

על האזנת סתר ועל פגיעה בפרטיות בהאזנת סתר

מאת

אורי רוזן*

א. מבוא - הצגת הנושא

חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979,¹ וחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981,² עוסקים שניהם, לכאורה, באותה מאטריה: הגנת צנעתו של אדם מפני חזירה לאימוסכמת או לאימוסמכת אליה על-ידי אחר, בין בדרך האזנת סתר לשיחותיו ובין בדרך של פגיעה אחרת בפרטיותו, דוגמת בילוש, צילום וכיוצא באלה. אי-על-פיכך, זכה עניין האזנת הסתר, המהווה רק אחד העניינים הבאים בגדרה של הזכות לפרטיות,³ להסדר מיוחד, בחוק נפרד מזה העוסק בזכות לפרטיות באורח כללי. יחד עם זאת, קשר המחוקק את שני החוקים בדרך עקיפין, בקובעו בסעיף 2(2) לחוק הגנת הפרטיות כי:

פגיעה בפרטיות היא אחת מאלה:

(1) ...

(2) האזנה אסורה על פי חוק.⁴

מהי משמעותו של סעיף 2(2)? מה טיבו של הקשר בין שני החוקים? האם הוראותיו של חוק הגנת הפרטיות חלות על אלו של חוק האזנת סתר? האם ההפרדה בין שני החוקים היא "מקריית", ולמעשה הם מהווים שני חלקיו של הסדר העשוי מקשה אחת, או אולי מדובר בשתי מסגרות נורמטיביות נפרדות, העומדות כל אחת בפני עצמה? האם תיתכן תחולה של שני החוקים, ברומנית, על מערכת עובדתית נתונה, או שמא חל כל אחד מהם בתחום מוגדר ונבדל?

* עוזר הוראה ותלמיד לתואר שני, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

1 ס"ח 118 (להלן: חוק האזנת סתר).

2 ס"ח 128 (להלן: חוק הגנת הפרטיות).

3 על הזכות לפרטיות ועל תחומיה ראה, R.A. Posner, (1968) 475; C. Fried, "Privacy" *Yale L. J.*

4 להלן נתייחס לסעיף זה כאל "סעיף 2(2)", ללא ציון שם החוק.

L. Rev. (1960) 383.

שאלות אלה טרם נתלבנו בפסיקה או בספרות המשפטית, ועליכן התשובות שניתנו להן, בשעת הצורך, היו כלליות ומעורפלות. דוגמא לאי-בהירות השוררת בנוגע ליחס בין חוק האזנת סתר לבין חוק הגנת הפרטיות נמצא, למשל, בדבר-יאגב של המשנה לנשיא בית-המשפט העליון, השופטת כרפורת, בעניין מילין:

לבאורה, אפילו חוק האזנת סתר הנ"ל "כפף" עצמו לאינטרס הציבור לרעת, זאת לאור כמה מהוראותיו של חוק הגנת הפרטיות. אבהיד ענין זה: לפי סעיף 2(2) לחוק האזרחי, 'פגיעה בפרטיות' היא (בין היתר) 'האזנה האסורה על פי חוק', וברור, שגם (אם לא בעיקר) חוק האזנת סתר במשמע. מכאן, שחלות על כגון דא הוראותיו של סעיף 18(3) לחוק הגנת הפרטיות, לפיו במשפט פלילי או אזרחי, בשל פגיעה בפרטיות, תהא זו הגנה טובה אם 'בפגיעה היה ענין ציבורי המצדיק אותה בנסיבות הענין, ובלבד שאם היתה הפגיעה בדרך של פרסום – הפרסום לא היה כוזב'. אם חל הפטור האמור, כי אז הופך המידע גם לקביל כראיה, לפי סעיף 32 לאותו חוק.

לא ביקשתי לתת להוראות הללו פירוש מוסמך, אלא רק לציין, כי לבאורה ניתן למצוא בהן תמיכה להלך מחשבתי כאשר לצורך בשמירה על אינטרס הציבור לרעת, ולו גם כאשר המידע המתפרסם נרכש תוך נקיטת אמצעים המהווים פגיעה בפרטיות (כולל, שוב לבאורה, האזנת סתר) (במאמר מוסגר ייאמר, שכדאי להפנות את שימת לבו של המחוקק לתוצאה, שאולי קיימת, והיא, שאדם ייתן את הדין לפי חוק האזנת סתר, אך יזכה לפטור לפי חוק הגנת הפרטיות).

לא זו בלבד שאלו הם דבר-יאגב, המעלים אפשרויות שהן בגדר "לבאורה" ו"אולי", אלא אף המסקנה המתבקשת מהם, למשל, כאשר ל"כפיפות" של חוק האזנת סתר להוראה כלשהי מהוראותיו של חוק הגנת הפרטיות, או לאינטרס הציבור לרעת, המעוגנת – לפי דבריה של השופטת כרפורת – בנוסחו של סעיף 2(2), אינה עולה בקנה אחד עם מטרתו שני החוקים והעקרונות שנקבעו בהם, ואף אין לה אחיזה בסעיף 2(2) עצמו. מטרתנו ברשימה זו תהא אפוא לבחון את משמעותו המדיקת של סעיף 2(2), ועל-פיה – את שאלת היחס בין שני החוקים, וכן לעמוד על ההסדרים הקיימים בהם כאשר לאחריות הפלילית והאזרחית בגין ביצוע האזנת סתר. נצביע על ליקוי הקיים – לרעתנו – בהסדרים אלה, ונבקש להציע דרך לתיקונם.

ב. חוק האזנת סתר וחוק הגנת הפרטיות – "כפיפות"?

1. כללי

משבאים אנו לעמוד על פירושה הנכון של הוראה חקוקה, שומה עלינו לבקש את התכלית

5 בג"צ 259/84 מ.י.ל.ן. מבין ישראל לי מוצר ולעסק הנבדק בעים ואדו נ' רשות השידור ואדו, פ"ד לחו" 683-684 (להלן: עניין מילין). לדברי השופטת כרפורת הצטרפו השופטים ברק וגולדברג. נציין, אגב אירחא, כי על-פי העובדות המפורסות בפסק-הדין כל השיחות, ששידורן בתכנית "כלבוטק" נדון בעתידה, הוקלטו בהסכמת אחד המשתתפים, ועליכן לא היתה כאן כלל האזנת סתר, כהגדרתה בסעיף 1 לחוק האזנת סתר.

שחקיקתה מבקשת להגשים – אחר "מטרת החוק". מטרה זו באה לידי ביטוי גלוי בראשית בראשונה בחוק עצמו, במלים שנבחרו כדי לשרת את מטרתו ובהסדרים שנקבעו בו.

בחנית השאלה, אם אכן מטרתו של סעיף 2(2) הינה להכפיף את חוק האזנת סתר להוראותיו של חוק הגנת הפרטיות, תיעשה בשני שלבים: ראשית, נשווה את שני החוקים, נושאי דיוננו, במישור העקרוני – אילו הסדרים נקבעו בהם ומה נוכל להסיק מהם על כוונת המחוקק לגבי היחס הראוי ביניהם; ואחרית, נבחן קונקרטי מה הוראתו של סעיף 2(2), ומה המסקנה העולה ממנה, נוכח תוצאות בדיקתנו הראשונה באשר לכוונה האמורה.

2. המישור העקרוני - הבחנות מרכזיות

בחנית שני החוקים, כל אחד לעצמו ותוך השוואה זה לזה, מלמדת כי ההסדרים שנקבעו בהם שונים ונבדלים אלה מאלה בשלושה עניינים מרכזיים: (א) מישור ההתייחסות של החוק; (ב) האינטרסים המוכרים והמוגנים בו; (ג) תפקיד בית המשפט ביישומו. כפי שיתברר, שלוב כל עניין במשנהו, ואי אפשר – ואף אין צורך – להפריד ביניהם. לשלושה אלה יש להוסיף הבדל רביעי, במישור הקבילות הראייתית של דברים שהושגו תוך הפרת הוראות החוק, אולם מאחר ששורשי של זה נעוצים לאו דווקא בטעמים שבמהות, נדון בו בנפרד.

(א) מישורי ההתייחסות של שני החוקים

חוק האזנת סתר הוא חוק פלילי, כפי שגם שמו המקורי, בהצעת החוק, מעיד עליו: הצעת חוק דיני העונשין (האזנת סתר).⁶ ההתנהגות המוגדרת בו מהווה עבירה פלילית, לאמור ניתן להטיל בגינה סנקציה עונשית. עניינו של החוק הוא מערכת היחסים שבין החברה כגוף לבין הפרט. והתנהגותו של פרט בניגוד לחוק אינה פוגעת באינטרס של פרטים אחרים בלבד אלא גם באינטרס של החברה כולה – פגיעה המצדיקה התערבות הריבון והענשת העבריינים.

לעומת זאת, חוק הגנת הפרטיות הוא חוק שעיקר עניינו מערכת היחסים שבין הפרטים בחברה לבין עצמם. הוא קובע כי פגיעה בפרטיות היא עוולה אזרחית, ונותן בידי הפרט, שפלוש לפרטיותו וחיללו את צנעתו, תרופות וסעדים המכוונים לצמצום הפגיעה שאירעה ולפיצוי על נזקיו.⁷

יש שסברו כי די בהטלת אחריות אזרחית זו, שכן הפגיעה בפרטיות היא – אליבא דידם – פגיעה באינטרס פרטי מובהק, שראוי להסדירה בתחומי המשפט הפרטי, היינו: בעיקר

6 בכך כוונתנו להבחין בין חוק שמישור התייחסותו העיקרי הוא מישור היחסים שבין המדינה, כגוף, לבין הפרט, היינו: בעיקר במישור הדין הפלילי, לבין חוק העוסק בעיקר ביחסים שבין הפרטים בחברה לבין עצמם, היינו: בעיקר במישור הדין האזרחי.

7 ה"ח תשל"ח 301.

8 סעיפים 4, 29 לחוק הגנת הפרטיות.

בדיני הנוזקין. אף על-פי-כן קבע המחוקק כי פגיעה בפרטיות יכולה שתהא עבירה פלילית, בנסיבות שבהן נפגע – על-פי תפישתו – גם אינטרס ציבורי¹⁰. ראיית העבירה עצמה כעבירה שאופייה הוא "מעיד פרטי"¹¹, הביאה אף לכך כי היוזמה להפעלת הסנקציה הפלילית, הנשלטת בדרך-כלל על-ידי הדיכוי, ניתנה גם בידי של הנפגע, בדרך של הגשת קובלנה פרטית¹².

זאת ועוד. חוק הגנת הפרטיות עוצב במידה רבה לפי תבניתו של חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965¹³. חוק זה קובע כי פרסומה של לשון-הרע מהווה לא רק עוולה אזרחית אלא גם, בנסיבות מסוימות, עבירה פלילית, ולגביה נקבע כי "האחריות הפלילית חייבת להיות קשורה, מטבע הדברים, באינטרס ציבורי, אשר הפגיעה בו יש בה כדי להצדיק, בנוסף לאחריות האזרחית, גם סנקציות פליליות"¹⁴, וכי היא "מכשיר בידי הנפגע רק במקרים קיצוניים"¹⁵. הגישה המדגישה את ההגנה על אינטרס הפרט בדרך של מתן סעדים כנגד מי שפגע בפרטיותו, להבדיל מהפעלת המנגנון הפלילי על-ידי המדינה לשם ענישת העברין, באה לידי ביטוי גם בדיון וחשבונו של הוועדה להגנה בפני פגיעה בצנעת הפרט, ששימש בסיס לניסוחה של הצעת חוק הגנת הפרטיות, ואשר ממנו עולה כי הסנקציה הפלילית נועדה למימוש במקרים מיוחדים בלבד:

הוועדה סבורה שיש צורך בסנקציה הפלילית מכיוון שיתכנו מקרים בהם הנפגע אינו יכול או אינו רוצה מטעמים שונים להגיש תביעה אזרחית, והפגיעה היא כה חמורה שיש להעניש את הפוגע, וכן כדי להרתיע אנשים, שאין אפשרות לגבות מהם פיצויים בפני פגיעה בודד בפרטיות¹⁶.

