

**בית משפט לענייני משפחה בנצרת**

ת"ע 57641-08-20 ח.ג. נ' ט.ל.  
 ת"ע 21311-10-20 י.ג. ואח' נ' ח.ג.  
 ת"ע 57642-08-20 ח.ג. נ' ט.ל.

בפני: כב' השופט הבכיר, אסף זגורי

בעניין: עזבון המנוחה ו.ג.

המבקש ח.ג.  
 ע"י ב"כ עוה"ד יריב ואקנין

נגד

המשיבות 1. ט.ל.  
 2. י.ג.  
 3. ג.א.  
 ע"י ב"כ עוה"ד זהר פשה אלון

כתבי עת:

יצחק עמית, "קבילות, סודיות, חיסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט האזרחי – ניסיון להשלטת סדר", ספר אורי קיטאי, (תשס"ח) 247

אסף הרדוף, "אין אמון – אין פרטיות? הקלטה חד-צדדית כהאזנת סתר ופגיעה ב"פרטיות ראייתית" – ICON-S-IL Blog, (2018.04.16) 1

אסף הרדוף, "רעיון בלתי-קביל, אמת לא-נוחה: פסילת ראיות בגין אופן השגתן", משפט וממשל, כ (יוני 2019) 141

חקיקה שאוזכרה:

חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981: סע' 2, 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 2.6, 2((7), 2((8), 2.9, 32

חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962: סע' 36, 68(א)

תקנות סדר הדין האזרחי, תשע"ט-2018: סע' 1, 172א'

תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 (כפי שהיו נכון ליום 31.12.2020)

תקנות בית משפט לענייני משפחה (סדרי דין), תשפ"א-2020: סע' 2(א), 3(ב)

חוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984: סע' 79(ד), 79ג'

מיני-רציו:

\* ביהמ"ש אשר על הגשת הקלטה של שיחת גישור שערך האפוטרופ' לדין של אימם המנוחה של הצדדים בין בני המשפחה ואשר הוקלטה בסתר, באמצעותה בקשו המשיבות להוכיח שהמבקש היה מעורב

בעריכת צוואת האם – וזאת מטעמים של פסילת ראייה ערכית, לאחר איזון בין הערכים המתנגשים: חקר האמת, הגנה על פרטיות האפוטרופוס לדין, הגנה על הליכי פישור וגישור, תם לב והגינות דיונית.

\* ראיות – קבילות – הקלטה

\* ראיות – קבילות – שיחת גישור

\* ראיות – קבילות – מסמך שהועבר במסגרת משא ומתן

\* כשרות משפטית ואפוטרופסות – אפוטרופוס – אפוטרופוס לדין

\* משפט חוקתי – זכויות הפרט – הגנת הפרטיות

בקשה לאסור על הגשת ראייה – תמלול והקלטה של שיחה שנערכה במסגרת הליך גישור. רקע: אפוטרופוס לדין שמונה עבור אשה בהליך אפוטרופסות, ביקש לגשר בין בני משפחה ובמסגרת הפגישה ביקש כי לא יוקלט. למרות בקשתו זו המשיבה 3 הקליטה אותו בסתר. כשלוש שנים לאחר ההקלטה, נפטרה האשה וילדיה חלוקים בעניין תוקף צוואתה האחרונה, כאשר המשיבות טוענות שהמבקש מעורב בעריכתה ואילו הוא טוען כי אמו ערכה הצוואה בעצמה. במסגרת ברור מחלוקת זו צרפו המשיבות כראיה את אותה הקלטה באמצעותה עותרות להוכיח שהמבקש היה מעורב בעריכת הצוואה ובכך להביא לפסילתה ו/או פסילתו מלרשת. המבקש ביקש לגרוע את התמלול וההקלטה מתיק ביהמ"ש, בטענה כי מדובר בהליך גישור ולכן הקלטתו אסורה וכן לאור העובדה שהאפוטרופוס לדין עצמו ביקש שהשיחה לא תוקלט.

ביהמ"ש לענייני משפחה קיבל את הבקשה מהטעמים הבאים:

אין להתיר הצגת ההקלטה כראיה במשפט מטעמים של פסילת ראייה ערכית. פסילה ערכית מתרחשת כאשר הראיה חזקה ומשכנעת אולם אופן השגתה אינו כדן ולכן מתנגשת בערכים אחרים של שיטת המשפט. שיקולי פסילה ערכית משמעותם שחקר האמת אינו חזות הכל ואינו הערך היחידי בהליך השיפוטי. מגמות אחרות במשפט בכלל ובדיני המשפחה בפרט, מצדיקות הקטנת המשקל היחסי של "חקר האמת" במקרה זה והעדפת הפרטיות, קידום יישוב סכסוכים בדרכי שלום לרבות באמצעות גישור ופישור, הגנה על פעולתו התקינה והיעילה של האפוטרופוס לדין וכן הגנה על קיומו של הליך שיפוטי הוגן והתנהלות בתם לב של הצדדים.

במקרה דנא לא מדובר בראיית זהב שיש בה לבדה להטות את הכף או לחרוץ דין. לכל היותר מדובר בראיה נסיבתית התומכת באופן מסוים בתזה של המשיבות כי המבקש היה מעורב בעריכת הצוואה של אמם.

אם ההקלטה הייתה פרי האזנת סתר אסורה בניגוד לחוק האזנות סתר, ברי כי הדיון באפשרות הצגתה כראיה היה מסתיים כבר בנקודה זו, שכן לא ניתן לעשות שימוש ראייתי כלשהו בראיה שהושגה בניגוד לחוק האזנות סתר. אלא שההקלטה במקרה הנוכחי נעשתה על ידי צד לשיחה. משכך אין מדובר בהאזנת סתר אלא בהקלטת סתר שהיא לכאורה חוקית ומותרת ומישור הפסילה הערכי הבא לפיכך הוא לפי חוק הגנת הפרטיות. אולם, לא כל מה שמותר מבחינת הדין הוא ראוי והגון.

