו מן הנסיבות המתוארות בסעיף 18(2).

מקובלת עליי, אמנם, טענת הסניגורים המלומדים, כי את 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. אך מקום שלפגיעה בפרטיות מתלווה ביצוע עבירה של מחשבה פלילית, שהיא אינהרנטית לפגיעה בפרטיות, שוב אין הפוגע יכול להישמע בטענה שהפגיעה בפרטיות בוצעה על-ידי בתום לב. קיומה של מחשבה פלילית שולל, מניה וביה, את קיומו של תום לב. ומקום בו נקבע, שהפגיעה בפרטיות המתלונן היתה כרוכה בביצוע עבירה, ששיכלולה מותנה בקיום מחשבה פלילית, ככלל די יהיה בקביעה זו כדי להוביל למסקנה שהפגיעה בפרטיות בוצעה שלא בתום לב. טול, לדוגמה, אדם שלשם הגנת עניין אישי כשר זקוק להעתק מסמך שמקורו מצוי במשרדו של הזולת. אם העתיק את המסמך, הגם שלא ברשות בעליו, אך לאחר שנכנס כדין אל המשרד, אפשר שיוכל להתגונן בטענה כי פגיעתו בפרטיות נעשתה בתום לב לשם הגנה על עניינו האישי הכשר, במשמעות סעיף 18(ג) לחוק. אך אם לשם העתקת המסמך פרץ למשרד באישון לילה, או תקף את בעל המסמך ונטל אותו מרשותו בכוח, די יהיה במעשה ההתפרצות או התקיפה כדי לשלול את קיום תום הלב; ובכך שהמטרה, שלשמה נזקק הפוגע להעתק המסמך, כשלעצמה הצדיקה את הפגיעה בפרטיות, לא יהיה כדי לגרוע מאחריותו.

יצוין שלכלל זה, שאם יש לו חריגים אני מתקשה להבחין בהם, ולחזקות הנוגעות לנטל ההוכחה, הקבועות בסעיף 20 לחוק הגנת הפרטיות, אין ולא כלום. על-פי סעיף 20, מקום בו מוכיח הפוגע שהפגיעה בפרטיות בוצעה על-ידי באחת הנסיבות המתוארות בסעיף 18(2), עשויה מידת הפגיעה (ובמקרה אחד גם אופי הפגיעה) להקים חזקה בדבר קיומו (או אי-קיומו) של יסוד תום הלב. מחד, אם הוכיח הפוגע, כי הפגיעה לא חרגה מתחום הסביר, חזקה עליו שפעל בתום לב (סעיף 20(א)). ומאידך, אם הוכח נגדו, כי פגע בפרטיות ביועדן, במידה גדולה משהיתה נחוצה לצורך העניין שבגיני מוענקת ההגנה (סעיף 20(ב)), או כי ביצע את הפגיעה תוך הפרת כללים או עקרונות של אתיקה מקצועית, החלים עליו מכוח הדין או מכוח השתייכותו לחוג מקצועי מסוים (סעיף 20(ג)), חזקה עליו שביצע את מעשה הפגיעה שלא בתום לב. חזקות אלו נועדו לסייע לבית המשפט בהכרעת השאלה, אם מעשה הפגיעה נעשה בתום לב, ומעצם קביעתן של חזקות אלו, הניתנות כמובן לסתירה, מתחייב כי אמת המידה לבחינת קיומו של תום לב היא אכן סובייקטיבית. לא כן הכלל המוצע על-ידי. כלל זה נסמך על הבנה מושגית בסיסית, שהתנהגות הכוללת ביצוע עבירה של מחשבה פלילית, אינה יכולה להיחשב כהתנהגות בתום לב.

ביחס למערערים שלפנינו הוכח, כי לפגיעתם בפרטיות המתלוננים נתלו עבירות מן הסוג המחייב מחשבה פלילית ושבצוען היווה חלק בלתי נפרד ממעשי הפגיעה בפרטיות. המערער בע"פ 5026/97 פגע בפרטיות המתלוננים בעת ששהו בדירת המתלונן בשעות הלילה, תוך שלכניסה לדירה הסתייע בשוטר שנאות לסייע לו לאחר שהמערער רימה אותו ביחס למטרת הכניסה לדירה. המערערים בע"פ 2963/98 וע"פ

3191/98 פגעו בפרטיות המתלוננים בעת שהללו שכבו עירומים במיטתה של המתלוננת. בכניסתם לדירה ביצעו עבירה של הסגת גבול ולהשלמת הביצוע של תכניתם (לצלם את המתלוננים במיטתם תוך פגיעה חמורה בצניעתם) תקפו אותם וגרמו להם לחבלות ממשיות. די, לדעתי, בעבירותיהם הנוספות של המערערים כדי להוביל למסקנה שפגיעותיהם בפרטיות המתלוננים בוצעו על-ידם שלא בתום לב. מטעם זה, ומבלי להידרש ליתר טענותיהם של המערערים, הנני מצטרף למסקנת חברי, השופט אריאל, כי דין הערעורים להידחות.

ש ו פ ט

הנשיא א' ברק:

חברי, השופט אריאל, פרש יריעה רחבה של דינים ושיקולים הקשורים להגנת הפרטיות. דומה, שאת הערעורים שלפנינו ניתן וראוי להכריע, כפי שעשה חברי, השופט מצא, על בסיס הקביעה, כי המערערים פעלו שלא בתום לב. מכיוון שכך, מתייתר הדיון בפרטי הדינים הקשורים למצבים השונים הנדונים בסעיף 18(2) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א 1981- (להלן: חוק הגנת הפרטיות). לעניין תום הלב, מקובלת עלי גישתו של חברי, השופט אריאל, כי למושג זה משמעויות שונות בהקשרים שונים (ראו ידן, "העקרון של תום לב בחקיקה החדשה", ספר אורי ידן (בעריכת ברק ושפניץ) 281 (1990)). בחלקם של ההקשרים (כגון, תום הלב הנדרש בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג 1973-) משמעותו היא אובייקטיבית. הוא בא לתאר רמה של התנהגות הוגנת בין בני החברה. בחלקם של המקרים (כגון, תום הלב הנדרש לאחיזה כשורה בשטר על פי סעיף 28(א)(2) לפקודת השטרות [נוסח חדש]) משמעותו היא סובייקטיבית. הוא בא לתאר מצב נפשי, תהא מידת ההגינות האובייקטיבית של ההתנהגות אשר תהא (ראה סעיף 91 לפקודת השטרות). נראה לי כי לעניין סעיף 18(2) לחוק הגנת הפרטיות, המבחן הוא סובייקטיבי. השאלה הינה, אם הפוגע סבר, מבחינתו האישית שלו, שהוא פועל כדי להגשמת 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. על פי מבחן סובייקטיבי זה מתבקשת המסקנה כי בנסיבות המקרים שלפנינו, לא פעלו המערערים בתום לב. הם פעלו מתוך מחשבה פלילית (ראו סעיף 20 לחוק העונשין, התשל"ז 1977-). הם היו מודעים לטיב מעשיהם, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה של התוצאה האסורה שנקבעה בחוק העונשין. הם פעלו מתוך כוונה לגרום לתוצאה האסורה על פי חוק העונשין (להבדיל מעבירה לפי חוק הגנת הפרטיות עצמו). מחשבה פלילית זו לא היתה מנותקת מפעולתם כחוקרים. היא היוותה חלק אינטגרלי ממנה. היא היוותה אמצעי עיקרי להגשמת פעולתם כחוקרים. בנסיבות אלה הנני סבור, כחברי, כי הגנת תום הלב לא עומדת להם. חוקר, שמתוך מחשבה פלילית מבצע עבירה פלילית על פי חוק העונשין, אינו יכול לטעון כי ביצועה של העבירה נעשה לאחת המטרות הקבועות בסעיף 18(2) לחוק הגנת הפרטיות. מטעמים אלה הנני מצטרף לתוצאה אליה הגיעו חברי, השופטים אריאל ומצא.

ה נ ש י א

הוחלט לדחות את ערעורם של המערערים הן לעניין ההרשעה והן לעניין גזר-הדין.

ניתן היום, כ"ט בסיון תשנ"ט (13.6.99).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א

העתק מתאים למקור
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
אמ/S01.97050260