

זכות האסיר לפרטיות והפעלת שיקול-דעת שיפוטי בחברה דמוקרטית

עו"ד ניר פלסר*

1. מבוא עובדתי**

יגאל עמיר הורשע ברצח ראש-הממשלה המנוח והוא מרצה עונש של מאסר עולם בכלא "איילון" בגין מעשיו. את מאסרו, מרצה עמיר בתא מבודד, הנתון למעקב של מצלמות טלוויזיה אשר משדרות את המתרחש בתא למוניטור, במשך 24 שעות ביממה. לקראת יום השנה לרצח רבין ז"ל, ביקש ערוץ 10 לשדר סרט תיעודי בשם "מכתב אישום". הסרט סוקר את האירועים אשר קדמו לרצח. נוסף לכך, הסרט מציג את שגרת חייהם של עמיר ובני משפחתו, אם כי אלה אינם עומדים במרכז הסרט. לשם הכנת הסרט, ביקר העיתונאי נתן זהבי בכלא, ובכלל זה בחדר הבקרה. תוך שמיעת הסברים ממפקד הכלא אודות תנאי מאסרו של עמיר, נעה המצלמה בין זהבי לבין מפקד הכלא לבין המוניטור. במהלך פרק זמן זה, אשר משכו הוערך בשתי דקות, נראה עמיר מנהל את חיי היומיום בתאו, כאשר הוא לבוש בתחתוני בוקסר ובגופייה. מן הסרט נראה כי התמונות מתאו של יגאל עמיר משמשות כרקע בלבד לשיחה המוצגת, "אם כי אינן זניחות". במסגרת כתבת הפרומו ששודרה בערוץ 10, נראו תמונותיו של עמיר וזה פנה לבית המשפט המחוזי בבקשה לצו מניעה זמני כנגד שידור סרט. עיקר טענותיו של יגאל עמיר נסמכו על היותו אדם חרדי, ועל כך ש"הקרנת תמונות מעין אלו ברבים תגרום לו להשפלה ותבזה אותו".

לאחר דיון בטענות הצדדים, דחה בית המשפט המחוזי את בקשתו של יגאל עמיר. ברשימה זו אראה, כי הכרעות בית המשפט בוססו על יסודות עובדתיים ומשפטיים רעועים למדי. כמו כן אטען, כי רפיון היסודות הללו נעוץ בכשלים שונים בהפעלת שיקול-הדעת השיפוטי. לפיכך, אמחיש כי ההכרעות המשפטיות הובילו לאיזון בלתי ראוי בין האינטרסים החוקתיים הנוגדים.

2. כשל בשיקול-הדעת השיפוטי בקביעת העובדות

כידוע, כרוכה מלאכת השיפוט בשלוש פונקציות עוקבות: קביעת העובדות הדרושות לצורך ההכרעה בסכסוך (fact determination)¹; הפעלת הנורמה המשפטית הנתונה למקרה הספציפי (law application); וקביעתה של הנורמה המשפטית עצמה בהתחשב בנסיבות המקרה הספציפי (law determination). הנשיא ברק סבור, כי שיקול הדעת העובדתי הנו החשוב ביותר בהליך השיפוטי, ולפיכך סובר כי תפקידו הקלאסי של השופט הוא ההכרעה בעובדות².

