



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 8954/11

לפני : כבוד המשנה לנשיא מ' נאור
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופט נ' סולברג

המערער : פלוני

נ ג ד

המשיבה : 1. פלונית
המשיבה הפורמלית : 2. פלונית

ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בירושלים
בת"א 3213/09 מיום 11.10.2011 שניתן על-ידי השופטת
גילה כנפי-שטייניץ

בשם המערער : עו"ד אפרים אברמזון ; עו"ד יפעת ארן

בשם המשיבה : עו"ד עמיר פושר

פסק-דין

השופט נעם סולברג:

"All human beings have three lives: public, private, and secret".

(גבריאל גרסיה מרקז)

תוכן עניינים

<u>עמוד</u>	<u>נושא</u>
2	פתח דבר
3	מיהות הצדדים ועיקרי העובדות
4	עיקרי טענות הצדדים בבית המשפט המחוזי
6	תמצית פסק הדין של בית המשפט המחוזי
9	עיקרי טענות המערער בערעור
13	עיקרי תשובת המשיבה בערעור
17	המסגרת הנורמטיבית
17	חופש הביטוי וחירות היצירה

20	היצירה האוטוביוגרפית
23	הזכות לפרטיות
25	הזכות לפרטיות – היקפה
26	ההצדקות לזכות לפרטיות
26	ההצדקה האינטרנזית
27	הצדקות אינסטרומנטאליות
31	הזכות לפרטיות ומערכות יחסים אינטימיות
33	המשפט האנגלי
39	בית הדין האירופי לזכויות אדם
40	המשפט הקונטיננטאלי
42	המשפט האמריקאי
44	סיכום ביניים – הדין הזר
45	האיזון הנורמטיבי בין הזכויות
45	מידתיות במובן הצר – מאזן של רווח והפסד
48	חופש הביטוי והזכות לפרטיות
52	מן הכלל אל הפרט – הזכות לפרטיות וחופש הביטוי
53	מידת הבדיוניות
55	עוצמת הפגיעה בפרטיות
56	הגנה על יחסי האמון הזוגיים
57	חופש הביטוי
58	חשש מפני גניזת יצירות ספרותיות
60	זכויות יוצרים ולשון הרע
60	הסכמת המשיבה
61	סוף דבר

פתח דבר

1. ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בירושלים בת"א 3213-09 (השופטת ג' כנפי-שטייניץ) בגדרו נתקבלה תביעת המשיבה למתן צו מניעה קבוע לפיו יאסר על המערער לפרסם ולהפיץ ספר שכתב. כמו כן, חוייב המערער בתשלום פיצויים למשיבה בסך של 200,000 ₪ בגין נזקיה הלא-ממוניים.

2. הסוגיה שבמוקד הדיון היא שאלת האיזון הראוי בין הזכות לחופש הביטוי וחירות היצירה מזה, לבין הזכות לפרטיות ושם טוב מזה.

3. המערער – נשוי ואב לילדים, התגורר עם משפחתו בירושלים – הוא מחברו של הרומן נשוא התביעה (להלן: הרומן).

4. המשיבה הועסקה במהלך שנת 2001 בבית קולנוע בירושלים, למדה בעת ההיא כסטודנטית במוסד לאמנות, והתגוררה עם בן-זוגה באזור שכונת מגוריו של המערער בירושלים. פרטי חייה שימשו למערער כהשראה בכתיבת הרומן; המשיבה הפורמלית – הוצאת הספרים – הוציאה לאור את הרומן.

5. במהלך שנת 2001, הכיר המערער את המשיבה במקום עבודתה בבית הקולנוע. בחלוף הזמן, התחזק הקשר בין השניים, והפך מ'היכרות' למערכת יחסים קרובה ואינטימית, שהלכה ונמשכה כחמש שנים. ראשיתה 'בחדרי-חדרים', המשכה בחשיפה לסביבתם הקרובה, ואחריתה בפרסומה על דפי הרומן. לאחר שנחשפה מערכת היחסים הרומנטית בין השניים, התגרש המערער מאשתו והמשיבה נפרדה מבן-זוגה.

6. בעיצומה של מערכת היחסים הזוגית, שקדה המשיבה על הכנת עבודת הגמר במסגרת שנת לימודיה האחרונה אשר עיקרה נסב על מערכת היחסים הזוגית הנרקמת בין גבר לאישה.

7. בשלהי שנת 2004, החל המערער לעבוד על יצירה משל עצמו, רומן ביפורים שעלילתו עוסקת ב"דרמה של פירוק המשפחה" (כאמור על כריכתו). הרומן מתאר מערכת יחסים אינטימית שנרקמת בין גבר בגילו של המערער, אשר נואש מחיי נישואין בלתי-מספקים, לבין סטודנטית צעירה, החל מפגישתם הראשונה בבית קולנוע. תחום עיסוקו של גיבור הרומן זהה לזה של המערער; בית הקולנוע הוא הקולנוע שבו עבדה המשיבה. על-פי המתואר ברומן, בתחילת היכרותם, הגיבור הוא גבר נשוי, אב לילדים, ומתגורר עם משפחתו בירושלים, ואילו הגיבורה, בחורה רווקה, שוכרת דירה בירושלים, סמוך לבית הגיבור, ומתגוררת בה עם בן-זוגה. עם סיום מלאכת הכתיבה המפרכת, יצא הרומן לאור. ההוצאה לאור לונתה במסע שיווק באמצעי התקשורת, ובכללו ראיון במוסף שבת של עיתון בעל תפוצה נרחבת, ראיון בטלוויזיה, וכתבות בעיתונות ובאתרי אינטרנט שונים.

8. מיד עם פרסומו של הרומן, פנתה המשיבה אל המערער ואל הוצאת הספרים בדרישה לחדול לאלתר משיווק הרומן ומהפצתו, לאסוף את כל העותקים שהופצו,

ולפצותה בגין נזקיה. לשיטתה, היצירה מהווה תיאור אוטוביוגרפי מדויק של חיי המחבר, והיא כוללת תיאורים הנוגעים לרובד האינטימי ביחסים שבינו לבינה, תוך פגיעה חמורה בפרטיותה ופרסום לשון הרע: "בכתיבת הספר ובפרסומו, פעלתם בניגוד לכל דין, פגעתם באורח אנוש בפרטיותה בהתאם להוראות סעיפים 2(8), 2(9), 2(10), לחוק הגנת הפרטיות... ופרסמתם לשון הרע כנגדה בהתאם להוראת סעיפים 1 ו-2 לחוק איסור לשון הרע..." (מכתב בא-כוח המשיבה, עו"ד עמיר פישר). המשיבה הוסיפה וטענה כי שימוש שלא כדין במכתביה האישיים, לצורך כתיבת הרומן, מקים לה עילת תביעה עצמאית מכוח חוק זכות יוצרים.

9. עם קבלת הדרישה, הודיעה הוצאת הספרים למשיבה, בצעד חריג, ומבלי להודות בטענותיה, כי החליטה להפסיק זמנית את הפצת הרומן עד לליבון המחלוקת. לשם כך, פנתה הוצאת הספרים אל הרשתות הקמעונאיות ואל חנויות הספרים בבקשה לקבל לרשותה את עותקי הרומן שטרם נמכרו.

10. לאחר שיג ושיח בין הצדדים, ומשלא קוימו כל דרישותיה האמורות של המשיבה, הוגשה התביעה נשוא הערעור שלפנינו לבית המשפט המחוזי בירושלים. ביום 9.6.2009 נעתר בית המשפט המחוזי בירושלים (השופטת ח' בן עמי) לבקשתה של המשיבה למתן צו מניעה זמני האוסר על הפצת הרומן שנכתב על-ידי המערער (בש"א 7649/09). בקשת רשות ערעור שהוגשה לבית משפט זה (רע"א 5395/09) נדחתה בהחלטת השופט (כתוארו אז) א' גרוניס מיום 27.8.2009.

עיקרי טענות הצדדים בבית המשפט המחוזי

11. לפי עמדת המשיבה, יש בפרסום הרומן ובהפצתו כדי להביא לפגיעה קשה בזכותה לפרטיות בניגוד לחוק הגנת הפרטיות, וכמו כן פגיעה בשמה הטוב בניגוד לחוק איסור לשון הרע. לדידה, לבד משינוי שמותיהם של הגיבורים המופיעים ברומן, קיימת התאמה מלאה בין דמותה-שלה במציאות-חייה לבין דמותה הספרותית של הגיבורה המתוארת ברומן. כך למשל, לפי הנטען, הספר מתאר באופן אוטוביוגרפי ו"בדיוק מצמרר" את קורותיו של המערער במהלך התקופה שבה ניהל עם המשיבה מערכת יחסים אינטימית; דמותה של הגיבורה כוללת פרטי זיהוי רבים וייחודיים למשיבה, המאפשרים לבני משפחתה ולמכריה לזהותה בנקל; המחבר אף לא פסח על תיאור עולמה הפנימי והחיצוני של המשיבה, ובכלל זאת: גופה, רגשותיה, חולשותיה, צפונות לבה וסודותיה הכמוסים, פעילותה והעדפותיה המיניות, וכן את מערכות יחסיה האינטימיות ביותר. זאת ועוד, לפי עמדת המשיבה, המערער עשה שימוש מפר בספרו, בלא קבלת רשות מתאימה, הן במכתביה, הן ביצירתה במסגרת עבודת הגמר, תוך הפרת

הוראותיו של חוק זכות יוצרים. באשר לאחריותה של הוצאת הספרים, טענה המשיבה, כי זו ידעה, או לכל הפחות היה עליה לדעת, כי מדובר בספר אוטוביוגרפי מובהק, ומשכך נתפסת גם היא בעבירה ובעוולה. לעניין הנזק, ציינה המשיבה את עוגמת הנפש שנגרמה לה ואת הפגיעה הנלווית בהמשך דרכה האישית והמקצועית.

12. מנגד, המערער טען כי הרומן שכתב איננו אלא יצירה בדיונית, כי הדמויות המציאותיות שימשו לו להשראה בלבד, ובוודאי שאין ברומן תיאור אוטוביוגרפי מלא ונאמן של חיי המחבר. מטעם המערער הוגשו שתי חוות דעת מאת שני מומחים ראשונים במעלה בתחום הספרות: פרופ' אריאל הירשפלד ופרופ' חנן חבר. פרופ' הירשפלד סיכם את חוות דעתו בכמה מסקנות ובהן, כי "למקרא הרומן... ברור לחלוטין כי אין בו כל יומרה לשקף או לתעד מציאות ממשית" (פסקה 32); "אם התביעה תתקבל, משמעות הדבר תהיה הלכה מרחיקת-לכת שעל פיה עצם האפשרות לזהות מודל מציאותי כלשהו לדמות ספרותית, גם בהקשר הפרטי הכמוס אצל מתי מעט, היא הפרה של החוק. במקרה כזה נוטלת על עצמה הסמכות המשפטית את הגדרתה מחדש של הספרות וגבולותיה, ובכך פוגעת בעיקרון העמוק והמהותי של הבדיון, אותו גורם המאפשר את החופש ליצור ולפרש את המציאות האנושית במלוא מורכבותה" (פסקה 34). פרופ' חבר סיכם את חוות דעתו במסקנה, כי "בחינת משקלם המצטבר של האיתותים הקיימים... מעידה באופן חד משמעי כי הספר עוסק בהבניית בדיון ולא במציאות אמיתית וכי לא נכרת 'חווה אוטוביוגרפי' בין הסופר לבין קוראיו. מסקנה זו מפריכה כל תביעה שזו הטענה העומדת בבסיסה" (פסקה 3.3).

13. לטענת המערער, זיהויה של המשיבה, מקורו ב"הטיית האישוש" – תופעה לפיה בני אדם דבקים בקיומם של קווי דמיון ומתעלמים מקיומם של שינויים. עוד טען המערער, כי המשיבה הביעה את הסכמתה ואף נתנה את ברכת הדרך לכתיבת הרומן. המשיבה קראה קטעים מתוך טיוטת הספר, וידעה כי יעסוק ברומן שקיימה עם המערער, ומטבע הדברים יכלול גם פרטים אינטימיים. המערער טען כי יש לתת את הדעת על כך שהמשיבה נמנעה מלקרוא את הספר טרם פרסומו, ובכך ויתרה על האפשרות לשלוט בתכניו. לא זו אף זו, במעשיה של המשיבה היה משום "מצג שווא" בפני המערער כי לא תשיב פניו ריקם. לדידו, משהסכימה המשיבה לפרסום הרומן, נסתם הגולל על טענתה בדבר פגיעה בזכותה לפרטיות. באשר לטענתה של המשיבה על פגיעה בזכותה לשם טוב, התבסס המערער על עדותה של הסופרת מירה מגן, על-פיה דמותה של הגיבורה כפי שעוצבה בספר מעוררת חיבה אצל הקורא. לשיטתו, אין מדובר בביטוי מבזה, וככזה אין בו כדי להוות לשון הרע. המערער הוסיף וציין, כי המשיבה לא הביאה ראיות על אודות האפשרות לזהותה, ומשכך לא הוכחה כל פגיעה

"ממשית" בפרטיות. עוד טען המערער כי ככל שקיימת פגיעה בפרטיותה של המשיבה, הרי שיש לאזנה אל מול חופש הביטוי וחירות היצירה שלו. באיזון זה, ידו של חופש הביטוי על העליונה. במענה לטענת המשיבה על זכויות יוצרים במכתביה, טען המערער כי השימוש בהם בספרו הוא בגדר "שימוש הוגן" (Fair use), ולחלופין טען כי המשיבה נתנה הסכמה לשימוש. בסיום דבריו ציין המערער, כי אין להעלות על הדעת את גניזת הספר, באשר זוהי פגיעה קשה וחמורה בחופש הביטוי והיצירה.

14. הוצאת הספרים חזרה בטיעוניה על חלק מהטענות שהעלה המערער, והדגישה כי זה הציג לפניה את הרומן כיצירה בדיונית, ומשכך לא ידעה, ולא יכלה לדעת, כי הרומן אכן מבוסס על אירועים אמיתיים. הוצאת הספרים הוסיפה וציינה כי המערער הצהיר במסגרת ההסכם עמה כי "יצירתו היא רומן בדיוני... הדמויות הנזכרות בו הן פרי דמיונו של המחבר. כל דמיון למציאות או לדמויות אמיתיות הוא מקרי בהחלט ולקוח מדמיונו של הסופר או מאנשים שהכיר במהלך חייו" (סעיף 1.1 א להסכם). הוצאת הספרים אף ציינה את התנהלותה ההוגנת, למן הרגע שבו נודע לה על טענות המשיבה, שאז הפסיקה את מכירת הספר ודאגה להסרתו מן המדפים.

תמצית פסק הדין של בית המשפט המחוזי

15. תחילה, סקר בית המשפט המחוזי את טענתם העיקרית של המומחים מטעמו של המערער, ה"ה הירשפלד וחבר כי "עצם הוצאתה של יצירה לאור כיצירה בדיונית, הנושאת את מאפייניה הספרותיים המקובלים של יצירה בדיונית, יוצרת חיץ בלתי עביר בין תוכן היצירה לבין המציאות, ומניחה מחסום בפני בחינת תוכנה של היצירה כיצירה תיעודית המתארת מציאות" (פסקה 30 לפסק-הדין). כמו כן התייחס בית המשפט לחששם המרכזי של המומחים, לפיו "אימוץ העמדה האלטרנטיבית, לפיה יצירה ספרותית, אף אם הוכרזה כבדיונית, עלולה להיתפס כפוגעת בפרטיות, עלול להוביל למדרון חלקלק..." (שם). בשלב השני, ציין בית המשפט המחוזי כי מתעוררת בעניין דנן "דילמה העוסקת במתח שבין שני ערכים חשובים הנתפסים כשתי זכויות יסוד בחברה חופשית-דמוקרטית: חופש היצירה מחד, והזכות לפרטיות מאידך" (פסקה 31 לפסק-הדין). בשלב השלישי, קבע בית המשפט המחוזי כי "לא ניתן להעניק לאיזו מן הזכויות הגנה מוחלטת, ולפיכך גם לא ניתן לקבל את העמדה הגורפת לפיה די בעצם פרסום הדברים במסגרת יצירה ספרותית בדיונית כדי להוות מחסום בפני בחינת הטענה לפגיעה בפרטיות לגופה. זו גם העמדה שננקטה ע"י המחוקק" (פסקה 36 לפסק-הדין). בכך דחה בית המשפט המחוזי הלכה למעשה את הטענה כי רומן בדיוני כשלעצמו – לפי הגדרתו הספרותית – מקיים למחברו הגנה מוחלטת מפני כל טענה לפגיעה בפרטיות. יחד עם זאת, סייג בית

המשפט המחוזי את דבריו וקבע, כי "לא בנקל תתקבל טענה לפגיעה בפרטיות המבוטסת על ספרות בדיונית. טענת הבדיון של המחבר... היא טענה בעלת משקל התורמת תרומה של ממש למניעת הפגיעה בפרטיות", אך אין בה כדי לאיננה בצורה מוחלטת (פסקה 37 לפסק-הדין). "טענה לפגיעה בפרטיות הנסמכת על ספרות בדיון תתקבל רק כאשר טענת הבדיון מופרכת על פניה באורח חד משמעי מתוך היצירה גופה" (שם).

16. אחר הדברים האלה, פנה בית המשפט המחוזי לסקירת היצירה הספרותית הנדונה לגופה, קרי – האם ברומן בדיוני עסקינן, או שמא "בספרות תיעודית המוסווית כרומן בדיוני" (פסקה 37 לפסק-הדין). לאחר בחינה מדוקדקת, קבע בית המשפט המחוזי כי "דמותה של הגיבורה בספר כוללת פרטי זיהוי ייחודיים רבים המזהים את התובעת עמה באופן ודאי וחד משמעי" (פסקה 40 לפסק-הדין). פרטים ייחודיים אלה כוללים את "... תיאור חזותה החיצונית, פרטים אינפורמטיביים על גילה, עיסוקה הייחודי, מקום לימודיה, מקום עבודתה ומקום מגוריה, פרטים על יצירתה הייחודית, פרטים מזהים על הנתבע, בן זוגה, ואירועים שהתרחשו במציאות בנוכחות צדדים שלישיים..." (שם). צרופם של פרטי הזיהוי האמורים הוביל את בית המשפט המחוזי למסקנה כי "בני משפחתה של התובעת מקורביה ומכריה, יזהו את התובעת באורח ודאי ובלתי ניתן לפרשנות, כגיבורת הספר" (פסקה 41 לפסק-הדין). בית המשפט המחוזי הוסיף וציין במענה לטענת המערער, כי כדי להוכיח את הזיהוי אין כלל צורך בהבאת עדים אשר יזהו באופן מפורש את הדמות הספרותית עם המשיבה. זיהוי זה עולה, לפי דברי בית המשפט המחוזי, מתוך הספר עצמו.

17. לאחר שסקר את טענות הצדדים לעניין הפגיעה בפרטיות ובחן אותן, הגיע בית המשפט המחוזי לכלל מסקנה כי הפגיעה בפרטיותה של המשיבה נובעת ממשקלם המצטבר של שני מרכיבים עיקריים:

(א) סימני הזיהוי הרבים המצביעים על המשיבה, שאיננה אישיות ציבורית, באופן חד-משמעי, כגיבורת הרומן שכתב המערער;

(ב) כמות העניינים הנחשפים בספר, הנוגעים לליבת צנעת הפרט, היקפם וטיבם.

צרופם של שני אלה, כדברי בית המשפט המחוזי, "מפריך את טענת הבדיון של המחבר" (פסקה 51 לפסק-הדין), והופך את הרומן לספר תיעודי המוסווה כיצירה בדיונית. לשון אחר, המחבר "ניצל לרעה את מאפייני היצירה הבדיונית, על מנת לתעד את מערכת יחסיו עם התובעת תוך פגיעה קשה בפרטיותה" (שם). בית המשפט המחוזי הדגיש כי ניתן היה להימנע בנקל מן הפגיעה בפרטיותה של המשיבה "ככל שדמותה... היתה מוצפנת ומטושטשת בפרטים מסוויים". ברם, בית המשפט המחוזי ציין, כי

התעקשותו של המערער לכלול בספרו פרטים רבים המזהים את המשיבה כגיבורת ספרו, ובחירתו להיצמד ככל האפשר למציאות, היא זו שעומדת בעוכריו: "תחת 'להרחיק' את היצירה מן התובעת, ו'לקרוע' אותה מנקודות הציון של מציאות יחסיו... פעל הנתבע לעגנה היטב במציאות ספציפית, ידועה ומוכרת, לא רק לתובעת ולו, אלא גם לצדדים שלישיים רבים אחרים" (פסקה 52 לפסק-הדין).

18. בית המשפט המחוזי דחה את טענת המערער כי המשיבה נתנה לכאורה את הסכמתה לפרסום הרומן. בהסתמך על "שורה של ראיות", נקבע כי לא עלה בידי המערער להוכיח כי המשיבה אכן נתנה "הסכמה מדעת", בין במפורש ובין מכללא, לפרסומים המכילים פגיעה בפרטיותה" (פסקה 59 לפסק-הדין). ראשית, הספר במתכונתו המלאה, לא הועמד בשום שלב לעיונה של המשיבה – לא בגרסתו המקורית, לא בגרסתו הסופית – ולא נתבקשה הסכמתה לפרסומו (שם); שנית, המערער הודה כי חשב בתחילה לפרסם את הספר בשם עט, וכי התלבט בסוגיה זו עד למועד פרסומו (פסקה 60 לפסק-הדין); שלישית, התנגדותה של המשיבה, עובר להוצאת הספר לאור, לציון שמו של מוסד לימודייה (פסקה 61 לפסק-הדין); רביעית, תגובתו של המערער לטענות המשיבה לאחר פרסום הספר (פסקה 62 לפסק-הדין); חמישית, עדותה ה'טעונה' והמרשימה של המשיבה בבית המשפט המחוזי (פסקה 63 לפסק-הדין). לסיכום, קבע בית המשפט המחוזי, כי "לא רק שהתובעת לא נתנה הסכמה מדעת לפגיעה בפרטיותה, אלא שהתובעת הבהירה לנתבע, בטרם הפרסום, כי היא אוסרת עליו לכלול בספר פרט העשוי להביא לזיהויה" (פסקה 65 לפסק-הדין).

19. באשר לזכות לשם טוב, קבע בית המשפט המחוזי כי ההכרעה בשאלה האם אופן הביטוי ברומן על אודות המשיבה "הינו משפיל, פוגע או מבזה" תעשה בהתאם לסטנדרט אובייקטיבי של האדם הסביר. בעצם העובדה כי המשיבה מתוארת ברומן "כמי שניהלה מערכת יחסים אינטימית עם גבר נשוי, וכי עשתה זאת במקביל למערכת יחסיה עם בן זוגה באותה עת... כמי שמוכנה לדרוס כל דבר העומד בדרכה למטרותיה, וכמי שעושה שימוש באנשים 'כמו היו חפצים'" (פסקה 68 לפסק-הדין), יש משום פרסום לשון הרע.

20. בית המשפט המחוזי דחה את טענות המערער כי עומדות לימינו הגנות שונות מכוח חוק הגנת הפרטיות וחוק איסור לשון הרע. באשר להגנת העניין הציבורי שבסעיף 18(3) לחוק הגנת הפרטיות, קבע בית המשפט המחוזי, כי "החוק... איננו מעניק הגנה מוחלטת לכל יצירה ספרותית... החוק מעניק הגנה לביטוי הפוגע רק כאשר היה בפגיעה 'עניין ציבורי המצדיק אותה בנסיבות העניין'" (פסקה 72 לפסק-הדין). לא

עלה בידי המערער להראות כל טעם המצדיק את סיפוקו של חופש הביטוי שלו בדרך כה פוגענית, וניתן היה לספק בנקל את העניין הציבורי בפרסום יצירתו של המערער מבלי לפגוע בפרטיותה של המשיבה. באשר להגנת תום הלב שבסעיף 18(2)(ו) לחוק הגנת הפרטיות ובסעיף 15(6) לחוק איסור לשון הרע, קבע בית המשפט המחוזי, כי הפגיעה לא נעשתה בתום לב. המערער פעל לפרסום הרומן במתכונתו המלאה, ולא שעה לדרישותיה של המשיבה להימנע מפרסומו.

21. באשר לטענות המשיבה על הפרת זכות היוצרים במכתביה, קבע בית המשפט המחוזי כי הוכחת הפגיעה בפרטיות והסעדים הנובעים ממנה, מייתרים את הצורך להכריע בנושא זכויות היוצרים במכתבים. בית המשפט המחוזי ציין, כי גם אם אכן יש במעשיו של המערער משום הפרת זכות היוצרים של המשיבה, "אין הדבר מצדיק פיצוי נוסף מעבר לפיצוי שנקבע" (פסקה 80 לפסק-הדין).

22. באשר לאחריותה של הוצאת הספרים, נקבע כי פעולותיה אינן מקימות חבות משפטית לפי סעיף 31 לחוק הגנת הפרטיות וסעיף 12 לחוק איסור לשון הרע. "בענייננו, לא הייתה הנתבעת 2 חייבת לדעת, על יסוד העובדות שעמדו בפניה בעת הוצאת הספר לאור... כי הספר מכיל פגיעה בפרטיות בכל הנוגע לתובעת" (פסקה 85 סיפא לפסק-הדין).

23. לפיכך, אסר בית המשפט המחוזי על פרסומו של הרומן ועל הפצתו. הפיצוי הכספי למשיבה, בגין נזקיה הלא-ממוניים, הועמד על סך של 200,000 ₪, זאת לאחר שבית המשפט המחוזי שקל את היקפה של הפגיעה בפרטיותה, טיב הפרסום, כמות הספרים שהופצה, הכאב והסבל שנגרמו למשיבה, התנהגותו של המערער אשר עמד על פרסום הרומן גם לאחר פניותיה ודרישותיה להימנע מפרסומו, ושיקולים נוספים.

