

פרסום מידע פרטי:

בחינה יישומית של הזכות לפרטיות במבט השוואתי

מאת

תמר גדרון*

א. מבוא. ב. על הזכות לפרטיות: כללי. ג. מבט השוואתי: הזכות לפרטיות באנגליה. 1. כללי: הרקע להגנה על האינטרס לפרטיות; 2. נקודת המפנה: פסק-הדין בעניין *Campbell v. MGN*; 3. בין פסק-דין *Campbell* לפסק-דין *Mosley*; 4. פסק-דין *Mosley v. News Group Newspapers Ltd.*; 5. שינוי גישה או סמנטיקה גרדא? ד. מבט השוואתי: ההגנה על הפרטיות בדרום-אפריקה. 1. פסק-דין *NM v. Smith*: הסיפור העובדתי וההליך המשפטי כבסיס לדיון; 2. פיתוח הזכות לפרטיות באמצעות הוראה חוקתית; 3. פסק-דין *Tshabalala-Misimang v. Makhanya*; 4. מה בין עניין *NM* לעניין *Tshabalala-Misimang*: המגמה השלטת; ה. פרטיות ולשון הרע בפסיקה בישראל. 1. רקע; 2. פסק-דין צדיק נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ: הפרת הבטחה המבססת עילה של פגיעה בפרטיות; 3. פסיקה ישראלית נוספת בעניין הזכות לפרטיות; ו. סקירה השוואתית: הגנת הפרטיות ולשון הרע, עקיפות וחפיפות. 1. מבט כללי; 2. מבט השוואתי על הפסיקה באנגליה, בדרום-אפריקה ובפלורידה; 3. מגמות והעדפות בפסיקה הישראלית; 4. מסקנות. ח. סיכום.

* בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי, המכללה למנהל. אני מבקשת להודות לעו"ד אורי וולובלסקי על עזרתו המצוינת באיסוף החומר ועריכתו, לד"ר עומר טנא ולד"ר בועז שנור על הערותיהם המועילות מאוד, ולתלמידי סדנת המחקר למצטיינים בבית הספר למשפטים של המסלול האקדמי של המכללה למנהל בהנחייתו של ד"ר שמוליק בכר. המחקר נערך בסיועה של קרן המחקר של בית הספר.

א. מבוא

כמה שווה דירתו של יושב-ראש מפלגה המתמודדת לבחירות על בסיס מצע סוציאליסטי¹? מי היו אורחיו של ראש ממשלת ישראל לשעבר בחגיגת בר-המצווה של בנו ומה הייתה עלותה של חגיגה זו²? האם גילוף דלעת היה התחביב המועדף על נשיא ארצות-הברית ברק אובמה בהיותו ילד בהוואי³? מה היה סוג הכריך המועדף על מזכירת המדינה הילרי קלינטון בהיותה סטודנטית בפקולטה למשפטים⁴? האם מותר "להוציא מהארון" את מי שאינו חפץ בכך⁵? ועד כמה "פרטית" היא פרטיותנו בהלכנו ברחוב כשעינו של צלם עיתונות חולף צדה פרט מעניין בדמותנו⁶?

ובאופן כללי יותר: כיצד מתמודדת חברה מודרנית עם הצורך לשמור על זכותו של הפרט לפרטיות, ככל שמדובר בפרסום מידע שהוא אינו חפץ בפרסומו, ומה הם קווי הגבול שבמסגרתם העיתונות – המונעת על-ידי אינטרסים כלכליים, מסחריים וחברתיים – מוגנת, כשהיא מספקת לאותה חברה, מחד גיסא, את פירווי הטרוויה הללו, ומאידך גיסא, גם אינפורמציה בעלת חשיבות חברתית כללית⁷? האם יש הבדל בין ההגנה על הפרטיות מפני

- 1 מ' בנגל, ע' אפרתי "אהוד ברק עוזב את מגדלי אקירוב" Nrg מעריב (26.8.08), <http://www.nrg.co.il/online/54/ART1/778/599.html>
- 2 א' מרסיאנו "יאיר נתניהו תורם את בר המצווה לנפגעי טרור" Ynet ידיעות אחרונות (19.9.04), <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2978769,00.html>
- 3 J. Steinhauer "Hawaii a Young Obama Walked in Many Worlds" (17.3.07), http://seattlejew.blogspot.com/2008_02_01_archive.html
- 4 N. Benac "Hillary Clinton's Life Pivots Once More" Wash. Post (22.1.07), <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/01/22/AR2007012200323.html>. שתי הדוגמאות לקוחות ממאמר מעניין שפורסם לאחרונה בארצות-הברית ומציע לפרסם תוצאות של בדיקות גנטיות של מועמדים לנשיאות ארצות-הברית. ראו D. Helix "Double Standards: Private Matters and Public People" 11(2) Jour. Health Care Law & Policy (2008) 295.
- 5 ת"א (שלום ת"א) 64981/04 בורכוב נ' לירון (פורסם בנבו, 5.6.06).
- 6 ראו להלן הערות 10 ו-11, שבהן נעשה שימוש בתמונת אדם אנונימי שצולם במקום ציבורי כמקדם מכירות. יש להבחין בין מצב דברים זה לבין צילום דמות מפורסמת במקום ציבורי, כשמטרותיהם של שני המצבים שונות כתכלית וגם המיקוד של הצילום בהקשר הוא שונה, כמובן. ראו (H.L.) [2004] 2 AC 457 (H.L.) *Campbell v. MGN Ltd.*, [2004] 2 AC 457 (H.L.) (להלן – עניין *Campbell*). השוו גם T.R. Brown "Double Helix, Double Standards: Private Matters and Public People" 11(2) Jour. Health Care Law. & Policy (2008) 295.
- 7 במאמר זה אתמקד בעיקר במדיה הכתובה והמשודרת ולא במדיה הדיגיטלית. על אבדן הפרטיות ברשת ראו נ' אלקין-קורן, מ' בירנהק "הגנת הפרטיות באתרים ציבוריים" ביטאון אוניברסיטת חיפה (2004) 7. ראו גם O. Tene "What Google Knows: Privacy and Internet Search Engines" (2008), http://works.bepress.com/omer_tene/2/; ע' טנא "תסתכל בקנקן

חשיפה שלעתיים "רק" אינה נוחה לנחשף ולעתיים פוגעת בו ממש, לבין ההגנה על שמו הטוב של הפרט – בייחוד במקרים שבהם קווי הגבול בין שתי הזכויות הללו, לפרטיות ולשם טוב, חופפים או נושקים זה לזה? כיצד מתמודדים בתי-המשפט עם הצורך ליישם תאוריות חברתיות-מוסריות-כלכליות שעומדות בבסיסן של זכויות היסוד הללו, הזכות לשם טוב והזכות לפרטיות, מחד גיסא, וחופש הביטוי והזכות לקבלת אינפורמציה, מאידך גיסא – שכידוע אף אחת מהן אינה זכות מוחלטת?⁸

בדוגמאות שבהן פתחתי, כמו גם ביתר המקרים שבהם אדון להלן, מתמודד בית-המשפט עם הצורך לאזן בין שניים ולעתיים בין שלושה אינטרסים מנוגדים המתחרים על הבכורה. מצד אחד, ניצבת זכותו של הפרט הנחשף לעין הציבור שלא ברצונו – ולא פעם גם בקלוננו – לשמירה על פרטיותו ולעתיים גם על שמו הטוב. מצד אחר, ניצבת הזכות המורכבת – זו המעוגנת הן באינטרס הקיבוצי והציבורי והן באינטרס האישי והפרטי של כל אחד מיחידיה של החברה – להפצתו ולקבלתו של מידע באופן חופשי ממגבלות ומסייגים. חמש דוגמאות אקראיות הלוקחות מהפסיקה של השנים האחרונות תדגמנה היטב את גדר ההתלבטות הערכית בסוגיה שתעסיקנו ברשימה זו: פרסום שנעשה על-ידי פרופסור באקדמיה, שבו הוא מסביר לעמיתיו כי רמתו של פלוני, המועמד לקבלה ללימודי דוקטורט במוסד שבו הוא מלמד, היא ירודה ביותר וכלל לא היה מקום לקבלו ללימודים מתקדמים⁹; בחור צעיר לבוש מדי צה"ל מצולם במרכזו של תהלוכת הומוסקסואלים הצועדת ברחובות

ותראה מה יש בו: נתוני תקשורת ומידע אישי במאה ה-21" (לא פורסם). על בעיות משפטיות של forum shopping במקרים של הוצאת דיבה באינטרנט ראו J.S. Hemlepp "Rachal's Law' Wraps New York's Arm Around Libel Tourists; Will Congress Follow Suit?" 17 *J. Trans'l L. & Pol'y* (2008) 387

8 רע"א 4740/00 אמר נ' יוסף, פ"ד נה(5) 510 (2001); ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ, פ"ד נח(3) 558 (2004); ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840 (1989), כולם מפי הנשיא ברק, המדגיש את יחסיותן של הזכויות ואת הצורך למצוא נוסחת איזון חוקתית ביניהן הן בשלב האחריות והן בשלב הסעדים. כמו כן ראו ע"א 89/04 נודלמן נ' שרנסקי, פורסם בנבו (4.8.08); רע"א 2572/04 פריג' נ' "כל הזמן", פורסם בנבו (16.6.08) מפי השופטת ארבל, המתייחסת בעיקר להגנות שמעניק חוק איסור לשון הרע למפרסם ולצורך באיזונון. השור ע"א 10281/03 קורן נ' ארגוב, פורסם בנבו (12.12.06). ראו גם א' ברק "המסורת של חופש הביטוי ובעיותיה" משפטים כז (1996) 223; א' דיין אורבך "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי" עיוני משפט כ (1996) 377; ע"ב (ת"א) 2558/06 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ידיעות אחרונות בע"מ (טרם ניתן פסק-דין). ראו גם ע' קם "מאות משתתפים בכנס יסוד החטיבה הצעירה של אגודת העיתונאים" וואלה ברנז'ה (18.7.08), <http://b.walla.co.il/?w=/3050/1315536#section1>

9 ת"א (שלום חי) 16660/04 ליאור נ' הטכניון מכון טכנולוגי לישראל, פורסם בנבו (18.5.08).

העיר והתמונה מתפרסמת ללא הסכמתו¹⁰; במסגרת קידום מכירות של תכנית הטלוויזיה "על המשקל" נעשה שימוש לא מורשה בדמות נשית עתירת ממדים שצולמה ברשות הרבים¹¹; ספר ביוגרפי חושף שמות של חולי איידס¹²; ביוגרפיה רפואית הכוללת פרטים על הרגלי צריכת האלכוהול של שרת בריאות לשעבר נחשפים בעיתונות¹³. ואלו הם רק חמישה מקרים מתוך העשרות הנדונים בבתי-המשפט בארץ ובעולם בשנים האחרונות. במאבק הזה בין הרצון והצורך לפרסם לבין החשש מפגיעה בנפש, בשם ובכבוד האנושי, עוסקת ההגנה המשפטית על הפרטיות והשם הטוב של האדם בחברה המודרנית, הצמאה לידע, לחדשות, לחשיפת פרטים "חסויים" עד רכילותיים ולזרימה מתמדת של מידע שמידת חשיבותו אינה עומדת בדרך כלל ביחס ישר לעניין שהוא מעורר בקרב ציבור צרכניו. כפי שנראה בהמשך, ההגנה על שתי זכויות יסוד אלו נעשית הן במיוחד, במסגרת חוק-יסוד: כבוד האדם¹⁴, הן בנפרד, בחקיקה מיוחדת לכל אחת מהן – חוק איסור לשון הרע¹⁵ וחוק הגנת הפרטיות¹⁶ – אף שלעתים תחולתם של שני החיקוקים חופפת¹⁷. כל שיטת משפט בוחרת להגן על הפרטיות, על כל היבטיה וגווניה, בהתאם למידת החשיבות שהיא מייחסת לזכות זו בהשוואה לאינטרסים אחרים, העומדים לעתים בסתירה אליה. הדמיון והשוני בין שיטות המשפט השונות בכל הנוגע לכלים ולכללים המשפטיים המסדירים את ההגנה על הזכות לפרטיות – שפרסום מידע פרטי הוא רק אחת מדרכי הפגיעה בה במציאות – יכולים ללמדנו רבות על מהותה, על תוכנה, על מקורה ועל חשיבותה של הזכות עצמה כמו גם על ההגנה שמעניקה כל שיטה לאשכול הזכויות של הפרט באישיותו על כלל מרכיביה (personality rights), הכולל לצד הזכות לפרטיות גם את

- 10 ת"א (שלום י-ם) 6023/07 אפריאט נ' ידיעות אחרונות, פורסם בנבו (5.10.08).
- 11 ת"א (שלום ת"א) 26243/05 קוזובר נ' חדשות 10 בע"מ, פורסם בנבו (22.7.07) (להלן – עניין קוזובר); ע"א (מחוזי ת"א) 3645/07 קוזובר נ' חדשות 10 בע"מ, פורסם בנבו (12.5.09). במקרה זה נעשה פעמיים שימוש בסרטון שצולם לא רשות: בפעם הראשונה במסגרת קידום תכניתה של מיקי חיימוביץ "על המשקל", ובפעם השנייה – לאחר הגשת התביעה בגין הפרסום הראשון – במסגרת תכנית על ההשמנה כתופעה גלובלית.
- 12 *NM v. Smith* [2007] ZACC 6 (S. Afr.) (להלן – עניין NM).
- 13 *Tshabalala-Misimang v. Makhanya* [2008] (6) SA 102 (S.Afr.) (להלן – עניין *Tshabalala-Misimang*).
- 14 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150.
- 15 חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, ס"ח 464 (להלן – חוק איסור לשון הרע).
- 16 חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, ס"ח 1011 (להלן – חוק הגנת הפרטיות).
- 17 לדיון מקיף בנושא ראו ח' גנאים, מ' קרמניצר, ב' שנוור לשון הרע: הדיון המצוי והרצוי (2005), 45-38, 186-209.

הזכויות לשם טוב, לפרסום, לכבוד ולאוטונומיה. ההשוואה האמורה בין שיטות משפט שונות יכולה ללמדנו גם על היחס בין ההגנה שהמשפט החוקתי מעניק לזכות לפרטיות לבין ההגנה שמעניק לה המשפט הפרטי, על גווניו וענפיו¹⁸.

ברשימה זו אתמקד אך ורק בהיבט אחד של הזכות לפרטיות – זכות שבהבדל ממרבית זכויות היסוד האחרות היא רבת פנים, ואופני הפגיעה בה מגוונים בהתאם¹⁹. בחרתי להתמקד אך ורק בבחינת האופן וההיקף שבו מוגן הפרט מפני פרסומן של עובדות שאין הוא רוצה בחשיפתן לרבים. פגיעה בפרטיות המתבטאת בהאזנות סתר, במעקבים, בצילום במרחב הפרטי, בקריאה לא מורשית של דואר אלקטרוני ועוד כיוצא באלו דוגמאות נפוצות, כאשר פגיעה כזו אינה מסתיימת בפרסום המידע שהושג תוך פגיעה בפרטיות, היא מחוץ לעניינה של רשימה זו. מטרת הרשימה היא לבחון את המגמות הבולטות בפסיקה העוסקת בהגנה מפני פרסום אינפורמציה פרטית, את הכיוונים שהיא מסמנת מבחינת התפתחות עתידית וכן את היחס או הקשר בין התפתחות זו לבין ההגנה על שמו הטוב של האדם, לצד או בחפיפה עם ההגנה על פרטיותו כאמור.

בחינתה של התפתחות הפסיקה תיעשה באמצעות ניתוח כמה החלטות חשובות שהתקבלו בשנים האחרונות בנושא הגנת הפרטיות בארץ ובעולם, תוך התייחסות משווה

18 על השימוש במשפט השוואתי ועל חשיבותו מנקודת ראות פרקטית ראו ד' ברק ארו "משפט השוואתי כפרקטיקה – היבטים מוסדיים, תרבותיים ויישומיים" דין ודברים ד (תשס"ח) 81. באותה רוח ראו מאמר מצוין בזכות ההיבט המעשי-השוואתי: B. Markesinis, C. O'Conneide, J. Fedtke, M.H. Henin "Concerns and Ideas About the Developing English Law of Privacy (And How Knowledge of Foreign Law Might Be of Help)" 52 *Am. J. Comp. L.* (2004) 133-208. על השילוב בין ההגנה החוקתית על הזכות לשם טוב ולפרטיות בדיני הנזיקין לבין ההגנה החוקתית על זכויות האדם, שמסגרתן הזכות לפרטיות והזכות לשם טוב מוגנות הן במפורש והן כחלק מ"כבוד האדם", שילוב שמוצא ביטוי גם בשיטות משפט אחרות ראו D. More "Human Rights in Tort Law Perspective" 12 *Tel Aviv University Studies in Law* (1994) 81. על ההבדל בין ההגנה הרחבה הניתנת לעיתונות בארצות-הברית לבין ההגנה המצומצמת בהרבה המוענקת לה באנגליה, על התפתחות תופעת ה-"libel tourism" ועל הליכי החקיקה בארצות-הברית בעקבות הרחבת ההגנה על השם הטוב באנגליה ראו מאמר מאלף שפורסם לאחרונה באנגליה: R. Ehrenfeld "The Chill of Libel Tourism" <http://www.guardian.co.uk/commentisfree/libertycentral/2009/jun/09/libel-tourism-rogues-gallery>.

19 סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נמנעים שניהם מהגדרת הפרטיות, ותחת זאת מציגים רשימה של מעשים שעשייתם מהווה פגיעה בפרטיות. כך גם בדין האמריקני. ראו מאמרו של Prosser, שבחן יותר מ-200 מקרים של פגיעה בפרטיות וזיהה בהם ארבע משמעויות שונות לפגיעה בפרטיות; W.L. Prosser "Privacy" 48 *Cal. L. Rev.* (1960) 383.

לזכות לשם טוב ותוך בחינת היקפן של השתיים אל מול חופש הביטוי, בכלל, וחופש העיתונות, בפרט²⁰. בחינתה של כל אחת משיטות המשפט מדגימה עד כמה כל אחת מהן שונה מהאחרות – ברקע התרבותי של החברה שבה היא פועלת, בתמונת ההתפתחות ההיסטורית של הזכות במסגרתה, ובאופן שבו המשפט הנוהג בה משתמש בכלים משפטיים גמישים כדי לאזן בין שיקולים מנוגדים והשקפות עולם שונות, ומשלב – בדרך כלל בפירואטיקה מרשימה, אף כי לא תמיד מוסברת דיה – את תפיסת העולם החברתית שלו לצורך הגנה על ערך הפרטיות המורכב והמאתגר. ההשוואה תשמש גם בסיס לבחינת התפתחותה של כל אחת משיטות המשפט הללו, השונות זו מזו בשיוכן ובמקורן – common law מול mixed systems – בכיוון אימוצן של זכויות האדם במסגרת המשפט הפרטי, אם מכוח אמנה בינלאומית או חוקה ואם מכוחם של חוק יסוד או חקיקה פנימית נזיקית נקודתית. את עמדתו של המשפט האנגלי אבחן בעיקר דרך פסק-הדין בעניין *Mosley*²¹, שנוסף על הלקח העיתונאי שניתן ללמוד מכישלון התחקיר העובדתי ששימש שם בסיס לכתבה, וכפועל יוצא מנסיבותיו השערורייתיות, העניק ל-Queen's Bench בלונדון הזדמנות פז

20 על ההבחנה, הקשר והיחס בין חופש הביטוי לחופש העיתונות ראו להלן, הערה 39. על חופש הביטוי נכתבו כבר תל-תלים של מאמרים, מסות ופסיקות. לאחרונה פורסמה סקירה רחבה ומעמיקה על הרעיון ובסיסו בחוקה האמריקנית, המתייחסת לחלק גדול מהמחקרים הקודמים: S. Jay "The First Amendment: The Creation of the First Amendment Right to Free Expression: From the Eighteenth Century to the Mid Twentieth Century" 34 *Wm. Mitchell L. Rev.* (2008) 773. מעניין להשוות מחקר זה עם אחד מפסקי-הדין הראשונים בנושא, מפי השופט ברנדייס, בעניין *Whitney v. California*, 247 U.S. 357 (1927). השווה ג' פסח "הבסיס העיוני של עקרון חופש הביטוי ומעמדה המשפטי של העיתונות" משפטים לא (תשס"א) 895.

21 *Mosley v. News Group Newspapers Ltd.* [2008] E.W.H.C. 1777 (Q.B.) (להלן – עניין *Mosley*).

22 The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Sept. 3, 1953 E.T.S 5 (להלן – "האמנה האירופית לזכויות אדם" או "האמנה האירופית"). על האמנות שקדמו לאמנה האירופית לזכויות אדם, ההצהרה האוניברסלית על זכויות אדם וה-American Declaration of the Rights and Duties of Man ראו D. Gomien *Short Guide to the European Convention on Human Rights* (3rd ed., 1998). במבט השוואתי ראו J.D.R. Craig "Invasion of Privacy and Charter Values: The Common-Law Tort Awakens" 42 *McGill L.J.* (1997) 355. סקירה מעניינת של עמדת המשפט הסקוטי, שגם הוא משקף שיטת משפט "מעורבת" בדומה לזו שבדרום אפריקה, בנושא ההגנה על הזכויות הפרסונליות ראו E. Reid "Protection for Rights of Personality in Scots Law: A Comparative Evaluation" 11.4 *EJCL* (2007), <http://www.ejcl.org>.

לסקור מחדש את הבסיס התקדימי להגנת הפרטיות באנגליה, תוך שילוב של המשפט המקובל ושל ההגנה החוקתית שמקורה באמנה האירופית לזכויות אדם²². אל מולו, בסתירה חלקית לו ותוך מבט השוואתי לדיני לשון הרע, אציג בקצרה את עניין *Jameel* הידוע²³, שלאחר שורת פסקי-דין ששידרו התלבטות אמיתית של בית הלורדים בכל הנוגע לאיזון בין האינטרסים המנוגדים של הפרט בשמו הטוב ושל העיתונות ביכולתה לפרסם סיפורים שלעמדתה יש בהם אינטרס ציבורי, חייב את בית הלורדים לנסח מחדש את מבחני האיזון המורכבים בין הזכות לשם טוב לבין חופש הביטוי הציבורי של העיתונות. בחינתם של אלו מצביעה על אימוץ נקודת איזון שונה מזו שקיבלה ביטוי בעניין *Mosley*, שבו בוססה, כאמור, עילת התביעה על פגיעה בפרטיות.

בחינת המצב המשפטי בדרום-אפריקה יכולה להעשיר את הדיון בהיבט מקורי וחדשני. זוהי שיטת משפט מעורבת אמיתית, המשקפת מקור שונה ותכנים שונים של דיני הנזיקין, בכלל, ושל הזכות לשם טוב והזכות לפרטיות, בפרט, ולכן היא יכולה להוות בסיס מעניין להשוואה. את עמדתה המובילה של הפסיקה בנושא הגנת הפרטיות אציג באמצעות שניים מפסקי-הדין החשובים שניתנו בדרום-אפריקה בשנים האחרונות, שבהם נקראו בתי-המשפט להכריע בדבר הלגיטימיות של פרסום אינפורמציה חושפנית במיוחד. במקרה הראשון נחשפה זהותם של התובעים – ללא הסכמתם – כנשאי נגיף האיידס²⁴, ובמקרה השני נדונה זכותה של שרת הבריאות לשעבר למנוע עיסוק של העיתונות בהרגלי השתייה שלה, בכלל, ובאשפוזה בבית חולים בהקשר למחלת כבד שממנה סבלה, בפרט²⁵.

גם סקירה זו תכלול התייחסות משווה לחידושי הפסיקה בדרום-אפריקה בנושא לשון הרע וחופש הביטוי והעיתונות²⁶, בעיקר הואיל ובית-המשפט לחוקה עצמו נדרש לא אחת להשוואה מתבקשת זו.

לצד כל אלו נשווה פסיקה אחרונה של בתי המשפט בישראל העוסקים מידי שנה ביותר ויותר מקרים המשלבים בין דיני לשון הרע ודיני הגנת הפרטיות, ומחייבים הכרעה ערכית – תרבותית, חברתית וגם כלכלית מורכבת.

התמונה המצטיירת העולה מהמקובץ היא של נטייה גוברת והולכת של נכונות להגבלת חופש הביטוי, בייחוד של המדיה, לטובת הזכות לפרטיות. בכל פסקי-הדין המנחים שיעמדו במרכז הדיון זכו התובעים בתביעתם וזכו לסכום פיצויים לא מבוטל, כל אחד מסיבותיו ומנסיבותיו.

Jameel (Mohammed) v. Wall Street Journal Europe Sprl [2007] 1 A.C. 359 (H.L.) 23
(להלן – עניין *Jameel*).

עניין *NM* (לעיל, הערה 12). 24

עניין *Tshabalala-Msimang* (לעיל, הערה 13). 25

יש לזכור שבעניין *NM* (לעיל, הערה 12) עסק בית-המשפט בפרסום פוגע בפרטיות שנחשף בספר ולא בעיתונות. 26

ברשימה זו אבקש, ראשית, להציג תמונת מצב המשקפת לדעתי הגנה מתרחבת על הזכות לפרטיות – לא תמיד בהקבלה מלאה למגמות הרווחות בפסיקה העוסקת בהגנה על השם הטוב – על חשבון צמצום ה"זכויות" של כלי התקשורת. תמונת מצב זו זהה בכל שלוש שיטות המשפט – במשפט האנגלי, במשפט הדרום-אפריקני ובשיטת המשפט הישראלית. תהליך תרבותי-משפטי זהה בכל אחת מהחברות בהן פועלות שלוש השיטות יצר זהות בתוצאה, אף כי הרטוריקה, עצמת הטיעונים הערכיים והניתוח המשפטי עדיין משמרים לא מעט הבדלים.

שנית, ובהמשך לכך, אבקש לבחון אם ההגנה על הזכות לפרטיות מהווה אפיק תביעה קל יותר מזה שמספקת עילת התביעה בגין פגיעה בשם הטוב, במקרים שבהם נסיבות המקרה נמצאות על קו התפר שבין שתי העילות, ומה היחס – הקבלה, חפיפה או עקיפה – בין שתי עילות תביעה אלו.

בסיכומה של הרשימה אבקש לטעון כי תמונת המצב העולה משני חלקיה היא זהה. בשנים האחרונות מוכנים בתי-המשפט להעניק יותר הגנה לזכות לפרטיות. הם מוכנים להעניק לה הגנה גם במקרים עובדתיים החופפים להגנה על השם הטוב. הרחבת ההגנה על הפרטיות משקפת לא רק העמקה והרחבה של ההכרה באינטרסים הראויים להגנה במסגרת התפיסה המשפטית של הפרטיות, אלא לעתים היא גם עוקפת את ההגנה על הזכות לשם הטוב. יש מי שיטען כי אף על-פי שמצב כזה רווח יותר ויותר בפסיקה יש בו בעייתיות מסוימת. לפיכך מתבקש דיון מקיף בסוגיית החפיפות בין עילות (ועולות) פרטיקולריות, בכלל, לבין הפגיעה בפרטיות והפגיעה בשם הטוב – ששתיהן עולות פרטיקולריות – בפרט²⁷. בעיניי, שימוש משולב בין שתי עולות אלו לא רק נהפכת לחזון נפרץ אלא היא גם נכונה ורצויה. בכך אנסה לשכנע בחלקה האחרון של רשימה זו.

ב. על הזכות לפרטיות: כללי

הזכות לפרטיות צעירה בהרבה מאחיותיה החוקתיות המגנות על אישיותו של האדם, על כבודו ועל האוטונומיה שלו. היא צעירה מהזכויות הקרובות לה במהות ובתוכן כמו הזכות לשם טוב ולחופש הביטוי, המבוססות כמוה – לפחות חלקית – על כבוד האדם וחירותו. חשיפתה של הזכות וניתוח ראשוני שלה נעשתה במאמרם המפורסם של וורן וברנדייס²⁸. מאז ועד עתה הועשרה הפסיקה והספרות המשפטית בארץ ובעולם בכתיבה מגוונת העוסקת

27 על ההבחנה בין עולות פרטיקולריות לעולות מסגרת ראו ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113 (1985); ג' טדסקי תורת הנזיקין הכללית (ג' טדסקי, י' אנגלרד, א' ברק, מ' חשין עורכים, 1969).

28 W.D. Samuel, B.D. Louis "The Right to Privacy" 4 *Harv. L. Rev.* (1890) 193

בתיאור הזכות וביטוייה בחיי המעשה²⁹, בבסיס התאורטי להגנה עליה, בהיקפה ובעיקר

29 על קשיי ההגדרה ועל מורכבותה של הזכות תעיד האמרה הבאה, שנהפכה לתיאור מקובל של הזכות לפרטיות במרבית שיטות המשפט: "Privacy, like an elephant, is more readily recognized than described". ראו לדוגמה (1978) J.B. Young *Privacy*; השו"ד נ' 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, מב(3) 837, 856 (1988) (להלן – עניין ועקנין). גם ועדת השופט כהן, שהוקמה בארץ ב-1974 כדי לבדוק את הדרך הנכונה להגן על האזרח מפני פגיעה בצנעת הפרט שלו ואף הגישה הצעת חקיקה, לא הגדירה את הזכות לפרטיות. ראו המלצות הוועדה בראשות נשיא בית-המשפט העליון יצחק כהן: משרד המשפטים דין וחשבון הוועדה להגנה בפני פגיעה בצנעת הפרט (1976). השו"ד ר' גביון "הזכות לפרטיות ולכבוד" זכויות האדם בישראל: קובץ מאמרים לזכרו של חמץ שלח (1988) 61, 67, המציעה גם היא למפות את המציאות ועל בסיס זה לבחון מהו "הגרעין המוצק של הנושא של הפרטיות". על הוויכוח אם הזכות להפיק רווח כספי מדמותו של אדם היא חלק מהזכות לפרטיות ראו ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד, פ"ד נח(4) 314 (2004) (להלן – עניין מקדונלד). לניתוח פסק-הדין וסיווגה של הזכות ראו T. Gidron "The Publicity Right in Israel: An Example of Mixed Origins" 3 *Stellenbush L. Rev.* (2007). H.B. Smith, A. Ohly, A.L. Schloetter *Privacy, Property and Personality* (2005). עוד ראו מ' בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" משפט וממשל יא (תשס"ח) 9, 71. המחבר מבקר גם הוא את צמצום הפרשנות של תוכני הפרטיות וההחלטה בעניין מקדונלד, שם. השו"ד עור 139, H.B. Smith *The Commercial Appropriation of Personality* (2002), 271; E.S. Bass "A Right in Search of a Coherent Rationale – Conceptualizing Persona in a Comparative Context: The United States Right of Publicity and German Personality Rights" 42 *U.S.F. L. Rev.* (2008) 800. הנדבך המשמעותי ביותר שנבנה על בסיס מאמרם של וורן וברנדייס הוא מאמרו של Prosser (לעיל, הערה 19). ראו עוד על הקושי בהגדרה ובתפיסה התאורטית אצל R. Wacks "The Poverty of Privacy" 96 *L. Q. Rev.* (1980) 73, 77. על הוויכוח באשר למהות הזכות ולבסיס התאורטי, תוך הדגשת הצורך בקוהרנטיות משפטית לצד הגישה התיאורטית-יישומית של פרוסר, ראו E.J. Bloustein "Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser" 39 *N.Y.L.* (1964) 962 (על כבוד ואינדיבידואליות אנושית). באופן ממוקד יותר ראו A.F. Westin *Privacy and Freedom* (1970), המבססת תפיסה של פרטיות, פיזית וגאוגרפית, כמבטאת זכות לחפש בחירה אישית של הפרט, של קבוצות ושל ישויות משפטיות נוספות. השו"ד J.W. Decew *In Pursuit of Privacy: Law, Ethics and the Rise of Technology* (1997), 63-67. המחברת מנתחת את הפרטיות על-פי קבוצות אינטרסים שיש להגן עליהם. ראו גם R. Gavison "Privacy and the Limits of Law" 89 *Yale L.J.* (1980) 421. על ההצדקות התיאורטיות לזכות, משמעותה, היקפה ויישומה בפסיקה הישראלית ראו מאמרו המקיף של בירנהק, שם. עומר טנא, במאמרו "הזכות לפרטיות בעקבות חוק יסוד כבוד האדם: מהפך חוקתי, מושגי ורגולטורי" קרית המשפט ה (תשס"ט) 39, מדגיש את המעבר הערכי שחל בהגנה על הזכות בעקבות המהפכה החוקתית מתפיסת הפרטיות כנגזרת של חירות לתפיסה קונטיננטלית שעיקרה נעוץ בשמירה על כבוד האדם. על הצורך בשליטה על אינפורמציה כבסיס ליכולות אישיות וחברתיות שונות של הפרט השו"ד D. Feldman "Privacy-Related Rights and their Social Value" *Privacy and Loyalty* (P. Birks ed.,

באיזון בינה לבין זכויות יסוד אחרות³⁰.

ניתן לומר שבמרבית שיטות המשפט המודרניות, האינטרס של הפרט בפרטיותו, על מגוון היבטיו, הוא אינטרס מוכר הזוכה להגנה משפטית, לעתים רבת רבדים, אף כי כפי שנראה, היקפה של הגנה זו משתנה משיטה לשיטה. לעתים ההגנה על הפרטיות היא הגנה חוקתית ולעתים היא הגנה שבחוק; לעתים זו הגנה מכוח המשפט המקובל ולעתים זו הגנה מאולצת באמצעות עוולות חלופיות, שמטרתן המקורית כלל לא הייתה להגן על אינטרס הפרטיות ככזה; לעתים ההגנה על הפרטיות מצויה בענפי משפט מקבילים מחוץ לדיני הנזיקין. כפי שנראה, ספק אם השוני במקור ההגנה ועצמת מעמדו המשפטי גוררים הבדלים בהיקף ההגנה המוענקת בסופו של דבר בפועל על-ידי בתי-המשפט. עם זאת, כמו לגבי זכויות יחסיות אחרות, המבחן האמיתי שבו עומדת כל שיטת משפט המתממרת להגן על זכויות היסוד של הפרט, אם באמצעות מגילת זכויות יסוד כתובה³¹ ואם

C. Fried "Privacy" 77 *Yale L.J.* (1968) 15, 16-28. על אהבה, חברות וכבוד ראו אצל
475, 477.

30 על התפתחותה ויישומה המעשי, לצד בסיסה התאורטי של הזכות, ראו R.F. Hixson *Privacy in a Public Society: Human Rights in Conflict* (1987), XIII-XVI, 3-52; D.L. Zimmerman "Requiem for a heavyweight: A Farewell to Warren and Brandeis's Privacy Tort" 68 *Cornell L. Rev.* (1983) 291, 333. על התאוריה, ההתפתחות, הבסיס העיוני, היבט השליטה, ההסכמה והערך החברתי של הזכות כשהיא ניצבת אל מול חופש העיתונות ראו J. Wright *Tort Law and Human Rights: The Impact of the ECHR on English Law* (2001) הביקורת על עמדתה, שלפיה בתי-המשפט אינם ערוכים והם חסרי כלים וכישורים להתמודד כשיטת משפט של common law, אצל R. Mullender "Human Rights, and Common Law Culture" 23(2) *Oxford J. Legal Studies* (2003) 301; H. Fenwick, G. Phillipson *Media Freedom Under the Human Rights Act* (2006) 661-883; D.J. Solove "The Virtues of Knowing Less: Justifying Privacy Protections Against Disclosure" 53 *Duke L.J.* (2003) 967. על המאבק על הבכורה בין העיתונות לבין הזכות לפרטיות ראו J. Rozenberg *Privacy and the Press* (2005). השוואה צינית מעניינת בין התאוריה של איינשטיין לבין הזכות לפרטיות כפי שהיא מתבטאת בפסיקתו של בית-המשפט העליון בארצות-הברית ראו O. Saleem "The Physics of Fourth Amendments Privacy Rights" 32 *J. Mar. L. Rev.* (2008) 147.

31 סעיף 10 לאמנה האירופית לזכויות אדם (לעיל, הערה 22); United Nations Universal Declaration of Human Rights, at 71, U.N. Doc. A/810 (1948) (ההכרזה אושררה על-ידי ממשלת ישראל); סעיף 14 ל-Constitution of the Republic of South Africa (1993). ההגנה על הזכות לפרטיות בניגוד מעוגנת בסעיף 37 ל-Constitution of Nigeria (1999). על השלכתה של ההגנה הקונסטיטוציונית על פרשנות ה-common law האנגלי, המהווה בסיס לדיני הנזיקין בניגוד עד היום, ועל ההשפעות של הפסיקה האמריקנית החדשה ראו O. Onagoruwa *Civil Liberties in Nigeria* (2006), 77-90. בצרפת הזכות לפרטיות מוגנת בסעיף 9 של French Civil Code of 1804 (לצד חקיקה נוספת המגנה על הפרטיות בנסיבות מוגדרות); ראו C.P. Dupree "The Protection of Private Life versus Freedom of

באמצעות פרשנות חקיקתית של זכויות משפטיות אחרות³², הוא מבחן המציאות. חיי המעשה, הסיפורים העובדתיים שנסיבות אמיתיות מייצרות עבורנו, הם-הם שיעצבו את מסגרת ההגנה האמיתית שכל שיטת משפט מודרנית מבקשת להעניק לזכויות האדם הבסיסיות, השנויות לעתים קרובות במחלוקת³³.