במקרה דנא המבקש לא טוען כי הצגת הראיה אסורה כיוון שמדובר בפגיעה בפרטיותו. טענתו היחידה כאמור היא שהראיה הושגה בהליך גישור ולכן אסורה להצגה. אף האפוטרופוס לדין השיב שאם כל בני המשפחה מסכימים להגשת הראיה הרי שהוא עצמו לא מתנגד לכך. אולם משעה שהמבקש הוא חלק

מבני המשפחה ובני השיחה המוקלטת והוא אינו מעוניין בהגשתה, טוען האפוטר' לדין כי אין מקום להגישה. לפיכך, בנסיבות העניין אי התרת הגשת ההקלטה כראיה לא אמורה להידון לכאורה בשל פגיעה בפרטיותו של המבקש או של האפוטרופוס לדין.

ויחד עם זאת, מתבקשת כאן הבהרה לעניין זכות האפוטר' לדין לפרטיות בשים לב למורכבות הייצוג המוטלת על האפוטר' לדין, בין השאר לאור המגעים שהוא מקיים עם בני המשפחה. מלאכה זו כוללת לעתים גם נסיונות סיוע ליישב סכסוך בין ילדיו של אותו אדם בעניינים הנוגעים לו. זאת הוא עושה בין השאר באמצעות ניסיונות הידברות, גישור, פישור, שיח, הסברים ותקשורת עם כל הגורמים המעורבים בחייו של אותו אדם. בעשותו כן וכדי שיוכל להצליח בתפקידו יש להבטיח שהוא יחוש בטחון וחופשיות בהתנהלותו. בעשותו כן הוא גם זכאי לפרטיות, כפי שהאדם שבשמו הוא פועל זכאי לכך אך גם כישות אוטונומית המכונה אפוטרופוס לדין וגם כעורך דין. פתיחת פתח המאפשר את הקלטת האפוטרופוס לדין בכל שיח ומגע שהוא מקיים עם האדם עבורו מונה או בני משפחתו תפגע קשות בתפקודו ותפגע בסופו של יום גם במשפחתו ובהליך שכן הדבר יקשה על הגעה להסכמות ויישוב הסכסוכים בדרכי שלום שהיא ערך עליון בענייני משפחה, בוודאי בהליכי אפוטרופוסות שבהם יש סכסוך מר בין ילדיו/הוריו/בני משפחתו של האדם שעניינו מונח לפני ביהמ"ש.

ביהמ"ש מוסיף ומבהיר כי פרטיות אפוטר' לדין חשובה כי היא מאפשרת ליישב סכסוך בדרכי שלום ולכן חלה בכל שיח שלו עם בני המשפחה גם אם לא מדובר בגישור. יש להגן על פרטיות זו באמצעות איסור הקלטת סתר ו/או באמצעות תמריץ שלילי בדמות קביעה שממצאי הקלטת סתר שכזו לא יוכלו להוות ראיה קבילה במשפט. במקרה דנא, קיימת חומרה יתירה. שכן, כאשר האפוטר' לדין אסר על הנוכחים להקליט את השיחה, מדובר לא רק בפגיעה בפרטיות אלא גם בהתנהגות חסרת תם לב והגינות של המקליט.

הדברים נאמרים בייחוד לאור התרומה הראייתית הזניחה אם בכלל שיש להקלטה לחקר האמת ועשיית הצדק בהליך דנא וכאשר אין כל טענה כנגד האפוטר' לדין כי מעל בתפקידו ולכן הוקלט. אין זה נתפס כי סיוע זה (בדמות המהלך הגישורי) ינוצל כעת לרעה על ידי המשיבות בסכסוך ירושה מול המבקש.

ביהמ"ש מוסיף וקובע כי טיבו של השיח שהתקיים בין האפוטר' לדין, העו"ס וילדי המנוחה אכן היה שיחת גישור וכזו הקלטת השיחה אינה כדין ולא תותר הבאתה כראיה במשפט. סעיף 79(ד) לחוק בתי המשפט קובע כי "דברים שנמסרו במסגרת הליך הגישור לא יישמשו ראיה בהליך האזרחי". ביהמ"ש מוסיף, כי גם אם מדובר היה בשיחת פישור או מו"מ לקראת פשרה עדיין אסור היה למי מהצדדים להקליטה ולנסות לעשות שימוש בכך כראיה בהליך משפט. על פי הפסיקה גם דברים שהוחלפו בין הצדדים במהלך משא ומתן, המהווים פרי מגעים אמיתיים לפשרה בין בעלי הדין, לא יוכלו לשמש כראיה. על מנת שמידע זה יהיה קביל, הרי שיש צורך בהסכמת שני הצדדים לחשיפתו, ואין זה המקרה דעסקינן.

ומה עם זכות המשיבות לגילוי האמת ולהגנה ראויה כנגד קיום הצוואה? בשים לב לתרומה הראייתית הזניחה אם בכלל שיש להקלטה לחקר האמת ועשיית הצדק בהליך דנא, ביהמ"ש סבור שלצורך הגשמת תכלית חשובה זו במשפט אין ולא היה צורך לפגוע בפרטיות.

לפיכך נפסק כי ההקלטה ותמלולה הן בבחינת ראיה שאינה קבילה בהליך זה. הטעמים הערכיים של פרטיות, הגינות דיונית, תם לב, הגנה על מוסד הגישור והפישור, יעילות התנהלות אפוטרופוס לדין גוברים על ערך גילוי האמת במקרה הנוכחי, מה גם שהראיה אינה תורמת משמעותית לגילוי שכזה. משכך, אכן אין ולא הייתה כל הצדקה להתיר צירוף ההקלטה והתמלול כראיה בתיק זה וביהמ"ש מורה על גריעתה ופסילתה מלשמש ראיה קבילה.