עיקרי טענות המערער בערעור

24. לפי עמדת המערער, שגה בית המשפט המחוזי בפרשנותו לחוק הגנת הפרטיות. לדידו, "מעמדן של יצירות בדיוניות אינו תלוי ביכולת לזהות את מקורות ההשראה להן, אלא בסבירות לכך שהאמור בהן ייוחס לתובע כתיאור אמת". לשון אחר, "ליצירות בדיוניות מעמד מיוחד עקב פרשנות הטקסט ולא בשל העדר זיהוי של מקורות ההשראה". המערער טוען כי "על-פי המצב המשפטי הקיים, על מנת שיתבצע ייחוס של האמור בפרסום" למשיבה, יש צורך בהתקיימותם של שני תנאים מצטברים: האחד, זיהויה של הדמות המציאותית עם זו הספרותית; השני, פרשנות הטקסט הספרותי "כתיאור אמת" על אודות הדמות המציאותית. ברם, לדידו של המערער –

מבחינת הדין הרצוי – ראוי לדרוש הוכחת יסוד נוסף: "הוכחת כוונה רעה מצד המחבר". לחלופין, טוען המערער כי די לכאורה באי-התקיימות התנאי השני האמור כדי להביא לקבלת הערעור שלפנינו, תוך ביטול פסק דינו של בית המשפט המחוזי.

25. המערער מוסיף ומציין כי העמדה המקובלת בהלכה הפסוקה היא כי ניתן לראות בחוק איסור לשון הרע משום כלי עזר פרשני לחוק הגנת הפרטיות. על-פי סעיף 3 לחוק איסור לשון הרע (שענינו ב"דרכי הבעת לשון הרע"), השמטת שמו של הגורם הנפגע מן הפרסום, "אינה שוללת זיבה, ובלבד שהדברים מתייחסים אליו"; קרי – לפי עמדתו של המערער, על המשיבה להוכיח כי שילוב האמור בפרסום ביחד עם נסיבות חיצוניות, אכן גורם ליחוס האמור בפרסום אליה. המערער אף מפנה לקביעת בית המשפט המחוזי, לפיה "טענה לפגיעה בפרטיות הנסמכת על ספרות בדיון תתקבל רק כאשר טענת הבדיון מופרכת על פניה באורח חד משמעי מתוך היצירה גופה" (ראו פסקה 16 לעיל). לפי גישתו של המערער, "קריאה סבירה של הרומן, המתחשבת באופיו המטפורי... אינה מובילה למסקנה כי המתואר בספר הוא אמת ומשקף את מציאות חייה של המשיבה" (פסקה 39 לסיכומי המערער).

26. לטענת המערער, מבחן "יכולת הזיהוי של הנפגע", אשר אומץ על-ידי בית המשפט המחוזי, אינו יכול לשמש כתנאי עצמאי לסיווגה של יצירה ספרותית כטקסט מתעד, לצורך החלת חוק הגנת הפרטיות וחוק איסור לשון הרע. אדרבה, לגישתו, על-פי רוב ניתן לזהות בוודאות את מקורות ההשראה ליצירה בדיונית. "החזקה הבלתי כתוב המקובל בתרבות המערב בין יוצרים לבין צרכני האמנות אומר כי כל אותם ספרים אשר מפורסמים ומופצים תחת הכותרת Fiction אינם מתעדים מציאות אלא הם בדיון לכל דבר". זאת ועוד, המערער מתריע מפני אימוץ מדיניות משפטית המעודדת העמדת סופרים על דוכן הנתבעים, ומבקשת מהם "לאשר או להכחיש את מידת הדמיון בין עלילת הספר למציאות חייהם". לשיטתו, מצב דברים זה מציב את הסופרים בעמדת נחיתות מובנית, קרי – נקל להבחין בדמיון מאשר בשוני, לנוכח קיומה המוכח של התופעה הפסיכולוגית המכונה: "הטיית האישוש".

27. המערער טוען כי הדיון בפסק הדין של בית המשפט המחוזי "לקה ביתר התערבות בשיקולי עריכה אמנותיים", והתעלם מכך שממילא לא קיים קשר סיבתי בין הכללת הפרטים ברומן לבין זיהוי הגיבורה עם המשיבה. לדידו, שגה בית המשפט המחוזי כשקיבל את הטענה כי בחירתו לכתוב את הרומן בשמו-שלו ולא בשם עט, מקרבת את זיהויו עם גיבור העלילה, וכפועל יוצא את זיהויה של המשיבה עם הדמות הספרותית של הגיבורה.

28. המערער מלין גם על קביעת בית המשפט המחוזי כי ניתן היה להימנע בנקל מפגיעה בפרטיותה של המשיבה באמצעות טשטוש והסוואת פרטים מזהים. לשיטתו, קביעה זו מבוססת על "חכמה שבדיעבד", ומשכך אין בה כדי להעיד על כוונותיו "הפוגעניות". בהקשר זה, מוסיף המערער ומציין כי אין להתעלם מכך שהמשיבה נתנה את הסכמתה לתיאור מפורט של יצירת האמנות הייחודית שלה ברומן, מתוך הבנה כי קהל הקוראים עשוי לקשר בינה לבין הדמות הספרותית.

29. לפי עמדת המערער, שגה בית המשפט המחוזי בכך שלא העניק כל משקל לחופש הביטוי האוטוביוגרפי. לדידו, הספר נשוא הערעור אינו אלא רומן בדיוני, וממילא, שומה על בית המשפט לאזן את חופש הביטוי האוטוביוגרפי של המערער אל מול זכותה של המשיבה להגנה על פרטיותה. דחיית הערעור דנן, לשיטתו, עלולה להביא לכריתת הענף אשר עליו יושבת הכתיבה האוטוביוגרפית כולה.

30. זאת ועוד, טוען המערער כי שגה בית המשפט המחוזי כשהחיל, דה פקטו, איזון אנכי בין זכויות, ולא איזון אופקי; קרי – פִּיכָר את זכותה של המשיבה לפרטיות על פני חופש הביטוי של המערער. לדידו, בית המשפט המחוזי הפעיל "נוסחה הסתברותית" שלפיה קיימת סבירות גבוהה לזיהוי המשיבה באופן העלול להביא לכדי פגיעה בפרטיותה. לחלופין, טוען המערער כי איזון אופקי מורה כי יש לאפשר לו להכניס תיקונים ביצירתו. כחיזוק, מציין המערער כי בדיון שהתקיים ביום 13.6.2011 לפני בית המשפט המחוזי, הציע למחוק קטעים מספרו ולשנות את אפיוני דמותה של הגיבורה, ככל שיידרש.

31. על-פי עמדת המערער, שגה בית המשפט המחוזי כשקבע כי הרומן אינו חוסה תחת הגנת תום הלב מכוח סעיף 18(2)(ו) לחוק הגנת הפרטיות בנסיבות סעיף 15(6) לחוק איסור לשון הרע. בטיעונו נסמך המערער בין היתר על עדות חברו, אשר ציין כי המערער פעל "מתוך מחשבה שהתובעת תשמח ותתגאה בדמות שנוצרה בהשראתה, וברומן שכולו מבע של הערכה לעבודת הגמר שלה". לפיכך, טוען המערער, כי שגה בית המשפט המחוזי כשקבע כי "הפגיעה לא נעשתה בתום לב. הנתבע הועמד על כך שהתובעת מתנגדת לפרסום, ולפיכך אין הוא יכול לטעון כי סבר בתום לב שהוא רשאי לעשותו".

32. המערער טוען כי "האיזון הראוי בין חופש הביטוי האומנותי לבין הגנה על הפרטיות, בתביעות שעניינן טענה לפגיעה בפרטיות ביצירות בדיוניות, יושג באמצעות מבחן המתמקד בשאלה האם המחבר פעל מתוך כוונה רעה". לדידו, ניכר

מן המסכת העובדתית כי לא הייתה לו "כוונה רעה" בפרסום היצירה נשוא הערעור, או למצער בביזוי המשיבה. אדרבה, ההיכרות הקרובה עם המשיבה וצורת התנהלותה בתקופת יחסיהם "גרמו למערער להאמין באמת ובתמים כי המשיבה איננה נרתעת מחשיפה", לא כל שכן מפרסומו של רומן שהיא מקור השראתו. כיוצא בדברים הללו, אין מדובר בפגיעה בפרטיותה של המשיבה אשר מפניה יסוג חופש הביטוי של המערער. זאת ועוד, המערער טוען כי רשלנות גרידא אינה מספיקה כשלעצמה כדי להצדיק את הטלת האחריות על מחבר היצירה, בשל החשש מפני "ניצול לרעה" של הספרות הבדיונית. ואולם, בנסיבות העניין דנן, קבע בית המשפט המחוזי כי די ברשלנותו של המערער בטשטוש זהותו של מקור ההשראה לדמות ביצירה כדי להצדיק את מניעת פרסומה ואיסור הפצתה.

33. בהסתמך על הגנת "ענין ציבורי" המעוגנת בסעיף 18(3) לחוק הגנת הפרטיות, טוען המערער כי יש "עניין לציבור" בפרסום הרומן נשוא הערעור. "הרומן עוסק בנושא אוניברסאלי: יחסי זוגיות, עולמו של הגבר ועולמה של האישה, נישואין, הורות, אהבה ושברה... במרכז השיח הציבורי...". לראיה, מפנה המערער למכתבים שנשלחו אליו מקרב קהל הקוראים לאחר פרסום הרומן, ואשר מתארים "תחושת הזדהות עמוקה עם גיבורי הספר". לשיטתו של המערער, העמדה שאימץ בית המשפט המחוזי לפיה "הספרות לא תיפגע אם ייאסר על סופרים להכניס [ליצירה] פרטים המאפשרים זיהוי של מקורות ההשראה" מבקשת, למעשה, 'לאכול את העוגה ולהשאיר אותה שלמה'. אימוץ מדיניות שיפוטית, ברוח העמדה האמורה, עלול להתנות על חירות היצירה של ציבור הסופרים באומרה כך: "מותר לכם [לסופרים – נ' ס'] לעצב את הדמויות הבדיוניות כאהבת נפשכם [צ"ל: כאוות נפשכם – נ' ס'], למעט הכללת פרטים שבדיעבד יתכן כי יבואו נפגעים פוטנציאליים ויטענו בפני בית המשפט כי הם חושפים את זהותם". המערער שב ומציין כי הציע לבית המשפט המחוזי לאפשר לו לערוך את הרומן כך שיושמטו פרטים שניתן לראותם כ"חסרי עניין ציבורי", ומשכך הפחדת הרומן כולו היא בגדר פסיקה שיפוטית בלתי-מידתית.

34. לפי גישת המערער, שגה בית המשפט המחוזי כשהטיל את מלוא האחריות המשפטית על כתפיו. לתפיסתו, "שיקול ההגינות מורה כי מי שמרוויח מן הפעילות הוא זה שצריך לשאת בתוצאותיה". בכך רומז המערער, באופן עקיף, כי ראוי היה להטיל את האחריות על המשיבה הפורמאלית בהיותה הוצאת הספרים שזוכה למרבית התגמולים בעקבות פרסומו של הרומן. המערער מוסיף ומציין כי "יש להוסיף בענייננו קיום אשם תורם, הסכמה מכללא, או למצער הסתכנות מרצון" של המשיבה, שידעה במשך שלוש שנים כי הוא עמל על כתיבת רומן בהשראת מערכת היחסים שקיים עמה.

35. המערער מלין גם על חוסר האיזון המצוי לטענתו בסעדים אשר עליהם הורה בית המשפט המחוזי. לדידו, שגה בית המשפט המחוזי כשלא הטיל צו מניעה מידתי יותר, קרי – 'תְּחוּם בזמן' או לחלופין כזה המתנה את פרסום הרומן בהשמטתם או בעריכתם מחדש של קטעים ממנו. למערער טענות גם ביחס לסכום הפיצוי הכספי שנפסק, אשר אינו מעוגן בהוכחת נזקה של המשיבה, ואינו משקלל כהלכה שיקולים נוספים.

עיקרי תשובת המשיבה בערעור

36. לפי עמדת המשיבה, המערער, אשר נמנע מלצרף את תצהירו לתיק המוצגים מטעמו, אינו חולק על הממצאים העובדתיים שנקבעו בפסק הדין של בית המשפט המחוזי. בנסיבות הללו, טענותיו אשר מכוונות למסקנות המשפטיות שבבסיס פסק הדין, מעוררות קושי ביחס לקו הטיעון שעומד ביסוד ערעורו.

37. המשיבה מוסיפה ומציינת כי טענתו של המערער לפיה די לכאורה בפרסום פומבי של מערכת יחסים אינטימית בכסות של רומן ספרותי כדי לייתר את ההגנה מפני הפגיעה הצפויה בזכות הפרטיות, נדחתה בצדק על-ידי בית המשפט המחוזי. לדידה, המערער מבקש להוסיף "הגנה מלאכותית" להוראות חוק הגנת הפרטיות וחוק איסור לשון הרע, בניגוד לעמדת המחוקק.

38. המשיבה נסמכת על קביעת בית המשפט המחוזי לפיה טענת הבדיון שבה אוזח המערער היא "טענה ריקה", וכי העלילה המתוארת ברומן היא שיקוף מדויק של המציאות, בכלל זה של אירועים רבים שהתרחשו ושחוו המערער והמשיבה, בנוכחותם של צדדים שלישיים. המשיבה תומכת את יתדותיה בנימוקי פסק הדין של בית המשפט המחוזי בדחותו את עמדת המערער כי הרומן הוא בגדר יצירה בדיונית, ובקובעו כי אין ממש בטענות אשר העלה המערער בנוגע למבחנים אשר אותם יש להחיל פְּדִיוֹן על אודות יצירת פְּדִיוֹן.

39. המשיבה טוענת עוד, כי עמדת המערער לפיה "רק במקרים חריגים ונדירים יתקבלו תביעות בגין פגיעה בשם הטוב ובפרטיות המתייחסות ליצירות בדיוניות", אינה סותרת את פסק הדין אלא אף מחזקת אותו. העניין שלפנינו אכן בא בגדר "מקרה חריג ונדיר".

40. המשיבה מתייחסת גם לטענות עובדתיות נוספות שהעלה המערער, ובהן חלוף הזמן בין תחילתה של מערכת היחסים האינטימית, אשר נרקמה בין המערער לבין המשיבה, לבין פרסום הרומן, אך אין צורך לפרט עוד בגדרי הערעור דנן. זאת ועוד, המשיבה טוענת כי ה"הקבלה" שמנסה המערער להאחז בה, קרי – השוואת אחריותו האישית לאחריותה של הוצאת הספרים, אינה ממין העניין.

41. לפי עמדת המשיבה, חששו של המערער כי "קל הרבה יותר להבחין בדמיון מאשר בשוני" עמד לנגד עיניו של בית המשפט המחוזי, אשר טרח לסייג ולהבהיר כי "טענה לפגיעה בפרטיות הנסמכת על ספרות בדיון תתקבל רק כאשר טענת הבדיון מופרכת על פניה באורח חד משמעי מתוך היצירה גופה", וכן כאשר מדובר "בזיהוי ודאי שלא ניתן להימלט ממנו".

42. המשיבה טוענת כי התוצאה האבסורדית הצפויה של "גניזת יצירות מופת בספרות העברית" שמתאר המערער ביחס לפסק דינו של בית המשפט המחוזי – נעדרת כל ביסוס ונטענה בעלמא. לדידה, חופש הביטוי וחירות היצירה יוגבלו רק "בנסיבות חריגות וקיצוניות של זיהוי ודאי, שלא ניתן להימלט ממנו, וכאשר היקף הפגיעה בפרטיות ובשם הטוב ועוצמתם הנם כה חמורים".

43. באשר לטענתו של המערער כי ראוי לדרוש גם הוכחת "יסוד שלישי" – הוכחת כוונה רעה מצדו של המחבר – טוענת המשיבה כי דרישה זו מטילה נטל כבד מדי על כתפי הנפגע – "להוכיח את מניעי נפשו הנסתרים של הפוגע". בנסיבות הערעור שלפנינו, סבורה המשיבה כי לנוכח הפצרותיה החוזרות ונשנות שלא לפרסם את הרומן, ניכר כי "כוונתו הרעה של המערער ולמצער אדישותו המוחלטת אל מול הפגיעה במשיבה עם פרסום הספר – הוכחה אף היא".

44. לפי גישת המשיבה, החלטתו של המערער לפרסם את הרומן בשמו-שלו, תרמה לזיהויה עם גיבורת העלילה ברומן. לדידה, אין לראות את קביעותיו של בית המשפט המחוזי כ"התערבות יתר בשיקולי עריכה אמנותיים", אלא כ"היסק לוגי מתבקש". המשיבה שוללת גם את טענתו של המערער כי בית המשפט המחוזי ביסס לכאורה את מסקנותיו על "חוכמה שבדיעבד", שכן "לו ידעה על הפרטים הרבים בספר, המובהקים יותר, המובילים לזיהויה, הייתה מתנגדת התנגדות נחרצת לפרסום הספר". לא זו בלבד שהמערער לא שעה לתחינותיה של המשיבה, אלא אף התעלם מתחינותיה של אשתו לשעבר ואם ילדיו שניסתה וביקשה להימנע מפרסום הרומן.

45. באשר להסכמתה לכאורה להכללת תיאור מפורט על אודות יצירת האומנות הייחודית שלה ברומן, מפנה המשיבה לקביעתו העובדתית של בית המשפט המחוזי בהקשר זה: "כל שהוצג לה היתה פסקה העוסקת בעבודתה". לדידה, הוכח לפני בית המשפט המחוזי כי לא ידעה על כוונתו של המערער לכלול ברומן תיאורים הפוגעים בפרטיותה ובשמה הטוב.

46. לפי עמדת המשיבה, עליונותו של חופש הביטוי האוטוביוגרפי במשפט האמריקאי, אשר עליה נסמך המערער, נלמדת "רק במקרים בהם הדבר נועד לקדם עניין ציבורי מוצדק". לסוגיית העניין הציבורי שבפרסום הרומן נשוא הערעור שלפנינו, מפנה המשיבה להחלטתו של השופט (כתוארו אז) א' גרוניס ברע"א 5395/09: "בענייננו פרסום הספר לא מבטא אינטרס ציבורי בדרגה גבוהה. המשיבה איננה אישיות ציבורית. האירועים אשר לפי הטענה משתקפים בספר אירעו בנסיבות פרטיות. לציבור אין עניין מיוחד בפרטים אלו" (שם, פסקה 6). זאת ועוד, מעיון בפסקי הדין אשר אליהם הפנה המערער עולה בבירור כי הפגיעות המתוארות בהם מצומצמות – הן בהיקפן, הן בעוצמתן – ביחס לפגיעה שנגרמה למשיבה; וממילא – מדובר בפסקי דין זרים שאין בהם כדי לחייב את הערכאות השיפוטיות בישראל, אשר כבר "נדרשו בשלושה מותבים שונים לעובדות מקרה ספציפי זה ודחו בשתי ידיים את התזה העומדת בבסיס הערעור".

47. המשיבה טוענת כי איזון אופקי בין זכויות אין משמעותו מתן צווים תוך התעלמות מן הדין החל, אלא עריכת איזון בין זכויות שוות-מעמד והכרעה ביחס לזכות העדיפה מביניהן, בשים לב לנסיבות העניין העומד על הפרק. לדידה, בצדק קבע בית המשפט המחוזי כי הרומן פוגע בצורה קשה בפרטיותה ובשמה הטוב, וכי המערער וספרו אינם חוסים תחת ההגנות הקבועות בחוק. זאת ועוד, טוענת המשיבה כי הצעתו של המערער להתיר את פרסומו של הרומן בשינויים אינה אלא "הצעת סרק מניפולטיבית"; והגבלת הפרסום בזמן, כהצעתו, צפויה להכות בה בעתיד "מכה שנייה, ואולי חמורה יותר, מזו הראשונה".

48. באשר להגנת תום הלב, מציינת המשיבה כי מדובר בשאלה עובדתית מובהקת אשר נדונה והוכרעה על-ידי בית המשפט המחוזי, ואין זה מתפקידה של ערכאת הערעור להתערב בה. זאת ועוד, לפי עמדת המשיבה, עדותו של חברו של המערער, באשר לכוונותיו בפרסום הרומן, איננה נקייה מספקות. המערער ידע על דרישותיה ובקשותיה שלא לפרסם את הרומן, ומשכך לא ברור כיצד יכול המערער "לאחוז בחבל משתי קצותיו". לדידה, את הביקורת בקשר לדרישת היסוד המלאכותי של הוכחת

"כוונה רעה" בפרסום, על המערער "להפנות למחוקק אשר קבע את גדרי הגנת תום הלב", ולא לבית המשפט.

49. באשר להגנת "עניין ציבורי", טוענת המשיבה כי המערער נסמך בטיעונו על תגובתו של קורא אנונימי באינטרנט שלדבריו הספר נגע ללב. לדידה, פרשנותו של המערער למינוח הנ"ל מרוקנת אותו מכל תוכן או משמעות, וממילא – אין כל מקום להשוות בין העניין הציבורי והפגיעה בשמו הטוב של סרן ר' (ראה ת"א (מחוזי י-ם) 8206/06 סרן ר' נ' ד"ר אילנה דיין (7.12.2009); ע"א 751/10 פלוני נ' ד"ר אילנה דיין (8.02.2012) (להלן: עניין סרן ר')) לבין העניין הציבורי בפרסום הרומן ועוצמת הפגיעה בפרטיותה ובשמה הטוב של המשיבה. בהקשר זה, שבה המשיבה ומפנה לדבריו של השופט (כתוארו אז) א' גרוניס, שצוטטו לעיל, כי "פרסום הספר לא מבטא אינטרס ציבורי בדרגה גבוהה".

50. לפי עמדת המשיבה, טענתו של המערער כי יש להטיל את האחריות על "מי שמרוויח מן הפעילות" אינה ברורה, וממילא – אינה נתמכת במילותיו של המחוקק. המשיבה מוסיפה ומציינת כי יחוס של אשם תורם לפעולותיה-שלה אינו עולה בקנה אחד עם הממצאים העובדתיים שנקבעו בפסק הדין של בית המשפט המחוזי.

51. המשיבה טוענת כי המערער לא הציג פסיקה מתאימה לצורך ביסוס טענתו כי סכום הפיצוי הכספי שנפסק אינו מבטא איזון ראוי ומידה הולמת. אדרבה, פסק הדין היחיד אשר נדון בסיכום טענות המערער הוא בעניין סרן ר' הנ"ל, אשר בגדרו נפסק בבית המשפט המחוזי פיצוי בגין נזק לא ממוני בסך של 300,000 ₪, אשר לימים הופחת על-ידי בית המשפט העליון והועמד על סך של 100,000 ₪. לדידה, היקף ההתערבות של ערכאת הערעור בפיצוי מן הסוג האמור מוגבל למצבים חריגים בלבד. זאת ועוד, לפי עמדת המשיבה, שיעור הפיצוי שפסק בית המשפט המחוזי נמוך במידה ניכרת משיעור הפיצוי הסטטוטורי שמגיע לה לנוכח עוצמת הפגיעה בפרטיותה ובשמה הטוב.

52. המשיבה מוסיפה ומציינת כי בית המשפט המחוזי נמנע מלהכריע בעילת התביעה, אשר עניינה בהפרת זכות היוצרים, לגופה. לדידה, טענותיו של המערער, הן לעניין "השימוש ההוגן", הן לעניין הסכמתה לכאורה לפרסום הרומן, אינן עולות בקנה אחד עם הממצאים העובדתיים שנקבעו בפסק הדין של בית המשפט המחוזי. זאת ועוד, בית המשפט המחוזי לא הכריע כאמור בעילת התביעה העצמאית של הפרת זכות

היוצרים, לנוכח העובדה כי הסתפק בהוכחת הפגיעה בפרטיותה של המשיבה. ברם, המערער מצדו לא טרח להתייחס בסיכומיו לעילת תביעה זו, ומשכך מטעם זה, אף כשלעצמו, לא ניתן להעתר לערעורו.

המסגרת הנורמטיבית

53. ההכרעה באשר לטיבה של מערכת היחסים בין חופש הביטוי לבין הזכות לפרטיות ולאיוונים ביניהם משובצת בליבה של האמנה החברתית. סעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מורה, כי "זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". בחוק היסוד עוגנו "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (סעיף 1א), ולאורם נלך. עלינו לפנות ולתור אחר עקרונות היסוד שבבסיס שיטתנו המשפטית. קולמוסים רבים נשתברו, ומקלדות רבות עוד ישחקו, בהגדרת האיזון הנכון בין ערכי היסוד הנדונים. העול המוטל על כתפי השופטים בהכרעות בעלות אופי חוקתי, הוא קשה. החרדה מפני הפגיעה האפשרית בחופש ליצור יצירות אמנותיות, יצירות המביעות את מאוויי הפנימיים של היוצר, המעוררות בקרב הציבור השראה, מודל לחיקוי, הזדהות ולעיתים אף שינוי חברתי, עומדת אל מול היראה להתיר פלישה אל דל"ת אמותיו של היחיד. "אין הברכה מצויה אלא בדבר הסמוי מן העין" (בבלי, תענית ח, ב) במה שנוגע לעולמו הפנימי-האישי של האדם. היציאה לאוויר העולם, בטרם עת וללא הסכמה מלאה של האדם, יכולה להחריב עולמות ממש.