במקרה דנן, ביסס עמיר את עיקר טענותיו לא על זכותו לצנעת הפרט, אלא על זכותו כאדם חרדי לצנעת הפרט. בכך, הועצמו טענותיו באמצעות שילוב הזכות לפרטיות³ עם הזכות לחופש הפולחן הדתי⁴. בלשון אחרת: הובהר כי לא דומה פגיעה בפרטיותו של אדם חילוני, לפגיעה בפרטיותו של אדם חרדי. לפיכך, שומה היה על בית המשפט להעמיק את הבנתו בעוצמת הפגיעה אודותיה הלין עמיר. אך לצערנו, פרק עובדתי זה לא זכה להתייחסות רבה, כעולה מהערותו של בית המשפט, שלפיה אין הוא סבור "כי בנסיבות אלה זכויותיו של אדם חרדי לפרטיות גדולות מאדם שאינו חרדי"⁵. סבורני כי בכך כשל בית המשפט בהפעלת שיקול-דעתו העובדתי. שכן כאמור, לא דומה פגיעה בפרטיותו של אדם חרדי, לפגיעה בפרטיותו של אדם חילוני. בהתחשב בנסיבות המקרה דנן, נדמיין לעצמנו מצב שבו מצולמת אסירה דתייה ונשואה ללא כיסוי לראשה. לכאורה, ובהתחשב בנקודת המבט החילונית, נראית הפגיעה באסירה טריוויאלית למדי, אם כי למעשה המדובר בפגיעה קשה ברגשות הדתיים של האסירה. יש לציין כמובן, כי אין בדברים אלה משום חידוש, שכן המדובר באמידת עוצמת הפגיעה מבחינה סובייקטיבית. כך, נדמיין לעצמנו אדם אשר חובש פיאה על-מנת להסתיר את ראשו המקריח. חבישת הפיאה מלמדת יותר מכל, על הבושה אשר חש אותו אדם מנשירת שעריו עד אשר חפץ הוא לאמצעים מלאכותיים על-מנת להתגבר על בושה זו. לפיכך, הגם שאנשים שונים לא יראו בקרחת הגברית בושה גדולה, אין זאת אומרת כי הפגיעה באותו סובייקט הנה פעוטה וקלת ערך. במקרה שלפנינו, בית המשפט היה מחויב להעמיק את הבנתו לעוצמת הפגיעה ברגשות הדתיים של עמיר ושל משפחתו (חרדית אף היא). ניתן כמובן לסבור כי במסגרת הדיון המשפטי בסעדים זמניים, מוטל על עמיר החובה להניח תשתית עובדתית על-מנת לתמוך בטענותיו⁶. אך חובה זו אינה

* תלמיד לתואר שני במסלול למשפט ציבורי, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

** המבוא העובדתי מבוסס על החלטותיהם של בית המשפט המחוזי בירושלים ושל בית המשפט העליון: בש"א (י-ם) 7499/04 עמיר נ' ערוץ 10, תק-מח 2004 (4) 1145; רע"א 9700/04 עמיר נ' ערוץ 10, תק-על 2004 (4) 630.

¹ אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז), 35; 1205 *Hastings Law Journal* (2001-2002) 53 "The Role of the Supreme Court in a Democracy" Aharon Barak.

² ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל הערה 1, בעמ' 35-36.

³ ראו סעיף 7(א) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לפירוש אודות מהותה של הזכות לפרטיות, ראו: Warren & Brandeis "The Right to Privacy" 4 *Harvard Law Review* (1890) 193; Ruth Gavison "Privacy and the Limits of Law" 89 *Yale Law Journal* (1980) 421.

⁴ חופש הפולחן הדתי הוכר עוד במשפט המנדטורי, ועוגן במסגרת סימן 83 לדבר המלך במועצתו, 1922. לפירוש נרחב אודות הזכות לחופש הפולחן הדתי, ראו אמנון רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, כרך א, תשנ"ו), 176-191; וכן ראו גרשון ויילר "על חופש הדת והפולחן" זכויות האדם בישראל - קובץ מאמרים לזכרו של ד"ר חמן שלח ז"ל (1988) 22.

⁵ פסקה 6 להחלטת בית המשפט המחוזי.

⁶ ראו לעניין זה את לשונה של תקנה 362(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984. ראו לעניין זה גם את קביעתו של השופט שלמה לויין ברע"א 4196/93 שפע בר ניהול ושירותים (1991) בע"מ נ' שפע מסעדות ייצור ושיווק ארוחות מוכנות 1984 בע"מ, פ"ד מז(5) 165, בעמ' 168. וכן ראו אורי גורן סוגיות בסדר הדין האזרחי (מהדורה שביעית, תשס"ג), 399-400.