- 9 ראה, למשל, דבריו של ו' סגל, "הזכות לפרטיות למול הזכות לדעת" עיוני משפט ס (תשמ"ג) 175, בעמ' 201.
- לנו נראה כי למרות ששמירת הפרטיות נושאת עימה גם אינטרס חברתי כולל, הרי שבמקרה של דבר מדובר באינטרס בעל אופי פרטי במהותו. התרופה הראויה להגנת הפרטיות צריכה להיות ביסודה תרופה בתחום המשפט הפרטי וספק אם ראוייה כאן, בכלל, הפעלתו של המנגנון הפלילי.
- ראה גם ר"כ (תשמ"א) 1767, 1770-1771.
- 10 סעיף 5 לחוק הגנת הפרטיות. לעניין האינטרס הציבורי שביסוד האחריות הפלילית השווה ע"פ 677/83 בורדוב נ' ישת, פ"ד לט(3) 205 (להלן: עניין בורדוב).
- 11 ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין (המכון למחקרי חקיקה ע"ש סאקר, תשמ"ד) כרך א בעמ' 111.
- 12 סעיף 34 לחוק הגנת הפרטיות: סעיפים 68-73 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982.
- 13 ס"ח 240 (להלן: חוק איסור לשון הרע); ראה דיווח-שבון הוועדה להגנה בפני פגיעה בצנעת הפרט (י"ד – השופט י' כהן) (מדינת ישראל, תשל"ז) בעמ' 3.
- 14 דברי השופט ברק בעניין בורדוב (לעיל, הערה 10), בעמ' 219.
- 15 דברי השופט גולדברג, שם, בעמ' 213. השווה: A.C. 477 (H.L.) [1980] *Gleaves v. Deakin*.
- 16 לעיל, הערה 13, בעמ' 27 (להלן: הוועדה להגנת הפרטיות). דברים רומים אפשר למצוא בהצעת חוק הגנת הפרטיות, התש"ם-1980, ה"ח 206, בעמ' 208, וכן בדברים שנאמרו בכנסת, בקריאת השונות של הצעת החוק: ו"כ 89 (התש"ם) 3487, 3498, 3612.

(ב) אינטרסים מוגנים

1. חוק האזנת סתר

שני יסודות מרכזיים בחוק האזנת סתר: מחד גיסא, האיסור על האזנת סתר, ומאידך גיסא, חריגים לתחולת האיסור. החריגים עצמם הם משני סוגים: מקרים שבהם ייתן היתר להאזנת סתר, ומקרים שבהם ההאזנה מותרת, ללא צורך בהיתר.

סעיף 2 לחוק קובע כי האזנת סתר – שהוגדרה¹⁷ כהאזנה לשיחת¹⁸ הזולת באמצעות מכשיר, ללא הסכמת אף אחד מבעלי השיחה, ובנסיבות מסוימות למרות הסכמת מי מהם¹⁹ – היא אסורה, אם בוצעה שלא על-פי היתר כדין. עוד נקבע בו, כי שימוש ביוזעין וללא סמכות כדין בדיעה או בתוכנה של שיחה, שהושגו על-ידי האזנת סתר, בין שנעשתה כדין ובין שנעשתה שלא כדין; גילוי ידיעה או תוכן שיחה, כאמור, ביוזעין לאדם שאינו מוסמך לקבלה; וכן הצבת מכשיר או התקנתו למטרת האזנת סתר שלא כדין או כדי לאפשר שימוש בו למטרה זו – כל אלה הן עבירות פליליות בגות'עונשין. האיסור, והסנקציה בצדו, מקורם בהכרת המחוקק באינטרס של אדם לפרטיות שיחותיו עם הזולת וברצון להגן עליה מפני פגיעה באמצעות מכשירים²⁰. הזכות לפרטיות היא, בלשונו של נירזר:

[...] a recognition of the dignity of solitude, the majesty of man's free will, the power to mold one's own destiny, the sacred and inviolate nature of man's innermost self.²¹

בצד ההכרה באינטרס זה, המחוקק מכיר בכך כי ישנם צרכים אחרים של החברה המחיבים, ומצדיקים, פגיעה בפרטיותו של אדם על-ידי האזנת סתר, בין בהיתר בין בלעדיו. היתר להאזנת סתר יכול שיינתן, כמפורט בסעיפים 4–7 לחוק, לשתי מטרות בלבד: לשם הגנה על בטחון המדינה או לשם מניעת עבירות וגילוי עבריינים. ממילא ברור כי היתר ניתן אך ורק לרשות מרשויות המדינה²².

הסדר זה מצביע אפוא על האינטרסים המתנגשים, שבין תביעותיהם המנוגדות המחוקק מבקש למצוא איזון בחוק; מחד גיסא, האינטרס לפרטיות, ומאידך גיסא, האינטרס החברתי-ציבורי לביטחון ולמניעת עבריינות. לכך יש הדי אף בדברי ההסבר להצעת החוק:

מטרתו של החוק המוצע היא מצד אחד לתת בסיס משפטי איתן להגנת הפרט מפני

17 סעיף 1 לחוק האזנת סתר.

18 "שיחה" – בדיבור או בדרך תקשורת אחרת (סעיף 1 בחוק).

19 לענין זה ראה סעיף 3 לחוק.

20 הצעת חוק דיני העונשין (האזנת סתר) (לעיל, הערה 7), בעמ' 301; ע"פ 949/80 שוהמי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 76; א' סס"ן, "האזנת סתר ומעקבים אלקטרוניים נסתרים כאמצעים לקידומה של חקירה פלילית ובטחונות" משפטים יד (תשמ"ה) 527, 528.

21 L. Nizer, "The Right to Privacy – A Half Century's Development" 39 Mich L. Rev. 526, 528 (1941).

22 ההיתר יכול שיינתן אך ורק לרשות בטחון, היא אמ"ן או שב"ב, או למשטרת ישראל: סעיפים 1, 4–7 לחוק.

התערבות בצנעתו על ידי הוראה המענישה האזנה אסורה, ומן הצד השני להסדיר את ההליכים להאזנה כשזו מחויבת מטעמים של מניעת עבירות וגילוי עבריינים.²³

דברים עד כה אמורים לגבי החוק בכללותו. נציין כי אף בחריגים המנויים בסעיף 8 לחוק, היינו אותם מקרים שבהם מותרת ההאזנה מלכתחילה, ללא צורך בהיתר, אין למצוא הכרה באינטרס יסודי אחר, שהמחוקק משתפו בתהליך איזון האינטרסים. חריגים אלה מהווים, בחלקם, ביטוי נוסף להכרה באינטרס הציבורי בענייני ביטחון ומניעת עבריינות, ובחלקם הם מיוחדים לנסיבות ספציפיות, שאופיין מחייב התרת האזנת סתר.²⁴ לא מצאנו אפוא כי חוק האזנת סתר מכיר באינטרס הציבורי לדעת כאינטרס ראוי להגנה. אף בסעיף 18(ג) לחוק, המגן, לכאורה, גם על אמצעייהתקשורת,²⁵ אין למצוא הכרה באינטרס זה, שכן תכליתו היא לתת פטור בדיעבד למי שהקליט באקראי ובתום לב שיחה "פרטית", ואין הוא נותן חיתר מראש להאזנה כלשהי.²⁶

2. חוק הגנת הפרטיות

כשמו כן הוא, חוק הגנת הפרטיות נועד לעגן בדף את הזכות לפרטיות ואת ההגנה עליה.²⁷ סעיף 1 לחוק קובע כי "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו", אך הוראה מרחיבה לכאורה זו נפרטת בסעיף 2 לחוק לרשימה ממצה של דרכי הפגיעה בפרטיות.²⁸ האיסור המוטל בחוק על הפגיעה בפרטיות הוא במישור הפלילי והאזרחי גם יחד, אף שתחומי האיסור הפלילי אינם זהים לאלו של העוולה האזרחית.²⁹

23. לעיל, הערה 7, בעמ' 301. ראה גם ע"פ 656/79 אפללו ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד (3) 561, 570.

24. עם הראשונים ניתן למנות את החריגים שבסעיפים 18(א), 18(ב) ו-8(2) לחוק (האזנה לשיחה ברשות הרבים מטעמי כטחון המדינה או מניעת עבירות וגילוי עבריינים; האזנה על-ידי הצנזור הצבאי הראשי לשיחות בינלאומיות), ועם האחרונים – את החריגים שבסעיפים 38(3), 8(4) ו-8(5) לחוק (האזנה לקווי-תקשורת שבשימוש הצבא והמשטרה; האזנה של עובד משרד-התקשורת לשם בדיקת תקינות הקו או לשם אכיפת ההוראות המחייבות רישוי של תחנות-תקשורת – לעניין זה ראה גם סעיף 39 לחוק הבנק, התשמ"ב-1982).

25. סעיף 18(ג) קובע כי "האזנות סתר אלה אינן טעונות היתר לפי חוק זה: (1) האזנה לשיחה ברשות הרבים, אם נעשתה... (ג) באקראי ובתום לב, אגב הקלטה גלויה שנועדה לפרסום ברבים או למחקר". ראה גם דברי ההסבר לסעיף זה בהצעת החוק (לעיל, הערה 7), בעמ' 304: "החוק [מתיר] האזנה שאינה מכוננת לכתחילה לשיחה פלוגית ושנעשתה אגב הקלטה פומבית (כגון הקלטת רחוב בטלביזיה, הקולטת מבלי משים שיחה פרטית...) (ההדגשה הוספה).

26. הוראה נוספת הנוגעת לענייננו היא זו שבסעיף 9 לחוק, הקובעת כי "חוק זה אינו בא להתיר האזנת סתר לשיחה שעדות עליה חסויה לפי סעיפים 48 עד 51 לפקודת הראיות...". אף הוראה זו מסדירה בעיה מיוחדת, ואין ללמוד ממנה על הכלל.

27. ר"ח הוועדה להגנת הפרטיות (לעיל, הערה 13), בעמ' 1-3; הצעת חוק הגנת הפרטיות (לעיל, הערה 16), בעמ' 206.

28. ראה בג"צ 249/82 ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד (2) 393, 412, 423.

29. סעיפים 4, 5 לחוק הגנת הפרטיות. כל פגיעה בפרטיות היא עוולה אזרחית, אך לא דווקא עבירה פלילית; הפגיעות בפרטיות המפורטות בסעיפים 2(2) ו-8(2) לחוק אינן בגדר עבירה פלילית על פיו. לסעיף 2(2), ראה דיון נרחב להלן, בטקסט ליד הערה 52 ואילך; אשר לסעיף 8(2), הקובע כי פגיעה

בבחינת האזנת סתר, גם כאן הזכות לפרטיות איננה זכות מוחלטת. היא מוגבלת על-ידי זכויות וצרכים אחרים, של החברה בכלל ושל פרטים בתוכה, הבאים לידי ביטוי בהגנות ובפטורים השונים שנקבעו בחוק. נציג את העיקריים שבהם.

סעיף 19(ב) לחוק קובע, כי "רשות בטחון או מי שנמנה עם עובדיה או פועל מטעמה, לא ישאו באחריות לפי חוק זה על פגיעה שנעשתה באופן סביר במסגרת תפקידם ולשם מילוי³⁰. המחוקק מכיר אפוא בצורכי זרועות השלטון לאסוף ידיעות הנחוצות לשמירה על בטחון הציבור, מניעת פשיעה וענישת עבריינים, אף כשהדבר מהווה פגיעה בפרטיות. זהו אינטרס הדומה במהותו לאינטרס שזכה להגנה בחוק האזנת סתר, אלא ש"נוסחת האיוון" שנקבעה בשני החוקים שונה ומרחב פעולתה של הרשות משתנה בהתאם.

אינטרס מוכר אחר הוא האינטרס הציבורי להבטיח זרימה חופשית של מידע מן הציבור ואליו בנושאים המשפיעים על חיי הכלל והפרט, כך שכל אזרח יוכל לעצב את דעתו והשקפת עולמו תוך ידיעה על המתרחש בחברה ומתוך יכולת להעריך נכונה רעיונות, דעות ואירועים. הזרימה החופשית של מידע בחברה מחייבת, בראש-דבר, הבטחת חופש ביטוי וחופש עיתונות, שכן כליהתקשורת ההמוניים הם נושאי כליה הראשונים במעלה של "זכות הציבור לדעת"³¹. ההגנות העיקריות בחוק הגנת הפרטיות, שבהן העיתונות יכולה לעשות שימוש, הן שתיים: הגנה על פעולה בתום-לב שנעשתה על-פי חובה מקצועית, לפי סעיף 18(2)(ב) לחוק³², והגנה על פגיעה בפרטיות שהיה בה עניין ציבורי, לפי סעיף 18(3) לחוק³³.

אינטרס נוסף, המגולם בהגנות שבחוק הגנת הפרטיות, עניינו חופש העיסוק של בעלי-מקצוע האוספים מידע הנוגע לענייני הפרטים של אדם למטרות חוקיות, כגון בלשים וחוקרים פרטיים³⁴. סעיף 18(2)(ד) קובע, כי תהא זו הגנה טובה לנתבע או נאשם אם נעשתה הפגיעה בפרטיות "תוך ביצוע עיסוקו של הפוגע כדון ובמהלך עבודתו הרגיל, ובכך שלא נעשתה דרך פרסום ברבים".

האינטרסים המוכרים בחוק הגנת הפרטיות כאינטרסים הראויים להגנה משפטית הם

בפרטיות היא גם "הפרה של חובת סודיות לגבי ענייני הפרטים של אדם, שנקבעה בהסכם מפורש או משתמע", סבר המחוקק (הצעת חוק הגנת הפרטיות ולעיל, הערה 16, בעמ' 208) כי "הואיל ומדובר... בהפרת הסכם... הסנקציה המתאימה היא אחריות אזרחית ולא פלילית".

רשויות בטחון, לעניין זה, הן משטרת ישראל, אמ"ן, משטרה צבאית ושב"כ (סעיף 19(ג) לחוק).

30 בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 876-878; בג"צ 372/84 קלוספר נווה ואח' נ' שר החינוך והתרבות ואח', פ"ד לח(3) 233, 238; כ"ש 368/86, 298 צימריץ ונבו נ' בית-הדין המשמעתי של לשכת עורכי-הדין (מפי הנשיא שמגר – טרם פורסם); ו' סגל, "זכות האזנה לקבל מידע בעניינים ציבוריים" עיוני משפט י (תשמ"ד-תשמ"ה) 625; ובהקשר לחוק הגנת הפרטיות ראה עניין מילן (לעיל, הערה 5), בעמ' 684.

32 השווה סעיף 15(2) לחוק איסור לשון הרע וע"א 213/69 חברת החשמל נ' עיתון הארץ ואח', פ"ד כג(2) 87.

33 הגנה זו נכללה בחוק בעקבות דרישה מפורשת של העיתונות (ד"כ תשמ"מ 3487, 3490-3491). המבחן ל"ענין הציבורי" בפגיעה הוא אם יש לציבור אינטרס לגיטימי לדעת את הפרטים המתפרסמים: ראה עניין מילן (לעיל, הערה 5), בעמ' 684; השווה המ' (ת"א) 5360/85 אבו הצירה נ' העיתון חדשות ואח', פ"מ תשמ"ה ג 478.

34 ד"ח הוועדה להגנת הפרטיות (לעיל, הערה 13), בעמ' 3.

אפוא רבים מאלו שהוכרו בחוק האזנת סתר, והאיוון ביניהם הוא, לפיכך, שונה ומורכב יותר.

(ג) תפקידו של בית-המשפט

בחוק האזנת סתר קבע המחוקק הוא-עצמו מהו האיוון הראוי בין האינטרסים המתנגשים: יש לשמור על הזכות לפרטיות, אלא אם דרושה ההאזנה מטעמים של בטחון המדינה, מניעת עבירות או גילוי עבריינים וניתן לה היתר, או שהיא נעשית ברשות הרבים בנסיבות בהן היא מותרת.³⁵

בכל הקשור לעבירות שנקבעו בחוק – שהרי בידי בית-המשפט גם הכוח להחליט בדבר עצם מתן היתר להאזנת סתר³⁶ – נושא תפקידו של בית-המשפט ביישום נוסחת האיוון שקבע המחוקק לנסיבות המקרה הקונקרטי שבפניו אפי "טכני": אם נתקיימו העובדות המהוות האזנת סתר, עליו לבדוק אם היה צורך בהיתר להאזנה, ואם כן – האם הוא ניתן. אם היתה ההאזנה מותרת, או שניתן לה היתר כדיון – יזכה הנאשם; ולא – יורשע. הואיל ומלוחיו של חוק, מטבעו, מחייבות פרשנות, בית-המשפט יכול ליטול חלק גם כאן בתהליך איוון האינטרסים שבחוק באמצעות הפירוש שיתן לביטויים שונים שבו. מתי "דרושה" האזנת סתר לשם מניעת עבירות? האם צריך שיהא זה האמצעי היחיד האפשרי לשם כך, או שמא די בכך שיקל על המאמץ למטרה זו? ומהי "רשות הרבים" לצורך סעיף 8 לחוק? האם יש לבחור בפירוש אוניקטיבי-קנייני, או שמא בפירוש סובייקטיבי הנסמך על ציפיות הצדדים?³⁷ תפקידו של בית-המשפט בפירוש מלות החוק מאפשר לו להשפיע על פרטי ההסדר שנקבע בו, אך תפקיד זה בחוק האזנת סתר הוא צנוע למדי, ומתייחס בעיקר לתחומים גרידתיים של הנורמות שנקבעו בו, ולא לעיצוב תוכנו ממשי. תרמה לכך, מודאי, העובדה כי מדובר בחוק פלילי מובהק, המחייב הגדרה ברורה ככל האפשר של מרכיבי ההתנהגות האסורה.

לעומת זאת, בחוק הגנת הפרטיות נועד לבית-המשפט תפקיד רבי-חשיבות בעיצוב האיוון בין האינטרסים השונים המוכרים בו. המחוקק קבע הסדר ראשוני, היולי, הנמנע מהכרעה ברורה בין האינטרסים³⁸, ואשר פריטתו לנורמות קונקרטיות, המבהירות את כללי האסור והמותר, מוטלת על בית-המשפט. תפקידו של בית-המשפט בגיבוש תוכנם של "מונחי שסתום" שנקבעו בחוק – "תוס-לב", חובה "מוסרית, חברתית או מקצועית", "עניין ציבורי", "פגיעה שנעשתה באופן סביר"³⁹ – שונה מזה שבפרשנות מונחים רגילים: כאן מוטל על בית-המשפט לברור את האינטרסים השונים הנאבקים על הבכורה ולקבוע מהו האיוון הראוי ביניהם על-פי שיקולים של מדיניות משפטית, באופן הנראה לו מגשים את

35 כאמור, אין אנו מתייחסים כאן לתריגים המיוחדים שבסעיפים 8, 9 לחוק האזנת סתר (ולעיל, טקסט להערה 24 האילך).

36 ראה סעיף 6 לחוק האזנת סתר.

37 ראה א' שטיין (לעיל, הערה 20).

38 ו' סגל (לעיל, הערה 9), בעמ' 191; באופן כללי ראה מ' לנדוי, "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" משפטים א (תשכ"ח) 292, 298.

39 סעיפים 18(2), 18(2א), 18(3) ו-19(ב) לחוק הגנת הפרטיות, בהתאמה.

המטרה התחקיתית⁴⁰. נוסחת איזון זו היא, מטבעה, נוסחה גמישה, הניתנת לשינוי לפי הנסיבות והצרכים המשתנים בחברה.

3. הערות היסטוריות

אף שבפרשנות חוק עוסקים אנו ב"אנליזה של החוק" ולא ב"פסיכואנליזה של המחוקק"⁴¹, יש בהיסטוריה החקיקתית של שני החוקים כדי להאיר, מזווית נוספת, מגמה המצטיירת כבר מתוך ה"אנליזה של החוק".

ההכרה בצורך להסדיר את התחום הפרוץ של האזנות הסתר בישראל ימיה כמעט כימי המדינה, והנושא שב ועלה במהלך השנים פעמים מספר על שולחנה של הכנסת⁴². בכל אותם מקרים הצטמצם הדיון להסדר האזנות הסתר כעניין העומד בפני עצמו, מבלי לנסות לשלב במסגרת הסדר כולל של הזכות לפרטיות. הגיסיון הראשון לגבש הסדר חקיקתי של זכות זו נעשה, ככל הנראה, במשרדהמשפטים בסוף שנות השישים, אך הוא לא לבש צורה של הצעת חוק רשמית⁴³. הצעת חוק כזו הוגשה לכנסת רק לאחר שמונתה עלידי שררהמשפטים הוועדה להגנת הפרטיות, בראשות השופט י' כהן, והוגש הדיווחשבון שלה, בשנת 1976.

הדיון בזכות לפרטיות, במובנה הרחב, היווה הזדמנות טובה לאיחודם של שני הנושאים במסגרת נורמטיבית אחת, נוכח הקרבה הרעיונית הברורה ביניהם. אף-על-פי-כן, המשיכו הליכי החקיקה לזרום בערוצים מקבילים, תוך שכל נושא זוכה להתייחסות עצמאית ונפרדת. התייחסות זו ניתן להסביר גם בשל סיבות ענייניות: הקלות שבה ניתן כיום, בטכנולוגיה המודרנית ובעלות העומה של המכשור הדרוש, להאזין לשיחות ממרחקים גדולים ביותר; איהמודעות של הקורבן להאזנה לשיחותיו; הקושי לאתר האזנה קיימת וחוסרהאונים כמעט להתגונן בפניה – כל אלה הביאו את המחוקק, ככל הנראה, להתייחס בחומרה רבה לנושא האזנות הסתר, יותר מאשר לפגיעות אחרות בפרטיות, ולייחד לו הסדר מיוחד, שעיקריו מושתתים על הערכת הזמרתם של המאפיינים האמורים⁴⁴.

על-כל-פנים, ההקפדה על ההפרדה בין שני ההסדרים גרמה, כמדומה, לכך, שהיחס הראוי ביניהם ותיחום גבולותיהם ההדדי לא נבחנו לעומק ולא הובררו די צורכם. הוועדה להגנת הפרטיות כותבת בדיווחשבון שלה:

40 ע"א 207/79 רביב משה ושות' בע"מ נ' בית יולס בע"מ ואחד וערעור שכנגד, פ"ד (1) 533, 559-555; ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד (1) 113, 123, 130; א' ברק, "על השופט כפרשן משפטים יב (תשמ"ב) 248, 254-255.

41 ע"א 804/80 Sidaar Tanker Corporation ואחד נ' חברת קו צינור אילת אשקלון בע"מ ואחד, פ"ד (1) 393, 427.

42 "הצעת חוק האזנות סתר היא בעלת היסטוריה ארוכה בכנסת. לא פחות מארבע פעמים הגישה הממשלה הצעת חוק להסדר סוגיה זו בנוסף על הצעות חוק פרטיות של חברי כנסת..." (דברי יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת בהביאו את הצעת החוק לקריאה שנייה – ד"כ 86 [תשל"ט] 3303, 3305). תחילתה של המודעות לנושא בשערוריה הפוליטית שנחשפה בתחילת שנות החמישים, כאשר שירותהביטחון הטמין מיקרופון סמוי בחדרו של מאיר יערי, ממנהיגי מפ"ם (מ' בר זוהר, כך-גוריון [עם עובד, תשל"ז] כרך ב 930-931).

43 ז' סגל (לעיל, הערה 9), בעמ' 183 הערה 51.

44 ראה דברי שר המשפטים בקריאה השנייה של הצעת החוק (ד"כ 86 [תשל"ט] 3303, 3317).

הועדה לא דנה בבעיית האזנת סתר, פרט לקביעת איסור כללי להאזנה או הקלטה שיחתו של אדם ללא ידיעתו... נמנענו מדיון מפורט בנושא זה, מכיוון שכומן פעולתנו עמדה כבר על הפרק הצעת חוק בדבר האזנת סתר ויצאנו מתוך הנחה שנושא זה יוסדר בחקיקה עוד לפני שהמלצותינו תובאנה לדיוח⁴⁵.

שרהמשפטים, שמואל תמיר, הוסיף בעת הדיון בכנסת בחוק האזנת סתר:

... משרד המשפטים עוסק עתה בנושא הרחב של הזכות לפרטיות בהצעה נפרדת, ואילו הדיון בנושא האזנת הסתר שהוא מוגבל יותר וניתן לגיבוש ביחידה עצמאית קודם מבחינת הליכי החקיקה...⁴⁶.

גם בדברי ההסבר להצעת חוק הגנת הפרטיות מצאנו לאמור:

האזנת סתר לא נדונה בחוק זה, פרט לקביעת איסור כללי על האזנה, משום שהנושא גובש בחוק נפרד⁴⁷.

4. כללי הפסילה וקבילות הראיה

כאמור לעיל, נבדלים שני החוקים, נושא דיוננו, לא רק מבחינת ההסדרים המהותיים שנקבעו בהם, אלא אף במישור דיני הראיות, בשאלת קבילותם של דברים שהושגו תוך הפרת הוראות החוק.