54. האיזון השיפוטי הראוי יוכרע לאחר בחינת אופי הזכויות המתנגשות בכל עניין לגופו. עניינו של הערעור דנן בחופש היצירה האמנותית, ובכללה היצירה האוטוביוגרפית. תחימת תחולתה המדויקת של זכות זו, בשים לב לאחיותיה במשפחת הזכויות – הזכות לשם-טוב והזכות לפרטיות – היא תמצית הערעור דנן.

חופש הביטוי וחירות היצירה

55. מן המפורסמות, כי חופש הביטוי עומד בבסיס שיטת משטרנו הדמוקרטי והוא אחד מהעוגנים היסודיים של החברה שבה אנו חיים. חשיבותו של חופש הביטוי מקבלת משנה תוקף בחברה הישראלית המאופיינת בחילוקי-דעות מהותיים, אף קוטביים, בנוגע לסוגיות היורדות לשורש הקיום האנושי. המשפט הישראלי נושא בקרבו מסורת יהודית ארוכת שונים המעודדת שיח דיאלוגי, אשר תמציתו בביטוי: "אלו ואלו דברי א-לוהים חיים" (בבלי, עירובין יג, ב). ההתייחסות אל חופש הביטוי כאל זכות "עילאית" (בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 878 (1953) (להלן: עניין קול העם)) וכאל "ציפור נפשה של הדמוקרטיה" (ע"פ 255/68 מד"י

נ' אברהם בן משה פ"ד כב(2) 427, 435 (1968)) נטועה הן במציאות החיים הישראלית, הן בעולם האמונות והדעות, העומד בבסיס הגדרתה היהודית של מדינת ישראל.

56. במובן זה, משמש חופש הביטוי עוגן תרבותי שרגלו האחת נטועה ביסוד הדמוקרטי של מדינת ישראל – "הדמוקרטיה מהווה בראש וראשונה משטר של הסכמה – היפוכו של משטר המתקיים בכוח האגרופ. התהליך הדמוקרטי הוא איפוא תהליך של בחירת המטרות המשותפות של העם ודרכי הגשמתן, בדרך הבירור והשקלא והטריא המילולית, הווה אומר, על ידי ליבון גלוי של הבעיות העומדות על סדר יומה של המדינה והחלפת דעות עליהן בצורה חופשית" (עניין קול העם לעיל, בעמוד 876); ורגלו השנייה של חופש הביטוי נטועה ביסוד היהודי של המדינה – "וכל מחלוקת התנאים והאמוראים והגאונים והפוסקים, באמת למבין דבר לאשורו, דברי אלוקים חיים המה, ולכולם יש פנים בהלכה; ואדרבה, זאת היא תפארת תורתנו הקדושה והטהורה, וכל התורה כולה נקראת שירה, ותפארת השיר היא כשהקולות משונים זה מזה. וזהו עיקר הנעימות" (ערוך השלחן, חושן משפט, הקדמה). "כשם שאין פרצופיהן דומין זה לזה, כך אין דעתן שווין זה לזה, אלא כל אחד ואחד יש לו דעה בפני עצמו... שכן משה מבקש מן הקדוש ברוך הוא, בשעת מיתה אמר לפניו: רבוננו של עולם, גלוי וידוע לפניך דעתן של כל אחד ואחד, ואין דעתן של בניך דומין זה לזה. כשאני מסתלק מהן, בבקשה ממך, מנה עליהם מנהיג שיהא סובלם לכל אחד ואחד לפי דעתו" (במדבר רבה (וילנא), פינחס, פרשה כא; להרחבה ראו דבריו של השופט (כתוארו אז) מ' אלון בע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 294-297 (1985); אביעד הכהן, "חירות הביטוי, סובלנות ופולורליזם במשפט העברי" מנחה למנחם 45 (חנה עמית, אביעד הכהן וחיים באר עורכים, 2007).

57. אמור מעתה: על שני אדנים עומד חופש הביטוי הישראלי, על היסוד היהודי ועל היסוד הדמוקרטי (ראו דבריו של השופט (כתוארו אז) א' ברק בבג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור פ"ד נג(3) 817 (1999) (להלן: עניין סנש)).

58. חופש הביטוי פורש את מצודתו אף על הביטוי האמנותי. צורת ביטוי זו היא בעלת מאפיינים יחודיים הדורשים הגנה מיוחדת. חשיבותה של האמנות בפיתוח התרבות האנושית וכאמצעי להבעת מאווייו הכמוסים של האדם והוצאתם מן הכוח אל הפועל, היא המעניקה לה את מעמדה הייחודי. בפעולתו כיוצר, נפרצים גבולותיו הפרטיים של האמן ומעמידים את חופש היצירה, כערך חברתי. "חופש הביטוי הוא החופש של היוצר לפרוץ את סגור ליבו, להניף כנף וליתן דרוך למחשבתו" (בג"צ

14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 433 (1987)). באשר להיקפו של חופש היצירה נפסק כך: "חופש זה אינו רק החופש להביע דעות מקובלות. זהו גם החופש להביע דעות חורגות, אשר הרוב סולד מהן. זהו החופש לא רק לשבח את השלטון, זהו גם החופש לבקר את השלטון. זהו החופש ליצור כל יצירה, בין בעלת ערך אמנותי נשגב ובין ללא כל ערך אמנותי, ואפילו יש בה - כדעת המועצה - משום 'ממרח מגונה של ארוטיקה, פוליטיקה וסטיות מכל סוג'" (שם; על היצירה במשפט העברי ראו: אלכסנדר רון "על היצירה האומנותית וחופש היצירה" פרשת השבוע 63 (פרשת תרומה, התשס"ב)).

59. מעמדו של חופש היצירה ניתן לו, לפי גישה אחת, מכוח חופש הביטוי, קרי, מחופש הביטוי עצמו צומחת "חירות היצירה האמנותית בתחום הספרותי ובתחום החזותי לצורותיו" (ראו בג"ץ Universal City Studios Inc. 806/88 נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22, 27 (1989)); לפי גישה אחרת, מאפייניו הייחודיים של הביטוי האמנותי קובעים לו, לחופש היצירה, ברכה משל עצמו. "ניתן לדאוג בו זכות חוקתית העומדת על רגליה היא. היא מבוססת על ראיית האדם כיצור אוטונומי הזכאי למימוש עצמי הן כיוצר והן כנהנה מהיצירה. אכן, חופש הביטוי האמנותי הוא החופש של האמן ליצור. זהו חופש הבחירה באשר לנושא ולאופן הצגתו, והחופש של הזולת לשמוע ולקלוט" (בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661, 677 (1997)).

60. אינני מוצא נפקא מינה של ממש בין הגורסים כי מעמדה של הזכות לחופש היצירה היא "זכות-אם" לבין הסוברים כי אינה אלא "זכות-בת" (להבחנה בין "זכות-אם" לבין "זכות-בת", ראו: אהרון ברק מידתיות במשפט 76-78 (2010) (להלן: ברק מידתיות במשפט)). בין לאוחזים בזו, בין לאוחזים בזו, יש צורך להגדיר ולתחום את מאפייניה של הזכות. כזאת יעשה, בהתאם לרציונאליים הייחודיים העומדים בבסיסה. רציונאליים אלו הם "הצופן הגנטי" של הזכות, על-פיהם נקבע תחום תחולתה. ראשיתם במעבדת המשפט התיאורטית, ואחריתם בעולם המעשי השימושי. ההצדקות הן בבחינת האיזמל והפטיש ביד הפסל, מסייעות לסתת באופן מובחן את דמותה של הזכות, ולהפריד בין הדבקים; "ככסף ביד הצורף, ברצותו מסגסג וברצותו מצרף" (הפיוט "כי הנה כחומר ביד היוצר", תפילת יום הכיפורים). בממלכת הזכויות לא שורר הכלל כי "אין מלכות נוגעת בחברתה אפילו כמלוא נימה" (בבלי, ברכות מח, ב). אדרבה, הזכויות מעורות ומשולבות אחת אל אחת, עד שלפעמים אין לאל-ידינו להפרידן זו מזו. לא קלה היא מלאכת הסיתות, יש בה לעיתים כדי לגרום צער לאחת מהזכויות ולמוטביה. לא בנקל מכריע בית המשפט מהו תחום תחולתה המדויק של הזכות. הכרעות מעין אלו, הן בעלות

השלכות רוחב ועומק, יש בהן כדי להשפיע על חיי החברה, המסחר, התרבות, האמנות, הפוליטיקה ועוד.

היצירה האוטוביוגרפית

61. על שלושה דברים חופש הביטוי עומד: על גילוי האמת, על הרווחה האישית ועל ערכו במשטר הדמוקרטי (ראו אהרן ברק "המסורת של חופש הביטוי ובעיותיה" משפטים כז 223, 227-228 (התשנ"ז)). אדנים אלו אינם עומדים בבסיס כל מופע ומופע של חופש הביטוי בשווה. ישנם מופעים החוסים תחת כל הרציונאליים, וישנם החוסים תחת מקצתם. אף עוצמת הרציונאליים העומדים בבסיס כל מופע ומופע משתנה. בחינת הרציונאליים ועוצמתם היא הקובעת את מידת ההגנה אשר לה יזכה הביטוי. "לא כל הרציונאליים האמורים [בזכות חופש הביטוי - נ' ס' מתקיימים באותה עוצמה בכל סוגי הביטויים. כאשר מדובר בביטוי שלא 'נתפש' על ידי הרציונאליים לחופש הביטוי, אפשר שהדבר יתבטא בהיקף ההגנה המשפטית על אותו ביטוי" (בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, 12 (1994) (להלן: עניין קידום)). מעמדו של חופש היצירה האוטוביוגרפית יקבע לאור 'איכות' ו'כמות' הרציונאליים העומדים בבסיסו. בטרם נפנה לבחון רציונאליים אלה, נציב כתמרוך, מורה דרך, את הדברים הללו: "הספרות, הציור והחיטוב, עומדים להוציא אל הפועל כל המושגים הרוחניים, המוטבעים בעומק הנפש האנושית. וכל זמן שחסר גם שרטוט אחד הגנוז בעומק הנפש, שלא יצא אל הפועל, עוד יש חובה על עבודת האמנות להוציא" (הרב קוק, עולת ראי"ה ב, עמוד ג).

62. הצדקת הרווחה האישית מדגישה כי "בלא לאפשר חופש להשמיע או לשמוע, לכתוב או לקרוא, להתבטא או לשתוק, נפגמת אישיותו של האדם, אשר התפתחותו הרוחנית והאינטלקטואלית מבוססת על יכולתו לגבש באופן חופשי את השקפת עולמו" (ראו בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 274 (1987) (להלן: עניין כהנא)). ובמקום אחר: "חשיבותו של העקרון [חופש הביטוי - נ' ס'] נעוץ גם בהגנה שהוא נותן לאינטרס פרטי מובהק, דהיינו, לעניינו של כל אדם, באשר הוא אדם, לתת ביטוי מלא לתכונותיו ולסגולותיו האישיות; לטפח ולפתח, עד גבול האפשרי, את האני שבו; להביע את דעתו על כל נושא שהוא חושבו כחיוני בשבילו; בקיצור - להגיד את אשר בלבו, כדי שהחיים ייראו כדאיים בעיניו" (עניין קול העם לעיל, בעמוד 878). הפסיקה אף הדגישה את הקשר ההדוק בין יסוד זה של חופש הביטוי - הגשמתו העצמית של האדם - לבין כבוד האדם (ראו אהרן ברק כבוד האדם 717-721 (2014) (להלן: ברק, כבוד האדם)); נקבע כי "טיעון זה [בדבר הרווחה האישית - נ' ס'] מקשר את חופש הביטוי אל כבוד האדם" (עניין כהנא לעיל, בעמוד 273) ו"מהו כבוד האדם ללא

החירות היסודית הנתונה לאדם, לשמוע את דברי זולתו ולהשמיע את דבריו שלו; לפתח את אישיותו, לגבש את השקפת עולמו ולהגשים את עצמו?" (עצ"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 157 (1996)).

63. חופש היצירה האוטוביוגרפית, הוא למעשה צורת הביטוי, המביאה לידי מימוש כמעט מלא של הצדקה זו. הכתיבה האוטוביוגרפית היא כתיבה אישית, אינטימית, המבטאת את סיפור חייו של הכותב. כתיבה שכזו היא צורך אנושי בסיסי, החבוי אצל רבים מבני האדם. היציאה מן הכוח אל הפועל, ההקלה שחש בה המחבר, בתום שאיבת הרעיונות ממעמקי נפשו, מעידה כאלף עדים על חשיבות הוצאתה של היצירה האוטוביוגרפית לאור. עלייתה של תופעת הכתיבה האוטוביוגרפית ותפוצתה בקרב כל שדרות החברה, מעידה אף היא על חשיבותה בהתפתחות האנושית. איננו נמצאים בעידן שבו הכתיבה האוטוביוגרפית היא נחלתם של מתי מעט, אותם יחידים סגולה אשר שפר עליהם גורלם לתמצת באמצעות תיאור קורות חייהם את סיפור דורם. כעת, כל אדם אשר לו חיבור לאינטרנט ומקלדת, יכול לכתוב את סיפור חייו ולפרסמו במרחבי הרשת הגלובלית. סיפורים אשר בעבר נדחקו לקרן זוית, עוברים כיום אל קדמת הבמה, וסיפורים אשר פורסמו בעבר והיו לנחלת הכלל נסוגים אחור. הכתיבה האוטוביוגרפית חשובה אפוא עד מאד, ליחיד ולחברה, למימוש העצמי ולקידום היצירה הספרותית.

64. הצדקתה של הזכות ליצירה אוטוביוגרפית איננה מסתיימת כאמור בהצדקות האישיות לחופש הביטוי; גם ההצדקות החברתיות מספקות פר נרחב לנביעתה של זכות זו. על-פי ההצדקה בדבר גילוי האמת "יש להבטיח את חופש הביטוי כדי לאפשר להשקפות ולרעיונות שונים ומגוונים להתחרות אלו באלו. מתחרות זו – ולא מהכתבה שלטונית של 'אמת' אחת ויחידה – תצוף ותעלה האמת, שכן סופה של האמת לנצח במאבק הרעיוני" (עניין כהנא לעיל, בעמוד 273). הזכות לחופש היצירה האוטוביוגרפית מסייעת במימוש רציונאל זה. לכאורה, ככל שמספר רב יותר של אנשים יכתבו את סיפור חייהם, כך יגדל הידע האנושי, ועמו היכולת להגיע לחקר האמת. הידע האנושי איננו מתפרש בצורה שווה על פני כל כיכר העיר. קבוצות אשר חשופות ונגישות יותר לאמצעי התקשורת, הן בעלות יכולת רבה יותר להעביר ולמסור ידע. קיומה של כתיבה אוטוביוגרפית יסייע בידינו לפרק את "מונופול הידע" ולקבל מידע גם מצינורות שאינם מקובלים (להרחבה ראו: Sonja R. West., *The Story of Me: The Underprotection* (of Autobiographical Speech, 84(4) WASH. U. L. REV.905, 944-948 (2006) (להלן: West)).

65. חשיבותו של חופש היצירה האוטוביוגרפית מבוססת גם על ההצדקה הדמוקרטית. "חירות הביטוי היא תנאי מוקדם לקיומה של הדמוקרטיה ולפעולתה התקינה. השמעת הדעות החופשיות והחלפת הדעות הבלתי מוגבלת בין אדם לרעהו הן בגדר תנאי-שאינן-בלעדיו לקיומו של המשטר המדיני והחברתי, בו יכול האזרח לשקול, תוך לימוד הנתונים וללא מורא, מה דרוש, לפי מיטב הבנתו, למען טובתם ורווחתם של הכלל ושל הפרט, ואיך יובטח קיומם של המשטר הדמוקרטי ושל המסגרת המדינית, אשר בתוכה הוא פועל... התהליך הדמוקרטי מותנה, כאמור, באפשרות לקיים ליבון גלוי של הבעיות, העומדות על סדר יומה של המדינה, ולהחליף דעות עליהן בצורה חופשית... אין להעלות על הדעת, שניתן לקיים בחירות במשטר דמוקרטי בלי לאפשר, עובר לקיומו, החלפת דעות ושכנוע הדדי, ובלי שיקוימו אותם בירורים ודיונים, בהם מעוצבת דעת הקהל, הממלאת תפקיד חיוני בכל משפט חופשי. יהיה זה, כאמור, בעת בחירות ויהיה זה בכל ימות השנה" (בג"ץ 372/84 קלופפר-נוה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח (3) 233, 238-239 (1984)).

הזכות ליצירה אוטוביוגרפית, מוקירה את חשיבות זרימת הידע הישיר, בין המחבר לבין הציבור. צינורות הידע הציבורי מפוקחים על-ידי מספר "שחקני וטו" המונעים את זרימתו החופשית של הידע. כלי התקשורת, הצנזורה הממשלתית, החוק והמשפט, הגישה להון, כל אלו ועוד אחרים, עומדים כתריס בפני בעלי המידע המעוניינים להוציאו לאוויר העולם. זכות היצירה האוטוביוגרפית, מעניקה חשיבות למפגש הבלתי-אמצעי בין הכותב לבין ציבור הקוראים. בנוסף, הזכות ליצירה אוטוביוגרפית, מסייעת למיעוט החברתי והתרבותי, אשר לא זוכה לייצוג הולם בגופי התקשורת המרכזיים, להתבטא כאוות נפשו, ובכך מעשירה את מגוון הקולות הנשמעים במרחב הציבורי. רק לאחרונה חזינו כיצד תיאור אוטוביוגרפי של חוויות שונות על מרחבי האינטרנט, העצים ושימש זרז למהפכות חברתיות ופוליטיות אצל שכנותינו הערביות. זכות זו מקבלת משנה תוקף בעידן האינטרנטי, כאשר אמצעים אלקטרוניים ומדיות כגון 'טוויטר', 'פייסבוק' ובלוגים למיניהם, מממשים רעיון זה הלכה למעשה. מלומדים רבים עמדו על הקשר שבין קשת רחבה של דעות הנשמעות בציבור לבין קיומה של דמוקרטיה פעילה ובריאה. כללי ההכרעה הדמוקרטיים הם הגוף; חופש הביטוי הוא נשמתם. דמוקרטיה ללא חופש ביטוי, הריהי כגוף בלי נשמה. חופש היצירה האוטוביוגרפית, מאפשר לכל אזרח לא רק לבחור ולהיבחר, אלא גם להשפיע על המארג התרבותי של החברה (לביסוס נרחב של הזכות לכתיבה אוטוביוגרפית, ראו: West לעיל, בעמודים 948-957). הנה כי כן, היצירה האוטוביוגרפית, קשורה בקשר אמיץ עם שלושת הרציונאלים הנ"ל של חופש הביטוי.

66. על אף חשיבותו – חופש הביטוי, ובכללו חופש היצירה האוטוביוגרפית, איננו בגדר זכות מוחלטת, והוא לא חסין מפני פגיעה. "חופש הביטוי וחופש היצירה אינם הערכים היחידים שיש להתחשב בהם. חברה דמוקרטית מבוססת על מגוון ערכים ועקרונות,

אשר חירות הדיבור וחירות היצירה הן רק חלק מהם. הגשמתם של ערכים ועקרונות מגוונים אלה מחייבת, מטבע הדברים, צמצום ההגנה הניתנת לחופש הביטוי ולחופש היצירה, כדי שהגנה הראויה לאותם ערכים ועקרונות. חופש התנועה שלי מסתיים במקום שהחוטם שלך מתחיל; חופש הביטוי שלי אינו מצדיק הוצאת לשון הרע על זולתי; חופש הביטוי שלי אינו מאפשר לי לגלות סודות כמוסים של המדינה או לפגוע בשלום הציבור; חופש הביטוי אינו החופש למסור עדות כוזבת בבית-משפט" (עניין סנש לעיל, בעמוד 830). כשאזרה זו בצקלוננו, נסור ונפנה עתה לבחינתה של הזכות המתנגשת עם חופש היצירה האוטוביוגרפית בערעור דנן – הזכות לפרטיות.

הזכות לפרטיות

67. הזכות לפרטיות היא זכות חוקתית. סעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

מורה כך:

- (א) "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.
- (ב) אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו.
- (ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו.
- (ד) אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו".

מעמדה של הזכות לפרטיות בא לידי ביטוי גם בפסיקת בית המשפט העליון כ"אחת החירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי והיא אחת מזכויות העל המבטטות את הכבוד והחירות להן זכאי אדם כאדם, כערך בפני עצמו" (ע"פ 5026/97 גלעם נ' מדינת ישראל (13.6.1999) (להלן: עניין גלעם); להרחבה ראו בג"ץ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים, פ"ד נח(4) 842 (2004)).

68. האיזון הראוי בין הזכות לפרטיות לבין זכויות אחרות, נקבע על-ידי המחוקק בחוק הגנת הפרטיות. בנוגע לפרשנותו של החוק, כבר נשתרשה ההלכה על-פיה חוקים אשר הורתם בטרם חקיקת חוקי היסוד, יפורשו ברוח הוראותיו של חוק היסוד. "חוק זה (חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – נ' ס') העניק מעמד חוקתי-על-חוקי לזכות לפרטיות. מעמד זה צריך להשפיע על פרשנותם של כל החוקים כולם, בין אלה שהתקבלו לפני חקיקתו של חוק היסוד ובין אלה שנחקקו לאחריו. מעמד חוקתי זה של הזכות לפרטיות צריך להשפיע גם על פירושו של חוק הגנת הפרטיות" (בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האיזורי בנתניה, פ"ד סא(1) 581, 602 (2006) (להלן: עניין פלונית); להרחבה ראו דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995)).

69. הגנת המשפט על צנעת הפרט היא חדשה יחסית. תחילתה לפני כמאה שנה. ראשיתו של הדיון על אודות הזכות לפרטיות, מעמדה והצדקותיה, קיבל ביטוי במאמר

חשוב מתחילת המאה הקודמת, בו הצביעו השופטים וורן וברנדייס על קיומה של הזכות לפרטיות (Samuel Warren & Louis Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890) (להלן: *The Right to Privacy*)). חידושם של הכותבים לא התבטא ביצירת זכות "יש מאין", אלא דווקא בהמשגת מופעה השונים הקיימים בחקיקה. גישה זו איננה מכירה בתועלת הטמונה בהגדרת הפרטיות כזכות העומדת בפני עצמה. הפרטיות מתמצית בצורה שבה הוגדרה בחקיקה ובפסיקה, אותה יש לפרש בצמצום על מנת למנוע הגנה כפולה לנוכח הנחת המוצא כי המחוקק אינו משחית מילותיו לריק. גישה דומה השתרשה בתחילה בפסיקת בית המשפט העליון: "חוק הגנת הפרטיות בא ליצור ולגדור גדרות חדשים, ולא היה צורך בו כדי שישוב ויגדיר מעשי עבירה קיימים כמעשים אסורים... מדוע יראה המחוקק צורך לשוב ולאסור בחקיקה מאוחרת מעשי אלימות, אשר נקבעו כבר כעבירות פליליות בקודקס דיני העונשין הקיים, רק כדי לכוללם בהגדרתו של מעשה אסור חדש, אשר לצדו קבוע עונש מירבי, שאינו עולה על עונשה של אף לא אחת מעבירות האלימות הקיימות. זהו כפל מעשה חקיקה, שאין בו כל צורך" (ראו דברי השופט (כתוארו אז) מ' שמגר בד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837, 853 (1988); להרחבה ראו רע"פ 9818/01 ביטון נ' סולטן, פ"ד נט(6) 554 (2005)). התפיסה הרואה בזכות לפרטיות זכות המוגבלת אך ורק למופעה בחקיקה, ולפרשנות מצומצמת של זו, לא עמדה לעד. עד מהרה קנתה לה הזכות לפרטיות מעמד של קבע במשפחת הזכויות החוקתיות. ניצנים לתפיסה זו מצויים בדבריו של השופט (כתוארו אז) א' ברק בבג"ץ 2481/93 דין נ' ניצב וילק, מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456 (1994) (להלן: עניין דין): "כל אדם בישראל זכאי לפרטיות" (סעיף 7א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו... עתה, משניתן לה בסיס חוקתי חקוק, יש לפרשה מתוך 'מבט רחב' ומתוך הבנה כי עניין לנו בהוראה הקובעת אורחות חיים... יש לפרש הוראה חוקתית 'מתוך תפיסה רחבה, ולא באופן טכני... מכאן הגישה – המקובלת במדינות דמוקרטיות נאורות – כי הוראות חוקתיות יש לפרש מתוך 'נדיבות'... מתוך גישה מהותית ולא גישה 'לגאליסטית'... מתוך גישה עניינית ולא מתוך גישה 'טכנית' או 'פדאנטית'... על רקע גישה זו ניתן לקבוע, כי הזכות החוקתית לפרטיות משתרעת, בין השאר – ובלא כל ניסיון להקיף את הזכות על כל היבטיה – על זכותו של אדם לנהל את אורח החיים שבו הוא חפץ בדל"ת אמות ביתו, בלא הפרעה מבחוץ. ביתו של אדם הוא מבצרו, ובגדריו הוא זכאי לכך כי יניחו אותו לעצמו, לפיתוח האוטונומיה של הרצון הפרטי שלו" (שם, בעמוד 470).