Expression in French Law" *Developing Key Privacy Rights: The Impact of the Human Rights Act of 1998* (M. Colvin ed., 2002) 45. על השילוב במשפט הגרמני בין ההגנה החוקתית המוענקת לזכות לפרטיות על-ידי סעיף 1 ו-2 ל-Basic Law לבין ה-Civil Code המטיל אחריות על גרימה רשלנית או מכוונת של נזק ראו R. English "Protection of Privacy and Freedom of Speech in Germany" *Developing Key Privacy Rights: The Impact of the Charter of Rights and Freedoms, 1982* (M. Colvin ed., 2002) 77. Russell "The Impact of the Charter Rights on Privacy and Freedoms, 1982" *Developing Key Privacy Rights: The Impact of the Human Rights Act of 1998* (M. Colvin ed., 2002) 86. לצד הצ'רטר יש גם הגנה חקיקתית פדרלית על הזכות לפרטיות. בניו-זילנד אין כיום הכרה מפורשת בזכות לפרטיות ב-New Zealand Bill of Rights Act 1990, 1990 S.N.Z. No. 109. גם יישומו של סעיף 21 שבו על מגוון הסיטואציות המייצרות פגיעה בפרטיות הוא מצומצם. רק לאחרונה יצרה הפסיקה הגנה חלקית לזכות; ראו *Hosking v. Runtig* [2004] N.Z.C.A. 34. את המצב בניו-זילנד סקרה ועדה ציבורית שהוציאה דו"ח מפורט בינואר 2008: Law Commission, *Privacy Concepts and Issues: Review of the Law of Privacy Stage 1* (2008).

על המורכבות וחוסר הסיסטמיות הנובעת מהיעדר הגנה חוקתית מפורשת באוסטרליה ראו D. Lindsay "Freedom of Expression, Privacy and the Media in Australia" *Developing Key Privacy Rights: The Impact of the Human Rights Act of 1998* (M. Colvin ed., 2002) 157; M. Richardson "Whither Breach of Confidence: A Right of Privacy for Australia?" 26 *Melb. U. L. Rev.* (2002) 381. הרע ראו U. Cheer "The Common Law Rules on Defamation- OK?" 6 *Tort L. Rev.* (1998) 9; ראו גם בארצות-הברית, שבה עד היום ההגנה על הפרטיות נעשית דרך שילוב של פרשנויות החוקה ותיקוניה ופסיקת בתי-המשפט. כך, לדוגמה, קבע בית-המשפט העליון בעניין הידוע של *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) כי הזכות לפרטיות מוכרת כאחת הזכויות החוקתיות ומוגנת בהתאם מכוח פרשנות מרחיבה של מגילת הזכויות (Bill of Rights). למבט ביקורתי על ההגנה והיקפה ראו D. Anderson "The Failure of American Privacy Law" 4 *Protecting Privacy: The Clifford Chance Lectures* (B.S. Markesinis ed., 1999) 139. על פרשנות ה-Charter of Rights and Freedoms, 1982 (לעיל), הערה 31. לצד הצ'רטר ישנה גם הגנה חקיקתית פדרלית על הזכות לפרטיות. על התפתחותה של הזכות לפרטיות בסקוטלנד ראו H.L. MacQueen "Hitchhiker's Guide to Personality Rights in Scots Law, Mainly with Regard to Privacy" *Rights of Personality in Scots Law: A Comparative Perspective* (N. Whitty, R. Zimmermann eds., 2008) Ch. 12, 569. על אולת היד של המחוקק ושל בתי-המשפט במציאת פתרון הולם להתנגשות התמידית בין חופש הביטוי לזכות לשם טוב – "שני שותפים גרועים באותה מיטה" – ראו D.A. Anderson "First Amendment Limitations on Tort Law" 69 *Brooklyn L. Rev.* (2004) 755. עם זאת ראו מחקר כמותי התומך באמירה ערכית בדבר עליונותו של חופש הביטוי בפסיקה

יש לזכור כי הזכות לפרטיות נאבקה על מרחב המחיה שלה לא רק מול חופש הביטוי ולא רק כנגד האינטרסים המנוגדים של התקשורת. בראש ובראשונה, מתעמתת הזכות לפרטיות עם צרכים ומגבלות של הביטחון הציבורי, הקיבוצי והאישי בחברה. מעבר לדוגמאות המקובלות העוסקות באיזונה של הזכות עם צורכי ביטחון המדינה, שם האיזון מושג לעתים על-ידי חקיקה³⁴, ניתן להדגים את בעייתיות האיזונים במקרים אלו על-ידי ניתוח מקרים מוכרים פחות. אחד החשובים ביניהם הוא המקרה של הירי בקמפוס אוניברסיטת וירג'יניה בשנת 2007, שבו גילה דו"ח ציבורי מאוחר שחקר את הירי כי ניתן היה לעמוד על הסכנה המתרגשת על הקמפוס על-ידי חשיפת פרטים אישיים של הירורה³⁵. גם המקרה הידוע של *Tarasoff*³⁶ מדגים את ההתנגשות בין הזכות לפרטיות ולסודיות מקצועית של מטופל של פסיכולוגית שרצח את חברתו, לבין הצורך – ואולי החובה המשפטית – של המטפלת להזהיר את קרבתו המיועד של הרוצח. הזכות לפרטיות מתעמתת לעתים גם עם עקרון השוויון שבסיסו חוקתי³⁷, לעתים היא נתונה בעימות גם עם הזכות להליך הוגן³⁸, בייחוד כשמדובר בגילוי מסמכים רפואיים

האמריקנית: D. Logan "Libel Law in the Trenches: Reflections on Current Data on Libel Litigation" 87 *Va. L. Rev.* (2001) 503
 D. Kohler "Forty Years after *New York Times v. Sullivan*: The Good, The Bad and the Ugly" 83 *Or. L. Rev.* (2004) 203.

34 חוק האזנות סתר, תשל"ט-1979, ס"ח 938.

35 Department of Health and Human Services, Department of Justice & Department of Education, *Report to the President: On Issues Raised by the Virginia Tech Tragedy* (2007). במכתב הנלווה לדו"ח נאמר: "states and local communities are carefully considering whether they have properly addressed and balanced the fundamental interests of privacy and individual freedom, safety and security, and assisting those with mental health needs in getting appropriate care". על המקרה, ניתוחו והדו"ח המצוטט ראו M.A. Ward "Reexamining Student Privacy Laws In Response to the Virginia Tech Tragedy" 11(2) *Journal of Health Care Law & Policy* (2008) 407.

36 J.G. *Tarasoff v. The Regents of the University of California*, 551 P. 2d 334 (1976). השוו. White "Physician's Liability for Breach of Confidentiality: Beyond the Limitations of the Privacy Tort" 49 *S.C.L. Rev.* (1998) 1271. למקרה דומה ראו ת"א (מחוזי חי') 995/05 ל' א' נ' מיקוד אבטחה שמירה שירותים ונקיון בע"מ, פורסם בנבו (9.6.09).

37 על דוגמאות אלו ואחרות ועל ניתוח הזכויות המתנגשות ראו J.T. Messerly "Roommate Wanted: The Right to Choice in Shared Living" 93(5) *Iowa L. Rev.* (2008) 1949.

38 רע"א 8019/06 ידיעות אחרונות בע"מ נ' לוי, פורסם בנבו (13.10.09) (להלן – עניין לוי) (פסק דינו של בית המשפט העליון ניתן לאחר ירידתה של רשימה זו לדפוס). ראו להלן, טקסט להערת שוליים 192. השוו בש"א (שלום ת"א) 153607/08 רוזנטל נ' עופר, פורסם בנבו (8.4.08).

פרטיים של אחד הצדדים³⁹, היא מתעמתת גם עם חופש המידע,⁴⁰ עם זכותם של בעלי ניירות ערך לגילוי מצבו הרפואי של יושב-ראש החברה⁴¹, כמו גם עם עוד כהנה וכהנה אינטרסים מוגנים אחרים⁴². עימותים אלה מדגימים גם הם את רבגוניותה של הזכות לפרטיות ואת הקושי בקביעת כללים ראשוניים להגנתה. ברשימה זו אתמקד אך ורק באיזונים ובעימותים שבין הזכות לפרטיות לבין חופש הביטוי של כלי התקשורת – בעיקר הכתובה והמשודרת⁴³ – ובתנועת המטוטלת שלה כפי שהיא משתקפת במבט משווה בפסיקה של השנים האחרונות.

- 39 השוו לבג"ץ 844/06 אוניברסיטת חיפה נ' עוז, פורסם בנבו (14.5.08), במסגרתו ביקשו אנשי סגל האוניברסיטה בחיפה שפרוטוקולים של חקירה פנימית בעניינו של פרופ' עוז לא ייחשפו בדיון בבית-המשפט בגלל פגיעה אפשרית בפרטיותם. השופטת חיות נתנה פירוש מעניין לשאלה פרטיותו של מי עומדת במרכז האירוע. ראו גם רע"א 1917/92 סקולר נ' ג'רבי, פ"ד מז(5) 764 (1993).
- 40 ראו לאחרונה החלטת בית-המשפט העליון המתירה את פרסום שמם של נישומים שהגיעו להסדרי כופר עם הרשות על אף הפגיעה בפרטיותם, עע"מ 398/07 התנועה לחופש המידע נ' מדינת ישראל – רשות המיסים, פורסם בנבו (23.9.08).
- 41 ע"א 1928/93 רשות ניירות ערך נ' גבור סברינה מפעלי טקסטיל בע"מ, פ"ד מט(3) 177 (1995).
- 42 השוו *Busse v. Motorola Inc.*, 813 N.E. 2d 1013 (2004), שבו הועברו פרטי המנויים של חברת מוטורולה לגוף שערך מחקר בנושא בטיחות טלפונים סלולריים. נטען כי העברת הפרטים מהווה חדירה לפרטיות בעצמה לא סבירה – "unreasonable intrusion into seclusion".
- 43 גם פרסומים באינטרנט לא יידונו במסגרת זו; ההתפתחות בתחום מחייבת מחקר נפרד. על חופש הביטוי כזכות על ועל חופש העיתונות כשני היבטים שונים ראו G. Phillipson "Transforming Breach of Confidence? Towards a Common Law Right of Privacy under the Human Rights Act" 66(5) *Mod. L. Rev.* (2003) 726; G. Phillipson "Judicial Reasoning in Breach of Confidence Cases under the Human Rights Act: Not Taking Privacy Seriously" *Eur. H.R. L. Rev.* (2003) 53. התקווה שקורים אתיים של העיתונות ישמשו להגנת הפרטיות באנגליה, לפחות בכל הנוגע למדיה התקשורתית, נכזבה והובילה ב-1972 למינוי ועדה לצורך בדיקת הנושא (The Younger Committee). במסגרת ה- Report of the Committee on Privacy the המליצה הוועדה שהנושא יוסדר באמצעות השימוש בעוולה העוסקת בהפרת חובת האמון (breach of confidence) ולא באמצעות חקיקה מיוחדת. ראו R. Wacks "The Poverty of Privacy" 96 *L. Q. Rev.* (1980) 73. מונתה ועדה נוספת (Committee on Privacy and Related Matters) שהמליצה על הקמת PCC Commission (PCC) ב-1991. סעיף 3 ל-PCC מכיר בזכות לפרטיות וכן גם ה- Communication Act, 2003 (Eng.). עד היום לא הוסדרה באנגליה הזכות לפרטיות בחקיקה פנימית מסודרת.

ג. מבט השוואתי: הזכות לפרטיות באנגליה

1. כללי: הרקע להגנה על האינטרס לפרטיות

כידוע אין באנגליה חוקה כתובה ועיקר דיני הנזיקין בה הם פרי הפסיקה (Common law). בשונה מהזכות לשם טוב המוגנת גם בחקיקה מפורשת, הזכות לפרטיות אינה מוגנת בצורה מפורשת. גם כשבת-המשפט מוצאים לנכון להגן עליה, הם נהגו עד לאחרונה, לעשות כן בהדביקים לה כותרות ושמות מגוונים, כגון breach of confidence או misuse of private information, ונמנעו ככל האפשר מנקיטת המונח privacy על נגזרותיו השונות⁴⁴. עם כל זאת אנו מוצאים דווקא באנגליה, כבר ב-1848 – שנים רבות לפני הולדתה הרשמית של הזכות לפרטיות בארצות-הברית, מכורתה של הזכות – הכרה מפורשת של הפסיקה בכך שתמונותיהם של המלכה ויקטוריה, הנסיך אלברט (בשמו הוגשה התביעה מהיותה של המלכה מנועה מלתבוע) ואפילו כלבם האהוב צריכות להישמר in a state of "privacy". אף כי תמונותיהם של בני המשפחה המלכותית נמסרו על-ידיהם במקור מרצון ולצורך הפצה (מוגבלת) החליט ה-Vice Chancellor:

"They alone are entitled to decide whether, and when, and how, and for whose advantage, their property shall be made use of"⁴⁵.

מינוחים אלו והרציונל הכללי של פסק-הדין – הדגשת אלמנט השליטה, הצפייה הסבירה למרחב פרטי ואלמנט ההסכמה המוגבלת או המלאה לחשיפה – כמו גם הטרימינולוגיה של בית הלורדים בכלל, לקוחים בבירור מעולם המושגים של הזכות לפרטיות כפי שאנחנו מכירים אותה היום בלבושה המודרני, לא ניתן לייחס לפסק-דין זה

44 על התפתחות ההגנה על הפרטיות בשלביה הראשונים ועל השלכתה על אמצעי התקשורת באנגליה ראו Fenwick & Phillipson (לעיל, הערה 30), עמ' 661-534. על המלצתה של ועדת המשנה לתרבות, תקשורת וספורט של בית הנבחרים באנגליה בדבר חקיקת חוק להגנת הזכות לפרטיות, שפורסמה ביוני 2003, על הצעת החוק של הגארדיאן להגנה על השם הטוב והפרטיות, ועל הדעות בעד ונגד כיום ראו אצל Rozenberg (לעיל, הערה 30), עמ' 254-254. על היחס בין סעיפי האמנה האירופית (לעיל, הערה 22) לבין דיני הנזיקין במשפט הסקוטי בכל הנוגע לזכות לפרטיות ראו J. Thomson *Delictual Liability* (3rd ed., 2006) 34-35. כן ראו סקירת הפסיקה האנגלית והשוואתה לדין הסקוטי MacQueen (לעיל, הערה 32).

45 *Prince Albert v. Strange* [1849] EWHC J20 (Ch). הנתבע, שקיבל עותקים של תחריטים של דיוקנאות של בני משפחת המלוכה, התכוון להציגם בתערוכה ציבורית. התמונות נמסרו על-ידי בני המלוכה למדפיס ממלכתי בווינדזור שהכין עותקים נוספים והעבירם לנתבע סטרינג'. החלטה זו עדיין לא נס ליחה: בעניין *Campbell* (לעיל, הערה 6), פסקה 49 לפסק-דינו של הלורד Hoffmann, חזר בית הלורדים והסתמך על העיקרון הבסיסי שנקבע בה.

הכרה של המשפט האנגלי בזכות לפרטיות ככזו. פסק-הדין הזה ודומיו מסווגים עד היום כחלק מה-law of confidence⁴⁶, שהיווה מקור נפרד, בדיני היושר, לאחריות בגין פגיעה באינטרס הפרטיות. גם כיום לא נס לחו של מקור חוקי זה, כפי שמוכיח ניתוח הפסיקה האחרונה של בית הלורדים שתוזכר בהמשך.

ניתן לומר שניצני הבלוב האמיתי של הזכות לפרטיות ככזו החלו לבצבץ באנגליה רק בשנת 1998, עת נחקק בפרלמנט הבריטי ה-Human Rights Act⁴⁷, שקלט אל המשפט האנגלי את עקרונות האמנה האירופית לזכויות האדם שנכנסה לתוקף ב-1950. סעיף 8 לאמנה מעגן את ההגנה על הפרטיות⁴⁸ וסעיף 10 מקבע את ההגנה על חופש הביטוי⁴⁹.

שילובה של האמנה האירופית לזכויות האדם עם הוראות החוק המטיל על בתי-המשפט האנגליים את החובה ליישם את עקרונותיו פתח בפני כל נתין בריטי, פתח להגיש תביעה ישירה על פגיעה בפרטיותו על בסיס הפרת החוק עצמו, וחייב את בתי-המשפט באנגליה לבחון את התאמת ה-common law לדרישותיה של האמנה האירופית בכל מקרה שבו יש לזכויות האדם המוגנות בה השלכה על המקרה הנדון. בהקשר זה הוחלט כבר ב-2003 בבית הלורדים כי לא נדרשת מהפכה עקרונית או הכרה בעקרונות משפטיים חדשים מבחינת הדין הקיים כדי לעמוד בדרישותיו של סעיף 8 לאמנה. עוד נקבע כי די בעוולות המגנות על מגוון של היבטי הפרטיות – ובעיקר ה-breach of confidentiality, כפי שגובשו במשפט האנגלי – כדי להוות מעטפת מספקת לשמירתה של הזכות ה"חדשה" לא רק במערכת היחסים שבין הפרט למדינה אלא גם במערכת היחסים שבין פרט לפרט⁵⁰. עם זאת יש לציין כי בשנים

46 עוד על הסיפור, העובדות וההתפתחות ההיסטוריות ראו Rozenberg (לעיל, הערה 30), עמ' 2-1. להצעה להגן על משתמשי גוגל באמצעות עוולה זו ראו Tene (לעיל, הערה 7).

47 Human Rights Act, 1998, Article 7 (1)a.

48 סעיף 8(1) לאמנה האירופית (לעיל, הערה 22) קובע: "Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence" (2) סעיף 8 לאמנה האירופית קובע: "There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others"

49 סעיף 10 לאמנה האירופית, שם, קובע: "Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers" (2) סעיף 10 לאמנה כולל, כמתבקש, מגבלות על מימושה של הזכות לחופש הביטוי; גם זכות זו, כקודמתה הזכות לפרטיות, היא זכות יחסית המחייבת איזון, כאמור.

50 A v. B [2003] Q.B. 195, פסקה 4 לפסק-דינו של הלורד Woolf CJ. עניין Campbell (לעיל, הערה 6), פסקה 43 לפסק-דינו של הלורד Hoffmann, שם עושה הבחנה השופט בין היעדר

האחרונות החלה ההגנה על הזכות לפרטיות במשפט האנגלי לצבור תאוצה – אולי יותר ממה שהיה צפוי בראשיתה של הדרך.

2. נקודת המפנה: פסק־הדין בעניין *Campbell v. MGN*⁵¹

במקרה זה נאבקה הדוגמנית הידועה על זכותה לפרטיות בשלוש ערכאות ובמשך שנים רבות, שהסתיימו בסופו של דבר בניצחון חלקי בלבד בבית הלורדים⁵². אין ספק שהמקרה של קמפבל גרם למפנה משמעותי בפרשנות ובהגנה שנתן המשפט האנגלי לזכות לפרטיות, לא מעט בגלל סגנוניתה של קמפבל עצמה ולא דווקא בגלל המורכבות או הקיצוניות של העובדות שעמן נדרש בית הלורדים להתמודד.

עובדות המקרה היו כדלקמן: הדוגמנית קמפבל היא דמות ידועה הן בארצות־הברית והן באירופה. לאחר שנים רבות שבהן הכחישה את העובדה שהיא מכורה לאלכוהול ולסמים נתפסה יום אחד קמפבל בעדשת המצלמה של צלם שחיכה לה במכוניתו ביציאה מבית שבו התקיימו מפגשים של קבוצת "אלכוהוליסטים אנונימיים" לגמילה מסמים. כתבה ארוכה, שפורסמה בעמוד הראשון של העיתון *Mirror* ולוותה בכמה צילומים תמימים כשלעצמם – שבאחד מהם נראתה הדוגמנית במלוא זהרה ובשני נראתה בג'ינס ובכובע קסקט עם קבוצת חברים – גוללה את סיפור ההתמכרות, שלפי העיתון נמשכה כשלוש שנים. על-פי העיתון, ההתמודדות עם ההתמכרות נמשכה זה כמה חדשים, לעתים ברצף של שתי פגישות לשבוע. הרוח הכללית של הכתבה הייתה יחסית אוהדת והצילומים נעשו, כאמור, במקום ציבורי⁵³. אף על-פי כן החליטה קמפבל להגיש תביעה נגד העיתון. בעשותה כן איבדה קמפבל את הסימפטיה הראשונית של העיתון וגרמה לפרסום מידי של כתבה נוספת, ואחריה עוד אחת – הפעם בסגנון פוגע, ציני ולגלגני במכוון – שהסתיימה במילים:

תחולה ישירה של החוק על פרטים לבין השפעתה העקיפה על מערכת היחסים בין פרטים. על תחולה ישירה ועקיפה והתפתחות השיח בפסיקה האנגלית ראו עוד K. Hughes "Horizontal Privacy" 125 *L. Q. Rev.* (2009) 244.

עניין *Campbell* (לעיל, הערה 6). 51

פסק־דינה של הברונית הייל, שם, פסקה 148, שבו התבצעה השוואה באורח די ציני בין הבנליות והרכילות האופיינית לכל מה שקשור בתביעה של קמפבל לעומת המורכבות והקיצוניות של העובדות בפסק־הדין שניתן בעניין *In re S (a child) (identification: restrictions on publication)* [2005] 1 A.C. 593. באותו מקרה דובר ברצח במשפחה, וטענת הפגיעה בפרטיות הייתה מיועדת למנוע חשיפה של אחד הילדים הקטינים.

53 על הצורך בשמירה על הפרטיות במרחב הציבורי ולא רק במרחב האישי הפרטי, בעיקר בעולם הטכנולוגי השותל מצלמות נסתרות בכל מקום – ולו גם למטרה חיובית בלבד – ראו A.J. Lum "Don't Smile, Your Image has just been Recorded on a Camera-Phone; the Need for Privacy in the Public Sphere" 27 *U. Haw. L. Rev.* (2004) 377.

"If Naomi Campbell wants to live like a nun, let her join a nunnery. If she wants the excitement of a showbusiness life, she must accept what comes with it"⁵⁴.

עילת התביעה התבססה על הפרת אמונים (breach of confidence) ועל הפרת ה־Data Protection Act, 1998⁵⁵ (עילה שנזנחה בסופו של דבר). בגין הכתבה השנייה נתבעו פיצויים מוגברים. בערכאה הראשונה קיבל בית-המשפט את תביעתה של קמפבל, בית-המשפט לערעורים ביטל את זכייתה ואילו בית הלורדים החליט בסופו של דבר ברוב דעות, כנגד דעתם החולקת של לורד ניקולס ולורד הופמן, לקבל את הערעור ולהשיב את החלטתה של הערכאה הראשונה על כנה. דעת הרוב נבדלת מדעת המיעוט בעיקר בפרשנות הספציפית של עובדות המקרה ושל משמעותן המשפטית, כשעל הצורך בהגנה על הזכות מסכימים מפורשות כל חמשת השופטים היושבים לדין⁵⁶. לגופו של דבר ברור שחילוקי הדעות בדבר הפרשנות העובדתית ומשמעותה נובעים מהשקפות בסיסיות שונות לגבי חשיבות הזכות, היקף ההגנה הראויה והבסיס לעיגונה במשטר המשפטי החדש שלאחר חקיקת האמנה וחוק זכויות האדם. את תמציתה של הבעיה המשפטית שעמדה בפני בית הלורדים, שהייתה פשוטה בעליל, היטיבה לבטא הברונית הייל כדלקמן:

"Put crudely, it is a prima donna celebrity against a celebrity-exploiting tabloid newspaper. Each in their time has profited from the other. Both are assumed to be grown-ups who know the score. On the one hand is the interest of a woman who wants to give up her dependence on illegal and harmful drugs and wants the peace and space in which to pursue the help which she finds useful. On the other hand is a newspaper which wants to keep its readers informed of the activities of celebrity figures, and to expose their weaknesses, lies, evasions and hypocrisies. This sort of story, especially if it has photographs attached, is just the sort of thing that fills,

54 עניין *Campbell* (לעיל, הערה 6), פסקה 8 לפסק-דינו של הלורד ניקולס; *Reynolds v. Times*; *A v. B* (לעיל, הערה 50), עמ' 202, פסקה 4 לפסק-הדין; Phillipson (לעיל, הערה 43).

55 *Data Protection Act, 1998* (Eng.).
56 עניין *Campbell* (לעיל, הערה 6), פסקה 36 לפסק-הדין. הלורד הופמן הציג את המחלוקת כמצומצמת וממוקדת בנסיבות המיוחדות של המקרה, שבו דובר על "דמות ציבורית שעשתה מצג לא נכון כלפי הציבור" ותו לא. הוא אף הדגיש את ההסכמה העקרונית של כל שופטי המותב באשר לעיקרון ולנוסחת האיזון הרצויה.

sells and enhances the reputation of the newspaper which gets it first. One reason why press freedom is so important is that we need newspapers to sell in order to ensure that we still have newspapers at all".⁵⁷

הבעיה העיקרית מתמקדת אפוא בשאלה אם מדובר כאן במידע "פרטי", הן מבחינת תוכן הכתבה והן מבחינת התמונות, ואם אכן כן – מהו המבחן הנכון לאיזון בין הצורך להגן על פרטיות זו אל מול חופש העיתונות והעניין הציבורי שבכתבה. כל השופטים שישבו לדין הסכימו שעקב התנהגותה הקודמת של הדוגמנית והעובדה שהיא חזרה והכחישה קבל עם ועדה את היותה מכורה לאלכוהול ולסמים רשאי היה העיתון, בשם האינטרס הציבורי, לפרסם את העובדה שלמעשה לא הייתה אמת בהצהרות הללו, וכי הדוגמנית – כמו גם רבים וטובים אחרים בעולם הדוגמנות – אכן נפלה קרבן לשימוש בסמים והיא נזקקת לעזרה מקצועית כדי להיגמל⁵⁸.

דעת המיעוט של הלורד ניקולס והלורד הופמן פתחה בהצהרה כי המשפט האנגלי, בניגוד למשפט האמריקני, אינו מכיר בקיומה של זכות כללית לפרטיות אלא רק מגן על כמה אספקטים של זכות מורכבת זו⁵⁹. ההיבט המיוחד של המקרה נכנס, לדעתו של הלורד ניקולס, להגדרה של "misuse of private information" – עילה המחליפה את "duty of confidence", שהחליפה בעצמה את ה-"breach of confidence". לדידו, כיום לא נדרש עוד שתהיה מערכת יחסים מוקדמת בין הצדדים, וגם הקשר למושג של יחסי "נאמנות" אבד מזוהרו. כיום הדגש ממוקד במהות המידע הנחשב פרטי כשיש צפייה סבירה לשמירתו ככזה. זאת, בהבדל מה מהגישה המקובלת בארצות-הברית⁶⁰, הבוחנת את אופיו הפרטי של המידע שפורסם בהתאם לשאלה אם פרסומו הוא "highly offensive" לאדם הסביר⁶¹. על-פי

57 שם, פסקה 143 לפסק-הדין.

58 שם, פסקה 24 לפסק-דינו של הלורד ניקולס. בפסק-דינו הציג הלורד ניקולס חמישה פריטי פרסום שגרמו לכאורה נזק לתובעת. השניים הראשונים – היותה מכורה והיותה בטיפולי גמילה – נדחו בהסכמה מלכתחילה. פסקה 42 לפסק-דינו של הלורד הופמן; פסקה 82 לפסק-דינו של הלורד הופ; פסקה 129 לפסק-דינה של הברונית הייל.

59 שם, פסקה 11 לפסק-דינו של הלורד ניקולס.

60 Restatement (Second) of Torts, § 652D.

61 עניין *Campbell* (לעיל, הערה 6), פסקה 22 לפסק-דינו של הלורד ניקולס. הלורד ניקולס הזהיר כי המבחן האמריקני הוא חמור יותר ואף מכניס אלמנטים של פרופורציונליות לתוך הגדרת הפרטיות, ואילו לדעתו מקומם של שיקולי הפרופורציה הוא רק במערכת האיזונים בין הזכות לפרטיות לבין הזכות לפרסם לאחר שביט-המשפט יקבע כי המידע הוא אכן "פרטי". השווה לפסקה 46, שם, אצל הלורד הופ, שהדגיש את השינוי שעבר המשפט האנגלי בהשפעת האמנה ואת התגבשות התפיסה שמבחינה עקרונית פרטיותו של אדם ראוי להגנה גם ללא יחסי אמון או מערכת יחסים מוגדרת מוקדמת כלשהי. זאת, לא בשל הוראות החוק, שממילא אין להן תחולה על פרטים, אלא מתוך הזיהוי של אינטרס הפרטיות כראוי להגנה כחלק מכבוד האדם.

קריטריון זה – ולאחר שהוחלט כאמור שאת העובדה שקמפבל מכורה לסמים ונמצאת בתהליך גמילה מותר היה לפרסם – הגיעו הלורד ניקולס והלורד הופמן למסקנה שתוספת המידע שכללה הכתבה נוסף על העובדה הראשונית של תהליך הגמילה מסמים אינה מהווה פגיעה אמיתית בפרטיות. כך גם התמונות עצמן, התמימות במהותן⁶², אינן מהוות פגיעה נוספת לפגיעה המקורית שאותה למעשה הביאה הדוגמנית על עצמה בהכחשותיה המפורסמות שהסתברו לאחר מכן כשקריות. באיזון בין הפגיעה המינורית שתיגרם לדוגמנית לבין החשיבות הציבורית שבפרסום הסיפור – ידו של חופש הביטוי על העליונה, אפילו אם מביאים בחשבון את עגמת הנפש של הדוגמנית, את הצער שייגרם לה ואת רגשות הבגידה כלפי ה"חברים שהסגירו אותה"⁶³. על עמדה זו הוסיף הלורד הופמן את ההצהרה המאוד משמעותית מבחינת הדין האנגלי בדבר המחויבות להגן על מידע פרטי של האדם כחלק משמירה על כבודו ועל האוטונומיה שלו⁶⁴, אף כי במקרה הנוכחי אין לדעתו צורך להכריע בין הגישה המצמצמת הראשונית שמבססת את האחריות על הפרת חובת נאמנות לבין הגישה המרחיבה המבססת את האחריות על שמירה על כבוד האדם, הואיל ועל-פי שני הקריטריונים כאחד התקיימו כאן הן פגיעה באמון ובנאמנות והן בכבוד ובאוטונומיה. אילו הייתה קמפבל אדם פרטי ואנונימי, כי אז הייתה תביעתה מתקבלת על-ידי בית-המשפט ועל העיתון הייתה מוטלת אחריות בגין פגיעה בפרטיותה. אבדן הזכות לתבוע, הדגיש הלורד הופמן, לא מבוסס כשלעצמו על היותה של קמפבל דמות ציבורית, שהרי גם לדמות ציבורית מגיעה פרטיות, גם אם בדרגה שונה; אבדן הזכות לתבוע מבוסס על התנהלותה של קמפבל כ"דמות ציבורית" בהקשר למידע הרלוונטי ולהטעייתה את הציבור. העובדות הנוספות – אלו שהוסיפו מידע נקודתי נוסף על המידע שהתייחס למה שהציבור כבר ידע על קמפבל, כמו גם התמונות שצורפו לכתבה – מהוות תוספת צבע בלבד ואין בהן כדי להפוך את הכתבות נשוא המחלוקת לבלתי חוקיות.

דעת הרוב של הלורד הופ, הברונית הייל והלורד קרסוול, שהחליטו לקבל את ערעורה של קמפבל, מפרשת את עובדות המקרה באופן שונה ומשקפת הגנה רחבה יותר על זכותו של הפרט למנוע פרסום מידע שיש לו צפייה סבירה לשמירתו כפרטי⁶⁵. בעיני הלורד הופ

62 בתביעתה לא התייחסה קמפבל לעצם צילומה שלא בהסכמתה אלא לשילוב הצילומים עם תוכן הכתבה והמשמעות המצטברת של השלם. בהקשר זה קבע הלורד ניקולס, בפסקה 31 לפסק-דינו, כי אף שבדרך כלל תמונה אחת שווה אלף מילים, כאן התמונה לא הוסיפה דבר "פרטי" במהותו.

63 חשוב לציין שהלורד ניקולס, בפסקה 25 לפסק-דינו, היה מוכן להעניק פיצוי עונשי בגין הכתבה השנייה הפוגענית אילו מצא שהתקיימו לגביה יסודות העוולה.

64 שם, פסקאות 50-51 לפסק-דינו של הלורד ניקולס.

65 ייתכן שבהבדל מגישתו של הלורד ניקולס, שהפגין סימפטיה לרגשותיה הפגועים של קמפבל אבל לא ייחס להם משמעות משפטית, על עמדתם המשפטית של שופטי הרוב השפיעה גם

התמקדה המחלוקת בשאלות של עובדה ודרגה ולא בעניינים עקרוניים, והתוצאה השונה שאליה הגיעה דעת הרוב נובעת לדעתו מהמקום השונה על סקאלת איזון האינטרסים שהרוב, בניגוד למיעוט, ממקם בו את הנקודה שבה מתחילה אחת מכפות המאזניים – זו של חופש הביטוי או זו של הפרטיות – לשקול יותר מהאחרת. בהבדל מעמיתו שבדעת המיעוט סבר הלורד הופ כי האמנה האירופית, כמו גם חוק זכויות האדם האנגלי, לא הכניסה שינוי גדול למשפט האנגלי אלא רק מיקדה את תשומת הלב בחשיבותה של הזכות לכבוד בכל הנוגע לחיים הפרטיים (הצהרה שהברונית הייל הקפידה להכניס לפרופורציות נסיבתיות ולפרשה בצמצום⁶⁶). בהמשך ישיר לכך קבעו שופטי הרוב כי ההבחנה שאימץ בית-המשפט לערעורים, שסבר כי אין זה נכון שטיפול שאינו רפואי טהור (כמו הטיפול בגמילה מסמים), בהבדל מטיפול רפואי קלאסי, הוא פחות "פרטי" ופחות זקוק להגנה מפני חשיפה, בעיקר כשמדובר בתוכני רגישות מיוחדים ובנפגעים הנמצאים בגלל נסיבות סובייקטיביות במצב פגיע במיוחד⁶⁷. על-פי קנה המידה המקובל באנגליה, בארצות-הברית ובאוסטרליה⁶⁸, הפגיעה במקרה הנוכחי – כך המשיך הלורד הופ וקבע – היא "offensive and objectionable" "to a reasonable man of ordinary sensibilities"⁶⁹ והמידע שפורסם ענה על דרישת הצפיות הסבירה לפרטיות, שלדעתו המבחן לקיומה הוא תלוי נסיבות סובייקטיביות⁷⁰, מה גם שפרסומה עונה גם על דרישת ה-"highly offensive" באופן המצדיק – כטיעון מחזק נוסף ולמעלה מהנדרש – התערבות לטובתה של הדוגמנית הנפגעת. משכך, כשהגיע תור האיוונים בין הפרטיות לחופש הביטוי, קבעו שופטי הרוב כי זכות הציבור לדעת נופלת בעצמתה הרבה מזכותה של קמפבל להגנה על ענייניה הפרטיים הרגישים, גם אם לאותו ציבור "מגיע" לדעת שקמפבל עצמה הטעתה אותו מלכתחילה וגם אם לעיתונות נראה ש"מגיע" לה לדווח על צדקתה המקצועית לציבור קוראיה.

פרט להבדלי גישה בנוגע למבחן הצפייה הסבירה לשמירה על הפרטיות, מבחן אמריקני במקורו שפותח בבית-המשפט העליון בארצות-הברית בעניין *Katz*⁷¹ ואומץ על-ידי כלל

ההערכה שתחושת הבושה והפגיעות של התובעת יש לה השלכה גם על תוצאות טיפול הגמילה שלה ועל האינטרס הציבורי הנובע מכך; שם, פסקה 81 לפסק-דינו של הלורד הופ. 66 פסק-הדין בעניין *In re S* (לעיל, הערה 52) כמו גם פסק-הדין בעניין *Wainwright v Home Office* [2003] 3 W.L.R. 1137 שאליהם הפנתה הברונית הייל, משקפים עמדה מצמצמת בהרבה מזו שמופגנת בהחלטות עמיתיה למותב.

67 עניין *Campbell* (לעיל, הערה 6), פסקה 93 לפסק-דינו של הלורד הופ.

68 *Australian Broadcasting Corporation v Lenah Game Meats Pty Ltd.* (2001) 185 A.L.R. 1, 13, para 42.

69 עניין *Campbell* (לעיל, הערה 6), פסקה 94 לפסק-דינו של הלורד הופ. קביעה זו מבוססת על מאמרו של Prosser (לעיל, הערה 19), עמ' 396-397.

70 עניין *Campbell* (לעיל, הערה 6), פסקאות 97-100 לפסק-דינו של הלורד הופ.

71 *Katz v. U.S.*, 389 U.S. 347 (1967).

שופטי בית הלורדים, רוב ומיעוט, כמעט בכל פסקי-הדין שניתנו בשנים האחרונות, היו שופטי הרוב והמיעוט בעניין קמפבל חלוקים ביניהם גם על משמעותן והגדרתן של התמונות שפורסמו בגוף ולצד הכתבות שעסקו בחשיפת תהליכי הגמילה שלה. הלורד הופ למשל קבע שאילו דובר רק בכתבה עצמה, בלי התמונות, ייתכן שעמדתו באשר לאיזון הזכויות של הצדדים שבפניו הייתה משתנה והוא היה פוסק לטובת העיתון. התמונות הן שהכריעו את הכף, העצימו את הפגיעה וצבעו בצבע "פרטי" את התמונה הכוללת שעלתה ממכלול הפרסומים שפרסם ה-Mirror⁷². אילו צולמה קמפבל בבגדי מעצבים, זוהרת ומטופחת, כשהיא קונה בקבוק חלב, לא היה לה על מה להלין ויש להניח שאכן כלל לא הייתה מלינה על פרסום התמונה; אולם במקרה הנוכחי הטקסט שליווה את התמונות ה"תמימות" לכאורה הפך אותן לבעלות משמעות פרטית הראויה להגנה בעיקר כשהתובעת לא טענה כי תוכן הפרסום לא היה נכון. אילו העלתה קמפבל טענה שהפרסום אינו נכון אולי ניתן היה לטעון כי התמונות סותרות את טענתה ומוכיחות את אמיתות הפרסום, ואז פרסומן היה מוצדק; אך כאמור, בהיעדר הכחשה כזו לא הייתה הצדקה כלשהי לפרסום התמונות והן מהוות פגיעה נוספת בפרטיות התובעת.

כך, בסיכומו יש פסק דין ארוך ומפורט, בו נדמה לעיתים שדווקא שופטי המיעוט הם שמשמשים בהגדרות רחבות יותר אף כי בסופו של דבר הם מצמצמים את יישומן הפרשני, ואילו שופטי הרוב מקפידים על ניסוחי זכות קמפבלים כמעט אבל בסופו של דבר מרחיבים את מבחני יישומה, צעד בית הלורדים צעד משמעותי קדימה לכיוון הכרה – גם אם ללא הצהרה חד-משמעית – בהגנה מפורשת לזכות לכבוד לאוטונומיה ולשמירה על אינפורמציה פרטית מפני פרסומה ברבים⁷³.