סעיף 13(א) לחוק האזנת סתר קובע כי "דברים שנקלטו בדרך האזנת סתר בניגוד להוראות חוק זה, לא יהיו קבילים כראיה בבית משפט", וסעיף קטן (ג) מוסיף, כי "דברים שנקלטו כדרך בדרך האזנת סתר לא יהיו קבילים כראיה אלא בהליך פלילי שאינו על פי קובלנה". הוראת סעיף 13(א) היא מנרטורית ואינה מותירה שיקול-דעת לבית-המשפט⁴⁸. לשונה מתייחסת, לכאורה, לכל דבר שנקלט בהאזנת סתר אסורה. לעומת זאת, סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות קובע, כי "חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות יחיד פטול לשמש ראיה בבית-משפט, ללא הסכמת הנפגע, וזאת אם בית-המשפט התיר מטעמים שיירשמו להשתמש בחומר, או אם היו לפוגע, שהיה צד להליך, הגנה או פטור לפי חוק זה". האזנה האסורה על-פי חוק היא, כאמור בסעיף 2(2), פגיעה בפרטיות. מכאן, שלפי הוראת סעיף 32, חומר שהושג בהאזנת סתר אסורה קביל, לכאורה, כראיה אם קבע כך בית-המשפט או אם היו לפוגע הגנה או פטור לפי אותו חוק⁴⁹.

45 לעיל, הערה 13, בעמ' 4 (ההדגשה הוספה).

46 ר"כ 84 (תשל"ח) 754 (ההדגשה הוספה).

47 לעיל, הערה 16, בעמ' 206 (ההדגשה הוספה).

48 ב"ש 82/83 מדינת ישראל נ' עליה, פ"ד (2) 738, 741; י' קדמי דיני ראיות (ריונן, תשמ"ב) 119.

49 על הוראות הפסילה ראו, באופן כללי, N. Zaltzman, "The Israeli Approach to Evidence Obtained in Violation of the Right to Privacy" 18 Is. L. Rev. (1982) 215.

הערה 20 בג"צ 249/82 (לעיל, הערה 28) ע"פ 527/85, פ"ד (3) 673, 480 קדמאם נ' מדינת ישראל, פ"ד (3) 673.

מתעוררת אפוא השאלה, איזו הוראה היא הקובעת את קבילותם של דברים שהושגו על-ידי האזנת סתר: ההוראה המיוחדת, הקודמת בזמן, או ההוראה הרגילה, המאוחרת לה? בחינתנו את חוק האזנת סתר ואת חוק הגנת הפרטיות במישור העקרוני מעלה, כי הסתירה לכאורה בין הוראת סעיף 13 להוראת סעיף 32 אינה קיימת, למעשה. אמנם, לשונו של סעיף 32 רחבה וכוללת, אולם ראינו כי חוק האזנת סתר מגבש הסדר עצמאי ומיוחד לענייני האזנת סתר, ואילו חוק הגנת הפרטיות נמנע במודע מטיפול בנושא זה. נמצא שלא היתה כל כוונה בחוק הגנת הפרטיות לשנות את שנקבע בסעיף 13 לחוק האזנת סתר. למסקנה זו הגיע גם בית-המשפט, אם כי תוך התבססות על כללי הפרשנות המקובלים:

... שיקול הדעת שבסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות אינו חל לענין האזנת סתר, מאחר שבסעיף 13 שבחוק האזנת סתר הוא הוראה מיוחדת, אשר עדיפה על ההוראה הכללית שבסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות – אף על פי שזו האחרונה נחקקה לאחר חוק האזנת סתר – מאחר שבסעיף 32 האמור לא נאמר במפורש, שהוא חל גם לענין סעיף 13 שבחוק האזנת סתר.⁵⁰

דברים שהושגו בדרך האזנת סתר אסורה אינם קבילים אפוא כראיה בכל הליך שהוא⁵¹. מסקנה זו רק מתחזקת נוכח נפקותו המצומצמת של סעיף 2(2), שאותה אנו פונים לבחון עתה.

5. המישור הקונקרטי – סעיף 2(2)

(א) פרשנות

סעיף 2(2) קובע, בזכור, כי פגיעה בפרטיות היא גם "האזנה האסורה על פי חוק". המונח "האזנה" אינו מוגדר בחוק הגנת הפרטיות, אך ניתנה לו הגדרה בחוק האזנת סתר⁵². האם יש לפרשו בחוק הראשון על-פי הגדרתו בחוק השני? הואיל וחוק האזנת סתר הוא החוק העיקרי האוסר בישראל על האזנה, ממילא, כיום, "האזנה האסורה על פי חוק" היא, ברוב המכריע של המקרים, זו האסורה על-פי חוק האזנת סתר. נמצא, מעשית מתפרש המונח לפי ההגדרה שבחוק האחרון. אלא שלשונו הכללית

50 כ"ש 82/83 (לעיל, הערה 48), שם. יצוין כי המסקנה העולה לכאורה מדבריה של השופטת בדפנות בעניין מילן (לעיל, הערה 5, שם), כאילו תחול ההגנה שנקבעה בסעיף 18(3) לחוק הגנת הפרטיות אף על עניינים שחוק האזנת סתר חל עליהם, ואשר עליהם "אם חל הפטור האמור [בסעיף 18(3)] כי אז הופך המידע גם לקביל כראיה, לפי סעיף 32 לאותו חוק [הגנת הפרטיות] – אין לה אפוא תימוכין בדוק.

51 עם זאת, ייתכן כי הסכמת נאשם לקבלת ההקלטה כראיה במשפט תכשיר אותה כראיה למרות הציווי המחלט לכאורה שבסעיף 13(א) לחוק האזנת סתר; ראה לעניין זה א' שטיין (לעיל, הערה 20), בעמ' 553, המציע גם שתוסלם של חוקרים משטרתיים המאמינים בכנות, אם כי מתוך טעות, כי קיים היתר להאזנה, ישמש מחסום מפני פסילת ההקלטה (שם, בעמ' 552–553).

52 "האזנה", לפי סעיף 1 לחוק האזנת סתר היא "האזנה לשידות הוולת באמצעות מכשיר".

של סעיף 2(2), העוסקת ב"האזנה", להבדיל מ"האזנת סתר", יכול שתתייחס לחוקים נוספים, ועל כן יש חשיבות עיונית לבחינת פרשנותה הראויה. אמנם, כלל הוא כי יש לפרש באופן אחד, ככל האפשר, מונחים דומים המופיעים בחוקים שונים, הדנים באותו נושא ולאותה מטרה⁵³. אולם, לפנינו, כאמור, שני הסדרים חקיקתיים עצמאיים, שבהם מוגנים אינטרסים שונים ועליכן, מטבע הדברים, מטרותיהם שונות⁵⁴. המונח "האזנה" יתפרש, אפוא, בהעדר הגדרה, לפי מובנו הרגיל והמקובל בלשון בני-אדם: הקשבה, הטיית אוזן, לא דווקא באמצעות מכשיר כלשהו⁵⁵. נראה לנו כי יש גם הצדקה עניינית לפרשנות זו, שכן היא מרחיבה את ההגנה על הזכות לפרטיות⁵⁶. לעת עתה, כאמור, לדברים אלה חשיבות עיונית בלבד.

(ב) היקף התחולה

"האזנה האסורה על פי חוק" שבסעיף 2(2) משמעה, אם כן, לענייננו, האזנה האסורה על-פי חוק והאזנת סתר. חוק זה מגדיר שלוש עבירות שונות:

- (1) האזנת סתר שלא על פי היתר כדין ("עבירת האזנת סתר");
- (2) שימוש ביודעין וללא סמכות כדין בידיעה או בתוכנה של שיחה שהושגו על ידי האזנת סתר, בין שנעשתה כדין ובין שנעשתה שלא כדין, או גילוי ידיעה או תוכן שיחה כאמור ביודעין לאדם שאינו מוסמך לקבלה ("עבירת השימוש במידע");
- (3) הצבת או התקנת מכשיר למטרת האזנת סתר שלא כדין או כדי לאפשר שימוש בו למטרה זו ("עבירת הצבת מכשירים").

לשונה של סעיף 2(2) ברורה: הוא קובע כי "האזנה" מהווה פגיעה בפרטיות. אין הוא מתייחס כלל לשימוש במידע או להצבת מכשירים⁵⁷. האזנה האסורה על-פי חוק האזנת סתר היא אפוא ההתנהגות האסורה המוגדרת בסעיף 2(א) לאותו חוק בלבד, היינו: האזנת סתר שלא על-פי היתר כדין.

סעיף 4 לחוק הגנת הפרטיות קובע, כי "פגיעה בפרטיות היא עוולה אורחית...". שוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש] חלות עליה. לפיכך, האזנת סתר אינה רק עבירה פלילית לפי חוק האזנת סתר, אלא גם עוולה לפי חוק הגנת הפרטיות. יסודותיה של עוולה זו הם:

- 53 בג"צ 609/82 סנמומס אוברסיז (1981) בע"מ נ' מרכז השקעות ואח', פ"ד (1) 757, 765.
- 54 השווה ע"א 133/79, 863 בזכמן נ' אלנסארה ואח', פ"ד (2) 64, 67.
- 55 א' אבן שושן, המילון החדש (קריית ספר, תשכ"ט) כרך א 242. לפרשנות על-פי מובנו של מונח בלשון בני-אדם ראה ר"ע 530/82 עטר חברה למסחר בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 337, 342.
- 56 בג"צ 249/82 (לעיל, הערה 28), בעמ' 434.
- 57 הדבר אמור לגבי סעיף 2(2) לכדו. פגיעות אחרות בפרטיות, המפורטות בסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות, יכול שתתייחסו גם לעבירות השימוש במידע או הצבת מכשירים שבחוק האזנת סתר. על כך ראה בהרחבה להלן, טקסט ליד הערה 69 ואילך.

- א. האזנת סתר, כמשמעה בחוק האזנת סתר;
 ב. שלא על פי היתר כד"ן;
 ג. ללא הסכמת הנפגע⁵⁸;
 ד. שאינה פגיעה "שאין בה ממש"⁵⁹.

פגיעה בפרטיות היא, כזכור, גם עבירה פלילית, אם נעשתה במזיד. אולם סעיף 5 לחוק הגנת הפרטיות, הקובע זאת, משמיט מפורשות מרשימת דרכי הפגיעה בפרטיות המהוות עבירה פלילית את זו האמורה בסעיף 2(2). נמצא שהאזנת סתר אינה מהווה עבירה פלילית לפי חוק הגנת הפרטיות⁶⁰.

(ג) מטרה

מטרתו של סעיף 2(2) ברורה. חוק האזנת סתר קובע כי האזנת סתר שלא על-פי היתר כד"ן היא עבירה פלילית, שבגינה ניתן להעניש את המאזין העבריין. באותן נסיבות⁶¹, סעיף 2(2) מבקש להטיל אחריות אזרחית על העבריין וליתן בידו של הנפגע סעדים ותרופות לפיצוי על נזקיו. לפנינו שני מישורי אחריות נפרדים, בשני החוקים⁶². מלבד קביעת האחריות האזרחית כשלעצמה, משמעותו של סעיף 2(2) היא, למעשה, מוגבלת ביותר: במקום להגדיר את יסודות העוולה האזרחית, המחוקק מפנה אל אותם חוקים האוסרים על האזנה, ויסודותיה של ההאזנה האסורה עליהם הפדום יסודותיה של העוולה האזרחית הקבועה בחוק הגנת הפרטיות. זוהי אפוא הוראת הפניה גרידא.

58 סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות. יסוד זה מתקיים ממילא מכוח הגדרתה של האזנת סתר בחוק האזנת סתר: "האזנה ללא הסכמת אף אחר מבעלי השיחה...". "הסכמה" מגדרת בחוק הגנת הפרטיות "במפורש או מכללא", אך חוק האזנת סתר אינו מגדירה. נראה לנו כי גם בחוק האזנת סתר ההסכמה יכול שתהא מכללא, וזאת לא דווקא מתוך היקש לחוק הגנת הפרטיות, אלא מתוך בחינת מטרותיו והוראות-ירשלו: ראה ע"פ (ת"א) 245/84 מדינת ישראל נ' צ'חנובר (לא פורסם), שם נדון עניינו של נבחן בבחינות בגרות, אשר שידר במהלך הבחינה, במכשיר קשר, את שאלות הבחינה אל חבריו, ששהו בסרבת מקום, ואלה שידרו אליו את התשובות הנכונות. תשדורות אלו הוקלטו על-ידי חובב רדיו והתביעה ביקשה להגיש את ההקלטות כראיה. הנאשם טען כי הקלטות אלו נעשו בהאזנת סתר אסורה, ועל כן הן פסולות כראיה (ראה לעיל, סקסט ליד הערה 48). בית-המשפט פסק כי הסכמה בחוק האזנת סתר יכול שתהא מכללא, וכי בנסיבות דנו, בהן מדובר בשיחה במכשיר אלחוטי, אשר כל בעל מכשיר מתאים יכול לקלוטה, יש לראות את המשותחים באמצעותו כמסכימים להאזנה לשיחתם.

59 סעיף 6 לחוק הגנת הפרטיות; השווה סעיף 4 לפקודת הגויקין [נוסח חדש].