70. אכן, "גדיים שהנחת נעשו תיישים בעלי קרנים" (כבלי, ברכות סג ע"א), הניצנים הנצו, וקיבלו ביטוי חד וברור בדבריו של השופט (כתוארו אז) א' ברק בעניין פלונית (לעיל, בעמודים 595-597): "הזכות לפרטיות היא מהחשובות שבזכויות האדם בישראל... שורשיה נעוצים עמוק במורשתנו היהודית... היא מתבקשת, איפוא,

מערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית גם יחד. היא מוכרת על ידי המשפט המקובל הישראלי כזכות אדם... ב-1981 נחקק חוק הגנת הפרטיות. הפרטיות הוגדרה בחוק (סעיף 2) באופן שאינו 'מכסה' את כל מקרי הפרטיות המקובלים. בכל הנוגע לפגיעה בפרטיות שמעבר להגדרת החוק, ממשיך לחול המשפט המקובל הישראלי... ב-1992 חל שינוי מהותי במעמדה של הזכות לפרטיות... חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הכיר במפורש בזכות חוקתית לפרטיות... בכך הוכרה זכות חוקתית לפרטיות בהיקף רחב יותר מהיקפה של הפרטיות בחוק הגנת הפרטיות. אכן, מכוחו של חוק היסוד הפכה הפרטיות לזכות חוקתית-על-חוקית... כל רשות מרשויות השלטון – וכל בית דין ובית משפט במדינה בכלל זה – חייבת לכבדה".

71. הזכות לפרטיות היא זכות חוקתית. עליה להתפרש על דרך "נדיבה ורחבה", בהתאם להצדקותיה, על מנת להגשים את הטעמים המונחים ביסודה. ברם, היקף ההגנה על הפרטיות, לא יקבע בהרחבה או בצמצום, אלא באופן מדוקדק. לצורך איזון בין זכויות מתנגשות, כאשר לפתחו של בית המשפט מוטלת הכרעה המחייבת שרטוט של קווי המתאר המדוייקים של הזכויות, יפנה בית המשפט אל דרך הפרשנות הדקדקנית, הבוחנת אילו מהרציונאליים המתגשמים במופעיהן של הזכויות שלפניו, יש לבפר (ראו: אהרן ברק, פרשנות במשפט, כרך שלישי: פרשנות חוקתית 83-84 (1993) (להלן: פרשנות במשפט (פרשנות חוקתית); וכן – אהרן ברק מידתיות במשפט 94-97 (2010)). הדעה המקובלת במשפטנו היא כי אין לצמצם את היקפה של הזכות החוקתית לשם התחשבות בכלל או בזכותם של אחרים. אלה יובאו בחשבון בשלביו הבאים של הניתוח החוקתי (שם). המשפט הישראלי מבחין אפוא בין תחולתה של הזכות לבין ההגנה עליה. עצם תחולתה של הזכות איננו מבטיח בהכרח הגנה מקיפה עליה. תחולה לחוד, והגנה לחוד. פרשנות מרחיבה איננה מתפון להגנה מלאה.

הזכות לפרטיות - היקפה

72. עמימותה של הזכות לפרטיות היא מן המפורסמות (ראו למשל: ראם שגב "פרטיות משמעותה וחשיבותה" פרטיות בעידן של שינוי 25, 26 (תהילה שוורץ אלטשולר עורכת, 2012) והאסמכתאות שם) (להלן: שגב "פרטיות משמעותה וחשיבותה"). עמימות זו, אשר לדעת חלק מהמלומדים נובעת מאופייה החברתי של הזכות ומהקשרה הטכנולוגי, מקשה על תחימת גבולותיה המדוייקים של הפרטיות (ראו למשל: מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" משפט וממשל יא 9, 13-19 (2008) (להלן: שליטה והסכמה)). "הזכות לפרטיות היא זכות מורכבת, שאת גבולותיה לא קל לקבוע" (ראו בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529, 539 (2003)).

73. במסגרת ערעור זה, אנו פטורים מלהכריע בנוגע לתחימת גבולותיה המדוייקים של הזכות לפרטיות. עניין לנו – בספר הנדון – בליבת הזכות לפרטיות. "לגבי מצבים של 'פרטיות קלטית' נראה שיש הסכמה רחבה. למשל, אנו מסכימים כי ראוי להגן על מעשיו של אדם הנמצא בביתו, על תוכנו של שיחות טלפון או של מעטפות חתומות, ועל סוגי מידע מסוימים, כגון מצבנו הרפואי, חיי המין שלנו... כאשר גורם זר מתערב ללא רשותנו בכל אלה, אנו מרגישים שפרטיותנו נפגעה" (ראו 'שליטה והסכמה' לעיל, בעמוד 13).

ההצדקות לזכות לפרטיות

74. הצדקות רבות ניתנו בספרות ובפסיקה לזכות לפרטיות. יש מהן העומדות על בסיס אישי, ויש המיוסדות על ערכים חברתיים. ניתן לפלח הצדקות אלו לשתי קטגוריות נפרדות: האחת, הצדקות אינטרנזיות-עצמיות; השנייה, הצדקות אינסטרומנטליות-תכליתיות. ההבחנה בין סוגי ההצדקות ברורה: ההצדקה האינטרנזית רואה בזכות תכלית העומדת בפני עצמה; ההצדקה האינסטרומנטלית רואה בזכות אמצעי להשגת מטרה נשגבה הימנה.

ההצדקה האינטרנזית

75. ההצדקה האינטרנזית לפרטיות גורסת כי הפגיעה בפרטיות הריהי פגיעה בכבודו של האדם, ברווחתו, ביכולת המימוש העצמי. תפיסה זו נסמכת על מכלול הגותו המוסרית של הפילוסוף עמנואל קאנט. אליבא דקאנט – האדם עומד כתכלית לעצמו. שימוש באדם כאובייקט לצורך השגת מטרת אחרת מהווה פגיעה בכבודו: "Man, and in general every rational being, exists as an end in himself and not merely as a means to be arbitrarily used by this or that will. He must in all his actions, whether they are directed to himself or to other rational beings, always be viewed at the same time as an end... Persons are, therefore, not merely subjective ends, whose existence as an effect of our actions has a value for us; but such beings are objective ends, ie, exist as ends in themselves." (IMMANUEL KANT, GROUNDWORK OF THE METAPHYSIC OF MORALS, 428 (H. J. Paton trans., 1964)).

76. האדם איננו "חפץ"; אין להשתמש בו כאמצעי להשגת מטרות אחרות. לאדם רגשות, תחושות ומאויים. התעלמות בוטה מאלו, ודריסתם ברגל גסה, אינם נסבלים. עצם הפגיעה בפרטיותו של האדם, היא המעשה האסור. הפריצה למרחב הפרטי וחשיפתו מציבה את האדם כאמצעי למילוי תכליותיו של החושף והפורץ. הפרטיות,

היא הגרעין הקשה של האוטונומיה האנושית. זהו המרחב בו מצוי כל היקר לאדם, רגשותיו, מאוייו הפנימיים, סודותיו הכמוסים; כל אלו הם חלק מהגרעין הקשה של הזכות לפרטיות. פגיעה באלו היא פגיעה אנושה בכבודו של האדם. יפים לעניין זה דבריו של המלומד Bloustein:

“The injury is to our individuality, to our dignity as individuals, and the legal remedy represents a social vindication of the human spirit thus threatened rather than a recompense for the loss suffered.” (Edward J. Bloustein, *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*, 39 N.Y.U. L. Rev. 962, 1003 (1964) (להלן: Bloustein)).

וראו גם דברי המלומד Benn:

“To conceive someone as a person is to see him as actually a chooser, as one attempting to steer his course through the world, adjusting his behavior, as his appreciation of the world changes, and correcting course as he perceives his errors. It is to understand that his life is for him a kind of enterprise, like one’s own... To respect someone as a person is to concede that one ought to take the account of the way in which his enterprise might be affected by one’s own decisions. By the principle of respect for persons, then, I mean the principle that every human being, insofar as he is qualified as a person, is entitled to this minimal degree of consideration” (Stanley I. Benn, *Freedom, and Respect for Persons*, in *PRIVACY & PERSONALITY* 1, 9 (J. Roland Pennock and John W. Chapman eds., 2009)).

77. אכן, הזכות לפרטיות נגזרת מן הזכות לכבוד וקשורה עמה בקשר הדוק. “עניינה של זכות הפרטיות הוא אפוא באינטרס האישי של האדם בפיתוח האוטונומיה שלו, במנוחת נפשו, בזכותו להיות עם עצמו ובזכותו לכבוד ולחירות” (ראו ע”א 8483/02 אלוניאל בע”מ נ’ מקדונלד, פ”ד נח(4) 314 פסקה 33 לפסק דינו של השופט א’ ריבלין (30.3.2004)); להרחבה ראו עניין פלונית לעיל, בפסקה 10 לפסק דינו של הנשיא א’ ברק; רות גביון, “הזכות לפרטיות ולכבוד”, זכויות האדם בישראל – אוסף מאמרים לזכרו של ח’ שלח 61 (1988)).

הצדקות אינטרומנטאליות

78. הצדקות נוספות רואות בזכות לפרטיות אמצעי להשגת תכליות מהותיות. הזכות לפרטיות נתפסת כבסיס לרווחת החיים של הפרט; כחיונית להבטחת מערכות

יחסי אמון בין אנשים, ובמיוחד מערכות יחסים אינטימיות; כאמצעי להבטחת חיי קהילה נאותים; כבסיס לקיומו של משטר דמוקרטי.

79. מספר תיאוריות מצביעות על כך שהפרטיות חשובה לצורך שיפור רווחתם האישית של בני האדם, ולאפשרות למימוש עצמי מרבי. המרחב הפרטי מעניק לאדם את האפשרות לתהות ולאתגר את תפיסת העולם המקובלת בחברה אשר אליה הוא משתייך. המרחב הפרטי, מאפשר לאדם לעצב את ביתו הפרטי כאוות נפשו. מרחב זה מבטא, לעיתים, סודות כמוסים שהאדם מסיבותיו-שלו אינו מעוניין לחשוף בפני כל עובר אורח. האדם זכאי לאפשרות לבנות את עולמו כרצונו, ודבר זה לא יכול להתבצע כאשר מביטים בו מכל עבר. המבט החברתי הוא לעיתים מבט משתק, המונע מהפרט לפעול בצורה מקורית ונועזת. המרחב הפרטי הוא המקום בו יכול הפרט לפרוץ את הגבולות החברתיים המקובעים. פגיעה במרחב הפרטי, מונעת מהפרט את האפשרות ליצור עולם אישי אינדיבידואלי וייחודי. ביטוי ספרותי יחודי לתודעה זו מצוי בספרו של ג'ורג' אורוול "1984", אשר הפך לאחד מנכסי צאן ברזל של הספרות העולמית. יפים לענייננו דבריו של השופט Brandeis:

"The makers of our Constitution undertook to secure conditions favorable to the pursuit of happiness. They recognized the significance of man's spiritual nature, of his feelings, and of his intellect. They knew that only a part of the pain, pleasure and satisfactions of life are to be found in material things. They sought to protect Americans in their beliefs, their thoughts, their emotions and their sensations. They conferred, as against the Government, the right to be let alone -- the most comprehensive of rights, and the right most valued by civilized men." (Olmstead v. United States, 277 U.S. 438, 479 (1928).

ראו גם דבריו של המלומד Bloustein:

"The man who is compelled to live every minute of his life among others and whose every need, thought, desire, fancy or gratification is subject to public scrutiny, has been deprived of his individuality... Such an individual merges with the mass. His opinions, being public, tend never to be different; his aspirations, being known, tend always to be conventionally accepted ones" (Bloustein, 1003).

להרחבה בסוגית הרווחה האישית ראו: R. v. Dyment, [1988] 2 S.C.R. 417. לאסמכתאות נוספות ראו: מיכאל בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 120-117 (התשע"א) (להלן: בירנהק מרחב פרטי).

80. פגיעה בפרטיות היא פגיעה באוטונומיה האישית. קריעת המסך המפריד בין הפרטי לציבורי, פוגעת בזכותו של האדם לנהל את חייו כרצונו. אחדים מעוניינים בניהול חייהם על גלי האתר, ב'בית האח הגדול', או על דפי העיתון; אחרים מעוניינים לחיות את חייהם בשלווה ובהצנע לכת, הרחק מאור הזרקורים, מעין הציבור, ומעדשת המצלמה. השיפת הפרטיות על-ידי אחר פוגעת בזכותו של האדם לנהל את חייו כרצונו. "... זכות הפרטיות מותחת את הקו בין הפרט לבין הכלל, בין 'האני' לבין החברה. היא משרטטת מיתחם אשר בו מניחים את הפרט לנפשו, לפיתוח 'האני' שלו, בלא מעורבות של הזולת..." (עניין דיון לעיל, בעמוד 471).

"Liberty includes the right to live as one will, so long as that will does not interfere with the rights of another or of the public. One may desire to live a life of seclusion; another may desire to live a life of publicity; still another may wish to live a life of privacy as to certain matters, and of publicity as to others. One may wish to live a life of toil, where his work is of a nature that keeps him constantly before the public gaze, while another may wish to live a life of research and contemplation, only moving before the public at such times and under such circumstances as may be necessary to his actual existence. Each is entitled to a liberty of choice as to his manner of life, and neither an individual nor the public has a right to arbitrarily take away from this liberty" (Pavesich v. New England Life Insurance Co., 50 S.E. 68, 71 (Ga 1905)).

81. ודוק: חופש הביטוי והזכות לפרטיות אינן רק צרות זו לזו; הן גם אחיות. פגיעה בפרטיות, כמוה גם, לעיתים, כפגיעה בחופש הביטוי. קיומו של מרחב פרטי מוגן, אליו יכול היחיד לפרוש, להתבודד בו, הוא לעיתים תנאי לקיומה של פעילות יצירתית. היצירתיות, הסוטה מהסדר החברתי הקיים, מתקשה להתכונן תחת מבטה החודר של הקהילה. מסך הפרטיות מגן על קיומו של העולם הפנימי. עולם זה יחשף בפני הקהל עת יעלה המסך. חשיפה בטרם עת וללא הסכמה, של המוצר הלא-מוגמר, תוביל לכשלון; או כבעולם התיאטרון, תביא לביקורת נוקבת אשר יכולה להותיר את היצירה בבוסריותה, ולמנוע את הוצאתה מן הכוח אל הפועל. המרחב האישי הריהו חיוני לפיתוחן ולהופעתן של דעות שונות במרחב הציבורי. אינדיבידואלים חופשיים

בדעותיהם הוא מצרך חיוני לקיומה של דמוקרטיה. ללא חופש מחשבת, המתאפשר בכינונו של מרחב פרטי, לא ניתן לפתח חברה בריאה. אכן, הזכות לפרטיות אינה בהכרח לעומתית לחופש הביטוי והיצירה, היא גם משרתת אותם.

82. התורה מתארת את הפרהסיה שבה ניתנו לוחות הברית הראשונים, ואת השבר; ואת הלוחות השניים שניתנו למשה רבינו לבדו, והיו לפאר היצירה. הלוחות הראשונים ניתנו "בתשואות וקולות וקהלה" (רש"י, שמות לד, ג), במעמד הר סיני לעיני עם ישראל כולו. הלוחות השניים ניתנו למשה רבינו בדממה דקה: "ואיש לא יעלה עמך וגם איש אל ירא בכל ההר, גם הצאן והבקר אל ירעו אל מול ההר ההוא" (שמות לד, ג). נאמר על כך במדרש תנחומא (ורשא) כי תשא, סימן לא): "הלוחות ראשונות על שנתנו בפומבי, לפיכך שלטה בהם עין הרע ונשתברו, וכאן אמר לו הקב"ה אין לך יפה מן הצניעות". עינינו הרואות, כי הצניעות והמרחב הפרטי עשויים להצמיח יצירה גדולה. היצירה אינה בהכרח תולדה של חופש הביטוי. דווקא הצמצום, הפרטיות, הצניעות, עשויים להיות כר פורה לצמיחה ולהתחדשות. סוד-השיח והמעשה שנעשה בין בני-זוג, יוכיח. אין צריך לומר, שהאדם, נזר הבריאה, הוא-הוא תוצאה של המגע האינטימי ביותר. ללמדנו, שחשיפה עד בלי די, אינה תמיד ערוכה ליצירה; אדרבה, ישנם תחומים הסמויים מן העין, שעלינו לשמור עליהם מכל משמר ככאלה, לא רק כהגנה מפני פגיעה, אלא על מנת להבטיח הפריה, יצירה והגשמה. "וכתיב 'ואת צנועים חכמה' (משלי יא, ב), כי החכמה מחברת ב' דברים, והוא היולגי כנודע, ועל-ידו נעשה השתנות מדבר זה לדבר אחר, והוא 'את צנועים חכמה'. ולכך כשרוצים לזרוע גרעין, ורוצים שישתנה מהוויתו, מצניעין אותו ומכניסים אותו בקרקע, כדי שיוכל לבוא אל היולגי שהיא חכמה כנזכר" (תורת המגיד, תורה, פרשת בלק).

83. הרב קוק (אורות הקודש ג, שער שני, סדר שלישי, סימן ה) עומד על האיזון הנדרש בין היזקקותו של אדם להתבודד לבין צרכו להתחבר עם הציבור: "מתוך אלה שני המשפטים, המתנגדים זה לזה, צריך החושב האציל להיות עומד באמצעיתן של שתי הנטיות – ההתבדלות וההתקרבות – שבזה יעלה בידו הזוך הרעיוני מצד אחד, והאיתנות הטבעית שיש בהתום והרעננות הפשוטה מצד שני". ועוד אמר הרב קוק בלשונו הזהב במאמרו "עת לחשות ועת לדבר" (אורות הקודש, שער שני, סדר שלישי, סימן ח): "הירוס גדול בא במערכי הרוח, כשמופיע האור הפנימי של עת לחשות, והאילמות הקדושה העליונה בכל הוד כבודה ובכובד משאה היא ממלאה את כל הנשמה. אם ימרוד בה האדם, ויפרוץ לדבר, מרידה זו במלכות הדומיה מחרבת את כל בניניו, כל האוצר של התום ושל היושר, של העומק ושל ההתקשרות העליונה, הכל מתרוסט. והוא צריך אחר כך, אם ירצה לבנות את הריסותיו, לכוון הכל מחדש, והמשכיל בעת ההיא ידום. אמנם כאשר יתן להדומיה את כבודה בעת הופעתה, אז תנהיג היא את משטרה, תכוון את אולמיה, תחדוד

בעמקיה ותבוא עד נבכי תהומיה, ומתוכה תוציא פארות וענפים נאדרים בכח צומח גדול ורענן, השיחים ימלאו כח, ויבוא ניב שפתיים. אז תחל העת לדבר, בהדר כבודה, ורוח הדומיה יהיה המיטטרון, הפועל על שיטפת הדיבור, אשר יזל כנחלים ברוב עושר וכל חמדה. בורא ניב שפתים שלום שלום לרחוק ולקרוב אמר ד' ורפאתיו. והיה פריו למאכל ועלהו לתרופה, להתיר פה אלמים".

84. המשטר הדמוקרטי דורש אף הוא את קיומה של הזכות לפרטיות. קיומו של מרחב חיים פרטי שלא נמצא תחת עינה הפקוחה של המדינה, הוא הכרחי לקיומה של חברה פלורליסטית המעניקה דרור למגוון הקולות בקרבה. ביקורת פוליטית לא תצמח במקום בו חיי האדם מנוטרים באמצעים שונים. קיומו של מרחב פרטי, הכרחי לפיתוחן של עמדות יחודיות אשר יוכלו לקבל בהמשך ביטוי פוליטי. עמדה זו הוכרה בעבר בבית משפט זה, אשר קבע כי הזכות לפרטיות היא "אחת החירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי" (ראו פסקה 9 לפסק דינו של השופט ח' אריאל בעניין גלעם; ראו גם: *Campbell v MGN Ltd* [2004] UKHL 22 (להלן: עניין Annabelle Lever, *Privacy Rights and Democracy: A Contradiction in Terms?* 5 CONTEMPORARY POLITICAL THEORY 142 (2006)). ודוק: הזכות לפרטיות אינה משרתת רק את האדם כאדם. נודעת לה משמעות חברתית נרחבת, מעבר לזכותו של הפרט. מעלתה גדולה וחשובה לעצם קיומה של החברה האנושית.

הזכות לפרטיות ומערכות יחסים אינטימיות

85. הצדקה נוספת לזכות לפרטיות מצויה במישור אחר של הקיום האנושי – מערכות היחסים הבין-אישיות. "לא טוב היות האדם לבדו" (בראשית ב, יח); "האדם הוא מטבעו בעל חיים מדיני" (אריסטו, פוליטיקה ספר א', 27-28) (רחל צרניק אברמוביץ עורכת, נורית קרשון מתרגמת, 2009); "או חברותא או מיתותא" (בבלי, תענית כג, ע"א). אלו הן מקצת הגרסאות אשר נמסרו במהלך הדורות לתיאור חשיבותן של מערכות יחסים בחיי האדם. כל אחד מאיתנו מעורב במערכות יחסים רבות: משפחה; עבודה; חברים; מכרים; שכנים; נותני שירותים. כל אלה ועוד רבים אחרים, מקיפים וסובבים את שגרת ימינו. כשם שפרצופיהם שונים כך מערכות יחסיהם שונות. ובהשלכה לענייננו: לא דומה מערכת היחסים בין אב לבנו למערכת היחסים בין איש לאשתו; חברה לחברתה, מכרים רחוקים וקרובים; וכן על זה הדרך.

86. ישנן "מערכות יחסים מסוימות הזקוקות לתנאי רקע של פרטיות שיאפשרו את קיומן המיטבי" (בירנהק, מרחב פרטי לעיל, בעמוד 120). חברויות עמוקות וקשרים בין

בני זוג בנויים ומבוססים על שמירת הסודות האינטימיים ביותר. עולם בו פרטיות נרמסת וסודות הופכים לחזון נפרץ, הוא עולם שבו יסרכו אנשים לחלוק עם חבריהם את נימי נפשם, מחשש לחשיפתם בפני כולי עלמא. הדברים אמורים לגבי מערכות יחסים מקצועיות, מערכות יחסים חבריות, ולא כל שכן לגבי מערכות של יחסים רומנטיים. במערכות יחסים שכאלה, חושפים בני הזוג באופן הדדי זל"ז את מאווייהם, רצונותיהם ושאיפותיהם הכמוסים ביותר. גם את עמדותיו ודעותיו כלפי עמיתים לעבודה, בני משפחה, חברים ובני זוג מן העבר, חושף בן-זוג בפני בת-זוגו. מידע רגיש זה, ניתן לבן הזוג השני, על מגש של כסף, מתוך הנחה כי זה ישמש כבן-ברית נאמן וכבעל סוד. זהו החוזה ה"לא-כתוב" בין בני זוג, המנהלים מערכת יחסים רומנטית ארוכת-טווח. אלה הם "תנאי העסקה". כל בר-דעת יודע זאת. "צמיחתה של זוגיות... זקוקה בין היתר לפרטיות של בני הזוג כלפי חוץ. הפרטיות מאפשרת אינטימיות, שהיא תנאי הכרחי לזוגיות... הפרטיות מאפשרת את האמון בין בני הזוג ויוצרת את המקום... שבו הם יכולים להיות אותנטיים ולזכות בתמיכה זה מזה" (בירנהק, מרחב פרטי לעיל, בעמוד 121; לאסמכתאות נוספות ראו: שגב, פרטיות משמעותה וחשיבותה לעיל, בעמודים 83-86).

87. מקום מיוחד שמור למערכות יחסים אינטימיות ארוכות-טווח בין בני זוג, ובמיוחד לחיי הנישואין. ההתחייבות הנוצרת בין שני בני זוג נשואים, איננה מתמצית בהסדרים כלכליים גרידא. אלה מהווים את גוף הנישואין, בשעה שיחסי האמון והאהבה יוצרים את נשמתם. מערכת הנישואין מבוססת על יחסי "אהבה אחווה שלום ורעות". האחד משמש כ"איש סודו" של האחר. ההקרבה, החברות העזה, האמפתיה האינסופית, אלו הם תמצית חיי הנישואין. "על כן יעזוב איש את אביו ואת אמו ודבק באשתו והיו לבשר אחד" (בראשית ב, כד). הנפרדות הופכת לאחדות. האתגרים היום-יומיים המוצבים בפני בני הזוג, תחזוק הקשר, ניהול משק הבית, הקריירה המקצועית וגידול הילדים, כל אלה מהווים מעין "כור-היתוך" למיזוג אישיותי זה. מחקרים רבים מראים כי הזהות הנפשית של בני הזוג משתנה עם הזמן. מבריות נפרדות הופכים בני הזוג לתא משפחתי אחד (ראו למשל: MILTON C. REGAN, FAMILY LAW AND THE PURSUIT OF INTIMACY 147 (1993)). בני הזוג נחשפים האחד אל השני, ביגון ובשמחה, בעתות מצוקה ומשבר, כמו גם בשעות הצלחה ורווחה. הם משתפים זה את זה במחשבותיהם וברגשותיהם על אודות הסובב אותם. במערכות יחסים רבות, בני הזוג קוראים האחד את השני, כספר הפתוח בבחינת "כל רז לא אניס ליה". לעניין זה יפים הדברים המופיעים בשטר התנאים המסורתי: "ומעתה הזוג הנ"ל ינהגו יחד באהבה ובחיבה, ולא יבריחו ולא יעלימו ולא ינעלו לא זה מזו ולא זו מזה..." (שו"ת נחלת שבעה, שטרות, סימן ט). לא למותר לציין בהקשר זה את מידת הקרבה בין בעל לאשתו, בין

היתר ביחס להלכות עדות (פסול עדות לבעל הוא פסול גם לאשתו) ולהלכות שליחות (בעל מתמנה כשליח לאשתו לדברים שאחרים לא יכולים לעשות בשליחותה). אזכיר גם את הוראת סעיף 3 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1981, כי "במשפט פלילי אין בן-זוג כשר להעיד לחובת בן-זוגו".