3. בין פסק-דין Campbell לפסק-דין Mosley⁷⁴

בסמוך לאותו מועד שבו נתן בית הלורדים את פסק-הדין בעניין Campbell נתן בית-הדין האירופי לזכויות אדם (ה-European Court of Human Rights; להלן – ECHR) את פסק-דין

72 על משמעות שידורן של תמונות מאירוע טראומטי במיוחד כפגיעה בפרטיות ראו *Peck v. United Kingdom* [2003] 36 E.H.R.R. 719, פסקה 62 לפסק-הדין.

73 עוד על פסק-הדין והשוואתו לפסק-הדין בבג"ץ 259/84 מ.י.ל.ן. – מכון ישראלי למוצור ולעסק הנבחר בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לח(2) 673 (1984), ראו אצל א' בנבנישתי "ה'הפתעונת' והמצלמה הנסתרת: על עיתונות, פרטיות, סקרנות ומציצנות" המשפט (2008) 26; D. Friedman "The Protection of Entitlements via the Law of Restitution . . . ; 26

Expectancies and Privacy" 121 *L. Q. R.* (2005) 400.
74 עניין Mosley (לעיל, הערה 21).

הידוע בעניין *Von Hannover*⁷⁵. בפסק-דין זה הוכרה זכותה של הנסיכה קרוליין ממונקו למנוע פרסום תמונות פרטיות שלה, שגם הן צולמו, כמו בעניין *Campbell*, במקום ציבורי – ביציאה מדירתה בפריז. יודגש שהן במקרה של קמפבל והן במקרה של קרוליין ממונקו היה מדובר בפרסום שתוכנו אינו פוגעני ואינו מכפיש^{76, 77}.

הדגש בעניין *Von Hannover* הושם על התנהלותם הפוגעת של שני צלמי פפרצי שתוארה בבית-המשפט כ-*harassment*, אף כי בסופו של דבר לא הוגבלה ההגנה על הזכות באופן מפורש אך ורק למקרים ולנסיבות כאלה. ה-ECHR קיבל את תביעתה של קרוליין⁷⁸ אחרי שזו נדחתה על-ידי בתי-המשפט בגרמניה⁷⁹. פסק-הדין משמש את בתי-המשפט באנגליה במאמציהם לגבש באופן מושכל ומאוזן את ההגנה על הזכות לפרטיות המנוטטת שם –

- 75 *Von Hannover v. Germany* (2005) 40 E.H.R.R 1 (להלן – עניין *Von Hannover*). ראו ביקורת על החלטה זו R.D. Barnes "The Caroline Verdict: Protecting Individual Privacy Against Media Invasion as a Matter of Human Rights" 110 *Penn St. L. Rev.* (2006) 599.
- 76 בהשוואה לתוכן ה"תמים" שפרסומו נדון בשני מקרים אלו ובנוכח מהם, ברור לחלוטין מדוע נענה לאחרונה בית-משפט צרפתי לעתירתה של קרלה ברוני, אשתו של נשיא צרפת, ואסר את מכירתם והפצתם של ארנקי חברת Pardon, שנשאו עליהם תמונות עירום שלה שצולמו בזמנו בהסכמתה. ברוני זכתה בפיצוי של 40 אלף יורו והבטיחה לתרום אותו לצדקה; התיקים נאסרו למכירה. על הביקורת המוטחת בזוג הנשיאותי בגין "הקפדת יתר" על זכותו לפרטיות ראו Reuters "Franc's Carla Bruni Wins Damages for Nude Handbag", http://www.javno.com/en-celebrities/francs-carla-bruni-wins-damages-for-nude-handbag_216121.
- 77 E.P. Simpson "Privacy and the Reasonable Paranoid: the Protection of Privacy in Public Places" 50 *U.T. L.J.* (2000) 305. השוו לפסק-דין של בית-המשפט העליון בקנדה, שפסק פיצויים לתובעת אנונימית שצולמה במקום ציבורי ובתמונתה נעשה שימוש בעיתון אמנותי ללא ידיעתה והסכמתה; *Les Editions Vice Versa Inc. v. Aubry* [1981] 1. S.C.R. 591.
- 78 ראו ניתוח נוסף של פסיקה זו אצל בנבנישתי (לעיל, הערה 73).
- 79 מנגד דחה בית-משפט באנגליה תביעה שהגיש סר אלטון ג'ון נגד ה-Daily Mail למניעת פרסום תמונות שחשפו את מצבו העגום של שערן המתדלדל וצולמו מחוץ לביתו שבלונדון; קבע – באופן די מפתיע בהשוואה לפסיקה האחרת – כי מצב הקרחת של התובע אינו נכנס למסגרת האינטרסים המוגנים על-ידי סעיף 8 לאמנה האירופית (לעיל, הערה 22). באותה רוח נדחתה גם תביעתה של משפחת דייוויד וויקטוריה בקהאם נגד עיתון שהתכוון לפרסם מידע על חיי הנישואין של בני הזוג והגיע מהמטפלת של ילדיהם, תוך הפרת התחייבותה של זו לשומרו בסודיות. עוד נדחתה תביעתה של אחת מכוכבות העבר של הסדרה "Eastenders" למנוע פרסום פרטים אישיים מתקופת ארוסיה שהסתיימו בפרידה. על החלטות אלו ואחרות שלא פורסמו ראו C. Mackey, A. Mclean "Is there a Law of Privacy in the United Kingdom? A Consideration of Recent Legal Developments" 29(9) *E.I.P.R.* (2007) 389, 389-395.

עדיין, גם לאחר פסק־דין *Mosley* – בין נכונות להכרה כללית לבין הכרה נקודתית בלבד על-פי החוק וה־common law.

סקירת הפסיקה שבאה בעקבות פסק־דין *Campbell* מלמדת כי שיווי המשקל העדין בין ההחלטות שבהן ניתנה עדיפות לחופש הביטוי – בדרך כלל על בסיס העדפה של אינטרס הציבור ולא על בסיס הקביעה שהמידע לא היה פרטי – לבין ההחלטות שהעדיפו את השמירה על צנעת הפרט וזכותו לאנונימיות נוטה לאחרונה יותר וכיוון האחרון. מספר הדוגמאות הוא רב ויהיה עליי להסתפק בכמה מהבולטות שבהן בלבד. בעניין *McKennitt*⁸⁰ תבעה זמרת שירי העם הידועה לורנה מק'קניט צו מניעה נגד פרסום ספר שכלל פרטים רבים על חייה הפרטיים, שאותו כתבה חברה קרובה שליוותה אותה שנים רבות בחייה המקצועיים. עילת התביעה בוססה על זכותה של התובעת לפרטיות, מחד גיסא, ועל מחויבותה של הנתבעת לנאמנות, מאידך גיסא – שתיהן על בסיס סעיף 8 לאמנה האירופית. התביעה התקבלה והערעור על פסק־הדין של השופט אידי (Eady) נדחה. אין ספק שהתוצאה הסופית במקרה של *McKennitt* נבעה בין השאר מכך שהתובעת הייתה ידועה כמי ששומרת בקנאות רבה על פרטיותה, וגם כשהסכימה לפרסומים נדירים על אודות חייה שמאחורי הקלעים היא עשתה כן רק כדי לקדם את מחויבותה למלחמה בתאונות שיט וספורט ימי בעקבות המוות של ארוסה, אחיו וחבר נוסף בתאונת שיט מחרידה. מעבר להיבט האנושי המיוחד של הסיפור העובדתי חזר בית־המשפט לערעורים גם על כמה קביעות עקרוניות חשובות שעיקרן בפסיקה קודמת, ובחלקן הגדול נמנו לעיל, ובכך חשיבותה של החלטתו זו. אף על־פי שמערכת היחסים בין התובעת לנתבעת בעניין *McKennitt* הייתה באמת מערכת קרובה של יחסי אמון ונאמנות – בהבדל גדול מהנסיבות שנדונו בעניין *Von Hanover* – בית־המשפט האנגלי, על שתי ערכאותיו, למד מהרציונל הבסיסי שקבע שם בית־הדין האירופי⁸¹, כמו גם מהקביעות החשובות שבעניין *Campbell*, ויישמן על המקרה שלפניו. לגופו של עניין קבע בית־המשפט האנגלי כי הפרסומים בדבר מערכת הקשרים החברתיים והסקסואליים של התובעת, מצבה הבריאותי, קשריה עם ארוסה שנהרג, וענייניה הכספיים והכלכליים ("המחלוקת הקניינית", בפי בית־המשפט⁸²) הם עניין פרטי שלה בלבד, וכי כל פרסום פומבי שהנתבעים מבקשים לעשות לפרטים אלה יפגע בצפייה הלגיטימית של התובעת – כמו שהיה פוגע בכל אדם סביר במקומה – לשמירה על פרטיותו של מידע מסוג זה. גם אם חלק מהמידע כבר פורסם בעבר והפך להיות "מידע ציבורי" אין בכך כדי להקנות לנתבעות בסיס לטיעון כי התובעת איבדה את פרטיותה כדמות

80 *Mckennitt v. Ash* [2005] E.W.H.C. 3003 (Q.B.) (להלן – עניין *McKennitt*). בקשת ערעור נדחתה על־ידי בית הלורדים [2006] E.W.C.A. Civ. 1714, *Ash v. McKennitt*, אך הדרך לבית־הדין האירופי שבשטרסבורג עדיין פתוחה בפניה.

81 שם, פסקה 40 לפסק־הדין.

82 שם, סעיפים 71-73 לפסק־הדין.

ציבורית. גם העובדה שחלק מהעובדות שפורסמו הוכחו כלא נכונות ולפיכך משוללות יכולת לפגוע בפרטיות אינה מענה הולם לתביעה⁸³.

גם בעניין *HRH Prince of Wales*⁸⁴ גברה הפרטיות על חופש הביטוי. התובע במקרה זה היה הנסיך צ'רלס, שייצג את אימו המלכה במעמד העברתה של הונג-קונג לידי הרפובליקה של סין בשנת 1997 תוך כדי סיור מלכותי שערך באזור. את רשמיו, המודפסים וכתובים בכתב ידו, לרבות רשמים מקבלות פנים וארוחות ערב על היאכטות של מארחיו, שמר הנסיך צ'רלס בעותקים של יומני נסיעה. אחד מאלה פורסם על-ידי הנתבעים, המו"ל של *The Mail on Sunday* ואחרים, כמעט עשור לאחר מכן, בשנת 2005⁸⁵. תביעתו של הנסיך, שהתייחסה לכל היומנים שכתב ולא רק ליומן הונג-קונג, בעילה של פגיעה בפרטיות והפרת זכות יוצרים – התקבלה. על בסיס העיקרון שנקבע בעניין *Campbell* בחן בית-המשפט ראשית את אופי המידע שפורסם על-פי מבחן הצפיות הסבירה. לאחר מכן נבחן איזון האינטרסים של התובע שפרטיותו נפגעה מול האינטרס של העיתונות בפרסום עובדות שמבחינה ציבורית נכון, ראוי ומותר לפרסמן. על סמך אלו החליט בית-המשפט להעדיף את האינטרס הפרטי שנפגע על האינטרס הציבורי בפרסום. בית-המשפט קבע כ דווקא בשל היותו של התובע דמות ציבורית יש לשמר בקפדנות את פרטיותו באותו מרווח מצומצם שנותר לו למחשבה פרטית, לכתובה ולהרהורים שבינו לבינו, גם אם אלה עולים על הכתב ומגיעים בדרך לא דרך לחזקת העיתונות. גם כאן, כמו במקרים הקודמים, הכיר בית-המשפט בצפייה הסבירה של התובע שכתביו הפרטיים לא ייהפכו לנחלת הכלל על אף העניין הציבורי שהם מעוררים – ואולי בצדק – בציבור הקוראים⁸⁶.

שלישי ואחרון ברשימה זו של פסקי-דין שבאו בעקבות פסק-דין *Campbell* – וכנראה המפורסם ביותר מביניהם – הוא פסק-הדין שניתן בעניין *Douglas*⁸⁷. בפסק-דין ארוך במיוחד, העוסק גם בהיבטים חוזיים ואחרים בין המעורבים בפרשה, תופס הדיון באחריות לפגיעה הנטענת בפרטיותם של בני הזוג דאגלס-זיטה-ג'ונס חלק חשוב. סיפור העובדות

83 שם, סעיפים 77-80 לפסק-הדין. לסוגיה זו נתייחס בהרחבה בהמשך. פסק-דינו של בית-המשפט לערעורים יושם בשנים האחרונות כמה פעמים; ראו, בין השאר, *Applause Store Production Ltd. v. Raphael* [2008] E.W.H.C. 1781 (Q.B.); *Secretary of State for the Home Department v. British Union for the Abolition of Vivisection* [2008] E.W.H.C. 892 (Q.B.).

84 *HRN Prince of Wales v. Associated Newspapers Ltd.* [2006] E.W.H.C. 1776

85 שם. לפחות עשר פסקאות בפסק-הדין (39 ואילך) עוסקות בשאלה העובדתית כיצד הגיעו היומנים לידי העיתון.

86 שם, פסקה 86 ואילך של פסק-הדין. מצוטטות כאן בהסכמה הן דעת הרוב והן דעת המיעוט בעניין *Campbell* (לעיל, הערה 6). ראו גם עניין *Mckennitt* (לעיל, הערה 80), פסקאות 120-119. על חשיבותו של האינטרס הציבורי ראו שם, פסקה 178 ואילך.

87 *Douglas v. Hello! Ltd.* [2005] E.W.C.A. 295

עוסק בחתונתם המתקשרת של בני הזוג, שהכניסה אליה נאסרה על כלי התקשורת, ורק עיתון אחד הורשה לשלוח נציגים לצלם ולפרסם את פרטי האירוע. לפיכך, בני הזוג והעיתון בעל הבלעדיות הופתעו מאוד לראות כי תמונות מהחתונה פורסמו למחרת גם בעיתון מתחרה שבדרך לא דרך הצליחו צלמיו לחדור למתחם האירוע המדובר. פרסום התמונות על-ידי המתחרה גרם לעיתון נזק רב לא רק באבדן התמורה ששילם העיתון בעל הבלעדיות לבני הזוג דאגלס תמורת הבלעדיות בפרסום הצילומים, אלא גם באבדן ההכנסה לה ציפה העיתון ממכירת הגיליונות שבהם תפורסמה תמונות החתונה "הבלעדיות". לבני הזוג דאגלס נגרם נזק של פגיעה בפרטיותם כמו גם בזכות הפרסום והפקת הרווחים שלהם. גם בהחלטתו זו התבסס בית-המשפט בראש ובראשונה על הגדרתו של הלורד ניקולס בעניין *Campbell* (כזכור, דעת מיעוט)⁸⁸, כמו גם על יתר העקרונות שנפסקו שם, בעיקר בכל הנוגע לאינטרס השמירה על פרטיותם של צילומים שתכנם כשלעצמו אינו פוגעני ואינו מציג את התובעים באור לא נכון או לא מחמיא. בית-המשפט לערעורים אישר את קביעת הערכאה הראשונה כי אף על-פי שהחתונה נערכה בניו-יורק יש להחיל את הדין האנגלי⁸⁹, ולפי דין זה פרסום הצילומים פגע בפרטיותו של הזוג ג'ונס-דאגלס. אף על-פי שלכאורה ויתר הזוג הצעיר על פרטיותו כשערך הסכם למכירת הזכות לפרסום ולחשוף את פרטי החתונה וצילומיה ברבים, הגבלתה של ההרשאה לצלם ומתן הרשות לעשות כן רק לעיתון אחד משמרת את הזכות לפרטיות כלפי כל יתר הצלמים הבלתי מורשים, והופכת את הפרסומים שעשו לבלתי חוקיים⁹⁰.

אין ספק שמקבץ זה של פסקי-דין, כמו גם פסקי-דין אחרים המשרדים מסר ברור לא פחות, מעיד על נטייה מסתמנת של העדפת הפרטיות וההגנה עליה על חשבון חופש הביטוי של העיתונות⁹¹. גם פסיקה מנוגדת – כמו ההחלטה בעניין *Jameel*⁹², שהחזירה במעט את הצבע לחייה של העיתונות ה"מוכה", אף שעיסוקה של זו בהגנה על השם הטוב ולא בהגנה על הזכות לפרטיות – לא הצליחה (בגלל המינימליזם הרטורי שלה) להחזיר את המטוטלת למקומה המקורי בפסיקה שקדמה להחלטה בעניין *Campbell*.

88 עניין *Campbell* (לעיל, הערה 6), פסקאות 77–78.

89 עניין *Douglas v. Hello! Ltd.* (לעיל, הערה 87), פסקאות 96–102.

90 אחד הנימוקים לקיומה של יתרת פרטיות במקרה זה הייתה הזכות ששמר לעצמו הזוג לבחור את הצילומים שיתפרסמו, בחירה שכמובן נשללה ממנו בכל הנוגע לצילומים הפירטיים; שם, פסקה 108 לפסק-הדין.

91 ראו דוגמאות נוספות לפסיקה המקדמת את הזכות לפרטיות בשנים האחרונות אצל *Mackey & Mclean* (לעיל, הערה 79), ובעיקר ציטוט מתוך *Press Gazette* מיוני 2007 בהערה 47 והטקסט שאליו הוא מתייחס.

92 עניין *Jameel* (לעיל, הערה 23).

4. פסק-דין Mosley v. News Group Newspapers Ltd.

גם פסק-דין זה ניתן על-ידי השופט אידי מה-High Court of Justice⁹³. סיפור העובדות סופר כבר פעמים רבות באנגליה, באירופה וגם בישראל, אף כי חשיפתו לציבור הישראלי הייתה מצומצמת יחסית לחשיבות העובדות שנדונו בו ולרלוונטיות שלהן⁹⁴.

מוסלי, "בנו של פשיסט אוהב נאצים" (האב והאם נישאו בביתו של גבלס בנוכחותו של היטלר כאורח הכבוד), כלשונו של כתב עיתון News of the World, בעצמו נשיא מועדון המכונות הבינלאומי פורמולה 1 מאז 1991 ובעל תפקידים נוספים במסגרתו, כיכב בכתבת צבע ססגונית שבה תוארו "מסיבות" ("אורגיות" בלשון הכתבה) שערך ואליהן הזמין חמש נשים בעלות "שם מפוקפק", כהגדרת העיתון. על-פי הכתבה במסיבות אלה אירעו כמה אירועים שלטענתו של מוסלי "השתיקה הייתה יפה להם". עיקרה של הכתבה, שבה כונה מוסלי "נאצי" כמה פעמים, עסק בתיאור המפגשים המיניים של מוסלי וחבר מרעיו, שבמהלכם נעשה שימוש בסממנים נאציים ובדימויים מתקופת השואה. הכתבה הארוכה ועתירת הפרטים תיארה את התנהלותו של מוסלי בין השאר כ"מחליאה", בכלל, וכאפופת סממנים סאדו-מזוכיסטיים, בפרט. גם מי שמורגל בקריאת עיתונות ססגונית ופופוליסטית לא יכול להימנע מהרמת גבה גבוהה למקרא התיאורים יוצאי הדופן ומרובי הפרטים. לכתבה צורפו צילומים שצולמו במהלך המסיבה במצלמה נסתרת, והובאו בה ציטוטי שיחות שהקליטה אחת המשתתפות באירוע ששיתפה פעולה עם תחקירן העיתון וכתביו. כדרכם של כלי התקשורת כשיש בידיהם סיפור עסיסי, בעקבות הכתבה הראשונה באו פרסומים נוספים באינטרנט וראיונות עם הצלמת החובבת שקיבלה, כמובן, גם תשלום בגין שירותיה וגם "פרסום חינם" מהעיתון.

על בסיס ההלכות שנקבעו בעניין Campbell ופסקי-הדין שבאו בעקבותיו, ועל סמך הנכונות של בתי-המשפט להרחיב את העילה המקורית של הפרת חובת הנאמנות והסודיות (עילה מצומצמת ונקודתית, עם נטיות להתרחבות כפי שראינו לעיל), ואף להכיר בקיומה של אחריות הנובעת מפגיעה בפרטיות על-ידי פרסום מידע פרטי (עילה רחבה יותר שניצננה בפסק-דין Campbell), בוססה עילת התביעה של מוסלי הן על ה-breach of confidence והן על פגיעה בזכות לפרטיות המוגנת בסעיף 8 של האמנה האירופית לזכויות אדם. לא נטען קיומה של עילה בגין לשון הרע ולכן לא נדונה כלל פגיעה בשמו של התובע.

93 על פסק-הדין לא הוגש ערעור.

94 על התרבות כתבות על מתן במה לגילויי אנטישמיות בעיתונות ראו נ' איל "היטלר שוב בכותרות, עיתונים מתקופת הרייך השלישי מודפסים מחדש ונמכרים באלפי עותקים" מעריב (14.1.09).

במהלך הדיון הוכח שהמשתתפים באירוע הכירו זה את זה מאירועים קודמים והייתה שם הסכמה שבשתיקה שהאירועים יישמרו בצנעה וללא פרסום. לפיכך נטען שההתנהלות "שוברת השתיקה" של אחת המשתתפות, ששיתפה פעולה עם העיתון, היוותה פגיעה בזכויות של יתר המשתתפים, ושעם השידול והמעורבות האחרת של אנשי העיתון שעמדו בקשר עם אותה משתתפת וסייעו לה בעצה ובאביזרי צילום והקלטה יש כאן פגיעה בפרטיות והפרה של זכויות יסוד של התובע.

ההתבססות של התובע על סיפור ההיכרות המוקדמת בין המוזמנים ועל "כללי משחק מוסכמים שהופרו" על-ידי אחת המשתתפות באה לספק את המרכיב הראשוני שעליו בוססו עילות תביעה מסוג זה בעבר, כשהנכונות של המשפט האנגלי להכיר במחויבות להגן על אינטרס הפרטיות הייתה בחיתוליה והתבטאה רק בהכרה בעילה של breach of confidence בלבד. מאז, כפי שראינו לעיל, צעד המשפט האנגלי כמה צעדים משמעותיים קדימה, והיכרות מוקדמת בין הצדדים או קיומה של מערכת יחסים המחייבת נאמנות מיוחדת אינה עוד תנאי להגנה על אינטרס הפרטיות. לכן יש לזכור שהחלטתו ונימוקיו של בית-המשפט במקרה זה, אף כי הן מבוססות על מערכת עובדתית כמו זו שתוארה כאן, לא צומצמו רק לסוג מקרים זה שבו יש היכרות מוקדמת בין הצדדים. לפיכך יש לקרוא את פסק-הדין תוך הבנה שאלמנט ההפרה של הבטחת השמירה על סודיות הוא רק אחד משיקוליו של בית-המשפט ואינו תנאי בל יעבור לאחריות, כפי שהדגיש השופט אידי לאורך כל פסק-דינו⁹⁵. תחילתו של פסק-הדין הארוך והמפורט מתמקדת בציטוט סעיף 8 לאמנה האירופית, שבו מעוגנת הזכות לפרטיות, והשוואה שלו לסעיף 10 לאותה אמנה, המבטיח את חופש הדעה וביטוי – שניהם סעיפים שבית הלורדים האנגלי כבר הכיר – כזכור, בעניין *Campbell*⁹⁶ ואף לפניו⁹⁷ – בתחולתם על צדדים להתדיינות פרטית (ולא רק על צדדים להתדיינות נגד המדינה או נגד גופים ציבוריים). מיד לאחר שביט-המשפט מילא את חובתו בפירוט ראשוני של שני העקרונות המתנגשים, ולאחר שהזהיר את עצמו מפני העדפה של השקפות וערכים אישיים על פני רוחב אופקים תרבותי-חברתי⁹⁸, ברור לקורא לחלוטין לאיזה כיוון של מוטטלת הפסיקה נוטה השופט אידי במקרה הקשה מאוד שלפניו. בית-המשפט הבהיר בצורה ברורה וחד-משמעית שהימים שבהם חופש הביטוי היה בעל מעמד-על, והזכות לשמוע, לקבל ולהביע דעה הייתה כמעט מקודשת, חלפו זה מכבר⁹⁹, וכי

95 עניין *Mosley* (לעיל, הערה 21), פסקאות 6-7 לפסק-הדין.

96 עניין *Campbell* (לעיל, הערה 6).

97 *Miloslavsky v. Aldington* [1996] 2 All E.R. 556; *Tromso v. Normay* [2000] 29 E.H.R.R. 125.

98 עניין *Mosley* (לעיל, הערה 21), פסקאות 129-131 לפסק-הדין.

99 שם, פסקה 10 לפסק-הדין. השופט עשה שימוש במילה *Trumping* כדי להבהיר שניצחונו של חופש הביטוי אינו ברור מאליו עוד.

המתודולוגיה החדשה¹⁰⁰ מחייבת בחינה של נסיבות המקרה ובדיקה מדוקדקת של פרטי העובדות הממלאות בתוכן את שני האינטרסים המנוגדים הנאבקים על הבכורה: חופש הדיבור, הפרסום והמידע שחשיבותו גדולה כאן במיוחד בגלל מעמדו ותפקידו הציבורי של התובע,¹⁰¹ והזכות להישאר מחוץ לאור הזרקורים (to be left alone) שעליה, אולי, יש להגן דווקא משום הקיצוניות של הפרטים שנחשפו בכתבה ועצמת הפגיעה הגלומה בחשיפתם. בהמשך לסקירה ארוכה ומכבירת-פרטים עובדתיים הגיע בית-המשפט למסקנה שעל אף הצורך במתן שיקול דעת מקצועי לעורכי עיתונים ודומיהם לגבי תוכני הכתבות שהם מאשרים לפרסום, במקרה הנדון לא הייתה הצדקה לפרסום הפוגע, בעיקר כי לא הוכח שבמשחק התפקידים המיני שעמד במרכז הסיפור העיתונאי אכן נעשה שימוש בדמויות יהודים ובאלמנטים אחרים הקשורים בנאציזם או בשואה. אילו הוכחו אלו כנכונים ייתכן שהמסקנה הייתה שונה. לפיכך, בסופו של ניתוח העובדות וההלכה המשפטית קבע בית-המשפט כי עילת התביעה של מוסלי אכן הוכחה, כי פרטיותו נפגעה על-ידי הכתבות נשוא התביעה, וכי על העיתון לפצותו בגין פגיעה זו.

נחמה פורתא יכולה אולי העיתונות למצוא בחלקו האחרון של פסק-הדין, שם דחה בית-המשפט בסופו של דבר את בקשתו של מוסלי לפסיקת פיצויים עונשיים. השופט אידי קבע, ראשית, שפיצויים כאלה נפסקים בדרך כלל רק במסגרת דיני הנזיקין ולא בענפי משפט אחרים, וגם בדיני הנזיקין הם נפסקים כחריג לכלל המקובל של "השבת מצבו של התובע לקדמותו", שהוא תולדת התאוריה הבסיסית של דיני הנזיקין הקלאסיים והביטוי הנוהג בדרך כלל ביישומה¹⁰². לצורך הכרעה זו בדבר הסמכות לפסוק פיצויים עונשיים הזכיר בית-המשפט שוב את מה שכבר למדנו מהפסיקה שקדמה לעניין *Mosley* – שבדין האנגלי עדיין יש מחלוקת לא רק בנוגע להיקף ההגנה על אינטרס הפרטיות אלא גם בנוגע לעצם הסיווג של עילת התביעה שמכוחה מוגן אינטרס זה. יש המסווגים את עילת התביעה כעוולה נזיקית של פגיעה בפרטיות תוך הפרה של חובת סודיות, ויש סבורים שבכלל מדובר בעילה שמקורה בדיני היושר שבאה להגן על מידע פרטי תוך שהיא מאזנת בין זכויות חוקתיות מנוגדות – ושאיזון זה כלל אינו מתרחש תחת המטריה של דיני הנזיקין המסורתיים. לפיכך, הואיל וכלל לא ברור שהמקרה נתון בתחום שלטונם של דיני הנזיקין, ממילא אין כל הצדקה להרחיב במקרה זה את היקף המקרים שבהם ניתן להעניק פיצויים עונשיים – המהווים כשלעצמם, כאמור, יוצא מן הכלל בדיני הפיצויים במשפט הפרטי.

100 עניין *In re S* (לעיל, הערה 52).

101 פרטי הנסיבות שהתבררו במשפט בהחלט מעוררים תחושה שכל יהודי שהוא חבר במועדון המכוניות האמור חייב להביאם בחשבון לעניין המשך חברותו המועדון.

102 עניין *Jameel* (לעיל, הערה 23), פסקה 172. ראו עוד את פסק-הדין *Rookes v. Barnard* [1964] A.C. 1129 (Eng.) שבמסגרתו נקבע הפיצוי העונשי בדיני נזיקין בקטגוריות מסוימות של דיני הנזיקין בלבד.

כמו כן – כתוספת חיזוק לתוצאה שלפיה אין להעניק במקרה זה פיצויים עונשיים – הדגיש בית-המשפט כי בהיעדר תקדים רלוונטי ראוי להימנע מחדשנות מיותרת ולהשאיר את הסוגיה המורכבת בדבר מקומם של פיצויים אלה במשפט הפרטי, בכלל, ובמקרים של פגיעה בפרטיות, בפרט, לדיון עתידי בפני ערכאה גבוהה יותר¹⁰³.

השורה התחתונה של ההחלטה בעניין *Mosley* אינה חד-משמעית במובן ההשלכות שיכולות להיות לה על היקף הזכות לפרטיות ועל סוגית ה-*Responsible Journalism* בתביעה בגין פגיעה בפרטיות במשפט האנגלי בעתיד. מחד גיסא, במישור העובדתי-הוכחתי ניתן לומר שבית-המשפט הקפיד להיצמד לעובדות המקרה, ואילו הוכחו עובדות אלו – בעיקר הפיקנטיות ביניהן – ייתכן שהתוצאה הייתה שונה (העד הראשי מטעם העיתון לא הופיע למסור עדות). מאידך גיסא, ייתכן גם שהתוצאה הייתה שונה אילו סבר בית-המשפט, על בסיס שקלול ערכי-משפטי של האינטרסים המנוגדים, שהאינטרס הציבורי במקרה שלפניו הוא חזק וחד-משמעי יותר¹⁰⁴. והא בהא תליא.

יש להעיר כי בשני היבטים אלו שבפסק-הדין, העובדתי-ראייתי והעובדתי-משפטי, האלמנט הסובייקטיבי-אישי חזק במיוחד. מדובר במסקנות ובקביעות המושפעות, ברגיל, מהשקפת עולמו, מערכיו, מאמונתו, מסבלנותו ומסובלנותו של השופט היושב בדין, ולכן קשה לגזור מהם מסקנה אופרטיבית ערכית או אפילו עניינית¹⁰⁵. לצורך הדגמה של טיעון זה ניתן להציע כהשוואה את הניתוח שהביא ה-*Guardian* במאמר המערכת שלו למחרת פרסומו של פסק-הדין: אילו עסק הפרסום המכפיש בפוליטיקאי ידוע או אפילו בכומר שנחשף בקלונו בציבור, והתוכן לא הוכח כאמת, כי אז – לדעת עורך ה-*Guardian* – היה מקום לדחות את התביעה ולהעדיף את האינטרס הציבורי על פני האינטרס הפרטי שנפגע. מוסלי, כך נראה, לא רק שלא היה "חשוב" ו"מעניין" דיו מבחינת העניין הציבורי, אלא שהקשר בין תפקידו הציבורי ומעמדו הציבורי – ככל שהיה כזה – לבין העובדות שהתגלו

103 שם, פסקאות 171-197 לפסק-הדין. בסעיף 203 לפסק-הדין נמנע השופט גם מקביעה המאפשרת או שוללת פיצויים עונשיים במקרה של אחריות שילוּחית.

104 לסקירה נוספת של פסק-הדין ראו N. Russell "Max Mosley Triumphs- but are the damages done?" 8(8) *Privacy & Data Protection* (2008). לדעתי קשה לקבל את העובדה שהמקרה לא הציג אינטרס הציבורי מספק בעיני בית-המשפט. בסופו של דבר לא היה מדובר על דמות אלמונית, וגם מקצת העובדות שהסתברו היה בהן, לדעתי, להוות חומר ראיה מספק כדי לחלץ מסקנה חד-משמעית של "זכות הציבור לדעת". השו" D. Sabbagh "Max Mosley case is bad news for tabloid editors" *TimesOnline* (2008), http://business.timesonline.co.uk/news_for_tabloid_editors שם מלין הכותב על כך שהשופט אידי, היושב במרבית הדיונים בתחומים של לשון הרע והגנת הפרטיות ב-High Court, מטביע את חותם דעותיו האישיות על הנושא בלא התערבות חקיקתית מתאימה.

105 על הוויכוח העקרוני בין הלורד פיליפס ה"דינמי" לבין לורד וולף השמרן בנושא הפתיחות והנכונות להכיר בעוולה החדשה ראו Rozenberg (לעיל, הערה 30), עמ' 5.

ולפרטים המביכים והדוחים שפורסמו לא היה קרוב מספיק. בהבדל מחיי המין הסוטים של פוליטיקאי או של כומר, חיי המין של מי שעומד בראש מועדון פורמולה 1 אינם קשורים לתפקידו ולדעת ה-Guardian אינם מענייניו של הציבור¹⁰⁶. משמע: תלוי מה מעמדו הציבורי של התובע בעילה של פגיעה בפרטיות, תלוי מהי רמת הפגיעה הנטענת, וכפועל יוצא מאלו תלוי כמה חזק האינטרס הציבורי המחייב את הפרסום.

לכאורה פסק-הדין אינו מספק כל חידוש ואינו מתווה דרך להתחדשות. הוא אינו מכריע בין הגישות השונות – רוב ומיעוט – שהעשירו את המחלוקת בעניין Campbell ואחריו. עם זאת חשוב לזכור כי הוא מספק לנו הכרה נוספת בקיומה של עילת תביעה המגנה על הפרט – בין שהוא אנונימי לחלוטין ובין שהוא דמות ציבורית – מפני חשיפה ופרסום של ענייניו הפרטיים, גם אם השופט אידי נמנע במודע מציון שם העילה או מהכרעה במחלוקת לגבי מקורה, על אף החשיבות הגדולה שיש להכרעה זו על מבחני האיזון בינה לבין חופש הביטוי וחופש העיתונות¹⁰⁷.

המשפט האנגלי – המשווע למידה גדולה יותר של קוהרנטיות ואיזון ערכים היררכי ומוסכם בסוגיה מורכבת זו של הגנה על הפרטיות, גבולותיה ומגבלותיה – לא זכה כאן לתשובה הולמת. התוצאה היא שהן הסלבריטאים הממהרים (יותר ויותר לאחרונה) לתבוע בגין מה שנחזה בעיניהם להיות פגיעה בפרטיותם, והן פוליטיקאים, אנשי עסקים ואחרים, לרבות עורכי-הדין המייעצים להם, לא קבלו מענה חד-משמעי לגבי הצפוי להם ביום שאחרי פסק-הדין בעניין Mosley בסוגיה רגישה זו¹⁰⁸. גם העיתונות מתלבטת במשמעותה המעשית של ההחלטה. מבחינת האפקט המצנן שיהיה לה על פרסומי ה-"kiss and tell" ("הטבלואידים של יום ראשון", כפי שהם נקראים בעיתונות), ההנחה היא שזו לא תהיה משמעותית. הסכום שהעיתון הנתבע, ה-News of the World, חויב לשלם – מיליון ליש"ט (פיצויים והוצאות משפט) – כיסה את עצמו מיידית באמצעות המכירה המוגברת של העיתון במהלך המשפט ובסיומו; העיתון אף הרחיק-לכת והפך את ההפסד לניצחון כלכלי

106 אפשר כמובן להתווכח על הבחנה זו של העיתון בין כומר, פוליטיקאי ומי שעומד בראש פורמולה 1.

107 שני מאמרים מעניינים התפרסמו ימים ספורים לאחר מתן פסק-הדין בעניין Mosley (לעיל, הערה 21): C. Horrie "A Canny Kiss and Tell" (2008), <http://www.guardian.co.uk/media/2008/jul/28/mosley.newsoftheworld>; D. Banks "Does Mosley Mark a Sea Change in Privacy Law?" (2008), <http://www.guardian.co.uk/media/2008/jul/28/mosley.newsoftheworld>. שני המאמרים סוקרים את משמעותו המעשית של פסק-הדין, את העובדה שהשופט הדגיש שוב ושוב שבפסק-הדין אין חידוש, ואת העובדה שהכף נוטה לאחרונה נגד העיתונות – בהבדל מהמצב המשפטי במשפטי דיבה, שם ההגנה של "עיתונות אחראית סבירה" תופסת תאוצה ומשאירה לעיתונות שיקול דעת שנשלל ממנה בעניין הפרטיות, שלגביה הוא ניתן לבית-המשפט.

108 Editorial "Rule of Silence" *The Guardian*, Friday (July. 25, 2008).

בפרסמו מודעת פרסומת על עמוד שלם שלשונה: "Mosley is not the only one getting a spanking. We have been beating our rivals for 165¹⁰⁹ years" נוסף על כך, הקלטת שצולמה במצלמה הנסתרת על-ידי אחת המשתתפות במימונו של העיתון יכולה גם היא להכניס לו כספים נוספים¹¹⁰.

את ההחלטה שנתן השופט אידי ב-High Court בלונדון בעניין *Mosley* יש לקרוא על רקע החלטה אחרת, מוקדמת יותר, חשובה בהרבה מבחינת ההיררכיה המשפטית ולא פחות מדוברת מהמקרה של *Mosley* – היא החלטתו של בית הלורדים בעניין *Jameel*¹¹¹. כאמור, החלטה זו עסקה בהגנה על שמו הטוב של תאגיד מול חופש העיתונות, והנושא שנדון בה היה במובהק בעל חשיבות ציבורית ניכרת. העילות במקרה של *Jameel* ובמקרה של *Mosley* היו, כאמור, שונות, אבל הנימוקים בשתי ההחלטות משליכים אלו על אלו, כמו במקרים רבים אחרים של "כמעט חפיפה" בין שתי העוללות, לשון הרע, מחד גיסא, והפגיעה בפרטיות, מאידך גיסא. נחזור לכך בהמשך¹¹².

בעניין *Jameel* היה התובע המערער מנכ"ל של קונגלומרט עסקי רשום בערב הסעודית. חמישה חדשים אחרי אירועי ה-11 בספטמבר שהסעירו את העולם כולו פורסם בעיתון המשיב באנגליה דיווח על חקירות שנוהלו בחו"ל, שמטרתן הייתה לבחון מעורבות של חברות ואנשי עסקים עתירי הון במימון ארגונים טרוריסטיים ברחבי העולם. שמה של החברה התובעת אוזכר בכתבה לצד שמות אחרים שצוינו כמי שמממנים ותומכים בארגוני טרור כאלה ובפעילויותיהם הנפשעות.

חבר המושבעים מצא כי הפרסום היה פוגעני מבחינת תוכנו. לפיכך עמדו בפני בית הלורדים שתי סוגיות בלבד, שלגבי שתיהן התלבטותו הייתה קצרה. ראשית, בית הלורדים קבע כי גם חברה מסחרית שאינה מנהלת עסקים באנגליה, אך היא ידועה, מוכרת ובעלת מוניטין בה רשאית לתבוע פיצוי בגין נזק שנגרם לה עקב לשון הרע שיוחסה לה גם בלי שתוכיח נזק מיוחד, וזאת בהבדל מרשות ציבורית שיכולתה לעשות כן מוגבלת. הטענה שקביעה כזו מנוגדת לסעיפים 8 ו-10 לאמנה האירופית נדחתה¹¹³. שנית, נפסק כי לעיתון עומדת ההגנה הידועה שנקבעה בעניין *Reynolds*¹¹⁴ והרחיבה את ההגנה המסויגת (qualified privilege) של נתבע בלשון הרע, בעיקר כשמדובר באמצעי תקשורת, והיא

109 Horrie (לעיל, הערה 107); Banks (לעיל, הערה 107).

שם.

111 *Jameel* (לעיל, הערה 23).

112 ניתוח המסקנות במאמרים של Horrie (לעיל, הערה 107), ושל Banks (לעיל, הערה 107), מתייחס גם לאספקט זה של ההבדל בין שתי העילות מבחינת העיתונות.

113 *Derbyshire County Council v. Times Newspapers Ltd.* [1993] A.C. 534 (H.L.); בר"ע

546/09 לוח שלוש פלוס בע"מ נ' עיריית רחובות (טרם ניתן פסק-הדין).

114 *Reynolds* (לעיל, הערה 54).

מאפשרת לו להימלט מאחריות אם פרסם – באופן סביר ולאחר בדיקה סבירה – תוכן שיש בו חשיבות ציבורית ויש בו תרומה לשיח הציבורי הדמוקרטי, כשמנגד צומחת זכות הציבור לקבל את המידע הנדון¹¹⁵. ההגנה על עיתונות אחראית ובלתי מתלהמת (responsible journalism) קיבלה כאן ביטוי מעשי ומפורש¹¹⁶; הגנה זו אינה חלה בתביעות בגין פגיעה בפרטיות¹¹⁷.

5. שינוי גישה או סמנטיקה גרדא?

השפעתו של פסק-הדין בעניין *Mosley* על המשך התפתחותה של ההגנה על הפרטיות באנגליה צריכה להיבחן בעיקר על-פי יישומה בפועל. עובר להחלטתו של ה-*High Court*, שניתנה לפני כשנה, הדעה השלטת בקרב העוסקים בתחום הייתה כי בתי-המשפט האנגלים אכן הולכים ומכירים בהדרגה בזכות לפרטיות, ואפילו מעזים לקרוא לה בשם, וכי גם בעיני מי שמסתייגים מכינויה בשמה המפורש ההבדל הוא סמנטי בלבד:

“Whether English judges continue to refer to it as ‘breach of confidence’, or more boldly, recognize that ‘the law of confidence’ [...] like a mother

115 על הדדיות הפריבילגיה של המפרסם מחד והציבור מאידך ראו עניין *Jameel* (לעיל, הערה 23).

116 קינה על מר גורלה של העיתונות בישראל – ברוח של “נשארנו בודדים במערב” – על כי העיתונות אצלנו אינה זוכה להגנה הנאורה שפותחה בעניין *Reynolds* (לעיל, הערה 54) ועניין *Jameel* (לעיל, הערה 23) ראו א’ קרול “בריטניה הצטרפה לחקיקה בארה”ב – ישראל נותרה מאחור” גלובס (15.10.06) <http://www.globes.co.il/news/docview.aspx?did=1000142260>. עם זאת עיתוני בריטניה יצאו מגדרם בהללם את ה“ניצחון לעיתונות אחראית”. ראו לדוגמה M. Simkins “Jammel – A Victory for Responsible Journalism” (2006), <http://www.simkins.co.uk/ebulletins/cxfJameelResponsibleJournalism.aspx>. ראו גם סעיפים 13 (א) ו-13 (ב) להצעת החוק לתיקון חוק איסור לשון הרע הקיים אצל גנאים, קרמניצר ושנור (לעיל, הערה 17), עמ’ 408-421. לקינה מסוג אחר לחלוטין ראו Ehrenfeld (לעיל, הערה 18) העורכת השוואה בין ההגנה הרחבה על חופש העיתונות בארצות-הברית לעומת ההגנה המצומצמת המוענקת לה באנגליה, על תופעת ה-“Libel Tourism” ועל ניסיונות התמודדות חקיקתיים בארצות-הברית.

117 ראו התייחסות לנושא במאמרם של Horrie (לעיל, הערה 107) ו-Bank (לעיל, הערה 107). השוו עניין *NM* (לעיל, הערה 12); ראו ביקורת אצל H. Scott “Liability for the mass publication of Private Information in South African Law: *NM v. Smith* (Freedom of Expression Institute as Amicus Curiae)” 18(3) *Stellenbosch. L. Rev.* (2007) 387.

swollen with the child of privacy [...] [has] given birth and the umbilical cord cut may be a matter of semantics only"¹¹⁸.

גם בעניין *Jameel*¹¹⁹ עצמו מצא הלורד הופמן לנכון להדגיש כי בית הלורדים מנסה באופן ברור לאזן בין הזכות לפרטיות, שבשנים עברו הייתה בעמדת נחיתות מול הזכות לשם טוב ואילו עתה (מאז ההחלטה בעניין *Campbell*) היא זוכה לעדנה, לבין חופש העיתונות שתוחם כאמור לעיל בעניין *Reynolds*, הזוכה כאן לפרשנות אוהדת ומרחיבה. עוד ציין הלורד הופמן כי הנושא נמצא בהתפתחות מתמדת שעיקרה הרחבת ההגנה על הזכות לפרטיות.

פסק־דינו של השופט אידי מעמיד בספק את ניצני הוודאות שרווחו בין החוקרים בכל הנוגע להגנה על הפרטיות ועל השם הטוב, לפחות מההיבט התאורטי של סיווג המקור לאחריות ואיתור הענף המשפטי הרלוונטי הנכון לנסיבות מסוג זה. גם הכיוון שתאמץ הפסיקה בעתיד במקרה דומה אינו ברור, דווקא בגלל הנסיבות הקיצוניות שנדונו בעניין *Mosley*. קשה לנבא היכן ישורטט – במקרה שאינו קיצוני כמו *Mosley* – קו האיזון בין הזכות לפרטיות לבין חופש העיתונות וחופש הביטוי שיצאו כאן וידם על התחונה בגלל עצמת הפרסום, היקפו ומשמעויותיו.

סביר להניח שבהיעדר תכנון עתידי להסדר חקיקתי מחד גיסא¹²⁰, ומאידך גיסא לאור נכונותו העקרונית של בית הלורדים להכיר בזכות לפרטיות ובהתחשב במספרן המתרבה של התביעות בנושא זה, לצד הבוטות ההולכת וגוברת של שפת העיתונות המקובלת, ההכרה בסופו של דבר בזכות לפרטיות תהיה עובדה מוגמרת בעתיד הלא רחוק.

ייתכן שאור נוסף יישפך בעתיד על דיני הפרטיות באנגליה דווקא מכיוונם של בתי־המשפט בגרמניה. מתברר שמוסלי מבקש לשחזר את ניצחונו בזירה האנגלית גם בבתי־המשפט בגרמניה: הוא הגיש תביעה על סך 1.2 מיליון ליש"ט נגד העיתון הנפוץ ביותר בגרמניה, ה־Bild, וכן כנגד עיתונים אחרים וסוכנויות חדשות שדיווחו על הפרשה.

118 מפי השופט ג'ק בעניין *A v. B* (לעיל, הערה 50), כפי שהובא אצל Fenwick & Phillipson (לעיל, הערה 30), עמ' 769-770, הערה 390. פסק־הדין החיל את כללי האמנה בנושא ההגנה על הפרטיות על שיקולים למתן צו לאיסור פרסום כסעדר זמני או סופי. השוו גם Rozenberg (לעיל, הערה 30), עמ' 1-39.

119 עניין *Jameel* (לעיל, הערה 23); עניין *Campbell* (לעיל, הערה 6), פסקה 38 לפסק־דינו של הלורד הופמן.

120 על המגמות, ההצעות, עמדת הממשלה והצעות החוק ראו אצל Rozenberg (לעיל, הערה 30), עמ' 248-253. במאמרם של Horrie (לעיל, הערה 107) ושל Banks (לעיל, הערה 107), מובעת תרעומת על שהדין האנגלי מתעצב בבית מדרשו של שופט אחד והמחוקק שותק.

ה-Guardian האנגלי שדיווח על כך¹²¹ ציטט את האופטימיות השוררת בקרב עורכי-דינו של מוסלי, המטפחים תקוות לפסק-דין שבסופו סכום פיצוי גדול נוסף. מנגד נסקרים קווי ההגנה שמתכננים פרקליטי העיתון, המקווים לקעקע את מסקנותיו של השופט אידי, שלדבריהם סרק את העדויות שהציג העיתון הנתבע במסרק כינים אבל החמיץ את התמונה הכללית החמורה בכללותה. לטענתם, פסק-הדין האנגלי שגוי והם מקווים לתוצאה שונה בגרמניה, בעיקר לאור ההוראות המחמירות בחוק הגרמני האוסרות שימוש בסמלים של התנועה הנאצית ולאור הנכונות הידועה של בתי-המשפט בגרמניה להרחיב את ההגנה החוקתית על חופש הביטוי¹²² – גם אם נכונות זו אינה באה תמיד לידי ביטוי, כמו שראינו בהחלטה שבעניין *Von Hanover*. שם, כזכור, היה על התובעת לעתור לבית-הדין האירופי כדי לבטל את החלטתו המצמצמת של בית-המשפט הגרמני שראה את צילומה ברחוב כ"עניין ציבורי".

ד. מבט השוואתי: ההגנה על הפרטיות בדרום-אפריקה

1. פסק-דין *NM v. Smith*: הסיפור העובדתי וההליך המשפטי כבסיס לדיון

שלוש התובעות בפרשה זו השתתפו במחקר קליני שערכה הפקולטה לרפואה של אוניברסיטת פרטוריה ועסק בפיתוח וריאציות שונות של תרופות למלחמה בנגיף ה-HIV. כל השלוש היו נגועות בנגיף. כולן חתמו, כמובן, על טופסי הסכמה להשתתפות במחקר. בשלב מסוים הופסק המחקר לפי דרישתו של משרד הבריאות, נחקרו חשדות שיוחסו לחוקרים, ופורסם דו"ח שסיכם את הפרשה ובו נכללו שמות התובעות שהסכימו לפרסום שמן בפורמט זה בלבד. שלוש הנתבעות היו העיתונאית שרלן סמית, חברת הפרלמנט בדרום-אפריקה דה-ליל, והמוציא לאור *New Africa Books*.

L. Holmwood "Max Mosley Launches Lawsuit against German Publisher Axel Springer" (2008), <http://www.guardian.co.uk/media/2008/jul/25/mosley.privacy4>; R. Boyes "Max Mosley Raises the Stakes over Invasion of Privacy", http://women.timesonline.co.uk/tol/life_and_style/women/celebrity/article5401002.ece.

122 על בסיס ההוראות המפורשות בסעיף 5 לחוקה הגרמנית (Basic Law of the Federal Republic of Germany). בפסק-הדין שניתן בעניין *Re C*, Federal Constitutional Court, 10 B.H.R.C. 131 (1999), נדון מקרה שבו התובעת, בת למשפחת המלוכה, צולמה במקום ציבורי בחברת ילדיה ובחברת ידידם. שלוש שנים לאחר פסק-הדין שונה הדין בגרמניה בנוגע לצילום שנעשה לא במקום ציבורי ונקבעה אחריות פלילית על פגיעה בפרטיות מסוג זה.

עם סיום הפרשה ביקש ההוצאה לאור מסמית לכתוב ביוגרפיה על חייה של דה-ליל. בביוגרפיה זו חשפו הנתבעות את שמותיהן של שלוש התובעות כנשאיות HIV פעיל. החשיפה התבססה על הדו"ח שסיכם את חקירת הפרשה. כאמור, התובעות הסכימו בזמנו לפרסום שמן במסגרת הדו"ח בלבד.

בית-המשפט קמא קיבל באופן מוגבל את התביעה נגד המו"ל ודחה את התביעה נגד שתי הנתבעות האחרות. בקשה לרשות ערעור נדחתה הן על-ידי הערכאה הראשונה והן על-ידי ערכאת הערעור, ובסופו של דבר נחת הדיון בחיקו של בית-המשפט לחוקה שנקרא לדון בהשפעת החוקה על דיני ה-common law שבמסגרתם הוסדרה ההגנה על הזכות לפרטיות עד למועד פסק-הדין, על היקפה של הזכות ועל תוכנה.

כל השופטים שישבו בדיון הסכימו כי כל מידע על מצבו הרפואי של אדם בכלל ועל היותו של אדם נגוע בנגיף ה-HIV בפרט הוא מידע פרטי שחשיפתו יוצרת בסיס אפשרי לתביעה על פגיעה בפרטיות. עם זאת, הם נחלקו בדעותיהם הן בקשר ליסודותיה של העולה ולשאלה אם יש צורך בכלל ביישום שיקולים חוקתיים בדיני הנזיקין¹²³, והן בקשר לפרשנות עובדות המקרה. כתוצאה מהמחלוקת באשר לפרשנות העובדות נותרה ההלכה המשפטית עמומה, אף כי מבחינה פורמלית לא חל בה שינוי. רגישותו של הנושא הולידה ציפייה דרוכה להזדמנות להכריע בו הן באמצעות דיני הנזיקין והן במסגרת פיתוח ההגנה החוקתית שעליה מבוסס חלק מפרשנותו של בית-המשפט בפסק-דין זה^{124, 125}. הבנת הטיעון שקרא להרחבת ההגנה ודחייתו בדעת הרוב מחייבת הסבר קצר של הבסיס המשפטי עליו מושתתת ההגנה על הזכות לפרטיות במשפט הדרום-אפריקני.

2. פיתוח הזכות לפרטיות באמצעות הוראה חוקתית

דיני הנזיקין בדרום-אפריקה, שמקורם במשפט הרומי-הולנדי, הם דינים שנוצרו כ-common law. הם לא חקוקים ולא קודיפיקטיביים. בכך הם שונים מדיני הנזיקין בשיטות משפט אחרות שמקורן גם הוא ב-civil law. הם בנויים מרבדים של משפט אירופי, הולנדי בעיקרו, שעליו נבנו רבדים של חקיקה ופסיקה אנגלית כמו גם השפעות חברתיות ותרבותיות שמקורן באנגליה – השפעות של שפה, של מוסדות לימוד שבהם התחנכו חלק מהמשפטנים המקומיים, של היסטוריה ועוד¹²⁶. הזכות לפרטיות זוכה להגנה רצופה בדיני

123 עניין NM (לעיל, הערה 12), פסקה 57 לפסק-הדין.

124 Scott (לעיל, הערה 117).

125 שם.

126 על שיטת המשפט בדרום-אפריקה ראו R. Zimmermann, D. Visser *Southern Cross: Civil Law And Common Law in South Africa* (1997); M. Loubser *International Encyclopedia of Laws: South Africa* (2008), 29-30, 39-43.

הנזיקין בדרום-אפריקה במסגרת עילת התביעה הנזיקית הכללית ה-¹²⁷Actio Iniuriarum. עילה זו, שמקורה במשפט הרומי, הייתה מיועדת להגנה על אינטרסים שניתן לסווגם כמתייחסים ל-*corpus, fama, dignitas*. על אף קיומן של מחלוקות לגבי היקפם המדויק של אלה¹²⁸ ברור שעילה זו כוללת גם את ההגנה על הפרטיות כמו גם את ההגנה על שמו הטוב של אדם¹²⁹.

האחריות בגין פגיעה בפרטיות מבוססת באופן מסורתי על חזקה בדבר קיום כוונה לפגוע מצד הנתבע, חושף המידע הפרטי (*animus iniuriandi*). נטל ההוכחה לסתירת החזקה בדבר קיומו של יסוד נפשי זה מוטל על הנתבע החל בשלב שבו הוכיח התובע את עצם הפגיעה בפרטיותו¹³⁰.

לצד הגנה רבת שנים זו מוגנת הזכות לפרטיות גם על-ידי סעיף 14 לחוקה הדרום-אפריקנית¹³¹. הגנה כפולה זו, שב-*common law* ובחוקה, זהה להגנה שמעניקה השיטה בדרום-אפריקה גם לשם הטוב, כך שניתן להסיק מההתפתחות שחלה בדיני לשון הרע שם גם על המצב המשפטי הנובע מעליית המדרגה של ההגנה על הזכות לפרטיות – מזכות מוגנת באמצעות דיני הנזיקין בלבד לזכות חוקתית מפורשת. עם זאת נראה כי בעוד שהפסיקה בדרום-אפריקה בנושא ההגנה על השם הטוב נטתה במשך שנים לאמץ את חידושי הפסיקה האנגלית, וההגנה על הזכות לשם טוב השתרשה היטב במשטר המשפטי של דרום-אפריקה, הזכות לפרטיות נמצאת בשלבים ראשוניים בהרבה, ובשלב זה ההשפעות האנגליות עדיין פחות ניכרות בה¹³².

הדיון בשאלה זו בנוגע לדיני לשון הרע נערך בפסק-הדין המפורסם בעניין *Khumalo*¹³³. כאן נקרא בית-המשפט לחוקה להכריע הן בשאלת תחולתה של החוקה ישירות על

127 עניין *NM* (לעיל, הערה 12), פסקה 151 לפסק-דינו של השופט אוריגן, שקבע: "The elements of the *actio injuriarum* are the intentional and wrongful infringement of a person's *dignitas, fama or corpus*". משטר הנזיקין בדרום-אפריקה מזכיר יותר מערכת הנשלטת על-ידי "דין נזיקין", בהבדל ממשטר הנזיקין בארצות המשפט המקובל, לרבות ישראל, שבהן נוהגים "דיני נזיקין". ראו טדסקי (לעיל, הערה 27).

128 J. Neethling, P.J. Visser, J.M. Potgieter *Law of Delict* (5th ed., 2007), 11-13, 306, 322-324.

129 שם. השוו להצעתו של MacQueen (לעיל, הערה 32), המציע לבסס את ההגנה על הפרטיות בסקטולנד על ה-*Actio Injuriarum*; ראו J.M. Burchell *Personality Rights and Freedom of Expression: The Modern Actio Injuriarum* (1998).

130 *O'Keeffe v. Argus Printing and Publishing Co.*, 1954 (3) S.A. 244(C), at 247 (S. Afr.); J. Scott; Neethling *Law of Personality* (2nd ed., 2005) 231-236 (לעיל, הערה 117), הערה 29 והאסמכתאות בהערות 4 ו-5.

131 Act 108 of 1996 לחוקת דרום-אפריקה.

132 Scott (לעיל, הערה 117), עמ' 396-402.

133 *Khumalo v. Holomisa*, 20002 (5) S.A. 401 (S. Afr.).

מתדיינים פרטיים והן בשאלה אם ההגנה המוענקת בחוקה לחופש הביטוי אינה מחייבת שינוי של כללי האחריות בלשון הרע שמקורם, כזכור, בעילת ה-Actio Iniuriarum של המשפט המקובל. בשאלת התחולה הישירה הביא בית-המשפט בחשבון את זהותם של הנתבעים – אנשי עיתונות – שלטובתם יועדה ההגנה על חופש הביטוי מלכתחילה, ולכן החליט כי במקרים שבהם מעורבת העיתונות יש תחולה ישירה להוראות החוקה¹³⁴. בשאלת האיזונים הראויים פסק בית-המשפט כי אין צורך בהכנסת שינויים כלשהם לדיני לשון הרע הואיל וכללי ה-*common law* המקובלים מבטיחים איזונים מספיקים ונכונים בין הזכות לשם טוב לבין חופש הביטוי, בעיקר באמצעות בדיקת סבירות הפרסום, שתיבחן גם היא בהתאם להגנה החוקתית המוענקת לשתי הזכויות היריבות¹³⁵.

באותה רוח ועל-פי אותה דרך מחשבה הועלתה בעניין *NM* הטענה בדבר הצורך לשקול מחדש את השפעת החוקה על ההגנה על הזכות לפרטיות. האם, כאמור, הפיכת הזכות לפרטיות לזכות חוקתית מחייבת שינוי במרכיבי העילה ההיסטוריים? האם תובע הטוען לפגיעה בפרטיותו חייב להוכיח כוונה מצדו של המפרסם או שדי אם יוכיח שזה התרשל בעצם הפרסום הפוגע?

פסק-הדין משקף אפוא מחלוקת בשאלת היסוד הנפשי הנדרש לצורך גיבוש האחריות הנויקית של הנתבע. בהמשך לכך הוא משקף גם מחלוקת בשאלה מהו היקף ההגנה הראויה על אמצעי התקשורת, שמעצם טיבו וטבעו של עיסוקם הם מפרסמים מדי יום מידע עובדתי ברמות משתנות של פירוט וחשיפה, מידע שהבאתו לידיעת ציבור הקוראים היא חלק חשוב בשמירה על הדמוקרטיה ועל כבוד האדם, בעיקר בחברה מורכבת כמו החברה בדרום-אפריקה¹³⁶.

המחלוקת בין דעת הרוב לדעת מיעוט נבעה בעיקר מהבדלי גישה בין השופטים לשתי השאלות שלעיל: שאלת ההשפעה האפשרית של ההגנה החוקתית על הזכות לפרטיות¹³⁷ ושאלת הצורך לשנות או להרחיב את דיני ה-*common law* כדי שיתאימו להשקפת העולם הדמוקרטית המתקדמת כפי שהיא באה לידי ביטוי בחוקתה של דרום-אפריקה¹³⁸. בית-

134 שם, פסקה 33 לפסק-הדין; סעיף 8 (2) לחוקת דרום-אפריקה.
135 M. Loubser "Law of Delict" *Introduction to the Law of South Africa* (C.G. Van der Merwe, J.E. du Plessis eds., 2008), 41-42.

136 לדיון הצטרף גם הארגון לחופש הביטוי בדרום-אפריקה, ה-Freedom of Expression.
137 סעיף 14 ל-Constitution of the Republic of South Africa קובע כי: "Everyone has the right to privacy, which includes the right not to have: (a) their person or home searched; (b) their property searched (c) their possessions seized; or (d) the privacy of their communications infringed"

138 על הקשר בין העקרונות החוקתיים, ההגנה על זכויות האדם והמשפט המקובל ראו J. Sarkin "The Common Law in South Africa: Pro Apartheid or Pro Democracy?" 23 *Hast. Int. & Comp L. Rev.* (1999) 1

המשפט הדגיש כי סמכותו לפסוק בשאלת הזכות לפרטיות אינה תלויה בסיווגה הפורמלי של העילה כנזיקית דווקא (שאו היא מסווגת כ-common law), וכי סמכותו אינה מוגבלת למקרה שהעילה היא חוקתית במהותה כל עוד ניתן לטעון לאינטרס ציבורי המחייב את בית-המשפט לבחון את איזון האינטרסים המנוגדים הנובעים מהעובדות היוצרות את הפגיעה שבמחלוקת¹³⁹.

השופט מדאלה (Madala), שכתב את דעת הרוב¹⁴⁰, סבר שהנתבעות לא עמדו בנטל ההוכחה ולא הצליחו לסתור את החזקה שהפרסום הפוגע נעשה בידיעה ובכוונה לפגוע בפרטיות התובעות. למסקנה זו הובילה גם הקביעה שהנתבעות ידעו, או שהיה עליהן לדעת, שהסכמתן של התובעות לפרסום שמן במסגרת המחקר הייתה מוגבלת מלכתחילה מבחינת תוכן והיקף¹⁴¹. לפיכך לא ראתה דעת הרוב לנכון להתעמק בשאלה אם נכון להרחיב את ההגנה על הזכות לפרטיות ברוח החוקה ולהסתפק ברשלנות כבסיס להטלת האחריות הנזיקית¹⁴². דעת הרוב גם לא נכנסה לדיון בשאלת חופש העיתונות והשפעתה של פסיקה אפשרית בשאלת ההגנה על הפרטיות על היקפו¹⁴³, הואיל ולאור הקביעה בדבר קיומה של כוונה, דיון כזה הפך להיות אקדמי גרידא. מבחינת דעת הרוב, הואיל והוכחה כוונה – כנדרש באופן מסורתי בתביעות על-פי ה-actio iniuriarum – לא היה צורך לדון בשאלה אם במקרה שבו אי-אפשר להוכיח כוונה ניתן להסתפק בקיומה של רשלנות מצדו של הנתבע הפוגע¹⁴⁴.

139 עניין *NM* (לעיל, הערה 12), פסקאות 29-31 לפסק-דינו של השופט מדאלה. על המקורות השונים העומדים בפני בתי-המשפט בפיתוח ההגנה על הזכות לפרטיות ראו M.D. McQuoid "Invasion of Privacy: Common Law v. Constitutional Delict- Does it Make a Difference" *Developing Delict: Essays in Honor of Robert Feenstra* (H. Scott, D.P. Visser eds., 2000) 227. מסקנתו של המחבר היא ששני המקורות מביאים לאותה תוצאה, מחייבים אותו שיקול דעת, ובעצם אין ביניהם הבדל מבחינת היקף האחריות ותוכן האחריות שהם מייצרים.

140 לפסק-הדין של השופט מדאלה הצטרפו השופטים Moseneke, Mokgoro, Nkabinde, Van D. Westhuizen ו-Yacoob, Nkabinde, Skweyiya.

141 עניין *NM* (לעיל, הערה 12), פסקה 65 לפסק-דינו של השופט מדאלה.

142 לפיכך נותרו מרכיביה של עילת התביעה הנזיקית כפי שנתחמו בעבר: (1) פרסום עניין "פרטי"; (2) Wrongfulness (על-פי התפיסה הנזיקית מדובר במגוון שיקולים שמצדיקים הטלת האחריות נזיקית (compatible with the *boni mores*), שם, פסקה 95 לפסק-דינו של השופט לאנגה (Langa); (3) כוונה (*animus iniuriandi*), שם, פסקה 55.

143 שם, פסקה 69.

144 על שיטת המשפט המעורבת הנוהגת בדרום-אפריקה ועל דיני הנזיקין המהווים סינתזה בין המשפט הרומי שעליו הם מבוססים לבין המשפט המקובל האנגלי ראו V.V. Palmer *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family* (2001), 83-200. R. Zimmermann, D. Visser *Southern* שלה ראו

פסק-הדין של שופטי המיעוט הרבה יותר מורכב¹⁴⁵, מסובך וחושף עצמו ביודעין לביקורת, וגם בו הושארו חלק מהשאלות החשובות בצריך עיון. כאמור, פסק-דין זה נוקט עמדה שונה מזו שבדעת הרוב הן לגבי פרשנות העובדות והן לגבי הפרשנות המשפטית המתבקשת לזכות לפרטיות.

מבחינה עקרונית התקבל על דעת המיעוט הטיעון כי יש לשנות ולהרחיב את בסיס האחריות בגין פגיעה בפרטיות ככל שמדובר בעילה מכוח המשפט המקובל, כך שהאחריות לא תתבסס על קיומה של כוונה (intention) כפי שהיה עד כה אלא על קיומה של רשלנות (negligence). ניכרת כאן נכונות להרחיב את ההגנה על הפרטיות על חשבון חופש הביטוי של אמצעי התקשורת. נראה כי הרקע התרבותי של החברה הדרום-אפריקנית, ההיסטוריה של עמה, הנושא הרגיש בו מדובר, נגיף האיידס, הרצון לשנות ערכים – אף אם תוך הכרה בחשיבותה של העיתונות בחברה דמוקרטית – כל אלו הובילו את שלושת שופטי המיעוט להתלבטויות לא קלות, וגם נעדרות מסקנה חד-משמעית ברורה.

השופט א'ריגן (O'Regan), שפסק-דינו הוא המורכב והיפה ביותר, כתב:

"The right to privacy recognises the importance of protecting the sphere of our personal daily lives from the public. In so doing, it highlights the inter-relationship between privacy, liberty and dignity as the key constitutional rights which construct our understanding of what B it means to be a human being"¹⁴⁶.

אולם מאידך גיסא הוא המשיך ואמר:

"Recognising the role of freedom of expression in asserting the moral autonomy of individuals demonstrates the close links between freedom of expression and other constitutional rights such as human dignity, privacy

Cross: Civil Law and Common Law in South Africa (1996), בייחוד פרק 4 המדגים את התפתחות דיני הנזיקין בדגש על ה-Aquilian Liability במאה התשע-עשרה ושינויה במאה העשרים בהשוואה להגנה על הזכויות הפרסונליות; Loubser (לעיל, הערה 135). להשוואה ראו ניתוח הגישה הערכית בקוויבק ובלואיזיאנה, שגם את שתייהן ניתן לקטלג כ-Mixed Jurisdictions בהתייחס למכלול הזכויות האישיות. ראו A. Popovici "Personality Rights: A Civil Law Concept" 50 *Loy. L. Rev.* (2004) 349. להגנה על הפרטיות בסקוטלנד במבט השוואתי ראו MacQueen (לעיל, הערה 32).

¹⁴⁵ עניין *NM* (לעיל, הערה 12), פסקה 95 לפסק-הדין. השופט לאנגה תמך מצד אחד בדעת עמיתיו למיעוט בנוגע לצורך לשנות את דיני הנזיקין ולהתאימם להגנה החוקתית, אולם הוא חלק עליהם בשאלת הוכחתו של תוכן הרשלנות. כמו כן אין תמימות דעים לגבי השאלה מי מהנתבעים ייחשב כ"אמצעי תקשורת" שרק לגביו יש נכונות להרחבת האחריות. ¹⁴⁶ שם, פסקה 131 לפסק-הדין.

and G freedom. Underlying all these constitutional rights is the constitutional celebration of the possibility of morally autonomous human beings independently able to form opinions and act on them”¹⁴⁷.

עם זאת, ועל אף הדברים הברורים והאומץ הראשוני לחדש ולפרוץ גבולות פסיקה שמרניים, גם דעת המיעוט (כמו דעת הרוב) הסתפקה בסופו של דבר רק בהצהרה כללית על נכונות לשנות את בסיס העילה מ"כוונה" ל"רשלנות", ונמנעה מקביעת מסמרות באשר לנטל של הוכחת הרשלנות (השאלה על מי הוא מוטל חשובה לא פחות מעצם הכרה בקיומו), תוך הבעת דעה שהערכאה הנכונה לדיון בשאלה זו היא בית המשפט העליון ולא בית המשפט לחוקה¹⁴⁸.

גם כאן, כמו גם בעניין *Mosley* בבית הלורדים באנגליה, הסביר השופט אוריגן כי הרשלנות – שבה הוא מוכן להכיר כמרכיב חיוני בתביעה על עוולת הפגיעה בפרטיות – זהה מבחינת הרציונל ומבחינת התוכן לרשלנות בעילת הוצאת שם רע. בכך הוא החיל על עוולת הפגיעה בפרטיות¹⁴⁹ שתי הלכות ידועות שמקורן בדיני לשון הרע – הלכת *Bogoshi*¹⁵⁰ והלכת *Khumalo*¹⁵¹ – שלשתיהן היה שותף כבר לפני כעשור. על-פי הלכות אלו, שפותחו במסגרת דיון באחריות העיתונות כלפי אנשי ציבור בדרום-אפריקה, מי שפרסם לשון הרע יכול לסתור את חזקת האחריות, שבמקור הינה אחריות חמורה, אם יוכיח שהפרסום היה סביר בנסיבות העניין; דהיינו: שבהתחשב בסבירות אמונתו של המפרסם שהפרסום היה נכון, ובהתחשב בזהות המקור שעליו הסתמך, באופי הפרסום, בתוכנו ובצעדים שננקטו כדי לאמתו – יכול הנתבע לנקות עצמו מחזקת ה-unlawfulness שבהתנהגותו. הלכה זו דומה ברציונל ובתוצאה להלכה שנקבעה בעניין *Reynolds*¹⁵² שהייתה, כזכור, המקור להרחבת הגנתם של אמצעי התקשורת באנגליה מפני תביעות דיבה¹⁵³. כמו כן יש בה בהלכת *Bogoshi* ו-*Khumalo* כמו גם בהלכת *Reynolds* עצמה דמיון

147 שם, פסקה 145 לפסק-הדין.

148 שם, פסקה 171 לפסק-הדין.

149 שם, פסקאות 174-183 לפסק-הדין. פסקי-דין אלו ניתחו את יסודות העילה בלשון הרע והחילו עקרונות חוקתיים על עקרונות המשפט המקובל.

150 *National Media Ltd v. Bogoshi* 1998 (4) SA 1196 (S. Afr.).

151 *Khumalo v. Holomisa* (לעיל, הערה 133).

152 *Reynolds* (לעיל, הערה 54).

153 על ההבדלים בהיקף בין הלכת *Bogoshi* לבין הלכת *Reynolds*, ועל ביקורת אפשרית על ההיקש שדעת המיעוט בעניין *NM* (לעיל, הערה 12), הייתה מוכנה לעשות באמצעות החלה של הלכת *Bogoshi* (שמקורה בדיני לשון הרע) על עוולת הפגיעה בפרטיות ראו *Scott* (לעיל, הערה 117), עמודים 399-402.

רב גם להגנה שמקנה במשפט הישראלי סעיף 15 לחוק איסור לשון הרע לעיתונות שפרסמה לשון הרע¹⁵⁴.
 לסוגיה הכללית זו של השוואה בין לשון הרע לבין ההגנה על הפרטיות נשוב בהמשך¹⁵⁵.

3. פסק־דין *Tshabalala-Misimang v. Makhanya*: הזדמנות נוספת

הזדמנות לשוב ולשקול את מעמדה של הפרטיות מול זכות הציבור לדעת ומול זכותה וחובתה של התקשורת לפרסם עובדות בעלות חשיבות ציבורית ניתנה לאחרונה פעם נוספת לבית־המשפט בדרום־אפריקה, במקרה של *Tshabalala-Misimang v. Makhanya*¹⁵⁶, שנסיבותיו העובדתיות קיצוניות במיוחד.

במקרה זה פרסם ה־Sunday Times פרטים מביכים על אודות שני אשפוזיה של המבקשת, חברת קבינט בממשלת דרום־אפריקה ומחזיקת תיק הבריאות, בהסתמך על מידע שהגיע אליו ממקורות שונים, לרבות מסמכים שהוצאו בדרכים לא חוקיות ולא ידועות מהתיק הרפואי של המבקשת בבית החולים בו אושפזה. בכתבה נחשף כי המבקשת, שרת הבריאות, היא צרכנית כבדה של אלכוהול, דבר שגרם למחלת כבד שהצריכה השתלה שבוצעה בסופו של דבר בראשית שנת 2005 בבית חולים פרטי בקייפטאון. ערב הניתוח, כמו גם אחריו, נצפתה המבקשת כשהיא ממשיכה לצרוך כמויות לא סבירות של אלכוהול בד בבד עם צריכת מינון גבוה במיוחד של כדורי שינה וכדורים נגד כאבים. תופעות דומות של שתייה מסיבית נצפו בעת אשפוזיה של השרה חודש לאחר מכן בבית החולים, שהצטרף כמבקש נוסף לבקשה, לצורך טיפול בכאבים בכתפה. צו ביניים שהוצא לבקשתם של השרה ובית החולים גרר אחסון של חלק מהמסמכים שהגיעו לידי העיתונות בכספת בבנק עד שיוחלט על גורלם. בהמשך לכך התבקש בית־המשפט לחייב את העיתון וכתביו להשיב את המסמכים האמורים לידי בית החולים ולא לעשות שימוש נוסף במידע הרפואי שהגיע לידי בנוגע לאשפוזים ולטיפולים הרפואיים שעברה השרה ולחייב את העיתון בהוצאות הדיון. שני פנים יש לסוגיה החשובה שבמרכז הדיון: זכותה לפרטיות של השרה בכל הנוגע למידע רפואי, מחד גיסא, וזכות הציבור לדעת עובדות מהותיות שיש בהן כדי להשפיע על עצם מימוש זכותו לבחור את אנשי הציבור שלו על סמך מידע מרבי ומדויק, מאידך גיסא.

154 על השינויים בתפיסת ה־animus iniuriandi בתביעות בגין לשון הרע ראו Neethling, Visser & Potgieter (לעיל, הערה 128), עמ' 315, הערות 202-204.

155 לביקורת על פסק־הדין של המיעוט, בכלל, ועל ההשוואה בין לשון הרע לפרטיות, בעיקר, ראו שם.

156 עניין *Tshabalala-Msimang* (לעיל, הערה 13).

על שני פנים אלה מתווספת בעיית אי-החוקיות שבהשגת המסמכים הרפואיים, אחזקתם והשימוש בהם¹⁵⁷. בקשתם של שרת הבריאות ובית החולים התבססה הן על הוראות החוקה והן על הוראותיו של חוק הבריאות הממלכתי בכל הנוגע לסודיות המסמכים הרפואיים ונוהל הטיפול בהם. בפתיח הערכי המפורט של פסק-דינו הציג השופט ג'ג'באי (Jajbhay) את העקרונות המנחים שישמשו נר לרגליו בפסיקתו במקרה זה כדלקמן; מחד גיסא –

“In South Africa we have a value C system based on the culture of ubuntu. This in effect is the capacity to express compassion, justice, reciprocity, dignity, harmony and humanity in the interests of building, maintaining and strengthening the community. Ubuntu speaks to our inter-connectedness, our common humanity and the responsibility to each D that flows from our connection. [...] It recognises a person's status as a human being, entitled to unconditional respect, dignity, value and acceptance from the members of the community that such a person may be part of. E in South Africa ubuntu must become a notion with particular resonance in the building of our constitutional democracy”¹⁵⁸.

– ומאידך גיסא –

“Since 1948 the Universal Declaration of Human Rights has been the most important, and the most effective, inspiration for personal, national and international efforts to secure and protect basic rights for humanity. Article 19 of the Declaration guarantees the universal freedoms of opinion, speech and publication. However, the declaration also acknowledges the ongoing struggle for press freedom and freedom of expression”¹⁵⁹.

בית-המשפט הדגיש כי היענות לבקשה למנוע פרסומים נוספים תלויה במיקומה של נקודת האיזון הרצויה בנסיבות המקרה בין הכבוד האישי, הזכות החוקתית לפרטיות והכרה באינטימיות של המידע הרפואי הנוגע למבקשת, לבין המחויבות לדמוקרטיה ולזכותו של

157 סעיפים 14-17 ל-2003 National Health Act.

158 עניין *Tshabalala-Msimang* (לעיל, הערה 13), פסקה 2 לפסק-הדין.

159 שם, פסקה 3 לפסק-הדין.

כל אחד ואחד מציבור הבוחרים לקבל מידע מרבי על אודות נבחר הציבור שלו, בעיקר כשמדובר במידע שהקשר שלו לתפקיד הציבורי של נבחר הציבור הוא הדוק במיוחד. במקרה זה דובר בענייני בריאות של שרת הבריאות, בהתנהלות מנוגדת לנורמה הרצויה הן מבחינה אישית והן מבחינה מקצועית, באי-עמידה בסטנדרטים מקובלים (שרת הבריאות זכתה להשתלת כבד אף כי לא הפסיקה לצרוך אלכוהול באופן שוטף¹⁶⁰), ובאופן כללי במידע שיש בו כדי להשפיע על שיקולי הבוחר הממוצע במימוש זכותו החשובה ביותר היא זכות הבחירה:

“The purpose of the press is to advance the public interest by publishing facts and opinions without which a *democratic electorate cannot make responsible judgments* [...] This right is the most important driver of political discourse, so essential to democracy, which in turn is a concomitant of a free society”¹⁶¹.

כך, במאזן של בחינת סבירותה של הפגיעה, מחד גיסא, וחשיבות המידע, מאידך גיסא הגיע בית-המשפט למסקנה כי בעוד שעל העיתון וכתביו להחזיר לאלתר את כל המסמכים הרפואיים הקשורים לשרת הבריאות ומוחזקים על-ידיהם שלא כדין ובניגוד לחוק, אין מקום להיענות לבקשה לאסור על העיתון לערוך תחקירים נוספים ולפרסם עובדות נוספות בנוגע לעניינים שהם נושא הפרסומים המקוריים, על בסיס מקורות שהשימוש בהם אינו אסור על-פי החוק¹⁶². מדובר במידע חשוב (בלשון בית-המשפט: “overwhelming public interest”¹⁶³) המשקף אינטרס ציבורי חזק לא פחות מהאינטרס הציבורי בשמירה על פרטיותו של כל אחד מהפרטים בחברה. הטלת איסור על המשך העיסוק בנושא בעל חשיבות ציבורית כה גבוהה יהיה בו משום הטלת צנזורה שפגיעתה בערך העליון של חופש הביטוי אינה מוצדקת בנסיבות המקרה.

כך, בשקלול בין האינטרס הציבורי בשמירה על פרטיותה של שרת הבריאות, שגם בהיותה אשת ציבור היא זכאית לשלוט במידע הכולל פרטים רפואיים אישיים ולהחליט מה יפורסם, מתי ואיפה, לבין האינטרס הציבורי שבחופש העיתונות ובזרימת מידע חיוני לציבור – בנסיבות המיוחדות של מקרה זה ידו של האחרון על העליונה¹⁶⁴. עם זאת, ולאור התנהגותם הבלתי-חוקית של העיתונאים או עושי דברם (התנהגות שהאומבורדסמן האחראי

160 שם, פסקה 12.7 לפסק-הדין.

161 שם, פסקאות 40-41 (ההדגשה שלי – ת' ג').

162 ממילא היכולת של העיתון לעגן את הפרסומים במקורות נוספים “מדללת” את הזכות לפרטיות. ראו שם, פסקאות 43-44 לפסק-הדין.

163 שם, פסקה 50 לפסק-הדין.

164 שם, פסקאות 49-51 לפסק-הדין.

על האתיקה העיתונאית בדרום-אפריקה נקרא לחקור¹⁶⁵), החליט בית-המשפט להטיל את הוצאות המשפט על העיתון והעיתונאים, ביחד ולחוד, אף על-פי שבסופו של דבר הם קיבלו את רשותו של בית-המשפט להמשיך לעסוק בשרת הבריאות ובהתנהגותה המקצועית והאישית גם אם על בסיס מוגבל. לדברי בית-המשפט, העיתון ועובדיו התנהלו בדרך הראויה לכל גינוי אפשרי. עם זאת חשיבות זכותו של הציבור לדעת היא שמכתיבה את התוצאה הסופית והיא שגורמת – כד בכד עם ההחלטה לחייב את העיתון בהוצאות המשפט – לדחיית הבקשה לחייב אותו בפיצויים עונשיים כבקשתם של השרה ובית החולים.

4. מה בין עניין NM לעניין *Tshabalala-Misimang*: המגמה השלטת

פסק-דין *Tshabalala-Misimang* אינו עוסק באחריות נזיקית ככזו. הוא עוסק בניתוח של הזכות החוקתית לפרטיות ושל הזכות החוקתית לסודיות של מידע רפואי ומגבלות השימוש בו. אולם הרטוריקה של בית-המשפט הציבה את הזכות לפרטיות באופן ברור במקום גבוה מאוד במדרג החשיבות, בין יתר הזכויות האישיות שהחוקה בדרום-אפריקה מעלה על נס, ולא רק כאמירה גרדא.

השוואת התוצאה בעניין NM להחלטה האופרטיבית בעניין *Tshabalala-Misimang* ולהחלטה בעניין *Mosley* האנגלי מלמדת כי ההבדלים בהתייחסות של בית-המשפט וברמת המחויבות שלו להגנה על הזכות לפרטיות – גם כשהתוצאות בסופו של דבר זהות – נובעים בעיקר מהבדלים במידה, בדרגה ובנסיבות המיוחדות של כל אחד מהמקרים המשווים. ברור למשל שנסיבותיו של עניין *Tshabalala-Misimang* היו מנביעות תוצאה דומה גם באנגליה, ובית-המשפט היה מתיר את הפרסום השנוי במחלוקת גם שם. ספק בעיני איך היה עניין *Mosley* נפסק בדרום-אפריקה. עם זאת אין ספק בכך שמבחינה ערכית-אידאולוגית, עוצמתה של ההגנה על הזכות לפרטיות – הן כפי שהיא מתבטאת ברטוריקה של בתי-המשפט והן בכפי שהיא מתבטאת בעוצמתם של שיקולי הנגד שיש בהם כדי להכשיר פגיעה בפרטיות במקרים שבהם האינטרס הציבורי המנוגד גובר – גדולה יותר בדרום-אפריקה מעוצמתה של ההגנה על הזכות לפרטיות בפסיקה האנגלית. מסקנה זו ברורה הן מקריאה של פסק-הדין בעניין NM והן מקריאה של פסק-דין *Tshabalala-Misimang* בהשוואה לפסיקתם של בתי-המשפט באנגליה, הן בבית הלורדים והן בערכאות נמוכות יותר. למעשה, הנסיבות הקיצוניות של עניין *Tshabalala-Misimang* לא הותירו לבית-המשפט הרבה שיקול דעת בשאלת זכותם של העיתונאים להמשיך לעסוק בנושא התנהלותה של שרת הבריאות. לא ניתן היה לאסור עליהם לעשות כן על-פי כל קריטריון משפטי הגיוני בשיטת משפט המכבדת את חופש הביטוי ומעלה על נס את זכות הציבור לדעת. דווקא עוצמתם של שיקולי הנגד הללו – שיקולי ההגנה, השיקולים שהצדיקו בסופו של דיון את צמצום זכותה

165 שם, פסקה 60 לפסק-הדין.

של השרה לפרטיות המידע הרפואי האישי – הם-הם שמצביעים על חוזה ושוורשיה העמוקים של הזכות לפרטיות עצמה, זכות שיש לצמצם או להגביל רק במקרים קיצוניים באמת כמו המקרה שנדון כאן.

ה. פרטיות ולשון הרע בפסיקה בישראל

1. רקע

המשפט הישראלי הוא משולל חוקה במובנה הקלאסי. יש בו סדרה של חוקי יסוד¹⁶⁶, שהמרכזי והעיקרי בהם הוא חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו¹⁶⁷. ההגנה על הפרטיות מבוססת הן על הוראה מפורשת בחוק יסוד זה והן על חוק הגנת הפרטיות¹⁶⁸. בכל אחד מדברי חקיקה אלו קיים, לצד ההצהרה בדבר זכותו של כל אדם לפרטיות, תיאור מפורט של אופני הפגיעה בזכות (ואין חפיפה בפירוט הדוגמאות שמציגים שני החוקים), תוך הדגמת הרבגוניות העובדתית והמשפטית המאפיינת זכות מורכבת זו. בכך שונה המצב המשפטי בישראל מהמצב המשפטי באנגליה, שם אין חקיקה פנימית שמכוחה מוגנת הזכות לפרטיות, וההגנה שאובה מעקרונות כללים במשפט הפרטי, מהאמנה האירופית ומחוק זכויות האדם האנגלי המחייב את בתי-המשפט בכיבוד הוראותיה של האמנה. כאמור, המצב בישראל שונה גם מהמצב בדרום-אפריקה, שגם בה אין חקיקה פנימית, נזיקית או אחרת, אולם פרק זכויות האדם בחוקה יוצר מקור אחריות ישיר לתביעה בגין פגיעה בזכות לפרטיות ומאפשר מגוון סעדים לצורך מניעת הנזק ופיצוי בגינו.

עקב כך ההסדר הישראלי של הזכות – בהשוואה לשיטות משפט אחרות, שבהן ההסדר החוקי פחות "סגור" ומשאיר פתח גדול יותר לשיקול דעת – הוא מחד גיסא, נקי ומדויק יותר, אך מאידך גיסא, גמיש פחות ומאפשר פחות שינויים, הרחבות והתאמות, הן בנוגע

166 זאת בהתאם "להחלטת הררי" שהתקבלה על-ידי הכנסת הראשונה וקבעה: "הכנסת הראשונה מטילה על ועדת חוקה, חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים-פרקים באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה"; ראו א' רובינשטיין, ב' מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (כרך א, מהדורה חמישית, 1996), 367. ראו גם ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, מט(4) 221, פסקה 31 לפסק-דינו של הנשיא ברק (1995); א' ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004), 78; א' בנדרו "חוקי היסוד כבסיס לחוקה – הצעה לחוקת ישראל" משפט וממשל ה (1999) 15; י' זמיר "מבוא: חוקי-היסוד בדרך לחוקה" א' רובינשטיין, ר' הר-זהב חוקי-יסוד: הכנסת (י' זמיר עורך, תשנ"ג) 11, 12.

167 סעיף 7(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

168 סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות.

להגדרתה של הזכות והיקפה והן בכל הנוגע להתאמת ההגנה עליה לתפישות משתנות בדבר תפקידם של אמצעי התקשורת בחברה המודרנית. להשלמת ההסבר יצוין כי תמונת ההגנה על הזכות לשם טוב במשפט הישראלי היא דומה. זכות זו מוגנת הן על-ידי חוק יסוד כבוד האדם והן על-ידי חוק ספציפי – חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, הקובע (כמו חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981) אחריות אזרחית ופלילית בגין פגיעה בשם הטוב. באנגליה הזכות לשם טוב מוגנת באופן מסורתי הן באמצעות חקיקה והן בפסיקה, והיא משוללת קשיים מסוגם של אלו שבהם נתקלה באנגליה ההגנה על הפרטיות¹⁶⁹. בדרום-אפריקה ההגנה על השם הטוב דומה להגנה על הפרטיות מבחינת המקור והכללים¹⁷⁰.

ההגנה החוקתית על הזכות לפרטיות ועל הזכות לשם טוב במשפט הישראלי, משמעותה ותחולתה של הגנה חוקתית זו על הזכויות הפרסונליות המוגנות גם במשפט הפרטי; דיונים בדבר תחולה "ישירה" או "עקיפה" של חוקי היסוד – כל אלו זכו כבר לתלית-תלים של הלכות משפטיות ולא לפי עמודים של ניתוח מלומד ומעמיק¹⁷¹. בהיבט התאורטי זכתה לאחרונה הזכות לפרטיות לניתוח משפטי-ישראלי מעמיק ורחב היקף, המציג אותה בסופו של דיון כזכות שתפיסתה הבסיסית היא של "הפרטיות כשליטה"¹⁷². עם זאת גם מחקר זה מסתיים בקביעה שלפיה "הזכות נותרת עדיין עמומה"¹⁷³.

- G. Gately *Gately on Defamation Act, 1996*. לסקירה כללית של הזכות לשם טוב ראו בעיקר 169
Libel and Slander (10th ed., 2007).
- Loubser (לעיל, הערה 135), עמ' 160-172; Neethling, Visser & Potgieter (לעיל, הערה 170
 עמ' 306-321. על אף המקור הזהה מבחינת הבסיס החוקי, ראו הבחנות באשר לנקודות
 המוצא ולהדגשים הנוכחיים כביקורת על הפסיקה המשווה את דין ההגנה על השם הטוב
 להגנה על הפרטיות אצל Scott (לעיל, הערה 117).
- א' ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 9; א' ברק
 "חופש הביטוי ומיגבלותיו" הפרקליט מ (תשנ"א) 5; א' ברק "העיתונות שולטת באוויר
 הדרוש לנשמת הדמוקרטיה" קטעים מהרצאה שנשא נשיא בית-המשפט העליון בערב עיון
 לרגל הופעת ספרו של זאב סגל חופש העיתונות: בין מיתוס למציאות (1995), הארץ
 (14.5.96); ז' סגל "הזכות לפרטיות למול הזכות לדעת" עיוני משפט ט (תשמ"ג) 175; A.
 Barak "Constitutional Human Rights and Private Law Justice" 3 *Rev. of Constitutional
 Studies* (1996) 1; א' ברק "חופש הביטוי כזכות חוקתית" (דברים באזכרה לזכרו של יורם
 רונן ז"ל במכון ון-ליר, 9.11.97); ד' ברק-ארו "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול
 והשפעות-גומלין" משפט וממשל ה (תש"ס) 95; ד' ברק-ארו, י' גלעד "זכויות אדם בדיני
 החוזים ובדיני הנזיקין: המהפכה השקטה" קרית המשפט ח (תשס"ט) 11.
- R. Gavison "Should We Have a General Right to Privacy (לעיל, הערה 29). השוו 172
in Israel?" 12 *Isr. L. Rev.* (1977) 155
 שם, עמ' 72.

אשר לאופן שבו יישמו בתי-המשפט בפועל את ההגנה על הזכות לפרטיות התמונה אינה ברורה לחלוטין. בעוד שבמשך שנים רבות ניתן היה לאתר בפסיקה הישראלית נטייה להעדפת ההגנה על חופש הביטוי על פני ההגנה על הזכות לשם טוב ולפרטיות (גם אם לעתים רק נטייה קלה ולא בהכרח חד-משמעית)¹⁷⁴, נראה כי בתקופה האחרונה נפל דבר בבתי-המשפט בארץ. ביותר ויותר החלטות בעניינים עקרוניים ניכרת העדפה של הזכויות האישיות של הפרט לשם טוב ולפרטיות – המוכרות באופן מפורש, כזכור, כזכויות חוקתיות – על פני חופש הביטוי וחופש העיתונות¹⁷⁵. אין מדובר על הצהרה של העדפה ערכית המבוססת על הטיעון לפיו הזכות לחופש הביטוי אינה מוזכרת באופן מפורש על-ידי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולכן חשיבותה פחותה מזו של הזכות לפרטיות ולשם טוב, המוזכרות מפורשות בחוק היסוד. מדובר בתמונה פסיקתית שמקורה, כך נדמה, בתזוזה מסוימת שחלה באיתורה ובמיקומה של נקודת האיזון בין שתי הזכויות המתחרות כאן על הבכורה¹⁷⁶. כך, בעוד שבעניין ועקנין¹⁷⁷ וגם ואחריו מצטיירת תמונה של חשש מפני הרחבת יתר של הזכות לפרטיות והדגשת הצורך בשמירתה כברירת מחדל למקרים שאינם מוגנים בחקיקה אחרת, ניתן לאתר לאחורונה בפסיקה הישראלית – ודווקא בזו שעדיין לא עשתה דרכה לבית-המשפט העליון – נכונות לפתח את ההגנה על הפרטיות וליישמה בנסיבות מתרחבות והולכות גם כשהעובדות מתאימות לא פחות לעילה שבחוק איסור לשון הרע. הרחבה זו של ההגנה על הפרטיות נעשית, כמובן, תוך צמצומו, צעד אחר צעד, של חופש הביטוי. בנפרד ובמקביל – ובנסיבות החורגות מתחום הדוגמאות שבהן עוסקת רשימה זו – ניכרים ניצני נטייה של בית-המשפט העליון להרחיב גם את גבולותיה של

174 ת' גדרון "חופש הביטוי וחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965 – נקודת איזון חדשה?" המשפט ה (תשס"א) 9. השוו טנא (לעיל, הערה 29).

175 גישה דומה, בהקשר אחר, ניתן לאתר גם בהחלטה בבג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פורסם בנבו (20.8.08). בעניין זה נדונה פסילה של מודעת בחירות תוך הסתמכות על כללי רשות השידור. בית-המשפט קבע כי על אף הפגיעה שפגעה הפסילה בחופש הביטוי הפוליטי, כללים אלו עומדים בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. למסקנה דומה בדבר הרחבה משמעותית של ההגנה על הפרטיות על חשבון חופש העיתונות ראו C. Calvert "Victories for Privacy and Losses for Journalism? Five Privacy Controversies from 2004 and Their Policy Implications for the Future of Reportage" 13 *J. L. & Pol'y* (2005) 649. במאמר מוצגים חמישה מקרים שעליהם המחבר מותח ביקורת לאור הצמצום שנעשה בהם לחופש העיתונות.

176 על התזוזה בהגנה על הפרטיות בעקבות תזוזה בתפיסת היסוד שלה ראו טנא (לעיל, הערה 29). השוו בירנהק (לעיל, הערה 29), הערה 4 במאמרו, החולקת עליו.

177 עניין ועקנין (לעיל, הערה 29). פסק-דין זה ידוע כאחד מפסקי-הדין הראשונים שבהם התמודדה הפסיקה עם פרשנותו של חוק הגנת הפרטיות.

ההגנה על השם הטוב¹⁷⁸, גם אם מדובר בנטייה בלתי עקבית, כפי שהוכיחו עניין אטינגר ועניין חיר.¹⁷⁹ נטייה זו באה לידי ביטוי למשל בהגדלת סכומי הפיצוי, כמו בעניין שרנסקי¹⁸⁰ שזכה לפיצוי של 500 אלף ש"ח בצירוף הוצאות. עוד התבטאה נטייה זו בשימוש במקורות אחרות אחרים, כגון העבירה הפלילית של "העלבת עובד ציבור", כמו בעניין אונגרפלד¹⁸¹. בעניין זה בחר בית-המשפט העליון להעדיף את האינטרס הציבורי

- 178 ראו ביקורת אצל ז' סגל "בבית השופטים ההרכב מכריע" הארץ (31.8.08) וכן ע' באום "בית- המשפט העליון – לאן?" *The Marker Online* (2008), http://www.themarker.com/tmc/archive/arcSimplePrint.jhtml?ElementId=skira20080831_1016654&ElementId=skira20080831_1016654. שני הכותבים מציינים את המגמה החדשה כחלק משינוי כללי בגישת בית-המשפט העליון אחרי פרישתו של השופט ברק.
- 179 רע"א 10771/04 רשת תקשורת והפקות בע"מ נ' אטינגר, פ"ד נט(3) 308 (2004) (להלן – עניין אטינגר), שם חזר בית-המשפט העליון על המבחנים הנוקשים שרק בהתקיימם יוציא צו למניעת פרסום שיש בו כדי לפגוע בשמו הטוב של מבקש הצו. ראו לאחרונה רע"א 1104/07 עו"ד חיר נ' עו"ד גיל, פורסם בנבו (19.08.09) שבו קבע בית המשפט העליון כי ההגנה שמקורה בסעיף 13(5) לחוק איסור לשון הרע היא הגנה מוחלטת.
- 180 בבית-המשפט המחוזי הסכום היה אף גבוה יותר, ראו ע"א 89/04 נודלמן נ' שרנסקי, פורסם בנבו (4.8.08); בג"ץ 4218/09 נודלמן נ' כב' שופטי בית-המשפט העליון פרוקצ'ה, נאור וארבל, פורסם בנבו (24.5.09).
- 181 רע"פ 2660/05 אונגרפלד נ' מדינת ישראל, פורסם בנבו (13.8.08). אונגרפלד הורשע על שהציב בפתחה של תחנת מטטרה כרוזה, שבה הציג את אחד השוטרים המשרתים בתחנה כמשתף פעולה עם עבריינים. נסיבות עובדתיות אלו הקימו את יסודות העבירה של העלבת עובד ציבור על-פי סעיף 288 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 1366. בית-המשפט קבע כי "השוני בתכליות ובערכים המוגנים בשני ההסדרים המשפטיים הללו אינו מניח באופן טבעי אפשרות של 'ניוד' ההגנות מתחום הסדר משפטי אחד לתחום הסדר משפטי אחר. לכל הסדר משפטי הווייה משלו, וחיים משל עצמו; הוא מעוגן במערכת המיוחדת לו, ונועד להגשים את התכלית המיוחדת לו" (פסקה 53 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'ה). הפועל היוצא מהחלטה זו הוא שגם דברי אמת, שיש אינטרס ציבורי באמירתם או בהבאתם לידיעת הציבור (ולא רק לידיעת הממונה על עובד הציבור הרלוונטי), כאמור בהגנה שבסעיף 14 לחוק איסור לשון הרע, לא יהיו הגנה למי שהועמד לדין בגין עבירה של העלבת עובד ציבור. על החלטתו של בית-המשפט העליון הוגשה בקשה לד"נ, והתקבלה; ראו דנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל, פורסם בנבו (19.1.09). על העבירה הפלילית של "העלבת עובד ציבור" כתב כבר המשפטן משה נגבי לפני יותר מעשור: "אפשר לטעון כי מדובר בקוריוז אנכרוניסטי ששרד בספר החוקים, ולא באיום אקטואלי על חופש העיתונות. לא מצינו מקרה שבו הועמד לדין על עבירה זו עיתון או עיתונאי בגין פרסום תקשורתי שהעליב נבחר ציבור או אישיות ציבורית כלשהי. האפשרות שסעיף כזה של איסור-העלבה ייאכף על עיתונות במדינה דמוקרטית נראית כה אבסורדית ותיאורטית עד כי היססנו אם לכול אותו בספר זה. ובכל זאת נדמה כי יש להצביע ולהתריע על קיומו, ולו כדי להביא לסילוק האבסורד הזה מספר החוקים"; מ' נגבי חופש העיתונות בישראל: ערכים בראי המשפט (1995) 108-109. ראו גם ר' שגב "העלבת

מכוחו מוגן שמם הטוב של עובדי ציבור על-ידי העבירה של "העלבת עובד ציבור" על פני חופש הביטוי, בהכריעו כי ההגנות והאיזונים שבחוק איסור לשון הרע אינם חלים על עבירה זו ולכן ניתן להטיל אחריות על-פי חוק העונשין גם מקום שאילו הוגשה תביעה על-פי חוק איסור לשון הרע ייתכן שהייתה עומדת לנתבע הגנה מפניה.

להלן יובאו כמה פסקי-דין המדגימים את הנטיות הרווחות לאחרונה בבתי-המשפט בארץ בנושא ההגנה על הזכות לפרטיות. קשה לראות את הצטברות המקרים שבהם בחרו בתי-המשפט לקבל את התביעות בגין הפגיעה הנטענת בפרטיות כמקריות בלבד. בעיקר כשמשווים את הרוח הנושבת מהם להחלטות בעניין שרנסקי ואונגרפלד, שעיסוקן אמנם בלשון הרע ולא בפרטיות, אבל הן מהוות תוספת צבע משמעותית לתמונה המתגבשת והולכת בערכאות הנמוכות יותר.

בהמשך לסקירת הפסיקה העוסקת בהגנת הפרטיות ננסה לעמוד על הקשר והיחס בינה לבין ההגנה על השם הטוב באמצעות העילה שבחוק איסור לשון הרע.

2. פסק-דין צדיק נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ¹⁸²: הפרת הבטחה המבוססת עלה של פגיעה בפרטיות

סיפור העובדות בעניין צדיק סופר כבר אין-ספור פעמים בעיתונות הכתובה בגלל נסיבותיו הלא רגילות. המערער, אדם חרדי, צולם במקום ציבורי, ליד דיזנגוף סנטר, כשהוא ניצב ליד דוכן להפצת ספרי קודש שהקים במקום. הסיבה להתעניינות של הצלם בדוכן ובבעליו נבעה ממיקומו של הדוכן: בדיוק מאחוריו, בחלון הראווה של חנות סמוכה, התנוססה תמונה של בחורה במכנסונים קצרצרים והדוקים, כשמבין רגליה נשקפת דמותו של גבר המתבונן בה. האפקט המצטבר של דמות המערער בלבושו החרדי על רקע התמונה שמאחוריו יצר ניגוד מעניין הן מבחינה ויזואלית הן מבחינת התוכן.

לא ברור מעובדות המקרה המתוארות בפסק-הדין אם המערער התבונן בתמונה זו קודם שצולם שם, אולם אין ספק שהוא היה מודע למקום בו הוצב הדוכן שלו ולתמונה הפרובוקטיבית המשמשת לו רקע בעת שצולם העיתון צילם את התמונה נשוא המחלוקת. המערער התנגד בתוקף לצילומו במקום, אולם הצלם הבטיחו נאמנה כי הצילום לא יפורסם. הבטחה זו לא מומשה ותמונתו של המערער התפרסמה בעיתון המשיב במדור השבועי "פינת הצילום". מדובר בעיתון רב-תפוצה ובמדור אהוד על ציבור הקוראים.

בית-משפט השלום דחה את עילת התביעה המבוססת על לשון הרע, תוך קביעה שהוכחה כאן טענת ההגנה של "אמת דיברתי"¹⁸³, וקיבל את התביעה המבוססת על העילה

עובד ציבור – הערות על פסק-דין אונגרפלד" המכון הישראלי לדמוקרטיה (16.9.08), http://www.idi.org.il/breakingnews/pages/breaking_the_news_54.aspx
182 רע"א 6902/06 צדיק נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ, פורסם בנבו (13.8.08).

של פגיעה בפרטיות ופסק לתובע 20 אלף ש"ח לאחר הפחתה של 10,000 ש"ח על בסיס אשם תורם.

ערעורו של צדיק לבית-המשפט המחוזי התקבל, ובסופו של דבר החזיר בית-המשפט העליון את ההחלטה המקורית על כנה – אישר את דחיית העילה בגין לשון הרע וקיבל את עילת התביעה בגין פגיעה בפרטיות. ההגנה המבוססת על עניין ציבורי ואמת בפרסום – נדחתה.

קריאה אנונימית של פסק-הדין, דהיינו: קריאה על-ידי מי שאינו מכיר את זהותו וייחודו החיצוני והאישי של התובע, מנשה דרור צדיק, ממקדת את הסוגיה שבה עסק בית-המשפט בעולם התוכן של חופש הביטוי האמנותי. הצילום המיוחד מאפיין את האופי השונה והאמירה המיוחדת והאמנותית של המדור "פינת הצילום" ואת הרציונל האמנותי העומד בבסיסה. איש לא באמת מתעניין בצדיק האיש¹⁸⁴, המיוחד בצילום זו הקריצה שבסיטואציה.

במקרים קודמים שבהם נקראו בתי-המשפט לדון בחופש הביטוי האמנותי, דוגמת המקרה שבו נדון המחזה "קסטנר" פרי עטו של מוטי לרנר, שבו עוות סיפור מותה של חנה סנש¹⁸⁵ ופגע ברגשות הציבור וברגשות המשפחה, העדיף בית-המשפט העליון שלנו את חופש הביטוי האמנותי והותיר את התובעים – משפחתה – פגועי רגשות ומשוללי סעד משפטי¹⁸⁶. דומה כי ההבדל בגישה, וכתוצאה מכך גם ההבדל בתוצאה, בין המקרים ההם לבין המקרה של צדיק נבע בעיקר¹⁸⁷ מההבטחה שנתן צלם העיתון לצדיק כי הצילום יישאר "עניין פרטי" שלא יפורסם¹⁸⁸.

183 שאלת קיומו של אינטרס ציבורי לוקה כאן בחסר.

184 אף כי, כמוכח, עילתו קמה ברגע שניתן לזהותו, גם אם מדובר בקהל קוראים מצומצם מאוד.

185 בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (1999). גם מחזה נוסף פרי עטו של לרנר, שעסק בעניין פולארד, עורר פולמוס משפטי דומה אך לא הגיע לערכאות.

186 להשוואה ויישום של דיני לשון הרע והפרטיות על פגיעה ספרותית ראו חיבורו החשוב של R.A. Posner *Law and Literature: A Misunderstood Relation* (1988). לסקירת אבני דרך בפסיקה האמריקנית בנושא זה ראו A.J. Matricciani "Defamation by Fiction" 42(3) *Maryland Bar J.* (2009) 52.

187 צדיק נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ (לעיל, הערה 182). השופט גרוניס ביסס החלטתו אך ורק על הפרת ההבטחה והצהיר שאין הוא מחווה דעה לגבי מצב שבו הבטחה כזו לא הייתה ניתנת.

188 לא לגמרי ברור שפרשנותו של המלומד א' הלם דיני הגנת הפרטיות (2003), 97, שאומצה על-ידי בית-המשפט למונח "עניינים פרטיים", היא נכונה כשלעצמה; לפרשנות שונה ראו בבית הלורדים באנגליה בעניין *Mosley* (לעיל, הערה 21), ופרשנותו לפסיקה קודמת. כמו כן לא ברור שיישומה כאן – גם אם היא נכונה כשלעצמה – היא אכן מתאימה. להחלטה דומה לזו שבעניין צדיק ראו ת"א (שלום נת) 14513/01 סלאח נ' פלטר, פורסם בנבו (16.12.07). בית-המשפט קיבל תביעה לפיצוי בגין פרסום כתבה עיתונאית על דרוזי ממגידל שמש שביקש

להפרת ההבטחה על-ידי העיתון ניתן לייחס חלק מרכזי בהכרעה החד-משמעית לטובתו של צדיק. הכרעה זו של בית-המשפט העליון, וביסוסה על הפרת ההבטחה של הצלם הנתבע, מקרבים את השפה והגישה של פסק-הדין לעילת ה-breach of confidence האקוויטבילית האנגלית. ביסוס אחריותו של העיתון על טיעון עובדתי (שנהפך לטיעון משפטי) בדבר הפרת ההבטחה שניתנה לצדיק מקשה על הצבת פסק-הדין במקומו הנכון בין רצף ההחלטות שנודונו עד כה במשפט הישראלי בנושא ההגנה על הפרטיות, ולפיכך קשה לדלות ממנה גם עקרונות משפטיים או הייררכיות איזוניות שינבאו את דינם של מקרים בעייתיים בעתיד¹⁸⁹.

תוצאת ההחלטה בעניין צדיק זהה לתוצאות ההחלטה בעניין *Campbell*, שזולמה, כזכור, במקום ציבורי, כמו גם להחלטה בעניינה של קרוליין ממונקו, שגם היא צולמה בנסיבות דומות,¹⁹⁰ אך היא שונה מההחלטה בעניינו של אלטון ג'ון¹⁹¹. פסק-דין צדיק שונה מהפסיקה האנגלית גם בהיבט זהותו של התובע-הנפגע. צדיק הוא דמות אנונימית, זהותו לא עניינה איש, וכן לא עניינו את הקוראים שמו ומרכיבי האישיות האחרים שלו. מבחינה זו עניין צדיק דומה דווקא לדוגמה הדרום-אפריקנית בעניין *NM*, שגם שם שמן של התובעות לא עניין איש, ואילו טרחו הצלם או המערכת לטשטש את תווי פניו של צדיק לא היה בכך כדי לפגום באמירה האמנותית ולא בתוכן שרצה העיתון להעביר. כך גם ניתן היה לספר את סיפורן של M ו-N ולתאר את המחקר הכושל שבו השתתפו בלי לפגוע בערך החדשות-יחברתי של המידע. אילו נקטו המפרסמים דרך זו הם היו יוצאים כשירים על העליונה: הסיפור היה מסופר, חופש הביטוי לא היה נפגע ואיש לא היה טוען לפגיעה בפרטיותו.

3. פסיקה ישראלית נוספת בעניין הזכות לפרטיות

פרט לעניין צדיק אך מעט הזדמנויות נקרו לבית-המשפט העליון לדון באחריות האזרחית הנובעת מחוק הגנת הפרטיות. במרבית המקרים שבהם הגיעו סוגיות של פגיעה

להמיר את אזרחותו הסורית באזרחות ישראלית. העיתונאית שפרסמה את הכתבה הבטיחה לא לפרסם במסגרתה את שמו. בית-המשפט העניק לתובע פיצוי בגין פגיעה בשמו הטוב, בגין פגיעה בפרטיותו, בגין רשלנות, וכן בהתבסס על עילה חוזית של הפרת הבטחה. לעניין נסיבות מיוחדות הנוגעות להפרת הבטחה ראו עניין קוזובר (לעיל, הערה 11), שם נעשה הפרסום השני תוך כדי דיון כתביעתה של התובעת בגין הפרסום הראשון של הסרטון שבו צולמה ללא הסכמתה.

189 בית-המשפט הרגיש כי אלמלא ההבטחה הייתה התביעה נדחית; משמע: חופש הביטוי היה גובר. לא ברור איך קביעה זו מסתדרת עם ההכרזה שהמקרה נעדר עניין לציבור.

190 *Von Hannover* (לעיל, הערה 75).

191 *Elton John v. Associated Newspapers Ltd.* (לעיל, הערה 79).

בפרטיות לבית-המשפט העליון דובר בקביעת גדרה של הזכות הפרטיות – כשירות או עצמאית, מושגית או תיאורית¹⁹². הזדמנות מאתגרת במיוחד לדון בשאלת האיזון בין הזכות לפרטיות לבין הזכות של מי שפגע בה לכאורה למשפט צדק נקרתה לבית המשפט העליון רק לאחרונה, בערעור על החלטת ביניים בנושא גילוי מסמכים במסגרת תביעה על סך מיליון ש"ח, שהוגשה על ידי מי שהייתה בעבר "נערת גלגל המזל" מירב לוי, שנצפתה מוטוטת באישון לילה ברחוב בנסיבות יוצאות דופן וכנראה במצב גופני ונפשי לא קל. שתי כתבות שכותרתן העיקרית הייתה: "המזל שוטטה בערפול חושים בצומת רעננה" פורסמו בעיתונות ותיארו את הסיטואציה בצורה לא מחמיאה ולדבריה של לוי היה בהן משום פגיעה בשמה הטוב ובפרטיותה. לאור הטענה שנגרמו לה נזקים נפשיים עקב פרסום הכתבות ביקשו הנתבעים לעיין בתיקה הרפואי ואילו היא טענה בתשובה לכך כי זכותה לפרטיות עלולה להיפגע אם היא תחויב לגלות – במסגרת ההליכים המקדמיים בבית המשפט – פרטים רפואיים וסודיים על מצבה הנפשי והבריאותי¹⁹³.

לאחר שינוי כתב התביעה, שבו נותרה בסופו של דבר רק העילה המבוססת על חוק איסור לשון הרע וצירופה של האגודה לזכויות החולה לדיון בבית המשפט העליון, בבקשת רשות לערער על החלטות בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי לאפשר גילוי מסמכים והצגת שאלונים הנוגעים למצבה הרפואי של לוי באופן מוגבל בלבד, החליט השופט ג'ובראן על דחיית הבקשות של שני הצדדים ואימוץ התפיסה, המכירה, אמנם, בחשיבותה של הזכות לפרטיות, אך מקדשת, מאידך, גם את זכותו של הנתבע להליך הוגן ולעשיית צדק באופן מלא ככל הניתן בנסיבותיו המיוחדות של המקרה. זכותו של הנתבע להכיר את מכלול הראיות הרלבנטיות לביסוס הגנתו גברה כאן על זכותה של התובעת, אך זאת רק לאחר שהנתבע צלח בהצלחה את המבחנים שקבעה הפסיקה בהקשר זה: מבחן הרלבנטיות של החומר שגילוי מתבקש ומבחן ההכבדה שיגרום הגילוי על מי שממנו הוא נדרש. את החלטתו של בית המשפט העליון יש לקרוא על רקע הסכמתם של הנתבעים במקרה זה

192 בירנהק (לעיל, הערה 29).

193 עניין לוי (לעיל, הערה 38). בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בר"ע (מחוזי ת"א) 1156/05 לוי נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פורסם בנבו (29.8.06), מדגישה השופטת דותן, בקבלה חלקית את טענתה של לוי, שאין לחייבה לחשוף פרטים רפואיים מתיקה הרפואי בפני העיתונות, תוך צמצום הגילוי והעיון אותם אישר השופט ורדי בבית משפט השלום, כדלקמן: "בהליך שבפני מצאה ביטוי פרקטיקה בה הנתבעים אשר פרסמו כתבה לגביה נטען כי אינה אמת, מנצלים את הליכי הגילוי לאיסוף ראיות להוכחת האמור בכתבה, סבורה אני, שחשיפתו של תובע, בעילה של לשון הרע, לחיטוט בחייו הפרטיים מעבר למידה הדרושה לליבון המחלוקות בין הצדדים יש בה די להרתיע תובעים ואין היא עולה בקנה אחד עם תכלית החוק, שנועד למנוע פגיעה בלתי מרוסנת בשם טוב". השוו' עמית "קבילות, סודיות, חיסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט אזרחי – ניסיון להשלטת סדר" ספר אורי קיטאי (ב' סנגירו עורך, 2007) 247.

שהחומר שיתקבל ישמש רק לצורכי המשפט דנן, שיוטל צו איסור פרסום על חומר זה ושכמידת הצורך יועבר חומר שנוי במחלוקת לעיונו המוקדם של בית המשפט. סייגים נרחבים אלו מצמצמים – כך סבר בית המשפט – את מידת הפגיעה בפרטיותה של התובעת למינימום ההכרחי בלבד.

דוגמאות מסוג זה – של עימות בין הזכות לפרטיות של אחד הצדדים המתדיינים בבית-המשפט עם הזכות של הצד שכנגד להליך פומבי והוגן – הן די נפוצות במשפט הישראלי¹⁹⁴. פרט לאלו, כאמור, עיסוקו של בית-המשפט העליון במקרים הנופלים לגדר פרסום עניינים פרטיים ברבים באופן הפוגע בפרטיות היה מצומצם. עד שיוזמן העניין המתאים, שיחייב התעמקות בשאלת האיזונים הערכית שהודגמה לעיל בפסיקה האנגלית ובפסיקה הדרום-אפריקנית, יהיה עלינו להסתפק בדוגמאות שמספקות לנו ערכאות נמוכות יותר, וכאלו יש למכביר.

במקבץ עשיר זה של פסיקה ניתן לאתר כמה קבוצות מקרים שכל אחת מהן מתאפיינת באלמנט שונה של פגיעה בפרטיות. מגוון זה מייצג את רבגוניותה של הזכות, המקשה על היכולת להגדירה בכירור¹⁹⁵. רוב המקרים שבהם עסקו בתי-המשפט בזכות לפרטיות היו מקרים של האזנות סתר, של השגת ראיות באמצעים הפוגעים בפרטיות, של פגיעה בזכויות דיוניות ושל שימוש במאפייני אישיותו ודמותו של אדם לשם רווח. מספר המקרים שבהם נולדה הפגיעה בפרטיות מפרסום בלתי חוקי – נשוא דיוננו כאן – אינו רב. באלו ברצוני לעסוק עתה. להלן כמה דוגמאות:

– דוקטורנט בטכניון, שלימודיו בפקולטה לארכיטקטורה הופסקו בגלל מכתב רב-תפוצה ששלחו שתיים מהפרופסוריות באותה פקולטה ובו הטילו דופי בכישוריו המחקריים, זכה בפיצוי בסך של 250 אלף ש"ח¹⁹⁶;

194 עניין אוניברסיטת חיפה נ' עוז (לעיל, הערה 39); עניין סקולר נ' גרבי (לעיל, הערה 39); בש"א (מחוזי ת"א) 1305/09 כהן נ' מגדל חברה לביטוח, פורסם בנבו (14.1.09). לסקירה כללית ראו הלם (לעיל, הערה 188), עמ' 385-417; ד' חי ההגנה על הפרטיות בישראל: על-פי חוק הגנת הפרטיות התשמ"א-1981 וחוק האזנת סתר, תשל"ט-1979 על התקנות שהותקנו מכוחם (2006), 601-618.

195 שם, עמ' 27-38; Prosser; (לעיל, הערה 19); D. J. Solov "A Taxonomy of Privacy" 154 U. Pa. L. Rev. (2006) 477. השוו הגדרת הפגיעה בפרטיות בסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות לסעיף 1 לחוק איסור לשון הרע.

196 ת"א (שלום חי) 16660/04 דין נ' הטכניון מכון טכנולוגי לישראל, פורסם בנבו (18.5.08). השוו למקרה דומה שנדון בדרום אפריקה, שבו נדחתה תביעה של פרופסור באקדמיה שלא מונה לתפקיד דקאן בלא שמישהו הסביר לו על מה ולמה נדחתה מועמדותו. הפגיעה האישית שלו והנוק שנגרם לשמו הטוב אותו ניסה התובע לבסס על זכותו החוקתית לכבוד, בין אם כפיתוח של ה-common law ובין כהפרה חוקתית. בית-המשפט לא מצא מקום להתערב בהחלטה: *Dendy v. University of Witwatersrand*, 2007 (5) SA at 382 (S. Afr.).

- הומוסקסואל שצעד במצעד הגאווה בירושלים במדי צה"ל, נושא את דגל המדינה, צולם על-ידי צלם עיתונות ותצלומו פורסם כחלק מכתבה שתיארה את המצעד. שנתיים לאחר מכן נעשה בתמונתו זו שימוש נוסף – הפעם כתמונת שער במוסף יומי של גיליון "ידיעות אחרונות" לצד כתבה שעסקה בהשתלבות של הומוסקסואלים בצבא. תמונתו פורסמה בשלישית, שוב כרקע, לצד דיווח עיתונאי שסקר את היחס להומוסקסואלים בצבא ארצות-הברית בהשוואה ליחס אליהם בצה"ל. התובע התקומם נגד שני הפרסומים האחרונים, שבהם נעשה שימוש בתמונה כ"קישוט" לכתבות כלליות בנושא ההומוסקסואליות. גם כאן – כמו בחלק גדול מהמקרים שלהלן שבהם דמויות אנונימיות משמשות לעיתונות תוספת רקע וצבע – זהותו של התובע הייתה חסרת משמעות מבחינת הקוראים והשימוש שנעשה בה היה מסחרי גרידא. בית-המשפט העניק לו פיצוי של 50 אלף ש"ח¹⁹⁷;
- אישה צעירה רחצה בים בעירום חלקי וצולמה על-ידי צלם עיתונות. אחת התמונות שפורסמו לאחר מכן (נלווית לכתבה "חופי הכרך") הציגה את התובעת כשפניה מטושטשות בלא שניתן לזהותה בבירור. בתמונה שנייה צולמה התובעת מאחור (כאן שם הכתבה הוא "פארק היורה") כשגם כאן פניה אינם ניתנים לזיהוי. דא עקא, בתמונה הראשונה צולמה התובעת כשלידה ניצבת כלבתה וניתן היה לזהות את התובעת באמצעות הכלבה. התביעה התקבלה הן על בסיס הפגיעה בפרטיות והן בשל פגיעה בשמה הטוב של התובעת, והיא זכתה בפיצוי בסך של 25 אלף ש"ח¹⁹⁸;
- בחורה צעירה בלטה ערב גיוסה לצה"ל במועדון לילה באילת וצולמה כשעל פלג גופה העליון חזייה בלבד. הנתבעים, הבעלים של אותו מועדון הלילה, השתמשו בתמונה למטרות פרסומיות. התובעת פוצתה ב-50 אלף ש"ח¹⁹⁹;

197 עניין אפריאט נ' ידיעות אחרונות (לעיל, הערה 10).

198 ת"א (שלום נת') 5680/02 פלונית נ' אליעד, פורסם בנבו (6.2.06) (להלן – עניין פלונית); ת"א (שלום ת"א) 17980/08 חזיזה נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פורסם בנבו (14.5.09).

199 ת"א (שלום ב"ש) 1096/06 פז נ' ניו אנפלגאד בע"מ, פורסם בנבו (19.11.06). במקרה זה ניתן היה לטעון גם לפגיעה בזכות שבסעיף 2(6) לחוק, העוסק בפרסום למטרות רווח של דמותו של התובע. אולם ראו ת"א (שלום אשד') 2001/95 אריאלי נ' ערב חדש (עיתונות) אילת בע"מ, פורסם בנבו (9.8.98), שם צולמה תיירת נוצרייה חשופת חזה באילת. התיירת הסכימה לפרסום באותה עת; שנים לאחר מכן היא התגיירה ועלתה לארץ, ואז פורסמה התמונה שנית. בית-המשפט פירש את הסכמתה המקורית כחלה גם על הפרסום השני. לטעמי החלטה זו שגויה; השווו J. Siprut "The Naked Newscaster, Girls Gone Wild, and Paris Hilton: True tales of the Right of Privacy and the First Amendment" 16 *Fordham Intell. Prop. Media & Entertainment L.J.* (2005) 35. כן השוו ת"א (שלום ח') 10486/02 מזרחי נ' חברת "ידיעות שוקן מקבוצת הארץ" – עיתון ידיעות, פורסם בנבו (7.12.04), שבו נדון פרסום תמונתו המעורטלת כמעט של שחקן כדורגל בחדר הלבשה של הקבוצה. בית-המשפט פסק שלשחקן אין עילה בלשון הרע אולם יש לו עילה של פגיעה בפרטיות.

- כלה צולמה ביום חתונתה בבגד ים כשהיא נכנסת לבריכה שבגן האירועים שבו נערכה חתונתה. הצילום שולב בסרטון פרסומי של גן האירועים. כאן עמד הפיצוי על 10 אלף ש"ח²⁰⁰.
- התובעת צולמה עת הלכה לתומה ברחוב. הסרטון פורסם פעמיים: פעם אחת במסגרת קדימון לתכנית "על המשקל", העוסקת בתופעת ההשמנה בארץ, ופעם נוספת במסגרת כתבת חדשות שדנה בתופעה של השמנת יתר בארץ ובעולם (הפרסום השני נעשה תוך כדי הדיון בתביעה בגין פרסום הסרטון הראשון). בית-המשפט המחוזי קבע – תוך שינוי החלטתו של בית-משפט השלום – כי אף שהצילום נעשה ברשות הרבים יש בפרסומו הן פגיעה בפרטיות והן לשון הרע המזכים את התובעת בפיצוי בסך של 60 אלף ש"ח²⁰¹;
- לעומת זאת תביעתו של גיל ריבה, שהוא ובנו צולמו ברחוב כשהצלם ממוקם במכונית חונה, נדחתה על-ידי בית-המשפט תוך קביעה כי אין מדובר ב"הטרדה" כמשמעותה בחוק הגנת הפרטיות²⁰²;
- התובעת, חברת קיבוץ, נגועה באיידס, זכתה בצו שמנע מעיתון מקומי לפרסם כתבה שלפיה היא מקיימת יחסי מין עם גברים רבים כדי לנקום על הידבקותה במחלה²⁰³.

200 ת"א (שלום י-ם) 5425/06 פלוני נ' פלוני, פורסם בנבו (26.6.07). לדעתי גם כאן ניתן להתבסס גם על סעיף 2(6) לחוק הגנת הפרטיות. השוו ת"א (שלום ת"א) 47047/07 שרצר נ' סמירה, פורסם בנבו (30.11.08), שם תבעה אחת האורחות בחתונתם של ננסי ברנדס ובת זוגו את סלון הכלות שבו נרכשה שמלת הכלה, הואיל ובאתר הנתבעת הופיעה תמונתה-היא כאחת מאורחות החתונה. עילת התביעה בגין פגיעה בפרטיות, זכות פרסום, עשיית עושר וזכויות יוצרים – נדחתה.

201 עניין קוזובר (לעיל, הערה 11). החלטה זו תואמת את זו שבעניין *Campbell* (לעיל, הערה 6) ובעניין *Von Hannover* (לעיל, הערה 75). תביעה דומה נדחתה בעניין ת"א (שלום ת"א) 66235/06 חולי נ' הוצאת מודיעין בע"מ, פורסם בנבו (29.5.08) בקשר לפרומו לתכנית "לרדת בגדול", אלא שכאן סבר בית-המשפט שהתובעת הסכימה לפרסום. בעניין קוזובר התבסס בית-המשפט גם על הפרת הבטחה מכללא על-ידי הפרסום השני שנעשה לאחר הגשת התביעה בגין הפרסום הראשון.

202 ת"א (שלום ת"א) 59627/06 ריבה נ' בוצ'צ'ו, פורסם בנבו (19.11.08). נסיבות הצילום זהות לנסיבות שבעניין *Campbell* (לעיל, הערה 6).

203 ת"א (שלום עפ') 1030/93 פלמונית כל הקריות בע"מ, פ"מ תשנ"ג (4) 45 (1993); השוו לנסיבות המעניינות שנדונו בסימפוזיון שעסק בנושא השיפתם של חולי איידס אל מול הממסד הרפואי ואל מול עובדים סוציאליים, "Symposium: Job Restrictions and Disclosure Requirements for HIV-Infected Health Care Professionals: Whos Privacy is it Anyway?" 41 *N.Y.L.S L. Rev.* (1996) 40. על החלטות בדבר כפיית בדיקות דם אצל מי שנחשד בנשיאת נגיפי איידס ראו S. Anderson "Individual Privacy Interests and the 'Special Needs' Analysis for Involuntary Drug and HIV Tests" 86 *Cal. L. Rev.* (1998) 119.

בית-המשפט העדיף (בכפוף לתנאים מסוימים) את זכותה לפרטיות על פני האינטרס הציבורי לכאורה שבזכות הציבור לדעת על המחלה ועל התנהגותה של התובעת.

ו. סקירה השוואתית : הגנת הפרטיות ולשון הרע, עקיפות וחפיפות

1. מבט כללי

הזכות לפרטיות והזכות לשם טוב הן "זכויות אחיות". מקורן ומסגרתן בכבוד האדם. עם זאת, כל אחת מהן יועדה במקור להגנה על אינטרסים שונים ולתחולה על התנהגויות אנושיות שונות, גם אם יש כמעט זהות בחלק מהרציונלים שלהן ובעיקר בחלק מההגנות החלות עליהן מכוח החוק והפסיקה.

הזכות לפרטיות כאכסניה לתת-זכויות רבות החוסות בצלה היא רחבה יותר, ומגינה מפני מקבץ מגוון ורחב יותר של סוגי התנהגויות העלולות להיתפס כפגיעה בה, בהשוואה לזכות לשם טוב, שאינטרס-העל בה הוא אחד ויחיד, וההגנה עליו אינה זקוקה להסברים ערכיים או להצדקות חיצוניות. ראוי לזכור שגם היום, כמעט מאה ועשרים שנה אחרי היוולדו של הביטוי הראשון לזכות לפרטיות, אין לה הגדרה מוסכמת, והבסיס העיוני לה עדיין שנוי במחלוקת גם בשיטות משפט שבהן היא מוגנת²⁰⁴. מורכבות זו של הזכות נובעת בחלקה מכך שבראשיתה היא נתפסה כזכות שמטרתה לאגד מקבץ אינטרסים קיימים שהמשפט ממילא העניק לרובם עוד קודם לכן הגנה משפטית בענפי משפט שונים ותחת שמות שונים, לפחות במשפט האמריקני. בהשוואה לזכות לפרטיות, הזכות לשם טוב היא מוגדרת וממוקדת, והתיאור של סוגי הפגיעה בה הרבה יותר הומוגני. לכן ברור שכשאנו מדברים על חפיפה אפשרית בין ההגנה על הזכות לפרטיות לבין ההגנה על הזכות לשם טוב, הכוונה היא רק לקבוצת מקרים מסוימת מאוד בתוך קטגוריות המקרים של פגיעה בפרטיות. אנו מדברים על חפיפה בין מקטעים מסוימים בלבד של הזכות לפרטיות עם הזכות לשם טוב, בעוד שהחלק הגדול האחר של מקרי הפגיעה בפרטיות – בעיקר אלו המספרים סיפור של האזנת סתר, צילום לא חוקי, שימוש לא ראוי במאגרי מידע, בילוש והתחקות אחרי אדם ועוד – אין להם נקודות השקה או חפיפה עם המקרים הקלאסיים של פגיעה בזכות לשם טוב²⁰⁵.

204 לסקירה של ההתפתחות ושל הניסיונות שלא צלחו להגדיר את הזכות לפרטיות ראו בירנהק (לעיל, הערה 29).

205 סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות קובע כי: "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו". סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות מונה רשימה של אחת-עשרה חלופות שהתרחשותן תיחשב כפגיעה בפרטיות.

קריאה מדוקדקת של חוק הגנת הפרטיות, חוק איסור לשון הרע וחוק-יסוד: כבוד האדם, שכולם מפרטים את אופן הפרתן של כל אחת משתי הזכויות, מבהירה את נקודות החפיפה האפשריות בין שני החוקים ("חפיפה חיצונית") כמו גם את נקודות החפיפה בתוך כל אחד מהחוקים בין ההפרות השונות אליהן הוא מתייחס ("חפיפה פנימית")²⁰⁶.

בעוד מצבים של חפיפה פנימית אינם פוטנציאל אמיתי לבעיות ערכיות, מצבים של חפיפה חיצונית הם מקור לבעיות, בעיקר ככל שמדובר בעקיפה ובייתור הוראותיו של אחד החיקוקים החופפים. חפיפה חיצונית כזו מתקיימת בעיקר בין מקרים המהווים הפרת הזכות לפרטיות בדרך של "פרסום" כמפורט בסעיפים קטנים (4), (10) ו-(11) של סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות, לבין ה"דבר שפרסומו עלול" לגרום לתוצאות האמורות בסעיף 1 לחוק איסור לשון הרע. אכן, סקירת הפסיקה מלמדת כי ההבחנה בין קבוצת המקרים של פגיעה בפרטיות שבה אנו עוסקים ברשימה זו לבין מקרים של פרסום לשון הרע, מטשטשת והולכת, לפחות בכל הנוגע לשימוש של הפסיקה בשתי עילות אלו בשנים האחרונות. כך בארץ וכך בעולם, במודע וכמובן מאליו. טשטוש זה יכול ליצור בעיה הן בגלל השוני בין האינטרסים המוגנים על-ידי כל אחת משתי העולות, השוני בנימוקים להגנה עליהן והשוני בהיקף ההגנה שהן מעניקות למי שפוגע באינטרסים המוגנים הללו – בעיקר בכל הנוגע לטענת האמת בפרסום, כפי שנראה להלן.

ברם, בטרם נתעמק בשאלות אלו ראוי לזכור כי בסופו של יום, וללא קשר הכרחי לניתוחים המשפטיים שנערוך בהמשך, בפועל יש לפגיעה בפרטיות ולפגיעה בשם הטוב תוצאות שונות לחלוטין מבחינתו של הנפגע, וההכרעה בשאלה המשפטית שבה אנו עוסקים כאן היא חסרת השפעה מבחינתה. הפגיעה בשם הטוב היא במרבית המקרים הפיכה, לפחות באופן חלקי²⁰⁷. לכן רהבליטציה אפשרית היא שיקול חזק וחשוב הן בכל הנוגע לשאלת האחריות והן בשאלת הסעד הנכון והתאמתו לסוג ולהיקף של הפגיעה בערכים – בעיקר בערך החברתי – המוגנים באמצעות עילת לשון הרע. לעומת זאת הפרטיות, ברגע שחוללה, עורטלה ופרטיה פורסמו ברבים – אינה ניתנת עוד לשיקום. כך בעיקר כשמדובר בפרסום

206 כך, ורק כדוגמה אחת מני רבות אפשריות, ברור מאוד שיש אפשרות לחפיפה בין סעיפיו הקטנים של סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות, בעיקר בין הסעיפים הקטנים המדברים על צילום והאזנה אסורה ופרסומם של אלו ברבים (ס"ק 2(2), 2(3) ו-2(10)) לבין ההפרה המתבטאת בשימוש בשם אדם, בתמונתו או בקולו לשם רווח (ס"ק 2(6)). חפיפה פנימית זו פחות בעייתית מצורות אחרות של חפיפה שבהן נדון בהמשך, אף כי שאלת האיזונים בין ההגנה על הפרטיות המנויה בכל אחד מהסעיפים הקטנים של סעיף 2 לבין הערך שעמו הגנה זו מתעמתת יכולה להשתנות הואיל והרציונל העומד בבסיסן שונה.

207 אולם ראו עניין אטינגר (לעיל, הערה 179), וכן מקרים אחרים – בעיקר של חשיפת "עובדות" שנחזות להיות אמיתיות בתכניות תחקירים באמצעי התקשורת, ובסופו של דבר מסתבר שלא היה ולא נברא. במקרים כאלה השיקום – בעיקר לנפגע הפרטי – הוא כמעט בלתי אפשרי.

שהוא אמת, אך לא רק במקרה כזה²⁰⁸. הנזק, במלוא מובנו של מושג זה, הינו בלתי-הפיך במקרה של פגיעה בפרטיות, בעוד שהפגיעה בשם הטוב ניתנת לשיקום, גם אם בקושי ולא תמיד באופן מלא. הבדל משמעותי זה יכול לייצר מדיניות פרשנית שונה ושיקולים שונים בבחירת סעד. אין בו בהכרח השפעה אמיתית על התשובה לשאלה שאליה אנו חוזרים עתה – מידת החפיפה או העקיפה בין עוולת הפגיעה בפרטיות לבין עוולת הפגיעה בשם הטוב ובכבוד.

2. מבט השוואתי על הפסיקה באנגליה, בדרום-אפריקה ובפלורידה

(א) המשפט האנגלי: עניין *Mosley* ולפניו

התביעה שהגיש מוסלי באנגליה התבססה, כזכור, על טענה בדבר פגיעה בפרטיותו על-ידי תיאורן הפלסטי של מסיבות האורגיה בעלות הגוון הנאצי שבהן השתתף, ולא על טענה בדבר פגיעה בשמו הטוב, אף כי ברי לכול כי נסיבות המקרה יכלו לבסס תביעת דיבה באופן אולי אפילו יותר טבעי. ברור שמוסלי יכול היה לחסוך לעצמו את ההתלבטות של בית-המשפט האנגלי בשאלה אם המשפט האנגלי מכיר או לא מכיר בזכות לפרטיות, מה מקורה, מה סיווגה ומה גבולותיה; יתר על כן: הגשת התביעה בעילה של פגיעה בפרטיות שללה מביט-המשפט את היכולת לפסוק פיצויים עונשיים²⁰⁹. ייתכן שהבחירה דווקא בעילה של פגיעה בפרטיות, שהיא עילה "בעייתית" באנגליה, נעשתה מתוך תקווה לחסוך את הצורך להתמודד עם טענת הגנה של "אמת דיברתי"²¹⁰. על-פי המשפט המקובל האמת אינה טענת הגנה כנגד עילה המבוססת על פגיעה בפרטיות או על ה-"breach of confidence"²¹¹ השמרנית. מבחינה זו העילה של פגיעה בפרטיות היא ידידותית יותר ופחות מאיימת, ובחלק

208 במקרים גבוליים יטען הנתבע בגין פגיעה בפרטיות כי העובדות היו אמיתיות ולפיכך היה בפרסומן אינטרס ציבורי. כשיסתבר שהעובדות שקריות תיהפך הפגיעה לפגיעה בשם הטוב של התובע.

209 הן מפני שאלו נפסקים, אם בכלל, רק בדיני נזיקין וכלל לא ברור שהפרטיות יוצרת עילה נזיקית, והן מפני שפיצויים עונשיים מתקבלים בדרך כלל רק בעילה של לשון הרע.

210 אף כי בדיעבד הסתבר שהנתבעים ממילא לא היו מצליחים לשכנע את בית-המשפט באמיתות העובדות שפרסמו, הואיל ואחד מעדיהם העיקריים לא הגיע להעיד. יש להניח כי אילו הוגשה התביעה בעילה של פגיעה בשם הטוב היה בית-המשפט מראה נכונות רבה יותר להוצאת צו מניעה נגד פרסום הסרטון שהסריטה אחת מבנות חבורתו של מוסלי באתר העיתון. הבקשה להסרת הסרטון מהאתר נדחתה בגלל הטיעון כי ממילא הפרטיות נפגמה עקב הנגישות שיש לכל אחד מהצופים בסרטון למידע שנחשף בו באמצעות אתרים אחרים; *Mosley v. News Group Newspapers Ltd.* [2008] E.W.H.C. 687 (36).

211 על ההבדל בדרישות ה"אמת" ראו *Rozenberg* (לעיל, הערה 30), הערות 220-227. ראו גם האסמכתאות בהערה 242 להלן.

גדול משיטות המשפט גם היחידה שניתן לעשות בה שימוש במקרים של פרסום עובדות אמיתיות²¹². ניתן לשער עוד שהבחירה בעילת הפגיעה בפרטיות, עם כל הקושי התאורטי שיצרה, נבעה מההערכה המקצועית של פרקליטיו של Mosley – שהתממשה בסופו של דבר – שהטענה בעלת הסיכוי הרב ביותר בבית המשפט, היא שהטענה לפיה ענייני חדר המיטות של Mosley אינם מענייניו של איש ולכן עצם פרסומם, גם בהנחה שתכנם אמת, מהווה פגיעה בפרטיותו²¹³. אמיתות העובדות הופכת במקרה זה לחסרת רלבנטיות דיונית. נוסף על כך, הבחירה בעילה של פגיעה בפרטיות היוותה גם אפיק בריחה מהצורך לעסוק בשאלה אם העובדות שיוכחו במשפט עונות על המבחן שעל-פיו מכריע בית המשפט אם מדובר בפרסום משמייץ, דהינו, פרסום המהווה פגיעה בהערכת החברה כלפי התובע ולפיכך עונה על הגדרת עוולת לשון הרע²¹⁴.

עוד קודם לדיון בעניין *Mosley v. High Court* באנגליה דן בית המשפט לערעורים באנגליה בנושא החפיפות בין שתי העילות בעניינה של הזמרת לורנה מק'קניט שנסקר לעיל²¹⁵. כזכור, מערכת העובדות שם התאימה לתפיסה הבסיסית של האחריות בעילה של breach of confidence האנגלית, אולם בית המשפט לערעורים נמנע במפורש מהגבלת קביעותיו לנסיבות מיוחדות אלו בלבד. בעשותו כן התייחס בית המשפט לערעורים גם ליחס בין העילה המתבססת על פגיעה בשם הטוב אל מול עילת הפגיעה בפרטיות, בצטטו את בא-כוח הנתבעת שהעלתה את הטענה כדלקמן: הואיל ובית המשפט קמא קבע כי חלקו הגדול של הפרסום אינו נכון, לא יכולה לעמוד לתובעת כל עילה של פגיעה באמון, בנאמנות או בפרטיות. הלורד בקסטון דחה טענה זו:

“If it could be shown that a claim in breach of confidence was brought where the nub of the case was a complaint of the falsity of the allegations, and that that was done in order to avoid the rules of the tort of defamation, then objections could be raised in terms of abuse of process [...] That however, is not the case. I would hold that provided the matter complained of is by its nature such as to attract the law of breach of confidence, then the defendant cannot deprive the claimant of his article 8

212 גם התביעה של קמפבל, שצולמה כשהיא יוצאת ממוסד גמילה מסמים, יכלה להתאים לעילת לשון הרע לא פחות טוב – ואולי בקלות רבה יותר – מאשר לעילה של פגיעה בפרטיות.

213 E Reid, Case Comment “No Sex Please, We’re European: *Mosley v. News Groupe Newspapers Ltd*” *Edinburgh L. Rev.* (2009) 116

214 *Sim v. Stretch* (1936) 52 T.L.R 669; J.A. Scott-Bayfield *Defamation: Law and Practice* (1996), 9-20

215 עניין *Mckennitt* (לעיל, הערה 80).

protection simply by demonstrating that the matter is untrue. Some support is given to that approach by the European cases shown to us [...] that indicate that article 8 protects "reputation", broadly understood; but it is not necessary to rely on those cases to reach the conclusion that I have indicated"²¹⁶.

בהחלטתו זו הסתמך הלורד בקסטון על פסיקה אנגלית קודמת²¹⁷, שלפיה אין חפיפה אמיתית בין עילות התביעה השונות המשמשות להגנה על האינטרס של האדם בשמו הטוב וכי יסודותיה של כל אחת מהן ייבחנו בכל מקרה בנפרד. כך, יש הבדל משמעותי בין העילה של שקר מפגיע (injurious falsehood) לבין עוולת הרשלנות²¹⁸, ויש הבדלים בין דיני הדיבה האנגליים לבין הפרת סעיף 8 לאמנה האירופית. כל עילה והגיונה היא, כל עילה ומרכיביה. כישלון באחת אינו מנבא בהכרח כישלון באחרת, שכן בכל אחת מהן ההדגשים שונים, מרכז הכובד שונה והאינטרס הציבורי הוא שונה.

(ב) הפסיקה בדרום-אפריקה

נסיבות עובדתיות המקימות כפילות במקור האחריות המשפטית או מוצאים גם בדרום-אפריקה הן בעניין *MN* והן בעניין *Tshabalala-Misimang*. שתי התביעות בוססו על העילה של פגיעה בפרטיות. כזכור, במקרה הראשון תבעו מי שעליהן סופר כי הן נגועות ב-HIV, ובמקרה השני תבעה שרת הבריאות שתיקה הרפואי והרגלי השתייה שלה נחשפו על-ידי העיתונות המקומית. בשני המקרים או מוצאים אמירות מפורשות של בתי-המשפט המדגישות את העובדה שבעצם מדובר בתביעה בגין פגיעה בשמן הטוב של התובעות, בעיקר על הרקע החברתי והתרבותי של דרום-אפריקה – פגיעה שלא רק שנטענה אלא גם הוכחה במלוא חומרתה. בעניין *NM* מוסיף בית-המשפט ומדגיש כי בכל מקרה שבו כלי תקשורת עומד לפרסם מידע מכפיש או פרטי שיש בפרסומו אינטרס ציבורי, עליו לשקול את האפשרות להסתפק בסיפור העובדות הרלוונטיות ללא ציון שמו של הנפגע הפוטנציאלי. לדעת בית-המשפט מעטים הם המקרים שבהם יש בשם כשלעצמו חשיבות לאינטרס הציבורי, גם כשאינטרס זה מצדיק פרסום המידע הפרטי כאמור²¹⁹. השיקול הזה, שיכול היה להצדיק את פרסום הסיפור בדבר המחקר שנערך בנפגעי האיידס בדרום-אפריקה ובדבר הסתבכותו ללא חשיפת שמן המלא של התובעות שהשתתפו

216 שם, פסקאות 77-80 לפסק-הדין.

217 *W. v. Westminster City Council* [2005] E.W.H.C. 102 (Q.B.)

218 *Spring v. Guardian Assurance Plc.* [1995] 2 A.C. 296 (1994)

219 על ביקורת ההשוואה בין לשון הרע להגנת הפרטיות מבחינת ההגנות העומדות לעיתונות, כפי שעלתה מדעת המיעוט בעניין *NM*, ראו אצל Scott (לעיל, הערה 117).

במחקר והיו נגועות באיידס, כלל לא נשקל כנראה על-ידי שרשרת המפרסמים במקרה של *NM*. אילו נשקל, ואילו השכילו המפרסמים להסתפק בדיווח עובדתי אנונימי, ניתן היה לפרסם את המידע החשוב ולסייע ליצירת מודעות למחלה ולהשלכותיה, וגם להימנע מחשיפתן האישית של התובעות, שלזהותן הפרטית ממילא לא הייתה כל חשיבות מבחינת ההיבט הציבורי של הנושא, חקירתו ופתרונו²²⁰.

מנגד מובן שבעניין *Tshabalala-Misimang* אין כל משמעות לשיקול האנונימיות הואיל וכאן דווקא שמה של גיבורת הפרסום הוא שהפך אותו לבעל עניין לציבור. על רקע השאלות העולות מהפרקטיקה של השימוש בעולות הפגיעה בפרטיות כתחליף לעולות לשון הרע, לצדה ובמקומה, ובעיקר בגלל היעדרה של תשתית תאורטית משכנעת לכאורה לפרקטיקה זו הן בפרקטיקה האנגלית והן בפסיקה בדרום-אפריקה, אין זה מפתיע להיווכח שהכתיבה האקדמית הביקורתית באנגליה ובדרום-אפריקה, מרבה להציע לאחרונה הצעות שונות להתמודדות עם הכפילות הלא רצויה הזו – החל בקריאה לביטולה של עילת לשון הרע²²¹ שבמקומה תינתן פרשנות מרחיבה להגדרה של פגיעה בפרטיות²²² והמשך בהצעה לביטולה של עולות הפגיעה בפרטיות, ועבור אף להצעות ליצירת עולות חדשה לצד השתיים הקיימות.

(ג) גלגולי חפיפה בפלורידה: מקרה פרטי של חפיפה

קצרה יריעתו של מאמר זה מלהכיל פרק הדין בגישתו של המשפט האמריקני לזכות לפרטיות. עם זאת דומה כי די באזכור ערש מולדתה של הזכות במאמרם הידוע של Warren & Brandeis²²³ ובחשיבות המיוחסת לה בפסיקה שם²²⁴ כדי "להכשיר" שימוש בדוגמה פרטנית מהמשפט האמריקני, לחפיפה בין עולות לשון הרע לבין סוג אחד ומיוחד של התנהגות המהווה פגיעה בפרטיות. כוונתי להתנהגות שבעטייה התובע מוצג באור כוזב (*false light*). החפיפה בין פגיעה בפרטיות התובע על-ידי הצגתו באור כוזב לבין הפגיעה

220 השוו לטטטוש פניה של הרוחצת בים חשופת החזה בעניין פלונית (לעיל, הערה 198); עע"מ 9341/05 התנועה לחופש המידע נ' רשות החברת הממשלתית, פורסם בנבו (19.5.09).

221 דוגמה מצמררת העונה לשאלה *Who needs defamation?* ניתן למצוא אצל Rozenberg (לעיל, הערה 30), עמ' 221-224.

222 M. Tugendhat, I. Christie *The Law of Privacy and the Media* (2002).

223 S. Warren, L.D. Brandeis "The Right to Privacy" 4 *Harvard L. Rev.* (1890) 193. לניתוח, סקירה והתפתחויות מאוחרות ראו בירנהק (לעיל, הערה 29).

224 עניין *Katz v. U.S.* (לעיל, הערה 71); *Zurcher v.*; *Olmstead v. U.S.*, 277 U.S. 438 (1928); *U.S. v. Karo*, 468 U.S. 705 (1984); *California v. Stanford Daily*, 436 U.S. 547 (1978); *U.S. v. Greenwood*, 468 U.S. 35 (1988); *Florida v. Riley*, 488 U.S. 445 (1989); *Tines Inc. v. Hill*, 357 U.S. 734 (1967); *Kyllo v. U.S.*, 533 U.S. 27 (2001); *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006); Restatement (Second) Of Torts, § 653E.

בשמו הטוב מייצרת תוצאות בעייתיות שאותן אדגים באמצעות שלושה מקרים שנפסקו לאחרונה בארצות-הברית. בעניין *Anderson*²²⁵ פורסמה בעיתון מקומי כתבה על מר אנדרסון ועל הצלחתו בעסקי עבודות הסלילה והפיתוח שלו. אגב כך סופר גם כי אנדרסון ירה והרג את אשתו. העובדה כי בהמשך הכתבה, כמה משפטים לאחר ציון עובדת הירי, פורט כי חקירת הרשויות העלתה שהיה מדובר בתאונת צייד, לא הצליחה לטענת אנדרסון למחוק את הרושם שנוצר אצל הקורא הסביר שהיה מדובר ברצח. חבר המושבעים החליט כי מבנה המאמר וההפרדה בין המשפטים שעסקו בירייה ובתוצאותיה יצרו במכוון רושם לא נכון. אנדרסון, שטען שעסקיו סבלו נזק של יותר מ-18 מליון דולר, זכה לפיצוי בסכום זה.

בעניין *Heekin*²²⁶ פורסמה כתבה שעסקה בתופעה המתרחבת של אלימות במשפחה. בין השאר רואיינו אשתו של התובע היקין ושני ילדיהם. עריכת הכתבה והצמדת הראיונות עם האישה והילדים, גם ויזואלית, לסיפורים על אלימות של גברים נגד נשותיהם ועל מקרים של רצח במשפחה יצרו את הרושם שמדובר בתיאור המשקף את המציאות של משפחת היקין. לאמתו של דבר כלל לא הוכח שהיקין אכן תקף את אשתו, פרט לכך שהתברר שהיא אכן הגישה כמה תלונות למשטרה וניתן נגדו צו הרחקה מהבית.

בשני המקרים התעוררו כמה בעיות לא פשוטות. הראשונה הייתה תקופת התיישנות שונה בכל אחת מהעולות (קצרה יותר כשמדובר בלשון הרע וארוכה יותר כשמדובר ב-*false light*); השנייה הייתה דרישות פרוצדורליות שונות לגבי נפקות התנצלות של העיתונות במקרים של לשון הרע ומשמעותה, אם בכלל, במקרים של *false light*; השלישית הייתה אי-בהירות לגבי תחולת ההגנה של "דיווח הוגן" הקיימת במשפט האמריקני בכל הנוגע לתביעה נגד כלי תקשורת; הרביעית הייתה העוצמה השונה של ההגנה החוקתית – על השם הטוב ועל הפרטיות – בהתאם לתיקון הראשון לחוקה האמריקנית²²⁷. בסופה של סדרת דיונים, בכמה גלגולים של שני פסקי-דין אלו, הגיע בית-המשפט העליון של מדינת פלורידה – בדיון במקרה נוסף, שלישי, כפי שנראה מיד – למסקנה כי הדין במדינת פלורידה אינו

Anderson v. Gannett Company Inc., 994 So. 2d 1048 (2008) 225

Heekin v. CBS Broadcasting Inc., 789 So. 2d 355 (2001). ראו דיון שני באותו עניין

Heekin v. CBS Broadcasting Inc., 892 So. 2d 1027 (2004)

לפירוט של העובדות, לניתוח המצב המשפטי בפלורידה ושל הבעיות הנובעות מהחפיפה

ומשמעותה מבחינת אמצעי התקשורת ראו P. Avidan "Protecting the Media's First

Amendments Rights in Florida: Making False Light Plaintiffs Play by Defamation

Rules" 35 *Stet. L. Rev.* (2005) 227

מכיר בעוולה של false light²²⁸. למסקנה זו, של ביטול ההכרה בעוולה של false light אחרי שנים של פסיקה הפוכה, הגיע בית-המשפט העליון של פלורידה בעניין *Jews for Jesus*²²⁹. סיפור העובדות במקרה זה ממחיש יפה את החפיפה בין שתי העוולות הרלוונטיות: העוולה של הצגת אדם באור שלילי, שהיא חלק מעוולת הפגיעה בפרטיות, ועוולת הפגיעה בשם הטוב. כאמור, חפיפה זו הביאה לשלילת קיומה של עוולה נפרדת בגין הצגה באור כוזב במדינת פלורידה. במקרה זה דיווח בנה החורג של התובעת, אישה יהודייה, כי טרם מותו של אביו החולה, בעת ביקור שערכה אצלו האם, היא החלה להתעניין בנושאים הנוגעים לנצרות ואף הביעה את רצונה לבקש מחילה וסליחה מישו על חטאיה. הסיפור פורסם במהדורה האלקטרונית של העיתון *Jews for Jesus*. הארגון מצדו עשה נפשות לתורתו, לערכיו ולפילוסופיה שלו באמצעות הסיפור על אודות היהודייה המחפשת בנצרות מענה לסוגיות קיומיות. כמו במקרים אחרים שבהם התובע מתקשה להעריך את נכונותו הצפויה של בית-המשפט לפסוק שהדברים שנאמרו הם פוגעניים – דוגמת המקרים של איידס והומוסקסואליות, כפי שנראה בהמשך – גם כאן השאלה אם מדובר בלשון הרע הייתה קשה להערכה מראש. לפיכך הוגשה התביעה הן בעילה של לשון הרע, הן בעילה של הצגה באור כוזב כאחד מהיבטיה של הפגיעה בפרטיות והן בעוולת הרשלנות. הנתבעים טענו כי עילת תביעה מיוחדת המבוססת על הצגתו של אדם באור כוזב אינה תורמת דבר להגנה שמספקת עוולת לשון הרע, בעיקר כשזו כוללת גם הוצאת שם רע משתמעת *innuendo*²³⁰, וכי מעט המקרים שבהם יש בעילה זו איזושהי מידה של הגנה שיורית מעבר להגנה הקיימת בעילות אחרות אין בהם כדי להצדיק את הקשיים העלולים לנבוע מהכרה מלאה בה. בית-המשפט העליון של פלורידה קיבל טיעון זה וקבע כי לעוולת ההצגה באור כוזב אין מקום בדין הנזיקי של מדינת פלורידה, ושההגנה על חופש הביטוי מכתובה את צמצום קיומן של עוולות שאינן כפופות לתיקון הראשון לחוקת ארצות-הברית ולעיקרון המקודש של חופש הביטוי המוגן באמצעותה.

עינינו הרואות: כמו באנגליה ובדרום-אפריקה, גם בארצות-הברית – והפסיקה האמורה במדינת פלורידה משמשת כמקרה מבחן – יש ביקורת גוברת והולכת הן על הרחבת האחריות בגין פגיעה בשם הטוב, הן על עמימותה של תפיסת הזכות לפרטיות בכלל וה-*false light* בעיקר, והן על החפיפה בין העוולות. לגבי חפיפה זו החליט בית-המשפט העליון

228 עניין *Anderson v. Gannett Company Inc.* (לעיל, הערה 223).

229 *Jews for Jesus Inc. v. Rapp*, 2008 Fla. Lexis 2010. בתאריך 17.12.08 נדחתה בקשת ערעור שהוגשה לבית-המשפט העליון במדינת פלורידה. *Jews for Jesus Inc. v. Rapp*, 2008 Fla. Lexis 2402.

230 השמצה משתמעת; סעיף 3 לחוק איסור לשון הרע.

של פלורידה לעשות מעשה ולבטלה חלקית²³¹. אין פלא לפיכך שהצעות לרפורמה כגון יצירה של עוולה שלישית, עוולת ביניים שבין לשון הרע להצגה באור כוזב (wrongful misrepresentation of character) הולכות ומתרבות לאחרונה, ולא רק בפלורידה.²³² כל הדוגמאות שלעיל, הלקוחות משלוש שיטות משפט, שלכל אחת מהן התייחסות שונה לזכות לפרטיות ולהגנה עליה, מבהירות את הקושי הלכאורי לפחות של קיומן במקביל של עוולת לשון הרע ועוולת הפגיעה בפרטיות. למסקנות ולניסיונות להתמודד עם קושי זה נשוב במסגרת הדיון בעמדת הפסיקה הישראלית בנושא.

3. מגמות והעדפות בפסיקה הישראלית

(א) תמונת מצב

בעוד שהפסיקה בארצות המשפט המקובל חופשייה לפתח את שתי העילות הנדונות בצורה גמישה ועל-פי שיקולי מדיניות משתנים ומותאמים לזמן, למקום, לנסיבות ולצורכי השעה, הואיל והיא כבולה פחות בכבלי הגדרות מדויקות של חקיקה, רמת הגמישות שהמשפט הישראלי יכול להפגין נמוכה בהרבה. כפי שראינו, חוק הגנת הפרטיות, כמו גם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בחרו להתמודד עם קשיי ההגדרה של הזכות לפרטיות באמצעות ניסוח קטגוריות מעשים שבאמצעותם הזכות מוסברת ומתוחמת. חמש החלופות שמונה סעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם ואחת-עשרה החלופות שבסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות הן רשימה סגורה שפורשה בפסיקה הישראלית באופן מצמצם²³³, ככוללת רק מעשים ומצבים שלא זכו עד כה להכרה והגנה מפורשת ולכן אינם מהווים עבירה או עוולה על-פי הוראות המשפט הישראלי. על-פי פסיקתו של בית-המשפט העליון, חוק הגנת הפרטיות כולל רק התייחסות למעשים שאינם אסורים על-פי מקור אחריות משפטי אחר, פלילי או אזרחי, שכן חזקה על המחוקק שלא השחית מילותיו לריק ולא חוקק את חוק הגנת הפרטיות כדי לחזק הגנות שהיו קיימות ממילא במשפט הישראלי. כך, הרעיון של שלילת ההכרה בחפיפה בין חיקוקים – רעיון שיישומו גרר צמצום של גבולות הזכות החדשה – הוליד פרשנות קמצנית של ביטויים ומונחים שאלמלא כן ניתן היה להכניס בהם תוכן רב

231 על היחס בין שתי העוולות הללו בפסיקה ראו § 558 (Second) Of Torts, Restatement. בית-המשפט העליון בארצות-הברית דן בנושא רק במספר מועט של פסקי-דין; ראו לדוגמה, *Time, Inc. v. Hill*, 385 U.S. 374 (1967); *Gertz v. Robert Welch Inc.*, 418 U.S. 323 (1974); *Cantrell v. Forest City Publishing Co.*, 419 U.S. 245 (1974).
 232 G.T. Schwartz "Explaining and Justifying a Limited Tort of False Light Invasion of Privacy" 41 *Case W. Res. L. Rev* (1991) 885, 918; N. Stern "Creating A New Tort for Wrongful Misrepresentation of Character" 53 *U. Kansas. L. Rev.* (2004) 81
 233 בירנהק (לעיל, הערה 29), עמ' 23 מכנה אותה "גישה מושגית מצרה".

ורחב בהרבה כמו המונח "הטרדה" שבסעיף 2(1) לחוק²³⁴. מבחינתה של הפגיעה בפרטיות, התוצאה מהשילוב בין החקיקה הדקדקנית לפרשנות המצמצמת של בית-המשפט העליון היא שגם מעשים ומצבים שאולי יכלו להיחשב כפוגעים בפרטיות על-פי פרשנות גמישה יותר של החוק והגיונו – כמו גם מעשים המהווים פגיעה בפרטיות על-פי הקטגוריזציה המקובלת של פרוסר דוגמת הצגתו של אדם באור כוזב (false light) – נותרו מחוץ לתחום תחולתה של הגדרת הפגיעה בפרטיות²³⁵.

עם זאת, כפי שנראה בהמשך, פסיקה מאוחרת של ערכאות נמוכות יותר מעידה על כך שפרשנותו המצמצמת של בית-המשפט העליון בשאלת החפיפה בין העוללות אינה מיושמת בפועל, ובמרבית המקרים בתי-משפט השלום והמחוזי אינם נרתעים מדיון ואף מהכרה בתחולתן של שתי העילות – פרטיות ולשון הרע – בהקבלה ובחפיפה. יש מקום להניח שהגישה המרחיבה והליברלית יותר של הערכאות הנמוכות נבעה מההכרה שייתכן והקביעה המצמצמת בעניין ועקנין לא באמת נבעה מהרצון לצמצם את ההגנה על הפרטיות אלא מהרצון שלא לאפשר הרחבה של אפשרות פסילתן של ראיות שהושגו תוך כדי פגיעה בפרטיות, כפי שהיה באותו מקרה. ייתכן כי אילו הייתה הסוגיה עולה בנסיבות שלא היו בעלות נפקות ראייתית משמעותית כל כך, מלכתחילה פרשנותו של השופט ברק אולי לא הייתה מצמצמת כל כך. מסקנה זו מתחזקת בעיקר כשמשווים את הפרשנות הזו לפרשנות שהוא עצמו נתן במקרים אחרים של מצבי חפיפה בין עוללות, בעיקר בעניין גורדון הידוע, שאליו אתייחס בפרק הבא.

על נקודות הממשק, על החפיפה ועל העקיפה האפשרית בין העילה לפי חוק איסור לשון הרע לבין העילה לפי חוק הגנת הפרטיות עמד כבר בזמנו הנשיא (כתוארו אז) ברק בעניין סולטן הידוע²³⁶. באותו עניין דובר בפרסום תצלום "תמים" כשלעצמו שנהפך לפוגעני ומשפיל בגלל הטקסט שהצמיד לו עורך העיתון. השאלה הייתה אם הביזוי וההשפלה הדרושים על-פי חוק הגנת הפרטיות כתנאי לקיומה של אחריות צריכים להיות פועל יוצא של התצלום כשלעצמו, או שהכתבה בכללותה – הן התצלום התמים והן התוכן הפוגע המשליך על התצלום ומשווה לו משמעות תמימה פחות – היא שעומדת למבחן, ומשמעותם

234 עניין ועקנין (לעיל, הערה 29).

235 סגל (לעיל, הערה 171, עמ' 117-118). עם זאת, בהערה 88 באותו עמוד ציין המחבר כי ייתכנו נסיבות שבהן ניתן לתאר הצגה באור כוזב שאינה עונה על דרישות העוללה של פגיעה בשם הטוב. ניתן לתאר מצב כזה בעיקר במקרים שבהם תוכן הפרסום אינו שלילי. הניתוח שבפסק-הדין של בית-המשפט העליון בפלורידה לגבי החפיפה בין היבט זה של הפגיעה בפרטיות עם לשון הרע נכון גם למשפט הישראלי.

236 רע"פ 9818/01 ביטון נ' סולטן, פ"ד נט(6) 554, 580-581 (2005). במקרה זה נקרא בית-המשפט להכריע בשאלה אם כלל הצפיות חל בעבירה הפלילית על-פי חוק איסור לשון הרע באופן המרחיב את האחריות הפלילית. תשובתו של בית-המשפט לשאלה זו הייתה שלילית.

המצטברת של התצלום והתוכן הם שהופכים את המכלול שפורסם למשפיל ומבזה. כך סיכם הנשיא ברק (כתוארו אז) את הבעיה ופתרונה:

"סעיף 2(4) לחוק הגנת הפרטיות דומה, מבחינת הלשון, לסעיף 1(1) לחוק איסור לשון הרע, המגדיר לשון הרע כ'דבר שפרסומו עלול להשפיל אדם בעיני הבריות או לעשותו מטרה לשנאה, לבוז או ללעג מצדם'. לכאורה, עשויים שני הסעיפים לחול תחולה מקבילה על מספר רב של התנהגויות זהות. אולם ספק אם זו המסקנה הפרשנית הראויה [...] המקרה שלפנינו הוא אחד מאותם מצבים המעוררים ספקות. השאלה הנשאלת היא האם פרסום תמונה 'תמימה' של פלוני בצמוד לכתבה הכוללת דברי לשון הרע ביחס לאותו פלוני, נכללת בהגדרת סעיף 2(4) לחוק הגנת הפרטיות. התשובה לשאלה זו תיגזר מפירושו של סעיף 2(4). הספק הוא, האם יש לפרש את הסעיף כמקים אחריות חופפת לזו הקבועה בחוק איסור לשון הרע (שילוב הסעיפים 6 ו-11), או שמא יש לפרשו כך שכל חוק יטיל אחריות על ההתנהגויות המתאימות לתכליות המיוחדות לו. בבואנו ליישב ספק זה, תנחה אותנו הגישה הפרשנית שבאה לביטוי בפסק-הדין בפרשת ועקנין"²³⁷.

ועוד המשיך הנשיא ברק והסביר:

"ההגנה על השם הטוב אינה מתכליתו של חוק הגנת הפרטיות; ודאי שאין היא מתכליתו העיקריות. לשם כך קיים, כאמור, חוק איסור לשון הרע, על מבנה האחריות הקבוע בו. חוק הגנת הפרטיות נועד להתמודד עם ההתפתחויות החברתיות והטכנולוגיות שבעטיין 'הפרט מוצא עצמו חשוף לעין כל בנושאים שהצנעה יפה להם והוא חש שענייניו האינטימיים ייחפכו – ללא הצדקה – לנחלת הציבור' [...] בהתאם לתכלית זו יש לפרש את העילות הקבועות בו. אימוץ הפירוש הראשון מתאים, אפוא, לגישה הפרשנית העולה מפסק-הדין בפרשת ועקנין. יש בו לקדם הרמוניה חקיקתית. הוא מונע חפיפות מיותרות. נוסף על כך, יש בו למנוע סתירות. כך, לו קבענו כי סעיף 2(4) תופס גם תצלומים 'תמימים' המוצבים בהקשר העלול להשפיל או לבזות, למעשה היה בכך להטיל אחריות פלילית בגין לשון הרע, מקום שחוק איסור לשון הרע לא תמיד עושה כן. היסוד הנפשי בעבירת לשון הרע מצומצם מזה שבעבירת פגיעה בפרטיות. גם העונש הקבוע בעבירת לשון הרע (שנת מאסר) נמוך מזה הקבוע בחוק הגנת

237 שם, פסקאות 37-38 לפסק-הדין.

הפרטיות (חמש שנות מאסר). אין הצדקה לעשות שימוש בחוק הגנת הפרטיות – שתכליתיו שונות וכמוהן גם תחום חלותו – כדי לעקוף את הסדריו המיוחדים של חוק איסור לשון הרע (ראו הלם, דיני הגנת הפרטיות 97 (2003))²³⁸

[...]

"מסקנתי הנה, אפוא, כי העבירה לפי שילוב הסעיפים 5 ו-4 לחוק הגנת הפרטיות חלה רק על פרסום תצלומים, שטבוע בהם – כשהם לעצמם – פוטנציאל ההשפלה או הלעג, בנסיבות העלולות להביא למימוש של פוטנציאל זה"²³⁹.

העולה ממקבץ המובאות הוא כי על-פי עמדתו של הנשיא ברק אין ולא צריכה להיות חפיפה בין סעיף 2(4) לחוק הגנת הפרטיות לבין חוק איסור לשון הרע. על-פי עמדה זו הוא אכן דחה את התביעה שבפניו ככל שהתבססה על הגנת הפרטיות – על פרסום תצלום "תמים" בגוף כתבה שתוכנה פוגעני²⁴⁰. בסופו של דבר נדחתה גם האחריות הפלילית לאור היעדרה של "כוונה לפגוע".

אותה שאלה עמדה בפני בית-המשפט – הפעם בית-משפט השלום – בפסק-הדין בעניין פלונית²⁴¹, שבו נדון מקרה שבו צולמה בחורה חשופת חזה על חוף הים, פניה טושטשו והיא זוהתה על-ידי מכריה בגלל כלבתה שעמה ירדה אל החוף. גישתו של השופט קיינר ליברלית בהרבה מזו של הנשיא ברק בעניין סולטן, וכך פסק:

"אני קובע כי קיימת פגיעה בפרטיות התובעת עקב פרסום תמונותיה, כקבוע בסעיף 2(4) לחוק הגנת הפרטיות [...] קיימת חפיפה רבה בין העוולה של פגיעה בפרטיות לפי סעיף 2(4) לחוק הגנת הפרטיות לבין עוולה לפי סעיף 1(1) לחוק איסור לשון הרע, ובמקרים המתאימים ניתן לתבוע בעילה לפי שני החוקים גם יחד [...] עדיין, יהיו מקרים בהם פרסום תמונה בעיתון יהווה עוולה לפי חוק הגנת הפרטיות ולא יהווה עוולה לפי חוק איסור לשון הרע [...] מקרה אחר נקבעה קביעה הפוכה, לפיה פרסום תמונת התובעת בחצי עירום במקומון מהווה עוולה לפי חוק איסור לשון הרע, אך אינה

238 שם, פסקה 40 לפסק-הדין.

239 שם, פסקה 44 לפסק-הדין.

240 שם, פסקה 45 לפסק-הדין.

241 עניין פלונית (לעיל, הערה 198).

מהווה עוולה לפי חוק הגנת הפרטיות, נוכח הסכמה שניתנה על ידה לצילום ולפרסום [...] כל מקרה ונסיבותיו [...] בענייננו מתקיימת גם עוולת לשון הרע, שכן משקבעתי כי פרסום תמונות התובעת נעשה בנסיבות העלולות לבזותה ולהשפילה ולכן מהווה פגיעה בפרטיותה, יש לקבוע גם כי מתקיימת עוולה לפי סעיפים 1(1) ו-1(2) לחוק איסור לשון הרע [...] בשני החוקים הנ"ל אמת המידה אם הפרסום עלול להשפיל או לבזות היא אמת מידה אובייקטיבית, וכפי שנקבע לעניין הגנת הפרטיות כי הפרסום עלול להשפיל או לבזות את התובעת לפי קנה מידה אובייקטיבי ובעיני הקורא הסביר, כך גם לעניין חוק איסור לשון הרע [...] עדיין, האכסניה ההולמת יותר את הפרסום האמור הינה אכסניית חוק הגנת הפרטיות, שכן אף שתמונות התובעת מהוות חלק מכתבות שהתפרסמו במקומן, הרי בכל הקשור לתובעת עומדות הן בפני עצמן, שכן אין בכתבה או בכיתוב כל התייחסות מילולית לתובעת. כך, בעוד שעל-פי רוב עיקר הפגיעה הינו בתוכן הכתבה המתפרסמת בעיתון, ולעתים יש בתמונה כדי להעצים את הפגיעה הנובעת מהתוכן, ואז המישור העיקרי בו יש לבחון את הדברים הוא מישור לשון הרע, הרי מקום בו התמונה עומדת ברשות עצמה ובאופן עצמאי, חוק הגנת הפרטיות הוא המקום ההולם לבחינה האמורה²⁴².

ספק אם מסקנתו זו של בית-המשפט, על אף הגיונה הלכאורי, יש לה על מה שתסמוך מבחינת ההגדרות שבסעיפי החוק הרלוונטיים. בעיניי לפחות, קשה לדלות מהן את ההבחנה בין כתבה ותוכן מילולי לבין תמונה, גם כזו שעומדת ברשות עצמה, וספק אם ניתן ליישמה ככתבה וכלשונה על מכלול המקרים הנופלים לכפל האחריות האמור²⁴³. מכל מקום, בפנינו דוגמה למקרה ברור של מערכת נסיבות עובדתיות שנופלת הן להגדרה של חוק איסור לשון הרע והן להגדרה של חוק הגנת הפרטיות. דוגמה זו מצטרפת לדוגמאות שהובאו לעיל, שגם בהן מדובר בתצלום שבעצמו וכשלעצמו הוא פוגעני, בהבדל מהמצב בעניין סולטן ובכתבה שנדונה שם, שתוכנה גם הוא הוביל לתוצאות שעליהן מדברים הן סעיף 1 לחוק איסור לשון הרע והן סעיפים 2(4) ו-1(11) לחוק הגנת הפרטיות. נוסף על החפיפות שנדונו על-ידי הנשיא ברק והשופט קיינר בדוגמאות שלעיל, ראוי לציין חפיפה אפשרית נוספת, משולשת, העלולה להתקיים אם פרשנותה של הזכות

242 שם, פסקאות 34-47 לפסק-הדין (ההדגשות שלי – ת' ג').

243 השווה התייחסות של בית הלורדים לתמונותיה של קמפבל, שם נפסק שהתמונות התמימות היוו – כל אחת בנפרד – פגיעה בפרטיות על אף "תמימותן הלכאורית"; עניין *Campbell* (לעיל, הערה 6).

לפרטיות תכיר בקיומה של ה-*false light* כסיטואציה של פגיעה בפרטיות. במקרה כזה, אם התנהגות המציגה את התובע באור כוזב תיחשב כפגיעה בפרטיות תיווצר חפיפה נוספת – בין סעיף 2(6) לחוק הגנת הפרטיות העוסק בפרסום שמו תמונתו וקולו של אדם לשם רווח, לבין ההצגה באור כוזב, ה-*false Light*, ובין עוולת לשון הרע²⁴⁴.

כפי שנאמר לעיל, הדוגמה של פסק-דין פלוניא, כמו גם הדוגמאות שתובאנה בהמשך, מעידות כי הרציונל של בית-המשפט העליון בהכרעה בעניין ועקנין²⁴⁵ ובעניין סולטן²⁴⁶ – שלפיו חפיפות אינן רצויות, יש להימנע מהן ובעיקר יש להקפיד במקרים שבהם החפיפה תייצר בסיס לעקיפה בלתי-רצויה של אחד החוקים הרלוונטיים או של מטרות המחוקק בחקיקתו אותם – לא זכה ליישום בפסיקה שבאה בעקבותיהם. בתי-המשפט מכירים ומיישמים אחריות כפולה או חופפת, ומאפשרים הגנה מצטברת של שתי העוולות; ועוד נחזור לכך בהמשך.

ככלל, סקירת הפסיקה הישראלית מלמדת כי שלא כמו בדוגמאות שהבאנו מהפסיקה באנגליה, בדרום-אפריקה ובפלורידה, ברוב המקרים בתי-המשפט כלל אינם מתייחסים – גם לא בהיבט התאורטי – לשאלת החפיפה בין עוולת הפגיעה בשם הטוב לעוולת הפגיעה בפרטיות, בעיקר בהנחה שהואיל וממילא אין כפל פיצוי מיותר להכריע בין שתי העילות. עם זאת ניתן לאתר בפסיקה של השנים האחרונות יותר ויותר מקרים שבהם מוגשת התביעה דווקא בעילה של פגיעה בפרטיות ולא בעילה של פגיעה בשם הטוב. מובן שהעדפת הפגיעה בפרטיות כעילת תביעה נעשית כשיש סיבה להימנעות מהעילה על-פי חוק איסור לשון הרע, ובמקרים שבהם ספק אם יש לתביעה כזו סיכוי להסתיים בהצלחה מבחינת התובע וכן במקרה ההפוך. כך, כשהנסיבות העובדתיות של המקרה שעליו מלין הנפגע עונות לכאורה על יסודות האחריות של שתי העוולות, יש שהתובע יעדיף לבסס את תביעתו על טענה של לשון הרע, בעיקר במקרה שבו כבר חלפה תקופת ההתיישנות של התביעה בגין פגיעה בפרטיות, כפי שקרה בעניין לויין²⁴⁷. לעומת זאת תהיה עדיפות לעילה של פגיעה בפרטיות על פני תביעה לפי חוק איסור לשון הרע לפחות בשני מקרים אפשריים:

244 בעיקר במקרים של פרודיה, סאטירה ודוקודרמה. ראו S.E. Hallander "A Call for the End of the False Light Invasion of Privacy Action as it is Related to Docudramas" 15 *Seton Hall J. Sports L. Rev.* (2005) 275.

245 עניין ועקנין (לעיל, הערה 29).

246 עניין ביטון נ' סולטן (לעיל, הערה 234). ראו פרשנות נוספת אצל בירנהק (לעיל, הערה 29).

247 בהתאם לאמור בסעיף 26 לחוק הגנת הפרטיות, תקופת ההתיישנות הנה שנתיים בלבד. עניין לויין (לעיל, הערה 38).

ראשית, כשהתובע חושש מהעלאת טענה של "אמת דברתי"²⁴⁸. השיקולים בשאלת האינטרס הציבורי בפרסום אמת במקרה של פגיעה בפרטיות שונים מהשיקולים החלים על שאלת האינטרס הציבורי במקרה של לשון הרע כשהפרסום הוא אמת. שנית, כשיש חוסר בהירות לגבי העמדה שיעדיף בית-המשפט בשאלות ערכיות הנוגעות בפרשנות השקפותיה וערכיה של החברה הישראלית. לדוגמה כשמדובר על נסיבות "רגישות" של הומוסקסואליות ואידס, שהחלטה לגביהן שפרסומן מהווה לשון הרע אינה מובנת מאליה. במקרים כגון אלו יש רגישות חברתית-ערכית בכל הנוגע לתביעה בעוולת לשון הרע. לא בנקל יחליט בית-המשפט במאה העשרים ואחת כי פרסום שלפיו התובע הוא הומוסקסואל או נגוע בנגיף האיידס הוא לשון הרע, כך שלתביעה בגין פגיעה בפרטיות יש עדיפות בולטת²⁴⁹.

כך, בעניין אמסלם²⁵⁰, שחקן כדורסל ידוע שזכה במשך שנים לשירה מהדהדת "אמסלם ההומו" מצד קהל הצופים במשחקים שבהם השתתף, תבע את עיתון "העיר" בגין הכותרת "אמסלם לא לבד" לכתבה שבה נסקרה אולימפיאדת ההומוסקסואלים שנערכה באותו זמן בארצות-הברית. עילת התביעה הייתה פגיעה בשמו הטוב של אמסלם. טיעונו בוסס הן על שקריות העובדות והן על התוצאה ההרסנית מבחינתו של הפרסום השקרי האמור. כך גם בעניין כדורסלניות אנדה²⁵¹, קבוצת הכדורסל הנשי של רמת השרון, שנוסף על כותרת שהעניק העיתון לכתבה – "אחת על אחת" – הגדיל הכותב לעשות ונכנס לפירוט מחליא של "כל האמת על האורגיות בחדר ההלבשה של אנדה ברמת השרון". גם בעניין גוטפריד²⁵² בוססה עילת התביעה על הפרה של חוק איסור לשון הרע. במקרה זה הוצגה על מרקע הטלוויזיה דמותו של גוטפריד, שהיה מפיק של תכנית למען המלחמה באיידס, כשברקע מוצגת כתובית שגויה בזו הלשון: "אסטבן גוטפריד חולה איידס".

248 עניין דין נ' הטכניון (לעיל, הערה 196), יכול להוות דוגמה לשיקולים מסוג זה אף כי מבחינה זו עובדות המקרה חורגות מסוג המקרים האופייני של פרסום באמצעי התקשורת. לגופה של תביעה נראה שעילת לשון הרע מתאימה לאינטרס שנפגע כאן יותר מעילת הפגיעה בפרטיות. במקרים אלו הבעיה היא בדרך כלל שמדובר בעובדות שקריות שקשה לבסס עליהן עילה של פגיעה בפרטיות.

249 ת"א (שלום ת"א) 20174/94 אמסלם נ' קליין, פורסם בנבו (20.6.95); ע"א (מחוזי ת"א) 1145/95 קליין נ' אמסלם, פורסם בנבו (30.3.97).

251 ת"א (שלום ת"א) 39231/06 עמותת ל.כ.ן רמת השרון לקידום כדורסל בע"מ נ' רשת שוקן בע"מ, פורסם בנבו (30.12.07).

252 ת"א (שלום ת"א) 90323/00 גוטפריד נ' טלעד אולפני ירושלים בע"מ, פורסם בנבו (25.7.01).

בכל המקרים הללו פסקו בתי-המשפט שמדובר בפגיעה בשמם הטוב של התובעים. בכל המקרים היה ברור שהפרסומים היו שקריים – עובדה המסבירה את המיקוד של עילת התביעה בחוק איסור לשון הרע ולא בחוק הגנת הפרטיות. לעומת מקרים אלו, בפרשות של אפריאט, צדיק ואחרים²⁵³ – ובעיקר כשמדובר בתובעים שאינם מפורסמים, שהפרסום שנעשה עליהם התייחס למאפיין כלשהו באישיותם או דמותם ולא בזהותם או בהיותם מפורסמים – מסתמנת העדפה ברורה של עוולת הפגיעה בפרטיות, בין כשהתביעה טוענת שמדובר בפרסום מבזה ובין כשהיא מנסה לטעון כי מדובר בפגיעה בזכות הפרסום שמקורה בסעיף 2(6). המאפיין של מקרים אלו הוא שזהותו הספציפית של המצולם – ההומוסקסואל במדי צה"ל, החרדי המוכר ספרי קודש על רקע פרסום תועבה והבחורה שדמותה שימשה רקע לכתבה על חיי לילה של לסביות בלונדון²⁵⁴ – הייתה חסרת משמעות אמיתית לנמעני הפרסום. הדמות הייתה יותר סמל או קישוט ססגוני למלל שלא בהכרח התייחס אליה ישירות; הפגיעה נעשתה אגב אורחא. במידה מסוימת המקרים הללו מזכירים את נסיבותיו של עניין *NM*, שם שמן של התובעות נשאיות האיידס כלל לא היה דרוש לחיזוק הטיעון העיתונאי-ספרותי של הנתבעים, כמו גם במקרה של המצולמת חשופת החזה על החוף שפניה טושטשו. הדבר בולט במיוחד בהשוואה למקרים שבהם התייחס הפרסום לדמויות ידועות ומוכרות, כשדמותו של התובע היא עיקר הפרסום וזהותו המוכרת והידועה היא שהופכת את הידיעה העיתונאית לבעלת פוטנציאל ליצירת התעניינות הציבור²⁵⁵.

(ב) חפיפות במשפט הישראלי: רקע כללי

מצב שבו כמה עילות תביעה מתקיימות במקביל או בחפיפה מכוחה של אותה מערכת עובדתית אינו יוצא דופן במשפט הישראלי, בין שמדובר בחפיפה בין עילות בתחום ענף

253 השוו למקרה של צילום שהורכב כפאזל של תמונות אישיות והוצב לצורכי פרסום והדגמה בחנות צילום: ת"א (שלום חד') 1052/06 פרטר נ' סטודיו נורית – נורית איסקוב, פורסם בנבו (4.11.08). ראו גם ת"א (שלום חי') 3931/01 חמאנה נ' טבע הדברים בע"מ, פורסם בנבו (12.10.04), שם זכתה ילדה אנונימית שצולמה באופן שהזכיר את צילומה המפורסם של נערה אפגנית על שער הנשיונל ג'אוגרפיק; בצילום זה נעשה שימוש בכתבה שליוותה את ביקור האפיפיור בארץ על כריכת גיליון של המגזין "טבע הדברים".

254 ת"א (שלום ת"א) 12603/05 פאר נ' טיים אאוט מגזין, פורסם בנבו (28.4.08) בשאלת הפיצוי; 28.6.07 בשאלת האחיות). התביעה כאן התקבלה על בסיס עוולת לשון הרע.

255 במקרים דוגמת *Campbell* (לעיל, הערה 6), *Von Hannover* (לעיל, הערה 75), *Elton John v. Associated Newspapers Ltd.* (לעיל, הערה 79) ואחרים שתי עילות התביעה חופפות במובהק.

משפטי אחד ובין אם מדובר בחפיפות בין שני ענפי משפט שונים²⁵⁶. כבר בעניין גורדון²⁵⁷ פסק השופט ברק (כתוארו אז):

"ראינו איפוא, שאירוע עובדתי מסוים עשוי, ללא כל קושי, לקיים את יסודותיהן של מספר עוולות. לעתים יש בו באירוע עובדתי מסוים כדי לקיים את יסודותיה של עוולה אחת, ורק חלק מיסודותיה של עוולה אחרת. אין בכך ולא כלום. העוולות השונות אינן כוללות סביבן חגורות של הסדרים שליליים, לפיהן נשללת תחולתן של עוולות אחרות (פרטיקולאריות או מסגרת): העובדה שמערך מסוים הוכר בפקודה, בתחומיה של עוולה פרטיקולרית, אינה מחייבת, כשהיא לעצמה, את המסקנה שבכל מקרה, דומה, שאינו ממלא אחרי כל היסודות של העוולה הפרטיקולארית בה מדובר, אין לנפגע סעד בעוולת הרשלנות [...] אל לנו ליתן לצורות התביעה האנגליות הישנות להשתלט על מחשבתנו. אל לנו לאפשר להן לשלוט בנו, לא מהקבר (כאימרתו של מייטלנד) ולא מהמילון (כאימרתו של גלנויל ויליאמס). ננהג על-פי עצתו של השופט Atkin בפרשת Australia Ltd. [...] 'When these ghosts of the past [...] v. Barclays Bank United Ltd. stand in the past of justice clanking their medieval chains, the proper course for the judge is to pass through them undeterred'²⁵⁸.

כך, לתפיסתו של בית-המשפט העליון, במצב שבו סט עובדות מסוים, שמפאת חסרונו של יסוד עובדתי אחד הנדרש בעוולה – שהיא מקור ההגנה הטבעי והראשוני על האינטרס שלו שנפגע – אינו מייצר עילת תביעה בעוולה זו, ניתן להגיש תביעה בעילה אחרת, אפילו היא עוולת מסגרת²⁵⁹. כאשר למשל נעדר יסוד ה"פרסום" מאירוע שבו נפגע שמו הטוב של התובע, פתוחה בפניו הדרך לתבוע בעוולת הרשלנות והדברים ידועים. דמיון וחיזוק לתפיסה זו, המכירה בלגיטימיות של השלמת ההגנה המשפטית על אינטרס מוכר שנפגע בעזרת מקור אחריות נוסף, ניתן לאתר גם במקרים שבהם עומדת לתובע עילה מכוח שני ענפי משפט שונים, בין שהאחד מהם משלים את ההגנה שהאחר מעניק ובין שיש

256 חפיפה בין עילה נזיקית לעילה חוזית היא עניין שביומיום במשפט הפרטי המקובל.

257 עניין עיריית ירושלים נ' גורדון (לעיל, הערה 27).

258 שם, פסקאות 10-11 לפסק-דינו של השופט ברק.

259 לשונו החד-משמעית של הנשיא ברק בעניין גורדון, שם, אינה מתיישבת לחלוטין עם דבריו בעניין ביטון נ' סולטן (לעיל, הערה 234), באשר להעדפת פרשנות נעדרת חפיפות בין עוולות. במקרה זה מדובר, כזכור, על חפיפה בין עוולות פרטיקולריות.

חפיפה כמעט מלאה ביניהם²⁶⁰. מקרה של תביעה בגין רשלנות מקצועית הנסמכת הן על דיני הנזיקין והן על דיני החוזים אינו עניין נדיר בפסיקה הישראלית²⁶¹. כך גם החלטות דוגמת אלו שבעניין א.ש.י.ר²⁶² ומקדונלד²⁶³, שיש בהן כדי להבהיר את הגישה ה"פתוחה" המשלבת בין ענפי המשפט הפרטי באופן הברור ביותר, וניתן עוד להכביר דוגמאות כהנה וכהנה.

עד כאן הדברים ברורים ואין בהם חידוש. הבעיה מתחילה במצבים עובדתיים העונים באופן מלא, עובדתית ומשפטית, על הגדרתה של יותר מעילה נזיקית אחת, בין שמדובר בשתי עוולות נקודתיות כמו לשון הרע והגנת הפרטיות ובין שאחת מהשתיים היא עוולת מסגרת דוגמת רשלנות או הפרת חובה חקוקה. מצבים אלו מכונים לעתים מצבים של "חפיפה מלאה", והם נבדלים מהדוגמאות שבהן עסקנו לעיל, המשקפות מצב המכונה "חפיפה חלקית" הן מבחינה עובדתית והן מבחינה משפטית. במקרים של חפיפה מלאה כל היסודות העובדתיים נופלים למסגרתן של שתי עוולות או יותר באופן העונה בצורה מושלמת על דרישת המרכיבים של כל אחת מהעילות. במקרה כזה העדפה של עוולה אחת כדי לעקוף הגדרות או הגנות הקיימות בעוולה האחרת עלולה לעורר קושי. כך, למשל, האפשרות לעקוף את עוולת לשון הרע שהתקיימו עובדתית כל נסיבותיה ויסודותיה, על-ידי שימוש בעולת הרשלנות כשהתובע יודע שעומדת לנתבע הגנה שתמנע ממנו להצליח בתביעתו, אינה נקייה מספקות²⁶⁴, אף כי בתי-המשפט נוטים להכשירה במקרים שמספרם הולך וגדל²⁶⁵; גם המחוקק כבר נתן דעתו על סוגיה זו, בכלל, ועל דוגמה זו, בפרט²⁶⁶.

- 260 לדיון מעניין בנושא קלסיפיקציות במשפט הפרטי ראו E.J. Weinrib "The Judicial Classification of Obligations" (P. Birks ed., 1997) 37; Friedman (לעיל, הערה 73).
- 261 ת"א (שלום ב"ש) 2201/04 אלגום נ' קמינצקי, פורסם בנבו (29.5.08); ת"א (מחוזי ת"א) 2079/04 פרץ נ' רואים 6/6 לייזר רפואי ומדעי בע"מ, פורסם בנבו (5.1.09).
- 262 רע"א 5768/94 א.ש.י.ר יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289 (1998).
- 263 עניין מקדונלד (לעיל, הערה 29).
- 264 ת' גדרון "לשון הרע – עוולת הרשלנות?" המשפט ד (1998) 219; D. More "Human Rights from Tort Law Perspective" *T.A.U. Studies in Law* (1994).
- 265 ת"א (שלום ת"א) 57159/04 שקד נ' בנק המזרחי, פורסם בנבו (11.1.07).
- 266 הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – סעדים בבית-משפט ואי ייחוד העילה), תשס"ח-2008 (פ/3874/17) (להלן: "הצעת החוק לתיקון חוק איסור לשון הרע") קובעת כי ניתן יהיה להגיש תביעה בעוולת הרשלנות על פגיעה בשמו הטוב של אדם.

הדוגמאות שהפסיקה הישראלית מספקת בסוגיה סבוכה ורבת פנים זו אינן חד-משמעיות²⁶⁷. הבעייתיות התאורטית והמעשית שהיא מעוררת עדיין לא נדונה לגופה והדין הישראלי משולל כיום התייחסות מחייבת לנושא בעייתי זה²⁶⁸.

(ג) "חפיפה" בין יסודות העילה לפי חוק איסור לשון הרע
לבין יסודות העילה לפי חוק הגנת הפרטיות

הסיטואציה העובדתית-המשפטית שבה אנו עוסקים ברשימה זו מעוררת קושי שונה הן מהקושי שיוצרות הדוגמאות הקודמות שעניינן מקרים של חפיפה חלקית והן מהקושי שיוצרות הדוגמאות המשקפות מקרים של חפיפה מלאה. שוני זה נעוץ בזהותן של העולות החופפות. במצב הרגיל שבו מתעוררת בדרך כלל סוגיית החפיפה, התובע מבקש להשתמש בעולת מסגרת שיסודותיה גמישים וגבולותיה נתונים לשיקולי מדיניות יותר מאלה של עולה פרטיקולרית, שהיא אמנם המקום הטבעי הראשוני של תביעתו, אך הוא צופה בעיה משפטית במימושה. בדרך זו התובע מבקש לעקוף את מגבלות העולה הפרטיקולרית באמצעות עולת המסגרת. לעומת זאת במקרה שלנו הבעייתיות מתמקדת בחפיפה לכאורית בין שתי עולות פרטיקולריות: הפגיעה בפרטיות והפגיעה בשם הטוב. ההבדל הזה בנקודת המוצא העובדתית-משפטית ממקד אותנו בשאלה הבאה: במצבים שבהם אופני ההתנהגות שיש בהם כדי להוות פגיעה בזכות לשם טוב בדין הישראלי זהים לחלק מאופני ההתנהגות הפוגעים בזכות לפרטיות, ובמקביל אופני הפגיעה בפרטיות לפי סעיף 2 ס"ק (4), (6), (10) ו-(11) לחוק הגנת הפרטיות מהווים גם התנהגות שיש בה כדי לענות על הגדרת "לשון הרע מהי" שבסעיף 1 לחוק איסור לשון הרע²⁶⁹ – האם התובע יכול להגיש תביעה בגין שתי העילות גם יחד? האם הוא יכול לעשות כן גם כשכפילות זו מאפשרת עקיפה של אחת או יותר מהוראות אחד החוקים הללו? והאם יש להכיר בקיומה של אחריות נזיקית גם במצב

267 עקיפה של העולה כליאת שווא על-ידי שימוש בעולה של הפרת חובה חקוקה, כדי לנטרל את תחולת ההגנות שהעולה של כליאת השווא מספקת נשללה בזמנו על-ידי בית-המשפט העליון בע"א 558/84 כרמלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 757 (1987). לעומת זאת בע"א 593/81 מפעלי רכב אשדוד בע"מ נ' ציזיק, פ"ד מא(3) 169 (1987) נעשה ניסיון – שצלח – לעקוף את מגבלותיה של התביעה הנזיקית של גרם הפרת חוזה באמצעות עולת הרשלנות. בע"א (מחוזי ת"א) 1410/93 נוימן נ' פלוני, פ"מ תשנ"ו(1) 280 (1995) נעשה שימוש שגם הוא הוכתר בהצלחה לעקוף את תקופת ההתיישנות הקצרה שבחוק הגנת הפרטיות על-ידי שימוש בעולה של הפרת חובה חקוקה.

268 גדרון (לעיל, הערה 261); ד' מור "פקודת הנזיקין בראי ארבעים שנות פסיקה" הפרקליט לט (תש"ן) 344; ראו גם הצעת החוק לתיקון חוק איסור לשון הרע (לעיל, הערה 263).

269 השוו D.J. Solove "A Taxonomy of Privacy" 154 U. Pen. L. Rev. (2006) 477, המציע להגדיר את הזכות לפרטיות לפי סיווג של אופני הפגיעה בה, שאחד מהם הוא הפצת המידע – בין שנאסף כדין ובין שנאסף תוך פגיעה בפרטיות.

שבו נסיבות שמקומן ה"טבעי" הוא בעוולה של הגנת הפרטיות הולבשו על-ידי התובע באצטלה משפטית של פגיעה בשמו הטוב ולהפך – אם לצורך עקיפה כאמור של העוולה האחרת ואם לצורך הסטת הדיון לשאלות שבהן העילה שנבחרה ידידותית יותר לתובע? ומאי נפקא מינא? מטבע הדברים, נפקותם המעשית של מצבים כאלה מוגבלת. בעוד ששימוש בעוולת מסגרת כתחליף/מעקף לעוולה פרטיקולרית יכול לסייע בהרחבת שיקולי מדיניות ובהגמשת גבולות העוולה הפרטיקולרית ולפיכך להרחבת האחריות על כל המשתמע מכך מבחינה תאורטית ויישומית, הרי ככל שמדובר בעוולות פרטיקולריות השימוש החופף/תחליפי יהיה מכוון להשגת מטרות ממוקדות יותר:

(1) הסכמה: שימוש בחוק איסור לשון הרע לצורך הטלת אחריות בגין פגיעה בפרטיות כשהתובע הסכים לפרסום שעשה הנתבע²⁷⁰.

(2) התיישנות: שימוש בחוק איסור לשון הרע לצורך הארכה של תקופת ההתיישנות הקצרה הנקובה בחוק הגנת הפרטיות²⁷¹.

(3) תאגיד: שימוש בחוק איסור לשון הרע לצורך הרחבת האחריות בגין פגיעה בפרטיות באופן שההגנה תחול גם על גופים משפטיים מלאכותיים²⁷².

(4) הגנה על שמו של המת²⁷³: שני החיקוקים כוללים הוראות דומות למקרה של עוולה שבוצעה כלפי אדם שמת בטרם הגיש תביעה, אולם במקרה של הוצאת שם רע על אדם לאחר שנפטר חוק איסור לשון הרע מכיר באחריות משפטית בעוד שחשיפת פרטיותו של המת אינה גוררת אחריות²⁷⁴.

270 ראו סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות. במקרה זה ניתן לטעון כי לא התקיימו יסודותיה של עוולת הפגיעה בפרטיות, שכן הפגיעה נעשתה בהסכמה. ראו בירנהק (לעיל, הערה 29); השוו עניין פלונית (לעיל, הערה 198) לעניין אריאלי (לעיל, הערה 199). על אורך הסכמה חוזית בהקשר לזכות הפרסום ראו בש"א (י-ם) 7901/09 קרויטורו נ' שטראוס גרופ בע"מ, פורסם בנבו (15.7.09).

271 סעיף 26 לחוק הגנת הפרטיות.

272 סעיף 1 לחוק איסור לשון הרע קובע כי "אדם – לרבות תאגיד"; סעיף 5 לחוק הגנת הפרטיות קובע "אדם – למעט תאגיד". ראו בעניין זה קפ' (שלום י-ם) 102/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' שאולי, פורסם בנבו (21.7.05).

273 סעיף 5 לחוק איסור לשון הרע.

274 בירנהק (לעיל, הערה 29), עמ' 16, הערה 22, טוען שהיעדרה של הגנה על זכותו של המת לפרטיות אינו מקרי; לאחרונה אף החליטה ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת לא לקדם תיקון חקיקה בנושא זה. ראו אצל חי (לעיל, הערה 194). על חוק היסוד והדעות השונות לגבי סוגיית ההגנה על פרטיותו של נפטר השוו גנאים, קרמניצר ושנור (לעיל, הערה 17), עמ' 243-236.

- (5) אמת דיברתי ועניין לציבור: שימוש בחוק הגנת הפרטיות כדי להימנע ממיקוד הדיון בשאלת האמת בפרסום, וקיומו של עניין ציבורי במובן סעיף 14 לחוק איסור לשון הרע שמבחנו ומיקודם שונים מאלו החלים על סעיף 18(3) לחוק הגנת הפרטיות²⁷⁵.
- (6) העדפות ערכיות ומוסכמות חברתיות: העדפת השימוש בחוק הגנת הפרטיות כאכסניה נאותה ובטוחה יותר כשהעדפות הציבור במקרה רלוונטי אינן צפויות מראש והקביעה שהפרסום ייחשב כהוצאת שם רע אינה ודאית²⁷⁶.
- (7) יסוד נפשי שונה וענישה שונה²⁷⁷.

בהנחה שבמקרה עובדתי נתון התקיימו יסודותיהן של שתי העולות, רשימת ההבדלים ביניהן מחייבת הכרעה בשאלה שבה אנו עוסקים לא רק כעניין תאורטי-אקדמי גרדא, אלא כסוגיה בעלת משמעות יישומית לא מבוטלת. יוכיחו זאת הדוגמאות בעניין סולטן, שם צולמה "הגנת חופפת הכינים" כעיסור לכתבה בלתי מחמיאה; המקרה של חשופת החזה על חוף הים; המקרה של הבחור ההומוסקסואל המניף את דגל צה"ל; הדוגמנית שתוארה כ"מסוממת"; המקרים של Mosley, של NM, ושל Shabalalla כמו גם המקרה של צדיק. העולה מן המקובץ הוא כי במציאות החברתית-טכנולוגית של ימינו מתרבים והולכים מקרים העונים על הגדרת המעשה האסור הן בחוק איסור לשון הרע והן בחוק הגנת הפרטיות. מה דינם של אלה ומה הגדרתם הנכונה במציאות הפרשנית ה"מצמצמת" הרווחת במשפט הישראלי לגבי היקפה ותוכנה של הזכות לפרטיות בהשוואה לזכות לשם טוב? בכך נעסוק עתה.

275 סעיף 18(3) לחוק הגנת הפרטיות: "בפגיעה היה עניין ציבורי המצדיק אותה בנסיבות העניין, ובלבד שאם היתה הפגיעה בדרך של פרסום – הפרסום היה כוזב". לשאלה אם פרסום שאין בו אמת יכול להוות פגיעה בפרטיות ראו ה"לם (לעיל, הערה 188); חי (לעיל, הערה 194); בירנהק (לעיל, הערה 29).

276 למשל כמו במקרים המדברים על נטיות מיניות או על מחלת האיידס. דוגמה אפשרית להדגמת הקושי ניתן למצוא בפסק-הדין הידוע בעניין *Youssouppoff v. Metro-Goldwyn-Mayer Pictures Ltd.* (1934) 50 T.L.R. 581 (CA), שם זכתה הנסיכה אירנה אלכסנדרובה בפיצוי בגין שימוש מטעה בדמותה בסרט שעסק בחיי רספוטין, כשעיקר הדיון הוקדש לערכים המקובלים בחברה הבריטית בשנות השלושים של המאה שעברה. היצמדותה של התובעת לטיעון בדבר שקריות העובדות חייבה אותה להתמקד בעולת לשון הרע. עולת הפגיעה בפרטיות לא הייתה מעוגנת עמוק בפסיקה האמריקנית באותה תקופה. ראו L.K.T. Bar-Am "Defamation Law in a Changing Society: The Case of *Youssouppoff v. Metro-Goldwyn-Mayer*" 20 *Legal Studies* (2000) 291.

277 סעיף 5 לחוק הגנת הפרטיות קובע כי: הפוגע במזיד בפרטיות זולתו [...] דינו – מאסר 5 שנים". סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע קובע כי: "המפרסם לשון הרע, בכוונה לפגוע [...] דינו – מאסר שנה אחת".

(ג) תאוריית ההגדרה השיורית של הפגיעה בפרטיות

ראינו לעיל כי על-פי ההלכה שקבע בית-המשפט העליון בארץ, הזכות לפרטיות מתפרשת בצורה שיורית. בין שהרציונל שהניע את בית-המשפט לאמץ פרשנות מצמצמת זו מקורו בהשקפה כי זו אכן ההגנה המתאימה לזכות לפרטיות, ובין שהצמצום נבע מחוסר רצון לאפשר פסילה נרחבת של ראיות שהושגו תוך פגיעה בפרטיות בנסיבותיו של אותו מקרה, לשונו של בית-המשפט העליון בעניין ועקנין וחרור וחד-משמעית. הצדקתה של הזכות לפרטיות – ובהמשך לכך, הגדרתה ותחמת גבולותיה – נעשית על בסיס "גישה מושגית מצרה"²⁷⁸ שלפיה:

"חוק הגנת הפרטיות בא ליצור ולגדור גדרות חדשים ולא היה צורך בו כדי שישוּב ויגדיר מעשי עבירה קיימים כמעשים אסורים"²⁷⁹.

זוהי גישה מצמצמת ההופכת את הזכות לפרטיות למעין רשת ביטחון, הנכנסת לפעולה רק כשאינן מקור אחריות אחר להגנה על האינטרס של הפרט בשמירה על פרטיותו, על מגוון צורותיה והתבטאויותיה בחיי המעשה. זאת, כדי למנוע חפיפות לא רצויות ומבלבלות, להימנע מסתירות ולשלול אפשרות לעקיפת ההסדרים המיוחדים בחקיקה הישראלית בכלל ולענייננו – לצורך השוואה – גם בחוק איסור לשון הרע.

המציאות, שההיכרות עמה הייתה בחיתוליה במועד שבו ניתנו פסקי-הדין בעניין סולטן – מוכיחה באופן ברור כי בפועל אכן מתקיימת חפיפה במשמעותה העובדתית-משפטית: בפועל מתקיימת חפיפה לא רק בין עוולת הפגיעה בפרטיות ועוולת לשון הרע, אלא גם למשל בין עוולת לשון הרע ועוולת שקר מפגיע²⁸⁰, בין עוולת לשון הרע ועוולת הרשלנות, ואפילו בין חלק מההתנהגויות המהוות פגיעה בפרטיות לבין עצמן – בין סעיף 2(3) לחוק הגנת הפרטיות לבין סעיף 2(6) שבו, ובין זה האחרון לבין דיני עשיית עושר ולא במשפט²⁸¹. גם בכך לא מוצו הדוגמאות הרלוונטיות. במקרים אלו ואחרים האינטרס המוגן על-ידי כל אחת מהעוולות אמנם שונה לרוב מזה המוגן על-ידי האחרת, אבל יש חפיפה בין מרכיביהן העובדתיים של העוולות לבין מרכיביהן המשפטיים.

דומה כי לית מאן דפליג שהפרשנות המצמצמת האמורה – שלפיה אין תקומה לעוולת הפגיעה בפרטיות כל עוד יש אלטרנטיבה משפטית אחרת לסיפוק תביעתו של הנפגע – אינה

278 בירנהק (לעיל, הערה 29), עמ' 27-22.

279 עניין ועקנין (לעיל, הערה 29), עמ' 851.

280 סעיף 58 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח תשכ"ח 266. ראו גם פ' פרידמן "שקר מפגיע ולשון הרע – אפשרות התביעה במסגרת הגדרת סעיף 1(3) לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965" הפרקליט לו (תשמ"ד) 77.

281 עניין מקדולנד (לעיל, הערה 29); ת"א (שלום י-ם) 6409/06 טופול נ' H.O. מחסני אופנה, פורסם בנבו (16.12.08) התביעה התקבלה על בסיס תקיפה, רשלנות ולשון הרע.

מוצדקת, לפחות כיום. ראשית, אם יש בכלל מקום לפרשנות שיורית כזו הרי היא אפשרית רק כשהוראת הסעיף הרלוונטי בחוק הגנת הפרטיות נזקקת לפרשנות חיצונית. כך, כשמדובר במושגים עמומים כמו "הטרדה אחרת", "פרטי", "ציבורי", "צנעת חייו" וכדומה יש אולי מקום לשיקולי מדיניות מהסוג שהנחה את הנשיא שמגר והשופט (כתוארו אז) ברק בפסק דין ועקנין. גם החשש מתוצאות מרחיקות לכת בתחום דיני הראיות – שבו התמקד הדיון בעניין ועקנין – אינו חזק וערכי דיו כדי לצמצם את הוראותיו המפורשות של חוק הגנת הפרטיות.

שנית, הגנה החוקתית על הזכות לפרטיות הולכת ומתחזקת לא רק בשיטתנו אלא גם בשיטות משפט אחרות. לפיכך, צמצומה ל"זכות שיורית" – בעיקר כשצמצום כזה אינו מלווה בהסבר ערכי משכנע – אינו נראה נכון לגישתו הכוללת של המשפט הישראלי להגנה על זכויות אדם בעידן המודרני.

שלישית, נראה לי שהשימוש בביטויים כמו "חפיפה" על כל נגזרותיה הוא מטעה בהקשר זה. נראה כי המקרה שבפנינו כלל אינו עוסק בחפיפה אמיתית. במה דברים אמורים: לשיטתי, בעוד שכליאת שווא ורשלנות²⁸² מייצגות שתיהן הגנה על אינטרס זהה ולכן הן מספקות הגנה מקבילה וחופפת לאינטרס המוגן על-ידיהן²⁸³, ובעוד שגם הפרת חוזה ורשלנות²⁸⁴ (אם נתעלם מהבעייתיות של אלמנט השביתה, שהיווה באותו מקרה את הסיבה לנזק) מייצגות גם הן הגנה על אינטרס זהה ולכן הן חופפות – לעומת שני זוגות העוולות האלה, עוולת שקר מפגיע ועוולת לשון הרע אינן מגנות על אינטרס זהה באופן מלא²⁸⁵ ולכן אינן מייצגות בעיה של חפיפה, וכמוהן גם עוולת לשון הרע ועוולת פגיעה בפרטיות. לפיכך ה"צורך" לבחור רק באחת מהן – אם לשיטתם של הנשיאים שמגר וברק ואם לשיטתו של השופט קיינר – אינו אמיתי, אינו רצוי ואינו משכנע.

חפיפה אמיתית בין עוולות מתקיימת רק כשהאינטרסים שביסודה של כל אחת מהעוולות הם זהים. רק אז מדובר בחפיפה מלאה. לכן ההבדל באינטרסים שעליהם מגנה כל אחת מהעוולות הנבחנות זו מול זו מנביע מסקנה שמדובר בחפיפה לכאורית גרדא, הואיל והשוני באינטרסים המוגנים שולל מלכתחילה אפשרות של חפיפה משפטית אמיתית.

282 עניין כרמלי נ' מדינת ישראל (לעיל, הערה 264).

283 אף על-פי שגם כאן ניתן לומר שעוולת הרשלנות מתמקדת בעושה ובמעשה הרשלנות, ואילו העוולה הפרטיקולרית מתמקדת בנפגע ובתוצאה, ולכן גם רמת ההתנהגות העוולתית שונה וכמוהו גם בסיס האחריות; ראו עניין *Spring* (לעיל, הערה 216).

284 עניין מפעלי רכב אשדוד (לעיל, הערה 264).

285 2804/53 שניידר נ' רותם, פ"מ סו 363 (1953); עניין *Spring* (לעיל, הערה 216).
Drummond v. British Medical Association [1970] 1 All E.R. 1094; ת"א (מחוזי ת"א)

(ד) הזכות לשם טוב והזכות לפרטיות: אינטרסים שונים

השאלה הערכית והמורכבת – מה בין פגיעה בשמו הטוב של אדם לבין פגיעה בפרטיותו – רחוקה מלהיות קלה²⁸⁶. מה בין הזכות לשם טוב לזכות לפרטיות? האם מדובר באחיות חורגות (ואולי גם צרות זו לזו) או שמדובר בתאומות סיאמיות? שאלה זו מחייבת דיון מעמיק החורג ממטרותיה של רשימה זו.

על כל אחת מזכויות היסוד האישיות האלה נכתבו כבר תליתילים של מאמרים וניתוחים מלומדים, ותקצר היריעה מלפרטם כאן. בקליפת אגוז ניתן לסכם ולומר שעל אף העובדה שזו וגם זו הן נגזרות של כבוד האדם; מייצגות את הזכות לאוטונומיה ולחופש בחירה; קיומן הוא תנאי לפיתוח ולשמירה על אינדיבידואליזם, מחד גיסא, אבל גם על קשרים חברתיים הנדרשים לחברה מודרנית מתפתחת, מאידך גיסא; שתיהן עומדות בפרץ מול ההגנה הגוברת והולכת על חופש הביטוי²⁸⁷ – עדיין ניתן לאתר בלא קושי את ההבדלים הבולטים ביניהן. כך, הזכות לשם טוב היא זכות עתיקת יומין, מובנת מאליה ואינה זקוקה להצדקות חיצוניות; היא מיועדת בעיקר לשמירה על מערכת היחסים וההערכה שחברה רוחשת לחבריה על-פי קניי-המידה המקובלים בה ומשתנים מחברה לחברה עם חלוף העתים²⁸⁸ – ונמדדים על-ידי בית-המשפט בערכים אובייקטיביים, גם אם נסיבתיים מעת לעת; זכות זו אינה תלויה ואינה מיועדת להגנה על רגשותיו, על תחושותיו ועל העדפותיו הסובייקטיביות של הנפגע²⁸⁹. לעומת זאת הזכות לפרטיות לא רק שהיא עולת ימים אלא היא גם רבת פנים ועתירת גוונים, אין הסכמה גורפת לגבי הבסיס העיוני המצדיק את ההגנה עליה²⁹⁰, והניסיונות להגדרתה מובילים לתיאורים וסיווגים של המעשים המהווים פגיעה בה יותר משהם מתמודדים עם הגדרה מובנית וקוהרנטית בעלת הצדקות

286 על האפשרויות השונות במשחק הזיווגים והגירושים בין שני האינטרסים, לפחות מההיבט של האחריות הפלילית, ראו גנאים, קרמניצר ושנור (לעיל, הערה 17), עמ' 25-45.

287 על כל אלו ועל ההפניה שבסעיפי חוק הגנת הפרטיות לסעיפי חוק איסור לשון הרע ראו חי (לעיל, הערה 194), עמ' 91-100. על ההגנה שמעניק חוק איסור לשון הרע לפגיעה בפרטיות ראו גנאים, קרמניצר ושנור (לעיל, הערה 17), עמ' 38-45: מסקנתם היא שיש להפריד כל אחד משני החוקים (חוק איסור לשון הרע וחוק הגנת הפרטיות) ושכל אחד מהם ייוחד לנורמה ולהסדר הנורמטיבי התואם את הערך המוגן על-ידי. בהקשר האזרחי של חוק איסור לשון הרע וחוק הגנת הפרטיות ראו שם, עמ' 187-208.

288 J.H. Skolnick "The Sociological Tort of Defamation" 74(3) *Cal. L. Rev.* (1986) 677; R.C. Post "The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution" 74 *Cal. L. Rev.* (1986) 691; R.F. Hixson *Privacy in a Public Society: Human Rights in Conflict* (1987), 111-132.

289 מבחנים אובייקטיביים, לא סובייקטיביים, קבוצתיים, אבל רק חלקית.

290 בירנהק (לעיל, הערה 29). על טענות הדוגלות בביטולה של הזכות ראו חי (לעיל, הערה 194); הולם (לעיל, הערה 188), עמ' 6-7.

פילוסופיות חברתיות שלה. גם במשפט הישראלי, שבו היא מוגנת מכוח חוק יסוד וחוק מיוחד המסדיר את כל היבטיה, עדיין אין הסכמה גורפת באשר לבסיסה העיוני, באשר להצדקות לקיומה ובאשר לדרך הנכונה לפרש ביטויים עמומים בה²⁹¹.

באופן מובהק, ההבדל בין הכבוד המוגן באמצעות חוק איסור לשון הרע לבין הפרטיות מתמקד בכך שההשלכה של פגיעה בכבוד היא בדרך כלל מהפרט החוצה, אל החברה שאליה הוא רוצה להשתייך ושכמעמדו בעיניה פגע הפרסום המכפיש. לעומת זאת הפרטיות מתמקדת ברגשותיו של האדם כלפי עצמו – תחושותיו, פגיעותו, יכולת ההתמודדות שלו עם עצמו ורגישותיו הסובייקטיביות.

מובן שבהתחשב במגוון פניה של הזכות, קשה להגדירה או לבססה על אינטרס אחד או על קבוצת אינטרסים מוגדרת, בעיקר בהשוואה לזכות לכבוד הניתנת להגדרה קלה יחסית, בין השאר גם בגלל ההומוגניות של המעשים המהווים את הפגיעה בה²⁹².

העולה מהמקובץ הוא שהזכות לשם טוב והזכות לפרטיות, אף שהן זכויות אחיות ואף ששתיהן חוסות תחת המטרייה של הזכות לכבוד, אין חפיפה או זהות בין האינטרסים שעליהם הן מגינות אף על-פי שחלק ניכר מההתנהגויות הפוגעות בפרטיותו של אדם הן אותן התנהגויות הפוגעות גם בשמו הטוב, ולהפך.

מכאן נובע כי גם כשהמעשה שבגיניו מוגשת התביעה מבוסס על יסודותיהן של שתי העילות כאחת אין מדובר בחפיפה אמיתית אלא במצב שבו המעשה האסור פגע בו-זמנית בשני אינטרסים של התובע, שכל אחד מהם מוגן בנפרד וכל אחד מהם יידון על-פי ההוראות הקבועות בדבר החקיקה הרלוונטי לו. עצם הדמיון אינו שולל את קיומה של עולת הפגיעה בפרטיות ואינו מצמצם את תחומיה. מבחינת הגדרות אין אנו עוסקים במצבים כאלה בחפיפה אמיתית, ולכן גם אם התוצאה שתתקבל בעקבות החלה של מערכת הכללים החלים על עולת לשון הרע תהיה שונה מהתוצאה שתתקבל על-פי מערכת הכללים החלים על עולת הפגיעה בפרטיות או להפך, אין בכך כדי לשקף עקיפה או סטייה מהאיוונים והערכים המוכתבים על-ידי החיקוק האחר.

אם כך, ניתן לחזור לנקודת ההתחלה של דיוננו ולסכמו בהתאם.

291 על ה"אמת" ככלי לסיווג הפגיעה בפרטיות או לשון הרע ראו חי (לעיל, הערה 194), עמ' 100-97.

292 ראו ת' גדרון "עידן הפרודיה – על 'חסמב'ה' על 'חלף עם הרוח' ועל מה שביניהם" המשפט י (2005) והמקורות המאוזכרים בו בשאלת ההבדלים בין הזכויות והמבחנים האובייקטיביים והסובייקטיביים לבחינת הפגיעה בהן.

ז. מסקנות

הזכות לשם טוב והזכות לפרטיות מגינות כל אחת על אינטרס מזוהה ונפרד מזה המוגן על-ידי האחרת, אף כי ניתן לזהות, כפי שראינו, כמה צורות של התנהגות הפוגעות בו-זמנית בשתי הזכויות ובשני האינטרסים כאחד. לפיכך, בכל מקרה שבו מוגשת תביעה שבסיסה העובדתי עונה על יסודותיה של כל אחת מהעוולות הללו, מערכת הכללים שתיושם הן לצורך הגדרת המעשה והן לצורך פרשנות סעיפי החוק היא המערכת הרלוונטית שעליה בוססה עילת התביעה גם אם היא כפולה.

בשונה מסוג מקרים זה (אירוע עובדתי שנכנס להגדרתן של שתי עוולות פרטיקולריות ופתורנו ברור וחד-משמעי בעיניי), דווקא המקרה של חפיפה בין כל אחת מהעוולות הפרטיקולריות – לשון הרע ופגיעה בפרטיות – לבין אחת מעוולות המסגרת – רשלנות או הפרת חובה חקוקה – יוצר בעיה פרשנית. מצב דברים כזה יכול להתפרש כמשקף חפיפה אמיתית, הנובעת מהזהות בין האינטרס המוגן על-ידי העוולה הפרטיקולרית לבין האינטרס שעליו מגינה עוולת המסגרת. על-פי גישה זו, ההבדל ביניהן הוא במיקוד של כל אחת מהעילות, ביסודות האחריות השונים, בשוני במספר ההגנות האפשריות ובהיקף שיקול הדעת של בית-המשפט. כאמור, לגבי מצבים אלו ניטש ויכוח בפסיקה הישראלית²⁹³. מנגד, יש דעה שלפיה בדרך כלל אין חפיפה מלאה בין עוולה פרטיקולרית לבין עוולת מסגרת, הואיל ובכל מקרה המיקוד של שתי עוולות המסגרת שונה תמיד מהמיקוד של העוולה הפרטיקולרית שאותה הן באות לכאורה להחליף²⁹⁴.

במקרה שבו אנו דנים כאן – מצב שבו פרסום פוגעני עונה הן על ההגדרה בסעיף 1 לחוק איסור לשון הרע והן על ההגדרה בסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות – אין מחלוקת כזו. כל אחת מהעוולות הפרטיקולריות, הנקודתיות, היא ממוקדת-מטרה. היא באה להגן על אינטרס אחד ותו לאו, מורכב ככל שיהיה. בכך הן שונות מעצם טיבן וטבען מעוולות המסגרת – ולעומת זאת הן זהות אחת לשנייה.

נוסף על כך, העובדה שהנסיבות המקימות את עילת התביעה זהות אינה צריכה להשפיע כהוא זה על קיומה ופרשנותה של העוולה של פגיעה בפרטיות. את פרשנותם המצמצמת של הנשיא שמגר והנשיא ברק בעניין ועקנין ובעניין סולטן (בהתאמה) יש להגביל למצבים שבהם מדובר בפרשנות של מונח מעורפל או לנסיבות מיוחדות דוגמת אלו שבעניין ועקנין, המצריכים שיקולי מדיניות מיוחדים, וגם אז קשה להצדיקה. קשה לקבל כיום הלכה לפיה

293 ראו לעיל, הערות 262-267 והטקסט שאליו הן מתייחסות.

294 כך, לדוגמה, בעניין *Spring* (לעיל, הערה 216), הדגיש בית הלורדים כי בעוד שעוולת לשון הרע שמה במרכזה את התובע והנוק שנגרם לו, עוולת הרשלנות מתמקדת בנתבע, בסטנדרט ההתנהגות שלו ובשיקולי הרתעה וחינוך שונים לחלוטין.

כשנפגע שמו הטוב של התובע מתבטלת מלכתחילה זכותו לפרטיות. כך, ייתכן שנגרמה לגב' סולטן הן פגיעה בפרטיות והן פגיעה בשמה הטוב, ואם לא נגרמה פגיעה בפרטיותה – מסקנה שאני נוטה להסכים עמה – אין זה משום שנפגע שמה הטוב ועקב כך אין עומדת לה עוד זכותה האחרת, אלא מפני שלא התקיימו יסודותיה של עוולת הפגיעה בפרטיות. אם השקייתו של עציר במי מלח אינה מהווה פגיעה בפרטיות – לעמדתו של בית המשפט העליון – אין זה משום שיש עילה אחרת המגנה על זכותו לשלמות גופנית אלא מפני שהאינטרס שלו שנפגע אינו האינטרס שעליו נועד סעיף 2 להגן, בלא קשר לשאלת קיומו של מקור אחריות אחר שמכוחו הוא יכול להגן על זכותו. אם נפגעה זכותה של הבחורה שעלתה מן הרחצה בחזה חשוף בחברת כלבתה בחוף ינאי, הן על-פי חוק איסור לשון הרע והן על-פי חוק הגנת הפרטיות, ניתן לקבוע את אחריות המפרסם לפי שני דברי החקיקה גם יחד בלא שהדבר ישפיע, כמובן, על גובה הפיצויים, מחד גיסא, ובלי צורך לבחור בין שתי העילות, מאידך גיסא.

פרשנות זו מרחיבה את היקף ההגנה הפוטנציאלית על זכויות היסוד שמקורן בכבוד האדם. הזכות לפרטיות והזכות לשם טוב אינן מגבילות זו את זו ושתייהן מעניקות הגנה רחבה, כלשונו וכוונתו של כל אחד מהחוקים הללו. לדעתי נוספת עליהם גם הגנה באמצעות העוולה של הפרת חובה חקוקה ובאמצעות עוולת הרשלנות.

אימוץ פרשנות רחבה זו אין בו, לדעתי, כדי להטיל מגבלות על העיתונות מעבר למגבלות המוטלות עליה כיום. הרחבת תחולתה של עוולת הפגיעה בפרטיות באמצעות שחרורה מכללי ההגדרה ה"שירית" שהוטבעה בה, והמסקנה שכל אחת מהעוולות יש לה זכות קיום בפני עצמה ובהחלט ניתן להטיל אחריות על-פי כל אחת מהן, אין בה משום אמירה שחופש הביטוי יצומצם בעטייה בצורה זו או אחרת. כפי שכתבתי המשפט בארצות-הברית ידעו להחיל את עקרונות החוקה הדוגלים בחופש הביטוי, כפי שיושם לגבי העיתונות, על כל עילת תביעה שהיה בה כדי להוות משקל נגד לחופש זה – בדיוק באופן שבו פירשו בזמנו את העוולה של ה"false light" – ומנגד אף ידעו לצמצם את ההכרה בחופש הביטוי ככל שהוא נגע לביטויים מסחריים שלפי פרשנותה החוקה כנראה לא הייתה מיועדת להגנה עליהם, כך יש לדאוג שגם במחוזותינו האיזון הנכון והשמירה על תפקודה החשוב של העיתונות בחברה המודרנית יישמר מכל משמר. הביקורת המאוזנת על ההחלטות בעניין *Reynolds* ובעניין *Mosley* בעיתונות הבריטית, שלא יצאה מגדרה בדברי ביקורת נרגזים, מוכיחה כי גם בעיני התקשורת הנפגעת לכאורה אכן אפשרי שיווי משקל נכון בין שמירה על הפרטיות והשם הטוב לבין הגנה על רמה סבירה והולמת של חופש ביטוי, גם במצב שבו נפתחים בפני הפרט אפיקי תביעה חלופיים המיועדים להגנה על זכויותיו האישיות מפני פגיעה אפשרית.

ח. סיכום

מטרתה של רשימה זו הייתה להציג את ההתפתחויות שחלו בפסיקה העוסקת בעוולת הפגיעה בפרטיות בשנים האחרונות במשפט הישראלי ובשיטות משפט אחרות. סקירת הפסיקה מראה כי יש נכונות הולכת וגוברת להכיר בצורך להגן על הזכות לפרטיות, בין שמדובר בשיטת משפט בה מוגנת הזכות גם באמצעות הגנה חוקתית וגם בחקיקה אזרחית רגילה ובין שמדובר בשיטה שבה ההגנה נעשית במסגרת פורמטים משפטיים אחרים ומגוונים, כמו באנגליה למשל. בעוד שאין הסכמה, לא כללית ולא בכל שיטת משפט בפני עצמה, לגבי הגדרתו המדויקת של האינטרס שבפרטיות האישית, יש הבנה מתעצמת בצורך להגן עליה. ייתכן שדווקא ההתחבטות הנמשכת של בתי-המשפט באנגליה יכולה להדגים את הסוגיה בדרך הטובה ביותר. המגמה האמורה מאפיינת את כל הדוגמאות שסקרנו והיא חוצה גבולות מדיניים ותרבותיים. אימוץ ההלכות האנגליות בנושא ההגנה על הפרטיות ודיני לשון הרע בשיטת המשפט בדרום-אפריקה, שמקור האחריות הנזיקית בה שונה, מלמד על גלובליזציה של תפיסת הערכים העומדים בבסיס הצדקה על הגנת הפרטיות באמצעות המשפט הפרטי, בין בנפרד ובין במאוחד עם המשפט החוקתי.

שאלה נלווית, שלדעתי תצבור עניין ותאוצה, היא שאלת היחס בין העוולה שבחוק איסור לשון הרע לעוולות שבחוק הגנת הפרטיות. חלק ניכר מהמקרים שבהם דנו בתי-המשפט בסכסוך שבפניהם על-פי העילה של פגיעה בפרטיות הם בעצם (גם) מקרים של הוצאת לשון רע. ולהפך.

כפי שניסיתי להסביר, מקרים אלו, שבהם הנסיבות העובדתיות עונות על הגדרה של עוולה פרטיקולרית אחת, ונוסף עליה הן תואמות גם ליסודות האחריות של עוולה פרטיקולרית אחרת, אינם מחייבים בחירה בין שתי העילות ובין שני מקורות האחריות. אין צורך ואין הצדקה לפרש את חוק הגנת הפרטיות כיוצר הסדר שיורי בלבד מבחינת הגדרת ההתנהגויות העוולתיות. אמירות כמו אלו שבעניין ועקנין ובעניין סולטן יש לקרוא על רקע נסיבותיהן המיוחדות בלבד.

מנגד, על אף ההרחבה המסתמנת בהגנה על הפרטיות, בולט המאמץ של כל הערכאות העוסקות בנושא לשמור על חופש הביטוי, בכלל, ועל חופש העיתונות, בפרט, כשאלו מסמנים בעיני השופטים את "נשמת אפה של הדמוקרטיה"²⁹⁵ וטוב שכך. אף על-פי שחופש הביטוי לא זכה עד היום להתייחסות חוקתית מפורשת נקודתית ולהסכמה דמוקרטית, הוא מוכר בפסיקה הישראלית כאחת מזכויות היסוד הבסיסיות הכלולות במסגרת התיבה "כבוד האדם"²⁹⁶. התרחבות ההכרה בהגנות מסוג של responsible

295 ברק (לעיל, הערה 8); דייך (לעיל, הערה 8); עניין האגודה לזכויות האזרח (לעיל, הערה 8).

296 א' קמיר שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם (2004).

journalism מעידה כאלף עדים כי גם בלהט ההגנה על הכבוד שבשם הטוב ובפרטיות, הכבוד הגלום בזכות לקבל מידע, לייצר ולעצב דעות ורעיונות על בסיס מידע רחב ככל שניתן לא נשכח ולא נזנח. כך גם אסור לשכוח שחלק ניכר מהאמצעים שיש לנו כפרטים כדי לממש את הזכות הדמוקרטית והאישית האמורה נתון בידי העיתונות; גם אם זו נכשלת מדי פעם – כפי שעולה מהפסיקה שסקרה את המקרים שבהם החליטו בתי-המשפט להטיל אחריות בשל פגיעה בפרטיות – עדיין אין בכך כדי לבטל את חשיבותה לכל אחד מאתנו כפרטים ולכולנו ביחד כחברה.