60 עליכן גם אין אפשרות להגיש בגינה קובלנה פרטית לפי הוראותיו של חוק סדר הדין הפלילי.

61 בכפיות, כאמור, לדרישה הנוספת שבסעיף 6 לחוק הגנת הפרטיות, ולכל ההגנות המפורטות בו. על כך ראה בהרחבה להלן, סקסט ליד הערה 80 ואילך.

62 מלכתחילה, בהצעת הנוסח של הוועדה להגנת הפרטיות נקבע כי האיסור שבסעיף 2(2), שנוסח בהצעה כאיסור עצמאי, יהווה גם עבירה פלילית, לפי סעיף 5 להצעה, זאת אף שהועדה היתה מודעת לכך שיוצק הסדר נפרד בנושא האזנת סתר (לעיל, סקסט להערה 45). משנחקק חוק האזנת סתר שונה נוסחם של סעיפים 2(2) ו-5, כך שאחריות פלילית בגין האזנת סתר מוטלת רק בחוק האזנת סתר.

6. סיכום

לפנינו שתי מסגרות נורמטיביות נפרדות, עצמאיות, בעלות אופי ותכנים שונים. אם לא הזכרה מלכתחילה "זכות הציבור לדעת" בחוק האזנת סתר, הרי אין לה כל מקום בתהליך איזון האינטרסים על-פיו או בפרשנותו. גם סעיף 2(2) אין בו כדי לשנות מסקנה זו. פועלו של סעיף 2(2) הוא חריג: הוא "שואב" אל תוך חוק הגנת הפרטיות את יסודותיה של עבירת האזנת הסתר, והופכים עתה ליסודותיה של העוולה האזרחית: אין לו כל נפקות בכיוון ההפוך. האזנה האסורה על-פי חוק האזנת סתר תהא *ex definitione*, גם פגיעה בפרטיות על-פי חוק הגנת הפרטיות; מכך אין ללמוד על "הכפפה" של חוק האזנת סתר להוראה כלשהי מהוראותיו של חוק הגנת הפרטיות או לאינטרס שהזכר בו אך לא זכה להגנה ולהכרה מלכתחילה בחוק האזנת סתר. הנה כי כן, נסתבר כי סעיף 2(2) אין לו, למעשה, נפקות בשאלת היחס בין הוראותיו של חוק האזנת סתר לבין הוראותיו של חוק הגנת הפרטיות.

כאשר יידון מעשה במישור הפלילי, לאמור: המדינה תגיש לבית-המשפט כתב-אישום נגד מי שנאשם בהאזנה אסורה, החוק שעל-פיו ניתן להאשימו הוא חוק האזנת סתר, ועליכן יחולו בעניין זה הוראותיו, הן ותו לא; כאשר יידון אותו מעשה במישור האזרחי, לאמור: מי שהאזינו לשיחותיו יתבע בנדיקין את המאזין, והתביעה תתבסס על העילה שבחוק הגנת הפרטיות, יחולו כאן הוראותיו של חוק זה לבדן, אף כי לשם בירור יסודותיה של העוולה יורקק בית-המשפט להוראותיו של חוק האזנת סתר⁶³. ודאי, הוא, שקיומם של הגנה או פטור מאחריות אזרחית בחוק הגנת הפרטיות אין להם ולא כלום עם כללי האחריות הפלילית שבחוק האזנת סתר⁶⁴.

קביעתו של המחוקק בחוק האזנת סתר כי רק צורכי המדינה בנושאי ביטחון ומניעת עבריינות, או צרכים מיוחדים אחרים⁶⁵, מצדיקים האזנת סתר, מלמדת כי האיסור להאזין האזנה שכזו חל על העיתונות כעל כל אדם אחר, ואין מוקנות לה חסינות או זכויות-יתר. הכשרת העבירה מכוחה של הגנה או מכוחו של אינטרס שהזכרנו בחוק הגנת הפרטיות תסכל כוונה זו של המחוקק ותשים לאל את שנאמר בעניין מילן עצמו: "חופש הביטוי ואיסוף מידע לצורך כתבה עיתונאית אין פירושו היתר לעבור עבירות פליליות או לבצע עוולות אזרחיות"⁶⁶.

63 ראה בהקשר זה סעיף 88 לפקודת הנויקין [נוסח חדש]. נזכיר כי אם נדון העניין במישור הפלילי, והנאשם הורשע, יהיו הממצאים והמסקנות שבפסקה-הדין הפלילי החלוט קבילים במשפט האזרחי כראיה לכאורה לאמור בהם, אם המורשע או חליפו הם בעל-דין במשפט האזרחי – סעיף 42א לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971.

64 לעומת זאת, הפרופוזיציה ההפוכה היא נכונה: אם ההאזנה אינה אסורה לפי חוק האזנת סתר, לא תקום גם אחריה לפי סעיף 2(2) לחוק הגנת הפרטיות (עם זאת ראה להלן, הערה 73).

65 ראה לעיל, טקסט ליד הערה 24.

66 לעיל, הערה 5, בעמ' 681. בדומה, ראה גישתה של הוועדה להגנת הפרטיות בנושא זה (לעיל, הערה 13), בעמ' 4: "הוועדה ... הגיעה לכלל דעה שאין לפטור את העיתונות מהאיסורים שבחוק [הגנת הפרטיות] המוצע". יורגש כי אין גישה זו משקפת את הסדרי החוק שנחקק לבסוף: בלחץ העיתונות נוספו להצעה שניסחה הוועדה שתי הגנות המעניקות לאמצעי התקשורת מעמד מיוחד לעניין הפגיעה בפרטיות (לעיל, הערה 33).

סיכומם של דברים: אמרת-האגב של השופטת בן-פורת, כי "חוק האונת סתר ... כפף" עצמו לאינטרס הציבור לדעת⁶⁷ אינה עולה בקנה אחד עם מטרת החקיקה, כפי שהיא מתבררת מן ההסדרים שנקבעו בשני החוקים, לא כל שכן אין לה תימוכין בסעיף 2(2) עצמו.

ג. אחריות פלילית ואחריות אזרחית בגין מעשה אחד

1. כללי

מסקנתנו כי שאלת האחריות הפלילית בגין מעשה של האונת סתר תידון לפי הוראותיו של חוק האונת סתר בלבד, ואילו שאלת האחריות האזרחית בגין אותו מעשה תידון לפי הוראותיו של חוק הגנת הפרטיות, מולידה תוצאה בעייתית: אמנם, עבירה של האונת סתר היא גם פגיעה בפרטיות לפי חוק הגנת הפרטיות, אך החוק האחרון מכיל הגנות מהגנות שונות, העשויות לפטור את הפוגע מאחריות כלפי הנפגע. נמצא שלכאורה אפשר כי מעשה המהווה עבירה פלילית לפי חוק האונת סתר לא יהווה עוולה אזרחית לפי חוק הגנת הפרטיות, והעברין לא יהוייב בתשלום פיצוי כלשהו לנפגע⁶⁸.

היווצרותה של "איסימטריה" זו בין האחריות הפלילית ובין האחריות האזרחית בגין מעשה אחד היא תוצאה של תחולת ההגנות שבחוק הגנת הפרטיות, במישור האזרחי, על מעשים המהווים עבירה פלילית לפי חוק האונת סתר. האומנם ההגנות הללו עומדות למי שביצע עבירה פלילית?

טרם שנבחן שאלה זו, מן הראוי להשוות את תחומי תחולתם של שני החוקים שבהם עסקינן גם בנושאים הנוספים הנדונים בהם, לבד מהאונת הסתר כשלעצמה, כדי שתונח תשתית להסקת מסקנות כלליות בעניינה של אותה איסימטריה.

2. חוק האונת סתר וחוק הגנת הפרטיות - תחומי תחולה

חוק האונת סתר קובע, כזכור, שלוש עבירות פליליות: עבירת האונת סתר; עבירת השימוש במידע; ועבירת הצבת מכשירים⁶⁹. עד כה נתברר כי בגין אותן נסיבות המהוות את העבירה הראשונה מוטלת בחוק הגנת הפרטיות אחריות אזרחית, מכוח סעיף 2(2). אשר לעבירת השימוש במידע, סעיף 2(10) לחוק הגנת הפרטיות קובע כי פגיעה בפרטיות היא גם "פרסומו או מסירתו של דבר שהושג בדרך פגיעה בפרטיות לפי פסקאות (1) עד (7) או (9)", היינו: לרבות בדרך של האונת האסורה על-פי חוק, לפי פסקה (2). סעיף זה מתייחס רק למידע שהושג בהאונת אסורה, ורק לפרסומו או למסירתו לאחר. לעומת זאת, עבירת השימוש במידע מתייחסת גם למידע שהושג בהאונת סתר בדין, ואוסרת לא רק על גילוי לאדם שאינו מוסמך לקבלו אלא גם על שימוש בו בידועין

67 לעיל, הערה 5, בעמ' 683.

68 דומה שלכך כיוונה המשנה לנשיא, השופטת בן-פורת, במשפט החותם את המובאה שהבאנו מדבריה בעניין מילן (ראה לעיל, טקסט להערה 5).

69 ראה לעיל, טקסט לפני הערה 37.

וללא סמכות בדין⁷⁰. התנהגות מעין זו עשויה ליפול בגדרן של פסקאות אחרות שבסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות: סעיף (9)2 הקובע כי פגיעה בפרטיות היא גם "שימוש בידעיה על עניניו הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר, שלא למטרה שלשמה נמסרה"; סעיף (11)2, המתייחס ל"פרסומו של ענין הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם, או למצב בריאותו או להתנהגותו ברשות היחיד", ואולי אף סעיף (7)2, העוסק ב"הפרה של חובת סודיות שנקבעה בדין לגבי עניניו הפרטיים של אדם"⁷¹.

לא נתחום כאן את גבולותיהן המדויקים של הדרכים הללו לפגיעה בפרטיות, כשלעצמן או תוך השוואה ליסודותיה של העבירה המוגדרת בסעיף (ב)2 לחוק האזנת סתר. די שנאמר כי כולן מהוות עוולה אזרחית, לפי סעיף 4 לחוק הגנת הפרטיות, ואף עבירה פלילית – אם פעל הפוגע במזיד – לפי האמור בסעיף 5 לאותו חוק: "הפוגע במזיד בפרטיות זולתו, באחת הדרכים האמורות בסעיף (1)2, (3) עד (7) ר(9) עד (11), דינו – מאסר שנה".

העבירה המוגדרת בסעיף (ג)2 לחוק האזנת סתר – עבירה של הצבת מכשירים – אינה נזכרת בסעיף 2 של חוק הגנת הפרטיות, בין בדרך של הפניה לחוק הראשון בין בדרך חזרה על יסודותיה. לפיכך אין היא מהווה, כשלעצמה, פגיעה בפרטיות⁷².

ניתן לסכם את תחומי התחולה של שני החוקים באופן סכימטי בעזרת הטבלה שבעמוד הבא⁷³.

שני החוקים עשויים אפוא לחול יחד על מעשה אחד, במישור הפלילי. העובדה שמעשה מסוים מהווה עבירה לפי הוראותיהם של שני חוקים אינה יוצאת דופן, ולמעשה היא תופעה שכיחה למדי. ברי כי אם מואשם אדם בעבירה על הוראות חוק מסוים, קיומה של הגנה מפני אחריות פלילית בחוק אחר, שגם בו המעשה אסור, אין לו נפקות לענין הרשעתו לפי הוראות החוק הראשון⁷⁴. חוק האזנת סתר וחוק הגנת הפרטיות קובעים כל אחד מערכת

70 סעיף (ב)2 לחוק האזנת סתר.

71 שאלה היא ביחס לסעיף (7)2, אם לשונו מחייבת כי תיקבע בדין חובת סודיות מפורשת (ראה, למשל, סעיף 7א) לחוק הפסיכולוגים, התשל"ז-1977; סעיף 231א) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]; סעיף 36 לפקודת הרופאים [נוסח חדש] או שמא די בכך שנקבע איסור על העברת מידע בעל אופי פרטי בנסיבות מסוימות. רעתנו נוטה לפרשנות מרחיבה של הסעיף, ועליכן אפשר שגם חוק האזנת סתר הוא בגדר דין הקובע, בסעיף (ב)2 שבו, חובת סודיות לגבי עניניו הפרטיים של אותו אדם.

72 בנסיבות מתאימות אולי ניתן לראות בהתקנת מכשירים לשם האזנת סתר משום "בילוש או התחקות אחרי אדם העלולים להסרידו, או הסדרה אחרת", לפי סעיף (1)2 לחוק הגנת הפרטיות, אך כשלעצמה, התקנת המכשירים אינה פגיעה בפרטיות. על פרשנות המינחם "בילוש או התחקות" ו"הסדרה אחרת" ראה בג"צ 249/82 (לעיל), העדה 28, ע"פ 527/85, 480 קדרטאם נ' מדינת ישראל, פ"ד (3)673; ת"א (תל אביב) 6384/82 ברייטמן נ' דימלמבר ואח, פ"מ תשמו א 161 (בבית-משפט השלום).

73 נקודת-המוצא של ההשוואה שערכנו היא קיומן של העבירות לפי חוק האזנת סתר, שאליהן אנו משווים את האחריות הקבועה בחוק הגנת הפרטיות. עם זאת, מבחינת היקף האחריות הכוללת לפי שני החוקים נעיר כי, לדעתנו, האונה שאינה אסורה על-פי חוק האזנת סתר, היינו: שאינה מהווה פגיעה בפרטיות על-פי סעיף (2)2, יכול שתהא, בנסיבות מתאימות, פגיעה בפרטיות לפי סעיף המשנה האחרים שבסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות, כגון, למשל, "הסדרה אחרת" לפי סעיף (1)2, או שיהיה בה משום הפרת הסכס משתמע, על-פי סעיף (8)2.

74 ראה, לדוגמא, בג"צ 752/80 מירון נ' מותב בית הדין הצבאי המחוזי, מחוז שיפוט גירסות השריון, ואח, פ"ד (1)585, 588 (לגבי טענת התיישנות לפי אחד החוקים). על שיקולי-הדעת של התביעה

התנהגות האסורה	מישור האיסור	אחריות פלילית	אחריות אזרחית
האונת סתר שלא על-פי היתר בדין	חוק האונת סתר	חוק הגנת הפרטיות	
שימוש במידע שהושג בהאונת סתר, פרסומו או מסירתו לאחר	חוק האונת סתר	חוק הגנת הפרטיות	חוק הגנת הפרטיות
הצבת והתקנת מכשיר לשם האונת סתר שלא בדיון	חוק האונת סתר		

• יסודות העולה והעבירות בשני החוקים שונים.

נפרדת ושונה של נורמות והתנהגות, וכדי שמעשה מסוים יהא אסור בדיון, די בכך שהוא אסור לפי הוראתיה של אותה מוק.

מן הטבלה שלעיל עולה עוד כי כל המקרים שבהם חוק האונת סתר וחוק הגנת הפרטיות חלים במקביל – זה במישור הפלילי, וזה במישור האזרחי – הם עשויים להיות מאופיינים באותה איסימטריה שמצאנו ביחס לעבירה של האונת הסתר. בעניינה של עבירת השימוש במידע, למשל, לא תהא האיסימטריה תולדת קיומן של ההגנות השונות בחוק הגנת הפרטיות בלבד, אלא גם של ההבדלים בין הגדרת יסודות העבירה להגדרת יסודות העמלה. עתה אפשר לחזור ולשאל: האומנם מתקיימת איסימטריה זו, לאמור: האם חלות ההגנות שבחוק הגנת הפרטיות גם על מעשים המהווים עבירה לפי חוק האונת סתר?

3. תחולת ההגנות על מעשה עבירה

לכאורה, ההגנות שבחוק הגנת הפרטיות חלות על כל מעשה שהוא בגדר פגיעה בפרטיות. יחד עם זאת, אפשר שייטען כי אין "עניין ציבורי" בפגיעה בפרטיות בדרך של ביצוע עבירה פלילית על חוק אחר, היינו: האונת סתר אסורה, או כי מבצעה אינו פועל "בתוך לב" או "באופן סביר במסגרת מילוי תפקידו"⁷⁵. פרשנות כזו אין משמעה רק קביעה קונקרטית, בנסיבות מקרה מסוים; זוהי קביעה בעלת אופי עקרוני, היינו לא יכול להיות, בשום מקרה,

בבחינת סעיף האישום ראה ע"פ 132/57 נבמ"ג' הידעמי"ש, פ"ד יא 1546, 1553-1554; בג"צ 724/83

מדינת ישראל ג' שופט בית משפט השלום בנתניה ואח', פ"ד (לא) 701, 713.

75 אלו הם המונחים המופיעים, כזכור, בסעיפי ההגנות השונים בחוק הגנת הפרטיות.

עניין ציבורי או תוסלוב, או כיוצא באלה, בהאזנת סתר אסורה. קביעה כזו מוציאה כל התנהגות המהווה עבירה פלילית לפי חוק האזנת סתר מתחום תחולתן של כל ההגנות שבחוק הגנת הפרטיות.

מונחי ה"שסתום" הכוללניים שבהם השתמש המחוקק בסעיפי ההגנות עושים פרשנות זו לאפשרות, מבחינה לשונית, אך בחינתה העניינית מעוררת קשיים רבים. להבדיל מסייגים מפורשים המתייחסים לחוקיות המעשה⁷⁶, הרי אין כל מניעה עיונית לומר כי יש, למשל, "עניין ציבורי", במעשה פגיעה בפרטיות האסור לפי חוק אחר, ועליכן לא תקום אחריית לפי חוק הגנת הפרטיות עצמו. ממילא העניין הציבורי או תוסלוב הנזכרים בחוק הגנת הפרטיות נמדדים על-פי המאטריה שבה הוא עוסק ועל-פי אמות המידה שנקבעו בו ולא בחוק אחר כלשהו. טיבם של ביטויים אלה הוא הגמישות הגדולה בתכולתם⁷⁷, והגבלה נחרצת שכזו, לאמור: תמיד, בכל נסיבות שהן, לא נכנס מעשה עבירה על-פי חוק כלשהו תחת כנפי ההגנה האמורה, אינה מתיישבת עם גמישות זו ואף אינה מתחייבת מבחינה לשונית.

יתרה מזו. הפגיעה בפרטיות לפי סעיף 2(2) היא, מכוח הגדרתה, מעשה המהווה עבירה פלילית. מכאן שהוצאת האזנת הסתר האסורה מתחום תחולתן של כל ההגנות משמעה, למעשה, כי אין הן חלות כלל ועיקר על סעיף 2(2), ולגבי הן חסרות כל נפקות; ולא רק לגבי סעיף 2(2): סעיף 7(2) לחוק קובע כי פגיעה בפרטיות היא גם "הפרה של חובת סודיות שנקבעה בין לגבי עניני הפרטיים של אדם". הפרת חובת סודיות שנקבעה בין מהווה על-פי רוב עבירה פלילית⁷⁸. האם גם לגבי סעיף 7(2) אין להגנות שבחוק כל נפקות? להבחנה זו בין הפגיעות השונות בפרטיות אין אחיזה בחוק או במדיניות העומדת ביסוד ההגנות. נהפוך הוא: הקביעה המפורשת בחוק, אלה בצד אלה, של ההגנות ושל הפגיעות בפרטיות בדרך הפרת חוק אחר צריכה להביא למסקנה ההפוכה.

זאת ועוד: ההגנות שבחוק הגנת הפרטיות חלות במישור הפלילי ובמישור האזרחי גם יחד. לפי הפרשנות האמורה, קרי: שההגנות הללו אינן חלות על מעשי עבירה לפי חוק אחר, יוצאו מגדר תחולתן גם אותן פגיעות בפרטיות המתייחסות לשימוש במידע או פרסומו והמהוות עבירה לפי חוק האזנת סתר. פגיעות אלה בפרטיות מהוות גם עבירה פלילית לפי חוק הגנת הפרטיות⁷⁹. האם במקרה זה לא יחולו ההגנות במישור האזרחי והפלילי גם יחד, או שמא יוצאו מגדר תחולתן אך ורק הליכים אזרחיים לפי חוק הגנת הפרטיות? אם נסבור כרישא, הרי אנו שוללים מנאשם הגנה המוענקת לו בחוק ללא כל סייג; אם נסבור כסיפא, הרי אנו מבחינים בין תחולת ההגנות בהליכים אזרחיים לבין תחולתן בהליכים פליליים לפי חוק הגנת הפרטיות – הבחנה הסותרת מפורשות את לשון החוק.

76 ראה, למשל, הסייג שבסעיף 18(2)א, שהפגיעה "נעשתה תוך ביצוע עיסוקו של הפוגע בדין...".

77 ראה האסמכתאות לעיל, הערה 40.

78 ראה החוקים המוזכרים לעיל, הערה 71, וכן סעיפים 7 ו-30 לחוק חוקרים פרטיים ושרותי שמירה, התשל"ב-1972; סעיף 20 לפקודת הסטטיסטיקה (נוסח חדש), תשל"ב-1972; סעיף 496 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

79 לעיל, טקסט סמוך להערות 70, 71.

קשיים אלה מחייבים דחייתה של הפרשנות האמורה. נמצא שמעשה המהווה עבירה פלילית לפי חוק האונת סתר אפשר שלא יהא עוולה לפי חוק הגנת הפרטיות, ואפשר שאדם יתן את הדין לפי החוק הראשון, ובו בזמן יהא פטור מאחריות אזרחית בגין מעשה, לפי החוק השני. איסימטריה אכן מתקיימת בין אחריות פלילית ואזרחית בגין אותו מעשה. מה טיבה של איסימטריה זו? האם מצב זה רצוי הוא? ואם לא, כיצד ניתן לתקנו?

4. אחריות פלילית ואזרחית – איסימטריה וחוסר עקביות

(א) כללי

מטרתם הבסיסית של דיני העונשין ושל דיני הנוזקין היא דומה: ליתן הגנה משפטית לאינטרסים, שהחברה מוצאת שיש להגן עליהם, באמצעות קביעת נורמות התנהגות מתאימות ואכיפתן, בין על-ידי איום בסנקציה עונשית ובין על-ידי הטלת חובת פיצוי בגין הפרתן.⁸⁰ שני ענפי המשפט מבקשים למנוע התרחשותה של ההתנהגות הלא-רצויה; והעונש, או חובת הפיצוי, הם אמצעי להרתיע מפני ביצועה ולתקן את הנוזק שנגרם בשל כך.

יחד עם זאת, אין הכרח, מבחינה עיונית, כי תהא סימטריה בין האחריות הפלילית לבין האחריות האזרחית בגין התנהגות מסוימת.⁸¹ מאפייניהם של דיני העונשין שונים מאלו של דיני הנוזקין ודינים אזרחיים אחרים, ועל-כן, בנסיבות מסוימות, איסימטריה אינה רק תוצאה טבעית אלא אף מתחייבת מכך.

בה בשעה שעבירה פלילית מוגדרת, בדרך-כלל, כהתנהגות שיש בה פגיעה באינטרס הציבורי ובמוסר, שבגינה צפוי אדם להיענש על-ידי המדינה,⁸² הרי שעוולה אזרחית מוגדרת, בדרך-כלל, כהתנהגות שגרמה נזק, כתוצאה מהפרת חובה שבדין, שבגינה מחויב אדם לשלם פיצויים לנפגע.⁸³ מבלי צורך להגדיר ביתר דיוק את אופייה של כל אחריות, נסתפק בהבחנה מרכזית אחת: המשפט הפלילי מעניש את העבריין על הפגיעה בחברה; המשפט האזרחי מפצה את הנפגע-ניזוק על הפגיעה באינטרס פרטי שלו. אופיים של האינטרסים המוגנים יכתיב אפוא את צורת ההגנה המשפטית עליהם ואת תוצאותיה. הבחנה יסודית זו, פשטנית ככל שתהא, אפשר שתוליד, באופן טבעי, איסימטריה בין אחריות פלילית ואזרחית בגין מעשה מסוים, שהרי לא כל מעשה מזיק שהדין אוסר על ביצועו פוגע גם באינטרס ציבורי וגם באינטרס פרטי. מעשים רבים פוגעים בחברה, אך

80 T. Haden, "Contract, Tort and Crime: The Forms of Legal Thought" 87 L. Q. Rev. 240 (1971).

81 סקירה השוואתית כללית ראה אצל J. Limpens, R.M. Kruithof & A. Meinertzhagen-Limpens, "Liability for One's Own Act" Int. Enc. Comp. L. XI Torts 74 (1983).

82 י' לוי וא' לדרמן, עיקרים באחריות פלילית (רמות מערכות חינוך בע"מ, תשמ"א) 48: ש"ו פלר (לעיל, הערה 11), בעמ' 128-144.

83 דיני הנוזקין – תורת הנוזקין הכללית (מאגנס, מהדורה 2, תשל"ט, ג' טרסקי עורך) 8: Winfield & Jolowicz on Tort (London, 11th ed. by W.V.H. Rogers, 1979) 2.