88. הזכות לפרטיות במופעה הרומנטי, היא למעשה זכותו של בן הזוג לא להיות מנוצל על-ידי בן-זוגו. מצב דברים בו בן-זוג אחד חושף בפני בן הזוג השני את כל אשר על לבו, ובן הזוג השני משתמש במידע לצרכיו שלו – איננו נסבל. משטר משפטי שאיננו מונע זאת, איננו מגן על החוזה הבלתי כתוב של הנישואין. מערכת יחסי החסיון בין פרטים שונים בחברה מוסדרת בחקיקה. האם ניתן להעלות על הדעת כי המשפט, אשר מסדיר יחסים בין עו"ד ללקוח; בין רופא לחולה; בין פסיכולוג למטופל; בין בנק ללקוח, לא יפרוש חסותו ויגן על מערכת היחסים הרגישה ביותר בחיי האדם – בין איש לאשתו, בין בני זוג?! (להרחבה ראו: Hanoch Dagan & Carolyn J Frantz, *Properties of Marriage* 104 COLUM. L. REV. 75, 82-83 (2004) והאסמכתאות המופיעות שם). לא בכדי נסוג עקרון "פומביות הדיון" שנקבע בסעיף 68(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד – 1984, לפיו "בית משפט ידון בפומבי", כמה שנוגע ל"ענייני משפחה, כמשמעותם בחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה – 1995", לפי האמור שם בסעיף 68(ה)(1).

89. שיאה של מערכת היחסים הזוגית המשותפת מתגלם במערכות יחסים ארוכות טווח, בעלות משטר כלכלי משותף; בין אם מדובר במוסד הנישואין, בין אם מדובר בידועים בציבור. מערכות אלה, כוללות חובת זהירות מוגברת כלפי המרחב האינטימי המשותף של בני הזוג. גם מערכות זוגיות אשר אינן מתאפיינות בשיתוף כלכלי מלא, יש בהן כדי ליצור 'חובת אמון' פרטנית לשם שמירה על המרחב האינטימי של בן הזוג. פתיחת המרחב האינטימי בפני בן-הזוג האחר, מתבצעת כבר בשלבים המוקדמים של הקשר הזוגי. ההגנה על מרחב זה תנץ כבר בשלבים הראשונים של הקשר האינטימי.

90. אלה הן הצדקותיה המרכזיות של הזכות לפרטיות. אך טרם נפנה לדון באיזון הראוי, נעיין קמעא באורחות המשפט המשווה, אלה ישמשו לנו כ"תנא דמסייע" להכרעה בשאלה המשפטית שהועמדה במוקד הערעור שלפנינו.

המשפט האנגלי

91. בעשור האחרון, קנתה לה הזכות לפרטיות מקום של כבוד בפסיקה האנגלית. בעבר, העילה היחידה לתביעה בגין פגיעה בזכות לפרטיות הייתה הפרת חובת נאמנות

‘Breach of confidence’) אשר מצריכה הוכחת שלושה יסודות נפרדים: (1) טיב המידע שנחשף מחייב שמירה על סודיותו; (2) המידע הועבר בנסיבות שיש בהן כדי להקים חובת אמון; (3) שימוש לרעה או שימוש שלא ברשות במידע (להרחבה ראו: THE LAW OF PRIVACY AND THE MEDIA 163-222 (Mark Warby, Nicole Morehman and Iain Christie eds., 2011)). (להלן: THE LAW OF PRIVACY AND THE MEDIA: Douglas V. Hello! Ltd, ברם, בשנת 2008, אימץ בית הלורדים בעניין (THE MEDIA: appeal taken from Eng.) (H.L. 2007) 1 A.C. 1 [2008] עילה עצמאית נוספת: שימוש לרעה במידע אישי (‘Misuse of private information’). בשעה שעילת הפרת חובת הנאמנות מדגישה את פריצת מסגרת יחסי האמון בין הצדדים, עילת השימוש לרעה במידע אישי ‘מעלה על נס’ את החדירה לפרטיות גם ללא קיומם של יחסי אמון. ראו פסקה 51 לחוות דעתו של Lord Hoffmann בעניין Campbell (לעיל):

“The new approach takes a different view of the underlying value which the law protects. Instead of the cause of action being based upon the duty of good faith applicable to confidential personal information and trade secrets alike, it focuses upon the protection of human autonomy and dignity - the right to control the dissemination of information about one's private life and the right to the esteem and respect of other people.”

92. ההתפתחות המשפטית האמורה מציינת את עליית חשיבותה של הזכות לפרטיות במשפט האנגלי. זכות זו, אשר הוגדרה הלכה למעשה כזכות הנוגעת למערכת יחסים בין פרטים (‘In personam’) הפכה לזכות המופנית כלפי כולי עלמא (‘In rem’). עילת ה‘שימוש לרעה במידע אישי’ מצריכה את הוכחת שני התנאים הבאים: (1) המידע אשר בו נעשה שימוש לרעה הוא אכן מידע החוסה תחת הזכות לפרטיות, כפי שזו מופיעה ב- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (להלן: האמנה האירופית לזכויות אדם); (2) בחינת האיזון בין חופש הביטוי לבין הזכות לפרטיות, כפי שאלה מופיעות באמנה האירופית לזכויות אדם, מטה את הכף לעברה של הזכות לפרטיות (ראו למשל: עניין Campbell לעיל וכן: The Law of Privacy and the Media לעיל, 226).

93. בעניין Campbell הנ”ל, חייב בית הלורדים את המגזין The Mirror לשלם לדוגמנית נעמי קמפבל פיצויים בשל פרסומים על אודות טיפולי גמילה מסמים שנטלה חלק בהם – פרסום העולה כדי פגיעה בפרטיותה. פסק-הדין דן באריכות בטבעה של עילת ה‘שימוש לרעה במידע אישי’. באשר לתנאי הראשון העוסק בהגדרת המידע

החוסה תחת הזכות לפרטיות, הפנה בית הלורדים למבחן "האדם הסביר" שנקבע כעשור קודם לכן – בעניין ABC, שם נדחתה בקשתו של בעל מפעל לזהות את שיטות הריגת האופסומים במפעלו, כמידע החוסה תחת הגנת הזכות לפרטיות:

"There is no bright line which can be drawn between what is private and what is not. Use of the term 'public' is often a convenient method of contrast, but there is a large area in between what is necessarily public and what is necessarily private. An activity is not private simply because it is not done in public. It does not suffice to make an act private that, because it occurs on private property, it has such measure of protection from the public gaze as the characteristics of the property, the nature of the activity, the locality, and the disposition of the property owner combine to afford. Certain kinds of information about a person, such as information relating to health, personal relationships, or finances, may be easy to identify as private; as may certain kinds of activity, which a reasonable person, applying contemporary standards of morals and behaviour, would understand to be meant to be unobserved. The requirement that disclosure or observation of information or conduct would be highly offensive to a reasonable person of ordinary sensibilities is in many circumstances a useful practical test of what is private. (*Australian Broadcasting Corporation v Lenah Game Meats Pty Ltd* [2001] HCA 63).

[ההדגשה הוספה – נ' ס'.]

94. במאמר מוסגר נעיר כי מבחן זהה אומץ בפסיקת בית המשפט בניו זילנד (ראו למשל: P v D [2000] 2 NZLR 591) ויש לו תימוכין גם בספרות האקדמית (ראו למשל: (William L. Prosser, *Privacy*, 48 CAL. L. REV. 383, 396-397 (1960)). זאת ועוד, ראו פסקאות 20-21 לחוות דעתו של Lord Nicholls of Birkenhead בעניין Campbell, שם נקבע כי בבחינת השאלה האם מדובר במידע החוסה תחת הזכות לפרטיות אין להביא בחשבון את זכויותיהם של אחרים או אינטרסים אחרים אשר עלולים להיפגע בעטייה של מניעת הפרסום. אלו ישקלו בשלב האיזון בין הזכויות. השאלה המנחה בשלב הראשון היא האם לנפגע הייתה "ציפייה סבירה לפרטיות" באשר לעובדות שנחשפו:

(לאמנה האירופית לזכויות אדם- נ' ס'), article 10(2), like article 8(2), ...recognises there are occasions when protection of the rights of others may make it necessary for freedom of expression to give way. When both these articles are engaged a difficult question of proportionality may arise. This question is distinct

from the initial question of whether the published information engaged article 8 at all by being within the sphere of the complainant's private or family life.

21. Accordingly, in deciding what was the ambit of an individual's 'private life' in particular circumstances courts need to be on guard against using as a touchstone a test which brings into account considerations which should more properly be considered at the later stage of proportionality. Essentially the touchstone of private life is whether in respect of the disclosed facts the person in question had a reasonable expectation of privacy"

[ההדגשה הוספה – נ' ס'].

95. עוד נקבע בעניין Campbell, כי אופן האיזון בין הזכויות המתנגשות יוכרע בכל עניין לגופו. חופש הביטוי איננו גובר באופן עקרוני על הזכות לפרטיות. יש לבחון בצורה דקדקנית את הזכויות המתנגשות בכל עניין ועניין, ולהימנע מקביעת היררכיה גנרית בין שתי הזכויות (ראו למשל: (In re S [2004] Fam 43 (C.A. 2003)). באיזון בין שתי הזכויות, קרי – הגנת הפרטיות מזה וחופש הביטוי מזה, יש לבחון האם הפגיעה בפרטיות מגובה בקיומו של אינטרס ציבורי מספק (sufficient public interest'). על רקע הדברים הללו, דומה כי דיווח על אדם פרטי הנמצא בטיפול גמילה, הגם שמדובר באישיות ציבורית, איננו מקיים את התנאי האמור:

"I shall first consider the relationship between the freedom of the press and the common law right of the individual to protect personal information. Both reflect important civilised values, but, as often happens, neither can be given effect in full measure without restricting the other. How are they to be reconciled in a particular case? There is in my view no question of automatic priority. Nor is there a presumption in favour of one rather than the other. The question is rather the extent to which it is necessary to qualify the one right in order to protect the underlying value which is protected by the other. If one takes this approach, there is often no real conflict. Take the example I have just given of the ordinary citizen whose attendance at NA is publicised in his local newspaper. The violation of the citizen's autonomy, dignity and self-esteem is plain and obvious. Do the civil and political values which underlie press freedom make it necessary to deny the citizen the right to protect such personal information? Not at all. While there is no contrary public interest recognised and protected by the law, the press is free to publish anything it likes. Subject to the law of defamation, it does not matter how trivial, spiteful

or offensive the publication may be. But when press freedom comes into conflict with another interest protected by the law, the question is whether there is a sufficient public interest in that particular publication to justify curtailment of the conflicting right. In the example I have given, there is no public interest whatever in publishing to the world the fact that the citizen has a drug dependency. The freedom to make such a statement weighs little in the balance against the privacy of personal information"

(עניין Campbell לעיל, בפסקאות 55-56 לפסק דינו של Lord Hoffmann).
[ההדגשות הוספו – נ' ס'].

לשון אחר:

"The weight to be attached to these various considerations is a matter of fact and degree. Not every statement about a person's health will carry the badge of confidentiality or risk doing harm to that person's physical or moral integrity. The privacy interest in the fact that a public figure has a cold or a broken leg is unlikely to be strong enough to justify restricting the press's freedom to report it."

(שם, בפסקה 157 לפסק דינו של The Baroness Hale Of Richmond).

96. בעניין McKennitt – שנסיבותיו רלבנטיות לערעור דגן – נדונה תביעתה של גב' מקניט, זמרת פולק קנדית, שעיקר טענותיה התבסס על פגיעה בפרטיותה (ראו Mckennitt v Ash [2008] QB 73 (C.A. 2006) (להלן: עניין McKennitt)). בשנת 2005 (לפני שבית הלורדים אימץ כאמור בפסקה 91 לעיל עילה עצמאית נוספת של שימוש לרעה במידע אישי ('Misuse of private information')), פרסמה חברתה של הזמרת ספר אשר חשף חלקים נרחבים מחייה הפרטיים, ובכלל זאת: פרטים על אודות יחסיה עם ארוסה המנוח, מצבה הבריאותי, ופרטים על חייה המיניים. נקבע כי בשל מערכת יחסי האמון ששררה בין הזמרת לבין חברתה, פרסום הספר נתפס בגדריה של חובת הנאמנות (ה-'Breach of confidence'), והוא מקיים את שלושת היסודות הבאים: (1) בין הצדדים שררה מערכת יחסי אמון חברית; (2) טיב המידע שפורסם מחייב שמירה על סודיותו; (3) במידע נעשה שימוש לרעה ושלא ברשות.

97. ברם, בעניין אחר – הכירה הפסיקה באנגליה בזכותו של אדם לספר את סיפור חייו ('The right to tell one's own story') מקום בו מדובר במידע "משותף" שנרכש בחוויה משותפת לשני בני הזוג. (A v B [2003] Q.B. 195 (C.A. 2002) (להלן: עניין

(A v B). במרכז הפרשה עמד כדורגלן מפורסם אשר קיים יחסי-מין מזדמנים עם שתי נשים, מחוץ לנישואין, ועתר נגד פרסום עיתונאי שנשמך על עדויותיהן. נקבע כי זכותן של הנשים עומדת להן לפרסם את סיפור חייהן, והיא גוברת על זכותו של הכדורגלן למנוע את הפרסום. חופש הביטוי הועדף על פני הזכות לפרטיות. הנימוק העיקרי לדחיית עתירתו של הכדורגלן התבסס על ההיכרות הקצרה בין בני הזוג, אשר לא הקימה לכל אחד מהצדדים ציפייה ל'חובת אמונים' (שם, בפסקה xi):

"The fact that the confidence was a shared confidence which only one of the parties wishes to preserve does not extinguish the other party's right to have the confidence respected, but it does undermine that right. While recognising the special status of a lawful marriage under our law, the courts, for present purposes, have to recognise and give appropriate weight to the extensive range of relationships which now exist. Obviously, the more stable the relationship the greater will be the significance which is attached to it"

[ההדגשה הוספה – נ' ס'].

98. כך, בעניין McKennitt לעיל, אבחן בית המשפט את העניין שלפניו מעניין A v B ונקבע כי האחרונה עסקה בקשר מיני מזדמן, וככזה איננו מונע מכל אחד מבני הזוג לתאר את סיפורו על חשבון הצד השני. יחד עם זאת, הובהר כי במערכת יחסים יציבה וקבועה, אשר מכוחה מתעוררת 'חובת אמון', תגבר הזכות לפרטיות על פני חופש הביטוי:

"... the relationship between Ms Mckennitt and Ms Ash...was miles away from the relationship between A and C and D. In the preceding paragraph I deliberately and not merely conventionally described the latter as a relationship of casual sex. A could not have thought, and did not say, that when he picked the woman up they realized that they were entering into a relationship of confidence with him..." (פסקה 30).

99. במאמר מוסגר נציין כי העמדה העקרונית של שיטת המשפט האנגלית בנוגע למעמדה והיקפה של הזכות לפרטיות התקבלה, בשינויים קלים, בבתי משפט נוספים האוחזים בשיטת המשפט המקובל (ראו למשל: קנדה – Aubry v Les Éditions Vice- – Hosking v Runtig [2005] 1 NZLR ; Versa Inc [1998] 1 SCR 591 ; ניו זילנד – Hosking v Runtig [2005] 1 NZLR). (1)

בית הדין האירופי לזכויות אדם

100. התפתחות משפט "הפרטיות" במשפט האנגלי התבצעה בחסות האמנה האירופית לזכויות אדם ופרשנותה בבית הדין האירופי לזכויות אדם. אך טבעי הוא שניגש לבחון את עמדתה של ה'פלה' בסוגיה המונחת לפנינו.

101. בעניין *Von Hannover v. Germany (no. 2)* [GC], nos. 40660/08 and 60641/08 ECHR 2012 (להלן: עניין *Von Hannover*) נדונה תביעתם של מספר בני מלוכה ממונקו נגד עיתון גרמני אשר פרסם את תמונותיהם בזמן שהייתם בחופשה פרטית. נקבע כי בהתנגשות בין חופש הביטוי לבין הזכות לפרטיות, יש לשקול את אמות-המידה הבאות: (1) מידת התרומה לדיון הציבורי; (2) האם מדובר באישיות פרטית או ציבורית; (3) התנהלותו של האדם בנוגע לפגיעה בפרטיותו עובר לפרסום; (4) תוכן, צורה ותוצאות הפרסום; (5) הנסיבות בהן הושג המידע.

102. נעמוד עתה על טיבן של אמות-המידה הללו: (1) נקבע כי התרומה לדיון הציבורי איננה מוגבלת לעניינים פוליטיים, או לעניינים הנוגעים לפשע ולשחיתות. גם במידע הרלבנטי לתחום הבידור והספורט, יש תרומה לדיון הציבורי. ברם, שמועות על אודות קשיים בנישואין של אישיות ציבורית, או קשיים פיננסיים של אדם מתחום הבידור אינם חוסים תחת הגנה זו; (2) נקבע כי דיווח על אישיות הנושאת משרה ציבורית, אינו דומה לדיווח על אדם פרטי. בשעה שהדיווח על אישיות ציבורית אכן חיוני לקיומה של חברה דמוקרטית, דיווח על אישיות פרטית אינו נצרך עד כדי כך; (3) נקבע כי שיתוף פעולה של מושא הפרסום עם התקשורת בעבר, יזקף לחובתו. ברם, לא כל שיתוף פעולה עם התקשורת, יכול לשמש כטיעון המכשיר את לגיטימיות הפרסום; (4) ו-(5) נקבע כי שאר האלמנטים משמשים כאינדיקטורים המעידים על מידת הפגיעה. כך למשל, פרסום בעיתון בתפוצה ארצית איננו דומה כלל ועיקר לפרסום בכתב עת המיועד לעובדי מגזר מסוים בלבד.

103. בעניין *Axel Springer AG v. Germany* [GC], no. 39954/08 ECHR 2012 (להלן: עניין *Axel Springer*) נדונה תביעה דומה בנוגע לפרסום ידיעה על אודות מעצרו של ידוען גרמני. בית הדין האירופי חזר על המבחנים שנקבעו בעניין *Von Hannover* לעיל וציין (בפסקה 93) כי באיזון בין הזכויות יש להתייחס גם לאופן שבו הגיע המידע לידי המפרסם ולמידת מהימנותו.

המשפט הקונטיננטאלי

104. שיטת המשפט הגרמנית פיתחה מבחן תלת-שלבי על מנת להתמודד עם מצבים בהם נטען כי נפגעת זכותו של אדם לפרטיות. ראשית, נבחנת מידת הפגיעה בפרטיות; שנית, נבחנות ההצדקות לפגיעה, דוגמת: אינטרס ציבורי והסכמתו של מושא הפרסום; שלישית, מתבצעת בחינה של האיזון הראוי בין הפגיעה בפרטיות לבין הזכות הממומשת, תוך התייחסות לאופן הפרסום ולהיקפו, וכן לעניינים סובייקטיביים (כגון: כוונה לפגוע). ברם, ככל שמדובר בפגיעה בפרטיות הממוקמת ב"ליבת החיים האנושיים", לא יתבצע כלל האיזון האמור, והפרסום יאסר (לתיאור נרחב בנוגע להתפתחות הדין הגרמני ולאסמכתאות נוספות ראו: Paul M. Schwartz & Karl-Nikolaus Peifer, *Prosser's Privacy and the German Right of Personality: Are Four Privacy Torts Better than One Unitary Concept?*, 98 Cal. L. Rev. 1925 (2010) (להלן: Prosser's Privacy) תרגומי פסקי-הדין לקוחים ממאמר זה). כיוצא בדברים הללו, לא תתאפשר פגיעה בליבת הזכות לפרטיות גם מקום בו אינטרס ציבורי רחב מצוי על כף המאזניים:

"Even serious public interests cannot justify encroachments of this area; an evaluation according to the principle of proportionality does not take place" (BVerfGE 80, 367 (1989) NJW 1990 563) .

105. בשנת 2008 הוציא בית המשפט הפדראלי החוקתי בגרמניה תחת ידו פסק-דין בעניין הדומה לזה שלפנינו: (Ger.) 61 NJW 39 (2008) (Ger.) BVerfGE 119, 1 (1937) (תיאור פסק הדין בפרוטרוט, מופיע ב-Prosser's Privacy לעיל, בעמודים 1937-1932). על-פי עובדות פסק הדין, פרסם מקסים בילר בשנת 2003 (להלן: בילר) רומן המגולל סיפור אהבה רומנטי שנרקם בין סופר בשם 'אדם' לבין שחקנית בשם 'עזרה'. הרומן מתאר את מכלול הקשיים שעמדו בפני בני-הזוג, ומתייחס בין היתר לאופי משפחתה של 'עזרה' ולאישיותה הפטליסטית, ובכלל זאת: אופייה השחצני של אימה; פרטים על אודות בתה שנולדה מנישואיה הראשונים, וכך תיאור על אודות מערכת יחסי המין ביניהם. לטענת בת-זוגו לשעבר של בילר, קיימת התאמה ניכרת בין דמותה במציאות לבין דמות הגיבורה כמתואר בעלילת הרומן ('עזרה'). לגישתה, הרומן מכיל פרטים אינטימיים רבים בקשר למערכת היחסים שניהלה בעבר עם מחבר היצירה – בילר, וזאת ללא קבלת הסכמה מתאימה. אימה הוסיפה וציינה כי הרומן מכיל פרטים אינטימיים החושפים לעיני כל את אישיותה אשר מוצגת ברומן באור שלילי.

106. בשלב הראשון, התמודד בית המשפט עם בחינת המדיום האומנותי דרכו מתבצעת הפגיעה בפרטיות. לכאורה, הספר שכתב בילר, הוא רומן בדיוני אשר כל קשר בינו לבין המציאות הוא מקרי בהחלט. ברם, לטענת בת זוגו לשעבר, הרומן מכיל פרטים מדויקים ומהווה למעשה 'Memoir' (קרי – ספר אוטוביוגרפי) באֶצְטֵלָה של רומן בדיוני. בשלב השני, פנה בית המשפט לבחון האם הקוראים המשתייכים למעגל החברתי הרחב של אדם מן השורה (כגון: הנפגעת), להבדיל מהמעגל של ידוענים ואנשי ציבור, אכן ידעו לזהותה באמצעות הקריאה ברומן. בחינת מידת שייכותו של הרומן לסוג הכתיבה הבדיונית או הביוגרפית תיבחן לאור המעגל החברתי, קרי – זיהויה של הדמות המתוארת ברומן על-ידי המעגל החברתי אינו אלא חזקה לכך שמדובר ברומן המבוסס על עובדות החיים – 'Roman à clef'. הפסיקה פיתחה מבחן כפול שנועד לסייע בזיהוי הדמות המתוארת ברומן: האחד – מידת ההתאמה בין הדמות הספרותית לדמות המציאותית; השני – מידת הפגיעה בפרטיות. פגיעה בינונית בפרטיות ניתן לרפא באמצעות התאמה חלשה בין הדמות הספרותית לזו המציאותית; ולהיפך, פגיעה חלשה בפרטיות ניתנת לריפוי באמצעות התאמה חזקה יותר בין הדמות המציאותית לזו הספרותית. כיוצא בדברים הללו, הפסיקה הגרמנית פיתחה מבחן דו-שלבי: (א) האם הדמות הספרותית אכן מזוהה על-ידי המעגל החברתי הקרוב; (ב) האם מידת הפגיעה בפרטיות נוטרלה באמצעות ה"בדיוניזציה" ('Fictionalization') שנערכה לדמות המתוארת בעלילה. לפנינו אפוא מעין "מקבילית כוחות" בין מידת הזיהוי לבין עוצמת הפגיעה.

107. לאחר בחינת המסכת הראייתית, התקבלה טענתה של בת-זוגו של בילר, כי ניתן לזהותה באמצעות הקריאה ברומן. לעומת זאת, טענת אימה – נדחתה. משנקבע כי אכן ניתן לזהות את בת-זוגו של בילר, פנה בית המשפט לבחון את הפגיעה בזכות עצמה. בשל העובדה כי מדובר בפגיעה בליבת הזכות לפרטיות, וככזו לא ניתן לרפאה, נאסר פרסום הרומן.

108. מעיון בפסיקה הצרפתית ניתן לזהות גישה דומה (לפירוט ראה: THE LAW OF PRIVACY AND THE MEDIA לעיל, בעמודים 155-159 והאסמכתאות המצוטטות שם) (המאמר להלן: *Privacy in Europe and the Common Law*). מקורה של ההגנה על הזכות לפרטיות נטוע בסעיף 9 ל Code Civil [C. CIV.] (בתרגומו לאנגלית):
 "Everyone has the right to respect for his private life. Without prejudice to compensation for injury suffered, the court may prescribe any measures, such as sequestration, seizure and others, appropriate to prevent or put an end to an

invasion of personal privacy; in case of emergency those measures may be provided for by interim order.”

109. במהלך השנים, פיתחו בתי המשפט הצרפתיים שני עקרונות מרכזיים בכואם להתמודד עם פגיעה בפרטיות: (א) אין היררכיה בין הזכויות המתחרות; כל זכות מתחרה היא בעלת מעמד נורמטיבי זהה; (ב) כל האמצעים שיינקטו במהלך האיזון חייבים להיות מידתיים.

110. על רקע העקרונות האמורים, נקבע כי חופש הביטוי יגבר במקום בו קיים אינטרס ציבורי בנוגע לאירוע מסוים ('fait d'actualité') או כאשר קיימת תרומה משמעותית לדיון הציבורי. בחינת קיומו של האינטרס הציבורי במסגרת הדין הצרפתי דומה לבחינת האינטרס הציבורי בפסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם, כמפורט לעיל. חופש הביטוי יסוג מפני הזכות לפרטיות, רק במקום בו הפגיעה היא ב"מימד האינטימי של החיים הפרטיים" (להרחבה ולהפניות ראו: Helen Trouille, *Private Life and Public Image: Privacy Legislation in France*, 49 (1) INT'L & COMP. L. Q. (2000) 199 וכן: *Privacy in Europe and the Common Law* לעיל, בעמודים 155-159).

המשפט האמריקאי

111. חופש הביטוי מעוגן בתיקון הראשון לחוקה, תיקון אשר זכה למעמד אלמותי בפסיקה האמריקאית עד כי קשה להפריז בחשיבותו (ראו למשל התייחסות המשפט האמריקאי למניעה מוקדמת (Prior restraint): *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931)). לעומת זאת, הזכות לפרטיות אינה מעוגנת בחוקה. אכן, מאז מאמר המכונן הנ"ל של השופטים וורן וברנדייס (*The Right to Privacy* לעיל) השתנה מעמדה של הזכות לפרטיות. אך זו נמצאת עדיין בעמדת נחיתות חוקתית לעומת חופש הביטוי.

112. המשפט האמריקאי מכיר בארבע עילות נזיקיות בגין פגיעה בפרטיות (ראו *Restatement (Second) of Torts*, § 652 (1977)). מקרב העילות, הרלוונטית לענייננו היא זו: 'Public disclosure of Private facts'. כך מוגדרת העילה (שם, 652D):
 "One who gives publicity to a matter concerning the private life of another is subject to liability to the other for invasion of his privacy, if the matter publicized is of a kind that:

- (a) would be highly offensive to a reasonable person, and
 (b) is not of legitimate concern to the public”

על מנת שעילת תביעה מכוח 'Public disclosure of Private facts' תקום, על התובע להוכיח כי: (1) הפרסום עוסק בעניינים הנוגעים לחייו הפרטיים; (2) המידע שפורסם יפגע קשות (Highly offensive) באדם הסביר; (3) אין במידע שפורסם אינטרס ציבורי לגיטימי (Legitimate public concern).

113. הפסיקה האמריקאית התמקדה בהגדרת האינטרס הציבורי הלגיטימי. קיומו תלוי בהוכחת קשר לוגי בין המידע הפרטי שנחשף לבין קיומו של אינטרס ציבורי לגיטימי (ראו למשל: (Campbell v. Seabury Press, 614 F.2d 395 (5th Cir. 1980) (להלן: עניין Seabury)). קשר סיבתי זה פורש בפסיקה בצורה נדיבה ורחבה (שם).

114. בשורה של פסקי דין העוסקים בפרסומן של 'יצירות אוטוביוגרפיות, נקבע מפורשות כי קיומו של 'אינטרס ציבורי לגיטימי' גובר על זכותו של אדם לפרטיות. כך למשל, בעניין Seabury הנ"ל נדונה תביעה בקשר לחשיפת מידע הקשור לניהול חיי הנישואין ומשק הבית של התובעת. בספר שפורסם על-ידי אחי בעלה לשעבר, אשר התמקד במערכת היחסים בין שני האחים, נכללו פרטים הנוגעים לחיי הנישואין שלה. זו, מצדה, עתרה לבית המשפט על מנת למנוע את פרסום הספר והפצתו. ברם, תביעתה נדחתה לנוכח קיומו של "קשר לוגי" הנתפס בגדריה של ההגנה החוקתית:

“A review of the record in this action clearly shows the requisite logical nexus. An account of the author's close association with his older brother certainly is appropriate in the autobiography. Likewise, accounts of his brother's marriage as they impacted on the author have the requisite logical nexus to fall within the ambit of constitutional protection”. (שם, בעמוד 397)

[ההדגשות הוספו – נ' ס'].

115. בשנת 2004, נדונה תביעה נוספת שעניינה בפגיעה בפרטיות בעקבות פרסום יצירה אוטוביוגרפית (Bonome v. Kaysen, 17 Mass. L. Rep. 695 (Mass. Super.) (Ct. 2004)). 'קייסן', סופרת ידועה, כתבה ספר שכותרתו: 'The Camera My Mother Gave Me', בו מתוארת התמודדותה עם כאבים חזקים באיבר מינה. הספר מתעד את ההשפעה של מצבה הרפואי האמור על היחסים האינטימיים עם בן זוגה, 'בונום'. 'בונום' מוצג בספר באור שלילי, ואף מועלית האפשרות כי ניסה באחת ההזדמנויות

לאנוס את קייסן, לאחר שסירבה לקיים עימו יחסי מין. תביעתו של 'בונום' נגד פרסום הספר והפצתו נדחתה מהטעם שקיים 'אינטרס ציבורי לגיטימי' בפרסום ספרה האוטוביוגרפי של 'קייסן'. בית המשפט התייחס לקושי הטמון בסיפור אוטוביוגרפי המכיל חוויות של שני בני זוג נפרדים. סיפורו האוטוביוגרפי של האחד הוא אמנם פגיעה בפרטיותו של האחר, אך הכרה בזכותה של 'קייסן' לחשוף את המידע הפרטי מקיימת את הקשר הלוגי הדרוש בין המידע שנחשף לבין האינטרס הציבורי, על מנת להצדיק את פרסומו.

“As noted above, there is an additional interest in this case: Kaysen's right to disclose her own intimate affairs. In this case, it is critical that Kaysen was not a disinterested third party telling Bonome's personal story in order to develop the themes in her book. Rather, she is telling her own personal story-- which inextricably involves Bonome in an intimate way. In this regard, several courts have held that where an autobiographical account related to a matter of legitimate public interest reveals private information concerning a third party, the disclosure is protected so long as there is a sufficient nexus between those private details and the issue of public concern. *Id.*; *Anonsen*, 857 S.W.2d at 705-06; *Campbell v. Seabury Press*, 614 F.2d 395, 397 (5th Cir. 1980). Where one's own personal story involves issues of legitimate public concern, it is often difficult, if not impossible, to separate one's intimate and personal experiences from the people with whom those experiences are shared. Thus, it is within the context of Bonome and Kaysen's lives being inextricably bound together by their intimate relationship that the disclosures in this case must be viewed. Because the First Amendment protects Kaysen's ability to contribute her own personal experiences to the public discourse on important and legitimate issues of public concern, disclosing Bonome's involvement in those experiences is a necessary incident”.

סיכום ביניים – הדין הזר

116. ההלכה הפסוקה באנגליה, בגרמניה, בצרפת ובבית הדין האירופי לזכויות אדם, נוטה להעניק הגנה נרחבת לזכות לפרטיות אל מול חופש הביטוי. מנגד, השיטה האמריקאית, דבקה במתן מעמד חלש לזכות לפרטיות.

עתה נפנה לבחון את משפטנו "תוצרת הארץ" בשאלת היחס בין הזכות לפרטיות לבין חופש הביטוי.

האיזון הנורמטיבי בין הזכויות

117. הזכות לפרטיות היא זכות יחסית. גם חופש הביטוי אינו זכות מוחלטת. ככאלה יש לאזן אהדדי, אל מול זכויות מקבילות ואינטרסים נוספים. בערעור שלפנינו, עדים אנו ל"התנגשות חזיתית" בין הזכות לפרטיות לבין חופש הביטוי. מהו הדין כאשר שתי זכויות חוקתיות מתנגשות זו בזו? חופש הביטוי והזכות לפרטיות הן זכויות המעוצבות כעקרונות, ומשכך ההתנגשות ביניהן אינה התנגשות מופשטת, אשר אין לה יד ורגל בחקיקה. כלפי לייא, טענות הצדדים מבוססות ונתמכות בחקיקה עצמה. סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות קובע כי בגדר פגיעה זו נכלל "פרסומו של עניין הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם, לרבות עברו המיני, או למצב בריאותו, או להתנהגותו ברשות היחיד". החוק אינו רואה בקביעה זו עניין מוחלט, ומורה בסעיף 18(3) לחוק הגנת הפרטיות כי הפגיעה מותרת במידה ויש בה "ענין ציבורי המצדיק אותה בנסיבות הענין, ובלבד שאם היתה הפגיעה בדרך של פרסום - הפרסום לא היה כחב". לפנינו, אם כן, שאלה בדבר פרשנותה של הוראת סעיף 18(3) הנ"ל. איזון זה, מטבע הדברים, הוא איזון פרשני-חקיקתי. הוא מתחשב בחשיבות העקרונית של כל אחת מהזכויות ובמשקלה בנקודת ההכרעה. הוא משקף את האיזון הנערך בגדרי המידתיות במובן הצר אשר בפיסקת ההגבלה" (ראו ברק מידתיות במשפט לעיל, בעמודים 125-124).

מידתיות במובן הצר – מאזן של רווח והפסד

118. מבחן המידתיות במובן הצר בוחן את קיומו של "מיתאם ראוי בין התועלת שהמדיניות מביאה לבין הנזק שהיא גורמת" (ראו בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים פ"ד נג(2) 728, 782 (1999)). "יש לבחון האם מתקיים יחס ראוי בין התועלת הציבורית הצומחת מדבר החקיקה שחוקיותו עומדת על הפרק, לבין הנזק לזכות החוקתית הנגרם על ידי אותו דבר חקיקה" (ראו בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פסקה 50 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש (19.11.2009)).

119. במקד מבחן המידתיות – במובנו הצר – עומדת השאלה הבאה: האם משקלה של התועלת הצומחת מהגשמתה של הזכות האחת, עולה על משקל הנזק שיגרם לזכות החוקתית האחרת. משקל זה איננו מדיד או כמית, אלא משקל מטאפורי הנגזר בין היתר "מאידיאולוגיות פוליטיות וכלכליות, מההיסטוריה הייחודית של כל מדינה ומדינה, ממבנה המערכת הפוליטית והשלטונית" (ראו מידתיות במשפט לעיל, בעמוד 431) מהמסורת המשפטית המסויימת, ומערכים חברתיים שונים.

120. אין עסקינן בהשוואת משקלן של שתי הזכויות החוקתיות עצמן, קרי – משקלה של הזכות לפרטיות מזה ומשקלו של חופש הביטוי מזה. שונה היא השאלה העומדת

להכרעתנו וממילא מצומצמת בהיקפה: האם משקלה של התועלת השולית שתצמח כתוצאה מהתממשות זכות אחת, רב מהנזק השולי שייגרם לזכות האחרת. כנאמר בבית משפט זה בעניין אחר: "השאלה הינה אם האיסור הגורף הוא מידתי (במובן הצר)? האם היחס בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית הראויה של החוק (להקטין ככל שאפשר את הסיכון מבני הזוג הזרים בישראל) לבין הנזק לזכויות האדם הנגרם על ידו (פגיעה בכבוד האדם של בן הזוג הישראלי) הוא מידתי? אמת המידה בה עלינו לנקוט היא ערכית. עלינו לאזן בין ערכים ואינטרסים מתנגשים, וכל זאת על רקע ערכיה של שיטת המשפט הישראלית. ודוק: השאלה הניצבת לפנינו איננה ביטחון לתושבי ישראל או שמירת כבוד האדם של בני הזוג הישראלים. השאלה אינה חיים או איכות חיים. השאלה הניצבת לפנינו היא מצומצמת הרבה יותר. היא זו: האם תוספת הביטחון המתקבלת במעבר מהבדיקה האינדיבידואלית המחמירה ביותר האפשרית על-פי הדין של בן הזוג הזר לאיסור גורף על כניסתו לישראל עומדת ביחס ראוי לתוספת הפגיעה בכבוד האדם של בני הזוג הישראלים המוסבת בשל מעבר זה?" (בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פסקה 91 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (2006)).

121. השאלה הניצבת במוקד הערעור דנן איננה כוחו של מי עדיף, חופש הביטוי או הזכות לפרטיות; אלא האם משקל התועלת שתצמח ממניעת פרסום הספר שלפנינו – הפוגע בזכות לפרטיות – עולה על משקל הנזק שייגרם לחופש הביטוי בעקבות המניעה.

122. בקביעת משקלן של הזכויות המונחות על כף המאזניים, יש להתייחס לשלוש אמות מידה: לחשיבותה של הזכות; להסתברות הפגיעה או הגשמתה של הזכות; ולעוצמת הפגיעה או ההגשמה. לעניין חשיבותה של הזכות, כבר נפסק כי על אף מעמדן החוקתי הזהה של בני ובנות משפחת הזכויות, הרי שהמטרות החברתיות המעוגנות והמוגנות על-ידי זכויות אלה אינן זהות. "לא כל הזכויות החוקתיות שוות בחשיבותן וממילא גם לא במשקלן הסגולי. חשיבותה של זכות חוקתית והחשיבות של מניעת הפגיעה בה נקבעות על פי תפיסותיה הבסיסיות של החברה. הן מושפעות מההיסטוריה התרבותית ומהאופי של כל חברה וחברה" (ראו ברק מידתיות במשפט לעיל, בעמוד 443). הבחנה נוספת קיימת בין ליבת הזכות לשוליה. לא ראי ההגנה על ליבת הזכות כראי ההגנה על שוליה. יפים לעניין זה דבריו של השופט (כתוארו אז) א' ברק בבג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 49 (1997): "במסגרתה של אותה זכות עצמה, עשוי להיות שוני במידת ההגנה הניתנת לפגיעה בה. כך, למשל, לא הרי מידת ההגנה בפני פגיעה בחופש הביטוי הפוליטי, כהרי מידת ההגנה הניתנת בפני פגיעה בחופש הביטוי המסחרי. במסגרתו של היבט מסוים של זכות (כגון הדיבור הפוליטי), לא הרי פגיעה

שהיא בגרעינה של הזכות כהרי פגיעה בשוליה".

123. קביעת "מקומו הגיאוגרפי" של העניין הנדון, מתבצעת לאור בחינת הרציונאלים העומדים בבסיס המופע של הזכות שבה עסקינן. "אמנם כל הביטויים נכללים בשיטתנו ב'קטגוריה' האחת של חופש הביטוי, אך לא כל סוגי הביטויים נהנים מהגנה שווה. אמת המידה היסודית לקביעת מידת ההגנה על ביטוי מסוים היא חשיבותו החברתית של הביטוי, ובייחוד חשיבותו בהגשמת המטרות העומדות בבסיס חופש הביטוי" (דנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל פסקה 28 לפסק-דינו של השופט (כתוארו אז) א' ריבלין (11.07.2011)); למשל: הגנה על חופש הביטוי המסחרי אינה זהה להגנה על חופש הביטוי האמנותי; חשיבותן שונה (עניין קידום הנ"ל; ראו והשוו: בג"ץ 5432/03 ש.י.ן. – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65, 82 (2004); בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נד(4) 178, 182 (2000)). בדומה לכך, ההגנה על חופש הביטוי במסגרת היחסים שבין פרט לפרט אינה זהה להגנה על חופש הביטוי במסגרת היחסים שבין הפרט לשלטון: "היקף זכותו של הפרט לחופש ביטוי כנגד המדינה מקיף מזכותו של הפרט לחופש ביטוי כנגד פרט אחר" (ברק כבוד האדם, לעיל בעמוד 723).

124. ודוק: יש להישמר מפני 'היסחפות' במישור הערכי. אל לו, לערך, לשמש מסווה מפני אינטרס. לעיתים האיציטלה האידיאולוגית, הקליפה, המעטה החיצוני, ריק מתוכן ערכי, ומתמצה במחלוקת אינטרסנטית (כספית, אישית, או אחרת). במצבים מעין אלה, אין במופע של הזכות שבה עסקינן אלא מה שיש בו. או אז, אין לקרוא אל תוך המופע המצומצם, באופן מלאכותי ומאולץ, ערכים אשר אינם עומדים בבסיסו. אלה הם המצבים, בהם זכותו של האחד לרווחה אישית מתנגשת עם זכותו של זולתו לרווחה אישית. או אז אין לעטות מחלצות ערכיות ולא להסתנוור מטיעון אידיאולוגי. הערך הוא לאמיתו של דבר אינטרס, וצפה ועולה אז השאלה התלמודית "מאי חזית דדמא דידך סומק טפי" (בבלי, פסחים כה, ב). במצבים אלו אין צורך בבחינת "התנגשות הציביליזציות" בין זכויות היסוד. ניתן להכריע בסוגיה הנקודתית של חלוקת "הרווחה האישית" בין המתדיינים מבלי להידרש להכרעה העקרונית.

125. הסתברות הפגיעה במימוש הזכות, ועוצמת הפגיעה, משפיעות אף הן על משקלן היחסי של הזכויות על כפות המאזניים החוקתיות. לא הרי פגיעה שהסתברות להתרחשותה גבוהה לפגיעה שהסתברות להתרחשותה מזערית; לא הרי פגיעה בזכות אחת יחידה כפגיעה בזכויות רבות; לא הרי פגיעה קשה כפגיעה קלה; לא הרי פגיעה בזכות ביחסים שבין פרט לפרט, כפגיעה בזכות ביחסים שבין הפרט לשלטון.

חופש הביטוי והזכות לפרטיות

126. ראשית חכמה באיזון הראוי בין הזכות לפרטיות לבין חופש הביטוי, היא בבחינת מידת התאמתה של הזכות הנדונה לרציונאלים העומדים בבסיסה. בהתאם, תיבחן תחילה מידת התרומה של הביטוי לשיח הציבורי, אל מול עוצמת הפגיעה בזכות לפרטיות. לביטוי אשר מידת תרומתו לשיח הציבורי היא רבה, תינתן עדיפות על כפות המאזניים החוקתיות ביחס לפגיעה ברמה בינונית בפרטיות; פגיעה בליבת הפרטיות, תזכה להגנה מפני פגיעה ברמה בינונית בחופש הביטוי. אכן, ענין הקובע ברכה לעצמו הוא קיומה של פגיעה מקבילה, דומה בעוצמתה, דוגמת התנגשות בין ביטוי אשר מידת התרומה שלו לשיח הציבורי היא רבה, ופגיעתו בליבת הפרטיות היא קשה. בסוגיה זו, אינני נזקק להכריע בגדרי ערעור זה. הכרעה שכזו תחייב בחינה מדוקדקת של פרטי המקרה הנדון. מכל מקום, האיזון הראוי לפי גישתי הוא זה: העדפת פגיעה בשולי הזכות לפרטיות חילופי פגיעה בליבת חופש הביטוי, והעדפת פגיעה בשולי חופש הביטוי חילופי פגיעה בליבת הזכות לפרטיות.

127. "תנא דמסייע" באשר למידת הפגיעה בזכות לפרטיות, מצוי בבחינת מאפיינים רבים ובכללם: (1) המיקום ה'גיאוגרפי' של הפגיעה בזכות, בליבתה או בשוליה; (2) טיב מערכת היחסים וחובות האמון בין הצדדים; (3) ציבוריותה או פרטיותה של הדמות; (4) אופן הפרסום; (5) הדרך בה הגיע המידע לידיעת המפרסם; (6) התנהלות האדם בנוגע לפגיעה בפרטיותו עובר לפרסום; (7) הפגיעה, אם היא חד-פעמית או הולכת ונמשכת. באמות מידה אלו ובעוד שכמותן, יש כדי לסייע לשופט היושב על מדין להכריע מהי עוצמת הפגיעה.

128. בהכרעתנו בעניין שעל הפרק, אימצנו הסדר הדומה לזה הנוהג בשיטות המשפט האירופאיות. שיטות משפט אלו מתאימות יותר למבנה החוקתי והחקיקתי שלנו. נזכור ונשמור: הפניה למשפט המשווה יש בה סכנה וברכה. הברכה מצויה בלימוד מנסיונם של אחרים, כמאמרו של השופט הולמס "The life of the law has not been logic, it has been experience" (Anonymous [Holmes], *Book Notices*, 14 (Am. L. Rev. 233, 234 (1880)), המשפט המשווה מאפשר לנו להעשיר את עולמנו, ללמוד ולהחכים. אך בצד הברכה, גם סכנה – "שורש האמונה הוא שורש המרי" – לימוד בשיטת 'העתק-הדבק' איננו ראוי. לכל שיטה ושיטה מאפיינים יחודיים: ערכים העומדים בבסיס השיטה, מבנה חוקתי וחקיקתי, היסטוריה לאומית, אידיאולוגיות פוליטיות ועוד. אלמנטים יחודיים אלו משפיעים על פסיקתו של בית המשפט: "נטל הוא המוטל עלינו להיזהר שלא נלך שבי אחרי שיטות משפט זרות, ובעיקר - שנדע להבחין ולברור בין עקרונות ודוקטרינות ואופני מחשבה וטכניקות לפתרון – שמהם ניתן לשאוב

השראה וחוכמה – לבין פרטים ופתרונות ספציפיים שלא נשגיה בהם. אכן, יש בו במשפט המשווה כדי להרחיב את הדעת, להעשיר בידע ובחוכמה, למלט אותנו מפרובינציאליזם, ואולם בה-בעת בל נשכח כי בשלנו ובמקומנו אנו עושים, ונישמר מפני חיקוי של התבוללות והתבטלות" (רע"פ 8472/01 מהרשק נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 442, 474 (2004)); ובלשון אחר: "משפט השוואתי זה – בין במישור הבינלאומי ובין במישור המדינתי – הוא בעל חשיבות רבה... עם זאת, לכל מדינה בעיותיה שלה. גם אם השיקולים העקרוניים הם דומים, האיזון ביניהם משקף את יחודה של כל חברה ואת המאפיינין את הסדרה המשפטיים... אכן, זה כוחו ואלה גבולותיו של המשפט ההשוואתי. כוחו בהרחבת האופק ושדה הראיה הפרשני. כוחו בהדרכתו של הפרשן באשר לפוטנציאל הנורמטיבי הטמון בשיטת המשפט... מגבולותיו הן בייחוד של כל שיטת משפט, מוסדותיה, האידיאולוגיה המאפיינת אותה והאופן שבו היא מטפלת בפרט ובחברה. אכן, המשפט ההשוואתי הוא כחבר בעל ניסיון. רצוי לשמוע בעצתו הטובה, אך זו אינה צריכה להחליף הכרעה עצמית" (ראו בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503, 515-516 (2004)).

129. שיטת המשפט האמריקאית, מקנה כאמור חשיבות עליונה לחופש הביטוי. רק לעיתים נדירות יסוג בה חופש הביטוי מפני הזכות לפרטיות. תפיסה משפטית זו, אינה עולה בקנה אחד עם המקובל במדינות המשפט המקובל והקונטיננטל. היא מתבססת על התיקון הראשון לחוקה, אשר מעמדו וחשיבותו בתרבות ובפסיקה האמריקאית, היא מן המפורסמות שאינן דורשות הוכחה. המדיניות המשפטית האמריקאית מבטאת הלכה למעשה, העדפה כמעט גנרית של חופש הביטוי על פני הזכות לפרטיות.

130. האם עלינו ללמוד משיטות המשפט האירופאיות, או לצעוד בעקבי מקבילתן האמריקאית? כשלעצמי, התשובה ברורה, והיא פועל יוצא מן הריחוק של השיטה האמריקאית מהמסורת החוקתית הישראלית, מהמסגרת החוקית, וממורשתנו העברית (ראו והשוו: עלי זלצברגר ופניה עוז-זלצברגר, "מסורת חופש הביטוי בישראל", שקט מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל, 27 (מיכאל בירנהק עורך, 2006)).

131. במישור החוקתי – מעמדה של הזכות לפרטיות כזכות-יסוד מעוגן בסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מקומו של חופש הביטוי נפקד מחוק זה. מבלי להיכנס לתורף השאלה – האם חופש הביטוי נכלל בגדר הזכויות החוקתיות שבחוק היסוד – מוסכם על הכל כי "חופש הביטוי, אינו בכלל הזכויות המנויות במפורש בחוק היסוד". אף לדעת הכוללים את חופש הביטוי בחוק היסוד, הריהו נגזר מעקרון כבוד האדם והגשמתו העצמית (ראה פרשנות במשפט (פרשנות חוקתית) לעיל, בעמודים 427-428. לפירוט ולאסמכתאות בענין זה ראו גם: הלל סומר "הזכויות הבלתי-מנויות

– על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח 257, 318-322 (התשנ"ז)). לאימוץ תפיסה המעניקה לחופש הביטוי "מעמד-על" ביחס לזכות לפרטיות, אין אחיזה בטקסט החוקתי עצמו, ולא בהנמקתו. כזכור, בעת חקיקתם של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק, הוגשה גם הצעת חוק יסוד: חופש הביטוי וההתאגדות, אך זו לא עברה בכנסת (ראה ה"ח התשנ"ד 101).

132. במישור העיוני ניתן לבסס גישה כרונולוגית של "סוד מרע ועשה טוב": מניעת פגיעה בפרטיות תחילה, ומימוש חופש היצירה אחר כך. זאת, על מנת למנוע יצירה שתפארתה תבוא לה מדריסתו של הזולת: "האדם כמו עץ השדה והדיבור הוא פרי שלו... וכמו שאין פרי רע יוצא מן שורש טוב ואין פרי טוב יוצא משורש רע, כך הדיבור באדם כאשר מריב עם חבירו ופוגם אותו מורה זה על השורש שהפגם בא ממנו הוא רע, ולכך דוקא במומו פוסל, מפני כי הדבר הרע שיוצא ממנו הוא נמצא בו וכאשר גזע האילן הוא פגום כן יצא ממנו" (מהר"ל, נתיבות עולם ב, נתיב השתיקה, פרק א). עניין זה ראוי למחשבה ולעיון, מה להלכה ומה למעשה. גבי דידי, נאמנים עלי דבריו של השופט י' עמית בעניין סרן ר' (לעיל, בפסקה 5 לפסק-הדין): "משבחר המחוקק בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לרומם את הזכות לכבוד ולהצניע את חופש הביטוי, אני סבור כי יש ליתן לכך משקל, במובן זה שאין לקבוע מראש כי בהתנגשות בין השניים משקלה של הזכות לביטוי גובר. אציין כי בפסקי דין רבים אנו מוצאים הסתמכות על פסק הדין בעניין אבנרי כחלק מההנמקה להעדפה מראש של חופש הביטוי, אך יש לזכור כי פסק דין זה ניתן לפני חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לטעמי, כאשר מדובר בהתנגשות בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב במסגרת תביעה פרטית לפי חוק איסור לשון הרע - להבדיל מהתנגשות בין חופש הביטוי לבין ערכים אחרים כמו הגנה על רגשות הציבור - האיזון צריך להיעשות אד-הוק, ויש להישמר מנוסחה הכוללת 'מקדם' או 'מכפיל כוח' לטובת חופש הביטוי". דברים אלה עולים בקנה אחד גם עם דברי פרופ' ברק הנזכרים לעיל, לפיהם "היקף זכותו של הפרט לחופש ביטוי כנגד המדינה מקיף מזכותו של הפרט לחופש ביטוי כנגד פרט אחר" (ברק, כבוד האדם, לעיל בעמוד 723). הנה כי כן, באיזון שבין חופש הביטוי של פרט אחד לבין זכותו לפרטיות של פרט אחר, אין לבכר באופן אוטומטי את חופש הביטוי ולהעניק לו "מעמד-על".

