

הפרט נגד הפרטיות: המתח בין הפגיעה בחסרי ישע לפגיעה בפרטיותן של מטפלות

מאת

אסף הרדוף*

המאמר מתמקד בצומת שבין שני אפיקים של פגיעות חברתית: פגיעותם של חסרי ישע ביחס למטפלים בהם, בעיקר פגיעות הנוגעת לגופם, מצד אחד, ופגיעותם של המטפלים ביחס לבני המשפחה של המטופלים, בעיקר פגיעות הנוגעת לפרטיותם, מצד אחר. בני המשפחה החוששים מצלמים את המטפלות או מקליטים אותן בסתר ומפיקים תיעוד אשר עשוי לחשוף אלימות כלפי המטופלים. כאשר התיעוד חושף אלימות, הוא עשוי להיות מתורגם לאישום פלילי נגד המטפלות, ובכך לתת מענה משפטי המבקש לצנן בדיעבד את הפגיעה בגופם של חסרי הישע. לעומת זאת אין כל מענה משפטי המבקש לצנן בדיעבד את הפגיעה בפרטיותן של מטפלות – לא בפסילת הראיות שהופקו אגב פגיעה בפרטיותן, ולא בהעמדה לדין בגין עבירות רלוונטיות. תוצאה זו בעייתית, בעיקר במובן הפגיעה בפרטיות המתאפשרת ואף מקבלת רוח גבית מהמשפט, אך גם במובן הפגיעה בשלטון החוק ובשוויון בפני החוק. המאמר מצביע על שלוש אפשרויות לשינוי המצב הקיים: האפשרות האחת והקלושה היא העמדה לדין של האזרחים שאספו את הראיות המפלילות באופן לא חוקי; אפשרות זו קיימת כיום אך אינה קורצת לרשויות האכיפה, כאשר הראיות המפלילות מלמדות על עבירה פלילית חמורה ומכוערת מהמעשה הפלילי של איסוף הראיות; שתי אפשרויות נוספות וחדשות, המשקפות תפיסה של מעשי איסוף הראיות כראויים או נסבלים, מצריכות התערבות חקיקתית. האחת כוללת בנייה מחדש של האחריות הפלילית לעבר מסקנה מפורשת ונחרצת שהדין המהותי לא

* דוקטור, מרצה בכיר, המכללה האקדמית צפת; מלמד וחוקר את כל ענפי המשפט הפלילי מאז 2009; לשעבר תובע וסנגור בפרקליטות הצבאית; מפעיל ערוץ היוטיוב "משפטים בקטנה". תודה רבה לעוזרת המחקר שלי אלינה בוליגין על תרומתה היפה להעשרת המאמר במשפט משווה. תודה לשופטים החיצוניים על הערות והארות שהובילו להשבחת המאמר, ותודה ענקית למערכת "דין ודברים" על טיפול יסודי במיוחד, סבלני, סובלני, מאתגר ומעשיר. תודה גם לעורכת הלשונית על דיוקה וחדידה. אני מקדיש את המאמר למערכת "דין ודברים" לדורותיה, כתב העת הראשון שבו פרסמתי מאמר אקדמי, ויש בליבי מקום חם עבורו. האחריות לכל טעות שנפלה במסגרת המאמר – עליי בלבד. מחכה לתגובות: asafhardoof@gmail.com.

הופר והעבירה הפלילית לא התגבשה, בתנאים שיבטיחו את הכוונה הראויה מאחורי הפעולה הפוגעת, ואולי גם את צמצום הפגיעה. האחרת והמורכבת אף יותר סובבת סביב דין דיוני וכוללת יצירת מסלול של בקשה אזרחית לקבלת היתר משפטי לביצוע הפעולה הפוגעת בפרטיות, ובכך תתווסף מסגרת שיפוטית אשר תבטיח את הכרחיות הפגיעה ואת מידתיותה.

לפני מבוא. מבוא. א. רקע: משפט פלילי להגנת הפרטיות – ולתקיפתה;
 1. משפט פלילי להגנת הפרטיות; 2. משפט פלילי לתקיפת הפרטיות: המניע המשפטי לפגוע בפרטיות. **ב. ביסוס הבעיה: פגיעה פלילית בפרטיות ללא נפקות;** 1. האם הקלטת סתר היא האזנת סתר?; 2. צילום סתר = פגיעה פלילית בפרטיות?; 3. פרטיות לא פופולרית: האומנם הפגיעה בפרטיות של מטפלות אלימות היא בעיה? **ג. חיפוש פתרונות;** 1. פתרונות בדין הקיים: העמדה לדין של ספקי הראיות; 2. חקיקה מפורשת בתחום; 3. בנייה מחדש של מתווה האחריות הפלילית; 4. יצירת מסלול דיוני לפנייה לצו שיפוטי. **סיכום: על הגנת חסרי הישע.**

לפני מבוא

מי סבור שהמשפט צריך לסבול, להתיר ואפילו לעודד צילום בסתר של גברים, ובעיקר של נשים, ללא הסכמתן וידיעתן, ברשות היחיד? ובכן, בהקשרים מסוימים, כך סבורים כמעט כולנו.

מבוא

טיפול באחרים בכלל ובחסרי ישע בפרט הוא משימה רגישה ומאתגרת לבן משפחה ועבודה מורכבת וקשה למטפלת מקצועית. מטופלים אשר אינם מסוגלים לתקשר עם אחרים, בין מחמת גילם הרך ובין מחמת מצבם הרפואי ואובדן יכולת (זמני או מתמשך) לתפקוד קוגניטיבי, לא תמיד יכולים אפילו לאותת על מצוקתם, על סבלם וכאבם, לא כל שכן להסבירם. אפילו בהנחה שקיים מענה רפואי למזור מסוים, לעיתים קשה לאתר במדויק ובאופן ממצה את אותו מזור, בשעה שהמטופל מפתח תלות במטפל ומתקשה לתקשר עימו בחופשיות, ועוד יותר מכך בשעה שהמטופל אינו מסוגל מבחינה קוגניטיבית לתקשר עם המטפלים. נוסף על זה, קשה לוודא שהמצוקה, הסבל והכאב נעלמו. מילה טובה מצד המטופל, של תודה והערכה, אינה אפשרית. הקושי האובייקטיבי של המטפל להתמודד עם חוסר התקשורת המתמשך עם חסר הישע עלול להובילו לתסכול רב. חוסר התקשורת המתמשך של חסר הישע וחוסר תפקודו הקוגניטיבי, לחצי הטיפול שחוה המטפלת המשפחתית או המקצועית והיעדרם של

המתח בין הפגיעה בחסרי ישע לפגיעה בפרטיותן של מטפלות

אנשים אחרים שינכחו במהלך הטיפול – כל אלו עלולים להוביל אותה להתפרק מעולן של נורמות חברתיות ומשפטיות.¹ במצב שכזה אפילו בני משפחה עלולים לפגוע בחסר הישע, בטלטולו למשל. בדומה לזה, מי שעובדת מטפלת מקצועית עלולה לאבד עכבות ולנהוג באלימות, בתוקפנות ובכיעור, כפי שלא הייתה מעלה על דעתה לעשות לו הייתה בחברת אנשים או אילו הייתה מתועדת. אולם במקרים מסוימים, אף שאין היא יודעת זאת, היא אכן מתועדת.

במקרים אלו, בשל חשד קונקרטי לפגיעת המטפלת בחסר הישע ולעיתים בשל חשש ערטילאי גרידא, קרוב משפחתו של חסר הישע מצלם את המטפלת בסתר או מקליט אותה. אין בכוחי להציג נתונים על היקף התופעה של תיעוד מטפלות בסתר, ואף איני רואה מתודולוגיה נאותה לבחינת השאלה. אולם כעניין של שכל ישר, אין בסיס להניח שהמקרים שבהם נחשפה אלימות מתועדת – היו המקרים היחידים שבהם נערך תיעוד בסתר. כאשר התיעוד הנסתר לא הפיק ראייה מפלילה כלל, הרי כפי שמוסבר בהמשך המאמר, הן המטפלות והן רשויות האכיפה אינן צפויות לדעת על התיעוד, ושפרטיותן של המטפלות נפגעה לשווא. לעומת זאת כאשר הפעולה חושפת אלימות מצד המטפלת, התוצר המפליל מועבר לרשויות האכיפה החוקרות ובהמשך הן מעמידות את המטפלת לדין פלילי בגין תקיפת חסר ישע או התעללות בו, עבירות לפי סעיפים 368 ו-368 לחוק העונשין, התשל"ז–1977 (להלן: חוק העונשין), בהתאמה. בית המשפט היושב בתיק זה אינו פוסל את התוצר הראייתי, אף אם הפקתו נעשתה בעבירה פלילית אגב פגיעה בזכויות הפרט. בד בבד, רשויות האכיפה אינן מעמידות לדין את האזרח חושף העבירה, גם כאשר הפיק את הראיות המפלילות באופן שלכאורה אסור, במובן מילוי כל יסודות העבירה לצד אפשרות לאי־תחולתו של סייג לפליליות מעשיו. הווה אומר, החוק הפלילי המגן על פרטים וזכויותיהם הופר לכאורה, מחד גיסא, ואין לכך משמעות אופרטיבית במישור המשפטי הפלילי, מאידך גיסא.

בתחום דיני הראיות, בישראל קיימים חוקים ודוקטרינה לפסילתן של ראיות שהושגו שלא כדין. סעיף 13 לחוק האזנת סתר, התשל"ט–1979 (להלן: חוק האזנת סתר) מורה ככלל על פסילתה של האזנת סתר שנערכה שלא כהוראות החוק; סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א–1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות) מורה ככלל על פסילתה של ראייה שהופקה אגב פגיעה בפרטיותו של אדם. נוסף על אלו, דוקטרינת הפסילה הפסיקתית בהלכת **יששכרוב**, שנתקבלה בשנת 2006, מדריכה מתי לפסול ראיות בהליך פלילי בגין השגתן שלא כדין ופגיעתן בזכותו של הנאשם למשפט הוגן.² יחסיותה של

1 למשל: מיכאל (מיקי) שינדלר, ישראל (איסי) דורון, "התעללות והזנחה כלפי זקנים שאינם חסרי ישע מצד צאצאיהם: עיון ביקורתי בהתמודדות החוקית במסגרת חוק למניעת אלימות במשפחה", **המשפט** כב (תשע"ו) 105, בעמ' 112–114; קרן צפרייר, "זקנים נפגעי עבירה בהליך הפלילי", **מעשי משפט** יא (תש"ף) 241, בעמ' 249–250.

2 ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סא(1) 461 (2006).

הדוקטרינה והאופן שבו היא ניתנת לתמרון כדי לקבל את הראיות או להגיע לממצאים העובדתיים שהראיות מכוונות אליהן, נדונו בספרות המשפטית בישראל באשר לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית.³ ביקורת רוחבית הוצעה בהקשר זה גם על כללי הפסילה שלעיל.⁴ כל זה נעשה במסגרת דיני הראיות, הבוחנים את הכללים הנוגעים להצגת מידע בהליך השיפוטי. מאמרי אינו מתמקד בדיני הראיות או באופן שבו דיני הראיות מבקשים בדיעבד לדכא פרקטיקה הנעשית שלא כדין, בהליך הפלילי, בדרך כלל פרקטיקה משטרית. אף לפני הלכת יששכרוב דיכוייה של פרקטיקת שיטור שלא כדין באמצעות פסילה ראייתית והמחיר שהוא גובה זכו בישראל הן לדיון פסיקתי עשיר,⁵ והן לדיון אקדמי עשיר.⁶

מאמרי אינו מתמקד בפרקטיקה משטרית של איסוף ראיות אלא בפרקטיקה פרטית, אשר ליד הגברתה את הסיכוי לחשיפת האמת היא גם פוגעת באזרחים ואולי אף מהווה עבירה פלילית, ובוודאי אינה נערכת לפי הסמכה. חרף זאת הפרקטיקה הפרטית האמורה אינה מובילה לתגובה משפטית ביקורתית כלשהי – לא במישור פסילת הראיות ולא במישור המשפט הפלילי המהותי.

כידוע, הדין הפלילי המהותי מכוון בין היתר עבירות פליליות המצמצמות את חירות הפרט כדי להגן על ערכים, על אינטרס ואף על זכויות של אחרים. לעומת זאת הדין

3 למשל: בועז סנג'ור, "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת יששכרוב – בשורה או אכזבה? דעה והזמנה לדיון נוסף" **משפט וצבא** יט (תשס"ז) 67, בעמ' 80–81; יובל מרין ורינת קיטאי-סנג'ור, "Collins, Miranda ויששכרוב – על הפער בין הרצוי לבין המצוי בהלכת יששכרוב", **משפטים** לו (תשס"ז) 429, בעמ' 460–492; Binyamin Blum, "Doctrines Without Borders: The 'New' Israeli Exclusionary Rule and the Dangers of Legal Transplantation", 60 *Stan L. Rev.* (2008) 2131, pp 2139-2172; בועז סנג'ור "כלל פסילת הראיות שהושגו באמצעים פסולים מתפתח, אך עדיין ללא נכונות לשלם מחיר חברתי (ולזכות אשם בעבירה חמורה שעודנו חי)" **משפטים על אתר** ד 25, עמ' 30–49 (2012); אסף הרדוף, "חזות של זכויות, מהות של צדק: סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית" **דין ודברים** ח (תשע"ד) 33, בעמ' 74–80; בנימין בלום, יורם רבין וברק אריאל, "אופן בחינת הודאות חשודים בדין הפלילי בישראל: בחינה מהותית ופרוצדורלית של היחס בין סעיף 12 לפקודת הראיות לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית", **משפטים** מו (תשע"ז) 815, בעמ' 830–835.

4 אסף הרדוף, "רעיון בלתי-קביל, אמת לא נוחה: פסילת ראיות בגין אופן השגתן" **משפט וממשל** כ (תשע"ט) 141, בעמ' 171–191.

5 למשל בג"ץ 249/82 **ועקנין נ' ביה"ד הצבאי לערעורים**, פ"ד לז(2) 393 (1983); ע"פ 480/85 **קורטאם נ' מדינת ישראל**, פ"ד מ(3) 673 (1986); ע"פ 168/82 **מועדי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לח(1) 197 (1986); ע"פ 1302/92 **מדינת ישראל נ' נחמיאס** מט (3) 309 (1995); ע"פ 6613/99 **סמירק נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(3) 529 (2002).

6 למשל אלי וילצ'יק, "קבילות ראיות שהושגו בחו"ל בהאזנת סתר", **משפטים** טז (תשמ"ז) 462; אליהו הרנון, "ראיות שהושגו שלא כדין – האם נשתנה המצב המשפטי בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו?", **מחקרי משפט** יג (תשנ"ו) 139; עמנואל גרוס, "כלל פסיקה חוקתי – האם יש לו מקום בישראל?", **משפטים** ל (תש"ס) 145.

המתח בין הפגיעה בחסרי ישע לפגיעה בפרטיותן של מטפלות

הפלילי הדיוני מכונן בין היתר סמכויות לרשויות המנהלות את ההליך הפלילי. מבט בממשק שבין המהותי לדיוני בפרט ובתיקים באספקלריה הרמונית של המשפט הפלילי בכלל אינו תדיר במיוחד באקדמיה.⁷ מבט כזה בענייננו מגלה תוצאה של הפרת הדין המהותי בלי תגובה מהרשויות. זהו שטח מת (blind spot) בדין הפלילי המהותי: הדין המהותי לכאורה מופר, אך הדין הדיוני מתעלם מהפגיעה או אינו מוטרד ממנה, ובעקיפין מעודד הפרות נוספות של הדין המהותי.

המאמר יגרוס כי תוצאה זו בעייתית, בעיקר במובן הפגיעה בפרטיות המתאפשרת ומעודדת במקומות עבודה ייחודיים (הבית הפרטי, הגן והמוסד), אך גם במובן הפגיעה בשלטון החוק ובשוויון בפני החוק, ויצביע על שלוש אפשרויות לשינוי המצב הקיים ולטיפול בשטח המת. האפשרות הראשונה והקלושה היא העמדה לדין של האזרחים אשר אספו את הראיות המפלילות באופן לא חוקי; אפשרות זו קיימת כבר כיום אך אינה קורצת לרשויות האכיפה אם הראיות המפלילות מלמדות על עבירה פלילית חמורה ומכוערת מהמעשה הפלילי של איסוף הראיות. שתי אפשרויות נוספות, חדשניות ומעניינות יותר, התופסות את המעשה של איסוף הראיות כמעשה ראוי או נסבל, מצריכות התערבות חקיקתית מקורית שהמאמר מציע: האחת כוללת בנייה מחדש של האחריות הפלילית לעבר מסקנה כי הדין המהותי לא הופר והעבירה הפלילית לא התגבשה, בתנאים אשר יבטיחו הן את הכוונה הראויה מאחורי הפעולה הפוגעת והן את צמצום הפגיעה: האחרת והמורכבת אף יותר סובבת סביב דין דיוני וכוללת יצירת מסלול של בקשה אזרחית לקבלת היתר משפטי לביצוע הפעולה הפוגעת בפרטיות, וכך תתווסף מסננת שיפוטית אשר תבטיח את הכרחיות הפגיעה ואת מידתיותה.

המאמר מציע בחינה ראשונה מסוגה לסוגיה חשובה בעליל אך זנוחה אקדמית בישראל ולא רק בה, שטח מת: העימות בין זכויותיהן של מטפלות בחסרי ישע, מטפלות אשר לאו דווקא מגיעות משכבת אוכלוסייה עתירת פריווילגיות, לבין הרצון המשפחתי והציבורי להגן על חסרי הישע. פסקי הדין הקיימים במקרים שבהם מטפלות תועדו פוגעות בחסרי ישע מבטאים שבריר מהמורכבות של הסוגיה ומרכזים את המבט בשדה הפלילי בלבד, ובתוכו כמעט רק בדיני העונשין, ובתוכם רק במעשים מסוימים ולא באחרים. למעשה, הסוגיה מנקזת לתוכה מגוון של ענפי משפט: דיני עונשין, סדר דין פלילי, דיני ראיות, משפט חוקתי, משפט ובריאות, דיני משפחה, דיני עבודה ועוד. נקודת המבט הבלעדית העולה מפסקי הדין הקיימים בנושא היא של הקורבנות ומשפחותיהם. מאמרי אינו מבקש לבטל ולו טיפה מחשיבותה, ואינו מבקש להפוך את היוצרות בין עברייניות ובין קורבנות. תופעת הפגיעה בחסרי ישע, כפי שניתן להביא

7 למבט כזה: גרשון גונטובניק, "הסדרי טיעון בערעור המבטלים את הקביעות הנורמטיביות של הערכאה הדיונית: לעצור את פוטנציאל הסחף", **חוקים** 1 (תשע"ד) 11; אסף הרדוף, "פסיביזם שיפוטי ומשפט פלילי פיקטיבי: על הרשעות בלתי-יסודיות ובעיית השקר המשפטי", **המשפט** כד (תשע"ח) 39.

מראשית המבוא, פלילית ופסולה בעליל; אין נדרשת ראייה חדה כדי לזהות זאת. אמירה נגד התופעה אינה מבטאת חדשנות אלא את המובן מאליו בימינו, מבחינה חברתית ומשפטית. כאשר חסרי הישע הללו הם קורבנות לאלימות עבריינית, אך מובן שהמשפט בכלל והספרות המשפטית בפרט יבקשו לצאת להגנתם. ככלל, הספרות המשפטית הישראלית באשר לזכויותיהם של נפגעי עבירה ובאשר להתחשבות בהם מצויה במגמת פריחה.⁸ קונקרטי, הספרות המשפטית הישראלית לא שכחה לקרוא להגנתם של חסרי ישע, דוגמת ילדים,⁹ קשישים,¹⁰ ובעלי חיים.¹¹ גם הספרות המשפטית הישראלית באשר לזכויות חשודים ונאשמים היא עשירה למדי.¹²

- 8 למשל: עמנואל גרוס, "הזכויות החוקתיות של הקרבן – מחקר השוואתי", **מחקרי משפט** (תשס"ב) יז 419; דנה פוגין, "מהפכת הקרבנות" – היום שאחרי: לקראת מודל המכיר בשיקולי ענישה פרטיים?", **קריית המשפט** ד (תשס"ד) 229; דנה פוגין, "סלבריטאים על כורחם (ובחסות בית המשפט?) – מחשבות על פרטיותם של נפגעי עבירות בהליך המשפטי" **קריית המשפט** י (תשע"ד) 79; דנה פוגין, "חשופה לעין כול: על זכותה של נפגעת עבירה לפרטיות בהליך הפלילי", **ספר אליהו מצא** (תשע"ה) 489; הדר דנציגר-רוזנברג ודנה פוגין, "הדור הבא של זכויות נפגעי עברה: הזכות החוקתית להליך הוגן", **עיוני משפט** לו (תשע"ה) 549; הדר דנציגר-רוזנברג, נועה יוסף, "נפגעות עברה בראי תאוריית הצמתים", **המשפט** (תשע"ז) 9; מיכל טמיר, דנה פוגין, "ההליך הפלילי כמשחק שחמט: מעמדו של הנפגע במסגרת דוקטרינת פסילת הראיות" **ספר דורית ביניש** (תשע"ח) 487; מיכל טמיר, דנה פוגין, "חוק טובות לנפגעי עבירה" – על חוקתיות החסינות לפגיעה שלטונית בנפגעי עבירה", **מעשי משפט** יא (תש"ף) 211; דנה פוגין וענת פלג, "לצאת מהפיקסלים – הוויתור על פרטיותן של נפגעות עבירות מין בראי המשפט והתקשורת", **משפטים על אתר** יד (תש"ף) 116.
- 9 למשל: דנה פוגין, "הזכות להישמע? עדויות ילדים בהליך הפלילי", **הפרקליט** מו (תשע"ב) 121; טלי גל, "ילדים נפגעי עברה בישראל עשור לאחר "מהפכת זכויות הקורבן": בחינה דרך מודל צרכים-זכויות", **עיוני משפט** לו 705; אסף הרדוף, "הגנה נגד הגנות: הגנת נפגעי עברה, הזכות להליך הוגן והגעה לאמת העובדתית בראי החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים)" **משפט וממשל** כא 117.
- 10 למשל: שינדלר, דורון, (לעיל, הערה 1); צפירי, (לעיל, הערה 1).
- 11 למשל: יוסי וולפסון, "מעמד בעלי החיים במוסר ובמשפט", **משפט וממשל** ה (תש"ס) 551; אסף הרדוף, "התעללות ראווה? בין צער בעלי חיים לעונג האדם", **דין ודברים** י (תשע"ז) 141.
- 12 למשל אליהו הרנון, "ראיות שהושגו שלא כדין – האם נשתנה המצב המשפטי בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו?", **מחקרי משפט** יג (תשנ"ו) 139; עמנואל גרוס, "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על-פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", **מחקרי משפט** יג (תשנ"ו) 155; אסף פורת, "הגנה מן הצדק בעידן החוקתי", **קריית המשפט** א (תשע"א) 381; דן ביין, "דיני המעצר החדשים: היבטים אידיאולוגיים, חוקתיים ומעשיים", **מגמות בפלילים: עיונים בתורת האחריות הפלילית** (תשע"א) 337 (אלי לדרמן עורך); רינת קיטאי, "הניגוד בין חזקת המסוכנות שבחוק המעצרים לבין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", **הפרקליט** מו (תשע"ב) 282; ניר פלסר, "תיחום גבולות השימוש במדובבים משטרתיים סמויים לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", **מאזני משפט** ג (תשס"ד) 439; דוד וינר, "בעקבות פרשת עמוס ברנס: הזכות החוקתית להליך פלילי הוגן", **קריית המשפט** ד (תשס"ד) 169; אסף הרדוף **אין להשיב לאשמה** (תשס"ה).

המתח בין הפגיעה בחסרי ישע לפגיעה בפרטיותן של מטפלות

לעומת זאת מבט בפרקטיקה פרטית של איסוף ראיות בהקשר פלילי – לא נעשה כלל במערכת המשפט ובספרות המשפטית. מבט המגלה חמלה לא רק לקורבנות חסרי ישע ולבני משפחותיהם הדואגים להם אלא גם למטפלות של חסרי ישע, אשר לעיתים יתגלו כעברייניות ולעיתים לא, מטיבו מעורר אנטגוניזם, העשוי לייצר תחושת קיצונות ואפילו חד-צדדיות בקריאת מאמר. אולם נקודת המבט המוצעת אינה חד-צדדית. להפך, המאמר קורא תיגר על התפיסה השלטת של הסוגיה. מטרתו העיקרית היא להציע זווית נוספת לדיון, אשר כרגע מתאפיין בחד-צדדיות מוחלטת, בהתעלמות גורפת מהפגיעה בזכות הפרטיות. ככלל זו חשובה לכולנו עד מאוד, אך כאשר היא נפגעת בשמה של ההגנה על חסרי ישע, היא נשכחת, נזנחת או מופקרת. האספקלריה הפופולרית על הסוגיה כבר זיהתה והכתירה את ה"טובים" וה"רעים" בסוגיה הנדונה במאמרי. לאחר אימוצה של נקודת מבט זו, ודאי לא נוח לקרוא כי ה"טובים" מבצעים פעולות בעייתיות, וכי לפחות במקרים מסוימים אין באמת "רעים". אי-הנוחות שמעוררת נקודת המבט החדשנית של המאמר מציבה משוכה אישית, חברתית ומשפטית, משוכה גבוהה, אולי גבוהה מדי לצליחה. אולם כאשר אנו נשענים על הדין כדי לקבוע מיהו עבריין ומיהו קורבן, אל לנו להתעלם מדיון אחר שהופר בדרך, במיוחד כאשר דרך זו עשויה להיות עבירה פלילית בעצמה. בסופה של הדרך הביקורתית והזווית הייחודית של המאמר, אין הוא מציע להקריב חסרי ישע על מזבח הפרטיות ואינו גורס כי האחרונה היא זכות מוחלטת. המאמר מציע דרכים משפטיות להגן על חסרי ישע מצד אחד, ולעשות כן באופן המצמצם את הפגיעה בפרטיות, מצד אחר.

המשך הדיון יהיה כלהלן: בפרק א אציג את הרקע. אסקור בקצרה את הזכות הפרטיות ואת ההגנה הפלילית עליה בישראל. אראה כיצד המשפט עשוי להיות מניע מוקדם לפגיעה בפרטיות, ללא תגובה משפטית מאוחרת ומצננת לפגיעה, אף שכמפורט בהמשך ניתן לגרוס כי פגיעה כזו בפרטיות עשויה לגבש עבירה פלילית ללא סייג.

בפרק ב אבסס את קיומה של הבעיה המשפטית. אבחן באופן דוקטרינרי ונורמטיבי אם תיעודו של אדם אחר בלי הסכמתו הוא עבירה פלילית לפי הדין הקיים בישראל אגב הבחנה בין האזנה בסתר לצילום בסתר. אסביר כי חרף נטייתנו להצדיק פגיעה בפרטיותן של מטפלות אלימות, מדובר בבעיה הראויה לטיפול, בעיקר נוכח הפגיעה האסורה והלא מידתית בפרטיות, אך גם נוכח הפגיעה בשלטון החוק ובעקרון השוויון בפני החוק.

בפרק ג אבחן דרכים שונות להתמודדות עם הבעיה האמורה. אפתח בפתרון העולה מהדין הקיים, חקירה פלילית והעמדה לדין של הפוגעים בפרטיות, לצד החקירה וההעמדה לדין של הנפגעים בגין העבירות שביצעו. פתרון זה אינו צפוי להינקט, כעולה מפרק א. אמשיך לשתי דרכים נוספות ומקוריות, הכרוכות בשינוי הדין: האחת עניינה בנייה מחדש של העבירות הפליליות, שיהיו כאלה שלא יכסו בעתיד פגיעות בפרטיות שנעשו כדי להגן על חסרי ישע; בתנאים מסוימים; התוויה מחדש של העבירות הפליליות תקדם את שלטון החוק מצד אחד, ותדייק את המסר הנורמטיבי שאליו מכוון המחוקק

בעברות ואת המסר שאליו אין הוא מכוון מצד אחר; הדרך השלישית כרוכה ביצירת מסלול אזרחי לבקשת צו שיפוטי שיתיר פגיעות שונות בפרטיותם של המופקדים על חסרי ישע לאחר ביסוס מעמדם של המבקשים וביסוס חשדותיהם ואגב הצגת ערובות לצמצום הפגיעה בפרטיות. דרך זו תתרום לשקיפות הדין, לוודאות ולאחריות.

א. רקע: משפט פלילי להגנת הפרטיות – ולתקיפתה

1. משפט פלילי להגנת הפרטיות

אף שהשיח על הפרטיות מורכב וסבוך, מעטים מפקפקים בקיומן של הצדקות בבסיסה, וקשה להפריז בחשיבותה.¹³ הפרטיות כוללת משמעויות שונות לאנשים שונים,¹⁴ ולא פשוט להגדירה.¹⁵ כרעיון היא עשויה להתייחס לזכותו של אדם להיעזב לנפשו,¹⁶ להגבלת הגישה של אחרים אל הפרט,¹⁷ לאפשר פעולות של הפרט בדרכו להגדרה עצמית,¹⁸ לשליטתו של הפרט במידע על אודותיו¹⁹ ועוד.²⁰ לאדם אינטרס לשמור חלק מהמידע עליו וההתנהלות שלו בסוד.²¹ בשל אינטרס זה ברור כי איסוף מידע עליו בלי

-
- 13 על ההצדקות: Amitai ; Amitai Etzioni, *The Limits of Privacy* (1999), pp 211–213; Etzioni, “A Communitarian Perspective on Privacy”, 32 *Conn L. Rev* (2002) 897, pp 897–900; Daniel J. Solove, “The Virtues of Knowing Less: Justifying Privacy”, 53 *Duke L. J.* (2003) 967, p 1067; “שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות”, *משפט וממשל יא* (תשס"ז) 11, 59–70.
- 14 Daniel J. Solove, “A Taxonomy of Privacy”, 154 *U. Pa. L. Rev.* (2003) 477, pp. 485–486.
- 15 פרטיות היא ערך מורכב במיוחד, סבוך בממדים מתחרים וסותרים, דחוס במשמעויות שונות וייחודיות: Robert C. Post, “Three Concepts of Privacy”, 89 *Geo. L.J.* (2001) 2087, p. 2087.
- 16 Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, “The Right to Privacy”, 4 *Harv. L. Rev.* (1890) 193, pp 195, 205.
- 17 Ruth Gavison, “Privacy and the Limits of Law”, 89 *Yale L.J.* (1980) 421, p. 422; Daniel J. Solove, “Conceptualizing Privacy”, 90 *Cal. L. Rev.* (2002) 1087, pp. 1103–1104.
- 18 Jed Rubenfeld, “The Right of Privacy”, 102 *Harv. L. Rev.* (1989) 737, pp. 754–755.
- 19 מיכאל בירנהק, מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה (תש"ע) בעמ' 89–93.
- 20 סולוב כתב כי פרטיות עשויה להתייחס לחופש המחשבה, לשליטה על הגוף, להתבודדות בבית הפרטי, לשליטה על מידע אישי, לחירות ממעקב, להגנת מוניטין ואף להגנה מפני חיפושים וחקירות. Solove (לעיל, הערה 17) בעמ' 1088.
- 21 William J. Stuntz, “Privacy’s Problem and the Law of Criminal Procedure”, 93 *Mich L. Rev.* (1995) 1016, pp 1021–1022.

המתח בין הפגיעה בחסרי ישע לפגיעה בפרטיותן של מטפלות

הסכמתו וידיעתו פוגע בפרטיותו²² ועלול להוביל לעכבות ולצנזורה עצמית,²³ לפגיעה באוטונומיה שלו²⁴ ולחשש מתמיד ממעקב שעלול לפגוע ביכולתו של הפרט לפתח את אישיותו.²⁵

בישראל דינים מגוונים כגון חוק האזנת סתר וחוק הגנת הפרטיות מגינים על הפרטיות במישורים שונים, לרבות המישור הפלילי. מבחינה כרונולוגית, הראשון החשוב לענייננו הוא חוק האזנת סתר. חוק זה מגן בבירור על רובד מסוים של צנעת הפרט והפרטיות בשיחה²⁶ ומסדיר את המותר והאסור במעקב אחר תוכנה של תקשורת בין-אישית,²⁷ לרבות באמצעות איסור פלילי על האזנת סתר, שדינו חמש שנות מאסר. שנתיים לאחר חקיקת חוק האזנת סתר נחקק חוק הגנת הפרטיות, אשר בכותרתו ובגופו סובב סביב ערך הפרטיות.²⁸ החוק מכריז על פגיעות בפרטיות, שמוגדרות ברשימה בסעיף 2 כעוולה אזרחית מצד אחד, וכעבירה פלילית שדינה חמש שנות מאסר מצד אחר.

בשנת 1992 נתקבל חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר כונן כמה וכמה זכויות אדם שאל לרשויות לפגוע בהן אלא לפי פסקת ההגבלה. אחת מהן, כעולה במפורש בסעיף 7 לחוק, היא הפרטיות וצנעת החיים: "אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו; אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו; אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו".

חוק היסוד מגביל את כוחה של המדינה לפגוע בפרטיותו של אדם ואינו מכונן כללי התנהגות המגבילים את הפרט. לעומת זאת חוק האזנת סתר וחוק הגנת הפרטיות יוצרים איסורים פליליים על האזנת סתר ופגיעה בפרטיות.

סעיף 1 לחוק האזנת סתר קובע כי האזנת סתר היא האזנה לשיחה ללא הסכמה של לפחות אחד מבעלי השיחה.²⁹ כלומר, החוק אינו אוסר להקליט שיחה בהסכמתו של אחד מבעלי השיחה, כאשר השיחה היא ללא הסכמתו וידיעתו של בעל השיחה האחר, אף שפרטיותו של האחרון נפגעת בעליל.³⁰ רכיב ההסכמה אינו מוגדר בחוק זה, ולכן לא

22 Daniel J. Solove, "Digital Dossiers and the Dissipation of Fourth Amendment Privacy", 75 S. Cal. L. Rev. (2002) 1083, p. 1222, 1167.

23 Daniel J. Solove, "Electronic Surveillance Law", 72 Geo. Wash. L. Rev. (2004) 1264, p. 1268.

24 בירנהק (לעיל הערה 4), בעמ' 41–44.

25 Solove (לעיל הערה 4), בעמ' 967, 992–994, 999–1000.

26 הצעת חוק דיני העונשין (האזנת סתר), התשל"ח–1978, ה"ח 301.

27 אלכס שטיין, "האזנת-סתר ומעקבים אלקטרוניים נסתרים כאמצעים לקידומה של חקירה פלילית ובטחונות", משפטים יד (תשמ"ה) 527, בעמ' 530.

28 הצעת חוק הגנת הפרטיות, התש"ם–1980, ה"ח 206.

29 חריג צר לכך קיים בסעיף 3 לחוק האזנת סתר, שעניינו האזנת סתר למטרת נזק או עבירה.

30 ראו הרדוף (לעיל הערה 3), בעמ' 165–166; אסף הרדוף "אין אמון אין פרטיות: הקלטה חד-צדדית כהאזנת סתר" (ICON-S-IL Blog) (16.04.2018). ראו גם פסילה נדירה של

ברור אם מדובר בהסכמה מפורשת או משתמעת, מדעת או חופשית וכדומה. הסכמה היא מהמונחים המשפטיים המורכבים ביותר בכלל ובמשפט הפלילי בפרט.³¹ לרבידה אשוב בהמשך המאמר.

חוק הגנת הפרטיות, כבר בסעיף 1, קובע כי אין לפגוע בפרטיותו של אדם ללא הסכמתו. חוק הגנת הפרטיות מגדיר "הסכמה": הסכמה מדעת, מפורשת או מכללא. שתי העבירות הפליליות הללו – האזנת סתר ופגיעה בפרטיות – נעשות לעיתים קרובות באופן מחושב, כדי לאסוף על אדם מידע בלי ידיעתו ובלי הסכמתו. המניעים האפשריים לעבירה מגוונים ונעים מסקרנות וחטטנות רגעית בצד הקל של הסקאלה, עד מניע לבצע באמצעות המידע עבירה פלילית עצמאית דוגמת סחיטה, בצד הכבד, כאשר מעשים כאלו עשויים להוביל לכתבי אישום.³² אולם קיים עוד מניע אחד, שונה לחלוטין, לביצוע העבירה, שהוא מעניין במיוחד ומייצר דיסוננסים: המשפט עצמו.

2. משפט פלילי לתקיפת הפרטיות: המניע המשפטי לפגוע בפרטיות

כידוע, המשפט בכלל והמשפט הפלילי בפרט מנסים לדכא התנהגות אנושית לא רצויה באמצעות שיטות שונות המתקשרות לענישה.³³ בכך הם מתיימרים להיות חלק מהפתרון של הגנה על החברה ועל פרטיה מפני פגיעות מסוימות, בהנחה שהפגיעות יתגלו. אולם אפילו בהנחה זו, קיימים מצבים שבהם המשפט אינו חלק מהפתרון אלא חלק חשוב ומכריע בבעיה: הגורם לה או אחד מגורמיה.

אחד המניעים המעניינים והבעייתיים ביותר להפרת פרטיותו של אדם הוא המשפט עצמו: איסוף ראיות פולשני נגד אדם כדי להשתמש בראיות הללו בהליך משפטי נגדו.

ראיה כזו בישראל: ת"ע 57641-08-20 ח.ג. נ' ט.ל. (פורסם בנבו, 2021). בארצות הברית מדינות שונות מתירות הקלטה של שיחה בהסכמת צד אחד לשיחה, כנעשה בישראל, לצד מדינות המחייבות את הסכמת כלל הצדדים להקלטה. למשל פנסילבניה: PA. STAT. 18 CAL. PENAL AND CONS. STAT. ANN. § 5704(4) (West 2020); וקליפורניה: CODE §§ 630, 632(a), 632.5, 637.2. חריגים לאיסורים אלו יידונו בהמשך.

71 לדיון במהותו של רכיב ההסכמה במשפט הפלילי המהותי ובמורכבותו: רות קנאי, "הסכמת הנפגע במשפט הפלילי", **משפטים** כט (תשמ"ט) 389; Stuart P. Green, "Consent and the Grammar of Theft Law", 28 *Cardozo L. Rev.* (2007) 2505, pp. 2506–2522; אסף הרדוף, **עברת הגנבה** (תשע"ד), פרק 4.

72 למשל: ע"פ (ת"א) 1770/97 **מדינת ישראל נ' לאופר** (פורסם בנבו, 5.11.1998); ע"פ (ת"א) 4261/98 **פרידן נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 1999); פ 4304/08 **מ"י פרקליטות מחוז ת"א - פלילי נ' סמוכיאן** (פורסם בנבו, 2010); ת"פ 1551/07 **פרקליטות מחוז מרכז נ' בלוך** (פורסם בנבו, 2008); ת"פ (ת"א) 2928-06 **מדינת ישראל נ' משעול** (פורסם בנבו, 2012).

73 למשל: Jeremy Bentham, *Theory of Legislation* (reprinted, 1975); Henry M. Hart, Jr., "The Aims of the Criminal Law", 23 *Law and Contemp. Probs* (1958) 401, p. 412; Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (1969), p 48.

המתח בין הפגיעה בחסרי ישע לפגיעה בפרטיותן של מטפלות

המניע עשוי להתקשר לרצון לבסס חשד פלילי, דוגמת המהלך הנדון במאמר. לחלופין, המניע עשוי להתקשר לענפי משפט אחרים. למשל: צילום של מעשה ניאוף, אשר ודאי פוגע בפרטיות פגיעה קשה, אפילו פלילית, נעשה שלא כדין כדי להוכיח את הניאוף בבית הדין הרבני.³⁴ כמובן, לא רק הפרטיות מצויה במתקפה בהקשר הזה, אלא לעתים גם זכויות וערכים נוספים, דוגמת הכבוד ושלמות הגוף.³⁵ נקודת דמיון עולה בעניין זה בין דיני המשפחה לבין פגיעות בפרטיות אשר מבצע אורח במגמה להגן על בן משפחתו חסר הישע מפני מטפלת אלימה.

הואיל וכאמור הפקת ראיות להליך משפטי עתידי מניעה אנשים לפגוע בפרטיותם של אחרים, דיני הראיות באים במצטבר לדין המהותי במגמה לדכא פגיעות בפרטיות, באמצעות פגיעה בדיעבד בתמריץ להפקתן. חוק האזנת סתר יוצר כלל נוקשה למדי בסעיף 13 על האזנת סתר שלא כדין, אף שבמקרים מסוימים ניתן לקבל גם ראייה כזו, ואילו חוק הגנת הפרטיות יוצר כלל גמיש ביותר בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, המתיר לבית המשפט לקבל כל ראייה שהופקה בפגיעה בפרטיות. לצד יעדים נוספים,³⁶ אחת המטרות של כללי הפסילה הראייתית היא להפוך את ההתנהגות הפסולה והפוגענית ללא משתלמת.³⁷ אולם יחסיותם של כללי הפסילה מובילה לכך שלעיתים הפגיעה בפרטיות דווקא השתלמה, במובן זה שהובילה להחשדה, להאשמה, להרשעה ולענישה של מי שפרטיותו נפגעה. הווה אומר, דיני הראיות לא היו גורם מצנן להגנת פרטיותן של מטפלות אשר תועדו בסתר בזמן הפעלת אלימות נגד חסרי ישע.

כך למשל התקבלה ראייה של צילום מטפלת מכה קשישה חרף קביעה שיפוטית כי התייעוד נעשה בלא הסכמת הקשישה, וללא סמכות, לפי החריג לכלל הפסילה בחוק

34 בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה, פ"ד סא(1) 581, פסקאות 20–25 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006); בג"ץ 8489/12 פלוני נ' פלוני, פסקה 4 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 2013).

35 במצב כזה עולה הסיכוי להעמדה לדין. בפרשה מפורסמת בדיני העונשין, עובר לחוק הגנת הפרטיות, בעל שידל אנשים לשכב עם אשתו, ובהמשך נכנס עם חבריו לדירה כדי לצלמה, משך אותה מהדירה בעירום וצילם אותה: ע"פ 63/58 עגמי נ' היועץ המשפטי, פ"ד יג 421 (1959). ראוי להזכיר עוד כי גם חדירות לטלפון של בן זוג עשויות לנבוע ממטרה לאסוף ראיות במסגרת דיני המשפחה, לעיתים בשימוש בילדים. למשל: תלה"מ 31358-11-18 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 2019).

36 למשל הגנה על זכויות הפרט, מניעת דיסוננס דמוקרטי, קידום שלטון החוק, קידום הגינותם של הליכים משפטיים, אפשרות לגיטימציה מוסרית של ההכרעה השיפוטית ועוד. למשל: Donald Dripps, "The Case for the Contingent Exclusionary" Rule, 38 *Am. Crim. L. Rev.* (2001) 1, pp. 1–9; Taylor Tipton, "The Dunkin' Donuts Gap: Rethinking the Exclusionary Rule as a Remedy in Constitutional Criminal Procedure", 47 *Am. Crim. L. Rev.* (2010) 1341, pp 1346–1348.

37 יוחנן גבאי, "ראיות שהושגו בהאזנת סתר בין בני-זוג", הפרקליט לט (תש"ן) 552, בעמ' Luke M. Milligan, "The Source-Centric Framework to the Exclusionary Rule", 28 *Cardozo L. Rev.* (2007) 2739, p 2739.

האזנת סתר.³⁸ במקרה אחר קבע בית משפט כי אין פסול בראיה של סרטוני הכאת קשישה, משום שילדי המתלוננת מונו לאחראים לרכושה ולגופה של המתלוננת, ולכן הסכמת הבת היא כהסכמת המתלוננת; מלבד זאת, הודעות המתלוננת במשטרה העלו כי ידעה על קיומן של המצלמות ולא מחתה על כך, מה שמאפשר להסיק כי לא התנגדה למצלמות.³⁹ בתיק אחר נקבע כי סרטוני הכאה של קשישה אינם "האזנת סתר" משום ש"שיחה" אינה כוללת תיעוד חזותי ללא קול של מעשי אלימות שאין בהם דו־שיח; כן צוין אגב אורחא כי ניתן להסיק מהסכמה משתמעת של הקשישה להקלטה.⁴⁰ בתיק אחר, במסגרת בקשת מעצר עד תום ההליכים, דחה בית המשפט את טענת ההגנה נגד הראיה העיקרית, צילום בסתר, וקבע כי ייתכן שבהליך העיקרי תתקבל הראיה חרף הפסול בהשגתה, ולחלופין שייקבע שיהיה די בהסכמת הבת.⁴¹ בתיק אחר קבע בית המשפט כי הקלטת שמע שנעשתה באמצעות יישומון במכשיר טלפון של אב לפעוט שטופל בפעוטון בבית פרטי, קבילה חרף היותה האזנת סתר; נדחתה טענת המדינה כי הפעוט הוא "בעל שיחה" שהסכים להקלטה, אך בשל בקשת פרקליט המדינה הוחלט לקבל את התוצר, בדרך להרשעת המטפלת.⁴² בתיקים אחרים לא הועלו כלל טענות פסילה. כך למשל הואשמה מטפלת בתינוק בהתעללות בו בתיק שבו התקבלו סרטוני הפגיעה בהסכמה חרף צילומם בסתר.⁴³ כך היה גם בתיקים שהסתיימו בהודאה בבית המשפט,⁴⁴ וכך אף נכון בתיקי הוכחות.⁴⁵ ניתן רק לשער מדוע הסנגוריה אינה טוענת בעד פסילת הראיות. קשה להאמין שסנגורים אינם מודעים לחקיקה הרלוונטית. סביר יותר כי אין הם מאמינים שטענת הפסילה תתקבל, ואולי אף חוששים שהיא תעורר אנטגוניזם, המתקשר

- 38 ת"פ (ב"ש) 8151/99 מדינת ישראל נ' סביח (פורסם בנבו, 2001).
- 39 ת"פ (י-ם) 11351-12-11 מדינת ישראל נ' סנטנס (פורסם בנבו, 2012).
- 40 רע"פ 3651/14 מיטה נ' מדינת ישראל, פסקה 10 לפסק דין השופט מלצר (פורסם בנבו, 2014). אף שהעניין לא נדון בפסק הדין ראוי להזכיר כי גם צילום אדם ברשות היחיד הוא עילה להפעלת מסלול פסילה ראייתית, לפי סעיף 2(3) לחוק הגנת הפרטיות. אולם במסלול זה על בית המשפט לבחון אם התקיים סייג לעבירה מצד אחד, ואם קיימים "טעמים שיירשמו" לקבלת הראיות מצד אחר, מה שמפחית את הסיכוי לפסילת ראיה מפלילה חשובה.
- 41 מ"ת (י-ם) 45629-05-15 מדינת ישראל נ' פוננגמפרלומאנג (עציר) (פורסם בנבו, 2015). לא הצלחתי לאתר את המשך הדיון בתיק. ניתן לשער כי הנאשמת גורשה מהארץ.
- 42 ת"פ 38041-08-16 מדינת ישראל נ' פלונית (פורסם בנבו, 2019).
- 43 ת"פ 19-05-54348 פרקליטות מחוז מרכז – פלילי נ' דוד (פורסם בנבו, 2020).
- 44 ת"פ 26798-05-17 מדינת ישראל נ' ורוולג, בעמ' 4 (פורסם בנבו, 2019); עפ"ג (ב"ש) 37140-04-21 מיטוני נ' מדינת ישראל, בעמ' 4 (פורסם בנבו, 2021); ת"פ 56142-10-19 מדינת ישראל נ' עורדאללה (פורסם בנבו, 2021).
- 45 בפרשה פורסמו סרטונים ממצלמות האבטחה גם בתקשורת ועוררו זעם ציבורי עצום. אף שהסרטונים היו חלק חשוב ממארג הראיות, אין זכר בתיק לטענת הגנה בעד פסילתם: ת"פ 14327-07-19 מדינת ישראל נ' מעודה (פורסם בנבו, 2020). על מעודה הוטלו 9.5 שנות מאסר. מעודה הגישה ערעור, אך משכה אותו בהמלצת בית המשפט העליון: ע"פ 6123/21 מעודה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2022).

המתח בין הפגיעה בחסרי ישע לפגיעה בפרטיותן של מטפלות

לכך שמי שנאשמת במעשים חמורים, דווקא היא, מנופפת בדגל הדין ומאשימה אחרים בעוול שנעשה לה.⁴⁶

ב. ביסוס הבעיה: פגיעה פלילית בפרטיות ללא נפקות

תיארתי לעיל כמה פרשות אשר בבירור מגלמות עבירות פליליות נגד חסרי ישע, ואני מסכים עם רשויות האכיפה והשפיטה באשר לחומרת התופעה ולצורך להילחם בה. לעומת זאת אני מסכים להתעלמות מהבעייתיות בדרך המאבק. בפרק זה אטען כי דרך זו כרוכה לכאורה בביצוע עבירות פליליות, מבחינה דוקטרינרית, וכרוכה בוודאות בפגיעה בזכויותיהם של פרטים רבים, מבחינה נורמטיבית. הווה אומר, הבעיה שאבסס עניינה הפרתו של הדין המהותי ללא רמז לתגובה כלשהי מצד רשויות האכיפה, לא כל שכן העמדה לדין והרשעה. אפתח בדיון בהקלטתו של אדם אחר ללא הסכמתו. אתקדם לצילומו של אדם אחר ללא הסכמתו. לאחר סיכום ביניים קצר אגרוס שהסוגיה שלפנינו אומנם מייצרת בעיה קשה בדרך שבה נאספות ראיות, בעיה שעיקרה פגיעה לא מידתית בפרטיותן של המתועדות.

1. האם הקלטת סתר היא האזנת סתר?

משפחתו של חסר ישע מקליטה את השמע בסביבתו, בין באמצעות מצלמה הקולטת גם קול ובין באמצעות מכשיר הקולט רק קול, דוגמת טלפון חכם שהוסתר לצד חסר הישע. האם הקלטה קולית של מטפלת היא לכאורה האזנת סתר?

עצם הקלטתו של אדם אחר אין פירושה בהכרח האזנת סתר. לעיתים נטען, כפי שראינו לעיל, כי הסכמתו של אפוטרופוס לפעולה מסוימת בחוסה, האדם שהוא אחראי לו מבחינה משפטית לנוכח הנחה נורמטיבית או עובדתית כי החוסה אינו מסוגל לדאוג כראוי לצרכיו, כמוה כהסכמתו של החוסה. סבורני כי טיעון זה אכן גיוני בשדה של דיני העונשין בהקשרים מסוימים. כך למשל ברור כי אדם הנוטל את תינוקו ממקום למקום אינו "חוטף" אותו, וכי אדם אשר שם תינוק בעגלול אינו "כולא" אותו כליאת שווא.

מנגד, הטיעון נהיה בעייתי במחוזות אחרים, לפי הגיל ולפי הדמויות. הסכמת אפוטרופוס אינה זהה להסכמת חוסה לא רק מבחינה עובדתית אלא גם מבחינה משפטית.⁴⁷ הדברים מתחדדים כאשר החוסה מסוגל להביע את עמדתו הנוגדת. זכויות

46 הנטייה השיפוטית בישראל היא שלא לפסול ראיות חיוניות באופן שכרוך במחיר ממשי לאינטרס הציבורי: הרדוף (לעיל הערה 4), בעמ' 185–187.

47 במישור האזרחי, סעיף 4 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, התשכ"ב–1962 (להלן: חוק הכשרות המשפטית) קובע שפעולה משפטית של קטין טעונה הסכמה של

קטינים אינן רעיון מפותח מאוד, לפי שעה, ובמקרים רבים של התנגשות חזיתית בין עמדת הקטין לעמדת הוריו, המשפט ודאי מבכר את רעיון טובת הקטין. אולם לא הרי הסכמה ובחירה כהרי פטרנליזם הורי.⁴⁸

גם מי שמחזיק בעמדה נורמטיבית, התומכת באפשרות של הורה לחדור בסתר למחשבו של בנו הנער, יתקשה לטעון מבחינה פורמלית ודוקטרינרית כי חדירה כזו תיחשב כאילו נעשתה בהסכמת הנער רק משום שהורה מעוניין להגן עליו מפני סכנות, מעשיות או היפותטיות.⁴⁹

במובן המהותי, אף שלאפוטרופוס יש שליטה רחבה בחיי החוסה, איני בטוח שהוא יכול לוותר על זכויותיו המשפטיות ולהתיר פגיעה בהן כאילו הוא שסובל מהפגיעה בפרטיות ולכן זכאי להסכים לה. קיימים בדין סייגים המאפשרים לאפוטרופוס להתיר פעולות הפוגעות לכאורה בפרטיותו של החוסה. למשל, אם האדם אשר אינו מתפקד חתם מבעוד מועד על ייפוי כוח מתמשך הכולל ייפוי כוח רפואי,⁵⁰ די בכך להסכמה. אני משער כי כך נכון גם למי שכתב מבעוד מועד צוואה טיפולית לא פורמלית הכוללת הוראות ובקשות כיצד ירצה שיטפלו בו אם יאבד את יכולתו לתפקד, והתייחס לאפשרות שיזדקק להגנה וביקש כזו.

לעומת זאת בהיעדר הסכמה מוקדמת, השערה שלפיה היה האדם הלא תפקודי מסכים, ולפיכך הוא בחזקת מסכים, מחליפה את רעיון ההסכמה בפטרנליזם ומכפיפה את הזכות האישית להגדרה עצמית ל"טובת האדם".⁵¹ ככלל, ללא הסכמת הפרט הדין אינו מרשה לפגוע בזכויותיו כדי להגן עליו. אף שכאמור מוסד האפוטרופוסות הוא פטרנליסטי, יש להיזהר מאוד בנוגע להישענות על הסכמתו של אדם לפגיעה בזכויותיו

נציגו. המישור הפלילי אינו מרבה לעסוק בהיקף ההסכמה הנדרשת מקטינים. בהקשר מסוים נדרשת הסכמה כפולה. סעיף 6 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו–1996 מחייב שתי הסכמות לחיפוש פנימי בחשוד שהוא קטין או מוגבל מבחינה שכלית: הסכמת החשוד והסכמת האפוטרופוס שלו, במצטבר.

48 פנינה ליפשיץ-אבירם, **הסכמה מדעת של קטין לטיפול רפואי** (תשע"ו), בעמ' 203–205, 217–215.

49 Daniel R. Dinger, "Should Parents Be Allowed to Record a Child's Telephone Conversations When They Believe the Child Is in Danger?: An Examination of the Federal Wiretap Statute and the Doctrine of Vicarious Consent in the Context of a Criminal Prosecution", 28 *Seattle U. L. Rev.* (2005) 955.

50 תקנות הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות (ייפוי כוח מתמשך, הנחיות מקדימות לאפוטרופוס ומסמך הבעת רצון), התשע"ז–2017.

51 Meir Dan-Cohen, "Basic Values and the Victim's State of Mind", 88 *Cal. L. Rev.* (2000) 759, p. 765; Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Self* (1986), pp. 57–58, 68–69.

המתח בין הפגיעה בחסרי ישע לפגיעה בפרטיותן של מטפלות

של אחר ומזיהוי הסכמה "משתמעת"⁵². סבורני כי קיימים מקרים המאפשרים להסיק הסכמה משתמעת לפגיעה בפרטיות. למשל כאשר מטפל יודע כי בזירת העבודה מוצבים בגלוי מצלמה או מכשיר הקלטה, ואף שהמטפל לא נתבקש במפורש לעבוד בתנאים אלו, הוא מוכן לספוג את הפגיעה בפרטיותו הנובעת מכך;⁵³ או במקרה אחר, כאשר אדם מוכן לגור בבניין מגורים המצויד במצלמות אבטחה, אף שאינו מעוניין להיות מצולם.⁵⁴ לעומת זאת אין הסכמה משתמעת מצד אדם אשר אינו מתפקד מבחינה קוגניטיבית מצד אחד, ולא הותיר צוואה טיפולית מצד אחר, רק משום שאנו סבורים שכך היינו רוצים לו היינו בנעליו. זו הסכמה מיוחסת ולא הסכמה משתמעת.⁵⁵ כאמור, חוק האזנת סתר אינו מגדיר "הסכמה" מהי. אם אנו מבקשים להפוך את המונח מרעיון חברתי מובן בהקשרים רבים לכדי קונסטרוקציה משפטית מורכבת, על המחוקק לעשות כן במפורש.

במובן פורמלי, קשה לטעון ברצינות כי הורה של תינוק או ילדו של קשיש שאינו מתפקד יכולים לספק בשמו הסכמה להקלטתו של "בעל שיחה" המצוי בסביבת התינוק, בין היתר משום שהתינוק או הקשיש שאינו מתפקד הם ממילא לא "בעלי שיחה", משום שאינם "המדברים" או "מי שהשיחה מיועדת אליהם", כעולה מסעיף 1 לחוק. אפילו אם סוברים כי האפוטרופוס יכול, פורמלית ומהותית, להסכים להקליט שיחות שנערכות בין זר לבין החוסה, אין פירוש הדבר כי מבחינה משפטית האפוטרופוס יכול להסכים להקלטת שיחות אשר אוזניו של החוסה קולטות, אך החוסה אינו חלק מהן, באשר התכנים אינם חלק משיחה עימו. אומנם בעניין צ'חנובר ביצע השופט וינוגרד תמרון משפטי ונתן משמעות פיקטיבית למונח "בעל שיחה" כדי שיוכל לקבל ראייה חיונית להרשעה, בקובעו כי מי שבוחר לנהל שיחה באופן שמאפשר לאחרים לקלוט אותה כביכול מסכים לתיעוד השיחה.⁵⁶ לפי קו זה, מי שמדבר באופן שאחרים שומעים – כמו מסכים לא רק לשמיעה, אלא גם לתיעוד.⁵⁷ אולם אפילו קביעה בעייתית זו אינה מחלצת את המקליט בענייננו. שיחה כרוכה בתקשורת מילולית הדדית, ולמצער בפוטנציאל של תקשורת מילולית הדדית.⁵⁸ קליטה של חילופי מלל בין שני אנשים באוזניו של מי שאינו

52 מיכאל בירנהק, "מעקב בעבודה: טיילור, בנת'האם והזכות לפרטיות", **עבודה, חברה ומשפט יב (תש"ע) 9**, בעמ' 52.

53 השו"ב גבאי, (לעיל הערה 37), בעמ' 566.

54 דורית גרפונקל, "חברת המעקב נכנסת הביתה: פרטיות בבתים משותפים בעידן המצלמות והמגדלים", **משפט, חברה ותרבות ב (תשע"ט) 413**, בעמ' 434–435, 438.

55 להבחנות הנוגעות להסכמה: Peter Westen, "Some Common Confusions about Consent", *Green ; in Rape Cases*, 2 *Ohio St. J. Crim. L.* (2004) 333, pp. 334–340 (31), בעמ' 2513–2514.

56 ע"פ 48/87 צ'חנובר נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 581 (1987).

57 לביקורת עליה ראו הרדוף, (לעיל הערה 4), בעמ' 166.

58 עניין צ'חנובר (לעיל הערה 56) עסק בחובבי רדיו אשר שמעו אדם משרד שאלון בחינה לחבריו, עלו לקו וביקשו להזדהות, ולפחות לשנייה היו חלק משיחה עימו. לא כך באשר לאדם שאינו מוציא מילים מפיו.

מסוגל להצטרף לשיחה – יהא זה תינוק, אדם שאינו בהכרה או בעל חיים – אינה הופכת אותו "בעל שיחה".

גם בעניין ז'אנו פירש השופט לוי בצמצום את סעיף הפסילה בחוק האזנת סתר, כאשר קבע כי צו האזנת סתר שהוצא כלפי א', פירושו שגם שיחת רקע שנשמעה בעת שיחתו של א' עם ב', שיחת רקע בין ג' ל-ד' שהיו עם א' ברכבו, היא ראייה קבילה.⁵⁹ אולם במצב דברים זה, לפי סעיף 6 לחוק האזנת סתר, נשיא או סגן נשיא של בית משפט מחוזי בחן את בקשתו של קצין משטרה בכיר לערוך האזנת סתר, שקל את מידת הפגיעה בפרטיות ושוכנע שהדבר דרוש למאבק בפשע ונתן צו האזנת סתר. אין זה דומה למצב שבו אזרח שאינו מוסמך לשפיטה או למשרת שיטור בכירה מחליט על דעת עצמו לבצע האזנת סתר כדי לבחון חשד או לאסוף ראיות עבורו. סבורני כי אדם המבצע הקלטת סתר בסביבת חסר ישע – עובר עבירה של האזנת סתר כאשר ההקלטה מתעדת שיחה של אחרים. אומנם בתחילת שנת 2022 הועלתה הצעה לתקן את חוק האזנת סתר בהקשר זה. בדברי ההסבר נכתב במפורש, שחשיפת מקרי התעללות בילדים נעשתה במקרים רבים באמצעות האזנות שביצעו ההורים, והודגש כי פעולה זו נחשבת כיום "האזנת סתר שלא כדין", במובן הפלילי והראייתי.⁶⁰

לעומת זאת הקלטת קולות שאינם "שיחה" אינה אסורה, ולכן יש לבחון אם מה שהוקלט הוא "שיחה", משום שלא כל דיבור הוא בהכרח שיחה. סעיף 1 לחוק האזנת סתר מגדיר שיחה: "בדיבור או בבזק..."; הווה אומר, שיחה נעשית באמצעות דיבור (המדיום) אך אינה חופפת אותו. אדם המדבר לעצמו אינו מייצר "שיחה", כפי שאדם המדבר לתינוק, לבעל חיים ואפילו לאדם מת ליד קברו – אינם מייצרים "שיחה". בדומה לזה, צעקות של מטפלת על תינוק או על קשיש שאינו מתפקד, כמו קולות של מכות ואלימות אחרת, אינן "שיחה" כלל, ולכן הקלטת סתר שלהן אינה אסורה לפי חוק זה.⁶¹ לעבירה של האזנת סתר אין סייגים מלבד צו בית משפט. לפיכך מי שממלא אחר יסודות העבירה, למעט רשויות אכיפה אשר הצטיידו בצו, הוא ככלל עבריין. אזרח

59 ע"פ 5002/09 מדינת ישראל נ' ז'אנו, פסקה 38 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 2010).

60 פ/3374/24 הצעת חוק האזנת סתר (תיקון – האזנה בשל חשד להתעללות בילדים ובחסרי ישע), התשפ"ב–2022 (28.2.2022).

61 עצם ההקלטה של קול אינה "האזנת סתר". רק האזנה וקליטה של "שיחה" יכולות להיות האזנת סתר. "שיחה" מוגדרת בסעיף 1 לחוק האזנת סתר: "בדיבור או בבזק, לרבות בטלפון..." קונקרטי, החוק אינו קובע כי דיבור כשלעצמו הוא שיחה, אלא כי שיחה נעשית בדיבור. ככלל, החוק אינו מספק הגדרה מופשטת לשיחה אלא מתאר מדיה מגוונת שדרכה ניתן לבצע שיחה. ראו: הרדוף (לעיל הערה 4), בעמ' 147. במילים אחרות, ניתן לטעון כי הקלטת אדם מדבר לעצמו או צועק על תינוק אינה "שיחה" ולפיכך אינה "האזנת סתר". יודגש כי דבריי שלעיל מתארים את הדין הקיים באשר להאזנת סתר בלי להצדיק את ההבחנות השונות העולות ממנו. סבורני שגם מחוץ למסגרת של שיחה הקלטת קולו של אדם ללא הסכמתו עשויה לפגוע קשות בפרטיותו.

המתח בין הפגיעה בחסרי ישע לפגיעה בפרטיותן של מטפלות

המבצע האזנת סתר הוא כמעט לעולם עברייני. במקרים נדירים ניתן אולי לדמיין תחולה של סייגים מסוימים מהחלק המקדמי בחוק העונשין, אך כאשר הפעולה מחושבת ומתמשכת, הסיכוי לכך צונח. למשל סייגי ההגנה העצמית והצורך בסעיפים 34 ו-34א בהתאמה מכסים גם פעולות של אדם שנועדו להגן על אחרים מפני תקיפה ופגיעה גופנית. אולם לסייגים אלו אין תחולה במצב שבו יש לאדם אפשרות לנהוג באופן שאינו כרוך בפגיעה פלילית באחרים. מדובר בסייגים העוסקים בהגנה מפני סכנה מיידית, "סייגי אילוץ". הם עוסקים במצב חירום אשר בו המשפט מתיר לאדם להכריע בעצמו בין אינטרסים וערכים, הכרעה שככלל רק הרשויות מוסמכות לעורכה, ולבצע פעולה נחוצה ומידתית חרף היותה עבירה פלילית, משום שהרשויות אינן מסוגלות לספק מענה למצב קשה ודוחק.⁶² אם לפרט יש שהות להציב מצלמות או לשלוח מכשירי הקלטה, ייתכן שיש לו גם אפשרות לפנות למשטרה (ודאי לצלצל למשטרה), להתלונן על חשדותיו ולבססם ולאפשר למשטרה לחקור את הדברים בעצמה.⁶³ תקיפות קודמות אינן מקימות לבדן הגנה עצמית אם ניתן להתגונן מתקיפות עתידיות אפשריות באופן אחר.⁶⁴ הסייגים עוסקים בהגנה מפני תקיפה קרובה, ולא למותר להדגיש כי האזנת הסתר ממילא אינה מספקת הגנה כזו ואינה מתיימרת לכך. מכשיר ההקלטה לא יעצור את הפגיעה בחסר הישע אלא לכל היותר יתעד אותה ויהווה קרקע משפטית לענישתה בדיעבד. לא בכך עוסקים סייגי האילוץ.

יתרה מזאת, מי שחושד שהמטפלת שהוא מעסיק פוגעת בבן משפחתו יכול להגן עליו בפשטות ומיידית באמצעות פיטורי המטפלת או באמצעות הוצאת ילדו מהמעון שבו הוא נמצא. בהקשר זה עולה דיסוננס ערכי לא פשוט, המאיר בביקורתיות את בני המשפחה המודאגים מפני אלימות כלפי יקיריהם. ככל שהחשד לאלימות מצד המטפלת גובר, כך הותרת החוסה ברשות מציבה אותו בסכנה לגופו ולשלומו. תיעוד האירוע עשוי להפיק ראייה מפלילה, אך ברור לחלוטין שצילום או הקלטה אינם פעולות אשר בכוחן לקטוע אלימות בזמן אמת. כך, ניתן אפילו להתרעם על הותרתו או הצבתו של בן משפחה חסר ישע בסכנה במודע רק כדי להפיק מכך ראייה מפלילה במצב שהסכנה התממשה.⁶⁵ האומנם המחיר שווה לתמורה?

62 ראו דן ביין, "חובת הנסיגה בהגנה מפני התקפה", הפרקליט כג (תשכ"ז) 221, בעמ' 224; גיורא (ג'ורג') פ' פלצ'ר, "הגנה עצמית של נשים מוכות", פלילים ו (תשנ"ז) 65, בעמ' 85; בועז סנג'רו, הגנה עצמית (תש"ע), בעמ' 94-95, 187, 195-198.

63 איני טוען ואיני סבור שעבודת המשטרה מושלמת בעניין זה או בכלל; אני אך טוען שהיא הכתובת הפורמלית לטיפול בחשד לאלימות בעבר או בעתיד.

64 פלצ'ר (לעיל הערה 50), בעמ' 67-68; סנג'רו (לעיל הערה 50), בעמ' 392-401. לא למותר לציין כי גם חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998, המחייב אורח להושיט יד לאורח המצוי במצוקה, אינו מועיל, הן משום שהחוק אינו מכשיר הושטת יד באמצעות עבירה פלילית והן משום שהחוק ממילא עוסק באירוע פתאומי ובסכנה חמורה ומיידית ולא במצב של חשד לעבירה פלילית עתידית.

65 תודה לתלמידי לשעבר, יאן דיגילוב, על נקודה חשובה זו.

2. צילום סתר = פגיעה פלילית בפרטיות?

צילום אדם ברשות היחיד ללא הסכמתו מקים בבירור את יסודות העבירה של פגיעה בפרטיות. חוק הגנת הפרטיות אינו מגדיר את המונח "רשות יחיד" או את המונח המשלים "רשות הרבים". עם זאת קשה מאוד לטעון שהחדר בבית פרטי שבו מצוי תינוק או קשיש הוא "רשות הרבים" ולא "רשות היחיד",⁶⁶ ונדמה לי שכל טענה כזאת אך יורה את החץ ומסמנת את המטרה סביבו. האזנת סתר סובבת סביב פעולה שבעניינה די בהסכמת אחד המשתתפים לתיעודה, ולכן היה מי שפנה לרעיון ההסכמה המיוחסת. לעומת זאת בחוק הגנת הפרטיות קיימת רשימה ארוכה של פגיעות בפרטיות, שלפחות בנוגע לחלקן נדרשת הסכמה של כלל הנוגעים בדבר. כך כשמדובר צילום, והדבר ברור וצודק.

לא ניתן ללמוד מחוק הגנת הפרטיות כי ככלל הסכמתו של אדם לפעולה פולשנית שמתקשרת למרחב הפרטי שגם הוא מצוי בו מבטלת את הצורך בהסכמתו של האחר אשר פרטיותו נפגעת ממנה. אומנם נמען יכול להעתיק מכתב שקיבל בלי אישור השולח, ולהפך, כעולה מסעיף 2(5) לחוק. כלומר, בעניין זה הסכמתו של הנמען הופכת את עמדתו של השולח ללא רלוונטית, ולהפך. אולם אין לגזור מכך כלל שלפיו די בהסכמתו של אדם אחד לפרקטיקה הפוגעת בפרטיות כדי לשלול את תחולתו של האיסור על אדם אחר שנפגע מאותה פרקטיקה באותו חלל ובאותו זמן. אדם המצלם את עצמו ואת האחר ברשות היחיד שלא בידיעתו ובהסכמתו של האחר, למשל תוך כדי קיום יחסי מין (covert filming),⁶⁷ או אפילו בהקשר לא אינטימי, עובר עבירה של פגיעה בפרטיות לפי סעיף 2(3) לחוק הגנת הפרטיות, ולא חשוב אם הוא עצמו הסכים לצילום. התוצאה אינה משתנה כאשר א' הסכים לצילומו בידי ב', אולם גם ג' צולם באותה תמונה שלא בהסכמתו. בניגוד לרעיון הבעייתי של חוק האזנת סתר, המפקיר את פרטיותו של האחד בגין הסכמתו של האחר לפגוע בה, אפילו הסכמתם של תשעה אנשים לצילומם ברשות היחיד לא תכשיר את צילומו של האדם העשירי אם זה התנגד ואפילו לא ידע. גם הקלטה קולית בסתר, אפילו במצב שאינו של שיחה, עשויה להיחשב לפגיעה פלילית בפרטיות, מסוג "בילוש או התחקות אחר אדם העלולים להטרידו", לפי סעיף 2(1); לעומת חוק האזנת הסתר, שכזכור בעל שיחה אחד יכול לתת הסכמה המדירה את תחולתו, בחוק הגנת הפרטיות אדם אחד אינו יכול להסכים שיתחקו אחריו ואחר אדם אחר אשר איננו מסכים.

66 בעיקר במציאות שבה נקבע בבג"ץ כי המונח "ברשות היחיד" אינו מצביע על "יחידה קניינית" אלא על "יחידה אוטונומית". ראו בג"ץ פלונית, לעיל הערה 34, פסקה 21 לפסק דינו של הנשיא ברק.

67 בג"ץ 5961/07 פלוני נ' פרקליט המדינה, פ"ד סב(3) 206 (2007); ת"פ 51283-09-14 מדינת ישראל נ' הדר (פורסם בנבו, 2015); ע 41/17 התובע הצבאי הראשי נ' סמל בן טבע (פורסם בנבו, 2017).

המתח בין הפגיעה בחסרי ישע לפגיעה בפרטיותן של מטפלות

כלומר, רעיון ההסכמה המיוחסת, אשר נדון בנוגע לחוק האזנת סתר, אינו יכול לסייע להכשרת הפרקטיקה של צילום בסתר. אף אם ניתן כאמור לעיל לטעון כי החוסה מסכים להאזנה לשיחה ולתיעוד השיחה ולכן ההאזנה מותרת, לא ניתן לטעון כי החוסה מסכים לצילום ולכן הצילום מותר, משום שדי במצולם אחד שאינו מסכים.

אולם קיימת דרך אחרת לנסות ולהכשיר את הפרקטיקה. לעומת חוק האזנת סתר חסר הסייגים, סעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות מכונן הגנה עשירה יחסית, רחבה ועמומה. לפוגע יש הגנה כאשר עשה את הפגיעה בתום לב, בין היתר "בנסיבות שבהן היתה מוטלת על הפוגע חובה חוקית, מוסרית, חברתית או מקצועית לעשותה", וכן "לשם הגנה על ענין אישי כשר של הפוגע". האם לסייג יש תחולה בענייננו?

רגע לפני הדיון אשער כי הקורא הטיפוסי ישיב בחיוב מובהק. נטייה משוערת זו אינה נובעת מפרשנות ברורה של החוק אלא מנטייה אנושית אחרת – לתמוך בחסרי הישע ובמשפחתם, בעיקר כאשר הוכחה פגיעה בהם, ולא במטפלות, בעיקר כאלו שנתפסו בשעת עבירה. המשפט אינו מדע המופעל באופן טכני או מדויק, אלא כולל ממד נורמטיבי העשוי להטות את הפרשנות ואף להביא ליריית החץ ולציוור העיגול סביבו, לפי חוש הצדק.⁶⁸ אין מחלוקת על עצם קיומן של חובות של אדם כלפי ילדו או כלפי הורה חסרי הישע. סעיף 322 לחוק העונשין מחייב את האחראי לחסר ישע לספק לו את צורכי מחייתו ולדאוג לבריאותו, ואילו סעיף 323 מחייב הורה או אחראי אחר לקטין בן ביתו לדאוג לבריאותו ולמנוע התעללות בו, חבלה בגופו או פגיעה אחרת בשלומו ובבריאותו. אין מחלוקת על זכותם של אלו להתלונן במשטרה בשעת חשד לביצוע עבירה כלפיהם. אולם מכך לא ניתן להסיק אוטומטית כי חובותיהם של אלו כוללות פגיעה בפרטיותם של אחרים, צילום בסתר שלו ושל אחרים ברשות היחיד, או כי קיים "עניין אישי כשר" לבצע צילום כזה. כך אפילו במקרה שעולה בו חשד, ומקל וחומר במצב שאין חשד קונקרטי מעוגן אלא חשש סתמי הנובע מעצם האפשרות ההיפותטית לפגיעה בחסרי ישע והיעדר שלווה הנפש של האפוטרופוס מהפקדת היקר לו בידיים זרות. אפשרות זו לפגיעה בחסרי ישע קיימת ממילא בשלל הקשרים נוספים, לרבות פגיעה בידי בני משפחה, עניין שאינו נדיר למרבה הצער.⁶⁹ מבט דוקטרינרי במקרים שבהם פורש הסייג מלמד על צמצום

68 הרדוף (לעיל הערה 3), בעמ' 98.

69 בקשר לקשישים: שינדלר, דורון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 107–108, 113–114. אפילו כאשר הקורבן במצב תפקודי הוא עשוי להימנע מהגשת תלונה, מסיבות מגוונות: צפריר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 257–258. באשר לילדים, רובן המוחלט של עבירות המין נגדם נעשות בידי בני משפחה או כאלה הקרובים לילד, ורוב הניצול המיני מתרחש בבית: Dana D. Anderson, "Assessing the Reliability of Child Testimony in Sexual Abuse Cases", 69 *S. Cal. L. Rev.* (1996) 2117, p. 2140; Sophia Rowlands, "Cole's Law Confronts Constitutional Issues: Expanding the Availability of Closed-Circuit Child Testimony in the Face of the Confrontation Clause", 37 *McGeorge L. Rev.* (2006) 294, p. 298; Fiona E. Raitt, "Judging Children's Credibility—Cracks in the Culture of Disbelief, or

משהו משיקול הדעת הפרשני הרחב, ולכל הפחות על הוספה לשולחן של שיקולים ופרמטרים המצריכים התייחסות. אלו עוסקים גם בטיב הפגיעה בזכות לפרטיות ובדרך אליה ולא רק בסיפוקו של חוש הצדק מתוצאה משפטית נתונה. רכיב תום הלב בסעיף 18, המתקשר לסעיף 20 לחוק ולסבירות הפגיעה בפרטיות, פורש בפסיקה מנחה בצמצום. בדיני המשפחה קבע בית המשפט העליון בדיון באישום פלילי בפגיעה בפרטיות, בקשר לצילום אישה נואפת בידי חוקרים פרטיים, כי אין לחוקרים פרטיים חובה מוסרית או מקצועית לצלם אדם בחדרי חדרים במצב אינטימי כדי להוכיח ניאוף; כי עליהם להראות שבזמן הפגיעה אכן סברו שמוטלת עליהם חובה לבצע פעולה הפוגעת בפרטיות; כי עשו כל שביכולתם לצמצם את הפגיעה; כי פעלו בתום לב במעשים נלווים לפגיעה בפרטיות עצמה; כי אם ביצעו עבירות פליליות נלוות, ודאי אין תום לב בפגיעה בפרטיות.⁷⁰ דברים דומים נקבעו כאשר לצילום שנעשה בידי בעל כדי להוכיח ניאוף, במסגרת דיון גירושין, ללא עבירות פליליות נלוות. בג"ץ קבע כי יש לבחון אם הפוגע סבר שהוא פועל כדין, וכי אם הפגיעה בפרטיות אינה מידתית, תקום הנחה שהפוגע פעל שלא בתום לב.⁷¹

בדיני העבודה, בפרשת **איסקוב-ענבר** המפורסמת, התווה בית הדין הארצי לעבודה קווים מנחים מגבילים מאוד למעביד בקשר לאפשרות לעיין במחשבים שבהם משתמשים עובדים, בהבהירו כי סעיף ההגנות בחוק הגנת הפרטיות יוחל בדווקנות ובצמצום ובהטעימו כי חובת תום הלב מחייבת את המעביד לכך. עוד הטעים בית הדין הארצי את חשיבות ההבהרה של מדיניות המעביד עם הקבלה לעבודה, מבחינת שקיפות, וכי על העובד לתת הסכמה מפורשת, מוקדמת, מדעת וחופשית לפגיעה בפרטיות בו.⁷² אף שההקשר והאיזון שעל הפרק שונים מאוד מהלכת **איסקוב-ענבר**, בכל זאת היא עשויה להאיר את ענייננו. אף שמדובר במקום עבודה מיוחד אשר לעיתים מתערבב עם זירה חשוכה אחרת, הבית הפרטי, עדיין המעשים נעשים הלכה למעשה במקום העבודה ובקשר לעבודה, לעיתים בידי המעביד הישיר. טיפול, השגחה ושירותי שמרטפות מסוגים כעבודה במשק בית, והעוסקים בהם נהנים מזכויות של עובדים שכירים.⁷³

70 *New Crim. L. Rev.* (2010) 735, p. 743, "Business as Usual?"; שי ניצן, "עדות קטין

בעבירות-מין – בחינה מחדש", **משפטים** יח (תשמ"ח) 297, בעמ' 299, 303.
71 ע"פ 2963/98 **גלעם נ' מדינת ישראל**, פסקאות 11, 14 לפסק דינו של השופט אריאל; פסקי הדין של השופטים מצא וברק (פורסם בנבו, 1999).

72 בג"ץ **פלונית**, (לעיל הערה 26), פסקאות 24–25 לפסק דינו של הנשיא ברק.

73 ע"ע (ארצי) 90/08 **איסקוב-ענבר נ' מדינת ישראל – הממונה על חוק עבודת נשים**, פסקאות 13, 17, 25–27, 30 לפסק דינה של הנשיאה ארד (פורסם בנבו, 2011). הלכה פורצת דרך זו יושמה בהמשך בבית המשפט העליון: רע"א 2552/16 **זינגר נ' חברת יהב נחמיאס**, פסקאות 45–50 (פורסם בנבו, 2016).

74 ראו אתר הביטוח הלאומי: www.btl.gov.il/Insurance/National%20Insurance/type_list/House_keeper/Pages/WhoHouseKeeper.aspx.

המתח בין הפגיעה בחסרי ישע לפגיעה בפרטיותן של מטפלות

רציונלים רבים באשר להגנה על העובדים במקום העבודה חלים בבירור גם במצבים כאלה. אומנם אין מדובר בתאגיד או בעסק גדול ומסודר, אולם בהקשרים רבים ברור כי העובד פגיע מאוד. צילום עובדים בידי מעבידים הוא תופעה רווחת בישראל, ומרביתו נעשה בסתר.⁷⁴ אף שאין מדובר בחיטוט במחשב כמו בעניין **איסקוב-ענבר** אלא בצילום, לפחות ככלל דומני שרבים יסכימו כי חיטוט מעביד במחשב במקום העבודה אינו בהכרח פולשני יותר מצילום שיטתי בסתר של אדם ברשות היחיד.⁷⁵ הדברים מתחדדים בזירה קטנה ומצומצמת כמו בית פרטי. כאשר מטפל נמצא לצד מטופל בעל תפקוד קוגניטיבי מוגבל, דוגמת תינוק, הוא ודאי חש פרטיות רבה, ועשוי לבצע פעולות שלא היה מעלה על דעתו לבצע לו אדם בעל תפקוד קוגניטיבי גבוה היה צופה בו, לא כל שכן מתעד אותו. באין רואה הוא עשוי לספק את עצמו מינית, לטפל בחלק גוף מוצנע כואב, לגרד את עצמו, לחטט באפו, לרקוד, להתעמל ואף לאכול באופן שלא היה מרשה לעצמו לו היה יודע שהוא מצולם. כל אלו פעולות חוקיות לחלוטין, המאפשרות שליטה עצמית ומבטאות צורך במרחב אישי מוגן מפני מבט חודרני, ואף כאשר הפעולות מביכות פחות, תיעודן בסתר בידי אחר ממוטט את שליטתו של הפרט במידע על אודותיו.⁷⁶ ברוח הלכת **איסקוב-ענבר**, את הסייג בחוק הגנת הפרטיות יש לפרש בצמצום. במסגרת הדיון בפגיעה בפרטיות יש לבחון אם המטפלת נתבקשה ונתנה לצילומה הסכמה מפורשת, מוקדמת, מדעת וחופשית.

פסקי דין בבתי דין אזוריים לעבודה העוסקים בצילום בסתר של עובד במקום עבודתו שקלו גם את קיומו של חשד ספציפי ומבוסס לעבירה פלילית של העובד, את מיקום המצלמה, מספר המצלמות, זמני הצילום, זווית הצילום ופרמטרים נוספים.⁷⁷ ניתן לסבור כי אף אם קיים אינטרס לגיטימי למעקב, על המעביד ליידע את העובד באשר לצידוד המעקב ולהימנע ככל הניתן ממעקב נסתר. ניתן להציע כי מעקב אחר מטפלות בחסרי ישע אינו מוצדק בהיעדר חשד מבוסס;⁷⁸ רק כאשר יש בסיס, ניתן לגרוס שמתקיימות חובת תום לב וחובה לפעול. ניתן לסבור כי צילום בסתר, ללא הסבר, ללא בקשה וללא קבלה של הסכמת העובדת – לכאורה אינו כלול בסייג, ולפיכך עלול להיות פלילי. לעומת זאת נראה כי צילום גלוי, לאחר מתן הסבר מוקדם ומפורש עליו למטפלת וקבלת

74 טל גולן, "העין הבוחנת והצופה: הסדרה ומשטור של התנהגות עובדים במקום העבודה", **מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות** (ישי בלנק, דוד לוי-פאורוועי קרייטנר עורכים, תשע"ו) בעמ' 530.

75 ניתן להציע אף כי הפגיעה בצילום היא צורת המעקב הפולשנית ביותר: שלי ולך, "מישהו מתבונן בך: מעקב אחר עובדים במקום העבודה וזכות העובד לפרטיות", **ספר אליקה ברק-אוסוסקין** (תשע"ב) בעמ' 506.

76 בירנהק (לעיל הערה 52), בעמ' 28, 35–36, 54.

77 גולן (לעיל הערה 74), בעמ' 540–541. לסקירת פסיקה: בירנהק (לעיל הערה 52), בעמ' 43–44; ולך (לעיל הערה 63), בעמ' 507–508.

78 ולך (לעיל הערה 75), בעמ' 506, 510.

הסכמתה כאמור – הוא חוקי.⁷⁹ כך מצומצמת הפגיעה באוטונומיה שלה, אף שראוי להדגיש שהיא אינה בהכרח נעלמת.

האוטונומיה, רעיון מוערך מאוד בימינו,⁸⁰ נוגעת לזכות לבחור⁸¹ וכוללת את היכולת של אדם לשלוט, לבחור ולהחליט בחייו.⁸² מקובל להמשיג שלושה רבדים עיקריים של האוטונומיה או של ההסכמה, שגירתה הדוקטרינרית: חופשיות, מודעות וכשרות.⁸³ מטפלת הנדרשת להסכים לצילומה יכולה לסרב, ובכך להפסיד הזדמנות עבודה; הבנה זו מצמצמת את מרחב הפעולה שלה. אולם מבחינה פורמלית, ההסכמה הנדרשת בחוק הגנת הפרטיות, כעולה מסעיף 3, היא "הסכמה מדעת, במפורש או מכללא". הסכמה כזו, המשקפת הבנה של הסיטואציה והיענות לה, אינה בהכרח משקפת הגנה על כל רבדיה של הזכות לאוטונומיה; כך מקובל על המחוקק. מבחינה מהותית, חוזה עבודה (ולמעשה כל חוזה ואף כל מערכת יחסים) מטיבו מצמצם את חופש הבחירה העתידי, אך זאת על סמך בחירה בהווה. סביר להניח כי במקרים רבים צילום מודע ימנע אלימות ויזכיר למטפלת את אימת הדין. ייתכן שהדבר ייצור בקרבה תחושת מעקב שאינה נעימה, אשר המטפלת עשויה לפרשה, בצדק, כחוסר אמון מצד המעסיק, ולייצר עבורה סביבת עבודה מתוחה. המתח עלול ללוות את המטפלת גם לאזורים שאינם אמורים להיות מצולמים, דוגמת השירותים, בחשש שמא המעסיק לא גילה לה את האמת המלאה על היקף המעקב אחריה. מנגד, המטפלת יכולה לחוש פחות לבד בעבודתה הקשה, לחוש שעבודתה נראית ולפיכך גם מוערכת, ולדעת שלא יטפלו עליה אשמת שווא בפגיעה במטופל.⁸⁴ אדגיש כי דיון דוקטרינרי מורכב כזה לא נערך בפסיקה שנסקרה לעיל. עוד ראוי לציין כי הפצת תיעוד של אלימות עשויה להיות עבירה עצמאית נוספת של פגיעה בפרטיות לפי סעיף 2(4) לחוק הגנת הפרטיות: "פרסום תצלומו של אדם ברבים בנסיבות

79 השוו לדרישת מטפלים סיעודיים החתמה סלולרית בתחילת משמרת ובסופה: תמ (ת"א) 28857-06-17 **עמותת חברות הסייעוד נ' משרד הביטחון** עמ' 81–86 (פורסם בנבו, 2019).

80 Daniel Susser, Beate Roessler, Helen Nissenbaum, "Online Manipulation: Hidden Influences in a Digital World", 4 *Geo. L. Tech. Rev.* (2019) 1, p 35

81 Kimberly Kessler Ferzan, "Consent, Culpability, and the Law of Rape", 13 *Ohio St. J. Crim. L.* (2016) 397, p. 402

82 Joel Feinberg, "Autonomy, Sovereignty, and Privacy: Moral Ideals in the Constitution?", 58 *Notre Dame L. Rev.* (1983) 445, pp. 446–447, 453–454 (לעיל הערה 51), בעמ' 115

83 Stuart P. Green, "Lies, Rape, and Statutory Rape", in *Law And Lies: Deception and Truth-Telling in the American Legal System* (2015) 194 (Austin Sarat ed.); Luis E. Chiesa, "Solving the Riddle of Rape-by-Deception", 35 *L. & Pol'y Rev.* (2017) 407, pp. 414, 212–214; Stuart P. Green, *Criminalizing Sex – A Unified Liberal Theory* (2020), pp 23, 28–29

84 Asuncion Neri-Candelaria, *The Perceptions of Video Surveillance and Its Influence on Caregiver Stress in The Home Care Setting* (2017) 86, p 90 (doctoral dissertation, Walden University)

המתח בין הפגיעה בחסרי ישע לפגיעה בפרטיותן של מטפלות

שבהן עלול הפרסום להשפילו או לבזותו". תחולתו של הסייג מובנת מאליה בעניין זה עוד פחות, משום שלעומת הצילום המייצר ראייה מפלילה, ההפצה אינה נחוצה להליך המשפטי. העניין הציבורי באכיפת העבירות נגד חסרי ישע אינו מצדיק כשלעצמו הפצה של סרטונים של אלימות מתועדת, אף שברור שגם הפצה כזאת אינה מובילה לחקירה פלילית נגד מי מהמפזים, והיא בבחינת שטח מת משפטי נוסף.

3. פרטיות לא פופולרית: האומנם הפגיעה בפרטיותן של מטפלות אלימות היא בעיה?

בהקשרים שבהם דן המאמר הפרטיות נפגעת בצילום בסתר, בהאזנת סתר ובשילובם. זירת המעשים יכולה להיות גן או פעוטון, דירה פרטית של המטפלת, דירה פרטית של בני המשפחה של חסר הישע ועוד. בזירה שבשליטת המטפלת ניתן לצפות בעיקר להאזנת סתר, ואילו בזירה שבשליטת בני המשפחה ניתן לצפות גם לצילום סתר. הפגיעות הללו נעשות באמצעות הטכנולוגיה, וזו נהייתה זולה, נגישה וקלה לתפעול מצד אחד, וקומפקטית וקשה לאיתור מצד אחר. במקרים מסוימים הפגיעות הללו הן עבירות פליליות, ובמקרים אחרים לא. כאשר הקלטת סתר קלטה שיחה, מדובר בעבירה פלילית ובראייה פסולה בפוטנצייה. אין זה המקרה כאשר נקלטו רק קולות, דוגמת כבי וצרחות בתגובה לאלימות, שהם ראייה מפלילה וחשובה, אך אינם מהווים "שיחה". כאשר צילום סתר נעשה בלי חשד מוקדם, באופן מתמשך ורחב, סבורני שמדובר בעבירה פלילית של פגיעה בפרטיות, ושאינן תחולה לסייג הקיים. לעומת זאת כאשר הצילום נעשה בהסכמה מדעת, גם אם לא לגמרי חופשית,⁸⁵ נראה כי אין מדובר בעבירה. מבט בתיקים באספקלריה הרמונית של המשפט הפלילי מזהה כי הפעם הפגיעות בפרטיות מתרחשות בצומת אשר אליו מתנקזים שלושת ענפי המשפט הפלילי: הדין המהותי, דיני הראיות והדין הדיוני. הדין הדיוני נמצא ברקע, כאילו חסר חשיבות, אך הוא חשוב בעליל ואף מכריע; באמצעותו בוחרות רשויות האכיפה את מי לחקור ואת מי לא, את מי להעמיד לדין ואת מי לא. הדין המהותי "מרוויח" מאכיפת העבירה אשר ביצע לכאורה הפרט שנפגעה פרטיותו, ו"מפסיד" מהתעלמות מהעבירה אשר ביצע לכאורה הפרט שהפיק את הראייה. הזרקור של דיני העונשין מכוון אל האדם שנפגע בפרטיותו לא כקורבן אלא אך כעבריין אשר ביצע עבירות אלימות. במקרים הללו נראה כי הפגיעה הפלילית בפרטיות מחוירה לעומת הפגיעה הפלילית המשתקפת מהפגיעה בפרטיות, מגמה מוכרת היטב בתחום של ראיות שהופקו שלא כדין,⁸⁶ המתקשרת בדרך כלל

85 כאשר הצד החזק מבקש את הסכמת הצד החלש, המצב הטיפוסי בקשר למקום עבודה, רעיון ההסכמה החופשית מאותגר: בירנהק (לעיל הערה 52), בעמ' 30.

86 Rohith V. Srinivas, "The Exclusionary Rule as Fourth Amendment Judicial Review", 49 *Am. Crim. L. Rev.* (2012) 179, p. 223; Tonja Jacobi, "The Law and Economics of the Exclusionary Rule", 87 *Notre Dame L. Rev.* (2013) 585, pp 650–651.

לחשיבות העודפת אשר אנו מייחסים לדין המהותי לעומת הדין הדיוני.⁸⁷ הפרת הדין שבה עוסק מאמרי אינה של דין דיוני גרידא, אלא של הדין הפלילי המהותי. בכל זאת הראיה אשר הופקה שלא כדין הפלילה את הפרט בעבירה הנתפסת כחמורה יותר, בין מבחינה פורמלית, במובן עונש מרבי גדול יותר, ובין מבחינה מהותית, במובן הסטיגמה המשויכת לעבירה.⁸⁸ רשויות האכיפה אינן חייבות לבחור, והן מוסמכות לחקור ולהעמיד לדין הן את מי שחשוד בפגיעה בחסרי ישע והן את מי שחשוד בפגיעה בפרטיות. אולם במקרים שתוארו לעיל לא איתרתי העמדה לדין של אלו שפגעו בפרטיות, אם בכלל הוזכר שמם בפסק הדין; הרטוריקה בפסקי הדין מרמזת שאיש לא העלה את האפשרות הזו על דעתו.

זהו מצב בעייתי. במובן נורמטיבי המעשים שתוארו כרוכים בפגיעה בפרטיות, אולי אפילו פגיעה כפולה. פרטיותו של האדם אשר עליו מבקשים להגן עשויה להיפגע מהמעשים.⁸⁹ ניתן להעלות על הדעת אנשים במצב תפקודי קשה אשר מפאת פרטיותם וכבודם לא היו מוכנים להיות מצולמים, אפילו לטובת שלומם, והיו מבכרים שיגנו עליהם בדרכים אחרות שאינן כרוכות בתיעודם.⁹⁰ לעומת זאת הפגיעה בזכותן של המטפלות לפרטיות היא מובהקת, אף כאשר נתגלו כאשמות, ובוודאי כאשר התגלו כחפות.

יודגש כי כאשר מטפלות צולמו והוקלטו בסתר, אך הדבר לא הפיק ראייה מפלילה נגדן, הסיכוי שמערכת המשפט תגן בדיעבד על הפגיעה בפרטיותן באמצעות העמדה לדין – קלוש. למשל, אם מטפלת החליפה בגדים מול מצלמה נסתרת, במקרה הטוב מבחינתה התיעוד לא יופץ בקרב אזרחים ולא יישמר בידי המתעד. בין שהצלם הציב את המצלמה כדי להגן על ילדיו ונתקל בתמונות אינטימיות במקרה ובין שהציבה מלכתחילה כדי להפיק תמונות אינטימיות של מטפלות צעירות, בכל מקרה שבו התיעוד לא הפליל אותה באלימות, התמריץ לצלם יהיה לא לשתף את מערכת המשפט במעשיו

87 ראו: Tipton (לעיל הערה 27), בעמ' 1356.

88 ראוי להזכיר כי העבירות של פגיעות בקטין או בחסר ישע נעות בין חמש לתשע שנות מאסר בסעיפים 368 ו-368 לחוק העונשין. לעומת זאת העבירות של האזנת סתר ופגיעה בפרטיות דינן חמש שנות מאסר.

89 בעניין סביח (לעיל הערה 38), פסקה 10, קבעה השופטת שההקלטה פגעה בפרטיותה של הנאשמת, וכך גם הצגתה בטלוויזיה. השופטת הוסיפה שהפגיעה הייתה "אף חמורה יותר בקשישה אשר מצבה העגום הוצג בפני עם ועולם" אף שהדברים מחווירים למול הצורך להגיע לחקר האמת ולהגשמת הדין המהותי. ראו גם דיון במסגרת בקשה לצו הגנה והצבת מצלמות בבית קשישים שסבלו מדמנצייה כהגנה מבתם, על פי בקשת שני ילדים אחרים שלהם, בפגיעה בפרטיותם של הקשישים ובאיזונה בשאיפה להגן על שלומם: אפ' 2262-02-12 (משפחה נצ') פלונית נ' פלמונית, פס' 21-39 להחלטתו של השופט זגורי (פורסם בנבו, 2013).

90 ייתכן כי מפאת מצב קוגניטיבי הם לא יחוו בושה בגין תיעודם, אולם עדיין ניתן לסבור כי כבודם נפגע מכך, ודאי פרטיותם.

המתח בין הפגיעה בחסרי ישע לפגיעה בפרטיותן של מטפלות

אלא להסתירם. אם הצליח בהסתרה, מעשהו הפלילי והפוגעני יהיה בבחינת "סיפור שלא סופר".⁹¹ מצלמות סתר מטיבן אינן קלות לאיתור, בעיקר בעת המודרנית הרוויה מצלמות, והאיתור עשוי להיות מקרי לחלוטין.⁹² אפילו הסתרה כושלת לא בהכרח תוביל את המטפלת למערכת המשפט, בעיקר כאשר המטפלת אינה מודעת לזכויותיה.

בהמשך לכתוב במבוא, סביר כי קיימים מקרי תיעוד שנעשו לשווא, כלפי מטפלות חפות, אך את סיפוריהן אין מי שיספר. אף שכך, את הסיפורים שלא סופרו חייבת מערכת המשפט להביא בחשבון בהחליטה על המדיניות הראויה ולא לתת לסיפורים אשר כן סופרו להשתלט לחלוטין על השיח ולהשתיחו.⁹³ הסיפורים הרווחים כיום הם תמיד או כמעט תמיד אלו שבהם הפגיעה בפרטיות השתלמה וחשפה עבירה פלילית חמורה, ואז קיימת נטייה ציבורית ומשפטית להצדיק את הפגיעה. לעומת זאת הסיפורים שלא יסופרו הם כמעט תמיד אלו שבהם נעשתה פגיעה בפרטיות בלי שאיש מלבד הפוגע ידע עליה. מערכת המשפט לא תדע עליהם כלל, ולפיכך גם לא תדבר עליהם, ולמרבה הצער סביר שאף לא תשקול את קיומם האפשרי כשיקול מדיניות. אולם אלו שני ממדים של אותה תופעה. הימנעות מהסדרתה המפורשת מצד אחד, ומתן רוח גבית לתופעה באמצעות העמדה לדין כאשר היא מפיקה ראיות מפלילות מצד אחר, ודאי מביאים להתפשטות התופעה גם למצבים שאותם מערכת המשפט הייתה עשויה לבקר בחריפות אילו ידעה עליהם. אי-הידיעה הקונקרטית אינה מצמצמת את אחריותה של מערכת המשפט, משום שלכל הפחות עליה לדעת מה היא מעודדת ומה אינה מונעת.

אומנם איננו במדינות הקונטיננטל, שם אחד מהיבטי עקרון החוקיות הוא שהתביעה מחויבת להעמיד לדין את כל מי שלדעתה ביצע עבירה פלילית.⁹⁴ כמפורט בפרק 1.1, בישראל אין חובה כזו. אולם גם אם התעלמות מתמשכת מצד התביעה מהעבירות מושא מאמרי היא לפי הדין הדיוני, בכל זאת החוק המהותי הופר. ככלל, הן במובן משפטי פורמלי והן במובן נורמטיבי מהותי, עבירה על החוק אינה מתאינת ואינה הופכת לזניחה אך משום שנעשתה בידי אדם אשר רצה להוכיח את אשמתו של אחר, וכך גם כאשר העבירה השיגה את מטרתה: פשע אשר חשף פשע עודנו פשע. התעלמות מעבירה אך

91 הכוונה לאירוע בעל משמעות משפטית שאירע כולו מחוץ לבית המשפט ולא נדון בו כלל. ראו הרדוף (לעיל הערה 3), בעמ' 33, 55–56, 84.

92 ראו למשל הרשעה עדכנית של מי שבין היתר צילם בסתר סרטוני וידאו ותמונות של צעירות שהעסיק כשמרטפיות של ילדיו, בעת שהתקלחו או החליפו בגדים. הגילוי על הסרטונים היה מקרי: צעירה שעלתה להפלגה ליאכטה שלו ברחה ממנה כשהיא לוקחת עימה אצ האייפד שבו היה תיעוד ומסרה אותו למשטרה. אז התגלה סרטון של שמרטפית בחדר השינה של בתו של הנאשם. הנאשם הורשע ונשלח ל-35 שנות מאסר: Hilliard v. U.S., 2022 U.S. Dist. LEXIS 21580, 2022 WL 374545.

93 השוו לטיעון על השטחתו של שיח האיזונים בין זכות העובד לפרטיות לבין האינטרסים של המעביד: בירנהק (לעיל הערה 52), בעמ' 41.

94 דניאל פרידמן, "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי", הפרקליט לה (תשמ"ג) 155, בעמ' 165.

משום שנעשתה כדי לבחון השערה או להוכיח עבירה שביצע אחר, שולחת מסר בעייתי מבחינה ערכית ומשפטית. מסר זה הוא שלא הכול שווים בפני החוק, שהחוק אינו מגן על כולן, שהחוק מוכן להתעלם מהפרתו לטובת אכיפתו, להפקיר את הערכים שעליהם הוא מגן כדי להגן על ערכים אחרים באמצעות נוסחה שהחוק המהותי נמנע מלייצר. הדין מופר, הערכים נפגעים, והדין אדיש. שלטון החוק המהותי נחלש, ולצידו גם השוויון בפני הדין. קונקרטי, הפגיעה בזכות אדם בכלל ובזכותו לפרטיות בפרט אינה מתאימת ואינה הופכת לזניחה אך משום שנעשתה בידי אדם אשר חשד או חשש כי אחר עובר על החוק. זה המצב גם כאשר החשד הוכח כנכון או כאשר החשש התאמת: פגיעה אשר חשפה עבירה עודנה פגיעה. הפרטיות נפגעת בעליל: הן של המטפלות שנתגלו כאשמות, שהרי גם לאשמות יש זכות לפרטיות, והן (מקל וחומר) של המטפלות אשר נתגלו כמטפלות שומרות חוק.

זכויותיו של אדם ופרטיותו אינן הפקר אפילו כאשר גורם מוסמך, מוכשר ומאוזן סבר שהוא בסטטוס "חשוד"; לא כל שכן כאשר מי שחושד בו הוא אזרח שאינו מוכשר באכיפת חוק, אינו מודע למורכבות האיוונים ואינו נותן דין וחשבון על מעשיו, בהיעדר אחריותיות. המחוקק יצר דין דיוני המכונן מערך איוונים ובלמים, מערך הקובע מתי וכיצד ניתן לפגוע בזכויותיו של אדם במסגרת חקירת חשד, כך ככלל⁹⁵ וכך כשמדובר בזכות לפרטיות.⁹⁶ לצד זאת יצר המחוקק דין מהותי, האוסר על אזרחים לבצע מעשים מסוימים, בין היתר כדי להגן על אחרים מפניהם,⁹⁷ אף שכמובן הוא יצר בדין המהותי גם הגנות אשר נועדו לדייק את המסר המהותי ולמנוע הפללת יתר.⁹⁸ כאשר מערכת המשפט מתעלמת מכך שערכים מותקפים ונפגעים בידי אזרחים בהיעדר תחולה להגנות, הערכים הללו נשחקים מצד אחד, והכבוד שהציבור מייחס לחוק מתחלף בזילות לחוק, מצד אחר.⁹⁹ אזרחים מבינים כי ניתן לפגוע בערכים הללו בשעה שהמערכת לא רק אינה

95 מרדכי קרמניצר, "המשטרה וזכויות אדם", **משפט וממשל** ב (תשנ"ד) 159, בעמ' Amitai Etzioni, "Implications of Select New Technologies for Individual Rights and Public Safety", 15 *Harv. J. Law & Tec.* (2002) 257, p. 258–260; William J. Stuntz, "The Uneasy Relationship Between Criminal Procedure and Criminal Justice", 107 *Yale L.J.* (1997) 1, p. 6.

96 William J. Stuntz, "Privacy's Problem and the Law of Criminal Procedure", 93 *Mich. L. Rev.* (1995) 1016, pp. 1021–1023.

97 Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Others* (1984); Nina Persak, *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, Its Limits And Continental Counterparts* (2007).

98 השו: ש"ז פלר, **יסודות בדיני עונשין** (כרך ב, תשמ"ז) בעמ' 370–373.

99 Jonathan Schonsheck, *On Criminalization: An Essay in the Philosophy of the Criminal Law* (1994), p 74 (Alan Mabe et al. eds.) קיימת בעיה קשורה, של העמדה לדין בעבירות חמורות פחות מכפי שמעשי הנאשם משקפים: בג"ץ 7195/08 **אבר-רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי** (פורסם בנבו, 2009); וכן אסף הרדוף, "קוטלו של אויבנו הוא

המתח בין הפגיעה בחסרי ישע לפגיעה בפרטיותן של מטפלות

מייצרת תגובת נגד אלא אף נותנת לפגיעה רוח גבית בהעמדתה לדין את הנפגע בפרטיותו.¹⁰⁰

הדין נפגע כאשר הפגיעה הערכית מנוגדת לחוק ואף מהווה עבירה פלילית שרכיביה התקיימו ללא סייג לאחריות פלילית.¹⁰¹ שלטון החוק והשוויון בפני החוק עלולים להיפגע כאשר עבירה פלילית נפוצה אינה נאכפת בהקשר מסוים.¹⁰² בהקשר זה הרשויות מאותתות במשתמע כי *vigilantizm*, תופעה חברתית חסרת שם עברי המתוארת לעיתים בביטוי "לקיחת החוק לידיים", היא נסבלת, מקובלת ואולי אף מבורכת, וכי דאגתו של אדם ליקרים לו מתירה לו להפר את החוק הפלילי לשם כך, אפילו ללא סייגים לאחריות הפלילית.¹⁰³ זהו איתות אשר עלול להוביל למעשים מסוכנים ומזיקים ולפגיעות באדם שאינן חיוניות ואינן מידתיות.¹⁰⁴ "לקיחת החוק לידיים" היא מטפורה מוכרת, אך לא מדויקת. היא מיושמת ככלל לא במצב שבו אדם הוציא לפועל סמכות הנתונה למשטרה או לבית המשפט, אלא במצב שבו אדם מחליט על דעת עצמו כיצד להתמודד עם מצב בעייתי, החלטה שבעצמה מנוגדת לדין. "לקיחת החוק לידיים" אינה אלא הפרת החוק, העדפת מימושו של חוש הצדק האישי של הפועל על פני הציות לחוק.

לבסוף, ייתכן כי במציאות המשפטית הנוכחית יש בעיה שונה או משלימה. ניתן לשער כי אנשים מסוימים נמנעים מלפגוע בפרטיותם של אלו המופקדים על יקיריהם חסרי הישע חרף חשדות שעלו כלפיהם. אותם אזרחים מודאגים מכירים את החוק ונמנעים מהפרתו, מה שמקשה עליהם לאשר או להפריך את חשדותיהם ולהגן על יקיריהם כראוי. מי שסבור כי אין בעיה בכך שהדין הפלילי אוסר פגיעות בפרטיות אך אינו נאכף בהקשרים מסוימים, למשל משום שלדעתו הפגיעות הללו נסבלות ואף

בננו: פערי הרזולוציה בין המשפט הפלילי והחברה, בין חיים ומוות ובין קרבן לעבריין", **עלי משפט** טו (תש"ף) 41, בעמ' 56–58.

100 כך קרה גם בפגיעות בפרטיות שאינן קשורות כלל להגנה על חסרי הישע, דוגמת חדירה לטלפון נייד של אדם וגילוי מידע מפליל בו. על אלו ראו אסף הרדוף, "להכשיר את הפרץ: בקשת צו חדירה לחומר מחשב לאחר חדירה שלא כדין – צו ניקוי או צו הלבנה?", **משפטים על אתר** (תש"ף) ט"ו 60, בעמ' 77.

101 כהאן כתב כי כאשר מערכת המשפט נמנעת במכוון מענישה, היא מסתכנת בכך שתתפס כמאמצת את עמדות העבריין ותלמד שהקורבנות חסרי ערך בעיניה: Dan M. Kahan, "What Do Alternative Sanctions Mean?", 63 *U. Chi. L. Rev.* (1996) 591, pp. 598–601. Schonsheck (לעיל הערה 87), בעמ' 75.

102 למשל פעולות פרטיות של התחזות ומרמה כדי לאתר ולתפוס פדופילים ברשת: Asaf Harduf, "Substantive and Procedural Legislation in Israel to Combat Webcam-Related Child Sexual Abuse", in *Sweetie 2.0 - Using Artificial Intelligence To Fight Webcam Child Sex Tourism* (2019) 383, pp 402-403 (IT & Law Series, vol 31, Simone van der Hof et al eds, Springer Press).

104 התנהלות בעייתית של תחקירנית ערוץ 10 כדי לאתר ולתפוס פדופילים: תפ"ח 1137/07 **מדינת ישראל נ' בן גיא** פסקה 21 (פורסם בנבו, 2010).

מוצדקות, עשוי לסבור כי הבעיה היא שאנשים נמנעים מהפגיעות הללו בשל קיומו של הדין הפלילי עלי ספר.

ג. חיפוש פתרונות

כעולה מהפרק הקודם, הן צילום אדם ברשות היחיד ללא הסכמתו והן הקלטתה של שיחה בין אחרים ללא הסכמת מי מבעלי השיחה – הם מעשים חוזרים במציאות בישראל כדרך לאימות חשד או חשש ערטילאי מפגיעה בחסר ישע. סביר להניח שהם קורים הרבה יותר מהידוע, וכי במצבים רבים אינם מפקים ראיות מפלילות נגד המטפלת המצולמת משום שהיא חפה מפשע. סיפורה לא יסופר למערכת המשפט, אשר פוגשת את התופעה רק כאשר לכאורה הצדיקה את עצמה. אולם השגת ראיה לעבירה חמורה אינה מבטלת דרך בעייתית לתוצר. כיצד ראוי להתמודד עם התופעה המורכבת? המאמר מצביע על שלוש דרכים: הראשונה והפשוטה כרוכה בהישענות על מערך דינים קיים, ועניינה העמדה לדין פלילי של מי שלכאורה פגע בפרטיותו של אחר באופן אסור. כמפורט בפרק א, דרך זו אינה נהוגה, ואין לשער שהרשויות יחלו להלך בה בעתיד הנראה לעין. הדרך השנייה כרוכה בתיקונים לחקיקה הפלילית המהותית אשר נדונה לעיל בהרחבה באופן שיבהיר במפורש מתי תיעודו של אדם ללא הסכמתו לא ייחשב עבירה חרף הפגיעה בפרטיותו. הדרך השלישית, המקורית מכול, כרוכה בשינוי הדין הדיוני, ביצירת מסלול להוצאת צו שיפוטי לתיעוד בסתר של אזרחים כלפי אזרחים אחרים.

1. פתרונות בדין הקיים: העמדה לדין של ספקי הראיות

פתרון אפשרי אחד לבעיה שתוארה הוא לכאורה פשוט למדי: העמדה לדין אזרחים אשר הפרו את החוק הפלילי לאחר שפנו לרשויות האכיפה להגיש תלונה נגד האדם שפגעו בו. אין חוק המונע העמדה לדין של אדם אשר הביא לאיתורו, להאשמתו ולהרשעתו של אחר. פתרון זה אפשרי לחלוטין במצב המשפטי הקיים בישראל, אך נראה שאינו נהוג. מדוע?

לרשויות האכיפה שיקול דעת רחב באשר לאפשרות לפתוח בחקירה פלילית. סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982 (להלן: החסד"פ) מחייב את המשטרה לפתוח בחקירה אם "נודע לה על עבירה", אך מסמיך פקד ומעלה להורות שלא לחקור משום "שנסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות לפתיחה בחקירה". כאשר המשטרה מסרבת לפתוח בחקירה, ניתן להגיש ערר, אולם המחוקק לא יצר מסלול לפנייה לבית המשפט כדי לחייבה כאמור. הדבר מותיר פתח צר מאוד, של עתירה לבג"ץ, אך זה נוטה לכבד את מרחב שיקול הדעת הרחב של רשויות האכיפה וממעט מאוד

המתח בין הפגיעה בחסרי ישע לפגיעה בפרטיותן של מטפלות

להתערב.¹⁰⁵ שיקול הדעת באשר לאפשרות להעמיד לדין פלילי רחב אף יותר, כעולה מסעיף 62 לחסד"פ, והתערבות בג"ץ בו נדירה מאוד.¹⁰⁶ שיקול הדעת הרחב מביא לסרטוט מחדש של הדין, על כל הבעייתיות שבכך לשלטון החוק ולהגנה על ערכים,¹⁰⁷ וחוקים מהותיים רבים הופכים לא רלוונטיים, על כל הבעייתיות שבכך לשלטון החוק ולהגנה על ערכים.¹⁰⁸

השימוש הנוכחי של הרשויות בשיקול הדעת הרחב כאמור מוביל אותן כעת בעיקר למגמה שתוארה במאמר כבעיה, ולא סביר כי פני הדברים ישתנו בקרוב. ייתכן שרשויות האכיפה תופסות את הפוגעים כאנשים נורמטיביים אשר ביצעו פעולה שהוכיחה את עצמה, ושאינן טעם להענישם. ייתכן שהן סבורות שראוי לפרש את הדין המהותי בצמצום או שיש תחולה להגנה. ייתכן שהן מזדהות עם הדאגה לחסרי ישע יותר מכפי שהן מודאגות מתיעוד בסתר ומפגיעתו בפרטיות על רקע זה. ייתכן שהן חוששות כי העמדה לדין במצבים כאלו תזכה לביקורת ציבורית מחד גיסא, ותהווה אפקט מצנן שימנע איתור עבירות של פגיעה בחסרי ישע מאידך גיסא. ייתכן שמדובר בהעדפה של המעמד הפוגע: מטפלות אינן נמנות על רובד חזק באוכלוסייה, במיוחד כאשר מדובר באזרחיות זרות.¹⁰⁹ תהא הסיבה אשר תהא, סביר שהרשויות ימשיכו להתעלם מהתופעה.

פתרון חלופי בדין הפלילי הקיים הוא קובלנה פרטית: תביעה פלילית בידי גורם פרטי, כמפורט בסעיפים 68–73 לחסד"פ. פתרון זה אינו מאפשר העמדה לדין בגין האזנת סתר, מכיוון שזו עבירה שאינה כוללת אפשרות להגיש קובלנה כזו, אך אפשרות זו קיימת באשר לפגיעה בפרטיות, לפי התוספת השנייה לחסד"פ. לפתרון זה היתרונות

105 דוגמה נדירה להתערבות: בג"ץ 223/88 שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג(4) 356. דוגמאות טיפוסיות לדחייה: בג"ץ 3292/07 עדאלה נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 2011); בג"ץ 5722/12 אבו גוש נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 2017).

106 דוגמה נדירה להתערבות של בג"ץ: בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (1990). דוגמאות טיפוסיות לדחייה: בג"ץ 2534/97 ח"כ יחב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1 (1997); בג"ץ 5699/07 פלונית (א) נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550 (2008). דחייה עדכנית לעתירה של הורים לפעוטות להחמרת אישומים בפגיעת גננות בילדיהם: בג"ץ 3572/22 פלוניס נ' היועצת המשפטית לממשלה (פורסם בנבו, 25.7.2022).

107 William J. Stuntz, "The Pathological Politics of Criminal Law", 100 *Mich. L. Rev.* 505, pp. 506–507, 519, 598–99; Erik Luna, "Transparent Policing", 85 *Iowa L. Rev.* (2000) 1107, pp. 1108, 1132.

108 Douglas Husak, "Is the Criminal Law Important?", 1 *Ohio St. J. Crim. L.* (2003) 261, p. 266.

109 נטאפוף הגדירה תת-אכיפה כתגובה חלשה של המדינה להפרת חוק וליצירת קורבנות, תגובה שעשויה לשקף הזנחה של הרשות, עוינות כלפי קבוצת קורבנות או העדפה ביחס למעמד הפוגע. Alexandra Natapoff, "Underenforcement", 75 *Fordham L. Rev.* (2006) 1715, pp 1717, 1722.

והחסרונות הטיפוסיים העולים במסלול הקובלנה הפרטית.¹¹⁰ לרשות החוקרת ולרשות התובעת, על כל המוטיבין והיחס שהן הרוויחו אותו ונהנות ממנו,¹¹¹ אין חלק בהליך זה. תזכיר משרד המשפטים משנת 2011 הציע לבטלו לגמרי,¹¹² ובאביב 2022 הטיל בית המשפט העליון ספק בהיות קיומו מוצדק.¹¹³ אלא שחוק הגנת הפרטיות, היחיד אשר רלוונטי לקובלנה פרטית, כולל כאמור סייגים לאחריות פלילית. כאשר הקובל מצטייר כעבריין אשר בא לנקום במי שחשף אותו ככזה, יותר מכפי שסביר לצפות לרוחה של הלכת איסקוב-ענבר, ניתן לדמיין כי בית המשפט יהלך בין הטיפות כדי למנוע הרשעה של נאשם אשר מעשיו חשפו התנהגות עבריינית קשה יותר.

לבסוף קיים גם פתרון של תובענה נזיקית, כעולה מסעיף 4 לחוק הגנת הפרטיות. אולם הדין הנזיקי אינו כולל אפקט גינוי ציבורי חזק כמו המשפט הפלילי.¹¹⁴ מכל מקום, גם בדין הנזיקי ניתן לצפות לאהדה שיפוטית לנתבע לאחר שפעולותיו הוכחו כמוצדקות חברתית, אף בהיעדר הצדק משפטי. לא סביר כי מערכת המשפט תרצה לכמת בהרחבה נזק שפגיעתו בפרטיות גרמה להוכחת אשמתו של עבריין.¹¹⁵ מנגד, הקלות וצילומי סתר אשר לא איתרו עבירות אינם צפויים להיחשף למטפלות, ולכן תובענה נזיקית מצידן אינה ריאלי.¹¹⁶

- 110 בש"פ 3503/91 שוברט נ' צפריר, פ"ד מו(4) 136 (1992); ע"פ 2124/91 רון נ' כור תעשיות בע"מ, פ"ד מז(5) 289 (1993).
- 111 למשל: מרדכי קרמניצר "תפקידו של התובע בהליך פלילי" פלילים (2) 173, 174–177 (1996).
- 112 תזכיר חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס'...) (ביטול קובלנה), התשע"א–2011.
- 113 בג"ץ 1322/22 כהן נ' השופט מלמד פסקאות 8–10 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 2022).
- 114 Michael C. Harper, "Comment on the Hart Tort/Crime Distinction: A Generation Later", 76 *B.U. L. Rev.* (1996) 23, pp. 24–26; R.A. Duff, "Rule-Violations and Wrongdoings", in *Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part* (2002) 47, p 53, 74 (Stephen Shute & A.P. Simester eds.).
- 115 William A. Schroeder, "Restoring the Status Quo Ante: The Fourth Amendment Exclusionary Rule as a Compensatory Device", 51 *Geo. Wash. L. Rev.* (1983) 633, pp. 654–655.
- 116 אך ראו תובענה נזיקית של מטפלת לילדיו של עוזר התובע המחוזי במנהטן, שגילתה מצלמת סתר בחדר המקלחת שבו נהגה להתקלח לאחר מתן שיעורי שחייה לילדים: Rivas v. Seltzer & Szeltzer, Supreme court of the state on New York, 150309/2019. כן ראו דיווח על תובענה נזיקית מצד מטפלת לילדים שאיתרה מצלמה נסתרת בגלאי העשן שבחדרה ומצאה בכרטיס הזיכרון צילומים רבים שלה מתפשטת ועירומה: 1. Kathianne Boniello, Staten Island dad secretly filmed live-in nanny: lawsuit, NEW YORK POST (Sept. 25, 2021), [https://nypost.com/2021/09/25/staten-island-dad-secretly-filmed-live-in-nanny-Matt Mcnutly, Live-in nanny sues her New York boss and father-of-four for 'filming her in secret with video camera hidden in smoke detector' hundreds of times, DAILY MAIL ONLINE \(Sept. 25, 2021\),](https://nypost.com/2021/09/25/staten-island-dad-secretly-filmed-live-in-nanny-Matt Mcnutly, Live-in nanny sues her New York boss and father-of-four for 'filming her in secret with video camera hidden in smoke detector' hundreds of times, DAILY MAIL ONLINE (Sept. 25, 2021),)

2. חקיקה מפורשת בתחום

הפגיעות בפרטיות של מטפלות ולעיתים גם של המטופלים חסרי הישע אינן השערה אקדמית אלא מציאות קיימת. ניתן לשער כי הן נפוצות בהרבה מהידוע לרשויות האכיפה, אלא שברגיל אינן מפיקות ראיות מפלילות. זהו "שטח מת" של פגיעות פליליות בפרטיות, אשר בו המדינה אינה חוקרת ואינה מאשימה, בין משום שאינה יודעת על הפגיעות ובין שנודע לה עליהן לאחר שהפיקו ראיות מפלילות בעבירות אשר הרשויות תופסות כחמורות יותר. עם זאת הדיון השיפוטי בראיות שהופקו כאמור אינו ביקורתי במיוחד כלפי תהליך הפקת הראיות, וכמוהו גם הדיון האקדמי והציבורי. תמיכה בפוגע בפרטיות בהקשרים האמורים ודאי הופכת את חוויית הקריאה של המאמר עד כה למאתגרת, בתחושה שהוא הופך את היוצרות בין עבריינית לקורבן. הדבר מתקשר לנקודה שהדגשתי על הסיפורים שסופרו: כל מקרה אשר ייחשף בתקשורת ובמשפט יעסוק ודאי במטפלת שאכן התעללה בחסרת ישע, והזרקור המשפטי והתקשורתי הביקורתיים יכוונו להתעללות, ובשום אופן לא לתהליך של איתורה. מלבד זאת סבורני שבעיני רבים, עצם הפגיעה נראית מוצדקת, משום שהיא נעשית ממניע דואג לחסרי הישע והחומל עליהם, מתוך חשד או לפחות חשש לאדם שאינו מסוגל לדווח על פגיעות בו: תינוקות ופעוטות מזה, וקשישים בעלי תפקוד קוגניטיבי מוגבל מזה. ייתכן כי המעשים אינם נתפסים כפליליים וכפוגעניים אלא כהכרח להגנה על חסרי הישע.¹¹⁷ פגיעה בחסרי ישע היא מהדגלים האדומים ביותר במשפט ובחברה, לפחות כאשר חסרי הישע הללו אנושיים, ובמיוחד ילדים ותינוקות.¹¹⁸ לאדם זכות להגן על ילדיו בכל אמצעי וזכות משתמעת או עצמאית להציב מצלמות בביתו ובקניינו, כך ניתן לחשוב. תיתכן גם תפיסה משלימה, שלפיה הפגיעות בפרטיותן של המטפלות אינה גדולה, ואף אם היא גדולה, ודאי יש הסבורים כי היא שווה את מחירה.

אם אומנם אנו סבורים כי פגיעה בפרטיותן של מטפלות מצד אחד, ושל מטופלים חסרי ישע מצד אחר היא דבר אשר ראוי לסבול ואולי אף לעודד, פירוש הדבר כי הדיון המהותי הקיים לוקה בהפללת יתר,¹¹⁹ משום שההגנה על הפרטיות רחבה מדי ומכסה גם

<https://www.dailymail.co.uk/news/article-10028635/Live-nanny-sues-Staten-Island-boss-father-four-filming-secret.html>

117 בארצות הברית: Milton Heumann et al, "Privacy and Surveillance: *Public Attitudes on Cameras on the Street, in the Home and in the Workplace*", 14 *Rutgers JI & Pub. Pol'y* 37, pp 56-58 (2014).

118 השוו: ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145, פסקה 12 לפסק דינה של השופטת ביניש (2000).

119 Geraldine Szott Moohr, "Defining Overcriminalization through Cost-Benefit Analysis: The Example of Criminal Copyright Laws", 54 *Am. U.L. Rev.* (2005) 783,

מצבים שבהם הערך הנוגד חשוב יותר. עלינו לחשוב מחדש על הדין הראוי, לצמצם את הציפייה לפרטיות ולהרחיב את ההגנה על חסרי ישע. ברבדים מסוימים כבר פעלנו לשם כך. חוק התקנת מצלמות לשם הגנה על פעוטות במעונות יום לפעוטות, התשע"ט–2018 מבקש להגן על שלום הפעוטות באמצעות התקנת מצלמות אגב שמירה על כבודם ועל פרטיותם של הפעוטות, של העובדים במעון ושל כל אדם אחר הנמצא במעון. החוק מחייב להתקין מצלמות במעונות יום לפעוטות, להקליט סרטי וידאו בלי קול, בתייעוד כל שטח המעון, למעט שירותים ומקלחות, ובהצבת שילוט על קיום המצלמות וחובת יידוע של כל עובדת ועובדת פוטנציאלית, והוא אף כולל הנחיות לשמירת החומר לזמן מוגבל ולצפייה בו רק באישור בית משפט.¹²⁰ הצעת חוק חובת התקנת מצלמות במחלקות האשפוז הסיעודי, התשע"ז–2017 עברה שלבי חקיקה מתקדמים, אך טרם התגבשה לחוק. מעבר לים, טקסס למשל עיגנה בחוק היתר להתקין מצלמות מעקב בחדרי מטופלים במוסדות טיפוליים כבר בשנת 2001.¹²¹ מדינות אמריקניות נוספות, דוגמת אוקלהומה ויוטה, צמצמו את ההיתר למוסדות סיעודיים ולדירור מוגן בהתאמה.¹²² מחוז קוויבק בקנדה מאפשר שימוש במוניטורים למטרות מעקב במוסדות טיפוליים ארוכי טווח, והחוסים במוסד או נציגיהם אינם זקוקים לאישור המוסדות להתקנת מוניטורים כאלו.¹²³

חקיקה כזו ודאי תצמצם פגיעות בחסרי ישע, אף שלעיתים ההתעללות נעשית גם מול מצלמות אשר המתעללת יודעת על קיומן.¹²⁴ לצד זאת חסרונה הוא בהותרתה שטח מת לא מבוטל, בשני מובנים חשובים לפחות: ראשית, קיימים אזורים אשר בהם לא יותקנו מצלמות, ובהם עשויה להתבצע פגיעה בחסרי ישע. מי שיודע על קיומן של המצלמות והיכן הן מצויות עלול לנתב את תוקפנותו אל המחוזות חסרי המצלמות, דוגמת השירותים והמקלחת, או למקומות שמחוץ למעון. מי שיודע כי המצלמות אינן מקליטות קול עלול לנתב את תוקפנותו אל עולם הצליל והמלל ולהשתמש בקולו כדי לאיים,

784–786; Sara Sun Beale, *From Morals and Mattress Tags to Overfederalization*, 54 *Am. U.L. Rev.* (2005) 747, pp 748–751

120 חוק הפיקוח על מעונות יום לפעוטות, התשע"ט–2018 אינו עוסק במצלמות ובהאזנות אלא בשאלה הכללית כיצד להבטיח שהמעונות האמורים יפעלו כראוי. ראו מבקר המדינה **הטיפול בפעוטות וחינוכם במעונות יום ובמשפחותונים** (מאי 2022).

121 TEX. HEALTH & SAFETY § 242.841(1)

122 אוקלהומה: (2018) § 1-1953.1 to -7 OKLA. STAT. tit. 63, § 1-1953.1 to -7 UTAH CODE ANN. §§ 26-21-301 to -304 (LexisNexis 2018)

123 O.C. 92-2018, s. 2

124 למשל ת"פ 1525-11-18 **מדינת ישראל נ' אלקיים-וייס**, בעמ' 17 (פורסם בנבו, 2021); ת"פ 11847-10-18 **מדינת ישראל נ' דהן**, בעמ' 16 (פורסם בנבו, 2021); ת"פ (ת"א) 31306-11-20 **מדינת ישראל נ' קזקביץ** (פורסם בנבו, 2022).

המתח בין הפגיעה בחסרי ישע לפגיעה בפרטיותן של מטפלות

לקלל, להעליב וכדומה.¹²⁵ הווה אומר, המצלמות לא בהכרח יפתרו את הבעיה, אלא עלולות להסיט את זירת הפשע אל השטח המת. מלבד השטח המת שאינו מצולם, כל נשכח את השטח המת שעוסק בסוגי פגיעות שהמצלמה מתקשה להוכיח, דוגמת פגיעות נפשיות.¹²⁶

שנית, החקיקה האמורה אינה עוסקת בבית הפרטי, שבו מוחזק תינוק בידי הוריו והם יצאו מהבית ונעזרו בשירותי מטפלת; תינוק בביתה של מטפלת, במקרים מסוימים; קשיש במצב תפקודי נמוך אשר לעיתים מתגורר בגפו, ועימו רק מטפלת. אם אנו מצדיקים תיעוד כזה (ותיעודים אחרים), עלינו לדאוג שיהיה חוקי מצד אחד ומידתי מצד אחר. ניתן להעלות על הדעת שתי אפשרויות לשם כך: התוויה מחודשת של האחריות הפלילית או יצירת מסלול דינוי לבקשה אזרחית לקבלת היתר משפטי לביצוע התיעוד. שתי האפשרויות מורכבות, ואציגן באופן שאינו מתיימר למצות את העניין אלא אך לעורר מחשבה ולהזמין דיון מפורט.

3. בנייה מחדש של מתווה האחריות הפלילית

אפשרות אחת ליישור קו בין חוק פורמלי מהותי, האוסר פעולות מגוונות הפוגעות בפרטיות, לבין תפיסה נורמטיבית, התומכת בביצוע הפעולות הללו בהקשרים מסוימים, היא לתקן את החוק המהותי ולדייקו כדי לייצר מסרים ברורים ומפורשים.¹²⁷ כזכור, בחוק הגנת הפרטיות קיימת הגנה בסעיף 18. לפחות חלק מסעיפי המשנה רחבים ועמומים בפוטנצייה, וניתן לדמיין כי חרף קיומה של פסיקה שצמצמה את תחולת הסייג, ההקשר יכריע, ובית המשפט ימצא דרך להחיל את הסייג בתביעה היפותטית נגד בני המשפחה הפוגעים בפרטיותה של המטפלת ביקירם חסר הישע. בדומה לזה, אף שלחוק האזנת סתר ולחוק המחשבים אין סייגים, מצאו בתי המשפט דרכים לקבוע שאין תחולה לחוק האזנת סתר, למשל בקביעה הבעייתית שהסכמת האפוטרופוס כמזה כהסכמת חסר הישע.¹²⁸

125 ראו למשל פרשת התעללות שבה היו מצלמות בגן אך הן לא קלטו את התעללות אלא רק התעמתות הקשורה לכאורה: ת"פ 28042-05-19 **מדינת ישראל נ' צרפתי**, פסקה 1 (פורסם בנבו, 2021).

126 שינדלר, דורון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 111; צפריר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 250.

127 בסקירה שנערכה עבור הכנסת נמצא שלרוב אין חקיקה העוסקת במישרין בהצבת מצלמות מעקב במעונות ובגני ילדים, וההסדר החוקי בעניין זה נגזר מחקיקה כללית בתחום האזנת סתר. לאיחוד האירופי למשל אין חקיקה מפורשת בנושא מצלמות מעקב, ושאלת המעקב תלויה בפרשנות הוראות כלליות כמו דירקטיבה בעניין ההגנה על יחידים בכל הנוגע להפקה של מידע אישי והעברתו: ירון אונגר **הסדרת השימוש במצלמות מעקב לשם מניעת התעללות בילדים ובחסרי ישע – רקע נורמטיבי וסקירה משווה** 2, 11 (הכנסת, הלשכה המשפטית, תחום חקיקה ומחקר משפטי, 2017).

128 ענין **מיטה** לעיל הערה 40, פסקה 10 לפסק דין השופט מלצר.

סבורני כי במקום להתפתל ולהתפלפל כדי להצדיק פעולות אשר כיום מוגדרות כפליליות ככלל, ניתן לבנות מחדש את העבירות לפי התפיסה הערכית שבה רבים מאיתנו מחזיקים. ניתן להדיר במפורש ובמישרין מצבים שבהם מערכת המשפט סבורה שהפעולות הללו ראויות ולמצער נסבלות, לקדם את הוודאות המשפטית ואת השקיפות, ואגב כך אף לצמצם את הפגיעה בפרטיות לעומת המצב כיום. הדבר אפשרי בכמה דרכים.

שינוי רכיבי העבירה יכול לחדד את ההקשר של המעשה או לכלול כוונה מיוחדת בביצועו, ובכך להדיר פעולות קרובות. לדוגמה, במקום לאסור צילום אדם ברשות היחיד ככלל, איסור שנראה רחב מדי, ניתן לאסור צילום בסתר של מחזה אינטימי בלבד או לאסור צילום ממניע מסוים. כך למשל העבירה הפלילית בניו יורק של מעקב שלא כדין אוסרת לצלם בסתר אדם מחליף בגדים, מתפשט, עירום, במגע מיני וכדומה, כאשר המניע לצילום הוא בידור, רווח, גירוי ועוד.¹²⁹ יצירת הרכיב הנסיבתי אשר תיתן קונקרטיזציה לצילום ברשות היחיד, כמו דרישה שהאדם המצולם יהיה במהלך מעשה אינטימי, לא תוביל להתחמקות פסולה מהדין אלא לסרטוט מחדש של גבולותיו. במקום חוק רחב ביותר שכמעט שאינו נאכף מחוץ להקשרים ספורים, הקשרים אלו יהפכו לבסיס החוק. כדי למנוע התחמקויות לא צודקות מהדין, את הכוונה המיוחדת יהיה אפשר להסיק באמצעים המקובלים בדין, דוגמת הלכת הצפיות.¹³⁰ התוצאה תהיה איסור פלילי צר מכפי היותו היום, ובמובן זה בעל פוטנציאל פחות להגן על הפרטיות. ייתכן גם שדרישת הכוונה המיוחדת תכביד על האכיפה במצבים מסוימים, וכך פתרון זה עלול להוביל לאכיפת חסר.

ניתן גם לנסח מחדש הגדרות בחקיקה ניסוח שלפיו המצבים המתוארים במאמר בבירור ימצאו מחוץ לאיסור. למשל בחוק האזנת סתר ניתן להגדיר במפורש כי ניתן לערוך הקלטות שמע בסביבתו של חסר ישע מבחינה קוגניטיבית, בהסכמת האפוטרופוס. ואומנם מתוך הבנה שהחוק הקיים אינו מאפשר הגנה ראויה לחסרי ישע הועלתה הצעה לתקן את חוק האזנת סתר בהקשר המדובר. הוצע לקבוע במפורש כי אין נדרש היתר עבור "האזנה שנעשתה בידי אחראי על קטין או חסר ישע כהגדרתו בסעיף 368 לחוק העונשין, אם יש חשד להתעללות בילד או בחסר ישע".¹³¹ בדומה לזה, ניתן להגדיר במפורש כי בהסכמת האפוטרופוס ניתן לצלם את הפרט החוסה אף ברשות היחיד שלא בהסכמתו, למעט בזירות אינטימיות.

תיקונים כאלו ודאי יזכו לתשומת לב תקשורתית רחבה ויעלו את הסיכוי שמטפלות ידעו שהן ופרטיותן מצויות בסיכון של תיעוד גם ללא הסכמתן. מצב זה עדיף על פני

129 N.Y. Penal Law § 250.40(1)

130 הלכה ותיקה זו יוצרת שקילות בין צפיותו של מאורע בהסתברות הקרובה לוודאי לבין כוונה לגרום לו: ע"פ 63/58 עג'מי נ' היועץ המשפטי, פ"ד יג 421, בעמ' 431-432 (1959); ע"פ 172/88 וענונו נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 265, בעמ' 287-292 (1988).

131 הצעת תיקון חוק האזנת סתר (לעיל הערה 60).

המתח בין הפגיעה בחסרי ישע לפגיעה בפרטיותן של מטפלות

עמעום המסר החקיקתי, כמו בסייג בחוק הגנת הפרטיות, ועל פרשנות שיפוטית בעייתית, כמו באשר לחוק האזנת סתר. מסר חקיקתי רחב ועמום הוא פתח רחב לאי-ודאות ופתח לא צר לשרירות. לעומתו, מסר חקיקתי ברור הוא הוגן, שקוף, ודאי ושוויוני. במצבים שבהם מסתמנת תמיכה רחבה בפגיעה בפרטיותם של אחרים – ראוי להביע זאת בחוק ברור, לעמוד מאחורי הפגיעה ולא להותירה מחוץ לחוק המפורש, מחוץ לשיח ומחוץ לתודעה. חסרונם של תיקונים כאלו עשוי להיות הגברת הפגיעה המעשית בפרטיותן של מטפלות ברגע שהציבור ידע בבירור שיש לו גיבוי חוקי לתעד אותן.

לחלופין, המחוקק יכול לייצר סייג חדש לעבירה, ברור יותר ועמום פחות.¹³² תפיסה שלפיה ביצוע העבירה הוא ראוי בהקשרו תוביל לניסוח סייג מסוג הצדק, ותפיסה שלפיה ביצוע העבירה הוא נסבל גרידא – תוביל לניסוח סייג מסוג פטור.¹³³ אף שסבורני כי קיימת תמיכה ציבורית רחבה בביצוע העבירות ובתפיסתן כמוצדקות, קשה לגרוס כי תמיד מדובר במעשה נטול רבב מוסרי.¹³⁴ עקרונות ההגנה על פרטיות תובעים מאיתנו לוודא מראש שיש תשתית לחשד, ולנקוט צעדים לצמצום הפגיעה בפרטיות. הסייג יכול להיות צנוע בדרישותיו ורחב בתחולתו ולהסתפק בכוונה מיוחדת שעניינה הגנה על חסר ישע, למשל: "תהא זו הגנה טובה לאדם אם עשה את המעשים כדי להגן על חסר ישע שהוא אחראי לו". לעומת זאת כדי לצמצם פגיעות לא מוצדקות ולא מידתיות בפרטיות, ניתן וראוי לדרוש תנאים נוספים, דוגמת התעוררותו של חשד להתקיימותה של עבירה פלילית, או אפילו עבירה מסוג פשע מצד אחד, ועשיית פעולות לצמצום הפגיעה בפרטיות מצד אחר, למשל: "תהא זו הגנה טובה לאדם אם עשה את המעשים כדי להגן על חסר ישע שהוא אחראי לו, בתנאי שהתעורר יסוד סביר לחשד שנעברת כנגדו עבירת פשע של פגיעה בחסר ישע; והכול תוך כדי נקיטת פעולות למזעור הפגיעה בפרטיות של כל אדם".

132 יש הסבורים כי אין הכרח בחקיקה לשם יצירת סייגים. יורם רבין ויניב ואקי, **דיני עונשין** (תשע"ד), בעמ' 1032–1033. לביקורת: חאלד גנאים, "כמה ביקורות על תחולתם, הצדקתם והיקפם של הסייגים לאחריות פלילית (על הספר "דיני עונשין" של יורם רבין ויניב ואקי) **המשפט** יז(2) (תשע"ד) 567, בעמ' 573–57. עוד ראו: שי אוצרי, **הפטרים רציונאליים – כיצד הם בגדר האפשר** (תשע"ח) (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, אוניברסיטת חיפה). מכל מקום, בהיעדר העמדה לדין, ודאי אין צפויים להתפתח סייגים פסיקטיים.

133 פלר (לעיל הערה 98), בעמ' 504–505; חאלד גנאים, "היסוד הנפשי של סייג מצדיק ושל סייג פוטרי", **משפט וממשל** יז (תשע"ו) 519, בעמ' 524–525, 542–543.

134 סנג'רו גרס כי כמעט אין עוררין שההגנה העצמית הקלאסית, כאשר כל תנאיה מתקיימים, היא מעשה מוצדק ונטול רבב מוסרי, לא רע או רע במיעוטו אלא ה"טוב ביותר האפשרי", מעשה ראוי וצודק; סנג'רו (לעיל הערה 62), בעמ' 32–34, 58–60; בועז סנג'רו, "היהפוך הציודוק לפטור של חסד? – הגנת בית המגורים ('חוק דרומי' ופסק-הדין בפרשת דרומי) כמקרה-מבחן לרציונאל המצדיק הגנה עצמית ולהלכה", **משפט וממשל** (תש"ע) יג 93, בעמ' 96–99.

קיימים תקדימים ברחבי העולם למהלכים בסגנון זה. במדינות שונות, חוקים האוסרים על האזנת סתר כוללים סייגים רלוונטיים מפורשים. בפנסילבניה למשל האיסור על האזנת סתר המחייב הסכמה של שני הצדדים לשיחה, מסויג כאשר הפרט המקליט חושד חשד סביר כי הפרט המוקלט ביצע, מבצע או יבצע עבירת אלימות, וכי ההקלטה תספק ראיה לכך.¹³⁵ גם חוק איסור האזנת סתר בקליפורניה דורש את הסכמתם של כלל הצדדים להקלטה של שיחה, אך מחריג מקרים שבהם הפרט מאמין שקיים סיכוי סביר שיש בכוחה של ההקלטה כדי לשמש ראיה לכמה וכמה עבירות שמפורטות.¹³⁶ באילינוי הסייג דומה אך מצומצם יותר וסובב סביב עבירת אלימות שלכאורה בוצעה בבן ביתו של המקליט.¹³⁷ גם וושינגטון דורשת את הסכמתם של כלל הנוכחים להקלטה של שיחה, אף שבמצבים מסוימים, דוגמת דיווח על שרפה, מקרה חירום רפואי, פשע, אסון, סחיטה ועוד, יכול אדם להקליט את השיחה ללא הסכמת הצד האחר לה.¹³⁸ בג'ורג'ייה קיימת עבירה פלילית של הקלטת אחרים או צילום במקום פרטי ללא הסכמתם, אך קיים חריג הנוגע להקלטה או לצילום בחצר (curtilage), הנעשים למניעת פשע או לאיתורו.¹³⁹ במדינות אחרות, תיעוד ללא צו אפשרי במצבי חירום אך רק למשטרה ולרשויות אחרות. במרבית מדינת אוסטרליה למשל, דרום וילס החדשה, ויקטוריה, מדינת מערב אוסטרליה והמחוז הצפוני, חשד דחוף לאלימות חמורה יכול להוות בסיס רק למעקב בסתר שתבצע המשטרה או רשות מוסמכת אחרת; פעולה כזו תהיה כפופה לצו שיפוטי בדיעבד.¹⁴⁰ רק במדינת טזמניה חשד לאיום באלימות חמורה לאדם יכול להחריג במפורש את תחולת האיסור על מעקב גם למי שאינו נציג רשות, בתנאי שהוא מאמין שיש לו חשד סביר שהמעקב היה נחוץ בדחיפות כדי להשיג ראיות.¹⁴¹

4. יצירת מסלול דינוני לפנייה לצו שיפוטי

דרך חדשנית ומרחיקת לכת יותר ליישור קו בין החוק המהותי לבין תפיסה נורמטיבית התומכת בביצוע הפעולות הללו בהקשרים מסוימים היא לעדכן את החוק הדיוני. כיום לאזרח, ומעניין שאפילו לשוטר,¹⁴² אין דרך משפטית לבקש מראש לבצע פגיעה

135 18 PA. STAT. AND CONS. STAT. ANN. § 5704(17) (West 2020)
 136 .CCAL. PENAL CODE § 633.5 (West 2020)
 137 20 Illinois Compiled Statutes 5 / Criminal Code of 2012, 720 ILCS (5/14-3)
 138 .Wash. Rev. Code Ann. § 9.73.030(2)
 139 .GA Code § 16-11-62 (2019)
 140 Surveillance Devices Act 2007 (NSW) s 31, 35; Surveillance Devices Act (Vic.) 1999, s 26, 30; Surveillance Devices Act (WA) 1998, s 21; Listening and Surveillance Devices Act (SA) 2016, s 21, 22; Surveillance Devices Act (NT) As in force at 26 April 2017, s 33, 37
 141 .Listening Devices Act (Tas) 1991, s 5
 142 הרדוף (לעיל הערה 4), בעמ' 168.

המתח בין הפגיעה בחסרי ישע לפגיעה בפרטיותן של מטפלות

בפרטיות כהגדרתה בחוק הגנת הפרטיות, והוא יכול רק ליהנות בדיעבד מתחלתו של הסייג.¹⁴³ אומנם סעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית מקנה סמכות רחבה לבית המשפט להגן על מי שמונה לו אפוטרופוס, ואילו חוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א–1991 מאפשר להוציא צווי הגנה מגוונים כלפי בני משפחה, אשר לפחות במקרה אחד פורשו ככוללים גם הצבת מצלמות גלויות בבית שבו גרים חסרי ישע,¹⁴⁴ אולם מסופקני אם חוקים אלו מתירים לבית המשפט לעשות את שחוק הגנת הפרטיות לא התיר לו, ולאפשר ביצוע מראש של מה שנחשב ככלל עבירה פלילית מסוג פשע. הווה אומר, בכל הנוגע לחוק הגנת הפרטיות, האזרח המודאג המעוניין לאמת או להפריך את חשדותיו באמצעות צילום בסתר כמתואר במאמרי – מצוי בחוסר ודאות מראש באשר לטיב הפגיעות אשר מערכת המשפט מעודדת, מתירה ולמצער סובלת. כמוכן, לאזרח אין כל דרך משפטית לבקש מראש לבצע האזנת סתר, ולבית המשפט אין סמכות להיעתר לבקשה כזו, לעומת היעדרות לבקשה של המשטרה בתנאים של סעיף 6 לחוק האזנת סתר.¹⁴⁵

אם המעשים הללו נעשים ממילא, ואם אנו סבורים שבהקשרים מסוימים אומנם רצוי כי אזרח יוכל לבצעם, בכוחנו לכוונן מסלול פנייה לבקש צו שיפוטי לכך. בבקשה כזו יבסס האזרח את מעמדו ואת נציגותו ביחס לחסר הישע, יעגן את חשדותיו בראיות ויסקור את הפעולות המבוקשות ואת הערובות המוצעות לצמצום הפגיעה בפרטיות. בית המשפט יבחן את הדברים בעין ביקורתית ובעין משפטית מקצועית, ואף יברר בין היתר אם חשדותיו של האזרח מבוססים על פעולות קודמות לא חוקיות שלו.¹⁴⁶

חרף חוסר האדוורסריות של המעמד סביר להניח כי בתי המשפט ינהגו כלפי בקשות כאמור בחשדנות בריאה מזו שיגלו כלפי בקשות משטריות.¹⁴⁷ ניתן גם לאפשר או אפילו לחייב הצגת עמדה של המדינה: המשטרה בכובעה כמומחית האכיפה, הפרקליטות בכובעה כמאזנת בין ערכים נוגדים בהקשר הפלילי, או הרשות להגנת

143 "שטח מת" נוצר גם כאשר רשויות שונות מבצעות לכאורה עבירות פליליות ללא הסמכה עבור מטרה ציבורית פופולרית, דוגמת תקיפות מגוונות של עצורים החשודים בטרור. ראו: בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, פסקאות 33, 37 לפסק דין הנשיא (1999). חרף מסר ברור מבג"ץ, עד היום לא נחקק חוק המסמיך פעולות כאמור. ספק אם קיים סייג של אילוץ לאחריות פלילית למעשים במצב שהפגיעות סדרתיות. ראו אסף הרדוף, "דין פלילי בלתי-מוסמך: עקרון חוקיות המנהל פוגש את המשפט הפלילי", המשפט (תשע"ט) כה 389, בעמ' 411.

144 ראו עניין פלונית נ' פלמונית, לעיל ה"ש 89.

145 לא הצלחתי לאתר במשפט המשווה התייחסות המאשרת או שוללת במפורש את האפשרות האמורה, אף שהרושם המתקבל הוא שאין כזו.

146 השוו למצב שבו המדינה מבקשת לחדור לחומר מחשב לאחר שלכאורה בוצעה עבירה של חריזה לחומר מחשב: דנ"פ 1062/21 אוריך נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2022).

147 דנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש, פסקה 6 לפסק הדין של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 2012).

הפרטיות בכובעה כמגינת הזכות לפרטיות. בית המשפט ידחה או יאשר בקשה, ואם יאשר, יקבע את היקפה. ניתן לשלב מעורבות ופיקוח של הרשויות, לוודא כי הפגיעה בפרטיות תהיה מידתית וצמודת מטרה, להשמיד תוצרים פולשניים שהצביעו על חשד שווא ולהגביר את הסיכוי לאכיפה כאשר תגלה פגיעה בחסרי ישע.¹⁴⁸

יתרונה הגדול של חלופה זו הוא הוספת מסננת, אשר אינה קיימת כיום, שתפריד את האזרח המודאג לשלומו של אזרח אחר מפגיעותיו בפרטיותה של אזרחית אחרת. כיום קיימת כתובת לאזרח מודאג: משטרת ישראל. כתובת זו אינה מאפשרת לאזרח לבצע את הפעולות הפוגעניות בעצמו אלא רק להתלונן במשטרה ולדווח על חשדותיו ולקוות לפעולה משטרתית נחושה ויעילה. אולם קשה לשער שהמשטרה תשקיע משאבים בכל תלונה, וממילא המשטרה אינה מוסמכת לבצע צילום בסתר.

לעומת זאת המסלול המוצע אינו תלוי בשיתוף פעולה משטרתית ואינו מחייב השקעת משאבים משטרתיים, אך כן מחזק את הערובות לחיוניות הפגיעה בפרט ולמידתיותה לעומת המצב הקיים. לעומת האזרח המודאג, מסננת שיפוטית מנוסה ודאי תטיב להתמודד גם עם הערך הצפוי להיפגע, ונוכח מעורבותה בזמן אמת תטיב לאזן בין הערכים הנוגדים. היא תוכל לוודא כי קיים בסיס ממשי לחשד ולא אינטואיציה גרידא או חשש סתמי. היא תוכל גם להבטיח פגיעה מידתית יותר בזכויות, כפי שבית המשפט מבקש לעשות כאשר הוא פוגש בבקשה משטרתית לצו האזנת סתר.¹⁴⁹ היא אף תוכל להקפיד על עקרון צמידות המטרה, בהבטחה כי לא ייעשה בחומר המופק שימוש למטרות אחרות.¹⁵⁰

לצד זאת מסלול כאמור ייתן לאזרח המודאג ודאות וערובה לחוקיות מעשיו חרף הותרתו בחשש שמא פעולותיו יעמידוהו בסיכון משפטי פלילי ואזרחי, בתקווה שסייג מעורפל יוביל את בית המשפט להיחלץ לעזרתו. פרט לכל זאת, עמידתו של האזרח בדרישות המסלול מראש אף עשויה לחסוך זמן שיפוטי בעתיד, משום שטענת פסילת ראיות אינה צפויה לעלות מצד ההגנה במצב שהפגיעה בפרטיות אושרה מבעוד מועד, ואף אם תעלה – ודאי תצריך משאבי דיון פחותים.

חיסרון בולט בחלופה זו הוא כמובן סכנת הטעות השיפוטית, אולם זו השלכה הכרחית של כל בקרה שיפוטית, מוקדמת או מאוחרת, ולעולם מרחפת סכנת השגגה השיפוטית.

148 יודגש כי איני מכוון פה לצו מסוג "אנטון פילר", אשר האפשרות לבקשו נדונה במפורש בפרשת **איסקוב-ענבר** (לעיל הערה 72, פסקה 50 לפסק דינה של הנשיאה ארד). צו כזה אפשרי במצב של תביעה אזרחית שבמסגרתה מבקש התובע להשיג ראיות אשר בידי הנתבע והוא חושש להעלמתן. ברי כי בענייננו עסקינן במצב שעדיין אין כל תביעה, פלילית או אזרחית, ואין ראיות המצויות בידו של מישוהו והוא יכול להעלימן.

149 גדי אשד, "אוזניים לכותל": האזנות סתר בעידן החדש, **משפט וצבא** טו (תשס"ג) 585, בעמ' 592.

150 בירנהק (לעיל הערה 52), בעמ' 16, 30–31.

המתח בין הפגיעה בחסרי ישע לפגיעה בפרטיותן של מטפלות

החיסרון הבולט ביותר בחלופה זו הוא המשאבים השיפוטיים שיידרשו לדיון בבקשות. אולם ניתן לסבור כי אלו אינם רבים. אם נדמיין שקיימת התאמה גבוהה בין חשדות משפחתיים מוקדמים לבין הסיכוי שתיעוד בסתר מפיך ראיות מפלילות, הרי שכמות התיקים שבהם כבר הופקו ראיות כאלו אינה כזו שתיצור עומס שיפוטי גדול. לחלופין, אם נדמיין – כפי שאני מדמיין – שלפחות במקרים לא מעטים החשדות המשפחתיים אינם אלא חששות חסרי בסיס, ברי כי ראוי להשקיע משאבים שיפוטיים כדי למנוע פגיעות לא מידתיות בפרטיות. מי שמדמיין שהמשאבים הנדרשים הם כבדים, עשוי להציע להשית אגרה או להתנות את הבקשה לצו בפנייה מוקדמת לרשויות האכיפה, אשר בתורן יהיו מסוננת מפני פניות סרק לבית המשפט. ברור שבמצב דברים זה ההליך יהיה נגיש פחות, בעיקר למשפחות מרקע כלכלי נמוך.

ביקורת אחרת שאפשר להעלות היא שהפתרון מקדם, הלכה למעשה, הפרטה של מלאכת אכיפת החוק הפלילי המהותי. כזכור, התקיפה החוקתית השנייה שהצליחה בישראל בשנת 2005 בעניין המרכז האקדמי למשפט ועסקים פסלה חקיקה שהפריטה בתי סוהר עתידיים בשל חששות מורכבים הנוגעים להפרטה.¹⁵¹ אומנם בענייננו לא הצעתי הפרטה מפורשת אלא רק הליך שבו הפרט האזרח יוכל לאסוף ראיות מפלילות כדין, בדרך כלל בביתו או בבית בן משפחתו החוסה, בלי חשש מהעמדה לדיון בעצמו. נוסף על זה, לכל הפחות בנוגע לצילום בסתר, אין מדובר בהפרטה במובן העברת סמכות מהמדינה לפרט משום שכזכור למשטרה ממילא אין סמכות לצלם אדם בסתר. עדיין, לכל הפחות במובן הסמלי, עולה פה, ולו במשתמע, התנערות חלקית של המדינה מחובתה לאסוף ראיות כדי להגן על אזרחים חסרי ישע. בכל זאת איני סבור שמדובר בסיבה לדחיית הפתרון. ראשית, המשטרה אינה מתפרקת מחובותיה לנהל את החקירה ולאסוף ראיות, ואחריה התביעה תישא בחובות הרשות. לא למותר להזכיר שוב את מוסד הקובלנה, שגם הוא ניתן לתיאור כהפרטה של המשפט הפלילי אגב ויתור מלא על עבודת המשטרה והתביעה. שנית, וחשוב יותר, טיעון בדבר הפרטה דה פקטו ממילא ניתן להעלאה כבר כיום. במציאות הנוכחית ניתן לומר כי תיעוד בסתר של מטפלות בחסרי ישע בידי בני משפחה שהוביל לחקירה ולתביעה, משקף הלכה למעשה הפרטה של האכיפה.

חיסרון אחר שעשוי לעלות מהפתרון המוצע הוא שייתכן שדבר קיומה של החלופה יוביל אזרחים מודאגים, אשר כיום אינם פוגעים בפרטיות, ליזום הליך כאמור, ובכך להגביר את הפגיעה בפרטיות. בהמשך לכך ניתן לסבור כי קיומה של חלופה כזו ושיתוף הפעולה השיפוטי עם בקשות של אזרחים לפגוע בפרטיותם של אזרחים אחרים נושאים מסר בעייתי של הכשרת הפגיעה בפרטיות. אולם חיסרון זה הוא יתרון בתחפושת. בהמשך לדבריי בסיום הפסקה הקודמת, ובדומה להם, אם הרעיון של בקשה אזרחית לצו שיפוטי לפגיעה בפרטיות מעורר בנו דאגה, אי-נוחות ואפילו סלידה, עלינו לשאול את

151 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009).

עצמנו מדוע איננו חשים כך כשהמעשים הללו נעשים ממילא, כאשר התגובה השיפוטית להם אינה מצננת אלא מעודדת. את מה שאנו מכשירים בבית המשפט במשתמע ובדיעבד, ולעיתים בדרך פתלתלה, מוטב להכשיר מראש במפורש, ובמקרים המתאימים גם למנוע מראש, מה שלא אפשרי כיום. אם מערכת המשפט סבורה כי בתנאים מסוימים ראוי שאזרח יפגע בפרטיותו של אזרח אחר כדי להגן על חסרי ישע, מכשיר פורמלי המתיר פניות אזרחים לקבלת היתר לפגיעה כזו עשוי להועיל הן להגנה עתידית על חסרי ישע והן למניעת פגיעה עתידית בפרטיות, בהנחה שהמסגרת השיפוטית תדע בדיוק מתי וכיצד ראוי לפגוע בפרטיות, ומתי יש למנוע את הפגיעה משום שמדובר בחשד סרק, ואפילו אם לא תדע בדיוק, תדע טוב יותר מהאזרח, אשר אינו מומחה במשפט ואינו מנוסה אף בסוגיה זו. אומנם ייתכן שהאזרח יתקשה לבסס בבית המשפט את החשד המצדיק את הפגיעה, אולם מצד אחד ניתן לקבוע רף הוכחה צנוע, כמקובל בהליך מקדמי, ומצד אחר זו בדיוק מטרת ההליך – למנוע פגיעה לא מבוססת בפרטיותה של מטפלת, למשל על סמך תחושות בטן או חשש ערטילאי גרידא.

חלופת המסלול הדיוני אינה מצטברת לקודמתה אלא מנוגדת לה. גם היא מצריכה תיקון של הדין המהותי, אך אחרת: שלעבירות הקיימות יתווסף הרכיב "ללא היתר בדין" או בפשטות "ללא צו שיפוטי". המסלול הדיוני החדש ייטיב לעבוד לצד אכיפה קפדנית של האיסורים על פגיעות בפרטיות ללא צו במצבים שלא נתקבל צו או לא נתבקש כלל. במציאות משפטית שבה ניתן לבקש ולקבל צו שיפוטי אין הצדקה לפגיעות פרטיות המבקשות להגן על חסרי ישע בלי צו, ואין כל סיבה לסבול אותן ולהתעלם מהן. כך, מצד אחד המסלול הדיוני יצמצם פגיעות מיותרות בפרטיות וימתנן, אף שוודאי לא ימנע אותן לחלוטין, ומצד אחר כאשר יתבצעו פגיעות בפרט ללא היתר, לא יהיה זה בהעלמת עין מצד הרשויות, שלא יוכלו עוד להשעין את הפגיעה הזו על עמימות הדין או על אי-התאמה בינו לבין התפיסה הערכית הראויה בעיניהן.

סיכום: על הגנת חסרי הישע

פגיעה בחסרי הישע היא מכוערת ומקוממת במיוחד, נוכח חוסר יכולתם להגן על עצמם במישורין, באמצעות הפעלת כוחם, ובעקיפין – בפנייה ובתלונה לגורם שיסייע להם. פגיעה אשר נעשית בידי המופקדים על הטיפול בחסרי הישע – מקוממת אף יותר. היא אינה קלה להוכחה. לעיתים דרך ההוכחה בעצמה כרוכה בפגיעה מתמשכת בפרטיותם של חסרי הישע מזה ושל המופקדים עליהם מזה.

מבט בחקיקה הפלילית המהותית בישראל כיום מלמד כי פגיעות טיפוסיות בפרטיות בהקשרים האמורים הן עבירות פליליות מסוג פשע, וכי לחלק מהעבירות הללו אין סייג אשר מחלץ בברור את הפוגע ממלתעות הדין הפלילי. רשויות האכיפה כפי הנראה משתמשות בשיקול דעתן הרחב כדי להימנע מחקירה ומהעמדה לדין של הפוגעים.

המתח בין הפגיעה בחסרי ישע לפגיעה בפרטיותן של מטפלות

עדיין, המצב הנוכחי בעייתי, במובן הכרוסום בשלטון החוק ובעקרון השוויון בפני החוק, ובעיקר במובן החשש לפגיעה יתרה בפרטיות מצד אחד, ובמובן החשש מהימנעות של אזרחים מפגיעה, אפילו כאשר פגיעה כזו רצויה נורמטיבית מבחינת מערכת המשפט, מצד אחר.

הפגיעה בפרטיותן של מטפלות – אשמות וחפות – היא עובדה. ניתן להותירה בשטח המת של המשפט הפלילי ולהמשיך להתעלם ממנה. לחלופין ניתן להילחם בה, להתירה או להסדירה. ניתן להילחם בה באמצעות חקירה פלילית והעמדה לדין של אלו שעברו עבירות פליליות בשביל להגן על יקיריהם ובכך להעביר את המסר כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים, וכי רשויות האכיפה והמשפט לא יסבלו הפרה של חוק לשם אכיפת חוק.

לחלופין, ניתן להתיר את הפרקטיקה באמצעות בנייה מחודשת של הדין הקיים, בנייה שדומה כי היא רצויה אף בלי קשר לפרקטיקה המתוארת. ככלל, החוקים הקיימים ראויים לחשיבה מחדש וגבולותיהם ראויים לעדכון כללי נוכח אתגרי השעה לפרטיות, החורגים בהרבה מאלו שנדונו במאמרי. אם אנו מוכנים לפגיעות מסוימות בפרטיות, ראוי שנגדירן במדויק ונפעל מראש לצמצומן כפי האפשר. ניתן לצמצם את היקף האחריות הפלילית המוטלת כיום באמצעות שינוי הגדרת העבירות ורכיביהן ובאמצעות יצירת סייגים מפורשים ומדויקים אשר ישקפו נאמנה את עמדתנו הנורמטיבית.

לבסוף, ניתן להסדיר את הפרקטיקה באמצעות יצירת הליך שיפוטי מתאים בטרם ביצוע הפגיעה בפרטיות כדי להבטיח כי הפגיעה תהיה לאחר חשד ממשי ולוודא כי תהיה מידתית. חלופת הצו, אף אם תגביר ותעודד בקשות לפגיעה בפרטיות, יכולה גם לוסת את הפגיעות, הן במובן הפיקוח השיפוטי והן במובן צמצום הפגיעות שעליהן איננו יודעים כעת, פגיעות בפרטיות שנעשו אך לא הוכיחו התנהלות פסולה של המטפלות. בין שחלופת הצו תגביר את הפגיעה בפרטיות ובין שהיא תרסן אותה, היא בוודאי תוציא אותה מהשטח המת אל אור השמש המשפטית, ותפסיק את ההתעלמות מהבעייתיות שבה, מהשטח השיח ומהתמקדות בתוצר המפליל תוך כדי עצימת עיניים לדרך הפוגענית של הפקתו. יש חיים משפטיים בשטח המת, זכויות יסוד שנפגעות, לעיתים שלא לצורך ויתר על המידה.

מאמרי התמקד בסוג אחד של חשש המוביל אזרחים לפגוע בפרטיותם של אזרחים אחרים, חשש מפגיעה בחסר ישע. ברור כי קיימים גם סוגי חשש נוספים המובילים לצילום סתר, דוגמת החשש שאדם העובד בכיתנו יגנוב מאיתנו, יחטט בכלינינו ויפגע בפרטיותנו, או להבדיל יתבטל, יזלזל בעבודתו, יזהם את הבית וכדומה.¹⁵² מאמרי מזמין מבט בסוגיות עצמאיות קרובות אחרות של פגיעת אזרח בפרטיותו של אזרח אחר, שדומה שגם הן מצויות בשטחים מתים של מערכת המשפט, דוגמת ביצוע חדירה לחומר

152 השוו לשיקולי מעביד לעקוב אחר עובדים: שם, בעמ' 17–18, 21–24; ולך (לעיל הערה 63), בעמ' 486–487.

מחשב של קטין בידי הורה שלא בהסכמתו ושלא בידעתו, כדי להגן עליו מסכנה פוטנציאלית, ולחלופין כדי לוודא שהקטין נאמן לדרישות ההורה ולציפיותיו. גם זו לכאורה עבירה פלילית, לפי סעיף 4 לחוק המחשבים, התשנ"ה–1995, שפורש בבית המשפט העליון בין היתר כאיסור המבקש להגן על פרטיותו של אדם במידע שהוא מחזיק בו,¹⁵³ ללא הסכמתו.¹⁵⁴ כמו הסוגיה שנדונה במאמרי, גם פגיעה בפרטיותם של ילדים בתוך התא המשפחתי אינה עיונית גרידא;¹⁵⁵ כמוה, פעולת הפגיעה אינה מוסדרת בחוק, וכמוה, היא חלק מדיון שחרף חשיבותו ומורכבותו הוא זניה עד לא קיים במערכת המשפט.¹⁵⁶ כאשר פעולה החוזרת על עצמה במציאות מתנגשת לכאורה הן בלשון החוק והן בתכליתו, הרי שעלינו להביט נכוחה במציאות, להתבונן היטב בחוק או להרהר היטב בערכיו, משום שלפחות אחד מאלו מצריך שינוי.

153 ראו בש"פ 7368/05 זלוטובסקי נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (פורסם בנבו, 2005); ע"פ 9893/06 לאופר נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (פורסם בנבו, 2007); ע"פ 8627/14 דביר נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (פורסם בנבו, 2015).

154 רע"פ 8464/14 מדינת ישראל נ' עזרא (פורסם בנבו, 2015).

155 לפגיעות בפרטיותם של ילדים בתא המשפחתי: סאני כלב, "מרחבי ילדות? פרטיות, מעקב וצמצום המרחב הפרטי של קטינים בעידן הדיגיטלי", **מן הפרט אל הכלל: פרטיות וחברת המעקב** (תשע"ט) 279, בעמ' 292–294.

156 הזכות לפרטיות של ילדים מול הוריהם לא נדונה במישרין במערכת המשפט בישראל: סאני כלב, "אני מחליט עליי" – פרטיות של ילדים בעידן הדיגיטלי והזכות לחזרה מהסכמה הורית", **עיוני משפט** (תשע"ח) מא 61, בעמ' 95–96.