## החלטה

בקליפת אגוז: האם להתיר או לאסור הגשת ראייה בדמות הקלטת שיחת גישור שערך האפוט' לדין בין בני משפחה וכיצד נכון לאזן בין הערכים המתנגשים (חקר האמת, הגנה על פרטיות האפוט' לדין, הגנה על הליכי פישור וגישור, תם לב והגינות דיונית).

א. הצגת העניין שבמחלוקת:

אפוטרופוס לדין שמונה עבור אשה בהליך אפוטרופסות, מבקש לגשר בין בני משפחה ובמסגרת הפגישה מבקש כי לא יוקלט. למרות בקשתו זו בוחרת המשיבה 3 להקליטו. כשלוש שנים לאחר ההקלטה, נפטרת האשה וילדיה חלוקים בעניין תוקף צוואתה האחרונה, כאשר המשיבות טוענות שהמבקש מעורב בעריכתה ואילו הוא טוען כי אמו ערכה הצוואה בעצמה. במסגרת בירור מחלוקת זו מצרפות המשיבות כראיה את אותה הקלטה באמצעותה עותרות להוכיח שהמבקש היה מעורב בעריכת הצוואה ובכך להביא לפסילתה ו/או פסילתו מלרשת והמבקש מתנגד לכך – כיצד ינהג בית המשפט?

ב. רקע רלבנטי וטענות הצדדים בתמצית :

1. המבקש והמשיבות הינם אחים וכולם ילדיה של המנוחה ו.ג. שפרטיה בכותרת (להלן : "המנוחה").

2. המנוחה נלקחה לבית עולמה ביום 3/5/2020 והותירה אחריה 4 ילדים (בגירים) החלוקים בעניין אופן הנחלת עזבונה.

3. ביום 13.7.20, ניתן צו ירושה אחר המנוחה ובהמשך הגיש המבקש בקשה לביטול צו הירושה בטענה כי קיימת צוואה עליה חתמה המנוחה ביום 7.6.17. המשיבות התנגדו לבקשה כאמור, והעלו שלל טענות לשלילת תוקפה של הצוואה.

4. הצדדים מוכרים לי כאמור מהליך קשור קודם (תיק א"פ 21110-07-17), במסגרתו עתרו המשיבות כאן, ליתן צו למינוי אפוטרופוס על כל ענייניה של אמן, שהייתה אז בחיים. בגדרו של אותו הליך מינה בית המשפט אפוטרופוס לדין מטעם הלשכה לסיוע משפטי, עו"ד אברהם פרץ (להלן: "האפוט' לדין"), אשר חיווה דעתו שהמנוחה אינה זקוקה למינוי אפוטרופוס ואף ניסה והצליח להשכין שלום בין ילדיה של המנוחה. בגדרו של הליך ההידברות בין הצדדים, נערכה פגישה ביום 3/12/2017 אשר הוקלטה בסתר על ידי המשיבה 3. הפגישה הובילה בסופו של יום לחתימה על הסכם פשרה שאושר על ידי בית המשפט וקיבל תוקף של פסק דין ביום 1.1.18, בו פורטו הסכמות הצדדים ביחס להמשך הטיפול במנוחה (להלן: "ההסכם").

5. לאחר שהתקיימה ישיבת קדם משפט בתיק זה, נקבעו ההליכים לישיבת הוכחות מאוחדת.

6. לקראת ישיבת ההוכחות הגישו המשיבות תצהירים מטעמן, ולתצהירה של המשיבה 3, צורפו הקלטה ותמלול הפגישה מיום 3.12.17, שנערכה בין לבין האפוט' לדין והעו"ס לענייני זקנים וחסרי ישע בעיריית \*\*\*. ההקלטה צורפה כדי לבסס הטיעון של המשיבות כי אחיהן דאג להחתים את אמן על צוואה עוד לפני המפגש המוקלט לעיל.

7. המבקש ביקש לגרוע את התמלול וההקלטה מתיק ביהמ"ש, בטענה כי מדובר בהליך גישור ולכן הקלטתו אסורה וכן לאור העובדה שהאפוט' לדין עצמו ביקש שהשיחה לא תוקלט. הוא הפנה לבע"מ 8768/08 פלוני נ' פלונית בו נקבע כי כל מה שהוחלף בהליך הגישור, בין בעלי הדין לבין עצמם ולבין המגשר, בין בעל פה ובין בכתב חסוי והוא חסין מגילוי ואסור לפיכך לגלותו.

8. המשיבות טוענות כי אין מדובר בתמלול של הקלטה של פגישת גישור, אלא הייתה זו "שיחה מקדימה" עם האפוט' לדין שהוקלטה ואכן היא הביאה לעריכת ההסכם המשפחתי שאושר על ידי בית המשפט. לדבריהן, גם אם היה מדובר בהליך גישור, עדיין חובה על בית המשפט להתחקות אחר רצון הצדדים ולרדת לחקר האמת והתמלול הוא אמצעי לגיטימי לשם כך.

9. לאור טענות אלו ביקש בית המשפט את עמדת האפוט' לדין ביחס לשאלה האם מדובר היה בהליך גישור. האפוט' לדין השיב כי מדובר היה בישיבת גישור לכל דבר ועניין שהתקיימה במשרדו. עוד טען כי בפתח ישיבת הגישור פנה לכל הנוכחים וביקש לוודא עם שאף אחד מהם לא מקליט את השיחה כדי להבטיח שיח חופשי ללא חשש שדברים יודלפו ו/או יתועדו ו/או יועברו לבית המשפט. בקשתו זו הניעה את תהליך הגישור ואפשרה אותו ובלעדיה סבור הוא שלא היה מסתייע הליך הגישור ומסתיים בהסכם. יחד עם כל זאת טען האפוט' לדין כי אם כל ילדיה של המנוחה יסכימו לחשיפת התמלול של ההקלטה, הוא לא יתנגד לכך (אלא שכידוע המבקש מתנגד לכך).

ג. דיון בטענות ובערכים המתנגשים :

על פסילת ראייה ערכית:

10. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים, הגעתי למסקנה שאין להתיר הצגת ההקלטה כראיה במשפט שלפניי מטעמים של פסילת ראייה ערכית (ראו דיון נרחב בעניין זה במאמרו של א. הרדוף "רעיון בלתי קביל, אמת לא נוחה": פסילת ראיות בגין אופן השגתן" משפט וממשל כ, התשע"ט 141, להלן "הרדוף"). פסילה ערכית מתרחשת כאשר הראיה חזקה ומשכנעת אולם אופן השגתה אינו כדון ולכן מתנגשת בערכים אחרים של שיטת המשפט. שיקולי פסילה ערכית משמעותם שחקר האמת אינו חזות הכל ואינו הערך היחידי בהליך

השיפוטי. מגמות אחרות במשפט בכלל ובדיני המשפחה בפרט, מצדיקות הקטנת המשקל היחסי של "חקר האמת" במקרה זה והעדפת הפרטיות, **קידום יישוב סכסוכים בדרכי שלום לרבות באמצעות גישור ופישור, הגנה על פעולתו התקינה והיעילה של האפוטי לדין וכך הגנה על קיומו של הליך שיפוטי הוגן והתנהלות בתם לב של הצדדים.**

### לא מדובר בראיית זהב שיש בה לבדה להטות את הכף או לחרוץ דין:

11. כהקדמה לדברים יש לציין כי לכאורה נראה שההקלטה כלל אינה מהווה ראיה חזקה ומשכנעת אלא לכל היותר ראיה נסיבתית התומכת באופן מסוים בתזה של המשיבות כי המבקש היה מעורב בעריכת הצוואה של אמם. המקום היחיד שהדבר נזכר בהקלטת השיחה הארוכה עם האפוטי לדין הוא בעמ' 71 לתמליל שם גם המשיבה 3 וגם האפוטי לדין שואלים אם יש מסמך נוסף שהמבקש החתים את אמם והוא משיב "לא החתמתי אותה על כלום" (עמ' 72 שורה 1 לתמליל). הרי ממילא הגנת המבקש כאן הינה כי אמו חתמה על הצוואה בפני עדים במשרד עורכי דין והוא לא היה מעורב בהחתמתה. משכך אין באופן מילולי כל תרומה לאותה הקלטה לתזה של המשיבות. עם זאת ברורה לי הכוונה של המשיבות והדבר מלמד גם עד כמה קריאת הכתוב בתמליל של הקלטה עלול להטעות. ייתכן מאוד שהכוונה הייתה כי המבקש **פעל** להחתים את אמם על צוואה, **כפי שפעל** להחתים אותה על ייפוי כח (עמ' 73 לתמלול), כלומר גם אם לא החתים אותה בעצמו על צוואה/ייפוי כח, היה מעורב בכך.

### הצגת נתיב ההכרעה:

12. בחזרה לדיון הערכי – משפטי: כדי להסביר הנתיב המוביל לדחיית ניסיון שימוש בהקלטה כראיה, אבחן ראש וראשון את הרובד הכללי: האם מדובר בהאזנת סתר או פגיעה בפרטיות באמצעות הקלטת סתר. ככל שמדובר בפגיעה בהקלטת סתר "מותרת" אציג את הערכים המתנגשים היכולים להצדיק או לפסול הראיה ואת משקלם. בשלב הבא אבחן את טיב ההליך בו בוצעה ההקלטה (גישור) ומיהות הגורם המעורב (אפוטרופוס לדין).

### הראיה אינה "האזנת סתר" אלא "הקלטת סתר" או מותר אך מכוער:

13. אם ההקלטה שלפניי הייתה פרי האזנת סתר אסורה בניגוד לחוק האזנות סתר, ברי כי הדיון באפשרות הצגתה כראיה היה מסתיים כבר בנקודה זו, שכן לא ניתן לעשות שימוש ראייתי כלשהו בראיה שהושגה בניגוד לחוק האזנות סתר התשל"ט - 1979 (ראו ע"פ [1302/92 מ"י נ' נחמיאס ואח', פ"ד מט\(3\) 309 \(1995\)](#)) וכן ראו: הרדוף לעיל בעמ' 147-148). אלא שההקלטה במקרה הנוכחי נעשתה על ידי צד לשיחה. משכך אין מדובר בהאזנת סתר אלא בהקלטת סתר שהיא לכאורה חוקית ומותרת ומישור הפסילה הערכי הבא לפיכך הוא לפי [חוק הגנת הפרטיות](#) התשמ"א - 1981. זה המקום להדגיש, כי לא כל מה שמותר מבחינת הדין הוא ראוי והגון.

דברים קולעים נאמרו בהקשר זה על ידי דר' הרדוף בבקרו את הקלטת הסתר :

"למצער, תחת המשך המצב הנוכחי, עלינו לזכור שהקלטה חד צדדית אינה פעולה חד ערכית ואינה רק נחלת הצדק ואיזון הכוח, ושלתים הכיעור הערכי המשתקף בה עולה על הכיעור הנחשף בתוכנו של שיחות פרטיות" (דר' אסף הרדוף [אין אמון, אין פרטיות! הקלטה חד-צדדית כהאזנת סתר ופגיעה ב"פרטיות ראייתית](#) (ICON-S-IL

Blog, 16.4.2018

**קיימת פגיעה בפרטיות אך אף אחד לא טוען לה :**

14. [על פי סעיף 2 בחוק הגנת הפרטיות לעיל, פגיעה בפרטיות היא בין השאר הפרה של חובת סודיות שנקבעה בדין לגבי ענייני הפרטיים של אדם \(סעיף 2\(7\)\), הפרה של חובת הסודיות לגבי ענייני הפרטיים של אדם, שנקבעה בהסכם מפורש או משתמע \(סעיף 2\(8\)\) או שימוש ו/או פרסומו או מסירתו של דבר שהושג בדרך פגיעה בפרטיות לפי סעיפים \(1\) עד \(7\) או \(9\) לחוק הגנת הפרטיות.](#)

[סעיף 32 לחוק זה קובע את כלל הפסילה ולפיו חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות, יהיה פסול לשמש ראיה בבית משפט, אלא אם הנפגע מסר הסכמתו לכך, או אם בית המשפט התיר הגשת הראיה מטעמים שיירשמו או אם היה לפוגע שהיה צד להליך הגנה או פטור לפי חוק זה. מדובר בחריג רחב ביותר שנותן בידי בית המשפט כוח עצום לקבוע אלו ראיות יתקבלו במשפט אף אם הושגו תוך פגיעה בפרטיות \(ראו במאמרו של הרדוף עמ' 153\).](#)

15. במקרה שלפניי המבקש לא טוען כי הצגת הראיה אסורה שעה מדובר בפגיעה בפרטיותו. טענתו היחידה כאמור היא שהראיה הושגה בהליך גישור ולכן אסורה להצגה (סעיפים 1-6 לבקשה). אגב דברים אלה יוער, כי אף האפוטי' לדין השיב שאם כל בני המשפחה מסכימים להגשת הראיה הרי שהוא עצמו לא מתנגד לכך (סעיף 8 לתגובת האפוטי' לדין). אלא שבשעה שהמבקש הוא חלק מבני המשפחה ובני השיחה המוקלטת והוא אינו מעוניין בהגשתה, טוען האפוטי' לדין כי אין מקום להגישה.

16. לפיכך, בנסיבות העניין אי התרת הגשת ההקלטה כראיה לא אמורה להידון לכאורה בשל פגיעה בפרטיותו של המבקש או של האפוטרופוס לדין שהסכים כאמור לחשוף ולהגישה באם כל ילדי המנוחה מסכימים לכך.

**על חשיבות הפרטיות של האפוטרופוס לדין לאור תפקידו המורכב:**

17. ויחד עם זאת, מתבקשת כאן הבהרה לעניין זכות האפוטי' לדין לפרטיות בשים לב למורכבות הייצוג המוטלת על האפוטי' לדין, בין השאר לאור המגעים שהוא מקיים עם בני המשפחה (ראו בהקשר זה מאמרה של דר' מיטל סגל רייך "לכובע שלי 3 פינות: ייצוג משפטי מותאם בהליכי כשרות משפטית של בגירים. הו משפחתי ב' (יוני 2017) 3, 33-35 (להלן "סגל רייך").

אפוטרופוס לדין למבוגרים הינו מנוי שכיח בשנים האחרונות מאז נכנס לתוקפו תיקון 18 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות התשכ"ב – 1962 והוא נובע מהרצון לעמוד במצוות המחוקק לפי סעיף 36 לחוק זה. סעיף זה מחייב את בית המשפט לקיים שמיעה של האדם שבעניינו הוגשה בקשת מינוי אפוטרופוס לפני מתן החלטה בעניינו אם הוא מסוגל להבין בדבר וניתן לברר את דעתו. המינוי נעשה מכוח סעיף 68(א) לחוק הכשרות המשפטית לעיל כאמצעי זמני להגנה על עניינו של האדם. כיום סוגיית מינוי אפוטרופוס לדין מוסדרת גם בתקנה 172א' לתקנות סדר הדין האזרחי התשע"ט – 2018 הקובעת "בית המשפט רשאי למנות לפסול דין, או למי שזקוק לאפוטרופוס, אפוטרופוס לדין שייצגו ייצוג מלא בכל ההליכים בבית המשפט".

מינוי אפוטרופוס לדין הוא מנגנון חשוב בידי בית המשפט לענייני משפחה לא רק כדי לעמוד על רצונו של האדם שבעניינו הוגשה בקשת מינוי אפוטרופוס אלא גם כדי שביט המשפט יקבל תמונה מקיפה יותר של מצבו וסביבתו (רפואי, פסי, מנטלי, רגשי, כלכלי) ויוכל לתפור את החליפה המתאימה עבורו מבחינת ההסדר המשפטי שיגן עליו, מחד גיסא ויאפשר סיפוק צרכיו ופגיעה מינימלית ומידתית באוטונומיה שלו, מאידך גיסא. נכוחים לעניין זה דברי כב' השופטת א. אלון באחד בפסק דין שניתן על ידה עוד לפני תיקון 18 לחוק הכשרות לעיל:

"מניסיוני השיפוטי מצאתי כי מינוי אפוטרופוס לדין הינו כלי משפטי יעיל וחשוב המבטיח את שמיעת קולו של אדם, באופן בהיר ומרכזי, במיוחד בדין בעניינו של חסוי המתקשה לבטא את עצמו. יש לזכור כי הליך זה – של הגבלת כשירות, משפיע על התנהלות יום יומית של אדם והשפעתו, לרוב, מכרעת על המשך חייו של אדם ואיכות חייו. מינוי אפוטרופוס לדין בהליך אפוטרופוסות, מבטיח כי זכויותיו של חסוי, הן בפן הפרוצדורלי והן בפן המהותי, יישמעו, ייבחנו ויישמרו. מתפקידו של אפוטרופוס לדין להציג תמונה רחבה ומאוזנת יותר. בשיטת המשפט האדברסרית בה הצדדים מביאים בפני ביהמ"ש את טענותיהם, מינוי אפוטרופוס לדין, מגביר ומבטיח ייצוג והשתתפות אמיתית לחסוי. קולו נשמע במנוטרל מהאינטרסים המנוגדים, בין אם יהיה זה ב"כ היועמ"ש אשר מגיש בקשה במעמד צד אחד ובין כאשר קרוב משפחה, בעל עניין, מגיש את הבקשה. מינוי אפוטרופוס לדין מסייע לביהמ"ש ומאפשר לחסוי ייצוג אמיתי ומותאם" (אפי' (חי') 10176-04-10 החסוי נ' ש.פ.ר עמותה למתן שירותי אפוטרופוסות, ניתן ביום 17/9/2015, פורסם בבנו).