133. במישור החקיקתי – חוק הגנת הפרטיות קובע בסעיף 18(3) כי "במשפט פלילי או אזרחי בשל פגיעה בפרטיות תהא זו הגנה טובה אם... בפגיעה היה ענין ציבורי המצדיק אותה בנסיבות הענין". נוסח החוק איננו מעניק הגנה גורפת לכל פגיעה שיש בה ענין ציבורי. נוסח זה סוטה מפורשות מחברו האמריקאי, אשר מעניק חסות לכל ביטוי אשר יש בו ענין לציבור, וחוסך כל בחינה נוספת של עוצמת הפגיעה. זו אינה דרכנו. אנחנו רוחשים כבוד לאמריקה, אך איננו רוכשים את כל מרכולתה. לא בכדי דחה המחוקק

הישראלי את ההצעה להשמיט את המילים "המצדיק אותה בנסיבות הענין" (ראו: אלי הלם דיני הגנת הפרטיות 235 (2003)) (להלן: "דיני הגנת הפרטיות"). בפסיקה נאמר: (ע"א 439/88 רשם מאגרי מידע נ' ונטורה, פ"ד מח(3) 827 808 (1994)): "השאלה שיש לברר לצורך קיומה של הגנת סעיף 18(3) לחוק אינה אם יש לציבור אינטרס במידע, אלא אם יש טעם המצדיק את הפגיעה בפרטיות של אדם כדי לספק את האינטרס הציבורי האמור". עמדה זו קיבלה את ביטויה גם בספרות: "לא די בכך שהפגיעה נגעה לענין ציבורי, אלא צריך להיות ברור שבפגיעה עצמה היה ענין ציבורי. כלומר: העובדה שנושא הפרסום בכללו יש בו משום ענין ציבורי לא תביא לחלוקה של ההגנה. הטוען לקיומה יצטרך לשכנע שהענין הציבורי חייב אותו לפגוע בפרטיותו של הזולת. שאלת קיומו של הענין הציבורי לא תוכל להיבחן על-ידי בית המשפט על-פי נוסחה כללית בלבד, והוא יצטרך לשית לבו לנסיבות הענין הנדון בפניו, כדי להחליט האם באותן הנסיבות מוצדקת הפגיעה בפרטיות" (זאב סגל "הזכות לפרטיות למול הזכות לדעת" עיוני משפט ט 175, 193 (1983)). להרחבה ראו גם: רות גביון "איסור פרסום הפוגע בפרטיות – הזכות לפרטיות וזכות הציבור לדעת" זכויות אזרח בישראל - קובץ מאמרים לכבודו של חיים ה' כהן 177, 204-214 (רות גביון עורכת, 1982)).

134. מורשתנו העברית – הזכות לפרטיות מבצבצת מבין חרכי הספרות רחבת ההיקף של המשפט העברי. איסורי לשון הרע, רכילות, חרם דרבנו גרשום, היזק ראייה, מהווים רק מעט מזעיר מופעיה הרבים של הזכות לפרטיות במשפט העברי (ראו למשל: נחום רקובר ההגנה על צנעת הפרט (2006); איתמר ורהפטיג צנעת אדם - הזכות לפרטיות לאור ההלכה (2009)). לא נוכל במסגרת זו לפרוט ולמנות את מופעיה השונים, ונסתפק אפוא בעיון קל בסוגיה הקרובה לענייננו – איסור 'בל יאמר'. כך מוגדר איסור זה בתלמוד (בבלי, יומא ד, ב): "מניין לאומר דבר לחבירו שהוא בבל יאמר עד שיאמר לו לך אמור שנאמר: 'וידבר ה' אליו מאוהל מועד לאמר'". איסור זה התפרש בתשובותיו של ר' חיים פאלאג'י (שו"ת חקקי לב, חלק א, יורה דעה, סימן מט (להלן: שו"ת חקקי לב)): "ועוד נראה לעניות דעתי לומר דאפילו בשולח אדם אגרת לחבירו, אסור לחבירו שבא לו האגרת לגלות דברי האגרת לאחרים. דאפילו בסתם, דליכא שום סוד ודבר מגונה ונזק להכותב האגרת, איכא איסור לגלות, כמו שאמרו בגמרא, כל האומר דבר לחבירו הרי הוא בבל תאמר, עד שיאמר. וכל שכן בדאיכא גנאי או סוד, ויוצא נזק כשמגלהו". אכן, אסור לו לאדם, במשפט העברי, לגלות את סודו של חברו, לא רק מטעמי רכילות, אלא לשם מניעת נזק. כדברי ר' יונה גירונדי: "וחייב אדם להסתיר הסוד אשר יגלה אליו חברו דרך סתר, אף על פי שאין בגילוי הסוד ההוא ענין רכילות, כי יש בגילוי הסוד נזק לבעליו וסיבה להפר מחשבתו... כי מגלה הסוד אך יצא יצא מדרך הצניעות, והנה הוא מעביר על דעת בעל הסוד" (שערי תשובה שער ג, סימן רכה). הנה כי כן, גילוי סוד איננו רק מעילה באמון, אלא חדירה בוטה למרחב הפרטי של בעל הסוד ו"הפרת מחשבתו", קרי

– פגיעה בחירותו. דעה אחרת הביע ר' חיים פאלאג'י, ולפיה המגלה סודו של חברו, גונב את קניינו של חברו על הסוד שסיפר לו: "גונב דעתו ממש, שהוא במצפוני לבר" (שו"ת חקקי לב לעיל, שם).

135. הצינור הפורמלי להיזקקותנו אל המשפט העברי, סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם – 1980, קובע לאמור: "ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל". חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו היתווה בסעיף 2 את מטרתו, לעגן "את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". דומה כי אין צורך להתפלמס על מידת מחויבותו של המשפט העברי בשיטת המשפט הישראלית. זכות היא לנו שמסורת המשפט הישראלי איננה מתחילה בשנת תש"ח, עם קום המדינה, אלא יסודה במסורת בת אלפי שנים. מדיניות משפטית ישראלית ראויה, היא זו אשר עושה אוזנה כאפרכסת ומאזינה לרחשי הלב של המשפט העברי, ומעניקה מקום של כבוד לשמירה על פרטיותו של האדם. כדברי הנשיא א' ברק: "הפנייה לערכי היסוד של המשפט העברי אינה פנייה אל משפט משווה. זו פנייה אל משפט ישראל. זו פניית חובה" (אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 290 (2004)).

136. העמדה הראויה אפוא בהתנגשות בין הזכויות הנדונות – דומני כי המציאות מחייבת – הריהי בחינת כל עניין לגופו, ללא הכרעה עקרונית בדבר עדיפותה של זכות אחת על פני חברתה. פגיעה קשה בחופש הביטוי תגבר על פגיעה קלה ובינונית בזכות לפרטיות; פגיעה קשה בליבת הפרטיות תגבר על פגיעה קלה ובינונית בחופש הביטוי. כלל זה יש לפרוט לפרוטות, הלכה למעשה, כל אימת שהזכויות מתנגשות זו בזו. לא עלינו המלאכה לגמור, אך אין אנו בני חורין להיבטל ממנה.

מן הכלל אל הפרט – הזכות לפרטיות וחופש הביטוי

137. עלינו לצעוד במספר שלבים כדי לנתח את הרומן נשוא הערעור שלפנינו, לקבוע את עוצמת הפגיעה בזכויות, את נזקי ההתנגשות ביניהן, ואת האיזון המתחייב בנסיבות העניין: ראשית, נדון במידת הבדיוניות של הגיבורה ובהתאמתה למציאות; שנית, נבחן האם הפגיעה בפרטיותה של המשיבה היא בליבת הזכות לפרטיות או בשוליה, ונדון במידת הפגיעה; שלישית, נבחן את מידת הפגיעה האפשרית בחופש הביטוי.

138. שתי חוות דעת של מלומדים בכירים מתחום הספרות העברית והעולמית – פרופ' אריאל הירשפלד ופרופ' חנן חבר – הונחו לפני בית המשפט המחוזי. בחוות הדעת הפליאו המלומדים להסביר מדוע משתייך הרומן הנדון לקטגוריה של ספרות הבדיון (fiction) ואיננו חוסה תחת הקטגוריה האוטוביוגרפית-היסטורית. בעוד ש"ההיסטוריון טוען כי מה שהוא כותב היה באמת" טוען הסופר "כי מה שכתב לא היה אלא היה עשוי לקרות". ובתמצית: "להיסטוריון טענת אמת. לסופר אין טענת אמת" (ראו הירשפלד, בסעיפים 7 ו-8). הירשפלד ממשיך ובוחר בפרוטרוט את יצירתו של המערער ומוכיח, על סמך תכונותיה הפנימיות והחיצוניות, יסודותיה התבניתיים והסגנוניים, כי מדובר בטקסט המשתייך לסוג הספרותי-בדיוני. למסקנה דומה מגיע גם עמיתו, פרופ' חנן חבר. לפי עמדתו, "ההבחנה בין רומן אוטוביוגרפי לבין רומן בדיוני אינה תלויה בקרבה או בריחוק של עלילתו ממציאות חייו של הסופר. מדובר במבחן אובייקטיבי הנגזר מפרשנות הקורא הסביר למכלול האיתותים שבספר". לאחר "בחינת משקלם המצטבר של האיתותים הקיימים ברומן" הגיע חבר למסקנה כי אלו מעידים "באופן חד משמעי כי הספר עוסק בהבניית בדיון ולא במציאות אמיתית וכי לא נכרת 'חוזה אוטוביוגרפי' בין הסופר לבין קוראיו". פרופ' חבר החרה אף החזיק כי "מסקנה זו מפריכה כל תביעה שזו הטענה העומדת בבסיסה" (ראו חבר, בסעיף 3). מסקנה דומה הובעה בתצהירה של הסופרת מירה מגן, אשר ליוותה את המערער ב"חבלי לידתו" של הספר.

139. מפגש בין עולמות תוכן שונים, טומן בחובו ברכה וסכנה. הברכה – בהפריה ההדדית, בלימוד מן השונה והדומה; והסכנה – מהיטשטשות הגבולות המפרידים בין הדיסציפלינות. מטרות שונות עומדות ביסוד המשפט והספרות. תפקידיו של המשפט – הכרעה בסכסוכים, השלטת סדר ועשיית צדק – אינם עומדים בהלימה למטרותיה של הספרות, שהן יצירת האומנות כשלעצמה ויצירת משמעות עבור האדם, כדברי פרופ' הירשפלד. לעיתים הולכים המשפט והספרות יד ביד, או אז אוזר המשפט את חלציו ונלחם להגנתה של הספרות, אך לעיתים הוא יוצא חוצץ כנגדה. הגדרתה של יצירה כבדיונית, בתחום אחד – הספרות – אין בה כדי לחייב הגדרה דומה בתחום אחר – המשפט. "מדינה ומדינה ככתבה ועם ועם כלשונו". הנחות היסוד העומדות בבסיס הדיסציפלינות השונות מובילות לעיתים למסקנות ולהגדרות הפוכות. כך הוא גם בענייננו.

140. הבדיון הספרותי מבטא "חוזה בלתי כתוב" בין הקורא הסביר לבין הסופר. אחד מתנאי החוזה הוא העדר הקשר בין היצירה לבין המציאות. לא כך הוא הבדיון המשפטי. המשפט, בניגוד לעמדה המקצועית-הספרותית שביטאו הפרופסורים

המומחים בחוות הדעת, איננו פוסק את פסקו בעולם בינארי, בו היצירה מקוטלגת למגירה אחת ולא לאחרת. המשפט בוחן את מידת הבדיוניות של היצירה. יש והיצירה מזכירה במקצת אירועים אשר התרחשו במציאות; יש והיצירה מבוססת על אירועים אֵילו אך ללא התאמה מלאה; ויש ואירועים אלו משתקפים ביצירה עצמה ככתבם וכלשונם. בחינת מידת הבדיוניות, איננה עניין תיאורטי. זו תעשה על-פי מידת ההיכרות של הקורא עם האירועים המופיעים ביצירה. יש ורק ידיד נפשה של הדמות המציאותית, ידע לזהות מבעד לשיטין את האירועים המתוארים. יש וגם מכריה הקרובים של הדמות ידעו לזהותה. יש ומכריה הרחוקים, ויש והקורא הסביר, חסר השם והדמות, ידעו לזהותה. אימוץ מדיניות משפטית המבוססת על תפיסת עולמם הספרותית של המלומדים הירשפלד וחבר, איננו ראוי. מדיניות שכזו, מאפשרת לחפצים בכך, לפרסם דברים אשר עולים כדי פגיעה בפרטיות ולשון הרע, בלבוש ספרותי-בדיוני. הקורא הסביר, יחזה במופע הספרותי ויוכל להתעלם מזה המציאותי. אך מכריה ומוקיריה של הדמות המציאותית, יזהו אותה בנקל, יעבדו בתודעתם את הנתונים, ויגיעו למסקנות מציאותיות; לא בדיוניות. כך יפרץ הפתח לאיין את דיני הגנת הפרטיות ואיסור לשון הרע.

141. בחינת מידת הבדיוניות של היצירה שלפנינו, מעלה כי דמותה של גיבורת הרומן מכילה פרטי זיהוי רבים וייחודיים, אשר יש בהם כדי לזהות את המשיבה. ביניהם ניתן למנות את תיאור חזותה החיצונית, פרטים על אודות גילה, עיסוקה הייחודי, מקום לימודיה, מקום עבודתה ומקום מגוריה, פרטים על יצירתה המיוחדת, פרטים מזהים על המערער, בן-זוגה, ואירועים שהתרחשו במציאות בנוכחות צדדים שלישיים. בפסק-דינו עמד בית המשפט המחוזי נכוחה על פרטים אלה (שם, פסקה 40):

א. הגיבורה מתוארת בספר בעת היכרותה עם הגיבור בגילה של התובעת באותה עת, וכמי שלומדת באותו מוסד ובאותה מחלקה שבה למדה התובעת, ועובדת באותו מקום ובאותה עבודה שבה עבדה התובעת. התובעת התגוררה עם בן זוגה במועד הרלוונטי לתביעה באזור המתואר בספר, הוריו של בן זוגה גרו אף הם בסמוך למיקום המתואר בספר. לגיבורה אותו מספר אחים כמו לתובעת והוריה מאותו מוצא של הורי התובעת.

ב. חזותה החיצונית של הגיבורה כמתואר בספר, בעלת דמיון רב לחזותה החיצונית של התובעת ובכלל זאת שיער ראשה, צבע עיניה, וקיומם של קעקועים במקומות הדומים לאלה שפורטו בספר. הספר מתאר עוד פרטים רבים ביחס לחזותה של הגיבורה, תחביביה ועברה, אולם אלה פחות מובהקים לזיהויה של התובעת עם הגיבורה.

ג. הספר מתאר, כאמור, את עבודת הגמר של התובעת. הספר כולל תיאור קונספטואלי של הפרויקט, ומתאר את כל שלבי הכנת הפרויקט וכן את מראהו הוויזואלי. מדובר בפרויקט ייחודי אשר הוצג באופן פומבי כעבודת הגמר של התובעת, בנוכחות מוריה וחבריה ללימודים, ולפיכך מזהה אף הוא את התובעת. גם הנפח העצום שניתן בספר ליצירה ולשלבי הכנתה, מפנה כשלעצמו אצבע כלפי התובעת.

D. גם תיאוריו של הגיבור בספר באופן המזהה אותו עם הנתבע, תורמים לזיהויה של התובעת, כבת זוגו של הנתבע באותם ימים, כגיבורה. לכך יש לצרף את העובדה כי הספר נכתב ע"י התובע בשמו, בגוף ראשון, וגם בכך יש כדי לתרום לזיהויה של התובעת ע"י סביבתה הקרובה שהכירה אותה כבת זוגו של הנתבע.

ה. בספר משולבים אירועים שאין חולק שהתרחשו במציאות, בנוכחות צדדים שלישיים, שיש בהם כדי לזהות את התובעת כדמות הספרותית בעיני מי שהיה נוכח באירועים או שמע עליהם מן הצדדים".

142. הפרטים הללו – ממצאים עובדתיים שנקבעו בבית המשפט המחוזי, ואין עילה להתערב בהם או לשנותם – מכריעים את הכף, ומחייבים את המסקנה על זיהויה של המשיבה כגיבורת ספרו של המערער. במכלול, לפי טיבם של הפרטים, והצטברותם, יש כדי לבסס זיהוי על-ידי המפר הרחוק הסביר, עמית לעבודה, חברה לספסל הלימודים וסטודנט פוטנציאלי. על כך יש להוסיף, כי דרכם של פרטים עסיסיים מעין אלו להגיע למעגלים רחבים יותר. תיאור מראה חיצוני של דמות ברומן, בדרך כלל אינו מתקבע בתודעתו של הקורא, והוא חולף-עובר. לעומת כן, תיאור הרגליה המיניים של הדמות, ופירוט מעשיה בחדר המיטות, מספקים את יצר המציצנות ומשמים חומר גלם עסיסי, מטבע עובר לסוחר.

143. הערת אגב על חוות הדעת של המומחים, פרופ' הירשפלד ופרופ' חבר: מעיון קל ושטחי בספרות התיאורטית העוסקת בבדיון, צצות ועולות הבחנות אשר כלל לא הוזכרו בחוות הדעת, ובעיקר, קיומן של הגדרות ביניים ממצעות בין בדיון לבין תיעודיות, כדוגמת הז'אנר *Roman à clef*. משום מה, בחרו המומחים שלא להציג לפני בית המשפט את ההגדרות ותתי-ההגדרות התיאורטיות למושג בדיון, אשר נדונו בהרחבה בספרות המחקרית. יש טעם לפגם בכך. כיוצא בזה, פרופ' חבר קבע בהחלטיות בחוות-דעתו כי מסקנתו-שלו "מפריכה כל תביעה שזו הטענה העומדת בבסיסה". אין מקום למסקנה שכזו בחוות דעת של מומחה. על המומחה לחוות דעתו בתחום מומחיותו, ולא להשיג את תחומו של בית המשפט.

עוצמת הפגיעה בפרטיות

144. כאמור, לענין הפגיעה בפרטיות, אנו מבחינים בין פגיעה בליבת הפרטיות לבין פגיעה בשוליה. ליבתה של הזכות – פרטים אינטימיים על אודות חייו של האדם – "מעגל החיים הפנימי". שוליה של הזכות – פרטים השייכים למרחב החיצוני של חי האדם – "מעגל החיים החיצוני". במסגרת ערעור זה אין אנו נזקקים לדון ב"אזור הדמדומים" המתפרש בין שולי הזכות לבין ליבתה. עניין לנו בפגיעה ברורה בליבת הזכות. הספר כולל "תיאור מפורט של עניינים הנוגעים לצנעת חייה של התובעת... תיאור מפורט של מערכת יחסיה של התובעת עם הנתבע, כולל מאורעות, שיחות, ותיאורים שהם

אינטימיים במובהק. הספר כולל תיאור של מערכת יחסיה של התובעת עם בן זוגה לשעבר, עד לפרידתם, עם הוריו של בן זוגה ועם הוריה שלה, לרבות התבטאויות של התובעת ביחס להוריה בשיחות אישיות שקיימה עם הנתבע. בצדק טוענת התובעת כי הספר מתאר באופן מקיף, וללא כל הסוואה, את מערכות יחסיה האינטימיות ביותר, חושף את מחשבותיה, רגשותיה, מאווייה, סודותיה וחייה המיניים. כל זאת באופן שחייה של התובעת, עד לפרטים האינטימיים ביותר, נפרשים כספר הפתוח בפני הקוראים" (פסקה 49 לפסק-הדין של בית המשפט המחוזי). תיאורים מעין אלו מהווים פגיעה חמורה בלב לבה של הזכות לפרטיות.

הגנה על יחסי האמון הזוגיים

145. "קנה לך חבר". עצה טובה זו, המיוסדת על הטבע ועל הצורך האנושי, משיא לנו ר' יהושע בן פרחיה (משנה, אבות א, ו). "וקנה לך חבר, כיצד? מלמד שיקנה האדם חבר לעצמו שיאכל עמו... ויקרא עמו... ויגלה לו כל סתרו, סתר תורה וסתר דרך ארץ" (אבות דרבי נתן ח, ג). אדם זקוק לחבר; איש ואישה זקוקים זה לזו וזו לזה. "או חברותא או מיתותא" (בבלי, בבא בתרא טז, ב). מערכת היחסים שבין אדם לחברו ובין איש לאשתו משמשת מקום מפלט לאדם, מקום שמור ומוגן. העולם החיצוני, הריהו זר ומנוכר. פיתו של אדם הוא מבצרו. ברשות הרבים אדם נמצא כל העת תחת עין בוחנת ובודקת. ברשות היחיד, בדל"ת אמותיו, ביחד עם חבר או בת זוג, יש לו לאדם פיסת אדמה, מנוח לגוף ושלווה לנפש. מערכת יחסים זו מתאפיינת במידה גבוהה של אָמוֹן בין הצדדים. בשיאה, מקבלים החברים ובני הזוג, זה את זה, כמות שהם, ללא סייג. מערכות מעין אלו מעודדות את האדם לפתוח את סגור לבו, לשתף את רעהו בסוד שיחו. בניגוד לשריון הקשקשים אשר אותו עוטה אדם עם יציאתו לעולם החיצוני המנוכר, מערכות יחסים מעין אלו מאופיינות בהסרת המעטפת החיצונית ובחשיפת העולם הפנימי. במהלכם נחשף בן הזוג במערומיו, הגשמיים והרוחניים, לפני בן הזוג השני. משטר משפטי ראוי מקנה הגנה על מערכת יחסים זו. סודות ופרטים אשר התגלו במסגרת יחסים בינאישיים, שבהם קיימת ציפייה גבוהה ליחסי-אמון, ראויים להגנה משפטית. דברים מעין אלו נאמרו בבית המשפט האנגלי:

"There could be hardly be anything more intimate or confidential than is involved in that relationship, or than in the mutual trust and confidences which are shared between husband and wife. The confidential nature of the relationship is of its very essence and so obviously and necessarily implicit in it that there is no need for it to be expressed" (Argyll v. Argyll [1967] Ch. 302, 322)

NIGEL LOWE & GILLIAN DOUGLAS, BROMLEY'S FAMILY LAW : להרחבה ראו גם :
113-115 (2007).

146. המערער והמשיבה ניהלו קשר רומנטי ארוך שנמשך כחמש שנים. במהלך תקופת היכרותם, נפרדה המשיבה מבן-זוגה, והמערער התגרש מאשתו. ברי כי קשר יציב וממושך שכזה, מקים חובת נאמנות מוגברת. בחשיפת פרטים אינטימיים, אשר נודעו לאחד הצדדים במהלך הקשר הזוגי, יש משום פגיעה חמורה ברציונאל העומד ביסוד ההגנה על הפרטיות ובמגמה לשמור ולהגן על קיומן של מערכות יחסים בין-אישיות. מטבע הדברים, ההקשר שבו נתגלו הפרטים, ואֵלו ששאלת חשיפתם עומדת על הפרק, אף הוא מוסיף לעומק ולמשקל הפגיעה בפרטיות בענייננו.

147. סיכום ביניים: לאחר בחינת מידת בדיוניותה של היצירה ומידת הפגיעה בזכות לפרטיות, נמצאנו למדים, כי הבדיון מועט והפגיעה רבה. מדובר ביצירה, רומן, אשר המפר הרחוק הסביר עשוי לזהות בו את המשיבה. מדובר בפגיעה חמורה בליבת הזכות לפרטיות, במערכת יחסי-האמון הזוגית. התוצאה הבלתי נמנעת היא שבפרסום הרומן יהא כדי לגרום לפגיעה חמורה ועוצמתית בפרטיותה של המשיבה; הזיהוי והפגיעה חוברים להם יחדיו ליצירת משקל כבד על כף הפרטיות במאזניים החוקתיות.

חופש הביטוי

148. רמת הפגיעה בחופש הביטוי תיבחן בהתאם לרציונאלים המונחים בבסיסו. נבחין בין רציונאלים המשקפים ערכים חברתיים נרחבים כדוגמת: כבוד האדם, גילוי האמת, וחשיבותו של חופש הביטוי במשטר הדמוקרטי. מימוש ערכים אלו באמצעות הביטוי הנבחן, מעלה לדרגה גבוהה את ההגנה על הביטוי, על החופש לבטא. מנגד, במידה והביטוי יעמוד בעיקר על יסוד הרווחה האישית, ירד הערך לדרגת אינטרס, וכד כבוד תרד מידת ההגנה על החופש לבטא. אין מדובר בבחירה בינארית. ביטויים רבים מכילים בקרבם כמה אלמנטים הנובעים מרציונאלים שונים. על בית המשפט מוטלת המלאכה להכריע מהו המינון של הרציונאלים המוגשמים בביטוי.

149. ברומן פרי עטו של המערער, מגולם חופש היצירה. מופע יחודי זה, איננו זוכה להגנה חמורה כמו חברו הביטוי הפוליטי (ראו והשוו: ברק, כבוד האדם, לעיל בעמוד 731), אך הוא איננו יורד לדיוטה התחתונה, דוגמת עמיתו המסחרי. ככזה, הוא מגשים ערכים שונים העומדים בבסיס חופש הביטוי – גילוי האמת, וחשיבותו של חופש הביטוי במשטר הדמוקרטי – אך אין מדובר בהגשמה מלאה של רציונאלים אלו, המתממשים במלואם בביטוי הפוליטי. לחופש היצירה נודע גם פן אישי אינטרסנטי.

היוצר מעוניין להאדיר את שמו ולפרסמו ברבים. שקלול רציונאליים אלו מעלה כי הביטוי שלפנינו מגשים בצורה בינונית את חופש הביטוי. אידיאל ואינטרס משמשים בו בערבוביא. גם הפגיעה בחופש הביטוי בעניין דנן אינה מן החמורות, באשר מקורה איננו בצנזורה מצד רשויות השלטון, אלא בתובענה של המשיבה כאדם, שעניינה בשמירה על זכותה לפרטיות. האיזון בין פגיעה חמורה וקשה בזכות לפרטיות אל מול פגיעה בינונית בחופש הביטוי, נוטה לטובת ההגנה על הפרטיות.

חשש מפני גניזת יצירות ספרותיות

150. על-פי המערער, דחיית הערעור "עלולה להוביל לתוצאות אבסורדיות" ולגניזת יצירות ספרותיות חשובות המבוססות על אירועים "אמיתיים". ב"כ המערער מצטט מדבריו של מנכ"ל הוצאת הספרים, אשר בעדותו בבית המשפט המחוזי קבל נגד מדיניות משפטית שכזו: "בעצם מה יתבקש ממני, לא להוכיח שהיו דברים מעולם, אלא להוכיח שלא היו דברים מעולם... אני אצטרך להוכיח שלא היתה לגיבור הבדיוני שכנה כזאת... איך אפשר להוכיח מה שלא היה... כל יצירה שהיא היא בלתי אפשרית, אם אנחנו מגיעים למקום ההזוי הזה בעיני... זה שיתוק מוחלט של היצירה המקורית" (עמוד 110 לפרוטוקול). המערער אף מציין רשימה נכבדה של יצירות ספרותיות חשובות אשר היו נגזרות ולא יוצאות לאוויר העולם, על-פי המדיניות המשפטית שקבע בית המשפט המחוזי.

151. המערער טוען כי "לפסק-הדין עשויות להיות... השלכות הרסניות על ענף שלם של כתיבה ספרותית. משמעותו המעשית היא כי נאסר על סופרים הכותבים אוטוביוגרפיה או רומן אוטוביוגרפי לספר על אודות מערכת יחסים עם אדם נוסף, ולשתף את הציבור באמצעות היצירה בחוויות שהם עצמם חוו במערכת יחסים זו". בסיום דבריו קורא המערער לבית המשפט לעצור ולשאול את עצמו "האם אהיה מוכן להחיל את אותן אמות המידה בדיוק על אחת מיצירות המופת של הספרות העברית? אם אתעלם מזהותו של המערער ואדמיין כי לפני עומד עמוס עוז, או דוד גרוסמן, או מאיר שלו – האם גם אז אגיע לאותה תוצאה?"

152. עשיתי כמצוות המערער. פניתי לשאול את עצמי, האם אכן אהיה מוכן לאמץ אמות מידה דומות במצבים אחרים? אך תחילה אקדים מילים אחדות. הטיעון התועלתני, בדבר העלאת הרווחה המצרפית של החברה, כפועל יוצא מפרסום עבודות ספרותיות, יש בו קסם רב. לכאורה הדבר פשוט: במצבים שבהם מתנגשת זכות של אדם פרטי אחד, עם זכות של אדם אחר אשר הרווח המצרפי שלה גבוה, יש להעדיף את הזכות השניה.

153. ברם, טיעון זה לוקה בתרתי: ראשית, ההגנה על כבודו של אדם עולה אף מהתועלתנות עצמה, שהרי חברה המטילה את ערך כבוד האדם לאשפתות, מקטינה את הרווחה המצרפית במידה משמעותית. עיקרון זה לא נעלם מעיני אבי תורת התועלתנות, ג'ון סטיוארט מיל, אשר בספרו "על החירות" קבע כי תועלת ורווחה מצרפית עולים גם ממשטר השומר על זכויותיו של אדם. תועלת זו צריכה להילקח בחשבון בשעה שבוחנים את משטר הרווחה המצרפית במצבים של פגיעה בזכויות אדם. עמדה דומה מובאת במדרשי חז"ל העוסקים בבניית מגדל בבל המקראי: "ר' פנחס אומר לא היו שם אבנים לבנות את העיר ואת המגדל, ומה היו עושים? היו מלבנים לבנים ושורפים אותם כיוצר חרש עד שבנו אותו גבוה כשבעה מילין... ואם נפל אדם ומת לא היו שמים לבם עליו, ואם נפלה לבנה היו יושבין ובוכין ואומרים מתי תעלה אחרת תחתיה" (פרקי דרבי אליעזר (היגר), פרק כד). העדפת הלבנה על פני האדם – היא העומדת במרכז הביקורת החזלי"ת כלפי המגדל הבבלי.

154. שנית, ישנם מצבים בהם אנו מכריעים כי הגנה על כבודו של אדם חשובה יותר מהשגת ערכים חברתיים אחרים. כך הוא הדבר למשל במדיניות המשפטית כלפי ניסויים בבני אדם. הברכה הצפונה בניסויים מעין אֵילו, והרווחה המצרפית הצפויה מהם, יכולות להיות בעלות השפעה מכרעת על עתידה של האנושות כולה. למרות זאת בחר המשפט לנקוט במדיניות משפטית מרסנת, הפועלת ביד קשה נגד אֵילו, על מנת שלא לפגוע בכבודו של אדם. עקרון דומה בא לידי ביטוי בדברי חז"ל הקובעים כי "גדול כבוד הבריות שדוחה [את] לא תעשה שבתורה" (בבלי, ברכות יט, ב).

155. ברי כי אין להמעט מחשיבותו של חופש היצירה בכלל, וזה האוטוביוגרפי בפרט. יש להעניק לו מקום של כבוד בממלכת הזכויות הישראלית. על דרך הכלל, לא ימנע בית משפט פרסום של ספר אוטוביוגרפי. מניעה מוקדמת היא מעשה נדיר ביותר. ברם, אין זה מן הנמנע כי כתוצאה מהמדיניות המשפטית המותווית בפסק הדין של בית המשפט המחוזי, והמאומצת עתה בפסיקתנו בבית משפט זה, תחסר האנושות כולה מספר יצירות ספרותיות. טיעון זה, כאמור, אין בו כדי לדחות את הכרעתנו. ישנם ערכים שעבורם ראוי להפסיד גם כמה "ספרים טובים". האדם קודם לפרט. הספר נועד לשרת את האנושות ולא להפך, בחינת "שפחה כי תירש גברתה" (משלי ל, כג). נראה כי המערער הפריז בדבריו על "חורבן תרבותי" ועל יצירתו-שלו "עלתה בלהבות", עד כי שכח מהי הסיבה ומהו המטובב.

זכות יוצרים ולשון הרע

156. בית המשפט המחוזי קבע כאמור כי אין צורך להכריע בטענות המשיבה על הפרת המערער את זכות היוצרים שלה במכתביה – שבהם עשה שימוש בספרו – משום שממילא אין הצדקה לפסיקת פיצוי כספי נוסף מעבר לפיצוי בגין הפגיעה בפרטיות. בסיכומיו לא התייחס המערער לעילת תביעה זו. לפיכך, אין מקום להידרש לעניין זה בגדרי הערעור דנן. כיוצא בזה, בנוגע לטענת המערער, כי אין בהוצאת ספרו לאור, משום פרסום לשון הרע על המשיבה. לדבריו, שגה בית המשפט המחוזי בקביעתו, כי "התובעת (הדמות הספרותית) מתוארת בספר כמי שניהלה מערכת יחסים אינטימית עם גבר נשוי, וכי עשתה זאת במקביל למערכת יחסיה עם בן זוגה באותה עת. עוד היא מתוארת כמי שמוכנה לדרוס כל דבר העומד בדרכה למטרותיה, וכמי שעושה שימוש באנשים 'כמו היו חפצים'" (פסקה 68 לפסק-הדין). המשיבה מצדה טוענת כי יש להתיר על כנה גם את פסיקתו-זו של בית המשפט המחוזי. גבי דידי, גם עניין זה אינו טעון הכרעה במסגרת הערעור דנן, באשר אין לו נפקות לעניין הסעדים.

הסכמת המשיבה

157. סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות מורה, כי "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו, ללא הסכמתו". לטענת המערער, משהביעה המשיבה את הסכמתה לכתיבתו של הספר, שוב אין בפרסומו משום פגיעה אסורה בפרטיות. בית המשפט המחוזי דן באריכות בטענה זו ומסקנתו החלטית: "יש לקבוע, כי לא רק שהתובעת לא נתנה הסכמה מדעת לפגיעה בפרטיותה, אלא שהתובעת הבהירה לנתבע בטרם הפרסום כי היא אוסרת עליו לכלול בספר פרט העשוי להביא לזיהויה" (פסקה 65 לפסק-הדין). מקובלת עלי הכרעתו של בית המשפט המחוזי, על סמך מה שהובא לפניו. מדובר בהכרעה בעניין שבעובדה. כידוע, אין זה מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בכגון דא, ואין סיבה טובה לחרוג מדרך הכלל. אדרש קמעא, עם זאת, לפן המשפטי של הסכמה לפגיעה בפרטיות.

158. אין עוררין על כך שהמשיבה הביעה מספר פעמים לפני המערער את התנגדותה לפרסום הספר. לטענת המערער, להתנגדות זו קדמה הסכמה. מה טיבה של הסכמה זו והאם ניתן לחזור הימנה?

159. מלומדים שונים הביעו את עמדתם כי "ניתן להמשיל את ההסכמה לחוזה, ועקרונות דיני החוזים יחולו על ההסכמה" (דיני הגנת הפרטיות לעיל, בעמוד 45); וכי "אין מניעה להחיל עקרונות של דיני חוזים על ההסכמה" (מרחב פרטי, עמוד 100). על אף הדמיון הניכר לעין, הצביעו המלומדים על הקושי ב"החלה עיוורת" של דיני החוזים: "על אף שנראה כי עקרונות דיני החוזים חלים על אלמנט ה'הסכמה', דיני הגנת הפרטיות

מעוררים דילמות שלא תמיד ניתן לפתור בעזרת דיני החוזים. כך, לדוגמה, עשוי לקרות כשנותן ההסכמה יחזור בו מהסכמתו שנתן: העקרון הבסיסי בדיני החוזים מחייב אכיפת ההתחייבות. אך לדעתנו סעד זה אינו בהכרח מתאים במקרה של חזרה מהסכמה לוותר על הזכות לפרטיות. אופייה האישי של ההסכמה לוותר על הפרטיות והעלאת הזכות לפרטיות לדרגה של זכות יסוד, מחייבות את הפרשן להשתמש בכלים נוספים לבחינת 'ההסכמה', נוסף על דיני החוזים. כאשר אדם חוזר בו מהסכמה לוותר על פרטיותו, אין, לדעתנו, לנקוט כלפיו את דיני האכיפה הרגילים, ולפרסם מידע הפוגע בפרטיותו על סמך הסכמה קודמת. יש להתיר לאדם, בעיקר בנסיבות בהן מדובר במידע אינטימי, את האפשרות לחזור בו מוויתור על זכותו לפרטיות וזאת כנגד פיצוי כספי אם הצד שהסתמך על הוויתור לפרטיות ניזוק בשל כך" (ראו דיני הגנת הפרטיות לעיל, 46; לעמדות דומות ראו: מרחב פרטי לעיל, The Law of Privacy and the Media; 104-100; לעיל, בעמודים 537-538).

160. דומני, כי הסכמתו של אדם לפגיעה בפרטיותו, איננה סוף פסוק. מעמדה החוקתי של הזכות, אופייה האישי הקשה של הפגיעה בפרטיות, עשויים להציב את התרופות בגין חזרה מהסכמה, במקום שונה מזה שעל-פי דיני החוזים. יתכן שאכיפה לא תהא מוצדקת, בנסיבות של פגיעה קשה בפרטיות, לעומת פיצויים כספיים שיכול ותהיה הצדקה לפסוק בגין החזרה מן ההסכמה, אם זו גרמה לנזק. על-פי "מקבילית כוחות" בין עוצמת הפגיעה בפרטיות לבין תוקפה של ההסכמה, ככל שהפגיעה קטנה יותר כך יגברו הסיכויים לקבלת סעד אכיפתי; ככל שהפגיעה קשה יותר, תיטה הכף להימנע מאכיפה, תוך מתן אפשרות לסעד של פיצויים. בענייננו, כאמור, פסק בית המשפט המחוזי כדבעי כי הסכמה היא לא היתה. היתה התנגדות מפורשת של המשיבה להכללת פרט שיוכל להביא לזיהויה.

סוף דבר

161. חופש הביטוי של המערער 'מתנגש' עם זכותה של המשיבה לפרטיות. חירות היצירה שלו, כפי שבאה לידי ביטוי בספר שכתב, פוגעת בשמה הטוב של המשיבה. מעלות רבות ונכבדות יש ליצירה האוטוביוגרפית. ברם, הספר הנדון הוא למעשה ספר תיעודי המוסווה כיצירה בדיונית – כפי שפסק בית המשפט המחוזי – ופגיעתו בפרטיותה של המשיבה היא קשה וחמורה. בשתי זכויות חוקתיות עסקינן – חופש הביטוי והזכות לפרטיות – וכעקרון אין יתרון לאחת על פני רעותה. בפסיקתנו בחנו האם משקלה של התועלת אשר תצמח מהגשמתה של זכות אחת, עולה על משקל הנזק שיגרם לזכות האחרת. מסקנתנו העקרונית היא כי על כפות המאזניים החוקתיות יגבר כוחו של חופש הביטוי במצב דברים של פגיעה קלה ובינונית בזכות לפרטיות, אל מול פגיעה קשה בחופש הביטוי; כוחה של הזכות לפרטיות יגבר כשהפגיעה בחופש הביטוי היא

קלה או בינונית, ולעומתה הפגיעה בליבת הפרטיות היא קשה. פרטנו את העקרון לפרוטות, בהתאם לנסיבות העניין והספר הנדון, ומצאנו כי הדין מועט, והפגיעה רבה. פגיעה קשה וחמורה בפרטיות המשיבה, כשמנגד, פגיעה בינונית בחופש הביטוי של המערער. זיהויה של המשיבה בספרו של המערער כבת-דמותה של הגיבורה, בד בבד עם תיאור מפורט של מעגל החיים הפנימי שלה, בכלל זאת נושאים אינטימיים במובהק, גוברים במשקלם המצטבר על הפגיעה בחופש הביטוי של המערער, שאידיאל ואינטרס משמשים בו בערבוביא.

162. אילו ביקש המערער לקיים תערוכת צילומים שבה יציג לראווה את המשיבה עמו ערום ועריה, דומה כי היה ניתן צו מניעה, על מנת שלא יעשה כן. לא כל שכן לגבי הספר, בציירו את גופה של המשיבה בחדרי-משכבה, ובחושפו גם את נימי נפשה וסודותיה הכמוסים. בדין ניתן אפוא בבית המשפט המחוזי צו מניעה קבוע האוסר על פרסום הספר.

163. אשר על כן, אציע לחבכי לדחות את הערעור, ולהותיר את פסק הדין של בית המשפט המחוזי על כנו. כמו כן אציע לחייב את המערער לשלם למשיבה הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד בסך של 75,000 ₪.

ש ו פ ט

המשנה לנשיא מ' נאור:

1. חברי השופט סולברג פרש יריעה רחבה, דומה כי מהסקירה שערך עולה כי אילו נדון העניין שבפנינו בבתי המשפט שבארצות הברית – התוצאה היתה שונה. התוצאה של פסילת ספר שנכתב – תוצאה קשה היא, ויש לשמור אותה למקרים חריגים. חוששתני כי המקרה שלפנינו הוא כזה.

2. נראה שהמערער בספרו יותר משיקש לכתוב על הגיבורה ביקש לכתוב דווקא על גיבור העלילה, על החוויה של גבר העוזב את ביתו נפשית ופיזית בתהליך הדרגתי, תחילה לטובת רומנים קצרי מועד, ובסופו של דבר לטובת מערכת יחסים עם הגיבורה. מערכת היחסים עם הגיבורה החלה בעוד גיבור העלילה נשוי, והיחסים נמשכו לאחר שגיבור העלילה עזב את ביתו. היצירה מתארת את הקשיים במערכת היחסים של גיבור

העלילה עם אשת נעוריו, ועם ילדיו, קשיים הפוגעים בסופו של דבר גם ביחסיו עם הגיבורה לה אין הוא יכול לפנות את עולמו. לא הגיבורה עומדת במרכז העלילה, אף שלגיבורה ולנשים אחרות (במידה פחותה) מקום של כבוד בעלילה. במרכז העלילה עומד האיש העוזב את ביתו.

אולם, בכתיבתו, שבמרכזה עומד גיבור העלילה, פרץ המחבר גבולות מותרים, ופגע באופן קשה בפרטיותה של המשיבה. מלכתחילה אפשר היה לכתוב את הדברים אחרת. בצדק ציין חברי, בעקבות קביעותיו של בית המשפט המחוזי כי הדברים נכתבו באופן שגם אדם רחוק המכיר את המשיבה היה מזהה שבה המדובר. המשפט הסטנדרטי המופיע בחלקה הפנימי של כריכת הספר כי עלילת הספר והדמויות הנזכרות בו הם כולם פרי דמיונו של המחבר וכי כל קשר לדמויות או אנשים חיים מקרי בהחלט – אינו משקף את מצב הדברים לאשורו. משכך – לא היה מקום לתיאורים שונים, שלא יהיה נכון לפרטם, העוברים כחוט השני לאורך הספר כולו. אף לא היה מקום לשתף את הקורא במחשבותיה הכמוסות של הגיבורה ובחיי המין שלה. המערער כתב את ספרו כפי שכתב אותו תוך התעלמות מאותה פגיעה קשה. לא נוכל להדגים את עוצמת הפגיעה בפרטים שיש בספר, משום שפירוט כזה יהווה אף הוא פגיעה בפרטיות. דיני שאציין כי דברי בעניין הפגיעה הקשה נכתבו לאחר קריאת הספר במלואו.

אף שמלכתחילה אפשר היה כאמור אחרת. הצענו בדיון לאפשר שינויים שאינם קלי ערך בספר אך הדבר לא הסתייע. לא נוכל ליטול על עצמנו בפסק דין את התפקיד של "עורך ראשי" ואת התפקיד של מי שיורה על שינויים ברומן ספרותי. להתרשמותי מלכתחילה ניתן היה לכתוב את הדברים אחרת בלי פגיעה של ממש בחירות היצירה, אולם המערער כתב מה שכתב באופן המתעלם כליל מהפגיעה במשיבה.

3. על אף הקושי הלא מבוטל שאני חשה לגבי הצורך לצנזר יצירה ספרותית – אני מצרפת דעתי בסופו של יום לדעת חברי השופט סולברג, והכל תוך הדגשה כי פסילת יצירה ספרותית צריכה להיעשות במקרה נדיר. אלא שהמקרה שלפנינו, הוא כאמור כזה.

המשנה לנשיא

1. אני מסכים לפסק דינו היסודי והמקיף של חברי השופט נ' סולברג. אעמוד בקצרה על הטעמים שמנה חברי אשר הביאוני למסקנתי זו.

2. ראשית, המקרה שלפנינו מעלה שאלה מורכבת הנוגעת לאיזון הנכון בין חופש הביטוי של המערער לבין הזכות לפרטיות של המשיבה במסגרת סעיף 18(3) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות). הסעיף קובע איזון בין הזכות לפרטיות לבין חופש הביטוי וזכות הציבור לדעת. בהקשר זה אני מסכים לגישתו של חברי לפיה תפקידו של בית המשפט היא ליצוק תוכן לתוך נוסחה עקרונית זאת, ובמקרה דנן – לפרשה לאור עקרונות חוקתיים (פסקאות 53, 68 לחוות דעתו; רע"א 6902/06 צדיק נ' הוצאת עיתון הארץ, פסקה 10 (13.8.2008)).

3. לגישתי, באיזון בין שתי זכויות חוקתיות שוות מעמד, דרך המלך היא בנקיטה בגישה מפשרת במטרה לאפשר לשתי הזכויות לדור בכפיפה אחת, וזאת באמצעות פגיעה מידתית באחת על חשבון השנייה (ראו והשוו: בג"ץ 2481/93 דין נ' מפקד מחוז ירושלים, מח (2) 456, 474-475 (1994); עע"מ 398/07 התנועה לחופש המידע נ' רשות המיסים, פסקה 53 (23.9.2008); עע"מ 9341/05 התנועה לחופש המידע נ' רשות החברות הממשלתיות, פסקה 31 (19.5.2009); רות גביזון "איסור פרסום הפוגע בפרטיות – הזכות לפרטיות וזכות הציבור לדעת" זכויות אזרח בישראל - קובץ מאמרים לכבוד חיים ה. כהן 177, 204, 219 (1982)). ברוח זו, ניסינו לפשר בין הצדדים בדיון שקיימנו בערעור, ולצמצם מן הפגיעה בפרטיות של המשיבה ולאפשר את פרסומו של הספר. אולם, למרבה הצער, ניסיון זה לא צלח. רק אז, בהיעדר אפשרות לפשר בין הזכויות, יש לפנות לדרך של הכרעה בינארית ולבכר זכות אחת על פני השנייה (ראו: בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית-הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529, 537-539 (2003)).

4. שנית, היקף ההגנה לביטוי נקבע בהתאם לרציונאליים אותן הוא מקיים. בית משפט זה קבע כי שלושת הרציונאליים העומדים בבסיס חופש הביטוי הם חשיפת האמת, הגשמתו העצמית של הפרט, וחזוק הדמוקרטיה (בג"ץ 399/85 כהנא נ' רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, פסקאות 14-16 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' ברק (1987) (להלן: פרשת כהנא); אילנה דייץ-אורבך "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי" עיוני משפט כ 377 פרק א (1996)).

5. לגישתי, על אף שאין עוררין כי ספרו של המערער חוסה תחת חופש הביטוי, הרי שמרבית הרציונאליים שבבסיסו (בדגש על גילוי האמת, כפי שיפורט מיד) אינם חלים על היצירה, וודאי לא באופן מלא. בהקשר זה, אזכיר כי חלק נכבד מטענותיו של המערער, הן בפנינו הן בפני בית המשפט המחוזי, התבססו על הטענה כי עסקינן ביצירה בדיונית, ולפיכך אינה יכולה למעשה לפגוע בפרטיותה של המשיבה. נוכח זאת, מקבל אני את עמדת חברי כי רציונאל "גילוי האמת" אינו חל על הספר באופן מלא (פסקה 149 לחוות דעתו). יצוין, כי בתחילת הספר כתוב, שחור על גבי לבן:

"עלילת הספר, הדמויות הנזכרות בו ושמותיהן הם כולם פרי דמיונו של המחבר. כל קשר בין עלילת הספר לבין אירועים שהתרחשו במציאות, כמו גם בין הדמויות הנזכרות בו ושמותיהן לבין דמויות או שמות של אנשים חיים או מתים, מקרי בהחלט".

6. במצב דברים זה, מתקשה אני לקבוע כי הספר עוזר "להבטיח את חופש הביטוי כדי לאפשר להשקפות ולרעיונות שונים ומגוונים להתחרות אלו באלו. מתחרות זו - ולא מהכתבה שלטונית של 'אמת' אחת ויחידה - תצוף ותעלה האמת, שכן סופה של האמת לנצח במאבק הרעיוני" (פרשת כהנא, בפסקה 14). נוכח זאת, אני סבור כי היקף ההגנה שיש להעניק לספר אינו רחב שעה שמן הצד השני ניצבת זכותה של המשיבה לפרטיות במובנה המובהק ביותר, ודין האחרונה לגבור.

7. מטעמים אלה, מסכים אני לפסק דינו של השופט נ' סולברג.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נעם סולברג.

ניתן היום, כ"ד בניסן התשע"ד (24.4.2014).

הותר לפרסום היום, כ"ב באייר התשע"ד (22.5.2014).

פסק הדין נשלח במתכונתו המלאה אל ב"כ הצדדים, ולבקשתנו הוצעו השמטות ושינויים קלים כדי למנוע מצב שתוכן פסק הדין יחשוף פרטים שפרסומם יחתור תחת צו איסור פרסום הספר. עיקרי ההשמטות והשינויים הוטמעו בנוסח פסק הדין הנ"ל. אנחנו מתירים אפוא לפרסם את פסק הדין במתכונתו המצומצמת הזו, כשהאיסור לחשוף את שמות בעלי הדין ופרטים מזהים לגביהם, וכן גם את פסק הדין במתכונתו המלאה, בעינו עומד.

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיא