

”סקס שקרים ווידאוטייפ” על הגנת הפרטיות בהליכים המתנהלים בבתי הדין הרבניים רות זפרן*

תביעות גירושין של יהודים ותביעותיהם למזונות, המצויות במסכותם של בתי הדין הרבניים, מתבססות, בין היתר, על מידת הנאמנות של בני הזוג זה לזה ובמיוחד על מידת נאמנותה של האישה לבעלה. הוכחת תביעות אלה מצריכה, כביכול, הבאת ראיות שאיסופן כרוך בפלישה לרשות היחיד, ופגיעה אפשרית בפרטיות בעלי הדין. חוק הגנת הפרטיות, כחלק מן ההגנה שהוא מספק לפרטיות, מבקש לצמצם את תופעת איסוף הראיות הכרוך בפגיעה בצנעת הפרט, וקובע לשם כך הוראת פסילה, המופנית אל בית המשפט ומורה לו למנוע שימוש בראיות שהושגו אגב פגיעה בלתי חוקית בפרטיות. ואולם בתי הדין הרבניים אינם רואים עצמם כפופים לחוק הגנת הפרטיות ולהוראת הפסילה הקבועה בו. נכונות בתי הדין לקבל את הראיות האמורות מעודדת את בעלי הדין לפעול להשגת ראיות הכרוכות בפגיעה, לעתים קשה, בצנעת הפרט, ולהשתמש באמצעי בילוש פולשניים, שתוצאתם תיעוד מעשה האינטימיים של האישה בחדרי חדרים.

ברשימה אבקש להתמודד עם התופעה האמורה, לברר אם הפגיעה בפרטיות, המתקיימת בחסות בתי הדין, הכרחית לביסוס תביעות הגירושין והמזונות ואם אינה סותרת את הדין הקיים. לשם כך יידונו תחילה ייחודם של ההליכים המתנהלים לפני בתי הדין והקושי המיוחד שהם מעוררים בעניין הזכות לפרטיות. כרקע לבחינת ההגנה הראויה לפרטיות במסגרת ההליכים המתנהלים בפני בית הדין ייבחן, בשלב שני, מעמדה של הזכות לפרטיות במשפט הישראלי, יסקרו הוראותיו של חוק הגנת הפרטיות ותיבדק תחולתן בנסיבות. לצורך בחינת תחולתו של כלל הפסילה בהקשר הנדון כאן אבדוק אם הליכי איסוף הראיות, המאפיינים חלק מן ההליכים המתנהלים בפני בתי הדין, עולים כדי פגיעה בפרטיות כפי שהוגדרה בחוק ואם אינם חוסים באחת מהגנות הקבועות בו. לאחר שיתברר כי חלק מן המעשים מהווים הפרה של

* ברצוני להודות לפרופ' אשר מעוז על שאפשר לי להיוועץ בו בסוגיות שונות שעלו ברשימה זו. תודה למר בני זלמנוביץ על החשיבה המשותפת ועל הסיוע בהקשרו של המשפט העברי. תודות לנמרוד אביעד ולנועם פלג על הסיוע בעריכת הדברים.

הוראות החוק אפנה לבירור שאלת כפיפות בתי הדין לחוק הגנת הפרטיות ולהוראת הפסילה הקבועה בו. מקור הספק בלשון החוק, שכן החוק בקובעו בסעיף 32 כי "חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות יהיה פסול לשמש ראיה", מתייחס ל"בית משפט" ואינו מזכיר את בית הדין. חלקיה האחרונים של הרשימה ידונו בבחינת דרכים חלופיות לאכיפת ההגנה על הפרטיות בבתי הדין. על פי העמדה שתוצע כאן מעמדה של הזכות לפרטיות מטיל על בתי הדין חובה לכבדה ולהפעיל, מכוח חובה זו, הוראת פסילה הדומה להוראת סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות. עמדה זו, כפי שאנסה להראות, מתחייבת על פי מספר חלופות, אשר חלקן מבוססות על התפתחויות חוקתיות שהתרחשו בדין הישראלי בעשור האחרון.

א. הדילמה. ב. מבנה המאמר. ג. ייחודן של התביעות המתבררות בבית הדין הרבני מן האספקט של הפגיעה בפרטיות. ד. הזכות לפרטיות במשפט הישראלי. ה. חוק הגנת הפרטיות: 1. כלל הפסילה הקבוע בחוק הגנת הפרטיות; 2. פגיעה בפרטיות לפי חוק הגנת הפרטיות; 3. ההגנות הקבועות בחוק הגנת הפרטיות. ו. תחולת כלל הפסילה בבתי הדין הרבניים: 1. פיצול הדין; 2. עמדת בית הדין; 3. גישתו של בית המשפט הגבוה לצדק לשאלת תחולת כלל הפסילה בבתי הדין הרבניים; 4. תחולת כלל הפסילה בבתי הדין הרבניים: פרשנות מילולית; 5. תחולת כלל הפסילה בבתי הדין הרבניים: גישות מהותיות; 6. תחולת כלל הפסילה בבתי הדין הרבניים: שימוש בכליו של הדין הדתי. ז. סיכום.

א. הדילמה

שוו בנפשכם את הסיטואציה הבאה: בני זוג חוזרים לקראת חצות לדירתה של האישה. ילדיה של האישה אינם בבית, הם מבליים את הלילה עם בעלה בנפרד, המתגורר בדירה אחרת עם בת זוגו וילדם המשותף. בני הזוג נכנסים לבית ופורשים ליצועם. זמן קצר לאחר שכבה האור בחדר השינה פורצים אליו ארבעה גברים, שניים מהם מצוידים במצלמות. הם מפתיעים את בני הזוג ומצלמים אותם במצב אינטימי, עירומים במיטתם. הגברים, שנתברר כי הם חוקרים פרטיים, שנשכרו על ידי הבעל לצורך איסוף ראיות "מרשיעות" בגין ניאופה של האישה, אינם מסתפקים בצילומים בחדר השינה. אחד מהם דולק אחר האישה, שנמלטה אל חדר הארונות, מכורבלת בשמיכתה. הוא פורץ את דלת החדר הארונות בכוח ופוצע אותה אגב כך ברגליה. הוא מנסה להשיג תצלומי עירום נוספים של האישה,

כל אלה כדי למלא אחר מצוות הבעל, המבקש לשפר את עמדת המיקוח בהליכי הגירושין המתנהלים בינו לבין אשתו בבית הדין הרבני. למרבה הצער אין מדובר בתיאור הלקוח מרומן זול או בסצנה הלקוחה מסרט אימה. התיאור האמור לקוח מפסק דינה של שופטת בית המשפט המחוזי בתל-אביב, השופטת מיכל רובינשטיין, שניתן במסגרת ערעוריהם של ארבעה חוקרים פרטיים,¹ שהורשעו על פי חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981.² מצער מכך: אף אין מדובר במקרה חד-פעמי. כפי שעולה מדבריו של עורך דינו של הבעל, המטפל בהליכי הגירושין, מדובר בהתנהלות כמעט שגרתית.³ לפי עדות עורך הדין, שהובאה בפסק הדין "...על מנת לבסס עילת גירושין שעניינה בגידה, בית הדין הרבני דורש ראיות חד משמעיות כדוגמת צילומים, או עדויות של עדי ראיה. עוד אמר עורך הדין כי הוא תמיד מביא ראיות כאלו ובתי הדין הרבניים אף מעודדים שכירת שירותיהם של חוקרים פרטיים".⁴ מציאות עגומה זו, המוכרת לעורכי הדין העוסקים בתחום, מצטיירת מקריאת פסקי דין פליליים שניתנו בעניינם של חוקרים פרטיים,⁵ מהרשעות בני זוג בגין מעשים שעשו במטרה לאסוף ראיות לצורך הגשה בהליכים המתנהלים ביניהם⁶ ומהכרעות בית המשפט הגבוה לצדק,⁷ הדברים מצאו הד אף בספרות,⁸ אם כי זוכים לדיון מועט של בתי הדין בפסיקה המפורסמת מטעמם.⁹

1. ע"פ (ת"א) 1132/96 התובח נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (להלן: ע"פ התובח).
2. חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, ס"ח 128.
3. ע"פ התובח (לעיל, הערה 1), פסקה 10 בלפסק דינה של השופטת רובינשטיין. עוד לעניין היקף התופעה ראו ע"פ 5026/97 גלעם נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (להלן: ע"פ גלעם), פסקאות 10, 14 לפסק דינו של השופט אריאל; ע"פ (ת"א) 559/98 כספי נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (להלן: ע"פ כספי), פסקה ד לפסק דינה של השופטת ברלינר; יוחנן גבאי, "ראיות שהושגו באזנות סתר בין בני זוג", הפרקליט לט (תשנ"א) 552; וההפניות המנויות לאורך רשימה זו.
4. ע"פ התובח (לעיל, הערה 1), פסקה 10 בלפסק דינה של השופטת רובינשטיין.
5. ע"פ גלעם (לעיל, הערה 3); ע"פ 628/96 מדינת ישראל נ' פריש, פ"מ נו(3) 485 (להלן: ע"פ מדינת ישראל נ' פריש), בעמ' 516; ע"פ (י"ם) 31/92 פריש נ' ועדת הרישוי לפי חוק חוקרים פרטיים ושירותי שמירה, פ"מ נב(2) 508 (להלן: ע"פ פריש נ' ועדת הרישוי), בעמ' 512; ע"פ (י"ם) 42/93 ליברמן נ' ועדת הרישוי לפי חוק חוקרים פרטיים ושירותי שמירה, פ"מ נה(1) 285 (להלן: ע"פ ליברמן); המ' (ת"א) 677/88 אזמנוב נ' וייס, פ"מ תשמ"ט (א) 502 (להלן: המ' אזמנוב).
6. ק"פ (חי') 358/93 ר' לוינשטיין נ' מ' לוינשטיין (לא פורסם); ת"א (ת"א) 285/90 פלונית נ' אלמוני (לא פורסם) (להלן: ת"א פלונית); ע"פ כספי (לעיל, הערה 3).
7. בג"ץ 768/88 אברמוב נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד מד(4) 330 (להלן: בג"ץ אברמוב); בג"ץ 1135/02 א' וזגיא נ' בית-הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נו(6) 14 (להלן: בג"ץ וזגיא).
8. גבאי (לעיל, הערה 3); שמעיה דיכובסקי, "האזנות סתר", תחמוזין יא (תש"ן) 299 (להלן: דיכובסקי, "האזנות סתר א"); שמעיה דיכובסקי "האזנות סתר" תורה שבעל פה (תשנ"ה) נח

המציאות האמורה וזכה לתמריץ עקיף כתוצאה מעמדתם של בתי הדין הרבניים בקשר לשאלת קבילותן של ראיות שהושגו תוך פגיעה בפרטיות. על אף כלל הפסילה בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, הקובע כי ראיות שהושגו תוך פגיעה בפרטיות אינן כשרות כראיה, אלא לפי שיקול דעתו של בית המשפט, בתי הדין אינם נמנעים מלקבלן וסומכים עליהן את הכרעתם בתביעה מבלי שינמקו את הסתמכותם כנדרש בסעיף 32. למעשה, בתי הדין כלל אינם רואים עצמם כפופים להוראות החוק, שלשונו אינה מתייחסת אליהם במפורש. בתי הדין קובעים מפורשות כי חוק הגנת הפרטיות אינו חל על "סדרי הדיון והראיות שבבית הדין הדנים על פי דין תורה"¹⁰ וחוזרים ומדגישים, כי "אין ספק" כי הוראותיו של החוק "מכוונות לבתי המשפט ולא לבתי הדין"¹¹.

אף האפשרות להסתמך על מקורות הלכתיים לצורך פסילת הראיות נדחתה על ידי בתי הדין,¹² משום עמדתם האמורה, המקלה בשימוש בראיות האמורות, מעודדים בעלי הדין, בעקיפין לפחות, להפעיל אמצעי בילוש הפוגעים בצנעת הפרט, ומתחייב בירור השאלה, האם ניתן להצדיק פגיעה זו בפרטיותו של אדם, הנעשית בחסותם של בתי הדין הרבניים. לפני שאציג את מבנה המאמר אבקש להעיר, כי התופעה המתוארת כמעט אינה מוצאת ביטוי ישיר בפסיקת בתי הדין ותוצג כאן בעיקר מתוך הסתמכות על מקורות עקיפים.¹³ הקושי למצוא פסיקה ישירה שדנה בשאלה נובע הן ממיעות הפסיקה שמפרסמים בתי הדין והן מהיעדרם של הדברים מן הפרוטוקולים.¹⁴ בנוסף, חלק מן השימוש שנעשה בראיות, שהושגו תוך הפרת הפרטיות, אינו ישיר, במובן זה שהראיה אינה משמשת בסופו של דבר להכרעת הדין, כי אם כאמצעי לחץ המופעל על בעלי הדין לצורך הכרעה חוץ שיפוטית.¹⁵ בנסיבות אלה

(להלן: דיכובסקי, "האזנות סתר ב"). נושא המאמרים האזנת סתר אך ההיקש להגנת הפרטיות ברור והכותב מבצעו מפורשות.

9. תיק 2408/שנ, פד"ר יד 289; תיק 1880/מז פד"ר יד 300; ערעור בפני בית הדין הרבני הגדול ירושלים, פד"ר יד 321; תיק 63/מד פד"ר יג 356.
10. תיק 1880/מז פד"ר יד 300, בעמ' 303.
11. ערעור בפני בית הדין הרבני הגדול ירושלים, פד"ר יד 321, בעמ' 332.
12. ראו להלן, הערה 150 ואילך, בפרט הערה 156.
13. עורכי דין העוסקים בתחום המשפחה, שעיימם שוחחתי, העידו על המציאות האמורה, תוך שהם מתארים את השימוש שהם או עמיתיהם עשו בראיות האמורות בתיקי גירושין שניהלו בבתי הדין הרבניים. אישור למציאות האמורה נמצא גם בשיחות שניהלתי עם ממלאי תפקידים במערכת בתי הדין. מטעמים ברורים ביקשו הללו להימנע מפרסום שמם.
14. על הסלקטיביות בפרסום פסיקת בית הדין ראו, בהקשר אחר, אשר מעוז, "הרבנות ובתי הדין – בין פטיש החוק לסדן ההלכה", *שנתון המשפט העברי* טז-יז (תש"ן-תשנ"א) 289, בעמ' 354.
15. קרי, בעל דין שהשיג ראיות כאמור עושה בהן שימוש עקיף מבלי שיוצגו בבית הדין. הוא חושף את קיומן בפני בעל דינו וזה האחרון, החושש פן יוצגו הראיות בבית הדין תוך פגיעה נוספת בפרטיותו ומשום התוצאות המשפטיות הנובעות להבאת הראיות, נכנע לתכתיבים

אין איסוף הראיות, הפוגע בפרטיות, והשימוש בהן מוצאים ביטוי בפסק הדין או בפרוטוקול הדיון. למרות הקושי האמור, סבורני כי קיומה של התופעה האמורה יתברר באופן חד וברור גם אם באמצעות "ראיות" עקיפות בלבד.

ב. מבנה המאמר

ברשימה זו אבקש לבחון את שאלת תחולתה של הזכות לפרטיות במסגרת ההליכים המתנהלים בבתי הדין הרבניים. בחלק הראשון של הרשימה אבחן את ייחודם של ההליכים המתנהלים בבתי הדין ואת הקושי המיוחד שהם מעוררים בהקשרה של הזכות לפרטיות. בחלק השני אעמוד על מעמדה של הזכות לפרטיות במשפט הישראלי. בחלק השלישי אסקור את הוראותיו של חוק הגנת הפרטיות ותחולתו בנסיבות. כפי שיבואר במהלך הדיון, חוק הגנת הפרטיות לא הסתפק בהגדרה של פגיעה בפרטיות ובקביעתה כעוולה אזרחית וכעברה פלילית. כחלק מן ההגנה, שביקש להעניק לפרטיות וכדי לצמצם את התמריץ לפגוע בה, קבע המחוקק בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות כלל הפסילה¹⁶ הכלל קובע, כי ראיות שהושגו אגב פגיעה בפרטיות מבלי שזכו להגנת החוק, נתונות לפסילה ויותר להגשה לפי שיקול דעת בית המשפט. לצורך בחינת תחולתו של כלל הפסילה בהקשרנו אצטרך לבחון האם הסיטואציה, המתוארת בראשית הדברים וסיטואציות דומות לה, עולות כדי פגיעה בפרטיות כפי שהוגדרה בחוק והאם מעשיהם של החוקרים הפרטיים אינם חוסים תחת אחת ההגנות המנויות בחוק. אף אם נוכל לקבוע, כי במעשים האמורים יש כדי להפר את הפרטיות באופן שאינו זוכה להגנת החוק, לא יסתיים מסענו. אף אם נסבור כי יש מקום להחיל את כלל הפסילה בנסיבות המתוארות, יהיה הכרח לבחון האם כפופים בתי הדין הרבניים להוראתו. מקור הספק בלשון החוק, שכן החוק, בקובעו כי "חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות יהיה פסול לשמש ראיה"¹⁷ מתייחס ל"בית משפט" ואינו מזכיר את בית הדין. בחלק הרביעי אציג את האופן שבו מתפרשת הוראת סעיף 32 בבתי הדין הרבניים, ואבחן דרכים חלופיות לפרשנות ההוראה. אציע עמדה אשר לפיה מעמדה של הזכות לפרטיות מטיל על בתי הדין חובה לכבדה. עמדה זו, כפי שאנסה להוכיח, מתחייבת על פי מספר חלופות, חלקן מבוססות על התפתחויות שהתרחשו בדין הישראלי בעשור האחרון.

ולדרישות המוצבים לו מחוץ לכותלי בית הדין. כך עשויה אישה, שבעניינה נאספו הראיות, לוותר על מזונותיה, להתפשר בהסדרי הרכוש או להסכים להתגרש כדי להימנע מן התוצאה האמורה. יוצא כי גם אם לא הובאו בסופו של דבר הראיות בפני בית הדין ולא קיים לתופעה ביטוי גלוי בפסק הדין, מהווה נכונותו העקרונית של בית הדין לקבל את הראיות תמריץ להמשיך לפעול לאיסופן תוך פגיעה בפרטיות.

16. הלן תיקרא הוראת סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, "כלל הפסילה", או "הוראת הפסילה".

17. סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות.

ג. ייחודן של התביעות המתבררות בבית הדין הרבני מן האספקט של הפגיעה בפרטיות

הדיונים בבתי הדין הרבניים מעוררים לא פעם את שאלת הפגיעה בפרטיות בהריפות רבה. אפיון המקרים שבהם מתעוררת השאלה באופן טיפוסי יסייע בידי, בהמשך, לעמוד על טיב הפגיעה הנטענת, על עוצמתה ועל הצדקתה, אם קיימת, כל זאת לאור חוק הגנת הפרטיות. שני סוגי תביעות, העשויות להתברר יחד או בנפרד, מעוררות באופן טיפוסי את שאלת הפגיעה בפרטיות: תביעת גירושין ותביעה למוזנות בת הזוג.¹⁸ תביעת הגירושין, המצויה בסמכותו הייחודית של בית הדין הרבני,¹⁹ מושתתת בדין האישי היהודי על אחת משתי חלופות. הראשונה, גירושין בהסכמת בני הזוג. בנסיבות אלה, בהן מתמצה תפקידו של בית הדין בסידור הגט,²⁰ לא אמור להתעורר כל קושי מהיבט הפגיעה בפרטיות. לפי החלופה השנייה, כאשר קיימת מחלוקת בין הצדדים, ואחד מבני הזוג אינו מעוניין להתגרש, בשל שיקולים טקטיים או בשל חוסר רצון אמיתי, נדרש בן הזוג, המבקש להשיג פסק גירושין, להוכיח "עילה" לגירושין.²¹ פסק דין לגירושין אמנם אינו מפקיע את הנישואין, אך עם

18. שאלה דומה מתעוררת אף בהקשרן של תביעות רכוש המתבררות בפני בית הדין. לפי הדין העברי אישה, שלבעלה קמה זכות לחייבה בגירושין, מאבדת, במקרים רבים, את זכותה לכתובה, והיא עלולה לאבד רכוש שצברה במהלך הנישואין, ראו לעניין זה: בנציון שרשבסקי, **דיני המשפחה** (ראובן מס בע"מ, תשנ"ג), 319-324; על עמדת בית הדין הרבני ניתן ללמוד מבג"ץ 609/92 **בעהם נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים**, פ"ד (מז) 288 (להלן: **בג"ץ בעהם**). בחרתי שלא לדון בתביעות הרכוש, באשר לאור פסיקת בית המשפט העליון בבג"ץ 1000/92 **בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול**, פ"ד (מח) 221 (להלן: **בג"ץ בבלי**), שיידון בהמשך, צומצם, לפחות להלכה, התמריץ הקיים בהקשר זה לפגיעה בפרטיות. לאור הלכת **בבלי** מצופה בית הדין, בדונו בתביעה רכושית, להחיל דין דומה לזה המקובל בפסיקת בית המשפט האזרחי. דין זה אינו מתחשב בהתנהגותם האינטימית של האישה או האיש או בשאלת האשמה בפירוק הקשר. לעניין זה ראו אריאל רוזן-צבי, **דיני המשפחה בישראל – בין קודש לחול** (פפירוס, תש"ן), 314-315. בנוגע לשאלת יישומו של **בג"ץ בבלי** על ידי בתי הדין הרבניים, ראו בג"ץ 2222/99 **גבאי נ' בית הדין הרבני הגדול**, פ"ד (נד) 401 (להלן: **בג"ץ גבאי**).

19. סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, ס"ח 165.

20. שרשבסקי (לעיל, הערה 18), בעמ' 278-280; פנחס שיפמן, **דיני המשפחה בישראל** (כרך א, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר, תשנ"ה), 40, 416.

21. לא כאן המקום לבקר הסדרים אלו הנהוגים לגבי בני זוג יהודים בישראל. הסדרים אלו משקפים את המצב המשפטי הקיים והם ישמשו נקודת מוצא לדין. שיטה זו מקבילה במידה רבה, למעט החריג המאפשר גירושין בהסכמה, לשיטת גירושין האשם, שנהגה בעבר, בין היתר, בארצות-הברית. לשיטה זו, ראו: Lawrence M. Friedman, "Divorce Law and Practice Before No-Fault", 86 *Va. L. Rev.* (2000) 1497.

קבלתו יוכל הצד, המבקש להתגרש, להפעיל לחץ עקיף על בן זוגו להיעתר ולמלא אחר פסק הדין.²² לפסק זה חשיבות נוספת באשר לקביעת החובות והזכויות הנובעות מן הנישואין. כך, למשל, אם השיג הבעל פסק דין המחייב את אשתו להתגרש, יפקע חיובו במוזנות. ממצאים שעל בסיסם הורו לצדדים להתגרש, כגון ניאוף, עשויים אף הם לשמש בסיס לשחרור הבעל מחובת תשלום מוזנות.²³ בטרם אפנה לדון בעילות הגירושין ובדרכי הוכחתן, אפנה לתביעת המוזנות, אשר בירורה אף הוא עלול להביא לפגיעה בפרטיות בעלי הדין. מאחר שסוגיית עילות הגירושין רלוונטית לשתי התביעות, אדון בה במאוחד. תביעת המוזנות מצויה בסמכותם המקבילה של ערכאת השיפוט האזרחית וערכאת השיפוט הדתית. תביעת המוזנות יכולה להיות מוגשת, לפי ברירת האישה, לבית המשפט לענייני משפחה או לבית הדין הרבני.²⁴ אם הקדים והגיש הבעל תביעת גירושין לבית הדין, נתונה לו האפשרות לכוון בה את תביעת המוזנות, באופן שיכבול את האישה לסמכות בית הדין. על פי הדין האישי החל בהקשר זה זכאית אישה, שאינה מתפרנסת דיה לסיפוק צרכיה, למוזנות מבן זוגה עד מועד הגירושין.²⁵ אם לא עמדה האישה ב"חוביה" על פי הנישואין זכאותה למוזנות עשויה לפקוע עוד בטרם באו אלה אל קצם. כך, למשל,

22. במקרים, שבהם ניתן פסק המחייב או כופה על הצדדים להתגרש, ניתן יהיה להפעיל מגוון אמצעי לחץ, ובהם, שימוש בסעיף 6 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) ובחוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), תשנ"ה-1995, ס"ח 1507. לקבלת פסק הגירושין השפעה נוספת, כפי שיוסבר להלן. פסק המחייב את הצדדים להתגרש גורר במרבית המקרים שלילת המוזנות. שלילתם עשויה לצמצם את האינטרס של בת הזוג להיוותר בקשר הנישואין. מאידך גיסא, כאשר ניתן פסק גירושין אך הבעל מסרב ליתן גטו, אפשר שיוורו לו בית הדין או בית המשפט לשלם מוזנות, על אף קיומה של עילת פטור, מחמת שעייב את אשתו מלהינשא לאחר. במקרה זה עשוי החיוב במוזנות להוות תמריץ למתן הגט. אברהם בארי, "מוזנות לאשה שבעלה חויב לגרשה ("מעוכבת")", מחקרי משפט ז' (תשמ"ט) 79; שרשבסקי (לעיל, הערה 18), בעמ' 131-132.
23. אפשר שאף בית המשפט האזרחי, שעה שתביעת המוזנות מתבררת לפניו, יהיה מחויב להתחשב בממצאי בית הדין הרבני ובהכרעתו בתביעת הגירושין, משום התבססותו של השתק פלוגתה. ראו לעניין זה ע"א 634/61 מ' מקיטן נ' י' מקיטן, פ"ד יט (2) 651; ע"א 4982/92 ר' טביב נ' א' טביב, פ"ד מח (3) 390; כן ראו אשר מעוז, מדיניות ההתערבות של בתי המשפט האזרחיים בשיפוט הרבני והשפעתה על דיני המשפחה בישראל (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת תל-אביב, תשמ"ה), 293. סוגיה מעניינת, אשר לא אתייחס אליה מפאת קוצר היריעה, נוגעת לשאלה האם ובאיזו מידה מחויבים בתי המשפט האזרחיים למצאים שנקבעו בבתי הדין תוך הפרת חוק הגנת הפרטיות וחוק האזנת סתר, והאם ניתן לקבוע בהקשר זה חריג לכללים בדבר השתק פלוגתה והשתק עילה.
24. סעיפים 3, 4 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין); סעיפים 31(3), 3 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995, ס"ח 393.
25. שרשבסקי (לעיל, הערה 18), בעמ' 106-111.

אם הפרה את "חויביה לחיי אישות, היינו שהיא מורדת".²⁶ נסיבות אחרות שבהן תאבד האישה את זכותה למזונות, והן הרלוונטיות לענייננו, מתגבשות כאשר קמה עילה לחייבה בגירושין, עקב ספק או פגם שנפל בנאמנותה כלפי בעלה. פסק דין, המחייב או כופה על האישה להתגרש, מוביל על פי רוב לפטור ממזונות. מכאן התמריץ להוכיח עילת גירושין, שתוביל את בית הדין ליתן פסק דין המחייב בגירושין. בדומה, אפשר שהאיש יזכה לפטור אף בלי שתתברר תביעת גירושין. לצורך העניין די בכך שיעלה בידו להוכיח, במסגרת תביעת המזונות, את התקיימות אותן נסיבות הכרוכות בהתנהגות האישה המקימות עילה לחיוב בגירושין – קרי, מרידה או פגם בנאמנות.

עילות הגירושין של האיש והאישה שונות זו מזו.²⁷ מגוון העילות, העומדות לרשות האישה מצומצם. נהוג לסווג את הנימוקים, המצדיקים את דרישת האישה לחייב את הבעל ליתן גט, לשני סוגים: לנימוקים אובייקטיביים, ובהם כלולים מומים פיזיים בבעל, המונעים מן האישה לחיות עמו חיי אישות או חוסר מסוגלות הבעל להוליד; ולנימוקים הכרוכים בהתנהגות האיש: סירובו לקיים את חובת העונה, סירובו לשלם מזונות, או התנהגות בלתי נאותה כלפי האישה.²⁸ כדי לעמוד בדרישות העילה האחרונה צריך הבעל להתנהג "כפושע", לחזור על התנהגותו הרעה (לרבות השפלת האישה, הכאתה, או בגידה בה) כמה פעמים, כך שתוכל להוכיח, כי הוא "בהתמדה ומתוך הרגל מזולזל ופושע בה".²⁹ אם הביע הבעל חרטה ובית הדין האמין בכנות חרטתו, לא יגבשו מעשיו עילת גירושין בידי האישה. על רקע דרישות אלה, כמעט אין תמריץ לאישה לבלוש אחר בעלה, שהרי אף אם תוכיח האישה כי בעלה בוגד בה, לא יהיה בכך, במרבית המקרים, כדי לגבש בידיה עילה לגירושין.³⁰

המצב בכל הנוגע לבעל שונה בתכלית. כביכול, אף בידי שני סוגי עילות, עילות אובייקטיביות, הכוללות טענות מומים ועקריות, ועילות הכרוכות בהתנהגות האישה.³¹ ככל שמדובר בהתנהגות האישה, מגוון מעשים מצדה עשוי להוביל לקבלת תביעתו

26. שם, בעמ' 118.

27. על מעמדה של האישה בהלכה בכלל והפלייתה בהקשרן של עילות הגירושין בפרט ראו אליאב שוחטמן, "מעמד האשה בדיני נישואין וגירושין", **מעמד האשה בחברה ובמשפט** (פרנסיס רדאי, כרמל שלו, מיכל ליבין-קובי – עורכות, שוקן, תשנ"ה) 380.

28. ראו סקירתו המפורטת של שרשבסקי (לעיל, הערה 18), בעמ' 295-308.

29. שם, בעמ' 308.

30. בפועל בכל זאת ניתן למצוא גם נשים, המבקשות לעשות שימוש בשירותיהם של חוקרים פרטיים. ראו, למשל, ע"פ גלעם (לעיל, הערה 3) (האישום המתייחס לחוקר גלעם). במקרים קיצוניים יכול החומר שנאסף לשמש בסיס לגיבוש עילת גירושין או ככלי להפעלת לחץ על הבעל במהלך ההתדיינות המתנהלות בין הצדדים. בתי המשפט האזרחיים, המחויבים אמנם לדין האישי אך פועלים לריכוכו, עשויים להתחשב בנתונים הנוגעים להתנהגותו האינטימית של הבעל. ראו, למשל, ע"א 277/81 מ' גרינהאוז נ' צ' גרינהאוז, פ"ד לו(3) 197; ע"א 2923/93 י' גל נ' א' גל (לא פורסם).

31. שרשבסקי (לעיל, הערה 18), בעמ' 308-325.

לגירושין. בהקשר זה יש להתייחס לשתי קטגוריות של התנהגות: מעשי כיעור ומעשי ניאוף. קטגוריות אלה מתייחסות למישור האינטימי. עם מילוי תנאי הקטגוריה של ניאוף, היינו כאשר האישה "זנתה תחת בעלה",³² יוכל הבעל לחייב את האישה ואף לאכוף עליה גט. בנסיבות אלה יהיה הבעל פטור מהתחייבויותיו כלפיה. הוכחת מעשה הניאוף אינה קלה, שהרי מטבעו אין למעשה עדים. "הפיתוי" לעשות במקרה זה שימוש באמצעי בילוש, כגון הכמנת מצלמה או שכירת שירותיו של חוקר פרטי, הוא רב, שהרי זוהי הדרך "הקלה" להוכחת החשדות. אם יוכחו החשדות, ישתחרר הבעל מחיוב המזונות ואפשר שישפר את עמדת המיקוח שלו בתביעות המתנהלות בינו לבין אשתו בפני בית הדין. קטגוריה נוספת המעודדת את האיש לעשות שימוש באמצעי בילוש שונים, הנה קטגוריית מעשי הכיעור. לפי קטגוריה זו על הבעל להוכיח, כי האישה עושה מעשים שיש בהם כדי להצדיק את החשד שהיא מזנה תחתיו. במקרה זה אין עדות ישירה למעשה הניאוף ואולם קיימת אינדיקציה עקיפה למעשה או שהדבר מסתבר מן הנסיבות.³³ כהוכחה לכיעור, יכולים לשמש מעשי האישה לאחר מעשה הניאוף המשוער כגון דברים שהיא אומרת שיש בהם נגיעה למעשה או ראיות נסיבתיות אחרות, כגון התייחדות עם גבר בדירתו בלילה. אם הוכחו מעשי הכיעור רשאי הבעל, אם רצונו בכך, לגרש את האישה, ויוכל לקבל לידו פסק המחייב אותה לקבל את הגט. אף במקרה זה תפסיד האישה את מזונותיה ועשויה היא להיפגע בזכויותיה הרכושיות.³⁴

לאור האמור לעיל, ברור מדוע השימוש באמצעי הבילוש שכיה בניהולן של תביעות בין בני זוג, בפרט כשמדובר בגיבוש תיק הראיות שבידי הבעל. תמריץ דומה, אם כי מופחת, קיים אף בכל הנוגע לניהול התביעות לפני בית המשפט לענייני משפחה. לבית המשפט לענייני משפחה סמכות מקבילה לדון בתביעת המזונות ובתביעות הרכוש.³⁵ בכל הנוגע לתביעות הרכוש אין ולא אמורה להיות כל נפקות לפן האינטימי בהייהם של בני הזוג. על פי מועד עריכת הנישואין, מוכרעות התביעות לפי הוראות חוק יחסי ממון בין בני זוג,³⁶ או לפי הלכת השיתוף.³⁷ בית המשפט, בהכרעו בשאלת הרכוש, אינו נזקק לשאלות של אשם, ואינו בודק מי אחראי לכישלון הנישואין.³⁸ באשר לתביעת המזונות, אין מבחינה

32. שם, בעמ' 321.

33. שם, בעמ' 317-318.

34. שם, בעמ' 319. ליישום הדברים בפסיקת בית הדין ראו תיק תשט"ז/300 פד"ר ב 125; ערעור תשי"ט/83 פד"ר ג 257.

35. תביעת הגירושין מצויה כאמור בסמכותו הייחודית של בית הדין הרבני. ראו לעיל, הערה 19.

36. חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973, ס"ח 267.

37. ע"א 595/69 מ' אפטה נ' א' אפטה, פ"ד כה (1) 561; ע"א 135/68 בראלי נ' מנהל מס עזובן, ירושלים, פ"ד כג (1) 393; ע"א 724/83 א' בר נתן נ' א' בר נתן, פ"ד לט (3) 551.

38. "נטישת הבית או בגידה עשויות ליצור קרע בין בני זוג, ובדרך זו לשים קץ לשיתוף, אך אין נענשים עליהן למפרע על ידי נטילת הזכויות ברכוש המשותף" - ע"א 264/77 ד' דורר נ' ד' דורר, פ"ד לב (1) 829. ראו גם ע"א 384/88 א' זיפרמן נ' ד' זיפרמן, פ"ד מג (3) 205.

עקרונית הבדל בין הערכאות. סוגיית המזונות הנה סוגיה של מעמד אישי, המוכרעת על פי הדין האישי. כפי שהוסבר לעיל, הדין האישי קושר בין הזכאות למזונות לבין התנהגות האישה. אף בית המשפט מחויב לשפוט באותה דרך, ואולם בהיותו נאמן לסדרי הדין ודיני הראיות הנהוגים אצלו ולפרשנות המקובלת בערכאות אזרחיות, הכרעתו עשויה להיות שונה. אף שהדברים חורגים מתחומה של רשימה זו, חשוב לדייק ולציין, כי אף ערכאות השיפוט האזרחיות מאפשרות מדי פעם הבאת ראיות שהושגו תוך היעזרות בשירותיהם של חוקרים פרטיים.³⁹ היוקקותו המפורשת של בית המשפט לסוגיה מועטה אך מכריזה לרוב על מחויבותו להגנת הפרטיות ולכלל הפסילה הקבוע בחוק.⁴⁰

ד. הזכות לפרטיות במשפט הישראלי

הזכות לפרטיות היא מהחשובות שבזכויות האדם.⁴¹ בשיטתנו נגזרת הזכות מכבוד האדם ומאופייה של המדינה כמדינה דמוקרטית ויהודית. מקומה של הזכות לא נפקד מן המשפט הבינלאומי והיא זכתה לעיגון במסגרת אמנות בינלאומיות מרכזיות.⁴² אף שקשה לשרטט את הגדרתה במדויק,⁴³ ניתן, לצורך רשימה זו, להסתפק בהגדרתה המצומצמת ולומר במילים כלליות, כי תחומיה משתרעים, לכל הפחות, על "אותם עניינים של הפרט אשר על פי מוסכמות חברתיות זכאי הפרט לשמרה לעצמו בלי שזולתו יתן להם פומבי ללא הסכמתו".⁴⁴

39. תמ"ש (ת"א) 59230/97 פלזנית נ' אלמוני (לא פורסם) מתוך המשפחה בעידן בית המשפט למשפחה (יהושוע גיפמן – עורך, חלק ג, תש"ס) 1326.
40. נוסף על פסקי הדין של בית המשפט הגבוה לצדק המותחים ביקורת על מדיניות בתי הדין הרבניים, בג"ץ אברמוב ובג"ץ וזגיאל (לעיל, הערה 7) יש להזכיר את דבריו של השופט זמיר בפרשת ולנטיין, הנוגעים לשימוש שביקש הבעל לעשות בצילומי קטעי יומן של האישה. ע"א 1581/92 א' ולנטיין נ' ד' ולנטיין (לא פורסם), פסקה 5 לפסק דינו של השופט זמיר.
41. ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס, פ"ד מט(3) 309 (להלן: ע"פ נחמיאס), בעמ' 353; ע"פ גלעם (לעיל, הערה 3), פסקה 9 לפסק הדין של השופט אריאל; באחד מן המאמרים הראשונים בנושא, כתבו Brandeis ו-Warren כי זכותו של האדם להיות לנפשו: "Most comprehensive of rights and the right most valued by civilized man", Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, "The Right to Privacy", 4 Harv. L. Rev. (1890) 193.
42. ראו, למשל, סעיף 12 להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם משנת 1948, סעיף 17 לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות, סעיף 18) לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם משנת 1950.
43. רות גביון, "הזכות לפרטיות ולכבוד", בלי הבדל... זכויות האדם בישראל – אוסף מאמרים לזכרו של המן שלה ז"ל (אן סברסקי – עורכת, האגודה לזכויות האזרח בישראל, 1988) 61, בעמ' 67. כמו כן ראו את מאמרה של גביון, העוסק בשאלת הגדרת הזכות לפרטיות: Ruth Gavison, "Privacy and the Limits of Law", 89 Yale L.J. (1980) 421.
44. דברי המבוא להצעת חוק הגנת הפרטיות, ה"ח תש"ם-1980, ה"ח 206. למעשה זוכה כיום

הזכות לפרטיות מגלמת, במובנה הגרעיני, את האינטרס של הפרט שלא להיות מוטרד בצנעת חייו על ידי אחרים.⁴⁵ מבחינה רעיונית מדובר באינטרס היחיד לשמור לעצמו מידה של אנונימיות ואינטימיות כך שענייניו הפרטיים יהיו חסויים מעין הזולת.⁴⁶ היקפה של הזכות לפרטיות כולל במובן זה את זכות הפרט לנהל את חייו בתוך ביתו פנימה בלא הפרעה. דברים שקובע השופט ברק בהקשרה של הפגנה ליד ביתו של איש ציבור, נכונים בוודאי, עשרות מונים, באשר לפלישה פיזית, בלתי מורשת, לתוך ביתו של אדם פנימה,

הזכות לפרטיות משתרעת, בין השאר – ובלא כל ניסיון להקיף את הזכות על כל היבטיה – על זכותו של אדם לנהל את אורח החיים שבו הוא חפץ בדל"ת אמות ביתו, בלא הפרעה מבחוץ. ביתו של האדם הוא מבצרו, ובגדריו הוא זכאי לכך כי יניחו אל עצמו, לפיתוח האוטונומיה של הרצון שלו... מבחינה זו, הזכות לפרטיות היא בין השאר – בלשונה של פרופ' גביוון – הגבלה על נגישותם של אחרים אל היחיד ... הזכות לפרטיות נועדה, על-כן, להבטיח כי אדם לא יהיה שבוי בביתו, ולא יהא אנוס לחשוף עצמו בביתו להפרעות שאין הוא רוצה בהן. בכך מהווה הזכות לפרטיות – בלשונה של השופט דגלס – את תחילתה של החירות...⁴⁷

הפגיעה שאבקש להסב את תשומת הלב אליה היא מן החמורות ביותר, פלישה אל תוך ביתו של אדם ובילוש אחר מעשיו באחד מן המישורים האינטימיים ביותר, מקום שבו אין האדם מצפה או חפץ להיות מופרע. ובלשונה של השופט מודריק, "עניינים שהם מטבע ברייתם מוצנעים ומתקיימים רק כאשר המעורב בהם משוכנע כי צנעתם נשמרת..."⁴⁸. במרוצת השנים בוסס מעמדה של הזכות לפרטיות בפסיקת בית המשפט כזכות יסוד הלכתית⁴⁹ והוקנתה לה עוצמה לא מבוטלת.⁵⁰ בהיותה זכות יסוד הלכתית נאסרה הפגיעה בה בהיעדר הסמכה מפורשת מאת המחוקק, ורשויות השלטון צוו לכבדה.⁵¹ נוסף על

הפרטיות להגדרה רחבה וכוללת, בייחוד בשיטה האמריקנית, שם משמשת הגנת הפרטיות מעין מקבילה ל"כבוד האדם". לצורך הדיון כאן נסתפק במובן הצר של הפרטיות. והשוו: Daniel Solove, "Conceptualizing Privacy", 90 Cal. L. Rev. (2002) 1087.

45. זאב סגל, "הזכות לפרטיות למול הזכות לדעת", עיוני משפט ט (תשמ"ג-תשמ"ד) 175, בעמ' 175.

46. שם, בעמ' 176.

47. בג"ץ 2481/93 דיון נ' וילק, פ"ד מח(2) 456 (להלן: בג"ץ דיון), בעמ' 470.

48. ע"ש מדינת ישראל נ' פריש (לעיל, הערה 5).

49. ב"ש 82/83 מדינת ישראל נ' עליה, פ"ד לז(2) 738 (להלן: ב"ש עליה), בעמ' 741.

50. ע"פ 7528/95 הלל נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 89 (להלן: ע"פ הלל), בעמ' 96-97.

51. לעניין מעמדן של זכויות היסוד ההלכתיות, בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337; בג"ץ 355/79 קמלן נ' שרות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294; ע"א 548/78 שרון נ' לוי, פ"ד לה(1) 736.

מעמדה כזכות הלכתית, זכתה הזכות לפרטיות, מאז שנת 1981, לעיגון חוקי בחוק הגנת הפרטיות, אשר תנאיו יתבררו מיד. עיגונה כזכות חוקתית על-חוקית⁵² נקבע בסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁵³ לעיגונה החוקתי נזקפת משמעות כפולה. ראשית, ניתן כיום להורות על בטלותו של חוק אם הוא פוגע בזכות לפרטיות בלי לעמוד בדרישות פסקת ההגבלה, ובלבד שהחוק הפוגע נחקק לאחר קבלת חוק היסוד.⁵⁴ שנית, וזו רלוונטית לענייננו, בית המשפט רואה עצמו מוסמך לבחון מחדש הכרעות שניתנו בעבר בכל הנוגע לפרשנות חוקים ובכל הנוגע לפיקוח על פעולות הרשות. פרשנות חוקים אינה חסינה בפני בדיקה מחדשת ובפני ביקורת.⁵⁵ אף שגם בעבר הדגיש בית המשפט את מעמדן המיוחד של זכויות היסוד, ולמעשה היה זה הוא ששקד על יצירת מערך הזכויות והחירויות בשיטת המשפט הישראלית,⁵⁶ עיגון של הזכויות בחוק היסוד הקנה להן מובן רחב יותר⁵⁷ והעניק גושפנקא לקביעת נקודת איזון שונה, המעניקה הגנה עמוקה יותר לזכויות היסוד.⁵⁸ נראה אם כן שלעיגונה של הפרטיות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נפקות של ממש.⁵⁹

52. בש"פ 4481/00 יחזקאלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 245.
53. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150.
54. ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 397; בג"ץ 1715/97 לשבת מנהלי השקעות נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367; בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241.
55. דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589; בג"ץ 5304/92 פרי"ח 1992 סיוע לנפגעי חוקים ותקנות למען ישראל אחרת - עמותה נ' שר המשפטים, פ"ד מז(4) 715.
56. עמוס שפירא, "בית המשפט העליון כמגן זכויות היסוד של הפרט בישראל - מבצר משוריין או נמר של נייר?", עיוני משפט ג (תשל"ג) 625; Asher Maoz, "Defending Civil Liberties Without a Constitution - The Israel Experience", 16 *M.U.L.R.* (1988) 815.
57. בג"ץ דיין (לעיל, הערה 47), בעמ' 470.
58. אף שחוק היסוד נועד בראש ובראשונה לשמש כמגן לפרט מפני פגיעת הרשות, מתבססת התפיסה אשר לפיה יוכל הפרט להיעזר בהוראותיו אף כמגן מפני פגיעתם של פרטים אחרים. בהקשר זה ראו אהרן ברק, *פרשנות במשפט* (כרך שלישי: פרשנות חוקתית, נבו, תשנ"ד), 441-446, 649-697 (להלן: ברק, *פרשנות חוקתית*); אהרון ברק, "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי", *ספר קלינגהופר של המשפט הציבורי* (יצחק זמיר - עורך, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשנ"ג) 163; רות בן ישראל, "דיני עבודה", *ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג* (אריאל רוזן-צבי - עורך, פפירוס, תשנ"ד) 433, בעמ' 442; פרנסס רדאי, "הפרטת זכויות האדם והשימוש לרעה בכוח", *משפטים* כג (תשנ"ד) 21; יחיאל בהט, "ההגנה החוקתית על הקניין - הלכה למעשה", *שערי משפט* א (תשנ"ז) 15, בעמ' 30; ע"א 294/91 חברת קרישא נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, בעמ' 530; בג"ץ 453/94 שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, בעמ' 526.
- מכאן כי נפקות העיגון של הזכות לפרטיות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו פועלת בשני מישורים: האחד, בכל הנוגע לחיובו של בית הדין הרבני, כרשות מרשויות השלטון, ליתן

חשוב עם זאת לציין כי מעמד העל של הזכות לפרטיות אינו מוחלט.⁶⁰ ככל זכות שעוגנה בחוק היסוד ניתן לפגוע בה בתנאי פסקת ההגבלה.⁶¹ בהצטרף הקביעה האמורה לתנאי של הדין האישי היהודי, היוצרים צורך, ככל שהדברים נוגעים לתביעת גירושין ומזונות, לפגוע בפרטיות בת הזוג, צריך יהיה לבדוק האם תזכה הפגיעה האמורה להגנה. בהנחה, שעליה לא אוכל לחלוק במסגרת זו, שהדין החל בשאלות של נישואין-גירושין ומזונות הנו הדין האישי, ובהנחה (אשר עוד אחזור אליה במהלך הדברים) כי תנאיו של דין זה מכתיבים איסוף, הבאה ושימוש בראיות אלו,⁶² לא תהיה ברירה, כביכול, לצורך הגשמת הדין, אלא לאפשר הבאת הראיות האמורות. דברים אלו משתקפים בפסיקת בית הדין הרבני המסתמך על ראיות הפוגעות בצנעת הפרט תוך שהוא מסביר, כי

הקלטת שמבקש התובע להשתמש בה כראיה שבסיועה יוכל ביה"ד לקבוע האם חיובי הממון... שיש לתובע כלפי אשתו קיימים אם לאו, אינה מצמצמת רק בתחום הממוני, אלא באמצעותה יוכל התובע לידע את המצב האישי האסורי שבינו לבין אשתו ובוה שביה"ד ישמע ויברר את המצב האסורי שביניהם ע"י שימוש בראיה זו תוכל להתברר תביעתו בתחומים אלו. על כן לברר מציאות זו שבין איש לאשתו מצווה ביה"ד לחקור ולדרוש בכל ראיה המצויה בידו ע"מ לברר האמת ולפסוק את הדין.⁶³

ותוך שהוא מזהיר כי

... לא בכדי אין התייחסות ופניה בחוקים הנזכרים לעניינים הנדונים בביה"ד, שהרי באם היה מפנה המחוקק דבריו לביה"ד

-
- תוקף לזכות לפרטיות, בהיותה זכות יסוד חוקתית. כפי שיוסבר בהרחבה להלן, מחובה זו נגזרת, לגיטימי, החלתו של כלל הפסילה בבתי הדין הרבניים. השני, בכל הנוגע לבעלי הדין, ובחובה הנגזרת מחוק היסוד להימנע מלפגוע בזכות לפרטיות בהתדיינות המתנהלות ביניהם. לעניין תחולתו של חוק היסוד על בית הדין כרשות מרשויות השלטון ראו ברק, **פרשנות חוקתית**, בעמ' 454-459; בג"ץ 3914/92 **לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו**, פ"ד מח(2) 491 (להלן: בג"ץ לב), בעמ' 506.
59. עוד בהקשר זה ראו רע"א 1917/92 **סקולר נ' גרבי**, פ"ד מז(5) 764 (להלן: רע"א סקולר), בעמ' 775.
60. שם; על יחסיותו של זכויות היסוד ראו ע"א 105/92 **ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית**, פ"ד מז(5) 189, בעמ' 205; בג"ץ 3815/90 **גילת נ' שר המשטרה**, פ"ד מה(3) 414, בעמ' 423; ד"נ 2401/95 **ר' נחמני נ' ד' נחמני**, פ"ד נ(4) 661, בעמ' 750-751.
61. סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.
62. כפי שראינו בנוגע להוכחת עילות הגירושין וביסוס הפטור מן המזונות (לעיל, הערה 18).
63. תיק 2408/שנ, פד"ר יד 289, בעמ' 296.

כי אז היה נסתם הגולל על בירור הרבה עניינים שבתחום שיפוטו
הייחודי של ביה"ד – ענייני נישואין וגירושין, שמטבע הדברים
הנדונים בהם רב הנסתר על הגלוי.⁶⁴

רעיון דומה מוצא את ביטויו בדברי שופטי הערכאה האזרחית. שופטת בית המשפט המחוזי, השופטת סירוטה, נוטה להתייחס בסלחנות למעשי הבעל והחוקר כי לגישה "ל...לנתבע היה עניין וזכות לדעת מה מעשיה של אשתו... ראיתי לקבל את התמונות כמוצג ואלמלא היה מדובר בנושא שבין בעל לאישה, וודאי שהייתי פוסלת ראיות אלה".⁶⁵ אף השופט טל קובע כי לבעל אינטרס לגיטימי להוכיח את בגידת אשתו, ובלשונו: "אין ספק, שעובדת בגידתה של האשה רלוונטית לעניין הליכי גירושין ומזונות, וחשוב שתתאפשר הוכחת מעשה כזה, אם הוא נעשה".⁶⁶

במובן זה תכליתה של הפגיעה בפרטיות הנה ראויה, כביכול, שהרי נועדה להגשים את הפעלת הדין ובירור האמת המשפטית. ואולם גם אם דרישת התכלית, הכלולה בפסקת ההגבלה, מתמלאת ואף אם תאימות הערכים ואפילו ההסמכה בחוק – מתקיימים,⁶⁷ תנאי המידתיות, כפי שנראה במהלך הדברים, חסר.⁶⁸ עוצמתה של הפגיעה קשה מנשוא ועולה על הנדרש. השגת התכלית האמורה – קרי הכרעה בתביעת הגירושין והמזונות ומיצוי

64. תיק 1880/מז פד"ר יד 300, בעמ' 303.

65. ת"א פלונית (לעיל, הערה 6). גישה זו של השופטת תמוהה, בעיקר משום עמדתה המקלה בהוכחת מעשה הניאוף. לגישה, אין בית המשפט האזרחי כבול לדרכי ההוכחה המקובלות לפי ההלכה, ואין צורך שיוכח, כי "ראו אותם מנאפים כמכחול בשפורפרת" (רש"י, ויקרא, כ, יג, ד"ה "משכבי אשה"). יוצא כי אם ניתן לוותר על דרישת ההלכה אשר לפיה כדי שיוכח שהאישה זנתה, נדרשת הוכחה של שני עדים שחזו באקט המיני עצמו, בוודאי שאין מקום להיוזק לחומר ראייתי שהושג אגב פלישה וצילום ברשות היחיד. בנוסף, קשה בעיני עמדת השופטת בקשר למעשי האיש. נראה כי השופטת מבקשת להחמיר עם האישה ומציבה בפניה רף גבוה מזה שמוצב בפני האיש. לגבי האישה מוצאת השופטת פסול בהישארותה בחברת החוקר הפרטי, שאותו שכרה לצורך איסוף ראיות להפרכת עדות הבעל, בחדר במלון (שבו נאספו הראיות), ואילו לגבי הבעל, הישארותו בדירת אישה זרה במשך הלילה מתקבלת בהבנה כ"יחסי ידידות" (ת"א פלונית (לעיל, הערה 6), פסקה ד לפסק דינה של השופטת סירוטה). עם זאת אפשר שעמדת השופטת הייתה נעוצה בניסיונות המקרה ובאופן הנלוו שבו ניהלה האישה את התביעה האמורה.

66. ע"ש פריש נ' ועדת הרישוי (לעיל, הערה 5), בעמ' 512. לעמדה דומה, שהובעה אגב אורחא, ראו המ' אומנוב (לעיל, הערה 5).

67. גם על כך ניתן לחלוק, שהרי לא ניתן להצביע על מקור הסמכה מפורש המתיר לבית הדין לפגוע בפרטיות, וכאשר מדובר בעוצמת הפגיעה המתוארת כאן – קרי חדירה לרשות הפרט וצילומם בעת קיום יחסי מין, ספק אם מתמלאת הדרישה המחייבת עמידה בערכי המדינה.

68. ראו להלן, הערה 114 ואילך והטקסט שליד הערה 126 ואילך.

הדין – אפשרית, גם לפי הדין האישי, באמצעים שפגיעתם בפרטיות בת הזוג פחותה. במרבית המקרים ניתן יהיה לבסס את טענות בן הזוג בפני הערכאה השיפוטית מבלי שהופרה הזכות לפרטיות או תוך פגיעה פחותה בהרבה. כך, למשל, מבחינת הבעל, אין מניעה להסתפק בהוכחת מעשי כיעור,⁶⁹ שאינם דורשים לצורך הוכחתם פלישה לרשות היחיד. הוכחת מעשי כיעור מספיקה לצורך שמירה על האינטרסים של הבעל בהתדיינות המשפטיות שבין בני הזוג, הן לצורך ביסוס עילת גירושין והן לצורך הפטור מן המזונות.⁷⁰ הוכחתם יכולה להתבסס על השמעת עדים, על שימוש באמצעי בילוש שאינם מטרידים או על צילום ברשות הרבים.

אף חוק הגנת הפרטיות, אשר אל בדיקת תנאיו אפנה מיד, משקף עמדה פשרנית ומאזנת. הזכות לפרטיות אינה זוכה להגנה מוחלטת ומובטח מקומם של שלטון החוק, ושל עקרונות המחויבים לבירור האמת המשפטית ולמיצוי סעדים. כפי שאבקש להראות, נסיבות הפגיעה הנדונות כאן אינן עומדות אף בדרישות הקו המאזן המתווה בחוק, כך שהפגיעה בפרטיות הגלומה בהן אינה זוכה להכשרת החוק.

ה. חוק הגנת הפרטיות

ועדת כהן להגנה בפני פגיעה בצנעת הפרט נקראה לשבת על המדוכה בעקבות שינויים טכנולוגיים, שהעצימו את החשש מפני החדירה לפרטיות ותוצאותיה.⁷¹ הפיתוחים הטכנולוגיים סיפקו כלים לחדור לתחום היחיד בקלות יחסית ובחשאי. בנקל ניתן להאזין לשיחותיו של הפרט בטלפון, לתקשורת המחשבים שהוא מנהל, להתחקות אחר תנועותיו באמצעי עיקוב מתוחכמים, לתעד את מעשיו, לרכז מידע על אודותיו ולאגרו. החשש מפני הפיכת המוצנע לנחלת הרבים והפגיעה שתיגרם בכך לאיכות חייו של הפרט, לביטחונו האישי ולאוטונומיה שלו, הביאו את המחוקק, בשלהי שנות השבעים ובראשית שנות השמונים, לידי אימוץ חוק האזנת סתר, תשל"ט-1979⁷² וחוק הגנת הפרטיות. במידה רבה מטרותיהם של חוקים אלה, והאמצעים שהם נוקטים, דומים: קביעת פעולות המהוות חדירה בלתי מורשית לתחום הפרט, כעברה פלילית;⁷³ קביעת תנאים שבמסגרתם תותר

69. ראו לעיל, הערה 33 והסקסט שליטה.

70. ראו לעניין זה, ע"פ גלעם (לעיל, הערה 3), סוף פסקה 11 לפסק דינו של השופט אריאל. לגופו ראו תיק תשט"ז/300 פד"ר ב 125; ערעור תשי"ט/83 פד"ר ג 257.

71. עמ' 2 לדו"ח הוועדה להגנה בפני פגיעה בצנעת הפרט (אוקטובר 1976), שבראשה עמד השופט יצחק כהן (להלן: דו"ח ועדת כהן). עוד על העילות שהביאו לכינוס הוועדה ולחקיקת החוק ראו: Ruth Gavison, "Should We Have a 'General Right to Privacy' In Israel?", 12 *Is. L. R.* (1977) 155.

72. חוק האזנת סתר, תשל"ט-1979, ס"ח 118.

73. חוק הגנת הפרטיות מוסיף את קביעתן כעוולה אורחית ומאפשר תביעה נזיקית גם בגין האזנת סתר כאחת מן החלופות לפגיעה בפרטיות, וראו בהקשר זה סעיפים 2(2) ו-4 לחוק הגנת הפרטיות.

הפגיעה בפרטיות מראש או בדיעבד;⁷⁴ ופסילתו של חומר שנאסף אגב פגיעה בפרטיות מלשמש ראייה בהליכים משפטיים.⁷⁵ מן הפסילה שקובע חוק האזנת סתר⁷⁶ ניתן לחרוג רק בנסיבות מצומצמות שאותן קובע החוק, ואשר מטרתן סיכול פשיעה חמורה או קידום מטרתו הישירה של החוק – מיגור האזנות הסתר באמצעות העמדה לדין של מבצעייהן. חוק הגנת הפרטיות מאפשר לסטות מכלל הפסילה לפי רצון הנפגע או בשיקול דעת בית המשפט. הדמיון בין החוקים יאפשר לעשות שימוש באסמכתאות הנוגעות לחוק האזנת סתר לצורך הדיון בחוק הגנת הפרטיות, בד בבד עם יצירת ההבחנות המתחייבות. בטרם אעבור לדון בהגדרת הפרטיות כפי שעוצבה בחוק ארחיב בקשר לכלל הפסילה הקבוע בחוק הגנת הפרטיות והעומד במרכזה של רשימה זו.

1. כלל הפסילה הקבוע בחוק הגנת הפרטיות.

סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, שכותרתו "חומר פסול לראייה", קובע כי:

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

לפי הוראת הסעיף, מנוע בעל דין מלהגיש חומר ראיות, שהושג תוך הפרת הפרטיות, אלא אם כן הסכים, מי שנפגע בפרטיותו, להגשת הראייה. הפרת פרטיות, המונעת הגשת החומר כראיה, היא כזו שלא זכתה ל"הכשר" על בסיס הוראות החוק הקובעות פטור או הגנה.⁷⁷ כלל הפסילה הקבוע בסעיף 32 אינו מוחלט, ולבית המשפט נתון שיקול דעת

74. חומרתו של חוק האזנת סתר עולה על חומרת חוק הגנת הפרטיות, שכן הוא מותר פתח צר למדי לעשיית שימוש בהאזנות סתר.

75. אף בהקשר זה חומרתו של חוק האזנת סתר עולה על זו של חוק הגנת הפרטיות, וראו בהקשר זה אלכס שטיין, "האזנת סתר ומעקבים אלקטרוניים נסתרים כאמצעים לקידומה של חקירה פלילית ובטחונות", **משפטים** יד (תשמ"ה) 527, בעמ' 528-530. שטיין מבקר את ההסדר המקל הקבוע בחוק הגנת הפרטיות ומצביע על הסיכון הגלום בו לפגיעה בפרט.

76. סעיף 13 לחוק האזנת סתר.

77. כאשר אין חבות בגין הפרת הפרטיות כפי שנקבעה בסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות בשל התקיימות נסיבות פטור או אחת ההגנות הקבועות בסעיף 18 לחוק, אין מניעה מלהגיש את החומר כראיה, וראו לעניין זה ב"ש 688/84 **מדינת ישראל נ' קורטאם**, פ"ד מ(1) 253, בעמ' 260. אפשר שכאשר הפוגע אינו צד להליך שבו מתבקשת הצגת הראייה, קיומם של הגנה או פטור אינו מכשיר את הראייה. לעניין זה ראו ע"פ 480/85 **קורטאם נ' מדינת ישראל**, פ"ד מ(3) 673 (להלן: ע"פ **קורטאם**). לפי גישה זו, אף אם ייקבע כי החוקר הפרטי נהנה מן ההגנות הקבועות בחוק, בכל זאת יהיה ניתן לחסום את השימוש בראיות שהשיג וזאת תוך שימוש בגישתו של השופט בכ כפי שהובאה בע"פ **קורטאם**, שם, בעמ' 689. לפי גישה זו,

לאפשר הצגת הראיה.⁷⁸ מכאן שעיצוב כלל הפסילה נתון במידה רבה בידי בית המשפט. האופן שבו יפרש בית המשפט את כלל הפסילה, ואת אפשרותו שלו לסטות ממנו, יכתוב את עוצמת ההגנה המוענקת לזכות לפרטיות. פרשנות מרחיבה של האפשרות לסטות מכלל הפסילה עלולה לרוקן מתוכנה את ההוראה ולאיים על מידת ההגנה המוקנית לזכות לפרטיות. מאידך גיסא, תחולה רחבה של כלל הפסילה, בשם ההגנה שאנו מבקשים להעניק לזכות לפרטיות, עלולה לפגוע באינטרס מרכזי אחר: לפסוק משפט צודק המבוסס ככל האפשר על גילוי העובדות.⁷⁹ יש לשאוף למציאת נקודת האיזון הראויה בין האלמנטים. מטרתו של משפט היא עשיית צדק,⁸⁰ שיטת משפט, המבקשת לעשות צדק, שואפת ככל האפשר לגלות את "האמת".⁸¹ שיטה כזו מבקשת לצמצם את הפער הקיים בין "האמת המשפטית" (האמת כפי שקבעה בית המשפט), לבין "האמת העובדתית" (כפי שהתרחשה במציאות).⁸² אינטרס זה מכתוב, כביכול, היתר לבעל דין להציג לפני בית המשפט את כל

אם הפוגע בפרטיות הנו אדם שלישי, שאינו צד להליך המשפטי, ובהנחה שניתן לראות את החוקר כאדם שלישי כאמור ולא כידו הארוכה של בן הווג, שהרי הוא שליחו (סעיף 6 לחוק חוקרים פרטיים ושירותי שמירה, תשל"ב-1972, ס"ח 90), לא יועיל קיומה של ההגנה לצורך הכשרת הראייה לפי סעיף 32 לחוק. גישה זו מסתברת מלשון הסעיף, הקובע כי ניתן יהיה לעשות שימוש כראיה בחומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות "אם היו לפוגע, שהיה צד להליך, הגנה או פטור לפי חוק זה" (ההדגשה שלי - ר"ז).

79. להבדיל מכלל הפסילה הקבוע בסעיף 13 לחוק האונת סתר, לא קבע המחוקק קנה מידה להפעלת שקול הדעת ולא הכתיב קריטריונים לסטיית בית המשפט מכלל הפסילה. במובן זה עוצמת ההוראה תהיה נתונה, במידה רבה, לעיצובו של בית המשפט, ולמשקל שיקנה לכל אחד מן האינטרסים המתנגשים. על הויקה בין הוראות הפסילה - זו הקבועה בסעיף 13 לחוק האונת סתר, וזו הקבועה בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, ראו ב"ש עליה (לעיל, הערה 49), בעמ' 741; בש"פ 901/89 בן המו נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(4) 524, בעמ' 526-527; ע"פ 2286/91 מדינת ישראל נ' אילוז, פ"ד מה(4) 289, בעמ' 304-305. לגישות פרשניות שונות לכלל הפסילה הקבוע בסעיף 13 לחוק האונת סתר ראו ע"פ נחמיאם (לעיל, הערה 41).

79. בש"פ 4481/00 יחזקאלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 245, בעמ' 250. באיזון המיוחד שבין זכותו של נאשם במשפט פלילי למשפט הוגן לבין זכותו של עבריין שהורשע לפרטיות, מעדיפה השופטת דורנר את הראשונה, אולם נדמה לי שזה אינו האיזון הראוי כאשר מול הזכות לפרטיות עומד ניהולו של הליך אזרחי בין בני זוג. חשוב בהקשר זה להדגיש, כי נוסף על הפגיעה בפרטיות בעל הדין, לעולם תיגרם, בהקשרנו, פגיעה אף באדם שלישי שאינו צד להליך השיפוטי.

80. אהרן ברק, "על משפט, שיפוט ואמת", *משפטים* כז (תשנ"ו-תשנ"ז) 11.

81. ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197 (להלן: ע"פ מועדי), בעמ' 259. על מושג האמת במשפט, ראו דורון מנשה, *כבילת שקול הדעת השיפוטי בשאלות עובדתיות* (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, תש"ס).

82. נינה ולצמן, "אמת עובדתית" ואמת משפטית - מניעת מידע מבית המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים, *עיוני משפט* כד (תשס"א) 263; מנחם אלון, "הדין, האמת, השלום

הראיות האיכותיות שבידיו אשר יש בהן, ככל האפשר, כדי לשקף את המציאות לאשורה. ואולם האינטרס בדבר גילוי האמת אינו אינטרס בלעדי. אין לאפשר את גילוי האמת ואת מיצוי הדין "בכל מחיר". בירור האמת העובדתית אינו אלא ערך יחסי.⁸³ ערך זה עשוי לסגת מפני עקרונות וערכים אחרים.⁸⁴ לעתים מתעורר צורך למנוע הבאתו של מידע רלוונטי לצורך שמירתו או קידומו של אינטרס אחר, שאינו קשור להליך השיפוטי ואשר הגשמתו מצדיקה מניעת המידע מבית המשפט.⁸⁵ אנו מכירים במגוון זכויות ואינטרסים אשר הביאו את המחוקק לידי כרסום באינטרס זה. כך, למשל, הכרת המחוקק בחסיונות הקבועים בפרק ג לפקודת הראיות⁸⁶ פוגעת במוצהר באפשרות להביא לפני בית המשפט את מלוא הנתונים. תוצאה זו מתחייבת מן ההכרה בחשיבותם ובמרכזיותם של מגוון אינטרסים כגון ביטחון המדינה, יחסי האמון בין איש המקצוע ללקוחו, והזכות להימנע מהפללה עצמית.⁸⁷

והפשרה – על שלושה וארבעה עמודי המשפט והחברה", מחקרי משפט יד (תשנ"ח) 269, בעמ' 271-283.

83. ראוי לשים לב, בהקשר זה, לגישתו של פרופ' ברק, הסבור כי אמנם מדובר בערך יחסי, ואולם משקלו רב. לגישתו, משקלו הרב מתבטא בראש ובראשונה בנקודת המוצא, והיא כי "הכלל הוא מציאת האמת". ההימנעות מכך, בשל פגיעה בערכים אחרים "היא החריג, והחריגים הם מעטים. בית משפט מתייחס אליהם בחשדנות. הוא ממעט להכיר בהם" ברק (לעיל, הערה 80), בעמ' 15. "רק במקרים חמורים ומיוחדים יהא זה לא רצוי להכיר את האמת" (שם, בעמ' 16). לגישתי, כפי שתוסבר להלן, הנסיבות הנדונות כאן עונות על הדרישה האמורה.
84. ראו, בהקשר זה, בג"ץ 152/82 אלון נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו(4) 449 (להלן: בג"ץ אלון), בעמ' 467: "לא אחת מונע בית המשפט עצמו במודע מלהגיע לחקר האמת העובדתית מטעמים של מדיניות משפטית, כאשר השמירה על ערכים-אינטרסים מסוימים עדיפה וחשובה בעיני המערכת המשפטית מגילוי האמת העובדתית".
85. זלצמן (לעיל, הערה 82), בעמ' 264-265; ע"פ מועדי (לעיל, הערה 81), בעמ' 259-261.
86. פקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, נ"ח 421.
87. לא רק המחוקק יצר הסדרים שבהם ניתנה עדיפות (מוחלטת או יחסית) לאינטרס נוגד על פני גילוי האמת. מוכרים אף הסדרים שיצר בית המשפט. כך למשל, החיסיון העיתונאי שפותח בפסיקה בפרשת ציטריין, במטרה להגן על חירות הביטוי וחופש העיתונות, וטרם זכה לעיגון בחוק. וראו, לעניין זה, ב"ש 298/86 ציטריין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין, פ"ד מא(2) 337 (להלן: ב"ש ציטריין); דו"ח הוועדה לבריקת החיסיון העיתונאי בישראל (דצמבר 1994), בראשות אשר מעוז. דוגמה נוספת, אם כי לא בלתי שנויה במחלוקת, נוגעת לסוגיית האבהות. במטרה למנוע את הפיכת הקטין לממזר, מונע בית המשפט מבעלי הדין להביא ראיות שיהיה בהן כדי להוכיח בוודאות את זהות האב. וראו לעניין זה את ע"א 548/78 שרון נ' לוי, פ"ד לה(1) 736; ע"א 1354/92 י"מ נ' פלונית, פ"ד מח(1) 711 (להלן: ע"א פלונית), ואת הסתייגותו של פרופ' שיפמן, פנחס שיפמן, דיני המשפחה בישראל (כרך ב, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, תשמ"ט), 46.

בהקשרנו, הזכות לצנעת הפרט עשויה להכתיב מניעת ראיות מבית המשפט. במקרה של כלל הפסילה הקבוע בחוק הגנת הפרטיות, מבקש המחוקק למנוע מבית המשפט מידע "כאמצעי להגשמת תכלית חברתית שאינה קשורה כלל לשמירה על סודיות המידע".⁸⁸ פסילת המידע מתבקשת משום שדרכי השגתו אינן כדין. מניעת השימוש במידע היא אמצעי להבטיח כי תישמר זכותו של אדם לפרטיות. מניעת השימוש במידע, שהושג תוך עברה על החוק, שוללת את התמריץ לבצע את העברה.⁸⁹ ואולם כל נשכח כי לעתים מתקיימת תכלית נוספת, והיא שמירת סודיות המידע עצמו. אז יש לוודא כי גילוי המידע אף בדרך אחרת לא יפגע בפרטיות.⁹⁰

כלל הפסילה מופעל כאמור בקשר לראיה שהושגה אגב פגיעה בפרטיות ובלבד שלא היו לפוגע, שהוא צד להליך, פטור או הגנה לפי החוק. לצורך בחינת כלל הפסילה בהקשרנו נצטרך אם כן לעמוד על הגדרות החוק בכל הנוגע לפגיעה בפרטיות ובכל הנוגע להגנות שהוא מספק.

2. פגיעה בפרטיות לפי חוק הגנת הפרטיות

הסיטואציה המתוארת בראשית המאמר, החריגה אולי מהיבט האלימות שבה, אופיינית לתחום שבו אנו עוסקים. סיטואציות דומות מתוארות בפסיקה, שעסקה בבירור האשמות חוקרים פרטיים שסרחו. במלאם אחר מצוות הבעל (ולעתים האישה), המבקש לאשש (או להפריך) חשדותיו באהבהבי אשתו, ולמלא ידיו בהוכחות מתועדות היטב, רואים עצמם החוקרים מורשים לפלוש לרשות היחיד ולתעד את המתרחש בתחום צנעת הפרט. כך, למשל, נמצאו חוקרים שלא היססו להיכנס בעצמם או בלוויית הבעל אל דירת מגוריה של האישה,⁹¹ להתפרץ לחדר במלון שבו שהתה ולצלמה כשהיא במיטה בחברת ידידה,⁹² לפעור חור בקיר ולהציב מצלמה נסתרת שתתעד את מעשי האישה עם אישה ששכרו לפתותו,⁹³ להציף דרך חור המנועול, להאזין למתרחש מעבר לדלת ולצלם ברשות היחיד⁹⁴ ועוד כהנה

88. זלצמן (לעיל, הערה 82), בעמ' 267.

89. שם, בעמ' 269.

90. אעיר בקצרה, שכן הדברים אינם בגדר הדיון, כי ראוי בהקשר זה לשקול שימוש באמצעי הגנה חלופי המעמעם את עוצמת הפגיעה בפרטיות. אמצעי מקובל בהקשרנו הוא הכלל המחייב לקיים את הדיון בדלתיים סגורות. ראו לעניין זה סעיף 68(ה) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד-1984, ס"ח 198; תקנה נב לתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל, תשנ"ג-1993, י"פ 2298. ראו עוד בהקשר זה בג"ץ 3815/90 גילת נ' מילוא, פ"ד מה(3) 414, בעמ' 428.

91. ע"פ גלעם (לעיל, הערה 3) (האישום של החוקרים חתוכה ויכניני); ע"פ חתוכה (לעיל, הערה 1).

92. ע"ש פריש נ' ועדת הרישוי (לעיל, הערה 5); ע"ש מדינת ישראל נ' פריש (לעיל, הערה 5).

93. ע"ש ליברמן (לעיל, הערה 5).

94. ת"א פלונית (לעיל, הערה 6).

וכהנה. הגבול בין המותר לאסור, כפי שיוסבר להלן, מטושטש, בין היתר בשל מחדלו של המחוקק להגדיר את תחום האסור בעיסוקו של החוקר הפרטי,⁹⁵ המוסדר כשהוא לעצמו בחוק.⁹⁶ ההפרות שבהן נדון במאמר זה מבוצעות הן על ידי בני הזוג עצמם והן על ידי חוקרים פרטיים ששכרו לצורך כך. במהלך הדיון נעמוד על ההבדלים בין הפרת פרטיות, שמבצעים האישי או האישה עצמם, ובין הפרה, שמבצע בשליחותם החוקר.

חוק הגנת הפרטיות בחר להגדיר באופן מפורט את הפגיעה בפרטיות. בשונה מהצעת החוק,⁹⁷ נוסח החוק שהתקבל הגדיר, בסעיף 2, את רשימת ההפרות כרשימה סגורה, אם כי גדרותיה עשויים להתפרש באופן גמיש.⁹⁸ חששו של המחוקק מפני הגדרה רחבה של הזכות לפרטיות,⁹⁹ התמקד בפגיעה העלולה להיגרם לחופש הביטוי ולזכות הציבור לדעת.¹⁰⁰ כפי שניווכח בדיון בהגנות שקובע החוק, משקף החוק בסופו של דבר איזון בין הזכות לפרטיות לבין זכויות ואינטרסים נוספים, ובראש ובראשונה שמירה על הסדר ועל החוק.¹⁰¹ סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות, המגדיר פגיעה בפרטיות מהי, קובע שתי חלופות שעשויה להיות להן נגיעה לענייננו.¹⁰² הסעיף קובע, כי "פגיעה בפרטיות היא אחת מאלה:

95. כפי שציין פרופ' שחר, הציפייה במועד חקיקת חוק חוקרים פרטיים ושירותי שמירה הייתה כי מחוקק המשנה ייצוק תוכן לחוק, ויגדיר את תחומי פעולתו של החוקר. יורם שחר, "הבטחון הפרטי והדין", *עיוני משפט יג* (תשמ"ח) 121, בעמ' 134. ראו גם *דו"ח ועדת כהן* (לעיל), הערה 71, בעמ' 29. ואולם עד היום לא נקבעו תקנות אתיקה, שיגדירו את תחומי האסור והמותר לחוקר במסגרת תחומי עיסוקו. *ע"ש מדינת ישראל נ' פריש* (לעיל, הערה 5), בעמ' 508.

96. חוק חוקרים פרטיים ושירותי שמירה.

97. הצעת חוק הגנת הפרטיות (לעיל, הערה 44), בעמ' 207. באופן דומה, הוגדרה הפרת הפרטיות בהמלצות ועדת כהן בצורה של רשימה פתוחה. *דו"ח ועדת כהן* (לעיל, הערה 71), בעמ' 23א.

98. ד"ר 9/83 *בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין*, פ"ד מב(3) 837 (להלן: ד"ר *ועקנין*), מלמד כי תיתכנה כמה חלופות פרשניות להגדרת הפגיעה בפרטיות, כפי שנקבעה בסעיף 2(1) לחוק הגנת הפרטיות. באותן נסיבות, הוכרע לטובת הפרשנות המצמצמת.

99. כפי שעולה מעיון בדברי הכנסת, כמעט כל חברי הכנסת הביעו חשש, כי חופש הביטוי וזכות הציבור לדעת יינזקו כתוצאה מחקיקת החוק. ראו ד"ר ל"א (תש"ס) 3490, 3494, 3498, 3501.

100. על ההתנגשות בין הפרטיות לחופש הביטוי ראו רות גביוון, "איסור פרסום הפוגע בפרטיות – הזכות לפרטיות וזכות הציבור לדעת", *זכויות אזרח בישראל – קובץ מאמרים לכבודו של חיים ה' כהן* (רות גביוון – עורכת, מפרסומי האגודה לזכויות האזרח בישראל, תשמ"ב) 177.

101. בהתאם לקו שנקבע ב*דו"ח ועדת כהן* (לעיל, הערה 71), בעמ' 3.

102. ראוי להזכיר, כי בהקשרן של התדייבויות משפטיות בין בני זוג, ייתכנו פגיעות בחלופות נוספות, הקבועות בסעיף 2, ובהן אלו הקבועות בסעיפים קטנים 5 ו-11. בחרתי ברשימה זה לעסוק במצבים החמורים ביותר, אם כי אין מניעה עקרונית לעשות שימוש בדיון המובא כאן אף בהקשרן.

(1) בילוש או התחקות אחר אדם, העלולים להטרידו, או הטרדה אחרת;

...

(3) צילום אדם כשהוא ברשות היחיד;

...

הפגיעה, האופיינית למקרים הרלוונטיים לענייננו, כרוכה במרבית המקרים בבילוש ובצילום ברשות היחיד. בשלב ראשון נדרש בן הזוג,¹⁰³ או החוקר מטעמו, להתחקות אחר בת הזוג, ללמוד על מעשיה וקורותיה. בשלב שני, לאחר שמצא כי יש במעשי בת הזוג כדי לספק את "חומר הראיות המרשיע" הנדרש לצורך ביסוס טיעונו או טיעוני שולחו, נדרש הוא לתעד את שראה במצלמתו. מטבע הדברים אותן ראיות "חותכות" הנדרשות לבעל לצורך ביסוס עילת הגירושין או הפטור מן המזונות (לפחות לצורך ביסוס עילת הניאוף), אינן ניתנות להשגה ברשות הרבים.¹⁰⁴ מכאן שבן הזוג או החוקר נדרשים לצלם ברשות היחיד. צילום זה יהיה כרוך על פי רוב בהסגת גבול, בהצבת מצלמה נסתרת או בצילום סטילס בשעת ההתרחשות. הדירה לרשות היחיד,¹⁰⁵ בין לדירת המגורים או לחדר שנשכר במלון,¹⁰⁶ היא פולשנית ביותר. קיום יחסי מין הנו מסוג הפעולות הנעשות בצנעה, מתוך הסתמכות על ההגנה שמספקים ארבעת קירות החדר והנורמה המקובלת אשר לפיה ביתו של אדם הוא מבצרו. פלישה לביתו של אדם לא רק פוגעת אנושות בכבודו בשעת מעשה, אלא מערערת את ביטחונו האישי ופוגעת באיכות חייו בכל עת. אדם, שאין לו ודאות, כי בביתו נתון לו חופש פעולה, הנובע מקיומה של אותה מחיצה המבדילה בינו לבין הכלל ומאפשרת לו לפעול בלא חשש מפיקוח הזולת ומביקורת, נפגע ביכולתו לפתח את האוטונומיה האישית הנתונה לו, ויוצא חסר בחירותו ובכבודו.

ואולם הקושי המתעורר בהקשר זה אינו נוגע לעצם הפגיעה בפרטיות. על כך אין כמעט חולק.¹⁰⁷ הקושי מתעורר בכל הנוגע לשאלת תחולתן של הגנות, המקנות לפוגע חסינות בפני העמדה לדין. חשיבות רבה יש לשאלת תחולתן של ההגנות בהקשרנו, שהרי כאשר

103. או בת הזוג, וההתאמות הנדרשות להלן.

104. יובהר, כי לפי חוק הגנת הפרטיות אין כל מניעה להתחקות או לצלם את בת או בן הזוג ברשות הרבים, ובתנאי כי בילוש זה אינו מטריד. ברשות הרבים מביא אדם בחשבון כי התנהגותו עשויה להיות נתונה לחקירת האחר והפגיעה בפרטיותו, אף אם קיימת, מוחלטת. התחקות שאינה מטרידה מותרת ויכולה לשמש מקור חלופי ולגיטימי להשגת ראיות. בסוג זה של בילוש ייתכן כי אף אם הופרה הוראת סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות, יזכה המפר להגנה מכוח סעיף 18.

105. לפרשנות המושג "רשות היחיד", בהקשרו של חוק הגנת הפרטיות, ראו ע"פ התוכנה (לעיל, הערה 1), פסקה 6 לפסק דינה של השופטת רובינשטיין.

106. חדר במלון נחשב בהקשר זה רשות היחיד לכל דבר ועניין. ראו ע"ש מדינת ישראל נ' פריש (לעיל, הערה 5), בעמ' 502.

107. למעט הטענה, אשר לפיה בשל קשר הנישואין וטיבו, אין בין בעל לאישה מחיצות ולפיכך לא ניתן בכלל לדבר על זכותם לפרטיות זה כלפי זה, טענה שאין לה, לגישתי, על מה לסמוך בחברה המכירה במרכזיותו של הפרט ובקיומם של שוויון, חירות ואוטונומיה אישית. גבאי

התגבשה הגנה נוצרת מניעה, לפחות בחלק מן המקרים, מלעשות שימוש בכלל הפסילה הקבוע בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות.

3. ההגנות הקבועות בחוק הגנת הפרטיות

כפי שעולה מסעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות, הקובע רשימת הגנות אשר בהתקיימן יהיה מי שהפר את הפרטיות פטור מחיובו האזרחי והפלילי, משקף החוק איזון בין הזכות לפרטיות לבין אינטרסים נוגדים. הסעיף קובע מגוון הגנות הבאות להבטיח שמירה על מגוון זכויות ואינטרסים, ובהם חופש הביטוי, זכות הציבור לדעת, חופש העיסוק,¹⁰⁸ הקניין, אינטרס הציבור בסיכול פשיעה ולמניעת פגיעה בביטחון, אינטרס הציבור במיצוי הדין עם עבריינים,¹⁰⁹ וזכות הפרט למיצוי סעדים אזרחיים.

למספר הגנות חלופיות עשויה להיות נגיעה לענייננו. הגנות מקצועיות עשויות לקום לזכותו של החוקר הפרטי, ואילו הגנות שמקורן בשמירה על אינטרס אישי כשר עשויות לקום לזכותו של בן הזוג. נבחן הגנות אלה כסדרן. סעיף 18 קובע כדלקמן:

18. הגנות מה הן

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

...

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

...

(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;

"...

לעניין תום הלב קובע החוק את החזקות הבאות:

20. נטל ההוכחה

(לעיל, הערה 3), בעמ' 566-567. לטענות המבקשות לקבוע חריג לאיסור ההאזנה והמעקב

בכל הנוגע לבני זוג וצאצאים ראו: Jonathan D. Niemeyer, "All in the Family: Interspousal and Parental Wiretapping Under Title 3 of the Omnibus Crime Act", 81 *Ky. L. J.* (1993) 237; Scott J. Glick, "Is Your Spouse Taping Your Telephone Call? Title 3 and Interspousal Electronic Surveillance", 41 *Cath. U. L. Rev.* (1992) 845.

108. כפי שעולה מדברי ההסבר המלווים את סעיף 6(ד) להצעת חוק הגנת הפרטיות (לעיל, הערה 44), בעמ' 209.

109. אינטרסים אלו משתקפים לא רק מן ההגנות הקבועות בסעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות, אלא אף מן הפטור שהוקנה לרשויות הביטחון בסעיף 19 לחוק.

(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 ביודעין 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 עליהם.

(א) הגנת בן הזוג

ההגנה, העשויה לשמש את בן הזוג, היא זו הקבועה בסעיף 18(2)(ג) לחוק הגנת הפרטיות. ההגנה מאפשרת פגיעה בפרטיות לשם הגנה על "עניין אישי כשר של הפוגע". על יסוד הגנה זו ניתן לטעון, כי בן זוג, המבקש לבסס את טיעונו בפני ערכאה שיפוטית לשם שמירה על זכותו לקניין (בהקשרה של תביעת המזונות), או לשם קידום תביעת הגירושין, שלקבלתה או לדחייתה עשויות להיות השפעות על איכות חייו, יוגן אף אם בתהליך איסוף הראיות פגע בפרטיות.

ואולם המקרים שתוארו לעיל, הכוללים פלישה לרשות היחיד וצילום הפרט בשעת קיום יחסי מין, אינם זכאים, כך נראה, להגנת הסעיף. כדי שתבוסס הגנת האינטרס האישי הכשר, על הטוען לה להוכיח כי פעל בתום לב. דרישת תום הלב מהווה מעין "שער כניסה"¹¹⁰ לשימוש בהגנות סעיף 18(2) לחוק, והיא שלובה בכל אחת מן ההגנות המנויות.¹¹¹ חזקה לקיומו של תום לב תקום כאשר יוכיח הפוגע כי הפגיעה "לא חרגה מתחום הסביר באותן נסיבות". חזקה היעדר תום לב תקום, כאשר הפגיעה עלתה ביודעין על הנחוץ באופן סביר לשם ההגנה על האינטרס הכשר של הפוגע. עוצמתה של הפגיעה בפרטיות, הכרוכה בפלישה לרשות היחיד, בעת ובמקום שבהם הוא מנהל את ענייניו האינטימיים ביותר, היא, לדידי, לעולם משום פגיעה החורגת מן הסביר ושוללת כשהיא לעצמה את הגנת תום הלב.¹¹² "הרלבנטיות להליכי משפט – אין בה 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."¹¹³

110. ת"פ (י"ם) 1596/96 מדינת ישראל נ' גוטמן (לא פורסם) (להלן: ת"פ גוטמן).

111. ע"פ גלעם (לעיל, הערה 3), פסקאות 1, 8 ו-13 לפסק דינו של השופט אריאל.

112. "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... לא מדובר בחדירה לבית סתם, אלא פגיעה בפרטיות בעניינים שבינו לבינה", ע"פ גלעם (לעיל, הערה 3), פסקה 12 לפסק דינו של השופט אריאל.

113. שם, פסקה 11 לפסק דינו של השופט אריאל.

יתרה מזו, כפי שכבר ציינתי, במרבית המקרים ניתן יהיה לבסס את טענות בן הזוג לפני הערכאה השיפוטית מבלי שהופרה הזכות לפרטיות או מתוך פגיעה פחותה בהרבה. כך, הזכרתי את החלופה המסתפקת בהוכחת מעשי כיעור,¹¹⁴ שאינם דורשים לצורך הוכחתם פלישה לרשות היחיד. הוכחת מעשי כיעור מספיקה לצורך שמירה על האינטרסים של הבעל בהתדיינות המשפטיות שבין בני הזוג, הן לצורך ביסוס עילת גירושין והן לצורך הפטור מן המזונות.¹¹⁵ במובן זה תיפסל ההגנה עקב חזקת היעדר תום הלב הקבועה בסעיף 20(ב), שהרי ברי שאם ניתן להגן על אינטרס בן הזוג באמצעים חלופיים פוגעניים פחות, אזי הפגיעה עולה בידועין על המידה הנחוצה.¹¹⁶

לעתים קרובות תהיה כרוכה בצילום הפרט ברשות היחיד עברה פלילית של הסגת גבול. כך כאשר יחדור בן הזוג לחדר במלון, לדירה המצויה בהחזקתה הבלעדית של האישה, או לדירתו של צד שלישי. שימוש בדרכי עורמה לצורך החדירה לרשות הפרט, עלול לבסס את עברת המרמה.¹¹⁷ על פי פסיקת בית המשפט העליון בפרשת גלעם,¹¹⁸ כאשר להפרת הפרטיות נלווית עברה פלילית לפי חוק העונשין, עברה שנעברה מתוך מחשבה פלילית, נשללת אוטומטית טענת תום הלב.¹¹⁹ מכאן בכל מקרה שבו מבצע בן הזוג עברה של הסגת גבול¹²⁰ או תקיפה¹²¹ אגב פגיעתו בפרטיות, נשמט הבסיס מטענת הגנתו.

בהתנגשות בין הצרכים הראייתיים, הנובעים, כביכול, מן הדין הדתי החל על התדיינות בענייני מעמד אישי, והפגיעה העלולה להיגרם לבעל דין בגלל פסילתן של ראיות שהושגו אגב פגיעה בפרטיות, לבין הזכות לצנעת הפרט,¹²² יש, ככל שמדובר

114. ראו לעיל, הערה 32 והטקסט שלידה.

115. ראו לעניין זה ע"פ גלעם (לעיל, הערה 3), סוף פסקה 11 לפסק דינו של השופט אריאל.

116. בדומה, נסיבות אלה מהוות הפרה של דרישת המידתיות, המנויה בפסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומונעות הכשרתה של הפגיעה לפי תנאי חוק היסוד. בהקשר זה

ראו לעיל, הטקסט שליד הערות 60-70.

117. לפי סעיף 415 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 864 (קבלת דבר במרמה). ראו לעניין זה ע"פ גלעם (לעיל, הערה 3) (האישום המתייחס לחוקר גלעם); ת"פ גוטמן (לעיל, הערה 110).

והשוו שחר (לעיל, הערה 95), בעמ' 129.

118. ע"פ גלעם (לעיל, הערה 3). השופטים מצא וברק הסתפקו בכך כדי לדחות את הערעור ולקבוע כי למערערים לא עומדת, לנוכח היעדר תום ליבם, הגנה כלשהי לפי סעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות.

119. השופט מצא מצוין, כי "מקום שלפגיעה בפרטיות מתלווה ביצוע עברה של מחשבה פלילית, שהיא אינהרנטית לפגיעה בפרטיות, שוב אין הפוגע יכול להישמע בטענה שהפגיעה בפרטיות בוצעה על ידיו בתום לב...". שם.

120. לפי סעיף 447 לחוק העונשין.

121. לפי סעיף 378 לחוק העונשין.

122. הדברים מסויגים לנסיבות הפגיעה המתוארות – קרי, כאשר לשם איסוף חומר ראייתי חודר בעל דין לרשות היחיד, בעצמו או באמצעות חוקר ששכר לשם כך, בולש ומצלם את מעשי בן זוגו בתחום הווייתו האינטימית ביותר.

בנסיבות פגיעה חריפות כפי שתוארו כאן, להעדיף את האחרונה. יש לזכור כי ניאופה של האישה או בגידתו של הגבר אינם נחשבים לעברה לפי משפט המדינה.¹²³ מכאן שהטיעון כי יש "... להבטיח כי 'רשותו של אדם' לא תשמש לו 'עיר מקלט' כשהוא מנצל אותה לרעה, לסיכול השלטת החוק והמשפט"¹²⁴ אינו ראוי להישמע בהקשר זה.¹²⁵ ההכרעה לטובת צנעת הפרט, במקרים קיצוניים אלה, נסמכת על לשונו של החוק הנוקט, לצורך הגדרת ההגנות, מונחי שסתום ובהם עקרון תום הלב והסבירות. כפי שהוסבר, מונחים אלה מנחים אותנו לקבוע כי בנסיבות המתוארות לעיל לא יזכו מעשי בן הזוג להגנה וכי תינתן עדיפות לזכות האדם לפרטיות. ואולם גם אם לא נידרש לעמדה נחרצת זו, ומשום שילוב מבחן המידתיות הקבוע בחוק היסוד, ברי שפגיעה העולה על הנדרש לצורך השגת התכלית (כאן: בירור התביעה ומיצוי הדין) אינה חוקתית. לרוב יובטח אינטרס הבעל במיצוי הדין גם אם יעשה שימוש בראיות שעוצמת פגיעתן בפרטיות קטנה בהרבה.¹²⁶ אמנם הוכח מעשי האישה ומילוי תנאי עילת מעשי הכיעור, בלי לחדור לחדרי חדרים, קשה יותר וכרוכה במשאבים או זמן, ואולם זהו מחיר שחברה המכבדת זכויות אדם, ופרטים המבקשים לחיות בה, צריכים לשלם.

123. שיפמן (לעיל, הערה 20), בעמ' 148. ראו גם ע"ש מדינת ישראל נ' פריש (לעיל, הערה 5), בעמ' 511-512; ע"פ התובח (לעיל, הערה 1), פסקה 8 לפסק דינה של השופטת רובינשטיין.

124. ע"ש פריש נ' ועדת הרישוי (לעיל, הערה 5), בעמ' 511, הציטוט, המשולב בדברי השופט טל, לקוח מדברי המבוא המצורפים להצעת חוק הגנת הפרטיות (לעיל, הערה 44), בעמ' 206.

125. כטיעון נוסף לדחיית ההגנה, חזר בפסיקה נימוק שביקש להקיש מחומרתו של חוק האזנת סתר. כך, למשל, השופט מודריק, בהעדיפו את ערך צנעת הפרט, מסתמך על הטיעון אשר לפיו האיסור המוחלט על האזנת סתר, בהקשר של איסוף ראיות בהתדיינות בין בני זוג, ראוי כי יחול, מקל וחומר, כאשר לשם איסוף אותן ראיות חודר בן הזוג לרשות הפרט ומצלמו במצב אינטימי. אף שיש להיזהר מאימוץ הרעיון באופן גורף, בשל השוני בין שני ההסדרים, אוי ככל שמדובר במקרה הקיצוני של צילום הפרט ברשות היחיד בשעה שהוא מתייחד עם בן זוגו, הדברים ראויים. ע"ש מדינת ישראל נ' פריש (לעיל, הערה 5), בעמ' 507; וראו גם ע"פ התובח (לעיל, הערה 1), פסקה 8 לפסק דינה של השופטת רובינשטיין: "באיוון בין צנעת הפרט לבין הזכות להבאת ראיות, בנסיבות שהוצגו לפנינו, הזכות הראשונה גוברת. בכך מקיימים אנו אף את ההרמוניה בין פרשנות דברי החקיקה, ובכלל זה חוק האזנת סתר המחמיר בעניין האפשרות להתקין האזנה. אין זו פרשנות סבירה כי התקנת האזנה לזוג נאהבים תהיה אסורה, בעוד שצילומם בעת קיום יחסי מין יהיה מותר".

126. כפי שמציינת השופטת ברלינר בע"פ כספי (לעיל, הערה 3), פסקה ה, "אפילו ב"סקלה" של מעשים שנועדו להשיג ראיות עבור הליכי גירושין – יש השגת ראיות ויש השגת ראיות, והראיות שעמד המערער "להפיק" הן הגרועות ביותר שניתן להעלות על הדעת".

(ב) הגנת החוקר הפרטי

באשר להגנות העומדות לרשות החוקר,¹²⁷ מדובר בהגנות שמקורן מקצועי והן באות להגן על חופש עיסוקו של החוקר הפרטי, הנחשב כשהוא לעצמו עיסוק לגיטימי וחוקי.¹²⁸ לחלופין ניתן לעשות שימוש בהגנת האינטרס האישי הכשר, שהרי החוקר פועל בשם שולחו, ומכאן שהגנה זו מתפרסת כביכול אף על פעילותו, הנעשית למען קידום האינטרס הכשר של השולח. לפי גישה זו, הדיון לעיל, בכל הנוגע להגנת האינטרס הכשר, יפה אף בהקשרו של החוקר. ואולם ניתן, להערכתנו, לחלוק על פרשנות זו. לפחות מטעמי פרשנות לשון ההגנה, ספק אם נועדה לחול על החוקר, שהרי היא אינה מסתפקת בהגדרת האינטרס המצדיק את הפגיעה כאינטרס כשר, אלא מוסיפה מפורשות, כי מדובר בהגנה על אינטרס "אישי" של הפוגע.¹²⁹

ההגנות המקצועיות שמהן נהנה החוקר הפרטי הן שתיים. האחת מובהקת ונקבעה מלכתחילה כדי לספק לו הגנה,¹³⁰ ואילו בצל השנייה מסתופף החוקר כאורח בלבד.¹³¹ בית המשפט, על כל פנים, עושה בהן שימוש משולב. אף הגנות אלה אינן מוחלטות, במובן זה שיתגבשו רק אם הפגיעה בפרטיות נגרמה בתום לב. נבחן הגנות אלה כסדרן.

ההגנה, שנגזרה למידותיו של החוקר ונועדה להגן על עיסוקו, דורשת, נוסף על דרישת תום הלב, שני תנאים מצטברים. האחד, כי הפגיעה "נעשתה תוך ביצוע עיסוקו של הפוגע כדין", השני, כי הפגיעה נעשתה "במהלך עבודתו הרגילה".¹³² באשר לדרישה הראשונה, נדחה ניסיון לפרשה פירוש מצמצם שיכשיר כל פגיעה שפגע חוקר פרטי, לנוכח קיומו של חוק המסדיר את עיסוקו, הממלא, כביכול, את הדרישה: "כדין". אמנם מטרת ההוראה להקנות הגנה לחוקר, כמי שעיסוקו הוכר והוסדר בחוק, כך שמעשים הנחשבים מטבעם לפוגעים בפרטיות, יזכו להגנה בשל עיסוקו של עושהם,¹³³ ברם, לא כל פגיעה תוכשר אך בשל עיסוקו של הפוגע כחוקר.¹³⁴ אף בהקשר זה האיזון הראוי יושג תוך שימוש במושג

-
127. ראו דיונו של שחר (לעיל, הערה 95), בעמ' 132-136, העוסק בפרשנותם הראויה של ההגנות העומדות לרשותו של החוקר הפרטי והקשיים שמציב הדין.
128. ועיינו בחוק חוקרים פרטיים ושירותי שמירה.
129. סעיף 18(2)(ג) לחוק הגנת הפרטיות.
130. סעיף 18(2)(ד) לחוק הגנת הפרטיות. ראו דברי ההסבר להצעת חוק הגנת הפרטיות (לעיל, הערה 44), בעמ' 209.
131. סעיף 18(2)(ב) לחוק הגנת הפרטיות.
132. אל אלה נוסף תנאי מצטבר שלילי אשר לפיו תישלל ההגנה אם הפגיעה "נעשתה דרך פרסום ברבים" – סעיף 18(2)(ד) לחוק הגנת הפרטיות.
133. ראו דברי ההסבר להצעת חוק הגנת הפרטיות (לעיל, הערה 44), בעמ' 209.
134. "...לא ניתן לפרש הגנה זו כגורפת וכמאפשרת כל פגיעה בפרטיות. שאם לא תאמר כן, די לו לאדם שישכור חוקר פרטי לשירותו, כדי להיפטר מעולו של חוק הגנת הפרטיות" – השופט טל, ע"ש פריש נ' ועדת הרישוי (לעיל, הערה 5), בעמ' 512; ע"ש מדינת ישראל נ' פריש (לעיל, הערה 5), בעמ' 505.

תום הלב.¹³⁵ באשר לדרישה השנייה, נדחית הטענה, כי מעשים כה קיצוניים, כגון פלישה לצנעת הפרט לצורך צילומו, לעתים תוך הפרות חוק נוספות, ייחשבו למהלך עבודה רגיל. אף אם מעשים אלו כרוכים בעבודת החוקר, דרך שגרה, אין בכך כדי להופכם למהלך עבודה רגיל.¹³⁶ בהיעדר כללי אתיקה,¹³⁷ מפורש הסעיף באופן המתווה קוד התנהגות סביר.¹³⁸

ההגנה המקצועית משקפת איוון בין הזכות לפרטיות לבין חופש העיסוק של החוקר הפרטי. אף בהקשר זה פרשנותו של מושג תום הלב, במשולב ובמקביל לפרשנות המושגים "עיסוק כדין" ו-"מהלך עבודתו הרגיל", הם שיכריעו מהי נקודת האיוון בין השניים. הדברים שנאמרו לעיל בכל הנוגע לפרשנות מושג תום הלב בהקשרה של הגנת האינטרס הכשר יפים אף בהקשר זה. עוצמת פגיעה חריפה,¹³⁹ מידת פגיעה החורגת מן הנדרש וביצוען של עברות לפי חוק העונשין, אשר בעשייתן כרוכה מחשבה פלילית, כל אלה ידרשו, בנסיבות המתאימות, את דחייתה של ההגנה המקצועית.

השימוש במונחי השסתום כאמצעי ליצירת איוון ראוי בין צנעת הפרט לבין הגנת עיסוקו של החוקר נכון אף בכל הנוגע להגנה הקבועה בסעיף 18(2)(ב). הסעיף קובע, בין היתר, הגנה לפוגע אם הפגיעה נעשתה "בנסיבות שבהן הייתה מוטלת על הפוגע חובה... מקצועית לעשותה". שילוב מונחי השסתום בדבר דרישת תום הלב והחובה המקצועית שולל, להבנתי, מכול וכול את הכללתה של פגיעה גסה, משפילה ומבוזה, הכרוכה בצילום הפרט ברשות היחיד, בגדר ההגנה המקצועית. פרשנות זו אין בה כדי לרוקן את ההגנה המקצועית מתוכן.¹⁴⁰ מרחב הפעולה הנתון לחוקר הפרטי עדיין רחב דיו וכולל שלל מעשים חוקיים ואף כאלה הפוגעים כשהם לעצמם בפרטיות, אך הגם בגדר הסביר וחוסים לפיכך בצל ההגנות האמורות.

מן המקובץ עולה כי השגת ראיות לצורך ביסוס תביעת הגירושין או המזונות, הכרוכה בצילום אדם במעונו בשעותיו האינטימיות ביותר, לא רק מהווה פגיעה בפרטיות כפי שנקבעה בחוק, אלא אינה יכולה לקבל הכשר על יסוד ההגנות המנויות בו. ואולם אין באלה כשהם לעצמם כדי לפסול באופן מוחלט הגשת אותן ראיות לבית המשפט. כזכור,

135. ראו לעניין זה שחר (לעיל, הערה 95), בעמ' 133, 135.

136. ע"ש מדינת ישראל נ' פריש (לעיל, הערה 5), בעמ' 515; ע"פ חתובה (לעיל, הערה 1), פסקה 8 לפסק דינה של השופטת רובינשטיין.

137. עובדה המקשה את השימוש בחוקה המנויה בסעיף 20(ג) לחוק הגנת הפרטיות. (לעיל, הערה 95).

138. ע"פ חתובה (לעיל, הערה 1), פסקה 8 לפסק דינה של השופטת רובינשטיין.

139. דברי השופט זכריה כספי, כפי שהובאו בע"ש מדינת ישראל נ' פריש (לעיל, הערה 5), בעמ' 509: "קשה לי להעלות על הדעת פגיעה חריפה יותר בפרטיותו של אדם, ובמיוחד בוו של האשה, מאשר צילומו בעת שהוא מקיים יחסי מין עם הזולת. מצב מביך וחריף, לכל הדעות, אם הוא נחשף לעין זרה".

140. ע"ש מדינת ישראל נ' פריש (לעיל, הערה 5), בעמ' 515.

כלל הפסילה המנוי בסעיף 32 אינו מוחלט, אלא מקנה לבית המשפט שיקול דעת לאפשר הצגת הראיה. כבר הוזכרה חשיבות הדרך שבה מחיל בית המשפט את הוראת הפסילה. ברי שכל עוד יוכשרו ראיות שהושגו אגב פגיעה בפרטיות לא ייעלם התמריץ להסתכן בהפרת החוק כדי "לחמש" בראיות את האיש,¹⁴¹ המנהל מאבק גירושין עם אשתו. לגישתי, יש הכרח להפעיל את כלל הפסילה בנסיבות אלה. חומרת הפגיעה בפרטיות רבה. ספק אם ניתן למצוא לה הצדקה, ואף אם נאמר, כי הדברים חיוניים לצורך ביסוס עילת תביעה במקרה האחד,¹⁴² או הגנה מפני תביעה במקרה האחר,¹⁴³ אין מניעה כי הללו יוכחו באמצעים אחרים שפגיעתם בפרטיות מופחתת. אף אם נאמר כי לא תתאפשר הוכחת הטענה בכל דרך אחרת, לא יהיה בכך כדי להצדיק פגיעה כה אנושה בפרטיות האדם.¹⁴⁴ הכשרת הפגיעה האמורה אינה עולה בקנה אחד עם ערכיה הדמוקרטיים של המדינה ואפשר שאף עם ערכיה היהודיים.¹⁴⁵

ו. תחולת כלל הפסילה בבתי הדין הרבניים

1. פיצול הדין

בטרם נדון בעמדתו של בית הדין הרבני בכל הנוגע לחוק הגנת הפרטיות, נדרשת הקדמה קצרה, שתבהיר הכיזד קיים הבדל בין מערך הנורמות המחייב את בתי המשפט ובין מערך הנורמות המחייב את בתי הדין. הבדל זה מקורו בפיצול הקיים בשיפוט ובדין בהקשרם של ענייני המעמד האישי. סמכות השיפוט בענייני המעמד האישי נתונה, בחלקה, לשתי מערכות שיפוט – בתי המשפט האזרחיים ובתי הדין הדתיים.¹⁴⁶ נוסף על הפיצול בשיפוט, ובמידה רבה כתוצאה ממנו, קיים פיצול בדין. בחלק מן הסוגיות מתחום המעמד האישי אימץ המחוקק את ההסדר הקבוע בדין האישי, והוא חל אף אם הדין מתנהל בערכאה אזרחית. ואולם בתי המשפט האזרחיים אינם מחילים את הדין האישי במלואו. לצד החלת הדין האישי המהותי, מחיל בית המשפט את סדרי הדין ואת דיני הראיות האזרחיים. בנוסף,

141. או האשה, בהתאמה.

142. במקרה של תביעת הגירושין.

143. במקרה של תביעת המזונות.

144. ראו לעיל, הערה 113.

145. ראו לעניין זה את דבריו של השופט בך, ע"פ נחמיואם (לעיל, הערה 41), בעמ' 331, שנאמר אומנם בהקשרו של סעיף 13 לחוק האזנת סתר אך יפים בהקשרנו. לפן הנוגע לערכים היהודיים ראו להלן, הטקסט שליד הערה 257 ואילך.

146. ראו, בעניין זה, מעוז (לעיל, הערה 14); יצחק אנגלרד, "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי", משפטים ב (תשל"ל) 268 (להלן: אנגלרד א) ויצחק אנגלרד, "מעמדו של הדין במשפט הישראלי (חלק ג)", משפטים ד (תשל"ב) 31 (להלן: אנגלרד ב); שיפמן (לעיל, הערה 20), בעמ' 19-20, 27-28; רות הלפרין-קדרי, "פלורליזם משפטי בישראל: בג"צ ובתי הדין הרבניים בעקבות בבלי ולב", עיוני משפט כ (תשנ"ז) 683, בעמ' 687-689.

לא רואה עצמו בית המשפט האזרחי מחויב לפרשנות שמעניקים בתי הדין הדתיים לדין האישי. מכאן שהפתרון המהותי, שמספקת הערכאה האזרחית, בעת שמתעוררת לפניה סוגיה הוזה לזו המתעוררת לפני הערכאה הדתית, עשוי להיות שונה בעליל.¹⁴⁷ ההלכה, שנתקבלה עוד בראשית ימי המדינה, קבעה, כי בתי המשפט האזרחיים, בדיוניהם בסוגיות מתחום המעמד האישי, יפעילו את כללי הפרוצדורה המקובלים אצלם.¹⁴⁸ כאשר לבתי הדין הדתיים נתקבלה כהלכה הגישה הגורסת כי הדין האישי שהם מחילים יופעל בשלמותו, על סדרי הדין ודיני הראיות המקובלים במסגרתו.¹⁴⁹ מכאן שתחולתו של כלל הפסילה בדיונים המתנהלים לפני בית הדין הרבני, אינה מובנת מאליה.

2. עמדת בתי הדין

בתי הדין הרבניים אינם רואים עצמם כפופים לחוק הגנת הפרטיות ולחוק האזנת סתר, הבנויים כזכור במתכונת דומה. הפרקטיקה האמורה, המוכרת היטב לעורכי הדין העוסקים בתחום, שחלקם אינם מהססים לנצלה לטובת אינטרס לקוחותיהם, משתקפת בעקיפין ובמישרין. התנהגות בעלי הדין ופעולת החוקרים שהם שולחים לבלוש אחר בנות הזוג, נלמדות מן הפסיקה הנוגעת לאספקטים פליליים או משמעתיים של המעשים.¹⁵⁰ עמדת בית הדין עולה מעתירות שהופנו לבית המשפט הגבוה לצדק כנגד פסיקת בתי הדין שלא נמנעה מלעשות שימוש בראיות שנאספו באופן האמור על ידי בני זוג או חוקרים,¹⁵¹ ומפסיקה של בתי הדין, שרק מיעוטה עוסק בשאלה במישרין.¹⁵² הדיון בפסיקת בתי הדין נעשה אמנם בחלקו בקשר לשאלת פסילתן של ראיות שהושגו אגב הפרת חוק האזנת סתר ואולם ההיקף בין התחומים, בהקשרנו, מלא. ההסדרים שקובעים החוקים בקשר לרכיבים הרלוונטיים לדיוננו הם דומים, הרציונלים זהים, והדיינים מזכירים את שני החוקים יחד ובלא הפרדה

147. ראו, בעניין זה, אנגלרד א' (לעיל, הערה 146), בעמ' 315, 510, 528-531; ואנגלרד ב' (לעיל, הערה 146); שיפמן, (לעיל, הערה 20), בעמ' 27-28; אריאל רוזן-צבי, "פיצול השיפוט ופיצול הדין בענייני משפחה", תקדים (תשמ"ט) 29; רוזן-צבי (לעיל, הערה 18), בעמ' 69; ע"א 238/53 כהן ובוטליק נ' היועץ המשפטי, פ"ד ח 4, בעמ' 19.

148. ע"א 26/51 קוטיק נ' וולפסון, פ"ד ה 1341, בעמ' 1344. בהרחבה ראו מעוז (לעיל, הערה 14), בעמ' 379 ואילך.

149. ראו, לעניין זה, אנגלרד ב' (לעיל, הערה 146), בעמ' 32. ברשימה זו אינני מבקשת לערער על תוקף הגישה המקובלת, אשר לפיה בית הדין הרבני מוסמך בעיקרון להפעיל את דיני הראיות המקובלים אצלו ושמקורם במשפט העברי. כל שאבקש לבחון מצטמצם לתחולת חוק הגנת הפרטיות על בתי הדין, וחובת הכיבוד של זכות האדם לפרטיות. לדיון בשאלה הרחבה ראו נסים שלם, ראיות בבית הדין הרבני (חיבור לשם קבלת תואר מוסמך במשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, תשנ"ו) 4.

150. בקשר לחוקרים ראו את ההפניות המנויות לעיל, בהערה 5. בקשר לבני הזוג עצמם ראו את ההפניות המנויות לעיל בהערה 6.

151. בג"ץ אברמוב (לעיל, הערה 7); בג"ץ וזגיא (לעיל, הערה 7).

152. פסקי הדין המוזכרים בהערה 9 לעיל.

עקרונית. תכלית החוקים דומה: מיגור פרקטיקות הפוגעות בפרטיות. האמצעים הננקטים דומים (בהקשרנו – פסילת חומר שנאסף אגב פגיעה בפרטיות מלשמש כראייה בהליכים משפטיים) ולשון הוראת הפסילה, הקובעת אמנם קריטריונים שונים אך מתייחסת בשני החוקים לבית המשפט ואינה מאזכרת את בתי הדין – משותפת.¹⁵³ הנמקת בית הדין מדוע אינו רואה עצמו כפוף להוראת חוק האזנת סתר חלה אף על חוק הגנת הפרטיות. דייך בית הדין הרבני הגדול, הרב דיכובסקי מציין מפורשות:

...אין ספק כי הוראותיהם של שני החוקים הנ"ל [חוק האזנת סתר וחוק הגנת הפרטיות – ר"ז] מכוונות לבתי המשפט ולא לבתי הדין הרבניים. דיני הראיות בבתי הדין שונים במהותם ובאופיים מדיני הראיות שבבתי המשפט, ולפיכך דינים אלו אינם חלים כלל על בתי הדין הרבניים, וזלת במקום שהדבר צוין במפורש בחוק.¹⁵⁴

למעלה מן הנדרש מציין הרב דיכובסקי, כי גם אם היו חוק הגנת הפרטיות וחוק האזנת סתר חלים בבתי הדין לא היה בהם כדי להביא לפסילת ראיות שבהבאתן כרוכה בפגיעה בפרטיות.¹⁵⁵ הוא קובע כי לאור הוראת סעיף 32 ושיקול הדעת המוקנה בו לערכאת השיפוט, לא ייפסל חומר ראיות וזאת על בסיס סעיף 18(2)ג) לחוק הגנת הפרטיות הקובע, כזכור, את הגנת האינטרס הכשר. הוא אינו מנמק את שימושו בסעיף ואינו מתעכב על דרישת תום הלב, ועולה כביכול כי בכל מקרה של תביעת גירושין, כאשר החומר נועד לבסס את טענות הבעל (או האישה) ולהוכיח קיומה של עילת גירושין, יוכשרו הראיות. מן הפן ההלכתי קובע בית הדין כי למרות חשיבות צנעת הפרט בהלכה ועל אף האיסור על פגיעה בפרטיות לא תיפסל הראייה. בית הדין, מפי הרב שרמן, קובע בהקשר זה כי

למרות שהפגיעה בצנעת הפרט נקבעת ע"י ההלכה למעשה עבירה ואיסור, אין לקבוע שהנוצר מעבירה זו כנדון דנן קלטת האזנת סתר, נתייחס אליו 'כיוצא מהטמא, טמא' ונשלול כל תוקף ממעשה הבא בעברה.¹⁵⁶

ובהמשך, לאחר סקירת הדין, קובע בית הדין כי אין לנקוט אמצעי של פסילת הראייה כמתריץ שלילי לפגיעה בפרטיות, וזאת לנוכח הנזק שייגרם לבעל הדין מפסילת הראייה,

153. ראו לעיל, הערה 72 ואילך.

154. ערעור בפני בית הדין הרבני הגדול ירושלים, פד"ר יד 321, בעמ' 332.

155. הדברים נלמדים מדינו המערב בין חוק הגנת הפרטיות לבין חוק האזנת סתר. ערעור בפני בית הדין הרבני הגדול ירושלים, פד"ר יד 321, בעמ' 331-332.

156. תיק 2408/שנ, פד"ר יד 289, בעמ' 293.

וברור כשמדובר שבית הדין כדי שלא יעודד עוברי עבירה שבזה יגרם נזק מסוים לציבור, אינם יכולים על פי דין לגרום לנזק לזולת במניעת זכותו להשתמש בראיותיו שברשותו שהגיעו לו בדרך של מעשה עבירה, כדי שלא לעודד עוברי אותה עבירה, כנדון דנן. שראייתו של האדם היינו הקלטת הגיעה אליו בדרך של פגיעה בצנעת הפרט, שורת הדין אינה מאפשרת שבכדי לא לעודד עוברי עבירה זו נשלול את זכותו להגן על עצמו וממונו. שורת הדין אינה מאפשרת זו.¹⁵⁷

גם אמצעים לפנים משורת הדין, ובהם קנס, הטלת איסור מטעמי "מגדר מילתא" (לנוכח היקף התופעה וחומרתה) או אימוץ הדין האזרחי כ"דינא דמלכותא" נדחים על ידי בית הדין, לנוכח נסיבות המקרה ובאופן עקרוני כאחד.¹⁵⁸ בית הדין קובע חד-משמעית כי

[ש]לביה"ד מותר ע"פ שקול דעתם למטרת חקר האמת ופסיקת דין צדק לחדור לתחום צנעת הפרט... קביעת החוק האזרחי שראיות שנתקבלו ע"י פגיעה בצנעת הפרט אינן קבילות בבית המשפט, אינה מחייבת את ביה"ד...¹⁵⁹

לנוכח עמדתו זו של בית הדין צפה ומתעוררת הבעיה המבקשת את בירורה ברשימה זו. הגישה האמורה מעודדת פגיעה חמורה בפרטיות, פגיעה שמידתה עולה על הנחון בהליכים בין בני זוג, ושאינה יכולה להיות מוצדקת בחברה דמוקרטית שוחרת זכויות. בני הזוג, החוקרים ופרקליטיהם הרומסים (מי במישרין ומי בעקיפין) את הפרטיות, מוצאים לגיטימציה למעשיהם בעמדת בית הדין ה"מוכן לקבל ראיות מסוג זה, גם כאשר הושגו באופן שבו הושגו הצילומים בתיק זה"¹⁶⁰ – קרי באמצעות שכירת חוקרים פרטיים ופלישה לחדר השינה של האישה ובן זוגה וצילומם בשעת קיום יחסי מין. השאלה שנתורה לבירור היא האם ניתן לשנות את התוצאה האמורה ואם כן – כיצד.

3. גישתו של בית המשפט הגבוה לצדק לשאלת תחולת כלל הפסילה בבתי הדין הרבניים
לנוכח הפרקטיקה הפוגענית הנהוגה בבתי הדין הרבניים, והתנגדותם המפורשת של בתי הדין לראות עצמם כפופים להוראת סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, מפתיעה נדירות דיוניו של בית המשפט הגבוה לצדק בסוגיה, בפרט לנוכח התפקיד האקטיבי שהוא ממלא בביקורת הרשויות השונות בשנים האחרונות.¹⁶¹ בשני מקרים, האחד מן העת האחרונה,

157. שם, בעמ' 295.

158. שם, בעמ' 296-299.

159. שם, בעמ' 299.

160. ע"פ כפפי (לעיל, הערה 3), פסקה ד לפסק דינה של השופטת ברלינר.

161. על המגמה להעמקת ה"אקטיביזם השיפוטי" ראו רות גביוון, מרדכי קרמניצר ויואב

נדרש בית המשפט העליון לסוגיה. בפרשת **אברמוב**¹⁶² מותיר בית המשפט, מפי השופט אלון, את שאלת כפיפותם של בתי הדין הרבניים לכלל הפסילה בלא מענה, ואולם אינו שולל התערבות עתידית שתורה לבית הדין לנהוג אחרת. בפרשת **וזגיא**¹⁶³ נוקט בית המשפט, מפי השופטת שטרסברג-כהן, עמדה ברורה יותר, אם כי עושה כן אגב אורחא ובלי לפרוש תשתית רחבה.

נזכיר בקצרה את עובדות פרשת **אברמוב**. באותה פרשה נטען כי חומר ראיות שאסף בעלה של העותרת, שיש בו כדי ללמד על יחסי האישה עם גברים אחרים, הושג תוך הפרת הוראות חוק הגנת הפרטיות. האישה פנתה לבית המשפט המחוזי בתביעה אזרחית לפי חוק הגנת הפרטיות, ובמסגרתה ביקשה להורות לבעל להימנע משימוש בחומר הראיות האמור. בית המשפט הוציא צו מניעה זמני לבקשתה.¹⁶⁴ בית הדין הרבני לא שעה לצו, והורה על שמיעת הראיות.¹⁶⁵ עתירת האישה הופנתה אפוא כנגד בית הדין הרבני בגין סירובו להימנע מלכחון את חומר הראיות. בית המשפט הגבוה לצדק אמנם דחה את העתירה ואולם לא קבע, ומכאן חשיבותו, כי אין הוא מוסמך לדון בעתירה המופנית כנגד הפן הראייתי אשר על פיו פועל בית הדין. בית המשפט דחה את העתירה לגופה בנימוק שבית הדין הוא זה שצריך, בשלב ראשון, להכריע בכל הנוגע לקבילות הראיות, הן בכל הנוגע לפן המשפטי – האם כפוף בית הדין להוראות חוק הגנת הפרטיות, והן לגופו של עניין – האם איסוף החומר, שאותו מבקש בעל הדין להציג כראיה, פגע בהוראותיו וגרם לפגיעה בפרטיות. השופט אלון מזכיר את ההלכה המקובלת אשר לפיה: "בית הדין הרבני דן לפי דיני הראיות וסדרי הדין שבמשפט העברי ותקנות הדיון בבתי הדין הרבניים, כשם שדן הוא לפי הוראות החוק המהותיות שבמשפט העברי, פרט למקרה שמצויה הוראת חוק מיוחדת המופנית אל בית הדין הדתי והקובעת מפורשות כי על בית הדין הדתי לדון לפי הוראות חוק זה".¹⁶⁶ לגופו, משאיר בית המשפט את השאלה האם חוק הגנת הפרטיות חל בבית הדין בצריך עיון.¹⁶⁷ פסק הדין מותיר פתח עקרוני להתערבות בית המשפט הגבוה

דותן, **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד, מקומו של בנ"צ בחברה הישראלית** (י"ל מאגנס,

האוניברסיטה העברית, תש"ס), 37, 49-52.

162. בג"ץ **אברמוב** (לעיל, הערה 7).

163. בג"ץ **וזגיא** (לעיל, הערה 7).

164. יש לציין כי לאחר הגשת העתירה צמצם בית המשפט את הצו, עובדה שעליה נסמכת הכרעתו

של בג"ץ בעתירה. ראו בג"ץ **אברמוב** (לעיל, הערה 7), בעמ' 334-335.

165. ראו גם תיק 1880/מז פד"ר יד 300, בעמ' 303.

166. בג"ץ **אברמוב** (לעיל, הערה 7), בעמ' 336. לגישה העולה מן הדברים נחזור בהמשך הדיון.

167. השופט אלון משרטט בקווים כלליים שיקולים להכרעה עתידית בסוגיה שבמחלוקת: "מצד אחד, מפאת אופיין ומהותן של הנורמות הנקבעות בהוראות חוק האונת סתר וחוק הגנת הפרטיות, ייתכן וההוראות בדבר אי קבילותן של הראיות שהושגו בניגוד לאמור בחוקים הנ"ל, חלות גם על סדרי הדיון והראיות בבתי הדין הרבניים; מצד אחר, ייתכן וההוראות בדבר אי קבילותן של ראיות כאמור, שלא הופנו במפורש לבית הדין הדתי, אינן חלות בסדרי הדיון והראיות בבתי הדין הרבניים, במיוחד בהתווסף החשש שבהחלתן של הוראות אלה יהא

לצדק בשאלות הנוגעות לתחולת דיני הראיות בבית הדין, אך אינו מכרסם כשהוא לעצמו באוטונומיה של בית הדין בתחום דיני הראיות.¹⁶⁸

העתירה שהתבררה בפני בית המשפט הגבוה לצדק בפרשת **וזגיא** אל אמנם עסקה בטענה לפסילת ראיות לפי כלל הפסילה הקבוע בסעיף 13(ג) לחוק האונת סתר ולא לפי כלל הפסילה הקבוע בחוק הגנת הפרטיות ואולם, על אף השוני בין ההוראות, ההיקש באשר לתחולת ההוראה בהליכים המתנהלים בבתי הדין הרבניים הוא ישיר. בית המשפט העליון קובע, אם כי אגב אורחא, כי לאור חשיבות הזכות לפרטיות ומעמדה החוקתי, "נראה כי הכלל בדבר אי קבילותן של ראיות שהושגו בהאונת סתר... ראוי שיחול גם בהליכים בבתי הדין הדתיים, באופן שיוביל לאחידות נורמטיבית בעניין זה בערכאות המדינה".¹⁶⁹ בית המשפט מציע אחת משתי חלופות להשגת התוצאה האמורה. האחת, פרשנות תכליתית של חוק האונת סתר שתכפיף את בתי הדין לתחולתו הישירה. השנייה, "לומר, כי גם אם חוק האונת סתר לא חל באופן ישיר על בתי הדין הדתיים בהעדר סעיף תחולה מפורש המורה כן, נתונה בידם סמכות טבועה לקבוע את סדרי הדין, אותה יש להפעיל בהגינות, בתום לב ובסבירות, תוך כיבוד זכויות אדם ובהן הזכות לפרטיות... דברים אלה נכונים גם לגבי סמכותו הטבועה של בית הדין בקביעת דיני הראיות החלים בו".¹⁷⁰ לשתי הדרכים נחזור בהרחבה בהמשך הדיון. לגופו נמנע בית המשפט גם בפרשה זו מלהתערב בסוגיה ובוחר להותירה להכרעת בית הדין הרבני, שלא הכריע בה מפורשות.

4. תחולת כלל הפסילה בבתי הדין הרבניים: פרשנות מילולית

גישתם של בתי הדין, אשר לפיה אין הם כפופים לכלל הפסילה, נסמכת, כאמור, על לשונו של סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות.¹⁷¹ לשון ההוראה, השוללת קבילותו של חומר ראיתי, שהושג תוך פגיעה בפרטיות, נדרשת ל"בית משפט" ואינה מזכירה את בתי הדין. פרשנות דווקנית של החוק, המתבססת על ההלכה המקובלת בהקשר זה,¹⁷² אינה מכירה בתחולתו בבתי הדין הרבניים. העמדה המקובלת בפסיקה עד לשנות התשעים גרסה, כי בית הדין אינו כפוף להוראות החוק האזרחי, אלא אם כן נכללה בו הוראת תחולה מפורשת,

משום הכבדה יתירה בבירור דיונים שבתביעות שבין בני זוג, שהשאלות העובדתיות העולות בהן הן בחלקן הניכר משום עניינים שבנסתר יותר מאשר בנגלה... "שם, בעמ' 336-337.

168. כפי שמציינת ד"ר הלפרין-קדרי נראה שבתחום דיני הראיות נשמרה האוטונומיה של בתי הדין כמעט באופן מוחלט. ראו הלפרין-קדרי (לעיל, הערה 146), בעמ' 697.

169. בג"ץ **וזגיא** (לעיל, הערה 7), פסקה 12 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן.

170. שם, פסקה 13 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן.

171. דברים ממצים לעניין זה מביא הרב דיכובסקי, דיין בית הדין הרבני הגדול, במאמרו, דיכובסקי, "האונת סתר א" (לעיל, הערה 8), המוקדש להאונת סתר.

172. בג"ץ 202/57 **סידים נ' הנשיא וחברי בית הדין הרבני הגדול**, פ"ד יב 1528 (להלן: בג"ץ **סידים**), בעמ' 1537; בג"ץ 323/81 **וילוזני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים**, פ"ד לו(2) 733 (להלן: בג"ץ **וילוזני**), בעמ' 738; בג"ץ **בעהם** (לעיל, הערה 18); רוזן-צבי (לעיל, הערה 18), בעמ' 70; מנשה שאווה, **הדין האישי בישראל** (כרך שני, מודן, תשס"א), 783.

המאזכרת את בית הדין. על פרשנות זו משתיתים כיום בתי הדין הרבניים את התנגדותם לתחולת חוק הגנת הפרטיות:

לדעת בית הדין החוקים הנזכרים [חוק הגנת הפרטיות וחוק האזנת סתר - ר"ז] אינם חלים על סדרי הדיון והראיות שבבית הדין הדנים לפי דין תורה. גם המחוקק לא התכוון בחוקים הנזכרים לשנות דיני הראיות וסדרי הדיון בבית הדין ולפיכך לא התייחס התייחסות ישירה לבתי הדין כמו שהתייחס בחוקים אחרים שהפנה אותם גם לבית הדין.¹⁷³

פרשנות מילולית של כלל הפסילה יכולה להביאנו אך בקושי לידי המסקנה, כי בתי הדין הדתיים כפופים אף הם להוראות החוק.¹⁷⁴ ניתן לבסס גישה אשר לפיה המונח "בית משפט" המצוין בסעיף 32, כולל אף את בית הדין הרבני. גישה פרשנית זו נסמכת על הגדרותיהם של חוק יסוד: השפיטה¹⁷⁵ ופקודת הפרשנות.¹⁷⁶ הגדרת סעיף 1 (א) לחוק יסוד: השפיטה, המפרטת את רשימת בתי המשפט, כוללת בסעיף קטן 4 חלופת סל, אשר לפיה בית משפט, שסמכות שפיטה נתונה בידיו, כולל "בית משפט אחר שנקבע בחוק כבית משפט". לפי פקודת הפרשנות מוגדר בית משפט - כבית משפט בן סמך לשפוט בישראל. פקודת הפרשנות אינה מקנה הגדרה נפרדת לבתי הדין, ומכאן כי אף "בית דין" בכלל "בית משפט". לחיזוק עמדה זו ניתן להביא את עמדת בית המשפט אשר באה לידי ביטוי בפרשה מוקדמת:¹⁷⁷ בפרשה זו קבע בית המשפט, בקשר לאחת מתקנות המועצה המשפטית,¹⁷⁸ כי: "...המושג בית משפט רחב ביותר, וכולל גם בתי משפט אזרחיים וגם בתי דין דתיים...".¹⁷⁹ ואולם נראה, כי פרשנות זו מקורה בתכלית ההוראה ובנסיבות המקרה ולא ניתן להקיש ממנה לענייננו.¹⁸⁰ כך או כך, פרשנות זו אינה משכנעת, באשר סעיף 1 (ב)

173. תיק 1880/מז פד"ר יד 300, 303.

174. לתמיכה בגישה הפרשנית הרואה את המונח "בית משפט" בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, ככולל אף את בתי הדין הדתיים, ראו מאמרו של גבאי (לעיל, הערה 3), בעמ' 578-582.

175. חוק יסוד: השפיטה, ס"ח תשמ"ד 78.

176. פקודת הפרשנות [נוסח חדש], תשי"ד-1954, נ"ח 1. פקודת הפרשנות רלוונטית בהקשר זה, לנוכח סעיף 1 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981, הקובע המשך תחולתה של הפקודה בכל הנוגע לפרשנותם של מילים וביטויים.

177. עמ"מ 8/57 פלוני נ' יו"ר וחברי המועצה המשפטית, פ"ד יב 900 (להלן: עמ"מ פלוני).

178. תקנה 42 לתקנות המועצה המשפטית, תשי"ג-1953, ק"ת 772.

179. עמ"מ פלוני (לעיל, הערה 177), בעמ' 904.

180. בע"פ 741/83 גדרון נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(2) 698, בעמ' 700, קבע בית המשפט כי "לפי המשמעות הרגילה של הדיבור 'בית משפט'... גם בית דין דתי 'בית משפט' ייחשב...". ואולם בדומה לפרשת פלוני אף בפרשת גדרון נובעת פרשנות הדיבור "לשעתה ולמקומה ולהקשר שבו מופיע הדיבור" (שם, שם).

(1) לחוק יסוד: השפיטה מציין במפורש ובנפרד את בית הדין הדתי ברשימת בתי המשפט. היוקקותו של המחוקק למונח "בית דין" מלמדת על עמדתו אשר לפיה אין בית הדין כלול במונח "בית משפט אחר".

פרשנות המבקשת להתבסס על לשונו של החוק נתקלת בקושי נוסף וזאת לנוכח קיומן של הוראות תחולה מפורשות בחקיקה אחרת.¹⁸¹ על רקע זה נראה כי ההשמטה בחוק הגנת הפרטיות אינה מקרית ונועדה לצמצם תחולת ההוראה לבתי המשפט האזרחיים. אמנם את העמדה המבחינה בין הוראת חוק רגילה לבין הוראת חוק המופנית מפורשות אל בית הדין פיתח בית המשפט,¹⁸² ובמובן זה יכול בית המשפט, שיצר את ההבחנה, לבטלה. ואולם לא ניתן להתעלם מן העובדה, כי הבחנה זו מבוססת על מילותיו של המחוקק. הצורך להיוקק לאמירה מפורשת מלמד כי התחולה על בית הדין אינה מובנת מאליה. נראה כי המחוקק סבר כי שתיקתו תפורש כהיעדר תחולה על בית הדין. מכאן שנוצרה הבחנה: מקום שצוינה מפורשות תחולת ההוראה על בית הדין, יחויב בית הדין בהפעלתה, בעוד ששתיקת המחוקק תתפרש כהסדר שלילי.

5. תחולת כלל הפסילה בבתי הדין הרבניים: גישות מהותיות

(א) הערה מקדמית

בטרם אציע חלופות שבאמצעותן ניתן יהיה להטיל על בתי הדין חובה להורות על פסילת ראיות שהושגו אגב פגיעה בפרטיות, אציג טיעון הגוזר את כלל הפסילה מזכות היחיד לפרטיות. אבקש לטעון, כי כלל הפסילה הנו נדבך מרכזי בזכות החוקתית לפרטיות – קרי להראות כי ממעמדה של הזכות בשיטת המשפט הישראלית עולה כי ערכאת שיפוט תמנע מבעל דין להציג לפניו ראיות שהושגו תוך הפרת הפרטיות. מכאן שאם אצליח להוכיח שבית הדין מחויב להקנות בפסיקתו תוקף לזכות לפרטיות, תנבע מאליה אף חובתו להפעיל את כלל הפסילה.

טיעון זה ניתן היה לביסוס בקלות יחסית אם מוכר היה בשיטתנו כלל הפסילה הראייתי (Exclusionary Rule), או כפי שנהוג בטעות לכנותו: "תורת פרות העץ המורעל".¹⁸³ כלל זה אינו ישים בהקשרנו במישרין, ואולם יכול היה לשמש מודל לתחולת העיקרון המחייב את ערכאות השיפוט לפסול ראיות שהושגו אגב פגיעה בפרטיות. כלל הפסילה הראייתי, בגרסתו

181. ראו למשל, סעיף 7 לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, ס"ח 248; סעיף 79 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות, תשכ"ב-1962, ס"ח 120; סעיף 155(ב) לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, ס"ח 63; סעיף 13(ב) לחוק יחסי ממון, תשל"ג-1973; סעיף 27 לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981, ס"ח 293; סעיף 52 לפקודת הראיות.

182. בג"ץ סידים (לעיל), הערה 172, בעמ' 1537.

183. כפי שמעיר פרופ' שחר, "פרות העץ המורעל" הנו כלל משנה אחד של כלל הפסילה הבסיסי. ראו יורם שחר, "סדר דין פלילי", ספר השנה של המשפט בישראל (אריאל רוזן-צבי – עורך, פפירוס, תשנ"ב-תשנ"ג) 375, בעמ' 410. על מובנה המדויק של "תורת פרות העץ המורעל" ראו שטיין (לעיל, הערה 75).

המעודנת, מאפשר לבית המשפט לשקול את נסיבות השגת הראיה וכאשר השגתה הייתה כרוכה בהפרת החוק ובפגיעה בזכויותיו של הנאשם, להימנע מלקבלה במשפט פלילי. ואולם, כלל הפסילה הראייתי לא נקלט בישראל.¹⁸⁴ בכמה הזדמנויות חזר וקבע בית המשפט העליון כי בהיעדר הוראת חוק מפורשת אין בידיו כלים להחילו.¹⁸⁵ הוראות הפסילה, המנויות בחוק הגנת הפרטיות ובחוק האזנת סתר נחשבות בגדר חריג, יוצא מן הכלל המעיד על הכלל, והכלל הוא "שאין מקום לפסול ראיה רלוונטית אך ורק בגלל האמצעים שנקטו לשם השגתה".¹⁸⁶ ברם, אפשר שיש לשקול עמדה זו מחדש לנוכח חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והפרשנות שהוקנתה לו בפסיקת בית המשפט העליון. הצעה ברוח זו מביא פרופ' הרנון, התומך את עמדתו בתכליתו של חוק היסוד ובלשונו.¹⁸⁷

ואולם גם בלי להיזקק לכלל הפסילה הראייתי במובנו הרחב, הנוגע למגוון פגיעות בזכויות הפרט וחירויותיו, ניתן לטעון כי מעמדה של הזכות לפרטיות בשיטה הישראלית ודרך עיצובה בחוק הגנת הפרטיות, דורשים לראות את כלל הפסילה כחלק בלתי נפרד ממנה. עיצוב הזכות לפרטיות כזכות חוקתית מושפע בוודאי מחוק הגנת הפרטיות. חוק זה בחר לאמץ כלל פסילה קונקרטי. ברוח זו ניתן לטעון כי הזכות לפרטיות כוללת, כחלק ממהותה, כלל פסילה. ממסקנה זו עולה, כי גם אם תימצא נגזרת שבה אין תחולה לחוק הגנת הפרטיות (בתי הדין), ממעמדה החוקתי של הזכות ומדרך עיצובה בחוק ינבע שתפסלנה ראיות שהושגו תוך פגיעה בלתי מידתית בה. ברי שהתפיסה האמורה אינה מכתיבה פסילה אוטומטית ומוחלטת של כל ראיה שהושגה תוך הפרת הפרטיות. כפי שהוזכר, כלל הפסילה, כמו הזכויות עצמן, אינו מוחלט. קיומה של חברה מתוקנת מחייב שמירה על אינטרסים ציבוריים, ובראש ובראשונה אכיפה וציות לחוק. אינטרסים וזכויות אלה מחייבים כי שיטת המשפט תמנע במידה המרבית יצירת פערים מוגזמים בין האמת העובדתית לבין האמת המשפטית. ואולם בירור האמת, בין שהוא לצורך מיצוי דין עם עבריינים, ובין שהוא לצורך קבלת סעד בהליך אזרחי, אינו יכול להיעשות בכל מחיר. אחד מן המחירים שאל לחברה לשלם הוא מחיר הפגיעה הבלתי מידתית בזכויות יסוד. אמנם ראוי שאת נוסחת האיזון יקבע המחוקק, ואולם במקרה של מחלל מצדו, יהיה על בית המשפט להשלים את הטעון השלמה. מבחני פסקת ההגבלה, ובמרכוז מבחן המידה, יכולים לשמש כקנה מידה מנחה אף בהקשר זה. בכמה הקשרים עשה בית המשפט שימוש במבחני פסקת ההגבלה כתחליף לנוסחאות האיזון השיפוטיות.¹⁸⁸ ואולם, בהקשרו של סעיף 32

184. ע"פ מועדי (לעיל, הערה 81), בעמ' 262; ע"פ 183/78 אבו מירג'ם נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 533; אליהו הרנון, "ראיות שהושגו באמצעים בלתי הוגנים", הפרקליט כג (תשכ"ז) 27, בעמ' 31.

185. ע"פ מועדי (לעיל, הערה 81), בעמ' 261; ד"נ ועקנין (לעיל, הערה 98), בעמ' 854.

186. אליהו הרנון, "ראיות שהושגו שלא כדין – האם נשתנה המצב המשפטי בעקבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו?", מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 139, בעמ' 140.

187. שם.

188. ראו, למשל, ע"מ 4/94 בן חורין נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 329, בעמ' 334; בג"ץ

לחוק הגנת הפרטיות אמר המחוקק את דברו.¹⁸⁹ אף אם לא נחיל במישרין את חוק הגנת הפרטיות, ניתן יהיה להקיש מן המבחן הקבוע בו. עם זאת אפשר שאף מבחן שיקול הדעת, שיצר המחוקק בסעיף 32, יהיה מקום לצקת את מבחני המידה כפי שפותחו בפסיקת בית המשפט.¹⁹⁰

היות כלל הפסילה נדבך מרכזי של הזכות לפרטיות, ומעמדה של הזכות לפרטיות בשיטה הישראלית, דורשים, להערכתנו, את המסקנה, כי יש להכפיף לכלל הפסילה אף את הדיונים המתנהלים לפני בתי הדין וזאת בהתאם לקריטריונים הקבועים בחוק הגנת הפרטיות. יישומה של עמדה זו אפשרי באחת מתוך שלוש דרכים חלופיות. האחת, תחולה ישירה של החוק. שימוש בטיעון שנפרש לעיל לצורך פרשנותו התכליתית של חוק הגנת הפרטיות – קרי לנוכח המקום המרכזי שיש לזכות לפרטיות ולכלל הפסילה כאמצעי ליישומה, מן הראוי לפרש את סעיף 32 לחוק כך שיחול אף בבתי הדין. השנייה, עשיית שימוש בפרק ג לפקודת הראיות, העוסק בעדויות חסויות וחל במפורש בבתי הדין, לצורך הטלת חסיון שמקורו בהגנת הפרטיות. השלישית, עשיית שימוש בזכות לפרטיות כזכות חוקתית על-חוקית ולחייב את בית הדין הרבני, בדומה למהלך שנקט בפרשות **בבלי ולב**, להחילה. על פי גישה זו מעמד הזכות לפרטיות וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מחייבים את התוצאה אשר לפיה יכבדו בתי הדין הרבניים את הזכות ויחילו את כלל הפסילה הנובע ממנה. אף לצורך יישום הגישות השנייה והשלישית, אין מניעה, כי נקיש ממבחן האיזון המתגלם בחוק הגנת הפרטיות.

(ב) חלופה ראשונה – פרשנות תכליתית של חוק הגנת הפרטיות

לפי חלופה זו פרשנותו התכליתית של חוק הגנת הפרטיות מחייבת את תחולתו בבתי הדין הרבניים.¹⁹¹ לנוכח מגמתו הפרשנית של בית המשפט בשנים האחרונות, מגמה המתרחקת משיטת הפרשנות הדוקנית-מילולית אל עבר הפרשנות התכליתית, נראית אפשרות זו ישימה.

כפי שהוזכר,¹⁹² הגישה הפורמליסטית, שנהגה בפסיקת בית המשפט עד שנות התשעים, התמקדה בלשון החוק והתנתה כפיפותם של בתי הדין לחוקים אורחיים בהוראתו המפורשת

4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94, בעמ' 138; ע"א 4463/94 גולן נ' שרות בתי

הסוהר, פ"ד נ(4) 136.

189. ע"פ הלל (לעיל, הערה 50).

190. על האפשרות לשלב את מבחן האיזון של המחוקק בזה של בית המשפט ראו ע"א 214/89

אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, בעמ' 861-862.

191. בג"ץ זוגיאל (לעיל, הערה 7), פסקה 13 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן. כמו כן ראו

ברק, **פרשנות חוקתית** (לעיל, הערה 58), בעמ' 285 ואילך; אהרן ברק, **פרשנות במשפט**

(כרך שני: פרשנות החקיקה, נבו, תשנ"ג), 85-91, 143 ואילך.

192. ראו לעיל, הערה 172.

של החוק.¹⁹³ ואולם באחד מפסקי הדין, שביססו את העמדה האמורה,¹⁹⁴ רמז השופט לוין על גישה אחרת.¹⁹⁵ השופט לוין מבקש להשאיר את העמדה האמורה בצריך עיון ומציין, בהתייחס לחוק הגנת הדייר,¹⁹⁶ הנעדר הוראת תחולה, כי "עדיין שאלה היא אם אין חוק הגנת הדייר... [ב] בחינת דין קוגנטי, המחייב גם את בית הדין הרבני...". עמדה ברוח זו הביע, בקשר לחוק הגנת הפרטיות, פרופ' רוזן-צבי. לגישתו, אפשר שיהיה מקום לחייב את בתי הדין להחיל הוראת חוק על אף שאינה מופנית אליו במפורש. רוזן-צבי מציין, כי "לא מן הנמנע, כי המטרה החקיקתית של הוראת חוק, כפי שתתפרש על ידי בית המשפט, תטיל את מרותן של הוראות חוק נוספות על בתי הדין. כך למשל, בית המשפט עשוי לפרש הוראות חוק מסוימות כקוגנטיות במובן שתחולתן תשתרע גם על בתי הדין הדתיים".¹⁹⁷ רוזן-צבי מקיש לשם כך מגישת בית המשפט העליון, המשליט את מרות הדין האזרחי על בתי הדין, בהקשרם של כללי הצדק הטבעי, תוך הרחבת עילת ההתערבות הקבועה בסעיף 15(ד4) לחוק יסוד: השפיטה.¹⁹⁸ כדוגמה להוראות חוק שיש לפרש, לגישתו, באופן קוגנטי, מזכיר פרופ' רוזן-צבי את חוק הגנת הפרטיות ואת חוק האונת סתר. חוקים אלה משליטים, לתפיסתו, נורמה כללית שאינה מיוחדת לענייני המעמד האישי. לגישתו: "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 הוא, שהמחוקק התכוון להוציא את הנורמות הכלליות, שהעניין מגיע לפתחם של בתי הדין הדתיים. בעניינים אלה יש לתת עדיפות לאחידות הנורמטיבית הן בכל הקשור להתנהגות הציבור והן בכל הנוגע למערכת השיפוטית".¹⁹⁹

193. בג"ץ סידים (לעיל, הערה 172); בג"ץ וילונוי (לעיל, הערה 172); רוזן-צבי (לעיל, הערה 147), בעמ' 28; הלפרין-קדרי (לעיל, הערה 146), בעמ' 689.
194. בג"ץ וילונוי (לעיל, הערה 172).
195. שם, בעמ' 747.
196. חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972, ס"ח 176.
197. רוזן-צבי (לעיל, הערה 147), בעמ' 28 (ההדגשה שלי - ר"ז).
198. ראו לעניין זה, למשל, בג"ץ 10/59 לוי נ' בית הדין הרבני האזורי תל-אביב-יפו, פ"ד יג 5182/93; בג"ץ 161/64 מוסמון נ' בית הדין הרבני האזורי חיפה, פ"ד יח(3) 502; בג"ץ 5182/93 לוי נ' בית הדין הרבני האזורי רהובות, פ"ד מת(3) 1. כמו כן ראו שלם (לעיל, הערה 149), בעמ' 46.
199. רוזן-צבי (לעיל, הערה 147), בעמ' 29. כמו כן, ראו רוזן-צבי (לעיל, הערה 18), בעמ' 85. חיזוק לעמדתו מצא, כפי הנראה, רוזן-צבי, עם חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. אריאל רוזן-צבי, "חוקי-היסוד והשפעתם על דיני המשפחה בישראל", דת, ליברליזם, משפחה והברה: אסופת מאמרים (אריאל פורת - עורך, רמות, תשס"א) 363, בעמ' 366, 374. כמו כן ראו, גבאי (לעיל, הערה 3), בעמ' 579-580; שלם (לעיל, הערה 149), בעמ' 65-66, בעמ' 46 שם מציין שלם כי: "כשקבע המחוקק נורמה בדבר איסור האונת סתר, כוונתו הייתה, כי כל טריבונול שיפוטי לא ייתן ידו, לא מראש ולא בדיעבד, להפרת נורמה זו. מטרתה של נורמה זו תושגנה אם כל הרשויות יקפידו על אכיפתה. יסוד מיסודות סמכות של כל רשות

המסקנה האמורה עולה אף ממעמד זכויות האדם בכלל ומן הזכות לפרטיות בפרט. קולעים בהקשר זה דבריו של השופט ברק, בפרשת אפרת: "עקרונות היסוד של השיטה וזכויות היסוד של האדם קובעים את תכליתו של דבר חקיקה. חוקה היא, כי תכליתו של דבר חקיקה היא להגשים את עקרונותיה של השיטה ולקדם זכויות אדם בה. עקרונות אלה מהווים מעין 'מטריה נורמטיבית', הפרושה מעל דברי החקיקה כולם... הם מחלחלים לכל דבר חקיקה ומהווים את תכליתו".²⁰⁰ בהקשרנו, אין כל פער בין התכלית הכללית של חוק הגנת הפרטיות לתכליתו המיוחדת²⁰¹ – הגנה על הפרטיות. הגנה אפקטיבית על הזכות לפרטיות דורשת הפעלת כלל הפסילה אף בידי בתי הדין הרבניים. שמירה על התכליות הנוספות, ובהן הזכות למיצוי סעדים משפטיים, מתממשת, כפי שהוסבר לעיל, במסגרת שסתומי האיון המצויים בחוק, ובהם ההגנות המפורטות בסעיף 18 ושיקול הדעת המוקנה לערכאת השיפוט בהפעילה את כלל הפסילה הקבוע בסעיף 32.

(ג) חלופה שנייה – חסיון מטעמי פרטיות

לפי חלופה זו יש לעשות שימוש משולב בחוק החרות ובהלכה הפסוקה לצורך יצירת חסיון ראייתי, המקביל לכלל הפסילה. פרק ג לפקודת הראיות קובע רשימת חסיונות, אשר בהתקיים תנאיהם, יהיה בעל דין או עד פטור מליתן עדות. הפרק קובע רשימת מקרים שבהם, בשל אינטרס או זכות בעלי משקל, דחה המחוקק את החובה למסור עדות, העומדת ביסוד קיומה של מערכת משפט תקינה.²⁰² בין יתר החסיונות נקבעו חסיון מטעמי בטחון, חסיונות לצורך שמירת יחסי אמון מקצועיים, או הגנה מפני הפללה עצמית. מקצת החסיונות מוחלטים ורובם יחסיים – קרי מאפשרים לבית המשפט שיקול דעת להורות על הסרתם במקרים המתאימים לכך. נוסח הוראות החסיון, הנוקט את המונח "אינו חייב",²⁰³ אינו צריך להטעות. כאשר חל החסיון, מנוע בעל הדין מלהציג את הראיה אם הועלתה טענת החסיון על ידי בעליו של החסיון או מי מטעמו. לפי סעיף 52 לפקודת הראיות, תחולת הוראות פרק ג אינה מצומצמת לבתי המשפט וכוללת, בין היתר, את בתי הדין הדתיים.

רשימת החסיונות, הקבועה בפרק ג לפקודת הראיות, אינה כוללת חסיון מטעמי פגיעה בפרטיות. ברם, רשימת החסיונות אינה רשימה סגורה, ואינה מהווה הסדר שלילי לגבי יצירת חסיונות נוספים.²⁰⁴ כך הכיר בית המשפט, על בסיס מעמדה החוקתי של חירות

הוא פעולה על פי החוק ולא בניגוד לחוק... מוטלת "חובה כפולה" על בית הדין להקפיד כי לא תהיה עבירה גם על פי הדין הכללי". והדברים יפים אף לגבי חוק הגנת הפרטיות.

200. בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד (מו) 1749, בעמ' 763. להרחבה, ראו ברק (לעיל, הערה 191), בעמ' 417 ואילך.

201. בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד (נב) 481, בעמ' 518.

202. ב"ש ציטריין (לעיל, הערה 87), בעמ' 358.

203. ראו למשל, פקודת הראיות, סעיפים 44, 45, 48, 49.

204. ב"ש ציטריין (לעיל, הערה 87), בעמ' 354; רע"א סקולר (לעיל, הערה 59), בעמ' 781; ת"א (ת"א) 2958/87 בוררות עיריית תל-אביב נ' ארגון העובדים בעיריית תל-אביב,

הביטוי, בחיסיון העיתונאי.²⁰⁵ באופן דומה, ניתן לגזור "חיסיון מטעמי פרטיות". על פי גישה זו, מעמדה של הזכות לפרטיות, עיגונה בחוק היסוד ובחוק הגנת הפרטיות, דורשים שניצור עילת חיסיון העומדת לזכותו של מי שעלול להיפגע בפרטיותו עקב הצגת הראייה. חיסיון מטעמי פרטיות יבטיח שלא תותר הצגת ראייה לפני הערכאה הדנה כל עוד לא ויתר עליו בעל החיסיון. החיסיון לא יהיה מוחלט, כך שיוקנה לערכאה, היושבת בדין, שיקול דעת להורות על הסרתו. כדי לשמור על הרמוניה בין הוראות הדין השונות, יותאם שיקול הדעת של הערכאה הדנה, לשיקול הדעת הקבוע בהוראת סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות. גזירת חיסיון מטעמי הגנת הפרטיות, ויציקתו כעילת חיסיון נוספת לרשימת החסינות המפורטת בפרק ג לפקודת הראיות, מאפשרת שימוש בסעיף 52 לפקודת הראיות המורה כי הוראות פרק ג חלות אף על בתי הדין.

מהלך ברוח זו נקט בית המשפט המחוזי בפרשת **בוררות עיריית תל-אביב**.²⁰⁶ באותה פרשה דחה השופט הומינר את בקשת ארגון העובדים בעיריית תל-אביב, שהיה נתון בהליך בוררות עם העירייה, להורות על הזמנתו של עד, מנהל בחברה פלונית, ועל הצגת תנאי השכר שמהם נהנים עובדי אותה חברה. למען הבהירות ייאמר, כי החברה האמורה הייתה נטולה מצדה כל זיקה להליך הבוררות, וכי הזימון נתבקש לנוכח הסכם השכר שנחתם בין ארגון העובדים לעירייה, שבמסגרתו התחייבה העירייה להשוות את תנאי השכר של העובדים לתנאי השכר של עובדי אותה חברה פלונית. מנהל החברה התנגד לדרישת ארגון העובדים, בטענת חיסיון, לנוכח הפגיעה העלולה להיגרם לפרטיות עובדיו אם ייחשפו נתוני השכר שלהם, אף בלי שיזוהו שמית. המנהל ביסס את טענת החיסיון על הוראת סעיף 2(8) לחוק הגנת הפרטיות, הקובעת כפגיעה בפרטיות הפרה של חובת סודיות הקבועה בהסכם. השופט הומינר דחה את טענת ארגון העובדים, אשר לפיה לנוכח היעדר עילת חיסיון בפקודת הראיות, מחויב המנהל, שנקרא להעיד, לפרוש את חומר הראיות שבידו בקובעו: "ממה נפשך, אם ההלכה קובעת, כי קיימות עילות חסיון שנתגבשו בפסיקה, הרי על אחת כמה וכמה יש לצרף לרשימה האמורה [זו הקבועה בפרק ג' לפקודת הראיות - ר"ז] גם עילת חסיון אשר המחוקק מכיר בה מפורשות, ואין כל משמעות לעובדה שלא מצאה את פירוטה בפקודת הראיות. לפיכך, כאשר קבע המחוקק בסעיף 2(8) לחוק, כי פגיעה בפרטיות הינה גם הפרה של חובת סודיות לגבי ענייניו הפרטיים של אדם, הוסיף הוא עילת חסיון נוספת ומפורשת לאלה המנויות בפקודת הראיות, והיא הקשורה למעשה בצנעת הפרט, בזכותו של אדם לשמירת הפרטיות שלו".²⁰⁷

פ"מ תשמ"ח (א) 213 (להלן: ת"א בוררות עיריית תל-אביב), בעמ' 216; יעקב קדמי, **על הראיות – הפן האזרחי** (דיונון, תשמ"ט), 99.

205. ב"ש ציטריין (לעיל, הערה 87).

206. ת"א בוררות עיריית תל-אביב (לעיל, הערה 204). ראו עוד לעניין זה, ת"א (ת"א) 2189/85 אילון נ' רוטנברג (לא פורסם); קדמי (לעיל, הערה 204), בעמ' 160-161.

207. ת"א בוררות עיריית תל-אביב (לעיל, הערה 204), בעמ' 216.

דבריו אלה של בית המשפט בפרשת בוררות עיריית תל-אביב יפים אף לענייננו. ניתן להוסיף לחסיונות הקבועים בפקודת הראיות, חיסיון מטעמי פגיעה בפרטיות, שיאסור הצגת חומר ראיות, שיש בו כדי לפגוע בפרטיות על פי אחת מחלופות הפגיעה הרלוונטיות הקבועות בסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות. האנלוגיה לענייננו אינה מלאה, שכן השימוש בהפרת הפרטיות הקבועה בסעיף 2(8) לחוק כטענת חיסיון כמעט מובן מאליה שהרי בעצם חשיפת החומר לפני הערכאה הדנה יש כדי להפר במישרין את הוראתו של הסעיף. במקרה האופייני בענייננו, הצגת חומר הראיות שאספו בן הזוג או החוקר אין בה כשהיא לעצמה כדי הפרה של החלופות הרלוונטיות בסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות. שהרי, כפי שצוין, החלופות הרלוונטיות בענייננו יהיו אלו הקבועות בסעיפים קטנים 1 ו-3 - קרי בילוש שיש בו הטרדה וצילום ברשות הפרט. בשלב הצגת הראיות לפני בית הדין, הבילוש כמו גם הצילום הושלמו זה מכבר. בעצם הצגת חומר הראיות שהושג אין כדי להפר את הוראת סעיפים קטנים 1 ו-3 עצמם. עם זאת ברי שבחשיפת חומר הראיות לפני בית הדין יש כדי לגרום פגיעה נוספת בפרטיות. מכאן שמזכותו של אדם לפרטיות, יש לגזור את החיסיון האמור.²⁰⁸ גזירת חיסיון במישרין מזכות האדם לפרטיות מקבילה לגזירה שמבצע בית המשפט מחירות הביטוי. לחלופין, ניתן לגזור את החיסיון במישרין מהוראת סעיף 2(10) לחוק הגנת הפרטיות. ההוראה קובעת כפגיעה בפרטיות: "פרסומו או מסירתו של דבר שהושג בדרך פגיעה בפרטיות לפי פסקאות (1) עד (7) או (9)". נראה כי אפשר לראות בהצגת חומר הראיות לפני בית הדין, משום "פרסומו או מסירתו" של חומר שהושג באמצעות פגיעה בפרטיות.

להסתייגות נוספת ניתן, להערכתנו, להשיב באופן משכנע. אף אם ייאמר, כי פסיקתו של בית המשפט בפרשת בוררות עיריית תל-אביב מצומצמת לפגיעה בפרטיותו של מי שאינו צד להליך המשפטי, ואין בה כדי לפרוש הגנה על פרטיותו של מי שהוא עצמו צד להליך המשפטי, נשיב כי פגיעה בפרטיותו צד להליך תהיה, ברוב המקרים, כרוכה בפגיעה בפרטיותו של אדם נוסף, שאינו צד להליכים. הגנה על פרטיותו של צד שלישי תחייב, לפי גישה זו, הטלת החיסיון באופן שתואר לעיל.

(ד) חלופה שלישית – החלופה החוקתית

ההלכה המקובלת עד ראשית שנות התשעים השקיפה על בתי הדין כמערך שיפוטי נבדל, אוטונומי במידה רבה, המוסמך להפעיל את הוראות המשפט העברי בכל סוגיה, בין שהיא מתחום ענייני המעמד האישי ובין לאו, אלא אם כן נמצאה הוראת חוק אזרחית שקבעה את תחולתה המפורשת. גישה זו רווחה אף בנוגע לסדרי הדין והראיות. תקנות הדיון של בתי הדין נקבעו ברוח המשפט העברי²⁰⁹ ודיני הראיות שהופעלו תאמו את ההלכה.

208. בהקשר זה ראוי לשים לב לקביעתו של השופט הומינר בת"א בוררות עיריית תל-אביב, שם, אשר לפיה אף בהיעדר הוראה מפורשת בחוק, היה מקום לגזור את החיסיון האמור ולמנוע הצגתן של ראיות פוגעניות לפני בית המשפט. שם, בעמ' 218.

209. אליאב שוחטמן, סדר הדין – לאור מקורות המשפט העברי, תקנות הדיון ופסיקת בתי הדין הרבניים בישראל (נחום רקובר – עורך, ספרית המשפט העברי, תשמ"ח), 11-12.

בית הדין מוסמך, כך נקבע, לקבוע לעצמו באופן אוטונומי סדרי דין מכוח סמכותו הטבועה.²¹⁰

ואולם לפחות במישור העקרוני אין הגישה האמורה תקפה עוד בעידן שלאחר בג"ץ בבלי.²¹¹ באותה פרשה קורא בית המשפט, מפי השופט ברק, תיגר על העמדה האמורה וקובע, בהתייחס לפסקי הדין שביססו אותה,²¹² כי מדובר באמירות אגב שגויות אשר יש לסטות מהן.²¹³ לגישת בית המשפט "הקונסטרוקציה המשפטית שעל פיה פועל בית הדין הרבני כיום... אינה מבוססת כלל ועיקר".²¹⁴ הוא מבסס גישה חלופית אשר לפיה בית הדין הוא חלק אינטגרלי ממערכת השיפוט הישראלית השואפת ל"קוהרנטיות נורמטיבית".²¹⁵ בית הדין, על פי גישה זו, אינו פועל בחלל הריק, אלא במסגרת השיטה המשפטית הכללית.²¹⁶ השיטה הכללית-אזרחית מבטאת את זכויות היסוד של הפרט, ולא מתקבל על הדעת שבמעבר מערכאת שיפוט אחת (בית המשפט האזרחי) אל ערכאת שיפוט אחרת (בית הדין הרבני) יאבד הפרט את זכויותיו בלא הוראה מפורשת.

על פי גישה עקרונית זו מתחייבת כפיפותו של בית הדין לכלל הפסילה, באחד משני אופנים: האחד, במישורין, לנוכח המסקנה כי כהוראת חוק כללית כפוף בית הדין אף לחוק הגנת הפרטיות. השני, מבלי להיזקק להוראתו של החוק, וכתוצאה מכפיפותו של בית הדין לחוק יסודי: כבוד האדם וחירותו ולנוכח מעמדה ותוכנה של הזכות לפרטיות. בהקשר של החלופה האחרונה נזקק לשילוב התפיסה הרואה בכלל הפסילה נדבך בזכות לפרטיות ואת חובת הכיבוד, המוטלת על בית הדין, כמחייבת הפעלתו של הכלל.

210. בג"ץ 136/54 פולאק נ' הרצוג, פ"ד ט 155, בעמ' 165; בג"ץ 364/85 אלדין נ' בית הדין הדרוזי לערעורים, פ"ד מ(3) 699, בעמ' 704.

211. בג"ץ בבלי (לעיל, הערה 18). אריאל רוזן צבי, "דיני משפחה", ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג (אריאל רוזן צבי – עורך, לשכת עורכי הדין, תשנ"ד) 267, בעמ' 268. לגישה אחרת, אשר לפיה פסק הדין כבג"ץ בבלי אינו מהווה כשהוא לעצמו נקודת מפנה בנוגע לשאלה מהו הדין החל בבתי הדין הרבניים, ראו הלפרין-קדרי (לעיל, הערה 146). לגישת הלפרין-קדרי ניתן לפרש את פסק הדין שניתן בפרשת בבלי באופן צר, המתייחס לסוגיית הרכוש בלבד, כך שלא יהיה בו כדי להשפיע על השאלה העקרונית, מהו הדין החל ביתר הסוגיות בהן דן בית הדין. לגישתה, רק פרשנות מרחיבה של הדברים, לנוכח פסק הדין שניתן בבג"ץ לב (לעיל, הערה 58), אשר ידון להלן, מלמדת כי הרציונל העומד בבסיסם הנו "תורת האחידות" הקוראת ל"קוהרנטיות נורמטיבית" במערכת השיפוט. בדיקת הרציונל העומד בבסיס פסקי הדין והרטוריקה שלהם מביאות, אף לגישתה, לידי "מסקנה של מהפך ברובד העמוק של התחום", שם, בעמ' 692. הדברים שיובאו להלן נכונים לפחות על פי הגישה הקוראת את ההכרעות בפרשת בבלי ולב בצוותא.

212. בג"ץ וילוזני (לעיל, הערה 172); בג"ץ בעהם (לעיל, הערה 18).

213. בג"ץ בבלי (לעיל, הערה 18), בעמ' 251-252.

214. שם, בעמ' 243.

215. שם, בעמ' 246.

216. שם, בעמ' 248.

החלופה השנייה צרה מטבעה, מושתתת על הוראותיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, תלויה בקיומו ומוגבלת בתנאיו כפי שיפורשו על ידי בית המשפט. על פי חלופה זו כפוף בית הדין הרבני להוראות חוק היסוד מכוח פסקת התחולה. סעיף 11 לחוק היסוד, הקובע את גבולות תחולת החוק, מציין כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה" וזוהי לפרשנות הרואה בבית הדין רשות הכפופה לו. השופט ברק קובע בפרשת **לב**, "כל רשות מרשויות השלטון" – לרבות כל ערכאות השיפוט (שאף הן בגדר רשויות השלטון) ובהן בתי דין דתיים – 'חייבת לכבד' זכות זו,²¹⁷ ופרופ' רוזן-צבי מציין כי "יש לראות את הוראות החוק כמופנות ישירות גם לבית הדין הדתי".²¹⁸ אף שעמדה זו עשויה לעורר את התנגדות בתי הדין (בדומה להתנגדות שעוד תוזכר בקשר לעמדה המבקשת להכפיף את בתי הדין למערך הנורמטיבי האזרחי הכולל), נמצא לפחות ביטוי אחד של אחד מדובריה, הדיין, הרב דיכובסקי, הגורס, לא בלי חשש, כי הוראות חוק היסוד, המעגנות במפורש את הזכות לפרטיות, עשויות לשנות את המערך הנורמטיבי ולהוביל לתמורה בהכרעת בית הדין ביחס לקבילות ראיות שהושגו תוך פגיעה בצנעת הפרט.²¹⁹ החלופה האחרת, הנסמכת על תורת האחידות הנורמטיבית, גורפת יותר במהותה. על פי גישה זו, המתבססת בפסיקת בית המשפט בפרשות **בבלי ולב**, כפוף בית הדין בהיותו חלק ממערכת השיפוט הישראלית למערך הדינים האזרחיים, הכולל חקיקה אזרחית ופסיקה, ומחויב כחלק מאלה להבטיח את זכויות הפרט וחירויותיו. שלילת תחולה על בתי הדין דורשת, בניגוד לעמדה שרווחה עד לפסיקה האמורה, אמירה מפורשת. עמדה זו מרחיקת לכת מטבעה ועוררה ביקורת בקרב בתי הדין הרבניים ומחוץ להם. ואולם בטרם נדון בביקורת, נעמוד על הקשיים הנקודתיים הכרוכים בניסיון להקיש מן ההכרעה שניתנה בפרשות **בבלי ולב**, לענייננו.

השימוש בעמדה שבאה לידי ביטוי בפרשת **בבלי**, לצורך הדיון כאן, אינו נקי מספקות. בפרשת **בבלי** עוסק בית המשפט בשאלת חלוקת רכוש בין בני זוג. הזכויות שעליהן מצהיר בית המשפט, כזכויות המוקנות לפרט על ידי המערכת האזרחית, הן זכויות קנייניות. בית הדין הרבני, שאינו מכיר בהלכת השיתוף, שולל למעשה בפסיקתו זכויות קנייניות שהוכרו על פי המשפט הכללי.²²⁰ הקושי להקיש מפרשת **בבלי** לענייננו כפול. ראשית, בפרשת **בבלי** עוסק בית המשפט בסוגיה של דין מהותי (הדין שיש להחיל בכל הנוגע לחלוקת רכוש בני זוג), ובקיומן של זכויות קנייניות-מהותיות הנלוות לאדם באשר ילך, ואילו

217. בג"ץ **לב** (לעיל, הערה 58), בעמ' 506. עוד בקשר לתחולתו של חוק היסוד על בית הדין הרבני ראו ברק, **פרשנות חוקתית** (לעיל, הערה 58), בעמ' 454-459.

218. רוזן-צבי (לעיל, הערה 199), בעמ' 364.

219. דיכובסקי, "האזנות סתר ב'" (לעיל, הערה 8), בעמ' ע-עב.

220. אגב, גם בהקשר זה הנפגעת העיקרית מן העמדה שנוקטים בתי הדין, היא האישה אשר בשל חלוקת התפקידים הקיימת במשפחה המסורתית הקדישה את חייה לטיפול בצורכי המשפחה והבית, בעוד האיש פעל מחוץ למשק הבית, באופן המאפשר בידיו לצבור זכויות קנייניות. ראו גם בג"ץ **בבלי** (לעיל, הערה 18), בעמ' 234.

ענייננו מסווג, לפחות פורמלית, כסוגיה ראייתית-דיונית. הקושי השני, מקורו בסיווג הסוגיה לסוגיה שהיא במובהק עניין של מעמד אישי. להבדיל מסוגיות של רכוש, ענייני הגירושים והמוזנות שבהקשרם תתעורר שאלת פסילת הראיות, הם מתחום ענייני המעמד האישי, וככאלה הם אמורים להידון על פי המשפט העברי.²²¹ אמנם אין מדובר בשאלה של דין מהותי, ואולם קיימת זיקה ישירה בין הסוגיה, שהיא ראייתית מטיבה, להקשר, שסיווגו כעניין מתחום המעמד האישי. כפי שנראה להלן, הצגת הפתרון לקושי הראשון תפוגג אף את השני.

לטענה כנגד הסתמכות על גישת השופט ברק בפרשת **בבלי** לנוכח השוני בסיווג הסוגיות – סיווג הסוגיה הנדונה בפרשת **בבלי** כסוגיה של דין מהותי, להבדיל מן הסוגיה שלפנינו הניתנת לסיווג כסוגיה ראייתית – ניתן להשיב בכמה אופנים. ראשית, סיווג הסוגיה כסוגיה של פרוצדורה אינו נקי מספקות. חוק הגנת הפרטיות כשהוא לעצמו הנו חוק מהותי, הקובע הגנה על הזכות לפרטיות. אחד מן האמצעים שקובע החוק לשם הגנה אפקטיבית על הזכות, הנו הוראת פסילת הראיות. אמנם כלל זה מיושם במישור הדיוני, ואולם ניתן לראות בו חלק אינטגרלי מהוראת חוק מהותית. אפשר שזהו הרציונל שהניע את פרופ' רוזן-צבי לראות בחוק הגנת הפרטיות הוראת חוק כללית וב- "...הוראות של דיני הראיות, בדבר אי קבילותן של ראיות... אמצעי סטוטורי לאכיפה עקיפה של הנורמות הכלליות האמורות...".²²² גם אם יידחה הטיעון האמור, וייטען כי סיווג הנורמה נעשה על פי יישומה (במישור הראייתי) ולא על פי תכליתה (המהותית), לא יישמש הבסיס להסתמכות על פסיקת בית המשפט בפרשת **בבלי**. ראשית, הנמקת בית המשפט והרציונלים שעל בסיסם ניתן פסק הדין יפים גם בענייננו. שנית, התפתחות בפסיקת בית המשפט העליון שהתרחשה בפרשת **לב**, מלמדת, כי העיקרון שנקבע בפרשת **בבלי** נכון אף לגבי סוגיות מתחום סדרי הדין.²²³ נבחן טיעונים אלה כסדרם.

השיקולים שמציג בית המשפט להנמקת הגישה אשר לפיה "על כל בתי הדין הדתיים להפעיל, בסוגיות 'אזרחיות' נלוות שאינן חלק מענייני המעמד האישי... את המשפט האזרחי הכללי",²²⁴ יפים אף לצורך הכרה בזכות לפרטיות במסגרת הפעלת סמכויות בית הדין במישור הראייתי. נתייחס לשניים מהם. השיקול הראשון נוגע לתחולתו הטריטוריאלי של המשפט האזרחי ולאחידותה של מערכת השיפוט. בית המשפט מזכיר כי סמכות בית הדין לדון בענייני המעמד האישי נקבעה בחוק אזרחי, ואולם אין כל הצדקה להרחיב ייחוד זה שהוענק למערכת הדתית בקשר לענייני המעמד האישי, אל תחומי המשפט האזרחי. הללו הם "השלד האזרחי"²²⁵ שבמסגרתו פועלת מערכת בתי הדין הרבניים. הדין האזרחי,

221. בג"ץ **בבלי** מחיל על בתי הדין את הנורמות הכלליות בסוגיות שאינן מענייני המעמד האישי, ואינו מתערב בנורמות המוחלות בסוגיות של מעמד אישי.

222. רוזן-צבי (לעיל, הערה 147), בעמ' 29.

223. בג"ץ **לב** (לעיל, הערה 58).

224. בג"ץ **בבלי** (לעיל, הערה 18), בעמ' 246.

225. שם, בעמ' 247.

ובהקשר זה ניתן לכלול אף את חוק הגנת הפרטיות, חל בכל ערכאות השיפוט. שלילת תחולתו בבתי הדין דורשת אמירה מפורשת. השיקול השני אף הוא רלוונטי לענייננו. בית המשפט מציין כי המשפט האזרחי "מבטא את זכויות האדם הבסיסיות".²²⁶ אין לקבל אפשרות אשר לפיה המעבר מערכאת שיפוט אחת לשנייה תביא לידי פגיעה בזכות, בלי שפגיעה זו תעמוד בדרישות העולות ממעמדה של הזכות ומעיוגונה בחוק היסוד. אין סיבה להבדיל בהקשר זה בין זכות הקניין ובין פרטיות. הזכות לפרטיות, כמו הזכות לקניין, הוכרה בדין וקבועה בחוק היסוד. מעמדה בשיטת המשפט הישראלית איתן. אף בהקשרה אין לקבל עמדה שתאפשר שלילתה בהיעדר הסמכה מפורשת בחוק, ובלי שעמדה בתנאי פסקת הגבלה.

ההתפתחות שהתרחשה בפסיקה, עם מתן פסק הדין בפרשת לב, מספקת אף היא מענה לקושי שהוצג.²²⁷ פרשת לב דנה בחוקיותו של צו עיכוב יציאה מן הארץ שהוציא בית הדין הרבני לבקשת בעל כנגד אשתו, מן הטעם שיהיה ביציאת האישה לחו"ל כדי לסכל את תביעת שלום הבית שהגיש. הבעל, באותה פרשה, לא חשש שאי התייצבות האישה לדיון תביא לידי הכשלת ההליך השיפוטי (עילה המקובלת בהוצאת צווי עיכוב יציאה מן הארץ),²²⁸ אלא חשש מסיכולה המהותי של תביעת שלום הבית שהגיש. חששו היה כי בעצם יציאתה מן הארץ יתאפשר מפגש בינה לבין "גבר זר", שלטענתו עמו היא "מנהלת רומן", מפגש שיביא "לקרע סופי" ביחסיהם. על החלטתו של בית הדין הרבני להוציא צו עיכוב יציאה מן הארץ בנסיבות אלה, הוגשה העתירה. בית המשפט העליון, אף הפעם מפי השופט ברק, מקבל את העתירה בהנמקה המהווה המשך הקו שהותווה בהלכת בבלי.

בפרשת לב עומד בית המשפט על מקור סמכותו של בית הדין לקבוע לעצמו דין דיוני. הוא דוחה את הגישה הגורסת, כי "הסמכות לקבוע דין דיוני נגזרת מהדין המהותי. [ו]מכיוון שהדין המהותי שעל פיו דן בית הדין הרבני הוא בעיקרו המשפט העברי, גם הסמכות לקבוע את הדין הדיוני... היא במשפט העברי".²²⁹ הסמכות לקבוע סדרי דין נגזרת ממהותו כערכאה שיפוטית ולא מתוכן הדין המהותי שעל בסיסו הוא דן. כאשר נמנע המחוקק מלקבוע את סדרי הדין וכאשר אינו מסמך מפורשות את הערכאה לקבוע סדרי דין, מוסמכת היא לכך, מכוח "סמכותה הטבועה".²³⁰ בדומה לרעיון שבוסס בפרשת בבלי, מזכיר בית המשפט בפרשת לב כי בית הדין הנו חלק מן המערך השיפוטי של המדינה וכי החלת המשפט העברי בין כתליו מוגבלת לענייני המעמד האישי. הדין האישי, על פי גישה זו,²³¹ אינו חל כאשר

226. שם, בעמ' 248.

227. והדברים מוצאים חיזוק בפסיקה מאוחרת יותר, ע"א 4976/02 י"מ נ' בית הדין הרבני האזרחי, נתניה, פ"ד נו(5) 345.

228. בג"ץ לב (לעיל, הערה 58), בעמ' 507.

229. שם, בעמ' 499.

230. שם, שם.

231. שם, בעמ' 505.

עושה בית הדין שימוש בסמכותו הטבועה.²³² סמכות זו, קובע בית המשפט, הנה סמכות שיפוטית-שלטונית, וכזו יש להפעילה בסבירות. "הפעלה סבירה של סמכות שיפוטית משמעותה הפעלתה באופן המאזן כראוי בין הערכים, העקרונות והאינטרסים שיש לקחתם בחשבון".²³³ אינטרסים אלו משתנים מהליך להליך.

בענייננו, כבר הוזכר, ניתן להצביע על שני שיקולים העומדים באופן טיפוסי זה כנגד זה בהליך האיוון שיש לקיים. מן הצד האחד עומד "הצדק הדיוני" שבבסיסו עומד ההליך הדיוני כאמצעי להגשמת המשפט המהותי על בסיס גילוי האמת. שיקול זה תומך בהצגת מלוא הראיות המהימנות והרלוונטיות. מן הצד השני עומדת הזכות לפרטיות, הדורשת פסילת חומר, שהושג אגב פגיעה בפרטיות, מלשמש כראיה. בהקשר זה מציין השופט ברק מפורשות כי כל הליך צריך להתחשב בזכויות ובהן הזכות לפרטיות. על המשפט הדיוני, ככל ענף משפטי, להטמיע את זכויות האדם וליתן להן ביטוי.²³⁴ במקרה שלפנינו השיקולים הרלוונטיים מושכים לכיוונים מנוגדים. מלאכת האיוון צריכה להתחשב בשניהם, אך כפי שמציין בית המשפט: "במסגרת זו של איוון יש ליתן משקל נכבד לשיקולים בדבר זכויות האדם".²³⁵ בית הדין הרבני, ככל ערכאה שיפוטית הפועלת על פי חוק, מחויב, בהפעילו את סמכותו הטבועה, לשמור על זכויות האדם ובכללן הזכות לצנעת הפרט. התחשבות במעמדה החוקתי מחייבת מתן תוקף להוראה הפוסלת ראיות שהושגו אגב פגיעה בלתי מידתית בפרטיות. ההסדר הקבוע בחוק הגנת הפרטיות, המביא בחשבון אף את האינטרסים המנוגדים, משקף איוון מידתי כזה. אימוץ ההסדר ישיג יעד נוסף אשר אליו שואפת מערכת המשפט: ההרמוניה השיפוטית. "יובטח כי ערכי היסוד ועקרונות היסוד, המונחים בתשתית שיטת המשפט שלנו, יזכו להגנה ולהגשמה אחידה בגדרי הדין הדיוני בפני כל ערכאות השיפוט בישראל".²³⁶

עד כמה הכרעתו של בית המשפט בפרשת לב, העוסקת בסוגיה המסוגלת כסדרי דין, מתאימה לחול בענייננו, המצוי במישור הראייתי? דיני הראיות וסדרי הדין מסווגים לקטגוריה משותפת של משפט דיוני-פרוצדורלי. קטגוריה זו מובחנת מן הקטגוריה של המשפט המהותי.²³⁷ לסיווג נפקות במספר מישורים המשותפים הן לדיני הראיות והן לסדרי

232. מעניין לשים לב לעובדה שבית המשפט לא ראה קושי בהתערבותו בסדרי הדין המופעלים בידי בית הדין, אף שהסוגיה המהותית אשר אליה צורפה שאלת סדרי הדין באותן נסיבות, הנה שאלה של נישואין, השייכת לענייני המעמד האישי. השופט ברק מציין כי סדרי הדין אינם נגזרים מן הדין המהותי אלא מסמכות הערכאה כערכאה שיפוטית. בהנחה שלא יתעורר קושי לסווג אף את דיני הראיות באופן דומה, פותרים דברים אלה את הקושי הטמון בענייננו.

233. בג"ץ לב (לעיל, הערה 58), בעמ' 501.

234. שם, בעמ' 502.

235. שם, בעמ' 503.

236. שם, בעמ' 510.

237. למבחני הסיווג ראו מרים בן פורת, "מבחנים לסיווג הוראה בדין כמהותית או דינית",

הדין.²³⁸ במובן זה אין מניעה להקיש מפסיקת בית המשפט בפרשת לב, העוסקת בסדרי דין, למישור דיני הראיות. אמנם אינטרסים שונים, ולעתים אף מתנגשים, עומדים בבסיסם של סדרי הדין ודיני הראיות.²³⁹ ואולם יחד הם מצטרפים לקטגוריית המשפט הדיוני,²⁴⁰ המבקשת לממש את הדין המהותי באופן המוצלח ביותר. ההיקש מתחום סדרי הדין לתחום דיני הראיות אפשרי, לנוכח העובדה, כי לגבי שניהם, כחטיבה אחת, נקבעה תחולה דיפרנציאלית. מכאן שמהתערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק בסדרי הדין שמפעיל בית הדין הרבני, ניתן ללמוד לעניין התערבות אפשרית בדיני הראיות.

הסתייגות אחת בכל זאת ניתנת להעלות כנגד ההיקש שמוצע לערוך מתחום סדרי הדין לתחום דיני הראיות. הסיווג לדין מהותי ודין פרוצדורלי אינו מקובל במשפט העברי, לפחות לא במתכונת המוכרת במשפט האזרחי. דיני הראיות של המשפט העברי הם, בחלקם, חלק מן המשפט המהותי.²⁴¹ מכאן שהסתייגותו של בית המשפט מלהתערב בסוגיות מהותיות, השייכות לדין האישי, תופסת כביכול אף לעניין התערבותו בסוגיה ראייתית, הנוגעת, כמו המקרה כאן, להוכחת תביעת המזונות או תביעת הגירושין. אם נראה את דיני הראיות כחלק בלתי נפרד מן הדין המהותי באותן סוגיות, יקשה עלינו לעשות שימוש בתקדימים האמורים. להסתייגות זו ניתן להשיב בכמה אופנים: האחד, בית המשפט הגבוה לצדק אינו נדרש אלא לסיווגים המוכרים על ידו. אם אמנם דיני הראיות מסווגים על פי הסיווג האזרחי כמשפט דיוני, יהיה עליו להתייחס אליהם בהתאם. השני, אפשר שלפי גישה זו התערבותו של בית המשפט בפרשת לב אף היא יש בה כדי להוות פלישה אל התחום המהותי בסוגיה המסוגלת כחלק מענייני המעמד האישי. נראה כי לתפיסת בית הדין, קשור היה צו עיכוב היציאה מן הארץ באותה פרשה לשאלת שלום הבית בקשר מהותי.²⁴² מכאן שאם לא נמנע בית המשפט מלהתערב באותה פרשה, לא יירתע מלעשות כן בעתיד בפרשות מקבילות מתחום המעמד האישי. השלישי, אף אם נאמר כי ניתן להבחין עקרונית בין סדרי הדין ובין דיני הראיות, אין טעם מהותי להבחין ביניהם בענייננו. קביעת בית המשפט לעניין סדרי הדין, מבחינת הרציונל העומד בבסיסה, ראויה אף בהקשרם של דיני הראיות. חשוב לשים לב בהקשר זה לקביעתו של השופט ברק המציין,²⁴³ כי "מערכת שיקולים ערכיים טיפוסית,

הפרקליט לח (תשמ"ח) 5; לסיווגם של דיני הראיות כחלק מסדרי הדין, ראו אליהו הרנון,

דיני ראיות (כרך א, הדפוס האקדמי, תשל"ז), 21-24.

238. ראו בהקשר זה חיבורו של שלם (לעיל, הערה 149), בעמ' 8.

239. סדרי הדין נועדו לקדם את האינטרס בדבר יעילות ההליך המשפטי ואחידותו, ודיני הראיות נועדו לקדם את גילוי האמת. ואולם אפשר שאינטרס זה עומד אף בבסיס סדרי הדין. ראו לעניין זה ברק (לעיל, הערה 80), בעמ' 12.

240. שם, שם.

241. ראו לעניין זה חיבורו של שלם (לעיל, הערה 149), בעמ' 17-18.

242. יוזכר, צו עיכוב היציאה לא הוצא כדי להבטיח את התייצבות האישה לדיון, כי אם לצורך הבטחת שלום הבית עצמו.

243. בג"ץ לב (לעיל, הערה 58), בעמ' 502.

אשר כל הליך צריך לקחתם בחשבון, היא זו של זכויות אדם. בגדרן של אלה יש להתחשב, בין השאר... בזכותו של אדם לפרטיות ולצנעת חייו". והדברים נכונים למשפט הדיוני בכללותו, הן לסדרי הדין והן לדיני הראיות.²⁴⁴ למעשה, נפקותה המרכזית של זכות האדם לפרטיות היא במישור דיני הראיות, ופחות, אם בכלל, במישור סדרי הדין.

בפועל התערבותו של בית המשפט בתחום הראייתי מוגבלת. בניגוד לסדרי הדין, שבהם מתערב בית המשפט הגבוה לצדק כדבר שבשגרה, בתחום דיני הראיות נשמרה האוטונומיה של בתי הדין באופן מוחלט כמעט.²⁴⁵ כמעט, שכן בפרשת **וזגיא**, נקבע אגב אורחא כי בידי בית הדין "נתונה... סמכות טבועה לקבוע את סדרי הדין, אותה יש להפעיל בהגינות, בתום לב ובסבירות, תוך כיבוד זכויות אדם ובהן הזכות לפרטיות". בית המשפט מציין מפורשות ובלי להזדקק להנמקת הדברים כי "דברים אלה נכונים גם לגבי סמכותו הטבועה של בית-הדין בקביעת דיני הראיות החלים בו".²⁴⁶

אם נתקבל העמדה האמורה (בין בחלופתה הצרה, הנסמכת על הוראתו המילולית של חוק היסוד, ובין בחלופתה הרחבה המקפלת בתוכה את הדין האזרחי בכללותו), יחשוף עצמו בית הדין, אשר יתעלם מן הזכות לפרטיות ומהוראת הפסילה הגלומה בה, להתערבות בית המשפט הגבוה לצדק. מצב זה נופל לגדרם של מקרים שבהם נמנע בית הדין מלהחיל כלל מתחום הדין האזרחי המחייב אותו. הימנעות זו תחייב את התערבות בית המשפט הגבוה לצדק, שאליו יפנה צד שנפגע מן ההחלטה. סיווג ההימנעות, בין שהיא חריגה מסמכות, המצדיקה התערבות בג"ץ לאור סעיף 15(ד)(4) לחוק יסוד: השפיטה, ובין שהיא הימנעות המצדיקה מתן סעד למען הצדק, לפי סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה, עשויה להיות רלוונטית לצורך עמידה בתנאים להגשת העתירה ולסוג הסעד שיעניק בית המשפט.²⁴⁷ דיון בעילות ההתערבות של בית המשפט הגבוה לצדק וסיווגן חורג מגדר דיונו.²⁴⁸

ואולם התמודדות מוצלחת עם הבעיות הנקודתיות שמעלה ההיקש מפרשות **בבלי** ו**לב** לענייננו ומציאת עוגן חוקתי פורמלי להפעלת פיקוח בית המשפט הגבוה לצדק, אינן פותרות את מכלול הקשיים. החלופה החוקתית אינה נקייה כשהיא לעצמה מביקורת. היא יוצרת חזית מאבק נוספת בין המערכת הדתית לבין המערכת האזרחית ועלולה לפגום

244. בבג"ץ **בבלי**, כורך השופט ברק, לצורך הבחנתם מן הדין המהותי, את כללי הדיון וכללי הראיות יחד בכינוי "סדרי הדין". בג"ץ **בבלי** (לעיל, הערה 18), בעמ' 237.

245. הלפרין-קדרי (לעיל, הערה 146), בעמ' 697.

246. בג"ץ **וזגיא** (לעיל, הערה 7), פסקה 13 לפסק הדין של השופט שטרסברג-כהן. כמו כן ראו הדיון בבג"ץ **אברמוב** (לעיל, הערה 162 והטקסט שלידה).

247. בית המשפט בבג"ץ **בבלי** ובבג"ץ **לב** כלל אינו מנמק את התערבותו ואינו קובע עוגן פורמלי בחוק יסוד: השפיטה.

248. ראו, לעניין זה, בג"ץ **גבאי** (לעיל, הערה 18) וההפניות שם. אמנון רובינשטיין, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (כרך א, שוקן, תשנ"ז), 194; מנשה שאווה, "האם סטייה או התעלמות של בית דין דתי מהוראת חוק חילונית, המופנית אליה במיוחד, כמוה כ'חריגה מסמכות'?", **הפרקליט כח (תשל"ב)** 299. כן ראו מעוז (לעיל, הערה 23), בעמ' 373-406.

במעמדו של בית המשפט, המוצא עצמו בשטח המריבה ונאלץ, כביכול, לנקוט עמדה במאבקי דת ומדינה.²⁴⁹ מעורבות זו (או לחילופין בחירתו שלא להתערב, כאשר קבוצות אחרות סבורות שמעורבותו הכרחית) עלולה לסכן את מעמדו הציבורי ואת האמון (השביר ממילא) אשר לו הוא זוכה בקרב חלק משכבות הציבור. במישור הקונקרטי, בתי הדין אינם ששים לביקורת מצדו של בית המשפט ולניסיון לכרסם בסמכותם. הם אינם רואים עצמם כפופים לבית המשפט או לחקיקה האזרחית ונכונותם ליישם את הדברים מוגבלת. דברים שהשמיעו גורמים בקרב בתי הדין ומחוצה להם, אגב ההכרעות בפרשות **בבלי ולב**, יכולים לשמש אינדיקציה לתגובה שיעורר קו הכרעה ברוח הדברים שהוצעו כאן. נוסף על תגובת הדיינים שהצהירו כי הם ממאנים לפעול בניגוד להוראת הדין הדתי,²⁵⁰ זכו פסקי הדין לביקורת מצדם של גורמים חיצוניים למערכת בתי הדין אשר חלקו על הנמקת בית המשפט הגבוה לצדק ולעתים אף על תוצאתה. הדברים יכולים לספק מושג לגבי עוצמת ההתנגדות הקיימת לגישה זו בקרב בתי הדין פנימה.

ההכרעות בפרשות **בבלי ולב** מיקדו אליהן ביקורת מכמה היבטים. פרופ' רוזן-צבי, שצייד בתוצאה שהושגה בפרשת **בבלי**, אך מתח ביקורת על האמצעים שנבחרו, גרס כי "... מערכת דתית אינה יכולה, מבחינת הכרתה העצמית ומעצם הווייתה הדתית, לעכל "פלישה" חילונית רחבת מימדים לדין הדתי".²⁵¹ בדומה, פרופ' אלון ראה בהנמקת בית המשפט נקיטת אמצעי רדיקלי החורג מן הדרוש, "באופן שהפסדו יוצא בשכרו".²⁵² הוא

249. יש מי שמתנגד ל"גרירתו" של בית המשפט למוקדן של מחלוקות אידיאולוגיות המצויות על התפר שבין דת למדינה. על הקושי הכרוך בהתערבות בשאלות אלו, ראו גביוון, קרמניצר ודוהן (לעיל, הערה 161), בעמ' 102-112. התערבותו בסוגיות אלו מחייבת אותו לשקול שיקולים חוץ משפטיים. בהקשר זה ראו שם, בעמ' 203-204, 223, 235-239. כמו כן ראו רות גביוון, "מדינה יהודית ודמוקרטיה: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט", **עיוני משפט יט** (תשנ"ה) 631; מהיבט אחר ראו מנחם אלון, "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם – מאין ולאין?", **מחקרי משפט יב** (תשנ"ו) 253, בעמ' 304-306; ובאופן כללי מעוז (לעיל, הערה 14).

250. פנחס שיפמן, "בתי הדין הרבניים – לאן?", **משפט וממשל ב** (תשנ"ה) 523, בעמ' 523.
251. אריאל רוזן-צבי, "מדינה יהודית ודמוקרטיה: אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה – האפשר לרבע את המעגל?", **עיוני משפט יט** (תשנ"ה) 479, בעמ' 507. ובאופן כללי יעקב בלידשטיין, "מדינת ישראל בפסיקה ההלכתית", **דיני ישראל י"ג-י"ד** (תשמ"ו-תשמ"ח) כא. להיבט ביקורתי אחר ראו הלפרין-קדרי (לעיל, הערה 146).

252. מנחם אלון, "אלה הן אמרות אגב... בטעות יסודן, ומן הראוי לסטות מהן" – ערעורים והרהורים בעקבות פרשות **בבלי ולב**, **רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל** (מנחם מאוטנר, אבי שגיא, רונן שמיר – עורכים, רמות, תשנ"ח) 361, בעמ' 389.

סבר כי קביעת השופט ברק בקשר לתחולת המשפט האזרחי בכללותו על בית הדין "שגויה ותמוהה היא"²⁵³ והצדיק את התנגדותו של בית הדין להפעלתה, בציינו כי

להחלטה זו בדבר החלת הדין האזרחי על כל שאלה שתעלה לפניו, פרט לעניין של נישואין וגירושין עצמם, בית הדין לא ייענה; הוא אינו צריך להיענות ואינו יכול להיענות... שהרי אותה חלקה דלה, כבשת הרש, שנשארה בתחום סמכות שיפוטו, הוא צריך לדון בה, כפי שנהגו בתי הדין בישראל בכל הדורות, לפי המשפט העברי.²⁵⁴

פרופ' שיפמן, שמתח ביקורת על בתי הדין לנוכח אוזלת ידם ביצירת דין השואב מקורותיו מן ההלכה אך מותאם לימנו, ציין כי "אין לכחד שכל תכתיב הבא מבחוץ וממי שרואה עצמו כגבוה, יש בו כדי לקומם את מי שסובר שמבקשים לכפות עליו ערכים ועקרונות שהם לו לזרא".²⁵⁵

ברי אפוא שהשגת היעד המבוקש (הכפפת בתי הדין לכלל הפסילה) עלולה להיות כרוכה בקושי הן במישור הציבורי והן במישור האישי. במישור הציבורי כרוכה כאמור מעורבות בית המשפט בתוצאת לזואי חברתית בלתי רצויה. העמקת "חזית המאבק" בין הערכאות בחברה מפולגת בחברה הישראלית²⁵⁶ עלולה להיות קשה ואף הרסנית לטווח הארוך. במישור האישי תהיה כרוכה השגת התוצאה האמורה בהשקעת משאבים, שכן גם אם יקבע בית המשפט מפורשות כי בתי הדין כפופים לכלל הפסילה או מחויבים להבטחת הזכות לפרטיות בכל דרך אחרת שיגבשו, ובתי הדין לא יראו עצמם מחויבים לקביעה, תידרש לצורך הבטחת ההחלטה הגשת עתירה מצדה של בעלת הדין הנפגעת. תוצאה זו כרוכה בהוצאה כספית, לא פעם כזו שאינה בהישג ידה של הנפגעת, ובעיכוב ההליכים, המסורבלים ממילא. מן הטעמים האלה יוזמה שתקרא להשגת היעד האמור מתוך מערכת בתי הדין עצמה ובכליה שלה, הנה יעד נכסף.

6. תחולת כלל הפסילה בבתי הדין הרבניים: שימוש בכליו של הדין הדתי

הפתרונות שהוצגו לעיל מגלגלים את הכדור לפתחו של בית המשפט הגבוה לצדק וקוראים לו להפעיל את סמכותו ולהכפיף את בתי הדין הרבניים לעקרונות יסוד חוקתיים ולזכויות היסוד כפי שהתגבשו בדין האזרחי. כאמור פתרון זה אינו אידיאלי, ומידת הצלחתו מוטלת

253. שם, בעמ' 375.

254. שם, בעמ' 396.

255. שיפמן (לעיל, הערה 250), בעמ' 531.

256. על מאפייניה של החברה הישראלית כתברה מקוטבת ראו אבי שגיא, "החברה והמשפט בישראל: בין שיח זכויות לשיח זהות", מחקרי משפט טז (תשס"א) 37; סמי סמוחה, "ססעים מעמדיים, עדתיים ולאומיים בישראל", החברה הישראלית – היבטים ביקורתיים (אורי רם – עורך, ברירות, תשנ"ד) 172.

בספק. על רקע מציאות זו מתחדד היתרון הגלום בפתרון הלכתי, שיעשה שימוש בכליו של המשפט העברי וייתר את הצורך בהתערבותו החיצונית של בית המשפט. ברי שלפי תפיסה המבקשת להגשים את יעדי ההלכה במלואם, קיים קושי לנהל תביעת גירושין בלי לאפשר לבני הזוג חופש הוכחתי. עילות הגירושין במשפט העברי והעמדה הרואה במעשי האישה עברה ונזק, מהווים משקל נגד העמדה המבקשת למנוע הבאת מלוא הראיות לפני בית הדין. ואולם ייתכן שניתן להגיע למסקנה אחרת. בלי שאוכל, במסגרת זו, לעגן את הטיעון מכל צדדיו, לפחות ראוי להזכיר, גם אם במידה מופלגת של פשטנות, את העמדה אשר לפיה המסקנה, כי אין לאפשר קבלת ראיות הפוגעות קשות בפרטיות, עשויה לנבוע גם מעקרונותיו של הדין האישי עצמו.²⁵⁷ לפרטיות שורשים במשפט העברי. היא נגזרת מ"כבוד הבריות" שהוא ערך יסוד בהלכה,²⁵⁸ ומן ההגנה המוקנית לשמו הטוב של האדם, וזוכה גם לעיגון מפורש.²⁵⁹ מידתה הטובה של צנעת הפרט מוזכרת במקרא והיא הופכת לערך מחייב למן התקופה התלמודית.

הדברים נלמדים במישורין ובעקיפין. תקנה חשובה הכרוכה בצנעת הפרט, המיוחסת לרבנו גרשום מאור הגולה, אוסרת לקרוא מכתבו של אחר.²⁶⁰ לנוכח הקרבה הרעיונית והרציונלים המשותפים העומדים ביסוד ההוראה האוסרת לקרוא במכתבו של אחר וביסוד ההוראה האוסרת לפגוע בצנעת הפרט באמצעות הדירה לדי' אמותיו וצילומו בסתר, ובהם האיסור "לא תלך רכיל" והחובה "ואהבת לרעך כמוך", ולנוכח החומרה הכרוכה בצילום ברשות היחיד, אפשר אולי להקיש מהאיסור לקרוא מכתבים לקיומו של האיסור בענייננו.²⁶¹ מנורמות נוספות ובהן היזק ראייה,²⁶² דרכי גביית חוב,²⁶³ הגנת הפרט בביתו²⁶⁴ והלכות

257. להרחבת הטיעונים שיוצגו כאן ולטיעונים נוספים ראו חיבורו של בני זלמנוביץ, **על הגנת הפרטיות ופסילת ראיות בבית הדין הרבני** (עבודה סמינריונית במסגרת הקורס "בתי דין רבניים: גישתם, תפיסתם ודרך פסיקתם", אוניברסיטת תל-אביב, תשס"ד).

258. באופן כללי ראו נחום רקובר, **גדול כבוד הבריות – כבוד האדם כערך על** (מורשת המשפט בישראל, תשנ"ט) (להלן: רקובר, גדול כבוד הבריות); נחום רקובר, **ההגנה על כבוד האדם – סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי** (חוברת נ"ד, משרד המשפטים, תשל"ח); אשר מעוז, "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית", **עיוני משפט יט** (תשנ"ה) 547, בעמ' 595; אלון (לעיל, הערה 249); ד"נ **ועקנין** (לעיל, הערה 98), בעמ' 857-861.

259. נחום רקובר, **ההגנה על צנעת הפרט (Privacy)** – סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי (חוברת ד, משרד המשפטים, תשל"ל).

260. שם, בעמ' 5.

261. היקש דומה עושה בית הדין בקשר להאונות סתר, תיק 2408/שנ, פד"ר יד 289, בעמ' 292; תיק 1880/מז פד"ר יד 300, בעמ' 307.

262. ד"נ **ועקנין** (לעיל, הערה 98), בעמ' 858; דיכובסקי, "האונות סתר א'" (לעיל, הערה 8), בעמ' 301; רקובר (לעיל, הערה 259), בעמ' 14.

263. מנחם אלון, **חירות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי** (י"ל מאגנס, האוניברסיטה העברית, תשכ"ד) 32.

264. רקובר (לעיל, הערה 259), בעמ' 11-14.

הכמנת עדים²⁶⁵ ניתן ללמוד על מעמדה של הפרטיות בהלכה ועל האיסור לבלוש אחר בן הזוג ברשות הפרט.

ואולם גם אם קיים איסור לפגוע בפרטיות, אין הכרח שמידע שהושג בניגוד לאיסור האמור יהיה פסול מלשמש כראיה.²⁶⁶ רק איסור כאמור, והדגש המוקנה בהלכה לפרטיות כערך, בצירוף עמדת המשפט העברי, המאפשרת, בהתקיים אינטרס נוגד עדיף, לדחות קבילותה של ראיה אף כאשר אין ספק בקשר לאיכותה, עשויים לגבש מסקנה שתשלול הצגתן של ראיות שהשגתן הייתה כרוכה בפגיעה בפרטיות. התבוננות בהלכה מלמדת, כי ערך גילוי האמת אינו מוחלט ויכול לסגת בשל קיומם של ערכים נוגדים.²⁶⁷ מבדיקת ההלכות הנוגעות ללשון הרע עולה, כי ערך גילוי האמת אינו עומד כשהוא לעצמו והוא עשוי לסגת לשם שמירת שמו הטוב של האדם וכבודו.²⁶⁸ פרופ' אלון מלמדנו, בהקשרו של עקרון טובת הילד, "שלפי המשפט העברי יש וצריך להתעלם מן האמת העובדתית כאשר מולה ניצב באופן קונקרטי ומוחשי, למעשה ולא רק להלכה, שיקול ערכי אחר...".²⁶⁹ לאור החשיבות המוקנית לצנעת הפרט בהלכה, ובגלל האיום המוחשי הקיים במציאות המתוארת על הפרטיות והכבוד, אפשר יהיה להגיע למסקנה המוצעת כאן – קרי אימוץ כלל פסילה יחסי בנוגע לראיות שהושגו תוך פגיעה בפרטיות, על פי הדין הדתי ומתוכו. הדברים דורשים כמובן עיון ואינם יכולים להתברר עד תום במסגרת זו.

ז. סיכום

תהא החלופה שתינקט אשר תהא, המסקנה המתבקשת הנה הכפפת בתי הדין הרבניים, בדומה לערכאות השיפוט האזרחיות, לכלל הפסילה הקבוע בחוק הגנת הפרטיות או לכלל פסילה דומה לו. הפתרון הרצוי יהיה זה שיינקט ביוזמת בתי הדין עצמם, יעשה שימוש בכליו של המשפט העברי ועקרונותיו וייתר את הצורך בהתערבותו החיצונית של בית המשפט. מציאת פתרון הלכתי לקושי האמור דורש, מבחינתו של בית הדין, יצירתיות

265. דיכובסקי, "האזנות סתר א'" (לעיל, הערה 8), בעמ' 302; רקובר (לעיל, הערה 259), בעמ' 11.

266. דיכובסקי, "האזנות סתר א'" (לעיל, הערה 8), בעמ' 300; תיק 2408/שנ, פד"ר יד 289.
267. באופן כללי ראו אלון (לעיל, הערה 82), בעמ' 297-300; שמשון אטינגר, "מחלוקת ואמת – למשמעות שאלת האמת בהלכה", *שנתון המשפט העברי* כא (תשנ"ח-תש"ס) 37; בג"ץ אלון (לעיל, הערה 84), בעמ' 472-474; ע"א פלונית (לעיל, הערה 87).

268. נחום רקובר, "על לשון הרע ועל הענישה עליה במשפט העברי", *סיני* נא (תשכ"ב) קצז; רקובר, *גדול כבוד הבריות* (לעיל, הערה 258), בעמ' 121.

269. אלון (לעיל, הערה 82), בעמ' 330. אף שהדברים ראויים לסיוג בהקשרה של הדוגמה המובאת (הגנת הקטין מפני ממזורו, וראו בהקשר זה רות זפרן, "של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות", *הפרקליט* מו (תשס"ג) 311), הם ראויים לאימוץ באופן עקרוני.

וחדשנות ואולם יתרונה ברור. שימוש בכלים תוך הלכתיים עשוי לספק מענה גישורי שיאפשר, ברוח משנתו של פרופ' רוזן-צבי, "התאמת הדין הדתי למציאות... על ידי מה שכינה "סגירת פערים פנימית, שתיעשה על ידי התחדשות פנים הלכתית ויצירה דתית".²⁷⁰ נוסף על היתרונות שהוזכרו, בקשר למתדיין הפרטי ובקשר לחברה בכללותה, יש לגישה זו יתרונות מבחינת המערכת הדתית עצמה, בין היתר בשל הבטחת שימור האוטונומיה שלה.²⁷¹

ואולם אם לא תתמלא שאיפה זו, אל לבית המשפט העליון להירתע מלנקוט יוזמה אקטיבית. לנוכח רגישות הסוגיה נראה שלא ניתן לצפות מן המחוקק, בשלב זה, לפעול לתיקון החוק כך שיוחל מפורשות בבתי הדין.²⁷² מכאן שהתפקיד מוטל על בית המשפט לפעול לפי הפרשנות המחייבת ולהכפיף את בתי הדין הרבניים לחובה להעניק הגנה פוזיטיבית לזכות לפרטיות, כך שימנעו הצגת ראיות שהושגו אגב פגיעה גסה בפרטיות. פרופ' רוזן-צבי, שהאיר את מחדלה של המערכת הדתית וכישלונה להתאים את הדין והדיון בבתי הדין למציאות ופגיעתה לעתים במתדיינים ובפרט במתדיינות, הכיר בתפקידו של בית המשפט הגבוה לצדק לתקן את המחדל בעזרת מה שכינה "סגירת פערים חיצונית".²⁷³ לגישתו של רוזן-צבי, תפקידו של בית המשפט, כמי שמפעיל כפייה חיצונית על הממסד הדתי, מתחדד ככל שמדובר במענה ל"מצוקה אמיתית של הפרט".²⁷⁴ בנסיבות אלה גם אם כרוך בהכרעה עיסוק אידיאולוגי, אל לבית המשפט למשוך ידו ממנו, אם כי עליו לפעול מתוך זהירות ומתוך ניסיון להימנע מפתיחת חזית אידיאולוגית מיותרת.

-
270. ישי רוזן-צבי ויששכר רוזן צבי, "בין קודש לחול" - משנתו של אריאל רוזן-צבי, רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית - ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל (מנחם מאוטנר, אבי שגיא, רונן שמיר - עורכים, רמות, תשנ"ח) 29.
271. אריאל רוזן-צבי, "ההלכה והמציאות החילונית", חירות המצפון והדת: אסופת מאמרים לזכרו של חמון פ' שלח (רות גביוון - עורכת, ספרית הפועלים, תש"ץ) 155, בעמ' 169.
272. חלוקת הסמכויות בין המערכת הדתית לאזרחית הייתה ועודנה מוקד מחלוקת והתנגשויות. בהקשר זה ראו שיפמן (לעיל, הערה 250); יצחק אנגלרד, "היחס בין ההלכה והמדינה", מולד כב (תשכ"ה) 702, בעמ' 709.
273. רוזן-צבי ורוזן צבי (לעיל, הערה 270), בעמ' 56; רוזן-צבי (לעיל, הערה 18), בעמ' 300.
274. רוזן-צבי ורוזן צבי (לעיל, הערה 270), בעמ' 48.