18. בהליכי אפוטרופסות רבים מדובר באנשים מבוגרים התלויים בזולת שילדיהם חלוקים ומסוכסכים ביניהם לעניין אופן מימוש האחריות כלפיהם ו/או בשאלת מינוי או מינוי אפוטרופוס. פעמים לא מעטות, סכסוך האפוטרופסות הוא למעשה הליך "קדם עזבון" שבו צופים מי מילדי האדם המבוגר את הבאות ומבקשים "להגן על חלקם" בירושה/עזבון עתידי של אותו אדם (באצטלה של טענות להגנה על רכוש). לשם כך הם עשויים לבקש מבית המשפט להצר צעדיו של אדם שפועל כאפוטרופוס למעשה של אותו אדם כדי לא לכלול את העזבון העתידי. סכסוכים אלה רוויי יצרים ומתיחות ומשפיעים לרעה על אותו אדם שבית המשפט מבקש את טובתו הוא האדם שבעניינו הוגשה בקשת מינוי אפוטרופוס. פעמים האפוט' לדין המתמנה בדרך כלל על ידי הלשכה לסיוע משפטי. מסייע לא רק לאותו אדם אלא גם למשפחה כולה, לבית המשפט ולהליך השיפוט. **דר' סגל רינד-כותבת על כך:**

"...בשל הגדרת התפקיד הרחבה של האפוט' לדין הנגזרת מסעיף 68(א) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות התשכ"ב – 1962 הרי שלמייצג הממונה שמור גם תפקיד של מגשר בהליך. באפשרותו ליזום שיח, לבקשת האדם עם בני משפחה נוספים או מקורבים, כדי לקדם קשר או להסדיר סוגיות מסוימות...." (עמ' 21 למאמרה)

ובהמשך:

"....יחד עם זאת הן עורך הדין המייצג והן האפוט' לדין תוך ייצוג רצונו של האדם יוכלו גם להציע דרך מגשרת, שמשמרת קשר אישי בין האדם ובין אותו מקורב שהאדם מעוניין בקרבתו, לעתים בן או אח ויחד עם זאת מצמצמת את האפשרות לניצול" (עמ' 35 למאמרה)

19. הנה כי כן הסיוע של האפוט' לדין לאדם עבורו הוא ממונה ולבית המשפט שאמור לקבל הכרעה בעניינו אינו מוגבל לעריכת דין או לייצוג הרצון של האדם או לשניהם. מדובר במלאכה מורכבת שמינוני מרכיביה משתנים ממקרה למקרה, מאדם לאדם. מלאכה זו כוללת לעתים גם נסיונות סיוע ליישב סכסוך בין ילדיו של אותו אדם בעניינים הנוגעים לו. זאת הוא עושה בין השאר באמצעות נסיונות הידברות, גישור, פישור, שיח, הסברים ותקשורת עם כל הגורמים המעורבים בחייו של אותו אדם. בעשותו כן וכדי שיוכל להצליח בתפקידו יש להבטיח שהוא יחוש בטחון וחופשיות בהתנהלותו. בעשותו כן הוא גם זכאי לפרטיות, כפי שהאדם שבשמו הוא פועל זכאי לכך אך גם כישות אוטונומית המכונה אפוטרופוס לדין וגם כעורך דין. פתיחת פתח המאפשר את הקלטת האפוטרופוס לדין בכל שיח ומגע שהוא מקיים עם האדם עבורו מונה או בני משפחתו תפגע קשות בתפקודו ותפגע בסופו של יום גם במשפחתו ובהליך שכן הדבר יקשה על הגעה להסכמות ויישוב הסכסוכים בדרכי שלום שהיא ערך עליון בענייני משפחה, בוודאי בהליכי אפוטרופסות שבהם יש סכסוך מר בין ילדיו/הוריו/בני משפחתו של האדם שעניינו מונח לפני בית המשפט.

**פרטיות אפוט' לדין חשובה כי מאפשרת ליישב סכסוך בדרכי שלום ולכן חלה בכל שיח שלו עם בני המשפחה גם אם לא מדובר בגישור:**

20. [תקנות סדר הדין האזרחי](#) נועדו לאפשר ניהול הליך אזרחי בבית המשפט, תוך הגשמת עקרונות חוקתיים ביסודו של הליך שיפוטי ראוי והוגן ([תקנה 1 לתקסד"א](#) התשע"ט – 2018).

21. [תקנה 2\(א\)](#) לתקנות בית המשפט לענייני משפחה (סדרי דין) התשפ"א - 2020 הוסיפה עקרון חשוב ומנחה נוסף:

"בית המשפט לענייני משפחה אחראי על ניהול ההליך השיפוטי גם לשם **צמצום ההתדיינות השיפוטית** בין בעלי דין שהם בני משפחה במטרה להגיע לסיום הסכסוך ביניהם **וכן ליישובו בדרכי שלום אם ניתן, ותוך התחשבות במכלול ההיבטים הקשורים לסכסוך המשפחתי.**"

22. משהובררה מידת תרומת האפוט' לדין לאדם עבורו הוא ממונה ולהליך המשפטי בעניינו וכאשר יש והאפוט' לדין גם מסייע לפשר ולגשר בין בני משפחה של האדם, יש לקדם תכלית ותכונה זו המתיישבת גם עם כוונת מחוקק המשנה בקביעתו את אופן ניהול ההליך האזרחי.

23. על כן, יש לומר (את המובן מאליו), כי (גם) לאפוטרופוס לדין הזכות לפרטיות. זכות זו קיימת בין אם השיח שהוא מקיים עם בני המשפחה או אחרים הקשורים להליך מתקיים במסגרת של גישור ו/או פישור ובין אם בכל מסגרת אחרת של ניסיון יישוב סכסוך. יש להגן על פרטיות זו באמצעות איסור הקלטת סתר ו/או באמצעות תמריץ שלילי בדמות קביעה שממצאי הקלטת סתר שכזו לא יוכלו להוות ראיה קבילה במשפט.

**הקלטת האפוטרופוס לדין בניגוד לרצונו נעשתה בחוסר תם לב ואינה הגונה:**

24. אין זה מתקבל על דעת בית המשפט כי כאשר האפוט' לדין מזהיר, מבקש ולמעשה אוסר כבעל שיח על אחרים להקליט אותו בשעה שהוא מבקש להביא לסיום ההתדיינות בדרכי פשרה ושלום, הוא עדיין יוקלט בניגוד לרצונו. כאן כבר לא מדובר לא רק בפגיעה בפרטיות אלא גם בהתנהגות חסרת תם לב והגינות של המקליט. תם לב והגינות קיימים במרחב המשפטי הכללי ושאיפת המשפט היא לדרוש חובה זו בכל פעולה וחיוב ולא רק בחוזים. בכל תחומי החיים ולא רק בתחומי המשפט. בין כל בני האדם. ולא רק בין בעלי תפקיד לבעלי דין.

25. על כן בנסיבות מקרה זה, רואה בית המשפט בחומרה יתרה את עצם הפגיעה בפרטיות של האפוטי' לדין באמצעות ההקלטה בסתר שנעשתה בניגוד לרצונו ואזהרתו שנאמרו מראש בפתח הדברים. מדובר בהתנהלות והתנהגות לא הגונה ושלא בתום לב מצד המשיבות. הדברים נאמרים בייחוד לאור התרומה הראייתית הזניחה אם בכלל שיש להקלטה לחקר האמת ועשיית הצדק בהליך שלפניי וכאשר אין כל טענה כנגד האפוטי' לדין כי מעל בתפקידו ולכן הוקלט ולמען הסר ספק יובהר כי לא נפל כל רבב בתפקודו, נהפוך הוא, סיועו הביא בני המשפחה להסכם ולהפסת המתיחות שהמנוחה הייתה זקוקה לה בשנותיה האחרונות. אין זה נתפס כי סיוע זה (בדמות המהלך הגישורי) ינוצל כעת לרעה על ידי המשיבות בסכסוך ירושה מול המבקש.

**הקלטת שיחת גישור אינה כדין ולא תותר הבאתה כראיה במשפט:**

26. מכאן לשאלת טיבו של השיח שהתקיים בין האפוטי' לדין, העו"ס וילדי המנוחה. לשון אחר האם מדובר בגישור? סעיף 79ג' לחוק בתי המשפט (נוסח משולב) התשמ"ד 1984 מגדיר מהו גישור וקובע בס"ק (א) כד: "גישור – הליך שבו נועד מגשר עם בעלי הדין כדי להביאם לידי הסכמה ליישוב הסכסוך, מבלי שיש בידו סמכות להכריע". הגישור במהותו הוא הליך של משא ומתן שמטרתו להגיע להסדר מוסכם בין צדדים לסכסוך, כאשר תפקידו של המגשר הוא לסייע לצדדים להגיע להסכמה בדרך של ניהול מו"מ חופשי (ראו: בע"מ 8769/08 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, ניתן ביום 31.12.08)).

27. האפוטי' לדין פתח את שיחת הגישור עם הצדדים בכך שאמר להם שהוא מעוניין לסייע לגשר ביניהם. מטעם זה גם ביקש שלא תוקלט השיחה. הגישור נשא פרי והצדדים ערכו הסכם שנוסח על ידי האפוטי' לדין. ההסכם אושר על ידי בית המשפט וקיבל תוקף של פסק דין ביום 1/1/18 תוך שבית המשפט מבהיר כי ההסכם נערך בהליך גישור (סעיף 3 לפסק הדין). לפיכך אני קובע, כי ההליך שנוהל בסיוע האפוטי' לדין היה הליך גישור לכל דבר וענין.

28. אך גם אם מדובר היה בשיחת פישור או מו"מ לקראת פשרה עדיין אסור היה למי מהצדדים להקליטה ולנסות לעשות שימוש בכך כראיה בהליך משפט. על פי הפסיקה גם דברים שהוחלפו בין הצדדים במהלך משא ומתן, המהווים פרי מגעים אמיתיים לפשרה בין בעלי הדין, לא יוכלו לשמש כראיה (ראו: רע"א 4781/12 י.מ. עיני קונדיטוריה בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (6/3/2013), פורסם בנבו); רע"א 2235/04 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' שירי, פ"ד סא(2) 634 פסקה 16 (2006)).

29. סעיף 79(ד) לחוק בתי המשפט לעיל, קובע כי "דברים שנמסרו במסגרת הליך הגישור לא ישמשו ראיה בהליך האזרחי". יש לציין כי עניינה של הוראה זו היא בקבילות ולא בחיסיון, כאשר אי קבילותו של מסמך אין בו כדי לחסנו מפני גילוי. ראה: רע"א 4781/12 י.מ. עיני קונדיטוריה בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, ניתן ביום 6.3.13).

ההבדל בין קבילות לבין חיסיון נעוץ בכך שהמידע שנמסר במסגרת הליך הגישור אינו חסוי בפני הצדדים שכן אלה נחשפו אליו במסגרת ההליך, אך המידע אינו קביל שכן הינו חלק מהליך הגישור (ראה: [ת"א \(נת'\) 27638-10-18 בר זיו נ' אביטוב](#) (פורסם בנבו) 27.6.19. וראה גם מאמרו של כב' השופט יצחק [עמית "קבילות, סודיות, חיסיון ואינטרסים](#) מוגנים בהליכי בהליכי גילוי במשפט האזרחי- ניסיון להשלטת סדר" [ספר אורי קיטאי תשס"ח 247](#), בעמ' 252-255).

30. אציין כי הגם שלא מדובר בראיה שהובאה בהליך הגישור אלא בתוכן שיחות הגישור אין בכך לשנות מהאיסור לעשות בכך שימוש כראיה וזאת מכוח עיקרון קל וחומר אם ראה שהובאה להליך גישור אינה קבילה, ברור שהשיחות של הצדדים באותו הליך אינן ראייה קבילה.