אינם פוגעים באופן ישיר בפרט – עבירות מס, למשל; ואילו מעשים אחרים, כגון הפרת חוזה, פוגעים בפרט, אך אין הם נתפשים כפוגעים בחברה כולה, במידה המצדיקה הענשה בפלילים. על-כל-פנים, יכול שהתנהגות לא-רצויה מסוימת תפגע גם באינטרס ציבורי וגם באינטרס פרטי, ואז זה מוצדק, בדרך-כלל, להגן על שני האינטרסים שנפגעו – על הראשון באמצעות איסור פלילי, ועל השני באמצעות הטלת חבות אזרחית על הפוגע. האחריות הפלילית אינה שוללת את ההצדקה לפיצוי של הפרט על הנזק שנגרם לאינטרס הפרטי שלו בגין אותה התנהגות⁸⁴.

על-אחת-במהדוכמה אמורים הדברים כאשר האינטרס הציבורי שבו מדובר הוא זה שיש לחברה בשמירת אינטרס פרטי מסוים של כל אחד מחבריה, כלומר: כאשר הפגיעה באינטרס הפרט, תמיד או בנסיבות המקנות לה חומרה מיוחדת, היא-היא הפגיעה בחברה. ההצדקה לקיומו של האיסור הפלילי במקרה כזה שואבת את תוקפה מן ההנחה כי הפגיעה באינטרס הפרטי היא פסולה, ועל-כן ברור כי אין היא שוללת, נהפוך הוא – היא מחייבת הגנה גם על האינטרס הפרטי, שאת הפגיעה בו היא מבקשת למנוע.

(ב) מן הכלל אל הפרטיות

פגיעה בפרטיות היא, ללא ספק, פגיעה באינטרס פרטי מובהק. מי שצנעתו מחוללת עלול לסבול עלבון ובושה, ויכולתו לקיים יחסי אמון וידידות עם פרטים אחרים בחברה עלולה להתערער⁸⁵. אם פורסמה הפגיעה, הדברים עלולים להשפיע על יחסם של אנשים אחרים כלפיו ולפגוע במעמדו החברתי והמקצועי, באינטרסים כספיים שלו ועוד. נזקים אלה מצדיקים הגנה משפטית על הזכות לפרטיות⁸⁶; אולם איזה לבוש משפטי יינתן לה – איסור פלילי, או שמא עוולה אזרחית?

בהיותה פגיעה באינטרס פרטי מובהק, אך טבעי הוא כי ריני הנזיקין "יאסור" על ביצועה של פגיעה בפרטיות ויקנו לנפגע פיצוי בגינה. בפגיעה זו עצמה כרוכה, בנסיבות מסוימות, גם פגיעה באינטרס ציבורי, וזו מצדיקה הטלת אחריות פלילית, נוסף על האחריות האזרחית⁸⁷. במקרה כזה תהא אפוא, עקרונית, סימטריה בין האזרחיות האזרחית לבין האזרחיות הפלילית בגין המעשה האסור. אם אין מתקיימות אותן נסיבות, שבהן הפגיעה באינטרס הפרטי גורמת נזק גם לאינטרס הציבורי, האחריות האזרחית תמשיך לעמוד לבדה. לשון אחר: כאשר נגרם לפרט נזק בגין הפגיעה בפרטיותו, ראוי כי ראשית תהא אחריות אזרחית, ועליה תתווסף, לפי הנסיבות, אחריות פלילית.

לעומת זאת, כאשר אין הנזק שנגרם לפרט פסול, כיון שיש להעדיף על פניו מימושם של אינטרסים אחרים, כגון חופש הביטוי, הרי אין גם הצדקה להטלת אחריות פלילית, שהורתה ולידתה בקיומה של פגיעה פסולה בפרט. אמנם, לעתים יהיה מוצדק להטיל אחריות פלילית אף כאשר לא נגרם כל נזק לפרט, למשל, כדי להעניש מי שרק ניסה

84 השווה לסעיפים 77, 88 לחוק העונשין, תשל"ז-1977.

85 ראה ר' גביוון, "איסור פרסום הפוגע בפרטיות – הזכות לפרטיות וחבות הציבור לדעת" וזכויות אזרח בישראל (האגודה לזכויות האזרח בישראל, תשמ"ב) 177, 190-192.

86 שם; שם; ד"ח הוועדה להגנת הפרטיות (לעיל, הערה 13).

87 השווה לדברי השופט ברק בעניין בורזוב (לעיל, הערה 10), בעמ' 218-219.

לבצע האזנת סתר, אולם מקום שאכן נגרם נזק כזה, תוך הפרת האיסור הפלילי שביקש למנוע אותו, יהיה מוצדק לאפשר לפרט לקבל פיצוי על נזקיו.

ניתן לומר: פגיעה מסוימת בפרטיות צריך שתהא מותרת, כיון שיש אינטרס חשוב המצדיק אותה, ועל-כן אין לתת לנפגע סעד ווראי שלא לאסור עליה בדין הפלילי. ניתן לומר: פגיעה זו בפרטיות אינה מוצדקת על-ידי אינטרס אחר כלשהו, ועל-כן יש לתת לנפגע סעד לפיצוי על נזקו ואף לאסור על ביצועה בדין הפלילי. ניתן אף לומר: פגיעה זו בפרטיות אינה מוצדקת, ועל-כן יש לתת לנפגע סעד לפיצוי על נזקו; אך פגיעתה בחברה אינה חמורה דיה להצדיק איסור והענשה פליליים. בלתי-הגיוני הוא לומר: פגיעה זו בפרטיות, הגורמת נזק לפרט, תהא אסורה בדין הפלילי, אולם לא ינתן לנפגע סעד לפיצוי על הפגיעה בו. אמירה זו משמעה כי הפגיעה בפרטיות היא, מחד גיסא, לא מוצדקת, היינו: אין אינטרס אחר המצדיק אותה, ועל-כן יש לאסורה בדין הפלילי; ומאידך גיסא, בד בבד, פגיעה זו מותרת, כיוון שיש אינטרס המצדיק אותה, ועל-כן אין מקום לחייב את הפוגע בפיצוי הנפגע על נזקיו.

הנה, זהו בדיוק המצב שנוצר בסוגיית האזנות הסתר. חוק האזנת סתר קובע, כמזכור, כי האזנת סתר שלא על-פי היתר כדון, שעה שאין פטור מן הצורך לקבלו, היא עבירה פלילית, וכי היתר יכול שיינתן לרשויות המדינה בלבד. עיתונאי אינו יכול לקבל היתר להאזנת סתר, ומכאן שאסור עליו השימוש באמצעי זה לשם השגת מידע – תהא חשיפתו לציבור חשובה ככל שתהא. זכות הציבור לדעת נסוגה מפני הזכות לפרטיות. אם ככל-ל זאת יעבור אותו עיתונאי על האיסור ויבצע האזנת סתר בלתי-חוקית, הנפגע, שלשיתותיו האזינו, עלול להתקל בקשיים לתבוע ממנו פיצוי על נזקו, שהרי חוק הגנת הפרטיות קובע, למשל, כי פגיעה בפרטיות שהיה בה "עניין ציבורי המצדיק אותה בנסיבות העניין" היא מותרת; ואולי היה בהאזנת הסתר דגן "עניין ציבורי"? כאן תיסוג הזכות לפרטיות מפני זכות הציבור לדעת.

מכל נקודת מבט מצב זה הוא מוזר: מכאן, על-פי מדרג האינטרסים שבחוק הגנת הפרטיות נאסר בדין הפלילי (היינו: בחוק האזנת סתר) מעשה אשר צריך להיות מותר, כיון שיש אינטרס המצדיק אותו; ומכאן, על-פי מדרג האינטרסים שבחוק האזנת סתר והיתר בדין האזרחי (היינו: בחוק הגנת הפרטיות) מעשה, אשר צריך להיות אסור – והוא אכן נאסר בחוק – כיון שאין אינטרס המצדיק אותו.

מסתבר אפוא כי הבעייתיות אינה נעוצה באיסימטריה כשלעצמה בין אחריות אזרחית ופלילית. היא נובעת מהעדר הכרעה אחידה של המחוקק, לכל אורך הקו, מהם האינטרסים הרלבנטיים לצורך הסדרת הנושא וכיצד ייעשה האיזון ביניהם. ראוי לנקוט בעניין זה גישה עקיבה: אם הפגיעה בפרטיות היא מוצדקת, אזי אין לאסורה בדין הפלילי; אם אין היא מוצדקת, והיא גרמה נזק לפרט, יש ליתן בידיו אפשרות לזכות בפיצוי על הפגיעה בו.

היגיון זה מוצא ביטוי גם בחקיקה. ההשקפה שלפיה ראוי כי בגין מעשה אסור, שגרם נזק לאינטרס פרטי, תוקנה גם לפרט עילת תביעה אזרחית לפיצוי על נזקו, והיא העומדת ביסודה של עוולת הפרת חובה חקוקה לפי פקודת הנוזיקין [נוסח חדש]⁸⁸. אם אותו חיקוק,

88 סעיף 63א לפקודת הנוזיקין קובע כדלקמן:

מפר חובה חקוקה הוא מי שאינו מקיים חובה המוטלת עליו על פי כל חיקוק – למעט פקודה זו – והחיקוק, לפי פירושו הנכון, נועד לסובתו או להגנתו של אדם אחר, וההפרה גרמה לאותו אדם

המטיל את החובה, נועד לטובתו של אדם, היינו: מטרתו להגן על אינטרס פרטי של⁸⁹, הרי "בהפרתו נתגבש סעד אזרחי מכו ריני הנוזקין"⁹⁰, ובלבד שהוא לא התכוון להוציא סעד זה. החלת כלליה של פקודת הנוזקין על המעשה האסור עשויה אמנם לגרום אי-סמטריה מסוימת בין האחריות הנוזקית ובין זו שעל-פי החוק⁹¹, אך גם מקרים אלה, מוגבלים כשלעצמם, אינם גורעים מן ההשקפה הבסיסית האמורה.

בדומה לכך, נקבע בחוק איסור לשון הרע, הקרוב יותר לתחום עיסוקנו, כי תחומיה של העבירה הפלילית שבו מצומצמים מאלו של העוולה האזרחית, וכי ההגנות הניתנות בחוק יחולו באותה מידה במשפט פלילי או אזרחי⁹², לאמור: בהתקיים הנסיבות המפורטות באותה מהן, המפרסם פטור הן מן האחריות הפלילית והן מן האחריות האזרחית על מעשה. הואזדהין בחוק הגנת הפרטיות עצמו: גם בו תחומיה של העבירה הפלילית מצומצמים מאלה של העוולה, וגם בו חלות ההגנות באותה מידה במשפט פלילי או אזרחי⁹³. המחקק מכריע אפוא בשני החוקים באופן אחד בין האינטרסים השונים, ומקנה, עקרונית, לפרט שניזוק סעד ופיצוי.

5. פתרונות אפשריים

(א) המישור הערכי

כאשר מצויות לפנינו שתי מערכות נורמטיביות שונות, שביניהן אנו מבקשים להגיע להתאמה ול"סימטריה", הפתרון יכול להיות החלת כלליה של מערכת אחת על אלו של האחרת, או הסדר מעורב, המשנה את שני ההסדרים הקיימים לכדי הסדר שלישי, אחד. הפתרון יכול שיבוא מידי בית-המשפט, באמצעות פרשנות של החוקים הרלבנטיים, או מידי המחוקק.

כבר ראינו, כי חוק האזנת סתר אינו כפוף להזדהין של חוק הגנת הפרטיות. החלת ההגנות של חוק הגנת הפרטיות על העבירות שבחוק האזנת סתר היא אפוא בלתי-אפשרית. נדחתה גם האפשרות ההפוכה, שלפיה כל עבירה על חוק האזנת סתר אינה באה בגדר תחולתן של ההגנות שבחוק הגנת הפרטיות. אפשרות הפתרון השלישית, זו של גיבוש הסדר משולב, אינה ישימה בדרך של פרשנות שיפוטית.

בפני בית-המשפט אין אפוא דרך פרשנות העומדת במבחן הביקורת לפתרונו של הבעיה. אף אם היתה דרך כזו, הרי אנו סבורים כי ראוי שתיוקנו של המצב יבוא מידי המחוקק. העדפת אחת ההכרעות בין האינטרסים המתנגשים צריך שתתבסס על התלבטות

נזק מסוגו או מסבעו של הנזק שאליו נתכוון החוק; אולם אין האדם האחר זכאי בשל ההפרה לתרופה המפורשת בפקודה זו, אם החוק, לפי פירושו הנכון, התכוון להוציא תרופה זו.

89 ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש ואח', פ"ד לו(1) 113, 140-142 (להלן: עניין ועקנין); ע"א 245/81 סולטאן נ' סולטאן, פ"ד לח(3) 169, 176-178 (להלן: עניין סולטאן).

90 עניין ועקנין, שם, בעמ' 136 (והדגשה הוספה).

91 ע' בר שירה, הפרת חובה חקוקה, ריני הנוזקין - העוולות השונות, ג' טרסקי עורך (המכון למחקרי חקיקה ע"ש סאקר, האוניברסיטה העברית, תשל"ט) 40-41.

92 סעיפים 6, 7, 13, 14, 15 לחוק איסור לשון הרע.

93 סעיפים 4, 5, 18, 19 לחוק הגנת הפרטיות.

ערכית: איזה מן ההסדרים שבשני החוקים הוא ההסדר הראוי, איזו נוסחת איזון מעניקה לאינטרסים השונים את משקלם היחסי הנאות, ואולי יש צורך בתיקון שני ההסדרים, כאמור.

התלבטות זו יכול וצריך המחוקק לעשות, ואין להותיר אותה בידי בית-המשפט, המוגבל, בסופו של דבר, לפתרון הסכסוך הקונקרטי המתעורר בפניו במקרה זה או אחר.

(ב) המישור המעשי

היעדרו של פתרון במישור הערכי אין משמעו כי, בינתיים, בנסיבות שבהן אחת ההגנות שבחוק הגנת הפרטיות חלה, אין בידי התובע כל דרך להיפרע מן העבריינין על הנזק שנגרם לו בגין הפגיעה בפרטיותו; בכוחו להגיש את התביעה גם בעילה של הפרת חובה חקוקה – לפי סעיף 63 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש] – ולא בעילה של פגיעה בפרטיות לפי חוק הגנת הפרטיות.

יסודותיה של העוולה בדבר הפרת חובה חקוקה הם אלה:⁹⁴ (א) החובה מוטלת על המזיק מכוח חיקוק; (ב) החיקוק נועד לטובתו או להגנתו של הניזוק; (ג) המזיק הפר את החובה המוטלת עליו; (ד) ההפרה גרמה נזק לניזוק; (ה) הנזק שנגרם הוא מסוג הנזק שאליז נתכון החיקוק; (ו) החיקוק לא התכוון להוציא את התרופה האזרחית. נבחן אם הם מתקיימים במקרה זה.

האיסור הקבוע בחוק האזנת סתר ("החיקוק") בוודאי מטיל חובה להימנע מן המעשים המפורטים בו. האם חובה זו נועדה לטובתו של הניזוק? המבחן להיותו של חיקוק לטובתו של אדם אחר או להגנתו הוא "אם אותו חיקוק קובע נורמות ורמות התנהגות אשר נועדו להגן על האינטרסים של הפרט"⁹⁵, להבדיל מאינטרסים של המדינה או של הציבור בכלל. יתירה מזו: "מספרם של הפרטים אשר על האינטרסים האינדיבידואליים שלהם בא החוק להגן אינו מעלה ואינו מוריד... חוק עשוי להגן על האינטרסים של הפרט גם אם הוא בא להגן בדרך זו על האינטרסים של כל אחד מהפרטים במדינה"⁹⁶, ואף ייתכן כי הוראה מסוימת תהא בעלת מטרה כפולה – להגן על אינטרס של הפרט ושל הציבור גם יחד.⁹⁷ הפגיעה בפרטיות, שאותה חוק האזנת סתר מבקש למנוע, היא פגיעה באינטרס פרטי מובהק. אף שהיא בעלת השלכות חברתיות כוללות, נזקה הוא בראש-דבראשונה הנזק שנגרם לפרט. חוק האזנת סתר הוא אפוא חיקוק שהרישא של סעיף 63(א) לפקודת הנוזיקין חלה עליו.

השאלה מתמקדת עתה ביסוד האחרון: האם התכוון חוק האזנת סתר להוציא תרופה אזרחית על הפרתו? אין למצוא בו כל רמז לכוונה שכזו. נהפוך הוא: מטרתו היא להסדיר את ההגנה על הזכות לפרטיות במישור הפלילי, וודאי שהגנה זו לא שוללת מן הנפגע

94 ראה לעיל, הערה 88.

95 עניין ועקנין (לעיל, הערה 89), בעמ' 141; עניין סולטאן (לעיל, הערה 89), בעמ' 176-177.

96 עניין ועקנין, שם, בעמ' 142.

97 שם, שם: עניין סולטאן (לעיל, הערה 89), בעמ' 177.

תרופות אורחיות על נזקו. מכל־מקום, כל עוד לא נשללה זכות התביעה האורחית באופן מפורש, חזקה שהיא קיימת.⁹⁸

האם קיומה של עזולה אורחית בחוק הגנת הפרטיות הוא בעל נפקות לענייננו, לאמור: משמעו כי אין עילת תביעה במסגרת פקודת הגזיקין לדעתנו, התשובה שלילית. אמנם יש אסמכתאות בפסיקה האנגלית לרחיית תביעה בעילת הפרת חובה חקוקה בנימוק כי קיימות עילות תביעה אורחיות אחרות, המסדירות את הנושא שבו החיקוק המופר עוסק⁹⁹, אך נימוק כזה חורג מלשונו המפורשת של סעיף 63(א). יתר על כן: אם נקבע בפסיקה כי גם על הפרת חובה הקבועה בחיקוק המעניק הוראות סעדים אורחיים על הפרתו ניתן לתבוע בעילת הפרת חובה חקוקה¹⁰⁰, קל וחומר במקרה דנן, שבו אין חוק הגנת הפרטיות מתייחס מפורשות לחוק האזנת סתר ואין הוא מקנה עילת תביעה אורחית בגין כל הפרה של הוראות החוק האחרון, אין לו בסיס. אם לפני חקיקתו של חוק הגנת הפרטיות לא היתה כל מניעה לראות בעבירה על חוק האזנת סתר הפרת חובה חקוקה, אזי חקיקתו של החוק, העוסק בנושא הגנת הפרטיות באופן כולל ועצמאי, לפי מטרות ושיקולים שונים מאלו המנחים את חוק האזנת סתר, ואינו שולל מפורשות את זכות התביעה על־פי פקודת הגזיקין – אין לה נפקות לעניין זה.¹⁰¹

נמצא, כי הפרת הוראותיו של חוק האזנת סתר יכול שתהא הפרת חובה חקוקה, לפי סעיף 63 לפקודת הגזיקין. מכאן שעל התביעה בעילה זו יחולו כלליה של הפקודה ולא אלה של חוק הגנת הפרטיות. זהו פתרון אפשרי לבעייתו של מי שנפגע מהאזנת סתר אסורה, בניסבות שבהן חלה אחת מן ההגנות הקבועות בחוק הגנת הפרטיות, אולם במקרה כזה, ספק אם יוכל התובע לקבל אותם סעדים מיוחדים המוקנים לו כתביעה בגין כניעה בפרטיות, כגון צו להחרמת החומר הפוגע, אם ישנו כזה, צו לפרסום פסק־הדין וכדו'.¹⁰²

ד. סוף דבר

חקיקתם הנפרדת של חוק האזנת סתר וחוק הגנת הפרטיות, אמנם מתוך כוונה שיהיו הסדרים המשלימים זה את זה, אך בלא שנבחנו לעומקן משמעותה של ההפרדה ומידת התאמה ביניהם – תולידה, בסופו של דבר, חוסר־עקביות.

הזכות לפרטיות מגלמת אינטרס פרטי מובהק. ההגנה המשפטית עליה בחוק נועדה אפוא בראש־בראשונה ליתן בידי הפרט כלים לממש את זכותו ולאכפה כלפי פרטים אחרים בחברה. תאיל וההגנות שבחוק הגנת הפרטיות חלות אף על מעשה שהוא עבירה פלילית לפי חוק האזנת סתר, נמצא המחוקק, שביקש להגן על זכותו של הפרט באמצעות

98 עניין פולטאן, שם, בעמ' 177–178: בר שירה (לעיל, הערה 91), בעמ' 43.

99 בר שירה, שם, בעמ' 47–48, הערה 169.

100 ע"א 817/77, המ' 33/79, Beecham Group 361, בייסטרל מאיירס קומפני, פ"ד לג(3) 766, 757.

101 דעה אחרת ראה אצל א' שטיין (לעיל, הערה 20), בעמ' 549 הערה 81.

102 סעיף 29 לחוק הגנת הפרטיות; על הסעדים השונים שפקודת הגזיקין מעניקה, ובעיקר על מהותם של ציווי עשה ולא תעשה, אופיים והתנאים להענקתם ראה בדיני הגזיקין – תורת הגזיקין הכללית (לעיל, הערה 83), בעמ' 533 ואילך, ובייחוד בעמ' 544–535.

קביעת איסור פלילי על האזנת סתר, מסכל, בנסיבות מסוימות, את האפשרות שאותו פרט יעשה שימוש בהגנה זו ויזכה בפיצוי על הפגיעה הכלת-חוקית בו. אמנם קיימת בידי נפגעתו בעדן דרך מעשית ל"עקוף" את ההגנות הקבועות בחוק הגנת הפרטיות, על-ידי הגשת תביעה בעילה של הפרת חובה חקוקה לפי פקודת הנזיקין. עם זאת, אף אם נתעלם מחסרונותיה של דרך תביעה זו, הרי המצב שנוצר רחוק מלהשביע רצון.

נראה לנו כי נדרשת כאן התערבותו של המזכיק, הוא הרשות המוסמכת והראויה לקבוע איזה אינטרס יש להעדיף על-פני הזכות לפרטיות ובאילו נסיבות. רק הסדר שיקבע הכרעה אחידה בין האינטרסים השונים, במישור הפלילי ובמישור האזרחי גם יחד, ולא יתעלם מן הנזק שנגרם לפרט ומן הצורך לתקנו – יהיה הסדר עקיב וצודק של ההגנה על הזכות לפרטיות.

דעתנו היא, מבחינה ערכית, כי יש להעדיף את ההסדר הקבוע בחוק האזנת סתר על-פני זה שנקבע בחוק הגנת הפרטיות. יחד עם זאת, אין להטיל אחריות אזרחית בגין כל העבירות המפורטות בסעיף 2 לחוק האזנת סתר.

העבירה המוגדרת בסעיף 2(ג) לחוק האזנת סתר, עבירת "הצבת מכשירים", מכונת אמנם למנוע האזנות סתר אסורות, אולם בביצועה אין נזק ישיר לאינטרס הפרט אלא, לכל היותר, יצירת פוטנציאל לגרימתו של נזק כזה: על-יכן לא נראה לנו כי על ביצועה, כשלעצמו, יש להטיל אחריות אזרחית. אשר להאזנת סתר, נראה לנו כי אמנם רק צורכי המדינה בענייני ביטחון ומניעת עבריינות מצדיקים פגיעה בפרטיות בדרך זו, ואין זה מוצדק, למשל, לאפשר לעיתונאים להאזין האזנות סתר כל אימת שיש בכך "עניין ציבורי" לפי סעיף 18(3) לחוק הגנת הפרטיות. זאת ועוד: ההסדר שנקבע בחוק האזנת סתר, היינו: בדרך-כלל דרישת היתר מראש, תוך קיום מנגנוני בקרה ופיקוח, חלקם שיפוטיים, על ההאזנות – הוא הסדר רצוי יותר הן מבחינת הפרט, שכן השימוש בהאזנות סתר הוא מוגבל ונתון לפיקוח, והן מבחינת הרשות, שחוקיות פעולתה מבטחת מראש, ולא נבחנת בדיעבד, כפי שנעשה על-פי חוק הגנת הפרטיות.

כדי לאכוף איסור זה ולעשות את הפרתו לבלתי-כדאית, אנו סבורים כי גם בעניין השימוש במידע שהושג בהאזנת סתר, מסירתו לאחר או פרסומו, יש להעדיף את ההסדר הקבוע בחוק האזנת סתר ולא ליתן בידי הפוגע הגנה כלשהי מאלו הקבועות בחוק הגנת הפרטיות¹⁰³.

הצעתנו היא אפוא לבטל את סעיף 2(2) לחוק הגנת הפרטיות, ולהסדיר את סוגית האחריות האזרחית בגין האזנת סתר, ושימוש במידע שהושג בה, בחוק האזנת סתר עצמו, על-פי מטרותיו ועקרונותיו.

103 ראה גביון (לעיל, הערה 85), בעמ' 181. יודגש כי זהו המצב הקיים כיום ממילא, שהרי על-פי סעיף 2(ב) לחוק האזנת סתר גילוי ידיעה או תוכן שיחה, שהושגו על-ידי האזנת סתר, לאדם שאינו מוסמך לקבלה, היינו: לרבות פרסום בעיתונות, למשל, מהווה עבירה פלילית, אף אם נתקיימה אותה ההגנות שבחוק הגנת הפרטיות, כגון שיש לציבור עניין גדול בפרסום המידע.