פוטרת את בית המשפט מלציין את אי-עמידתו בנטל הראייתי המוטל עליו. נהפוך הוא: משלא ציין דבר בעניין זה, ניתן היה להניח כי בית המשפט קיבל את עמדתו זו של עמיר, אך לא נתן לה את מרב המשקל הראוי. ביסוס ההכרעה השיפוטית על יסודות עובדתיים כה רעועים, מטילה לטעמי, צל כבד על יכולתו של בית המשפט להכריע באם הפרסום דנן עלול להשפיל או לבזות את עמיר.

3. כשל בקביעתה של הנורמה המשפטית הרלוונטית

א. האם תא המאסר של יגאל עמיר מהווה "רשות היחיד" או "רשות הרבים"?

נראה כי גם בבניית הקונסטרוקציה המשפטית לא היטיב בית המשפט במלאכתו. בדונו בסכסוך דנן, בחן בית המשפט שתי הוראות חוק רלבנטיות אותן שאב מסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981: סעיף (3)2 המתייחס **"לצילום אדם כשהוא ברשות היחיד"**; וסעיף (4)2 הדן ב**"פרסום תצלומו של אדם ברבים בנסיבות שבהן עלול הפרסום להשפילו או לבזותו"**. לנוכח שתי החלופות, נאלץ בית המשפט להפעיל את שיקול-דעתו השיפוטי על-מנת להכריע ביניהן. החלופה הקבועה בסעיף (3)2 לחוק דנה בצילום **"ברשות היחיד"**, וכפועל יוצא מכך, לא ניתן לצלם כל סוג של תמונה⁷. ואילו, החלופה הקבועה בסעיף (4)2 דנה בתצלומו של אדם **"ברשות הרבים"**, בנסיבות שבהן הפרסום עלול להשפיל או לבזות את האדם. בהכרעו בין שתי החלופות, אימץ בית המשפט, באופן מהוסס משהו, את החלופה השנייה, בקובעו כי תאו של יגאל עמיר מהווה רשות הרבים⁸. לשם תימוכין בהכרעתו זו, מסתמך בית המשפט על לשונו של סעיף (1)8 לחוק האזנת סתר, תשל"ט-1979, לפיו **"רשות הרבים"** היא **"מקום שבו מוחזק אותה שעה עצור או אסיר"**.

פרשנות משפטית זו אינה ראויה לטעמי. קביעתה של הנורמה המשפטית דורשת תחילה כי תאותר הנורמה הרלוונטית לנסיבות המקרה. לפיכך, היה על בית המשפט לפנות לפקודת בתי-הסוהר [נוסח חדש], תשל"א-1971, אשר מסדירה את זכויותיהם וחובותיהם של אסירים. רק משלא מצא את תשובתו במסגרת מערכת נורמטיבית זו, רשאי היה בית המשפט לאתר את תשובתו על דרך ההיקש. אף-על-פי-כן, דילג בית המשפט מעל משוכה זו הישר אל חוק האזנת סתר, תוך הענקת פרשנות אשר חוטאת לכללי תורת הפרשנות.

הכלל הוא כי על הפרשן להעניק למילות החוק את משמעותן ההגיונית והטבעית⁹. לפיכך, פרשנות לשונית של סעיף (1)8 לחוק האזנת סתר תלמד, כי בעשותו שימוש במילים **"לעניין פסקה זו"**, ביקש המחוקק לסייג את קביעתו אך למסגרת המצומצמת של הסעיף הקונקרטי¹⁰. המחוקק לא ביקש להחיל את קביעתו על כל חוק האזנת סתר, על אחת כמה וכמה לא על חקיקה מחוץ לחוק האזנת סתר.

ואולם, גם אם נתעלם מהסתייגותו הלשונית של המחוקק, ניתן לחתור לפרשנות המצמצמת אף באמצעות חשיפת מטרת החוק¹¹. חוק האזנת סתר נועד לאזן בין רצונה של החברה לבער את נגע הפשיעה החמורה, לבין רצונה לרסן את סמכויות רשויות אכיפת החוק. מכאן, כי שלילת פרטיות שיחתם של אסירים ועצירים נעשתה לשם הבטחת ביטחון הציבור, בהיות האזנת הסתר אמצעי יעיל לסיכול מעשי פשיעה. אך אין ללמוד מן הדברים הללו, כי בכך שלל המחוקק לחלוטין את פרטיותם של האסירים.

פרשנות זו תואמת את קביעת השופט מצא שלפיה **"כבוד האדם של האסיר הוא כבודו של כל אדם... זכות יסוד היא לאסיר שכבודו לא ייפגע, ועל כל רשויות השלטון מוטלת חובה לכבד זכות זו וככלל להגן עליה מפני כל פגיעה"**¹². הסיפא לדברים מובילה אותנו לאפיק נוסף בחוק הגנת הפרטיות אשר נועד להגן על צנעת הפרט של עמיר במקרה דנן. כאמור, עמיר נתון למעקב חזותי-אלקטרוני, תוך הפרדתו משאר אוכלוסיית הכלא. במהלך שנים, הלן עמיר על תנאי מאסרו וביקש כי המעקב החזותי אחריו יוסר. בתי המשפט אשר דנו בעתירותיו קיבלו את עמדת שב"ס שלפיה הפרדתו של עמיר מתחייבת לשם ההגנה על חיוו מפני אסירים אחרים העלולים לפגוע בו. לפיכך, נועדו המצלמות לפקח על תנועותיו על-מנת לשמור על ביטחונו וכן על-מנת לסכל ניסיונות בריחה מצדו¹³. מכאן, למדים אנו כי בתי המשפט איזנו בין פרטיותו של עמיר, לבין צרכיו הביטחוניים של שב"ס. משנועד המעקב לצרכים ביטחוניים בלבד, הרי שיש בצילומים משום חריגה לתכלית הביטחונית.

ב. קיומו של "עניין ציבורי" בצילום יגאל עמיר ברשות היחיד

על כל פנים, גם אם נקבל את הפרשנות המשפטית הראויה כי תאו של האסיר מהווה **"רשות היחיד"**, עדיין תהא הפגיעה בפרטיות מותרת באם מתקיים **"עניין ציבורי"**, כעולה מלשון ההגנה הקבועה בסעיף (3)18 לחוק הגנת הפרטיות.

פרופ' סגל סבור כי לא די בכך שהפגיעה נגעה לעניין ציבורי, אלא צריך להיות ברור כי בפגיעה עצמה היה עניין ציבורי¹⁴. לאמור, כי לא כל פרסום אשר מעורר את סקרנותו או את יצר התעניינותו של הציבור, מהווה **"עניין ציבורי"**, אלא רק פרסום המביא תועלת ציבורית, באמצעות תרומה לגיבוש דעתו

⁷ פסקה 6 להחלטת בית המשפט המחוזי.

⁸ שם, פסקה 7.

⁹ ע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד (4) 421, בעמ' 427.

¹⁰ בדקו וראו כי ייתכן שמונח זה מבחינה לשונית יתברר בצורה שונה בדברי חקיקה שונים, אך הכל מושפע, בעיקרון, מן ההקשר. ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים-עשרה, פ"ד (4) מב' 177, בעמ' 191; ע"א 31/63 פלדברג נ' המנהל לעניין חוק מס שבח מקרקעין, פ"ד יז 1231, בעמ' 1235; בג"ץ 442/71 לנסקי ואח' נ' שר הפנים, פ"ד כו' (2) 337, בעמ' 349.

¹¹ ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל הערה 1, בעמ' 90.

¹² רע"ב 4409/94 גולן נ' שירות בתי-הסוהר, פ"ד נ' (4) 136, בעמ' 156.

¹³ רע"ב 3172/99 עמיר נ' שירות בתי הסוהר, דינים עליון נו 641; ע' (ב"ש) 7675/96 עמיר נ' שירות בתי הסוהר, תק-מח 96 (3) 175; ע"א (ב"ש) יגאל נ' שירות בתי הסוהר, דינים מחוזי לג' (2) 527. כמו כן ראו דוד בר-אופיר עתירות אסירים (2003) 163.

¹⁴ זאב סגל חופש העיתונות: בין מיתוס למציאות (תשנ"ו), 119.

של הציבור בעניין בעל משמעות ציבורית¹⁵. לנוכח הפגיעה בזכות יסוד חוקתית, סבור פרופ' סגל כי הטוען לקיומה של ההגנה בסעיף 18(3), יצטרך לשכנע כי העניין הציבורי הוא אשר חייב אותו לפגוע בפרטיותו של הזולת¹⁶.

במקרה דנן, טענו המשיבים כי העניין לציבור משתקף מכוונתו של הסרט להציג את שגרת חייהם של עמיר ומשפחתו, לאחר הרצח. אין מחלוקת כי לנוכח הטרגדיה הלאומית, מהווה יוזמה עיתונאית זו עניין ציבורי ראשון מן המעלה. אך ניכר כי אופן הפגיעה אינו משרת את הכוונה העיתונאית. ראוי כי משדר עיתונאי, שנועד להשכיל את הציבור הרחב באמצעות הצגת שגרת יומו של עמיר, יתאר את מלוא השגרה: השכמתו, סדר יומו, בידודו משאר אוכלוסיית הכלא וכיו"ב. הצגתו של עמיר לבוש בגופייתו ובתחתוניו בתוך תאו במשך 2 דקות בלבד, אינה משרתת את הכוונה העיתונאית אשר בשמה נפגעה פרטיותו של עמיר. כאמור, מבקש הסרט לתאר גם את שגרת יומם של בני משפחתו של עמיר. האם צילומם של אלה בביתם, לבושים בבגדי הבית, במשך שתי דקות בלבד, אכן מסייע לציבור הרחב בגיבוש דעתו אודות המקרה? נראה לי שלא ניתן להשיב על כך אלא בשלילה.

ג. פגיעה בפרטיות והפעלת עקרון ההפרדה ("Severability")

על כל פנים, גם אם בית המשפט היה מסיק כי קיים "עניין ציבורי" בפרסום, הרי שאין בהכרחו זו כדי לרפא את הפגיעה בפרטיות. כאמור, הופנו עיקר טיעוניו של עמיר כנגד צילומו בגופייה ובתחתונים, ולא כנגד צילומו בתאו באופן כללי. לנוכח טיעוניו המצומצמים של עמיר, שומה היה על בית המשפט לבחון את הפעלת עקרון "העיפרון הכחול", על-מנת לאזן ככל הניתן בין הפגיעה בפרטיות לבין הגבלת חופש הביטוי. עקרון "העיפרון הכחול" אשר השתרש תחילה בשיטתנו המשפטית באמצעות דיני הירושה ודיני החוזים¹⁷, זכה להעלאת מדרגה קונסטיטוציונית עם חקיקתם של חוקי-היסוד החדשים. לשיטתו של הנשיא ברק, על בית המשפט לערוך ניתוח בגוף החוק הפוגע ולהפריד בין החלק התקף לבין החלק הבטל¹⁸. על-מנת ליישם כיאות את עקרון ההפרדה, על השופט לשאול את עצמו מהי תכליתו של החוק ולבחון אם זו ניתנת להגשמה חרף ביטולו של החלק הבלתי-החוקי. מכיוון שמטרתה של הפרשנות היא להגשים את התכלית החקיקתית, הרי שאם ניתן להגשים את התכלית באמצעות ההפרדה, יש לעשות כן¹⁹. כאמור, תכלית הסרט הייתה לשקף את שגרת יומו של עמיר. תכלית זו אינה מוגשמת באמצעות צורת לבושו, אלא באמצעות הצגת אורחות חייו היומיומיים מאחורי סורג ובריח. אשר על כן - ולנוכח "פלאי הטכנולוגיה" בתחום התקשורת המשודרת - שומה היה על בית המשפט לבחון באם ניתן לטשטש את פרטי לבושו של עמיר על-מנת שלא לפגוע בצנעת פרטיותו הדתית. כל זאת, תוך הימנעות מפגיעה בשאר חלקי הצילום המתארים את שגרת מאסרו. משלא בחן בית המשפט את הפעלת עקרון ההפרדה, פגע באופן בלתי-פרופורציונלי בזכות הקונסטיטוציונית לצנעת הפרט.

4. סיכום

מן הניתוח המדוקדק לעיל, למדים אנו כי הכרעתו של בית המשפט המחוזי הונחה על יסודות עובדיניים ומשפטיים רעועים למדי. אף כי הדבר דורש בחינה מעמיקה, לא ניתן להשתחרר מן התחושה כי היות המבקש רוצחו של ראש הממשלה המנוח, שימשה עוגן מרכזי לעיגון ההנמקה השיפוטית כפי שנומקה²⁰. כאמור, אין בטענה זו משום חידוש של ממש. שכן מזה זמן רב טוענים משפטיים, פסיכולוגים וסוציולוגים, כי הכרעתו המשפטית של השופט אינה מתגבשת בסוף המשפט, אלא כבר מתחילתו²¹.

מעשהו המתועב והמחריד של יגאל עמיר הכה ללא ספק בהלם אומה שלמה. אך ניכר כי גלי ההלם המדהדים עד עצם היום הזה בתודעתנו החברתית, מקהים את חשינו באיתור הכשלים השיפוטיים כפי שהוצגו לעיל. לעתים אנו נוטים לשכוח כי בכשלים הללו טמונה פגיעה של ממש במרקם החיים הדמוקרטיים שלנו. כלשונו של השופט מצא: "פגיעה בכבוד האדם של האסיר פוגעת לא רק באסיר, אלא גם בדמותה של החברה"²². תפקיד השופט הוא להגן על ערכיה של המדינה כמדינה דמוקרטית, ועל הזכויות האזרחיות הנגזרות מערכים אלה²³. לפיכך, על השופט לבודד את עצמו מדעת-הקהל הציבורית, ולפסוק לפי החוק והמשפט במטרה להגשים את העקרונות והזכויות הדמוקרטיות של החברה בה הוא חי ופועל²⁴.

¹⁵ זאב סגל זכות הציבור לדעת באור חוק חופש המידע (תש"ס), 186; וכן ראו: אלי הלם דיני הגנת הפרטיות (2003), 232-233; רות גביון "הזכות לפרטיות וזכות הציבור לדעת" זכויות אזרח בישראל - קובץ מאמרים לכבוד השופט חיים כהן (תשמ"ב) 177.

¹⁶ סגל, לעיל הערה 14, שם.

¹⁷ סעיף 38 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965; וכן סעיף 19 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ד-1973.

¹⁸ בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, בעמ' 413-414; אהרן ברק פרשנות במשפט: פרשנות חוקתית (כרך שלישי, תשנ"ג), 735.

¹⁹ ברק, שם, בעמ' 736.

²⁰ צאו וראו כי מעשהו של יגאל עמיר אף מצא את ביטויו בהחלטה שיפוטית אשר דנה באחת מעתירותיו: ע' (ב"ש) 7013/96 עמיר נ' שירות בתי הסוהר, תק-מח 14 (1) 96 (החלטתו של השופט צבי סגל).

²¹ ראו למשל: דורון מנשה "שיקול דעת עובדתי, חופש הכוחה ותזות בדבר מקצועיות השפיטה" הפרקליט מג (תשנ"ז) 83, בעמ' 99-100; Francisca Farina, 56 (2003) *Psychology in Spain* 7(1) "Anchoring in Judicial Decision-Making" Ramon Arce & Mercedes Novo.

²² רע"ב גולן, לעיל הערה 12, בעמ' 156.

²³ אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004), 85; אהרן ברק "תפקידו של בימ"ש עליון בחברה דמוקרטית" הפרקליט מא (תשנ"ג) 5, בעמ' 7.

²⁴ ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל הערה 23, בעמ' 51; וכן ראו אהרן ברק "תפקידו של השופט במשטר דמוקרטי" עלון השופטים 30 (1999) 3, בעמ' 7.