31. חשיבות פסילת ההקלטה מלשמש ראייה נועדה כאמור לבסס ולבצר את חשיבות הליך הגישור. יפים לעניין זה דברים שנאמרו הן בפסיקה והן באחת מהחלטות ועדת האתיקה של הגישור: ראשית, הידיעה שדבריהם של הצדדים מוקלטים עלולה לגרום לצדדים לחשוש מלומר דברים בגילוי לב ולפגוע בכך בהצלחת ההליך. שנית קיים חשש שלאחר סיום הגישור בין בהסכם ובין שלא בהסכם, ינסו הצדדים להגיש את ההקלטות כראיה לבית המשפט כראיה במסגרת תביעה הנוגעת לגישור. הניסיון המצטבר לגבי דרישת לשמיעת עדות מגשרים בבית המשפט מעלה חשש שלמרות החיסיון בהליכי גישור קלטות אלו עלולות להתקבל כראיה בבית המשפט תוך פגיעה במעמד הגישור והמגשר ואמון הציבור בהם. בנוסף ההקלטות עשויות לכלול מידע סודי ופרטי העלול להגיע לגורמים בלתי מורשים ולפגוע במשתתפים בגישור. לכן נקבע כי על המגשר להימנע מלקיים את הגישור אם נודע לו שאחד הצדדים מקליט את הגישור ללא ידיעת הצד האחר שכן בכך נפגע חופש הבחירה של הצד שאינו מודע להקלטה ומעמדו נטול הפניות של המגשר עלול להתערער (ראו הלכת רע"א 2235/04 בנק דיסקונט נ' שירי [פורסם בנבו] לעיל וכן ראו ניתוח מקרה 1/2016, 2/2019 פורום אתיקה לגישור (פורסם במרשתת <http://mediatorethics>).

32. אמור מעתה: הקלטת שיחת הגישור ופגיעה בסודיותו חותרת לפיכך תחת המגמה שבבסיס הליכי הגישור וככזו היא מנוגדת לחוק (ראו: רע"א 6112/14 אלעד קורן נ' גלעד גוב (פורסם בנבו, ניתן ביום 28.10.14). על מנת שמידע זה יהיה קביל, הרי שיש צורך בהסכמת שני הצדדים לחשיפתו, ואין זה המקרה שלפניי.

**ומה עם זכות המשיבות לגילוי האמת ולהגנה ראויה כנגד קיום הצוואה?**

33. ברור לבית המשפט כי המשיבות מעוניינות באותה הקלטה שהושגה תוך פגיעה בפרטיות כדי שתוכלנה להוכיח מעורבותן של המבקש בעריכת הצוואה ו/או אי מהימנותו כי דאג למנוחה. ואכן, הפסיקה קבעה כי במאזן בין זכות הפרטיות של תובע ובין זכותו של נתבע

לנהל הגנתו והאינטרס החברתי בעשיית צדק, תגבר דרך כלל זכותו של האחרון (ראו: [בע"מ 3542/04 פלוני נ' פלונית](#) (פורסם בנבו, ניתן ביום 20/6/2005); [רע"א 8019/06 ידיעות אחרונות בע"מ נ' מירב לוין](#) פורסם בנבו, ניתן ביום 13/10/2009)). אולם, כאמור, זכותו זו של הנתבע אף היא אינה זכות מוחלטת אלא כפופה היא למבחנים שקבעו הפסיקה והדין, שהם מבחן הרלוונטיות ומבחן ההכבדה ואוסיף על כך גם את מבחן תם הלב וההגינות (ראו [תקנה 1 לתקסד"א](#) התשע"ט – 2018 המציבה את ההגינות בהליך השיפוטי כערך מרכזי וכן ראו [תקנה 3\(ב\)](#) המחייבת בעלי דין ועורכי דינם לנהוג בתם לב ובהגינות דיונית). נראה לפיכך כי לשאלת מידת תרומתה של ההקלטה למחלוקת שבפני משמעות רבה לשאלת קבילותה כראיה. מאחר ואני משוכנע כי ניתן יהיה לעשות משפט צדק ולהגיע לחקר האמת גם ללא ההקלטה, ברור לי שלצורך הגשמת תכלית חשובה זו במשפט אין ולא היה צורך לפגוע בפרטיות (לענין חשיבות מיצוי כל חלופה קיימת המאפשרת קיום משפט תקין ללא פגיעה בפרטיות ראו [בע"מ 3542/04 פלוני נ' פלונית](#) (פורסם בנבו, ניתן ביום 20/6/2005) לעיל בפסקה 10)).

#### תוצאה:

34. אשר על כן ולאחר שערכתי הבחינה הראייתית והערכית המתאימה, שוכנעתי, כי ההקלטה ותמלולה הן בבחינת ראיה שאינה קבילה בהליך שלפניי. הטעמים הערכיים של פרטיות, הגינות דיונית, תם לב, הגנה על מוסד הגישור והפישור, יעילות התנהלות אפוטרופוס לדין גוברים על ערך גילוי האמת במקרה הנוכחי, מה גם שהראיה אינה תורמת משמעותית לגילוי שכזה. משכך, אכן אין ולא הייתה כל הצדקה להתיר צירוף ההקלטה והתמלול כראיה בתיק זה ואני מורה על גריעתה ופסילתה מלשמש ראיה קבילה.

35. על כן אני רואה לנכון לחייב המשיבות לשלם ביחד ו/או לחוד למבקש הוצאות משפט ושכר טרחת עורך דין בסך 1500 ₪ בגין בקשה זו ללא קשר לתוצאת ההליך.

ניתן לפרסום ללא פרטים מזהים של הצדדים.  
המזכירות תמציא לצדדים ולאפוטי לדין.

ניתנה היום, י"ט שבט תשפ"א, 01  
פברואר 2021, בהעדר הצדדים.  
אסף זגורי, שופט בכיר

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)

אסף זגורי 54678313-/  
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה