

אהבה, ספרות, משפט -  
בין תיעוד לבדיון, בין פרטיות לחופש ביטוי

נילי כהן\*

פתח דבר

עד כמה מחויבת הספרות לאמת? עד כמה מוגבלת הספרות על ידי האמת? שאלות אלה ייבחנו באמצעות פסק הדין פלוני נ' פלונית,<sup>1</sup> אשר הוכרע לפני כשנתיים בבית המשפט העליון, ואשר שמו מעיד מיד על המגבלות המוטלות על חשיפת האמת במשפט. תחילתו של הסיפור באהבה שניצתה בין גבר נשוי, מבוגר, לבין אישה צעירה, ואשר נמשכה כחמש שנים. המשכו בספר שביקש בן הזוג להוציא לאור, ואשר מתאר בקירוב רב את פרשיית האהבים ביניהם, עד כדי יכולת זיהויה של בת הזוג על ידי מודעים רחוקים למרות השמות המוסווים. סופו בפסק דין שאסר על פרסומו של הספר, ואשר הטיל על המחבר חובה לפצות את בת זוגו לשעבר בסכום של 200 אלף שקלים.

במרכז פסק הדין עמד עימות בין שתי זכויות חוקתיות: זכותו של המחבר לחופש הביטוי האמנותי, אל מול זכותה של בת זוגו לשעבר לשמירה על פרטיותה.<sup>2</sup> באיזון בין הזכויות נשקלה עוצמת הפגיעה היחסית בכל אחת מן הזכויות של בני הזוג. נקבע שפרסום הספר יפגע בצורה חמורה בפרטיותה של בת הזוג, ולעומת זאת, אי-פרסום הספר יפגע בצורה בינונית בחירותו האמנותית של המחבר.

---

\* אני מודה לדידיי ועמיתי בעז אוקון ורועי קרייטנר ולעוזרי המחקר תומר אבירם, נימרוד אהרון, אלי בלכמן, יהודה גור, בן חי, אלרן שפירא בר-אור על הערותיהם המצוינות. כמו כן אבקש להודות לעוזרי המחקר טלי בן-נתן ואבי עזרא על עזרתם המצוינת באיסוף החומר ועל הערותיהם היפות.

הרשימה בוחנת מקרוב את הדילמה המשפטית-ספרותית שבה עסק פסק הדין, שעיקרה ההבחנה בין תיעוד לבדיון, והזיקה בין הפרשנות הספרותית למשפטית בעניין זה. דילמה זו נבחנת בחינה ביקורתית על רקע כללי המשפט ההשוואתי שבהם עשה בית המשפט שימוש. אגב כך נדונה השאלה עד כמה מחויבת יצירה אמנותית, שאינה מתיימרת להיות היסטורית, לשמור אמונים לדמויות היסטוריות. תשובתו של המשפט הישראלי היא שמותר להפיץ דבר שקר על דמות ציבורית במסגרת יצירה אמנותית מעין בדיונית; לעומת זאת, כפי שעולה מעניין פלוני, אסור לומר אמת על דמות פרטית במסגרת יצירה אמנותית בדיונית. הדמות הציבורית יכולה לספוג את השקר האמנותי, כי האמת ממילא אמורה להתגלות בוויכוח הציבורי העוסק בזיכרון הקולקטיבי ובכינון ההיסטוריה. ואילו הדמות הפרטית אינה יכולה לספוג את האמת היוצאת לאור, כי האמת שלה ושל בן זוגה, המחבר, היא אינטימית, פרטית במובהק, ואין מקום לליבון פרטיה בציבור.

האם קיימת זיקה בין סיפורם הפרטי-אמיתי של פלונית ופלוני לבין ההחלטה המשפטית לגנוז את הסיפור על חייהם? שאלה זו נבחנת, בין השאר, על רקע ספרו של נתניאל הות'ורן אות השני,<sup>3</sup> שיש בו הקבלה עובדתית מסוימת לסיפורם של פלונית ופלוני. שני הסיפורים הם בבואה לתפיסות ערכיות, תרבויות ומשפטיות משתנות על אודות החירות לאהוב, ועל היכולת לשלוט על חשיפת האהבה בציבור.

המסרים הגלויים והסמויים של פסק הדין פלוני נ' פלונית נעים בין לגיטימציה לחירות נשית המבקשת להישמר מוצנעת לבין חסימת פרסום בוטה העומד בניגוד לערכים מוסריים של צניעות ואיפוק. האמירה שלפיה "ישנם ערכים שעבורם ראוי להפסיד גם כמה 'ספרים טובים'"<sup>4</sup> מעלה חשש בדבר שימוש בזכות הפרטיות כדרך עקיפה להטלת צנזורה מטעמים מוסריים. תוצאת פסק הדין, השנויה במחלוקת, מעוררת את השאלה מה יהיה ערכו התקדימי. חלופות ההכרעה האפשריות, מהן בינאריות, מהן חלוקתיות, הניתנות להפעלה במאבק בין חופש הביטוי האמנותי לבין זכות הפרטיות, משקפות הכרעות ערכיות הנעות על הציר שבין יצירה, חירות, פרטיות ושמרנות.

גורלם בחיים ובספרות של גיבורי סיפורים אינטימיים מעין אלה חושף על פני רצף היסטורי היפוך של תפיסות חברתיות-משפטיות. ממשטור האינטימיות במישור הפרטי אנו עדים להסרתן של כבילות מיניות ולביצורו

של חופש בעניין זה; ממשטור הפרסום במישור הציבורי אנו עדים להתרת האיסור על פרסומי תועבה ולביסוסו של חופש ביטוי כמעט בלתי מוגבל; מאחריות מדינתית לפיקוח על פרסומים אלה אנו עדים להעברת נטל איסור הפרסום אל הפרט המבקש להגן על כבודו, שמו הטוב ופרטיותו; מפתחת שערי בית המשפט לכול גם בדיונים החושפים פרטים אינטימיים-משפחתיים, אנו עדים להטלת חסיון על שמות ועל פרטים מזהים של מתדיינים ולסגירת שערי בית המשפט בפני הציבור בדיונים הכרוכים בצנעת הפרט; מהתפיסה האפלטונית של האמנות כחיקוי מסוכן ושקרי שיש לגנוזו, אנו עוברים לגניזת אמנות, דווקא בשל האמת שבה.

אהבה, ספרות, משפט

אהבה

בכותרת הרעיונית של פסק הדין פלוני נ' פלונית טמונות מילות המפתח של חיבור זה: אהבה, ספרות, משפט. נפתח בסיפור האהבה:<sup>5</sup> פלוני, נשוי ואב לילדים, המתגורר עם משפחתו בירושלים. פלונית, סטודנטית במוסד לאמנות, התגוררה עם בן זוגה באזור שכונת מגוריו של פלוני. למחייתה הועסקה בבית קולנוע בירושלים, ושם הכירה את פלוני. בחלוף הזמן התחזק הקשר בין השניים, והפך למערכת יחסים קרובה ואינטימית שנמשכה כחמש שנים. תחילה הייתה המערכת סודית, ולאחר מכן נחשפה לסביבתם הקרובה. בעיצומם של דברים נפרדה פלונית מבן זוגה ופלוני התגרש מאשתו. פלונית שקדה על עבודת גמר אמנותית שעיקרה מערכת יחסים הנרקמת בין גבר לאישה. גם פלוני החל לעבוד על יצירה משל עצמו, רומן ביכורים, שעלילתו עוסקת ב"דרמה של פירוק המשפחה" (כמצוין על כריכתו של הספר). הגענו אם כן לספרות.

סיפור אהבה

הרומן של פלוני מתאר מערכת יחסים אינטימית, בין גבר בגילו של פלוני, שנואש מחיי הנישואין, לסטודנטית צעירה, החל בפגישתם הראשונה בבית קולנוע בירושלים. תחום עיסוקם של גיבורי הרומן זהה לזה של פלוני ופלונית. בתחילת היכרותם הגיבור הוא גבר נשוי המתגורר עם אשתו בירושלים. הגיבורה, בחורה רווקה, סטודנטית במוסד לאמנות, שוכרת דירה

בירושלים סמוך לבית הגיבור, שבה היא גרה עם בן זוגה. חזותה החיצונית של הגיבורה דומה לחזותה החיצונית של פלונית, ובכלל זאת, קיומם של מספר קעקועים בגופה. הרומן עושה שימוש במכתבים שכתבה הגיבורה לגיבור, כמו גם בעבודת הגמר שהגיבורה כתבה במהלך לימודיה, והוא מפרט בפירוט רב את הקשר האינטימי בין הגיבורים על כל גווניו.

עם סיום מלאכת הכתיבה יצא הרומן לאור בהוצאת ספרים מוכרת. בעמודים המקדימים של הספר נאמר: "עלילת הספר, הדמויות הנזכרות בו ושמותיהן הם כולם פרי דמיונו של המחבר. כל קשר בין עלילת הספר לבין אירועים שהתרחשו במציאות, כמו גם בין הדמויות הנזכרות בו ושמותיהן לבין דמויות או שמות של אנשים חיים או מתים, מקרי בהחלט." הוצאת הספר לוותה במסע שיווק באמצעי התקשורת, שכלל ראיון במוסף שבת של עיתון בעל תפוצה נרחבת, ראיון בטלוויזיה ובאתרי אינטרנט שונים.

#### חשפט על סיפור אהבה

ועתה מגיע תור המשפט: מיד עם פרסומו של הרומן פנתה פלונית לפלוני ולהוצאת הספרים בדרישה לחדול משיווק הרומן ומהפצתו, לאסוף את כל העותקים שהופצו, ולפצותה בגין נזקיה. הוצאת הספרים החליטה להפסיק זמנית את הפצת הרומן אשר נמכר עד אותה עת בלמעלה מ-900 עותקים, ואספה את עותקי הרומן שטרם נמכרו מחנויות הספרים. בין הצדדים התנהל דין ודברים שלא צלח, ואז החליטה פלונית להגיש תביעה, ובצו זמני אסר בית המשפט על הפצת הרומן.

טענתה של פלונית הייתה שקיימת התאמה מלאה בין חייה לבין חיי הגיבורים בספר (למעט שמותיהם). היצירה מהווה אפוא תיאור אוטוביוגרפי מדויק של חיי המחבר ושל חייה, והיא כוללת תיאורים הנוגעים לרובד האינטימי ביחסים שבינו לבינה, תוך פגיעה חמורה בפרטיותה ופרסום לשון הרע. העובדה שהמחבר בחר לפרסם את הספר תחת שמו האמתי חשפה בפני כל מכריה את סיפורה שלה. דמותה של הגיבורה כוללת פרטי זיהוי רבים וייחודיים המאפשרים לבני משפחתה ולחבריה לזהותה בנקל. המחבר לא פסח על שום פרט מעולמה – גופה, רגשותיה, חולשותיה, סודותיה, יחסיה עם הוריה ובני משפחתה, העדפותיה המיניות. כן נעשה שימוש במכתביה ובעבודת הגמר שלה תוך הפרת זכויות היוצרים שלה בהם. היצירה מהווה

פגיעה חמורה בפרטיותה, ויש בה לשון הרע עליה, כמי שמנהלת רומן עם גבר נשוי בעודה חיה עם בן זוג, וכמי שעושה שימוש באנשים "כמו היו חפצים". לעומת זאת, פלוני, המחבר, טוען שמדובר ביצירה בדיונית, כפי שציין בספר עצמו, וכדי לבסס טענתו הסתמך על שני מומחים ידועי שם בחקר הספרות, פרופ' אריאל הירשפלד ופרופ' חנן חבר, שציינו כי אין מדובר באוטוביוגרפיה אלא ביצירה בדיונית, וכי אם התביעה תתקבל תהיה זו פגיעה חמורה בחופש הספרותי. המחבר הוסיף וטען שפלונית טועה בכך שהיא מזהה עצמה ברומן. לטענתו, היא מזהה עצמה בשל מה שמכונה "הטיית האישוש", כלומר היא דבקה בקיומם של קווי דמיון ומתעלמת מקיומם של שינויים. זאת ועוד: פלונית הביעה את הסכמתה ואף נתנה את ברכת הדרך לכתיבת הרומן. היא קראה קטעים מתוך טיוטת הספר, וידעה על אודות עלילתו. היא נמנעה מלקרוא את הספר כולו טרם פרסומו, ובכך ויתרה למעשה על האפשרות לשלוט בתכניו. בכך נסתם הגולל על טענתה לגבי הפגיעה בפרטיותה. ולגבי הפגיעה בשמה הטוב – כאן הסתמך המחבר על עדותה של הסופרת מירה מגן שציינה שדמותה של הגיבורה כפי שעוצבה בספר מעוררת חיבה אצל הקורא. המחבר טוען כי פעל בתום לב, ומתוך מחשבה שפלונית תשמח ותתגאה בדמות שנוצרה בהשראתה וברומן שכולו הערכה לעבודת הגמר שלה. לדעתו, ככל שקיימת פגיעה בפרטיות פלונית, יש לאזנה אל מול חירות היצירה וחופש הביטוי שלו. בנסיבות המקרה, כך הוא טוען, אין להעלות על הדעת את גניזת היצירה.

בית המשפט העליון אישר את עמדת בית המשפט המחוזי<sup>6</sup> וקבע פה אחד (השופטים נאור, ג'ובראן וסולברג) שפרטיותה של פלונית נפגעה.<sup>7</sup> בית המשפט קבע שהפרטים המתוארים בספר מחייבים מסקנה כי הגיבורה היא בת דמותה של פלונית, ודי בהצטברותם כדי לבסס זיהוי על ידי המכר הרחוק הסביר, עמית לעבודה, חברה לספסל הלימודים וסטודנט פוטנציאלי.<sup>8</sup> השופט סולברג, שכתב את פסק הדין המרכזי, הדגיש שמדובר בספר תיעודי המוסווה כיצירה בדיונית ופגיעתו בפרטיות המשיבה קשה וחמורה. השופט סולברג ערך איזון בין שתי הזכויות החוקתיות המתמודדות וקבע כי כוחה של הזכות לפרטיות יגבר כשהפגיעה בחופש הביטוי היא קלה או בינונית, ולעומתה הפגיעה בליבת הפרטיות היא קשה. במקרה דנן נקבע כי הפדיון מועט, והפגיעה רבה. הפגיעה בפרטיות פלונית קשה וחמורה, כשמנגד, הפגיעה בחופש הביטוי של פלוני בינונית. זיהוי המשיבה בספר כבת-דמותה

של הגיבורה, יחד עם תיאור מעגל החיים הפנימי שלה, ובכלל זאת נושאים אינטימיים המתוארים ללא הסוואה, גוברים במשקלם המצטבר על הפגיעה בחופש הביטוי של פלוני, שאידיאל ואינטרס משמשים בו בערבוביה. בעקבות זאת הפצתו של הספר נאסרה, ופלוני חויב לשלם לפלונית 200 אלף שקלים כפיצוי בשל הפגיעה בפרטיותה.

התוצאה של פסק הדין אינה פשוטה. ספר שהוגדר "רומן ביכורים" נגנז במצוות המשפט. גם אותם אלה שלא שמעו קודם על הספר, הסתקרנו לדעת במי מדובר, אם כי את הספר כבר לא יכולים היו לקנות. התגובות הציבוריות, בעיקר של התקשורת, החרדה תמיד לחופש הביטוי, היו מעורבות: היו כאלה שתמכו בתוצאה, אך אצל אחרים קמה זעקה בדבר צנזורה על ספרים; כותבים הרימו קול על כך שעידן החרמות על ספרים קם לתחיה.<sup>9</sup>

הדילמה קשה והיא מעוררת סוגיות כבדות. זה מול זה עומדים ערכים מתנגשים: חופש היצירה מול פרטיות. ביתר פירוט – האם ספר המוכתר כבדיה, כ־fiction, מעניק לכותבו חסינות מוחלטת ומאפשר חופש יצירה מלא, גם אם המחבר משתמש בפרטים ביוגרפיים של אחרים, או שמא הכותרת אינה משנה וחשוכה המהות, ואם על פי המהות מדובר בספר אוטוביוגרפי, כפוף המחבר לכיבוד זכות הפרטיות של אלה שהוא מתייחס אליהם, כמו גם לחובת הדיוק.

#### בין בדיון לתיעוד – השלכה ספרותית

חלק ניכר מפסק הדין בעניין פלוני הוקדש לחיבור האוטוביוגרפי, על מעלותיו, ועל היותו כלי המסייע להגיע לחקר האמת ולפירוק מונופול הידע.<sup>10</sup> אך הקשר הדברים שלנו שונה מעט, שהרי הספר לא הציג עצמו כאוטוביוגרפי, למרות שבדיעבד נקבע כי הוא נושא אופי כזה. מכל מקום, המתח בין החיבור האוטוביוגרפי לבין החיבור הבדיוני עומד בלב פסק הדין. מה בין כתיבה בדיונית לכתיבה תיעודית? ההבחנה הפשוטה מבוססת על כך שכתובה תיעודית מבוססת על עובדות שהתרחשו במציאות ועל דמויות שפעלו במציאות, ואילו כתיבה בדיונית מבוססת על עלילה דמיונית ודמויות בדויות. ביצירה תיעודית כוונת היוצרת היא שהקוראים יאמינו לכך שהעלילה הכתובה התרחשה במציאות, ואילו בבדיון הכוונה היא שהקוראים ידמינו את העלילה במובן האמנותי.<sup>11</sup> יש המוסיפים על הבדל בסיסי זה

גם את ההיבט הסגנוני: כתיבה בדיונית עשירה ומורכבת, ואילו כתיבה תיעודית היא יבשה ושטוחה. בפועל ההבחנה הסגנונית אינה רלוונטית, שהרי כתיבה ספרותית יכולה להיות יבשה, שטוחה ורזה, ואילו כתיבה תיעודית יכולה להיות עשירה ומורכבת. סיפור על אהבה וחושך מאת עמוס עוז<sup>12</sup> הוא ספר אוטוביוגרפי, השייך, כביכול, לסוגה התיעודית, אך אין ספק שמדובר בספרות גדולה במלוא מובן המילה.

גם ההבדל הבסיסי שבין חיקוי המציאות לעומת ההמצאה הדמיונית, מעורער למדי. במובן האפיסטמולוגי קיים טשטוש מובנה בשאלה מהי המציאות ומהי האמת המתארת אותה. אפשר לטעון שספרות היא כולה בדיה, אך גם אפשר לטעון שכולה אמת: סופרת שואבת מגבולות ההכרה והחוויות האישיות גם כשהיא כותבת יצירה מדומיינת.<sup>13</sup> רבים מהסופרים מעידים על עצמם שבכל ספר דמיוני ניתן למצוא זיקה למציאות שלהם או של אחרים, שלא לדבר על כך שלא מעט ספרים דמיוניים הם מה שמכונה "רומן מפתח".<sup>14</sup> קחו, למשל, את ספרו הגדול של עגנון שירה,<sup>15</sup> אשר נכתב על שנות השלושים בירושלים, ושבו משחקת תפקיד מרכזי האוניברסיטה העברית על שלל הפרופסורים שבה. חלקם מתוארים בכוז. הניתן להעלות על הדעת שבית משפט היה אוסר פרסומו של ספר מסוג זה בשל לשון הרע או בשל הפגיעה בפרטיותם של אחדים מהפרופסורים? למרות שקטעים מן הספר פורסמו במהלך חייו, לא הצליח עגנון להשלימו, והוא פורסם לאחר מותו ב-1971. אמנם עגנון עצמו ציין כי הוא אינו כותב רומן מפתח,<sup>16</sup> אך חוקרי הספרות סבורים אחרת. עגנון, כאמור, השהה את פרסומו של הספר, בין במכוון, בין בשל כך שלא הצליח להשלימו. אפשר שלא רצה לסכן עצמו מפני תביעה של אחדים מגיבורי ספרו שהגיחו מעולם החיים, ואף לא רצה להסתכן בפגיעה בפרטיותו שלו, כי יש הטוענים שחלקים מהרומן משקפים לפחות חלקית גם את חייו שלו.<sup>17</sup>

והנה דוגמה נוספת: הרומן האחרון של סול בלו, רוולסטין (Saul Bellow, *Ravelstein*),<sup>18</sup> גם הוא מוקדש חלקית לחיי האקדמיה, ויש הטוענים כי במרכזו עומד חוקר הספרות הנודע אלן בלום, שאינו מתואר בצבעים מחמיאים ביותר.<sup>19</sup> הבעיה של איסור פרסום לא התעוררה במקרה זה, שהרי כל עוד אין מוגשת תביעה משפטית, הספר מופץ ללא בעיה.

אכן הספרות, המהווה מעין חיקוי של המציאות, היא פרי דמיונם של סופרים המוגבל לא אחת על ידי חוויות המציאות שלהם. מכאן גם נובע

הטשטוש בין כתיבה בדיונית לכתיבה ביוגרפית או אוטוביוגרפית. במאמרו רב ההשפעה "אוטוביוגרפיה כהסרת הכיסוי"<sup>20</sup> טוען פול דה מאן (Paul De Man) ששתי הסוגות נובעות מאותם עקרונות לשוניים, פוליטיים ואפיסטמולוגיים, היוצרים והמתארים את הדמות או אשליית הדמות, ומכאן שההבחנה בין אוטוביוגרפיה לבדיון כסוגה ספרותית אינה קיימת. האם יש לטשטוש ספרותי זה השלכות משפטיות?

### בין בדיון לתיעוד - השלכה משפטית

#### מי השופט

בנסותו לחלץ את יצירתו מאובדן, השתמש המחבר בענייננו בדימוי השחוק מעט של החוזה בין המחבר לקוראיו, בטענו כי "החוזה הבלתי כתוב המקובל בתרבות המערב בין יוצרים לבין צרכני האמנות אומר כי כל אותם ספרים אשר מפורסמים ומופצים תחת הכותרת fiction אינם מתעדים מציאות אלא הם בדיון לכל דבר".<sup>21</sup> כאמור, המחבר גם הסתייע בחוות דעתם של שני מומחים בתחום הספרות, פרופסור חנן חבר ופרופסור אריאל הירשפלד, ממנה עלה כי: "עצם הוצאתה של יצירה לאור כיצירה בדיונית, הנושאת את מאפייניה הספרותיים המקובלים של יצירה בדיונית, יוצרת חיץ בלתי עביר בין תוכן היצירה לבין המציאות, ומניחה מחסום בפני בחינת תוכנה של היצירה כיצירה תיעודית המתארת מציאות".<sup>22</sup>

בדברים אלה מובע הרעיון שיצירה ספרותית המגדירה עצמה כבדיון הופכת עצמה חסינה מפני תביעה משפטית בשל הוצאת לשון הרע או פגיעה בפרטיות.<sup>23</sup> האמנם כך? שאלת הגדרתה של יצירה כבדיון או תיעוד מעלה שתי נקודות מחלוקת הנוגעות לדין ולדין: ראשית, מיהו זה המוסמך להגדיר את היצירה; שנית, מהו קנה המידה להגדרת יצירה כבדיון או כתיעוד: מבחן פורמלי או מהותי.

באשר לשאלה הראשונה: כידוע, ניטש ויכוח גדול בין פרשני הספרות, כמו גם בין פרשני המשפט, בשאלה כוונתו של מי מכרעת בפרשנות יצירה ספרותית או טקסט משפטי.<sup>24</sup> פרשנות היצירה משתרעת לא רק על תוכן החיבור, אלא גם על סיווגו. עמדת מומחי הספרות משקפת בעיקרה את הדעה שלפיה המחבר הוא המכריע בשאלת הסיווג והפרשנות. כלומר, די בכך שמחבר יצירה יגדירה כיצירה בדיונית כדי שתיחשב כזו לכל דבר



ועניין, אפילו הגדרתו פורמלית גרידא.<sup>25</sup> לעומת העמדה המחויבת למחבר ולכוונתו, יש המעמידים במרכז את היצירה. ואילו אחרים מעלים על נס את מעשה הקריאה והפרשנות. ידועה במיוחד עמדתו של רולאן בארת (Roland Barthes), אשר הציג בצורה קיצונית את עליונות הקורא-הפרשן, בהכריזו על "מות המחבר",<sup>26</sup> ובהכתירו את הקורא-הפרשן ליוצרה של יצירה חדשה במעשה פרשנותו,<sup>27</sup> הטעונה אף היא פרשנות, ולמעשה אין לדבר סוף.

בהקשר הנוכחי מדובר בפרשנות הקוראים, אך גם הקוראים עצמם אינם עשויים מקשה אחת, והם שייכים למספר קטגוריות – ראשית, קוראים שהם חלק מן הציבור הרחב; שנית, קוראים המצויים בסוד חיו של המחבר; שלישית, קוראים המומחים בחקר הספרות; רביעית, בית המשפט. הציבור הרחב אכן עשוי להתייחס למסר הבדיוני שאותו התכוון המחבר להציג, במיוחד אם אין מדובר בדמויות ציבוריות. הקוראים מן הקטגוריה השנייה קרוב לוודאי יפרשו את היצירה כתיעוד על חיי המחבר. ואילו המומחים עשויים לפרש את היצירה בצורה מגוונת, בין על פי כוונת המחבר, בין על פי כוונתם שלהם, בין על יסוד הטקסט בלבד. הפרשן בקטגוריה הרביעית, בית המשפט, אינו קורא-פרשן מן השורה, אלא קורא-פרשן בעל סמכות מחייבת. משהובא הנושא בפני בית המשפט, ברור כי כוח ההכרעה הפורמלי נתון בידו, זאת אפילו הקהילה הספרותית תסבור אחרת. למומחה אין סמכות שיפוטית, וגם לו היה בית המשפט מסתייע במומחה שהוא עצמו מינה, עדיין היה נותר כוח ההכרעה בידיו; וודאי כך משהובאו המומחים על ידי אחד מבעלי הדין.

אכן השופט סולברג לא ראה עצמו כבול לעמדת המומחים. הוא דחה את עמדתם שלפיה המחבר הוא המוסמך הבלעדי להגדיר את יצירתו ואף את ניסיונם לטעון כאילו בשל מומחיותם אין להרהר אחריה. השופט סולברג מצייץ בנימת תרעומת או נזיפה:

פרופ' חבר קבע בהחלטיות בחוות-דעתו כי מסקנתו-שלו "מפריכה כל תביעה שזו הטענה העומדת בבסיסה". אין מקום למסקנה שכזו בחוות דעת של מומחה. על המומחה לחוות דעתו בתחום מומחיותו, ולא להשיג את תחומו של בית המשפט.<sup>28</sup>

ועוד המשיך וציין:

הגדרתה של יצירה כבדיונית, בתחום אחד – הספרות – אין בה כדי לחייב הגדרה דומה בתחום אחר – המשפט. "מדינה ומדינה ככתבה ועם ועם כלשונו". הנחות היסוד העומדות בבסיס הדיסציפלינות השונות מובילות לעיתים למסקנות ולהגדרות הפוכות. כך הוא גם בענייננו.

הבדיון הספרותי מבטא "חווה בלתי כתוב" בין הקורא הסביר לבין הסופר. אחד מתנאי החווה הוא העדר הקשר בין היצירה לבין המציאות. לא כך הוא הבדיון המשפטי. המשפט, בניגוד לעמדה המקצועית-הספרותית שביטאו הפרופסורים המומחים בחוות הדעת, איננו פוסק את פסקו בעולם בינארי, בו היצירה מקוטלגת למגירה אחת ולא לאחרת. המשפט בוחן את מידת הבדיוניות של היצירה. יש והיצירה מזכירה במקצת אירועים אשר התרחשו במציאות; יש והיצירה מבוססת על אירועים אילו אך ללא התאמה מלאה; ויש ואירועים אלו משתקפים ביצירה עצמה ככתבם וכלשונם. בחינת מידת הבדיוניות, איננה עניין תיאורטי. זו תעשה על-פי מידת ההיכרות של הקורא עם האירועים המופיעים ביצירה. יש ורק ידיד נפשה של הדמות המציאותית, ידע לזהות מבעד לשיטין את האירועים המתוארים. יש וגם מכריה הקרובים של הדמות ידעו לזהותה. יש ומכריה הרחוקים, ויש והקורא הסביר, חסר השם והדמות, ידעו לזהותה.<sup>29</sup>

מהם הכללים

ועתה לשאלה השנייה, והיא מהם קני המידה לסיווגה של יצירה כבדיון או כתיעוד. כאמור, טענת הירשפלד וחבר היא כי קובע האופן שבו בוחר המחבר להציג את יצירתו: בין כתיאור מציאות, כלומר תיעוד, בין כתיאור של לא מה שקרה אלא מה שעשוי לקרות. טענה זו נסמכת על ה"איתותים" ששולח המחבר בעניין זה לקורא הסביר.<sup>30</sup> אולם שאלה היא האם מבחן זה מכריע. בהקשר הנוכחי עולה אבחנה החוצה את כל שדות הידע שלנו, והיא היחס בין צורה למהות. המשפט עוסק רבות באבחנה זו, והשאלה האם גובר מבחן המהות או הצורה אינה ברורה מאליה. דוגמה שכיחה מהתחום של דיני החוזים היא זו: כיצד נסווג עסקה למכירת רולס רויס תמורת שקל אחד? האם מדובר במכר או במתנה? בעבר התייחס המשפט האנגלי לעסקה כזו כאל מכר על פי צביונה הפורמלי, ונתן לה תוקף מחייב. היום תיטה

שיטת משפט מודרנית לסוג עסקה כזו על פי מהותה כמתנה.<sup>31</sup> נהוג לחשוב ששיטות משפט עתיקות מעניקות לצורה משקל מרכזי, ואילו שיטות משפט מודרניות מתרכזות במהות ולא בצורה.<sup>32</sup> גם בהקשר הנוכחי בחר בית המשפט להתייחס לשאלת הבדיון או התיעוד על פי מבחן מהותי, ודחה בכך הן את טענת המומחים, הן את הפטור שביקשו המחבר וההוצאה להעניק לעצמם בציינם בעמודים המקדימים של הספר שעלילת הספר, הדמויות הנזכרות בו ושמותיהן הם כולם פרי דמיונו של המחבר. כדי להכריע בשאלה אם מדובר בסיפור בדיוני או תיעודי, ערך בית המשפט השוואה בין חיי הגיבורים, כפי שהוצגו לפניו בראיות, לבין התיאור הספרותי, והגיע למסקנה, שלפיה הממצאים העובדתיים שנקבעו בבית המשפט המחוזי,

[...] מכריעים את הכף, ומחייבים את המסקנה על זיהויה של המשיבה כגיבורת ספרו של המערער. במכלול, לפי טיבם של הפרטים, והצטברותם, יש כדי לבסס זיהוי על ידי המפר הרחוק הסביר, עמית לעבודה, חברה לספסל הלימודים וסטודנט פוטנציאלי. על כך יש להוסיף, כי דרכם של פרטים עסיסיים מעין אלו להגיע למעגלים רחבים יותר. תיאור מראה חיצוני של דמות ברומן, בדרך כלל אינו מתקבע בתודעתו של הקורא, והוא חולף-עובר. לעומת כן, תיאור הרגליה המיניים של הדמות, ופירוט מעשיה בחדר המיטות, מספקים את יצר המציצנות ומשמשים חומר גלם עסיסי, מטבע עובר לסוחר.<sup>33</sup>

בית המשפט אישש, אפוא, את הדעה הרווחת בקרב חוקרי ספרות כמו פול דה מאן, שלפיה לא רק מנקודת מבטו של הכותב לא יכולה להיות הפרדה בין בדיון לתיעוד, אלא שהפרדה כזו אינה קיימת גם מנקודת מבטו של הקורא. אכן ראוי להעלות על נס את החיבור האוטוביוגרפי כמבטא את אוטונומית הפרט וכמשקף את נקודת המבט של מחברו, אך כשהחיבור האוטוביוגרפי מתייחס גם לאחרים, הוא מפסיק להיות החיבור של הכותבת והופך להיות גם החיבור של גיבורי חייה אשר מצאו עצמם בעל כורחם בעלילת היצירה.<sup>34</sup> במילים אחרות, כאשר קיים זיהוי משמעותי בין הסיפור לבין המציאות, והסיפור מתייחס גם לתיאורים עובדתיים של אחרים, מוטלת על המחבר חובה כלפי אותם אחרים, המעוגנת בזכותם לשמם הטוב ולפרטיותם.

בין חופש היצירה לזכות לפרטיות של דמות פרטית –  
מבחינים השוואתיים בעין ביקורתית

פסק הדין גנז את הספר, והטיל על מחברו לשלם פיצוי של 200 אלף שקלים לפלוגנית בשל הפגיעה בפרטיותה. הפגיעה בפרטיות היוותה עילת התביעה המרכזית. בית המשפט לא דן בעילה של פרסום לשון הרע, שכן להכרעה בעילה זו לא הייתה כל השלכה לעניין הסעדים.<sup>35</sup> האם פסק הדין מרחיק לכת?

וכך מציינת המשנה לנשיא נאור: "חברי השופט סולברג פרש יריעה רחבה, דומה כי מהסקירה שערך עולה כי אילו נדון העניין שבפנינו בבתי המשפט שבארצות הברית – התוצאה היתה שונה. התוצאה של פסילת ספר שנכתב – תוצאה קשה היא, ויש לשמור אותה למקרים חריגים. חוששתני כי המקרה שלפנינו הוא כזה".<sup>36</sup>

אכן היריעה הרחבה שפרש השופט סולברג מציגה את עמדת המשפט האנגלי, עמדת בית הדין האירופי לזכויות אדם והעמדה הקונטיננטלית<sup>37</sup> אל מול העמדה האמריקאית.<sup>38</sup> לגרסתו, המשפט האמריקאי המעלה על נס את עקרון חופש הביטוי, לא היה מורה על גניזת הספר. לעומת זאת, המשפט האירופאי עורך איזון שונה, ותקדימיו מצביעים על נכונות לגנוז ספרים הפוגעים חמורות בזכות לפרטיות. ההכרעה שלפיה יש לגנוז הפצת הספר, כך הוא ממשיך, עולה בקנה אחד עם עקרונות המשפט האירופאי, המתאים יותר להנחות את המשפט הישראלי בשל המבנה החוקתי-חקיקתי שלנו ומורשתנו העברית.<sup>39</sup> השופט סולברג מסתמך במיוחד על פסק דין גרמני של בית המשפט הפדרלי החוקתי, שאסר פרסומו של רומן בשם Esra, שגולל את סיפורם הרומנטי של סופר ושחקנית.<sup>40</sup> השחקנית, בת זוגו לשעבר של הסופר, טענה שקיימת התאמה בין דמותה במציאות לבין דמות הגיבורה כמתואר בעלילת הרומן וכי הרומן חשף פרטים אינטימיים ללא קבלת הסכמה מתאימה. בית המשפט הגרמני קבע שלמרות הצהרת המחבר שמדובר ברומן בדיוני, מדובר למעשה בספר המעוגן במציאות חייו של המחבר באֶצְטְלֶה של רומן בדיוני, וכי מתוך קריאת הרומן יוכל המעגל החברתי של הנפגעת לזהותה בנקל. בשל העובדה כי מדובר בפגיעה כליבת הזכות לפרטיות, נאסר פרסום הרומן.

אציין שפסק הדין הגרמני שעורר סערה בגרמניה, ניתן ברוב של חמישה

נגד שלושה, וכי תביעת הפיצויים נגד המחבר, שנדונה בנפרד מהתביעה לאיסור פרסומו של הספר, נדחתה.<sup>41</sup> כלומר, ההקבלה לפסק הדין הגרמני אינה מלאה, שהרי במקרה שלנו הוטלה על המחבר חובה לפצות את הנפגעת נוסף על גניזת הספר.

זאת ועוד: פסק הדין הגרמני עסק בספר שגיבוריו, על פני הדברים, הם דמויות ציבוריות הניתנות ביתר קלות לזיהוי ברומן מפתח. דמויות כאלה חשופות יותר מדמויות פרטיות לפגיעה בפרטיותן בשל העניין הציבורי בהן. ברור שלציבור יש עניין בכל פרטיות פיקנטית, במיוחד כשהיא נוגעת לדמויות מוכרות, אך העניין הציבורי יכול להיות מוצדק כאשר הדמות חושפת מרצונה את חייה הפרטיים,<sup>42</sup> או כשמדובר בבעל תפקיד ציבורי, שלציבור ראוי שיהיה מידע אודותיו.<sup>43</sup> הגנת המשפט על זכות הפרטיות של דמויות ציבוריות אמנם מצומצמת מזו המוענקת לדמויות פרטיות, אך בתי המשפט באירופה מדגישים, אם כי לאו דווקא בהקשר של יצירות ספרותיות, גם את זכותן של דמויות ציבוריות לפרטיות.<sup>44</sup> עם זאת, הרשימה הנוכחית אינה מתמקדת בפגיעה בפרטיותן של דמויות ציבוריות, אלא בפגיעה בדמויות פרטיות. לציבור הרחב אין עניין מוצדק בדמויות כאלה, ואפשרות זיהוין ברומן מפתח מוגבלת לחוג מצומצם יחסית.

כאמור, השופט סולברג הסתמך על המשפט האירופאי מתוך סברה שהמשפט האמריקאי היה מכריע לטובת חופש הביטוי האמנותי. על כך יש להעיר שאמנם הערך של חופש הביטוי במשפט האמריקאי חזק במיוחד, וספק אם ערך מתחרה היה מכשיר תוצאה של גניזת ספר. אולם טענתי היא כי גם במשפט האמריקאי אין חסינות מלאה למחברים הפוגעים בפרטיות או המוציאים דיבת גיבוריהם, והדבר מתבטא בנכונות להטיל פיצויים במצבים דומים לאלה שנדונו בעניין פלוני.

פסקי הדין האמריקניים שעליהם הסתמך השופט סולברג עסקו ביצירות אוטוביוגרפיות של דמויות ציבוריות.<sup>45</sup> נקבע בהם כי קיומו של אינטרס ציבורי לגיטימי גובר על זכותו של אדם לפרטיות. אך המשל אינו דומה לנמשל. היצירה שבה אנו עוסקים אינה יצירה אוטוביוגרפית על פניה, ואין מדובר בה בדמות ציבורית. הדמויות אינן נחשפות בשמן המלא, המחבר אינו מזהה עצמו כגיבור היצירה, והציבור הרחב אינו מודע לכך שמדובר בחיבור אוטוביוגרפי. מי שמודע לכך הוא חוג מכרים מצומצם של גיבורי העלילה. ממילא ההצדקות הנורמטיביות ליצירה מעין זו, ובעיקר "שוק הרעיונות"

שבמסגרתו האמת תגבר, הן בלתי רלבנטיות. כשמדובר באדם פרטי אין כל סיבה שייווצרו ביחס אליו נרטיבים שונים שיתחרו ביניהם. לאדם כזה גם אין בדרך כלל די משאבים ליצור שיח ציבורי ער כתגובת נגד לפרסום הפוגע בפרטיות. לכן ספק רב אם מוצדק להפעיל על היצירה את קני המידה הישימים על יצירה אוטוביוגרפית.

יתרה מזאת, נדמה שהמשפט האמריקאי ער היטב לסוגיה המשפטית שנדונה בעניין פלוני. היא מכונה שם Defamation in fiction (או Libel in fiction), כלומר הוצאת דיבה הנעשית ביצירה המתימרת להיות בדיון, אך למעשה היא תיעוד, ולא אחת, כמו במקרה שלנו, הפרסום כרוך גם בפגיעה בפרטיות. חרף הוויכוח המתמיד סביב הנושא, בתי המשפט בארצות הברית עשויים להטיל אחריות בשל דיבה או פגיעה בפרטיות הנעשות ביצירות אמנותיות המתוארות כבדיון אך למעשה הן תיעוד.<sup>46</sup>

כך, למשל, בעניין *Smith v Stewart*<sup>47</sup> הוטלה אחריות על סופרת בשם הייורד סמית' (Haywood Smith), מחברת הספר *The Red Hat Club*, שהופיע ברשימת רבי המכר של הניו יורק טיימס בשנת 2003, בשל פגיעה בשמה הטוב של התובעת, ויקי סטיוארט, שהייתה מכרה של הסופרת במשך חמישים שנה. למרות השם השונה שנשאה הגיבורה – SuSu – ולמרות שלהוצאת הספר במהדורות מאוחרות הוספה הבהרה שלפיה הסיפור וגיבוריו דמיוניים, בית המשפט קבע שמדובר בספר המתייחס לחיי התובעת. פסק הדין הצביע על הדמיון בין הגיבורה לבין התובעת, שנגע לרקעה של הגיבורה, לעיסוקה, לגברים שבחייה ולנסיבות של מות בעלה, וקבע שתיאורה כדיילת שיכורה וחסרות עכבות מיניות, היה פוגעני. בית המשפט הדגיש שבשל כך שלא דובר בדמות ציבורית, די בכך שהמחברת נהגה ברשלנות בהציגה אותה כך בספרה. נוכח העובדה שנקבע שהספר היווה לשון הרע, לא דן בית המשפט בפגיעה בפרטיות, שכן הנזקים בגינה נכללים ממילא בתביעת הדיבה. הפצתו של הספר אמנם לא נאסרה, אך המחברת וההוצאה חויבו לשלם לתובעת פיצוי בסך של 100 אלף דולר.<sup>48</sup>

תוצאת פסק הדין אכן ממחישה את ההבדל בין המשפט האמריקאי לאירופאי: ספק אם ניתן למצוא ביטוי במשפט האמריקאי כיום לפסיקה הגונזת פרסומו של ספר, והמקרים שבהם מוטלת אחריות בשל פרסום כזה אינם רבים, אולם גם כלל המטיל חובה לשלם פיצויים מבטא עמדה המגבילה את חופש הביטוי במשפט האמריקאי בהקשר זה.<sup>49</sup>

וכך מתאר ריצ'רד פוזנר את הדילמה הכרוכה בנושא: אם הקוראים מתייחסים לבדיון בכל זאת כאמת, למעשה מתפוגגות ההגנות המוענקות לבדיון. לכן אם מדובר בתיאור פוגעני וכוזב של דמות אמתית, אין ליוצרת הגנת "אמת דיברתי" בתביעת לשון הרע.<sup>50</sup> ולכך יש להוסיף שאם הפרסום הוא חושפני ואמתי, אך אין בפרסומו אינטרס ציבורי, הרי היוצרת צפויה לתביעה בשל פגיעה בפרטיות.<sup>51</sup> פוזנר מבליט את ההבחנה בין כתיבה על דמות ציבורית לבין כתיבה על דמות פרטית, ומציין שבמקרה שאדם פרטי מזהה עצמו ביצירה, והיצירה פוגענית, לא תסייע למחבר ההצהרה שלפיה מדובר בדמויות דמיוניות.<sup>52</sup> פוזנר מסיים את הדיון בציינו שלמרות שהפיתוי לפטור מאחריות במצבים כאלה הוא גדול, קיימים שיקולים מכריעים מנגד, המבססים הטלת אחריות; ביטול האחריות יסייע למוציא לשון רע או לפוגע בפרטיות לעשות שינויים פיקטיביים מועטים ביצירה שהיא במהותה תיעוד, ולכנות אותה בדיון. להענקת חסינות מוחלטת כזו לפרסומים פוגעניים אין הצדקה.<sup>53</sup>

המסקנה היא, אם כן, שהפסיקה הגרמנית שעליה הסתמך השופט סולברג אמנם הביאה לגניזת ספר, אך שללה הטלת פיצויים על הסופר. לעומת זאת, המשפט האמריקאי לא יכשיר גניזת ספר, אך ניתן להתבסס עליו כדי לבסס את אחריותו הכספית של פלוני בשל הפגיעה בפרטיותה של פלונית. הערך הגדול המיוחס לחופש הביטוי והיצירה במשפט האמריקאי עשוי לסגת לעיתים בפני פגיעה בשל הוצאת דיבה או פגיעה בפרטיות הנעשות במסווה של ספרות בדיונית, אם כי הסעד שם מוגבל לפיצויים.<sup>54</sup>

החובה לאמת והזכות לשקר – בין דמות ציבורית לדמות פרטית מהי דרגת החופש שיש ליוצר האמנותי בתארו דמויות ציבוריות ודמויות פרטיות? רבות מהיצירות המתארות עצמן כבדיון עושות שימוש מוסווה בדמויות אמתיות (שירה של ש"י עגנון<sup>55</sup>); רבות מהיצירות מוסיפות דמויות אמיתיות ליצירות בדיוניות (למשל דוד בן גוריון בספר הבשורה על פי יהודה של עמוס עוז,<sup>56</sup> ולמעשה כך הדבר בכל רומן היסטורי); ורבות מהיצירות עוסקות בדמויות היסטוריות (ראו מחזותיו הרבים של ויליאם שייקספיר).<sup>57</sup> עד כמה מחויבת יצירה אמנותית (שאינה מתימרת להיות היסטורית) לשמור אמונים לדמויות היסטוריות? תשובה קונקרטיית לשאלה זו ניתנה בבית

המשפט העליון הישראלי לגבי דמותה של חנה סנש, כפי שתוארה במחזהו של מוטי לרנר "קסטנר".<sup>58</sup> וזה סיפור המעשה בקצרה: במחזה "קסטנר" מוצגת דמותה של חנה סנש כאילו בגדה בחבריה הצנחנים בכך שהיא הסגירה אותם לשוביה בהונגריה. גיורא סנש, אחיה של חנה סנש, ותובעים ציבוריים נוספים פנו לרשות השידור ולמוטי לרנר וביקשו להשמיט את הקטע מהמחזה בהיותו שקר ולשון הרע הפוגע פגיעה חמורה בדמותה של חנה סנש וברגשות הציבור. רשות השידור ומוטי לרנר טענו שהואיל ומדובר במחזה שהוא יצירה בדיונית מהסוג המכונה "דוקו־דרמה", אין הוא מתיימר לשקף את המציאות ההיסטורית, והוא מערב במודע מציאות ודמיון על מנת להעצים את הדרמה. לטענתם, החופש האמנותי נותן למחבר זכות לכרות אירועים גם אם מדובר בדמויות היסטוריות.

בפסק דין שחשף חילוקי דעות דרמטיים בין השופטים, קבעה דעת הרוב מפני הנשיא ברק כי יש לשדר את הקטע, שכן הוא אינו גורם לפגיעה ברגשות "מעבר לרמת הסיבולת" שאדם בחברה דמוקרטית נדרש לשאת בה. הנשיא ברק הבהיר כי הטענות המועלות במחזה כנגד חנה סנש הן שקריות, אך קבע כי בחברה דמוקרטית אין להסתיר גם ביטויים שקריים אודות דמויות היסטוריות:

כישלוננו של השקר יבוא מתוך חינוך לאמת; מבחנו של השקר יהיה בהתמודדות עם האמת; הגברת השיח הציבורי ולא השתקתו היא התרופה של הדמוקרטיה כנגד מחלת השקר. הנהיגו כִּי־כן, האמת בכל הנוגע לחנה סנש תעלה מהדיון הציבורי העשוי לבוא בעקבות שידור היצירה. מדיון זה, ומפרסומיהם של חוקרים וסופרים, תצוף האמת ותנצח את השקר.<sup>59</sup>

ועוד אמר:

תהא זו פגיעה קשה בתרבות האנושית, אם יוצרים לא יהיו חופשיים להשתמש בדמויות היסטוריות, תוך שתיוחס להן התנהגות שאין לה בסיס היסטורי. סופרים ומחזאים אינם היסטוריונים. אין לצפות מהם לשחזור האמת. יש להגן על חופש הדמיון שלהם. מבחנם הוא אמנותי ולא מדעי.<sup>60</sup>

על הפגיעה האפשרית במיתוס של חנה סנש יש להצטער, אך חברה דמוקרטית אינה שומרת על מיתוסים באמצעות פגיעה בחופש הביטוי



ובחופש היצירה. המיתוס חייב לנבוע מאותה החלפה הופשית של דעות והשקפות. אסור לו שיהיה פרי הגבלות שלטוניות על חופש הביטוי וחופש היצירה.<sup>61</sup>

לעומת זאת, השופט חשין סבר שהזכות לשם טוב גוברת על זכות הביטוי האמנותי של המחבר. הוא הדגיש שהמחזה שבו מדובר אינו מחזה בדיוני, אלא הוא קרוב יותר למחזה דוקומנטרי, המתיימר להתבסס על עובדות היסטוריות. הוא מטעים שהמחבר עצמו מודה שהדברים שיוחסו לקסטנר לגבי חנה סנש במסגרת המחזה אינם אמת, ומעולם לא נאמרו על־ידו. התוצאה היא, שהצופה התמים עשוי להתייחס לדברים הללו כדברי אמת היסטוריים.<sup>62</sup> שקר זה, כך הוא מדגיש, יש לעקור, שכן בכוחו לבזות את כבודה האישי ודמותה הנערצת שהפכה למיתוס לאומי. בנסיבות אלה יש להורות על השמטת הקטע השקרי והמשמיץ.<sup>63</sup>

כאמור, דעת הרוב העניקה מעל דפי פסק הדין בכורה לחופש הביטוי האמנותי.<sup>64</sup> הפער בין הרוב למיעוט בעניין סנש נעוץ בזווית ההתבוננות השונה: בעוד שדעת הרוב מתייחסת להיבט הציבורי בדמותה של חנה סנש, מתייחסת דעת המיעוט הן להיבט הציבורי של פגיעה במיתוס לאומי, הן להיבט הפרטי – חנה סנש עדיין נמצאת במרחב הפרטי בזכות בני משפחתה, והיא ראויה להגנה על שמה הטוב. התוצאה הסופית של פסק הדין היא שחופש האמנות מעניק זכות לבדות עלילות, גם כאשר מדובר בדמויות היסטוריות-ציבוריות.<sup>65</sup>

מה בין סנש לפלוני? בשני המקרים טוענים היוצרים כי מדובר בבדיה. בשני המקרים מדובר בסיפורי מציאות: האחד נוגע לדמות היסטורית, השני לדמות פרטית. בשני המקרים כרוכים מעשי הגיבורות בבגידה: בעניין סנש בבגידה לאומית, בעניין פלוני בבגידה אישית. אולם בשני המקרים ההנחות לגבי הסיפור האמנותי שונות: בעניין סנש, שנוצר על ידי צד שלישי לא מעורב, הניח בית המשפט כי האירוע שקרי, בעוד שבעניין פלוני, שנוצר על ידי אחד מגיבורי העלילה, בן זוגה לשעבר של התובעת, הניח בית המשפט כי האירוע אמת, וכי הוא התרחש במציאות. הפגיעה בשמן הטוב של הגיבורות נובעת במקרה סנש מהבדיה, ובמקרה פלוני מהאמת. והנה, אם נשווה את תוצאות פסק הדין בעניינה של סנש לפסק הדין בעניינו של פלוני משתמע מעין פרדוקס: מותר להפיץ דבר שקר על דמות ציבורית במסגרת יצירה

אמנותית מעין בדיונית; לעומת זאת, אסור לומר אמת על דמות פרטית במסגרת יצירה אמנותית בדיונית. הטעם לכך הוא זה: הדמות הציבורית יכולה לספוג את השקר האמנותי כי האמת אמורה להתגלות בוויכוח הציבורי העוסק בזיכרון הלאומי ובכינון ההיסטוריה, אשר חנה סנש היא אחת מדמויותיה החשובות. ואילו הדמות הפרטית אינה יכולה לספוג את האמת היוצאת לאור, כי האמת שלה ושל בן זוגה, המחבר, היא אינטימית, פרטית במובהק, ואין מקום לליבון פרטיה בציבור.<sup>66</sup> בשני המקרים דנו בתי המשפט במאבק בין חופש היצירה לבין הזכות לשם טוב ונדרשה הכרעה בשאלה למי הבכורה. בעניין סנש בירור האמת הוא אינטרס הנובע ממעמדה של חנה סנש כדמות כציבורית. אך מעורבותו של שופט בחריצת ההיסטוריה ובהעדפת נרטיב אחד על פני רעהו היא בעייתית, ומכל מקום, אין היא מצדיקה את שלילת חופש הביטוי האמנותי. בעניין פלוני האוטוביוגרפיה של הכותב היא פרטית, ותכליתה אמנותית. מחבר אינו רשאי לפגוע בזכויות של אחרים, בפרטיותם, ללא הסכמתם לשם מימוש תכלית זו. המסקנה היא אפוא זו: על דמות ציבורית ניתן הן להפיץ דבר שקר, הן לחשוף את האמת במסגרת יצירה אמנותית; בעוד שעל דמות פרטית שניתנת לזיהוי ביצירה אמנותית אסור לומר דבר שקר (בשל איסור לשון הרע), ואף חשיפת האמת מוגבלת (בשל זכות הפרטיות). רק לו הייתה הדמות עוטה מעטה בדיוני, הייתה היצירה שעוסקת בה מקבלת חותמת מאשרת מצד בית המשפט. פרדוקס האמת והשקר מעוגן, אפוא, בחלוקה בין דמויות ציבוריות לפרטיות.<sup>67</sup>

### הסכנה שברוח היוצר

גניזת ספר על ידי בית משפט אינה עניין של מה בכך. בעבר הייתה התופעה שכיחה יותר. אכן ברוח היוצר של האדם טמון איום: היצירה עלולה להיות חתרנית, לערער על מוסכמות מקובלות, על סדרי שלטון וחברה ועל ערכים המקדשים איפוק וצניעות. האיום של היוצר נחשב כה מסוכן עד כי לפני כאלפיים וחמש מאות שנה קרא אפלטון בפוליתאה, המדינה, להקמת צנזורה שתקבע מהם ספרים טובים, שאותם תתיר, ומהם ספרים רעים שאותם תאסור,<sup>68</sup> וכן לגירוש המשוררים מהעיר, ואלה טעמיו: השירה היא חיקוי כפול של המציאות: הרי המציאות כפי שהיא נתפסת בעינינו היא חיקוי של הדבר האמתי, ואילו השירה היא חיקוי של חיקוי – זוהי, אפוא, תרמית

והצגת מציאות כוזבת. אכן באמנות ממד חזק של חקיינות,<sup>69</sup> אבל אפלטון מעמיד סיבות נוספות המצדיקות את גירוש המשוררים: ראשית, בשירה אין ביטוי להגיון אלא לרגש; שנית, ועיקר – ברגש יש פיתוי והדחה למעשים העומדים בניגוד לערכי העיר, המדינה והמשפט. מכאן המסקנה ברורה – המשוררים לא רק שאינם תורמים לעולם הממשי, אלא הם מסיתים ומדיחים ויש לגרשם מהעיר.<sup>70</sup> עמדה אחרת של אפלטון, אף היא מעוררת מחלוקת, קראה לשרוף את הכתוב כדי להשתחרר מהשקפות ודעות שעבר זמנן.<sup>71</sup> על הטקסט האפלטוני נערכו דיונים על גבי דיונים, ויש הטוענים שאפלטון לא הובן כראוי, וכי ניתן למצוא בהגותו עמדות סותרות. מכל מקום, בחלק זה של חיבורו מסקנתו של אפלטון בדבר גירוש המשוררים היא חד-משמעית, והיא באה לביטוי אלים ובוטה במהלך שנות התרבות האנושית: שנים של הוקעת משוררים ואמנים, הגלייתם, צנזורה על יצירות אמנות, שריפתן ועונשי מאסר ומוות.<sup>72</sup>

בטיעונו בפני בית המשפט קונן המחבר על "חורבן תרבותי", ועל יצירתו-שלו "שעלתה בלהבות".<sup>73</sup> שריפת יצירות מעוררת בנו חלחלה, וזיכרון מילותיו הנבואיות של היינריך היינה, ש"במקום שבו שורפים ספרים ישרפו בני-אדם",<sup>74</sup> מהדהד בנו ללא מנוח. צנזורה על ספרים ועל יצירות אמנות נהגה במשך אלפי שנים. אך עידן זכויות האדם חולל מהפכה: המדינה הליברלית העלתה על נס את עקרון החופש, ולכל מגבלה על חופש זה יש להציב צידוק. הצידוק במקרה הנוכחי מושתת על זכותה לפרטיות של פלונית. אך האם די בו כדי להצדיק את האיסור על פרסום היצירה? בסיום טיעונו לפני בית המשפט בעניין פלוני קרא המחבר לבית המשפט:

[...] לעצור ולשאול את עצמו "האם אהיה מוכן להחיל את אותן אמות המידה בדיוק על אחת מיצירות המופת של הספרות העברית? אם אתעלם מזהותו של המערער ואדמיין כי לפני עומד עמוס עוז, או דוד גרוסמן, או מאיר שלו – האם גם אז אגיע לאותה תוצאה?"<sup>75</sup>

ותשובת השופט:

עשיתי כמצוות המערער. פניתי לשאול את עצמי, האם אכן אהיה מוכן לאמץ אמות מידה דומות במצבים אחרים? [...]<sup>76</sup>

ברי כי אין להמעט מחשיבותו של חופש היצירה בכלל, וזה האוטוביוגרפי בפרט. יש להעניק לו מקום של כבוד בממלכת הזכויות הישראלית. על דרך הכלל, לא ימנע בית משפט פרסום של ספר אוטוביוגרפי. מניעה מוקדמת היא מעשה נדיר ביותר. ברם, אין זה מן הנמנע כי כתוצאה מהמדיניות המשפטית המותווית [...] תחסר האנושות כולה מספר יצירות ספרותיות. טיעון זה, כאמור, אין בו כדי לדחות את הכרעתנו. ישנם ערכים שעבורם ראוי להפסיד גם כמה "ספרים טובים". האדם קודם לספר. הספר נועד לשרת את האנושות ולא להפך, בחינת "שפחה כי תירש גברתה" (משלי ל, כג). נראה כי המערער הפריז בדבריו על "חורבן תרבותי" ועל יצירתו-שלו ש"עלתה בלהבות" [...].<sup>77</sup>

מה המשמעות של דברים אלה? הרי במקרה הקונקרטי לא עמד למבחן ספר של עמוס עוז, אלא רומן ביכורים של כותב. אפשר שבת זוג המתרועעת עם סופר וותיק, יכולה לקחת בחשבון שהיא עשויה להשתלב בין דפי העלילה, בעוד שפלונית, אשר לא קשרה קשר התחלתי עם סופר (הוא הפך כזה לאחר סיום הקשר), לא נטלה על עצמה במודע סיכון כזה. זאת ועוד: אפשר שגם ספר ביכורים עשוי להיחשב יצירת מופת, אך הסופרים שאוזכרו קנו את שמם במשך השנים בעקבות פרסומים רציפים של ספרים. אפשר לנחש שגם סופרים אלה עשו שימוש באנשים ובאירועים שבסביבתם, כדי לשאוב מהם השראה ולשלבם ביצירותיהם הספרותיות, אך כל זה מבלי שהדבר יהווה תיאור מדויק שעולה כדי "העתקה" של המאפיינים האמתיים של דמויות בשר ודם לתוך יצירתם הספרותית (אלא אם ציינו מפורשות שהסיפור אינו בדיוני). ואילו במקרה לפנינו מדובר בסופר, שזוהי לו יצירה ראשונה, המבוססת, כאמור, על חייו שלו, ועתידו כסופר אינו ברור. מכל מקום, בהנחה שעובדת היותו של הספר רומן ביכורים לא השפיעה על שיקול דעתו של בית המשפט, והוא היה מכריע כפי שהכריע גם לו הייתה הפגיעה מתרחשת ביצירת מופת של סופר ידוע, כי אז מתחילים לעלות סימני שאלה. אם אכן עוצמת הפגיעה בזכות לשם טוב ולפרטיות, יכולה לגרום להפסד של כמה "ספרים טובים", האם היינו יכולים לזכות בשירה? האם היינו מקבלים את הקומדיה האלוהית של דנטה,<sup>78</sup> אשר איכלס את "הגיהנום" באויביו המושבעים, אפילו בשם האמת? (אף שהקפיד להתייחס רק לאלה שמתו לפני שנת 1300, שבה תוארו אירועי הקומדיה האלוהית<sup>79</sup>). דנטה,

שהיה מעורב במלחמות הפנימיות בפירנצה, נאלץ לעזוב את העיר, נפטר מחוצה לה, והוא קבור עד עצם היום הזה בעיר רוונה שבאיטליה, למרות תביעתם של פרנסי פירנצה להחזירו לעיר האהובה עליו. אפשר שבעוזבו את פירנצה הוא הציל הן את חייו, הן את יצירתו. ג'יימס ג'ויס תיאר בפירוט עסיסי ביוליסס<sup>80</sup> את הדבלינאים שליוו את חייו ואת חייהם האינטימיים. הוא היסס להוציא לאור את הרומן, שיש לא מעט החושבים אותו לרומן הגדול ביותר של המאה העשרים, בשל החשש מתביעות משפטיות, אך המו"לים שלו והעורכים שלו התעקשו על כך. והאם יכול היה רנדולף הרסט, בעל רשת העיתונות, לחסום את סרטו הגאוני של אורסון וולס "האזרח קיין"<sup>81</sup> בטענה שהסרט משמיץ את דמותו? וברוח זו ציינו שניים משופטי המיעוט בגרמניה בפרשת הסופר והשחקנית שעל פי עמדת הרוב לא ניתן היה להתיר את פרסום יצירתו של גתה ייסורי ורתר הצעיר, שהרי גם הוא רומן מפתח, המתאר את אהובתו של גתה, לוטה, ואת ארוסה.<sup>82</sup> כמובן, בהעדר היכולת להעריך את טיב היצירה של פלוני שקריאתה נחסמה בפני הציבור, ההשוואות ליצירות הגדולות הללו אינן מבוססות, ואף אין קושי לפרסם יצירות מסוג זה לאחר מות גיבוריהן. אך החשש הוא ממדרון חלקלק ומסתימת פיות.

לקראת סיום פסק הדין אומר השופט סולברג:

אילו ביקש המערער לקיים תערוכת צילומים שבה יציג לראווה את המשיבה עמו ערום ועריה, דומה כי היה ניתן צו מניעה, על מנת שלא יעשה כן. לא כל שכן לגבי הספר, בצירוף את גופה של המשיבה בחדרי־משכבה, ובחושפו גם את נימי נפשה וסודותיה הכמוסים. בדין ניתן אפוא בבית המשפט המחוזי צו מניעה קבוע האוסר על פרסום הספר.<sup>83</sup>

ברור שפלוני לא היה רשאי לפרסם צילומים של פלונית או יצירות שלה ללא הסכמתה. אך ההשוואה נראית מעט מרחיקת לכת. צילום מבקש לחקות את המציאות כמות שהיא, בעוד שהספר עוטה עליה מסווה. הבעיה הייתה נעוצה בדקות המסווה, ובית המשפט סבר שלא היה בכוחו לכסות על אותם פרטים אינטימיים הנוגעים בליבת הפרטיות של פלונית. הסוואת האמת באופן משכנע הייתה מאפשרת למחבר לפרסם את יצירתו. ובמילים אחרות, הבדיה שאותה גינה בית המשפט בעניין הציבורי של סנש הייתה חיונית במקרה הזה

ככלי הסוואה, אשר היה מאפשר לפלוני לממש את הביטוי האמנותי שנסב על חייו הפרטיים שלו ושל פלונית. משלא השכיל להשתמש בכדיה, נחסמה חירותו האמנותית לפרסם את חיבורו בציבור.

השאלה של חופש הביטוי היא, כמובן, מרכזית, אך לא פחות מרכזית היא שאלת ההסכמה של הנפגעת לוותר על פרטיותה. בית המשפט התייחס לשאלה בשולי הדברים, בקבלו את הכרעתו העובדתית של בית המשפט המחוזי. אתעכב, אפוא, על יסוד ההסכמה מצד פלונית שהמחבר טען לה, ואשר בית המשפט דחה את הטענה בדבר קיומה.

### ההסכמה לפגיעה בפרטיות, החזרה ושאלת הסעדים

פסק הדין מנע הפצת ספר והטיל על מחברו חובה לפצות את פלונית, בת זוגו לשעבר, בסכום של 200 אלף שקלים בשל הפגיעה בפרטיותה. במונחיהם הקלאסיים של קלברזי ומלמד, העניק בית המשפט לפלונית סעד קנייני וסעד אחריותי.<sup>84</sup> הסעד הקנייני מרחיק הלכת הוביל לגניזת הספר. אכן פלוני קבל על עוצמת הסעד, כציינו שבית המשפט המחוזי שגה בכך שלא הטיל סעד מידתי יותר, כגון, סעד תחום בזמן או סעד המתנה את פרסום הספר בעריכתו מחדש.<sup>85</sup> לגבי האפשרות האחרונה ציינה המשנה לנשיא (כתוארה דאז) נאור, שאין לצפות מבית המשפט לשמש עורך ראשי של הספר.<sup>86</sup> אך מה לגבי האפשרות להורות על תחימה בזמן של הספר? אם, למשל, היה מורה בית המשפט על פרסומו, למשל, עשרים שנה לאחר מכן, האם היה הדבר פוגע עדיין בליבת הפרטיות של פלונית?

סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות מורה כי "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו".<sup>87</sup> כדי להרוף את עילת הפגיעה בפרטיות, טען המחבר כי פלונית נתנה הסכמתה לפרסום פרטיה בספר, וכי בכך ויתרה על זכותה לפרטיות ועל התביעה בגין פגיעה בזכות זו. אולם טענתו זו של המחבר נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי שהסתמך על שורה של ראיות, שמכוון קבע שפלונית לא נתנה את הסכמתה לפרסום. בית המשפט העליון קיבל ללא עוררין ממצא עובדתי זה.<sup>88</sup>

לא אכנס לניתוחן של הראיות, אך אציין שעל פני הדברים נראה שבתחילת הדרך נתנה פלונית הסכמתה, אלא שהיא חזרה בה ממנה בשלב מאוחר יותר. משתמע עוד שתחילת ההסכמה ניתנה מבלי שפלונית ראתה

את כתב היד המוגמר, ובית המשפט המחוזי מאן להתייחס לסוג הסכמה זה כעונה על ההסכמה הנדרשת לצורך ויתור על הפגיעה בפרטיות.<sup>89</sup> אולי בשל כך החליט בית המשפט העליון להתייחס, ולו כבדרך אגב, לשאלה האם ניתן לחזור מהסכמה לפגיעה בפרטיות. הוא מציין כי ניתן להתייחס להסכמה כאילו היא יוצרת חוזה, אולם אין להחיל על חוזה כזה את כללי החוזים הרגילים, שכן סעד האכיפה (המחייב את מי שנתנה הסכמתה לפגיעה בפרטיות לדבוק בהסכמתה) אינו בהכרח מתאים במקרה של חזרה מהסכמה לוותר על הזכות לפרטיות. כלומר צו לאכיפת ההסכמה לפגיעה בפרטיות לא יינתן, ומכאן שניתן לחזור, ואולי להפר את ההסכמה, כנגד חיוב בפיצוי בגין הנזק שנגרם בשל החזרה.<sup>90</sup>

כדי להבהיר: המחבר אינו זקוק לסעד האכיפה, שכן הוא שולט ביצירה ואינו זקוק לשיתוף הפעולה של פלונית. השאלה היא האם פלונית יכולה לחזור בה מהסכמתה, וכנגד חירות הפרסום של פלוני, היא זכאית לפרטיותה, כלומר לאכיפה של חזרתה מההסכמה לפגיעתה בפרטיותה.

אולם, דומה שההסכמה נדמית פחות לחוזה בין הפוגע הפוטנציאלי (פלוני) לבין הנפגעת הפוטנציאלית (פלונית), ויותר לפעולה משפטית חד-צדדית, כמו הפעלת ברירת הביטול בדיני החוזים. כלומר, ההסכמה היא פעולה משפטית הנעשית על ידי אחד הצדדים – הנפגע הפוטנציאלי – ובכוחה לקבוע את זכויות הצדדים.<sup>91</sup> מובן שהסכמת הנפגעת צריכה להיות הסכמת אמת שניתנה מדעת. מאחר שהעדרה של ההסכמה הוא ההופך את הפרסום לעולתי (בהתאם לסעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות), משניתנה הסכמה ניטל מהפרסום אופיו הפוגע. אולם חשוב להדגיש כי כוחה של ההסכמה הוא לגבי העבר, לגבי פעולה שכבר נעשתה. אין היא מחייבת כלפי העתיד. הסכמה שניתנה ניתנת לביטול, כל עוד לא נעשה המעשה. אם המעשה עדיין לא נעשה, רשאית נותנת ההסכמה לחזור בה, אלא אם התחייבה בחוזה שלא לבטל את ההסכמה. התחייבות כזו מעבירה אותנו מדין ההסכמה לדין החוזים.<sup>92</sup> לכן שאלה היא מתי ניתנה ההסכמה לפרסום – במהלך הכתיבה (אז הייתה יכולה לחזור בה), או לפני ההתקשרות עם המוציא לאור (ספק אם הייתה יכולה לחזור, שכן ההתקשרות הסתמכה על ההסכמה), ואם הייתה מודעת לתוכנו של כתב היד. כאמור, בעניין זה נקבע שהפרטים עליהם נשענה ההסכמה היו עמומים וכי פלונית לא ראתה את כתב היד.

כמובן, ניתן לנסח חוזה בין מחברת או הוצאה לאור לבין מי שעשוי להיפגע מפרסום הספר, המאפשר את פרסומו של הספר. אולם אין זה ברור אם יינתן צו המחייב את פלונית לדבוק בהסכמה לפגיעה בפרטיותה, שהרי אכיפה מוגבלת מטעמי צדק.<sup>93</sup> מכל מקום, גם אם אין מסדירים את ההסכמה כחוזה, היא עדיין עשויה לשמש בסיס לטענת מניעות או השתק, זאת אם מקבל ההסכמה פעל על סמכה, ואם החזרה עשויה לגרום לו נזק.<sup>94</sup> במצב כזה עשוי עקרון המניעות להוביל לאכיפת ההסכמה או להטלת פיצויים בשל הנזק שנגרם בעקבות החזרה מההסכמה. אפשרות אחרונה זו הייתה עשויה להוביל למצב מעניין שבו דווקא פלונית המתחרטת הייתה צריכה לפצות את פלוני בשל גניזת ספרו. אפשרות זו לא נבחנה, שכן, כאמור, נפסק כי לא הייתה כלל הסכמה כנדרש, ולכן אין מתעוררת שאלת החזרה ממנה.<sup>95</sup>

האם ניתן לטעון שהתנגדותה של פלונית לפרסום הספר עשויה להיתפס בעצמה כפגיעה בפרטיותו של פלוני? הפרטיות היא זכות עמומה.<sup>96</sup> קיימות גישות שונות לעניין הגדרתה ובאשר ליסודותיה התיאורטיים. אחת מאותן גישות היא גישת ה"פרטיות כשליטה".<sup>97</sup> על פי עמדה זו, הפרטיות היא זכותו של האדם לשלוט במידע אודותיו. מכאן ששליטה במידע היא מימוש הריבונות. אבדן השליטה במידע הוא אובדן השליטה העצמית. לפיכך, הפרטיות מקנה לאדם שליטה במידע "שלו". במקרה שלפנינו, פרטיותו של פלוני התבטאה, בין היתר, בכוחו לעשות כרצונו במידע אודותיו. אולם, במקרה זה היה המידע של פלוני כרוך במידע של פלונית. נכון שהתנגדותה של פלונית לפרסום מנעה מפלוני לעשות כרצונו במידע אישי ואינטימי שלו – מידע המצוי בליבת הזכות לפרטיות. אולם מרגע שהמידע של שניהם התמזג, הם הפכו להיות שותפים בו, ועל פי היקש לדיני השיתוף, עליהם לפעול יחד ב"רכוש המשותף".<sup>98</sup>

עד כה הוקדש הדיון לשאלת המאבק בין חופש הביטוי האמנותי לזכות הפרטיות. בית המשפט העניק בכורה לזכות הפרטיות. שמותיהם של בני הזוג לא נחשפו, אך סיפורם הפרטי נתגלה בפסק הדין. האם ניתן להצביע על זיקה בין סיפורם הפרטי לבין ההחלטה המשפטית לגנוז את הסיפור על חייהם? לשם כך נשוב ונפנה לספרות, הפעם לספרו של נתניאל הות'ורן אות השני,<sup>99</sup> המבוסס, כביכול, על תיעוד של סיפור אמיתי, שיש בו הקבלה מסוימת לסיפורם של פלונית ופלוני. שני הסיפורים הם בכואה לתפיסות



מוסריות, תרבותיות ומשפטיות משתנות על אודות החירות לאהוב והיכולת לשמור על סודיותה של האהבה.

בחזרה לספרות, משפט ואהבה

**אות השני** – קלונה של הסטר וחירותה של פלונית

כדיוק במחצית המאה התשע עשרה, בשנת 1850, פרסם נתניאל הות'ורן את ספרו אות השני, הנחשב בעיני רבים לאחד מן הספרים הטובים ביותר שנכתבו על ידי סופר אמריקאי במאה התשע עשרה, ולאחד הספרים המפעמים של הספרות העולמית. זהו סיפור על אהבה אסורה, הכחשה, גינוייה הציבורי, קנאות וטרגדיה.

הסטר פריין היא אשה נשואה, שבעלה המלומד הקדים לשלוח אותה לעולם החדש, והיא חיה לבדה בבוסטון של המאה השבע עשרה. והנה, לאחר זמן מתגלה כי הסטר בהריון. הסטר נכלאת בשל ניאוף. הניסיונות לחלץ ממנה את שמו של האב נכשלים. היא שומרת על הפרטיות החלקית שעוד נותרה לה, וממאנת לחשוף את שם המאהב. היא נשפטת, מועמדת אל עמוד הקלון עם התינוקת פרי החטא, מול כל בני העיירה, ולאחר מכן היא מורחקת עם בתה לשולי העיירה. נגזר עליה לשאת מעתה ועד עולם על בגדיה את אות הקלון – A, כלומר Adulteress.<sup>100</sup> הסטר עצמה רקמה את אות הקלון המרהיב באודם שני, והיא הרוקמת המוכשרת ביותר בעיר; אין לשכוח ש-A היא גם האות הראשונה של המילה Artist. העלילה מתפתלת, הבעל מגיע לבוסטון, ותכניתם של הסטר ואהובה לצאת מן המקום ולממש את אהבתם, נכשלת. האהוב נחשף בסופו של דבר, הוא מעמיד עצמו מול עמוד הקלון לעיני הציבור ומת. הכפירה בערכי הקהילה הובילה לחידלון נפשי ופיסי.

נתניאל הות'ורן כתב את הספר כרומן היסטורי הנשען, כביכול, על דפים אותנטיים מהמאה השבע עשרה. הות'ורן יליד העיירה האמריקאית סיילם שבמדינת מסצ'וסטס, הזכורה לרע מ"ציד המכשפות",<sup>101</sup> מתאר את פיתוליה הטרגיים של האהבה שמחוץ לנישואים באמריקה הפוריטנית של המאה ה-17, את הצביעות הקהילתית, את המתח בין נפשו של היחיד וכבלי החברה. ויש האומרים כי בחר להקדיש ספר לנושא זה כדי לכפר על עוון אחד מאבות אבותיו, שהיה שופט בסיילם, וגזר את דינן של אחדות מה'מכשפות' של

אז.<sup>102</sup>

אות השני מתאר מציאות תרבותית ומשפטית. מציאות זו לא יכולה הייתה להיחשף במלואה על פרטי פרטיה האינטימיים מעל דפי הספרות באמריקה של המאה השבע עשרה, כי ספרות כזו הייתה אסורה. האינטימיות הייתה יכולה להתגלות רק דרך פרוטוקולים ופסקי דין של בתי משפט או דרך יומנים פרטיים, שהיוו תיעוד של חיים, ולא יצירות בדויות.

העיתים השתנו, ואיתם הערכים – כך במישור הפרטי, וכך במישור הציבורי. גורלה של פלונית שפר עליה, יחד עם גורל הנשים כולן בדמוקרטיה הליברליות במאה העשרים ואילך. לפלונית, שבדומה להסטר גם היא עוסקת באמנות, חירות לבנות את חייה הרגשיים האינטימיים. היא חיה עם בן זוג שלא במסגרת נישואין. היא מקיימת קשר מיני עם בן זוג אחר, נשוי, אשר נישואיו מתפרקים פורמלית במהלך הקשר עמה. החברה אינה מעמידה אותה אל עמוד הקלון. היא אינה נואפת. ובמישור הציבורי חופש הדיבור וחירות היצירה מאפשרים לספר סיפורים נועזים החושפים בפירוט חיי אהבה. אך גם לחירות היצירה גבולות. פרסום היצירה בציבור המיט קלון על פלונית, לא קלון עברייני כמו זה שהומט על הסטר, אך קלון הכרוך בחשיפת פרטיותה. לפלונית זכות לחיות את חייה הפרטיים כרצונה, רחוק מעין הציבור, והחשיפה הציבורית שנכפתה עליה שלא לרצונה, נבלמה. בניגוד לפלונית, הסטר לא הייתה זכאית לחיות חיים פרטיים על פי בחירותיה, ואף לא יכלה לבלום את חשיפתם בפני הציבור.

מהי המעטפת המשפטית שעיצבה בעבר את חייה של הסטר והמעצבת כיום את חייה של פלונית במרחב האישי? מהם כללי המשפט שחרצו בעבר והחורצים כיום גורלן של יצירות ספרותיות המופצות במרחב הציבורי והמוקדשות לחשיפת האינטימיות האמתית או הבדויה?

#### פוריטניות – הכבלים הפרטיים וחסומת היצירה

אות השני נטוע בעולם פוריטני מצמית. אמריקה לא נפטרה מכבלי הפוריטניות, ודאי לא במחצית המאה התשע עשרה, שבה כתב הות'ורן את יצירתו המופלאה. הקוד המוסרי השליט היה זה של כתבי הקודש הישנים והחדשים. קדושת המשפחה והטוהר המיני היו ערכים מקודשים. ניאוף נחשב עבירה פלילית שדינה הוקעה ציבורית, מאסר, לעיתים מוות.<sup>103</sup> למעשה, אין צורך להרחיק לכת עד אמריקה, לא בזמן ולא במקום – גם כאן בארצנו שומעים לא אחת על מקרים של רצח בשל חילול כבוד המשפחה, מקרים

שנותרים עלומים ללא פענוח משטרתי. מכל מקום, בעת ההיא היו לנורמות של קדושת המשפחה השלכות רבות-עוצמה הן במשפט הפלילי האנגלו-אמריקאי, הן במשפט האזרחי. כך, למשל, בעל היה זכאי לתבוע פיצויים מצד שלישי שהוביל לניכור רגשותיה של אשתו או לפגיעה בקשר הנישואין על ידי קיום קשר רומנטי עם האישה.<sup>104</sup>

במאה התשע עשרה גם הייתה נפוצה מאד תביעה של נשים כנגד מי שהבטיח להן נישואין והפר את הבטחתו, לאחר שהן קיימו אתו יחסי מין על סמך ההבטחה. מובן שהתביעות היו כלפי גברים לא נשואים, שהרי תביעה נגד גברים נשואים הייתה בלתי אפשרית, בהיותה מנוגדת לערך קדושת הנישואין, והיא חשפה את התובעת לאחריות פלילית בשל ניאוף.

התביעות בשל הפרת הבטחת נישואין הפכו את בתי המשפט לתיאטרון הטוב ביותר בעיר. שם יכול היה הקהל לשמוע סיפורים אינטימיים לא מצונזרים על אירועים שהצניעות יפה להם.<sup>105</sup> סיפורים אינטימיים כאלו יכלו להישמע בפירוט כה רב רק בבתי המשפט, כלומר רק אם הם היו אמתיים, ולא בתיאטרון, שהוא לרוב חיקוי לחיים.<sup>106</sup> הרי בתיאטרון לא ניתן היה להעלות מחזות שחשפו פרטים של סודות ושקרים אינטימיים, כי המשטר פיקח באמצעות צנזורה על המהגנות המוסרית. בצילה המעיק של התרבות הפוריטנית החיים עצמם היו הסיפור הטוב ביותר, והוא סופר למי שיכול היה להיות עד להם בבתי המשפט ובכיכר העיר. התיאטרון והספרות לא יכלו לחקות את החיים האינטימיים כי הקוד הפוריטני, שהיה חוק מדינה, כבל אותם בשלשלאות הכבדות של הצנזורה.

סיפורים על הרשעות פליליות בגין ניאוף נשמעים רחוקים, אך דין הניאוף נשמר בחלק ממדינות אמריקה עד עצם היום הזה, ויש המצדיקים אותו בכל הנוגע לתביעות אזרחיות נגד צדדים שלישיים שפגעו בקשר הנישואין.<sup>107</sup> ולגבי העבירה הפלילית של ניאוף: זו עדיין קיימת בחלק ממדינות אמריקה. מספר האישומים הפליליים אמנם פחת, והעבירה אינה נאכפת בדרך כלל, אך קבוצות שמרניות המדברות בשבחן של עבירות המוסר ממשיכות להבטיח את קיומן, למרות הספק החוקתי באשר לתוקפן המחייב.<sup>108</sup>

ליברליות - השחרור הפרטי וחופש היצירה

ומהי המעטפת המשפטית המעצבת כיום את חייה האמיתיים של פלונית, גיבורת הסיפור, במרחב האישי? כאמור, חייה של פלונית משוחררים; היא

נהנית מחופש מיני עם בן זוג שלא במסגרת נישואין. היא מצויה בקשר מיני עם בן זוג אחר, נשוי. נישואיו מתפרקים פורמלית במהלך הקשר עמה, ובית המשפט שר שיר הלל לאינטימיות הקדושה המאפיינת הן את הקשר הרומנטי המקביל, הן את חיי הנישואים. וכך מתאר בית המשפט את האינטימיות של הקשר הרומנטי:

חברויות עמוקות וקשרים בין בני זוג בנויים ומבוססים על שמירת הסודות האינטימיים ביותר. עולם בו פרטיות נרמסת וסודות הופכים לחזון נפרץ, הוא עולם שבו יסרכו אנשים לחלוק עם חבריהם את נימי נפשם, מחשש לחשיפתם בפני כולי עלמא. הדברים אמורים לגבי מערכות יחסים מקצועיות, מערכות יחסים חבריות, ולא כל שכן לגבי מערכות של יחסים רומנטיים. במערכות יחסים שכאלה, חושפים בני הזוג באופן הדדי זל"ז את מאווייהם, רצונותיהם ושאיפותיהם הכמוסים ביותר [...]. מידע רגיש זה, ניתן לבן הזוג השני, על מגש של כסף, מתוך הנחה כי זה ישמש כבן-ברית נאמן וכבעל סוד. זהו החוזה ה"לא-כתוב" בין בני זוג, המנהלים מערכת יחסים רומנטית ארוכת-טווח. אלה הם "תנאי העסקה".<sup>109</sup>

ובצד זה מקדיש השופט סולברג מילים חמות ורגישות לאינטימיות של חיי הנישואים. הנה חלק מדבריו:

מקום מיוחד שמור למערכות יחסים אינטימיות ארוכות-טווח בין בני זוג, ובמיוחד לחיי הנישואין. ההתחייבות הנוצרת בין שני בני זוג נשואים, איננה מתמצית בהסדרים כלכליים גרידא. אלה מהווים את גוף הנישואין, בשעה שיחסי האמון והאהבה יוצרים את נשמתם. מערכת הנישואין מבוססת על יחסי "אהבה, אחווה, שלום ורעות". האחד משמש כ"איש סודו" של האחר. ההקרבה, החברות העזה, האמפתיה האינסופית, אלו הם תמצית חיי הנישואין.<sup>110</sup>

דומה שהצדקה זו לביסוס חובת האמון בין בני זוג מעוררת אכן תחושת הזדהות חזקה, אך במסכת העובדתית הנדונה היא גם מעוררת תחושת אי נוחות גדולה: פלונית ופלוני מקיימים קשר זוגי מקביל לזה של פלוני ואשתו, בשעה שכל מערכות היחסים סביבם התפרקו: האישה ננטשה על ידי פלוני, בן זוגה של פלונית ננטש על ידה, וחובות האמון כולן הופרו.

אכן קפצנו כמה דורות. במאה העשרים ואחת פלונית אינה נקשרת בפומבי לעמוד הקלון ואין היא נושאת עליה אות קלון. פלונית אינה נשלחת לבקתה בפאתי העיר, מחוץ לקהילה. לציבור אין זכות לדעת על חייה של פלונית. הפרסום הכולל פרטים אינטימיים ימיט עליה קלון בראש חוצות בין מודעיה. פלונית מבקשת להמשיך את חייה בקהילה בלי שסיפורה ייחשף על כל פרטיו האינטימיים. פלונית דורשת את הזכות to be let alone<sup>111</sup> והיא זוכה בה.

מאז המחצית השנייה של המאה העשרים השתנה העולם המערבי כמעט כולו. בין המשפט למוסר קיימת הפרדה, כאשר המשפט אינו ממשטר את חיינו המיניים. בחברה ליברלית אמונה דתית היא עניין פרטי. חברה ליברלית שרה שירי הלל ראויים לחופש, לשוויון, לשחרור האישה, למתירנות המינית, ליצירת סוגים של זוגיות חדשה המנוגדת לציוויים של כתבי הקודש, זוגיות חדשה שאינה זקוקה לא לגושפנקה האלוהית, אף לא לגושפנקה המדינתית כדי להתקיים. חופש רגשי ומיני הוא שם המשחק. ניאוף אינו עבירה.<sup>112</sup>

ההגנה המשפטית על קשר הנישואין מתרופפת והדבר בא לביטוי גם בישראל, חרף מעמדה המדינתית של הדת ולמרות המונופול של הדת בנושא הנישואין: פגיעה בחיי הנישואין על ידי צד שלישי אינה עילה לתביעת נזיקין.<sup>113</sup> במקביל מתחזקת ההגנה על הקשר הזוגי המקביל לקשר הנישואין: המשפט הישראלי היה חלוץ בהכרה במוסד הידועים בציבור, שעשוי להתקיים במקביל לקשר החוקי.<sup>114</sup> זו הייתה תשובתו של המשפט הישראלי האזרחי למגבלות שהטיל הדין הדתי על הכניסה לקשר הנישואין או היציאה ממנו. ומי שקיבלה הבטחת נישואין, אפילו מגבר נשוי, יכולה לתבוע אותו ולזכות בפיצויים בגין הנזק שנגרם לה, גם אם נישואיו אינם מעוררים. העובדה שתביעה כזו עומדת בניגוד למחויבותו של המבטיח כלפי אשתו, ויש בה פגיעה בקדושת הנישואין, לא נחשבה רלוונטית.<sup>115</sup> בעוד שענייני הנישואין עצמם מוסדרים במשפט הישראלי במסגרת הדין הדתי, אחריותם של זרים הפוגעים בקשר הנישואין כפופה להסדר המשפט האזרחי. הדין הדתי המחייב בענייני נישואין מבטא את תפיסת הבית המסורתית. הדין הכללי מאפשר לשקף את תפיסת הבית המודרנית. אכן קדושת הנישואין פגה. מימוש של העדפות אישיות, החופש לצאת מקשר מעיק, ולו זמנית, וחירות הרגש – כל אלה זוכים לבכורה חברתית ומשפטית בחברה המבקשת, לפחות חלקה, להיות משוחררת מכבלי דת.

### מצנזורה מדינתית לצנזורה פרטית

הכבלים הותרו לא רק בין בני הזוג בינם לבין עצמם. גם שלשלאות המוסר הציבורי המצנזר הותרו: חיים אינטימיים נחשפים על ידי כל מי שרוצה לחשוף אותם בסיפור אישי, בצילום, באמנות. צנזורה מדינתית כמעט ואינה קיימת.<sup>116</sup> תיאטרון, קולנוע וספרות אינם מסתירים פרט. אמנות אינה משועבדת לא לדת ולא למוסר דתי.

אחד ממבשרי השינוי התרבותי היה ד"ר לורנס שפרסם לראשונה את מאהבה של לידי צ'טרלי בפירנצה בשנת 1928.<sup>117</sup> התרבות האיטלקית יכולה הייתה לעכל את נועזותו של הספר, אך לא זו האנגלית. באנגליה פורסם הספר באופן רשמי רק בשנת 1960, לאחר משפט שהתנהל נגד הוצאת פינגווין, שהוציאה את הספר לאור.<sup>118</sup> הטענה הייתה כי הספר מהווה עבירה על חוק פרסומי התועבה הבריטי, שאוסר על פרסומים כאלה, אלא אם יש להם ערך ספרותי-אמנותי.<sup>119</sup> הספר צלח את המבחן האמנותי בבית המשפט, ופסק הדין פתח את עידן המתירנות באנגליה.<sup>120</sup>

הצנזורה הוסרה וכמעט נעלמה, אבל קיימים מעצורים חדשים, שהגיחו לעולם עם התרת הכבלים הישנים. מי שנפגע מחשיפה, רשאי לפנות למערכת המשפט ולבקש גניזה בשם הפרטיות. זכות הפרטיות נולדה עם עלייתו של חופש הפעולה במישור הפרטי וחופש הביטוי במישור הציבורי, שיצרו קרקע נוחה לחשיפה תקשורתית ולחדירה פוטנציאלית לחייו האינטימיים של כל פרט.<sup>121</sup> הזכות להיעזב במנוחה (the right to be let alone) עוצבה באופן עיוני במאמרם המכונן של וורן וברנדייס בשלהי המאה התשע עשרה.<sup>122</sup> כבר אז הצביעו המחברים על עוצמת הפלישה לפרטיות ועל הצורך המשפטי לגונן על הפרט מפני פלישה זו. הם ודאי לא תיארו בדמיונם הפרוע את ההתפתחויות הטכנולוגיות שהתרחשו מאז. האח הגדול הפך כיום להיות חבוי, או, בעצם, גלוי, באמצעי ההנצחה ובאמצעי ההפצה, שאת חלקם כמעט כל אחד מאתנו נושא – מצלמות, מכשירי הקלטה, עיתונים, ספרים, מחזות, סרטים, רשתות חברתיות, אינטרנט. תופעת הביוש (shaming) מציבה אתגר בפני כל שיטת משפט. מהם הגבולות הראויים של חופש הביטוי? כיצד שומרים על גדרות העצמי וגבולותיו? איך מונעים חשיפה לא רצונית? כיצד יוצרים איי אינטימיות חבויים בעולם פתוח ופרוץ לעיני כל?<sup>123</sup> האינטרנט והרשתות החברתיות מעוררים בעיות קשות של פרטיות, ויש טענה שקשה

לקיים זכות זו בעידן הנוכחי. לא אדון בסוגיות כבודות אלה, ורק אזכיר שהמשפט האירופאי מכיר בזכות להישכח (the right to be forgotten), המאפשרת לפרט לדרוש מספקיות המידע באינטרנט מחיקת מידע פוגעני שאינו רלוונטי עוד ואינו מעניינו של הציבור.<sup>124</sup>

הבעיות כיום שונות לחלוטין מאלה שהתעוררו בתקופה שבה האינטימי היה ממושטר באמצעות חקיקה פלילית ואזרחית, בתקופה שבה הכניסה למבצר הביתי-אינטימי נחסמה,<sup>125</sup> וכאשר גם לא ניתן היה לפרסם יצירות תיעודיות או בדיוניות שפגעו באופן בוטה בצנעת הפרט. בעידן זה הצורך בהגנה על פרטיות לא היה חריף.<sup>126</sup> אך עם השחרור מהמשטור המדינתי המסדיר התנהגות אינטימית במישור הפרטי ועם הסרת המחסומים על פרסומים נועזים במישור הציבורי, הפך כל פרט לחשוף לפרסום פוגעני הנוגע לחייו הפרטיים, גם אם אין הוא דמות ציבורית. הקלון אורב לכל אדם בדמות פרסום משפיל או מבזה. המשימה של הגנת המבצר האינטימי עברה עתה חלקית לפרט באמצעות פיתוח זכותו לפרטיות. הגנה זו מופעלת בישראל על ידי חוק הגנת הפרטיות, אשר קובע שפרסומים כאלה עשויים להפוך את מי שמוקיע אדם אחר בציבור, למבצע עוולה אזרחית של פגיעה בפרטיות.<sup>127</sup> יתר-על-כן: פגיעה בפרטיות בזדון היא עבירה פלילית.<sup>128</sup> המדינה עשויה להגיש כתבי אישום כנגד עבריינים הפוגעים בפרטיות.

מסרים גלויים וסמויים – חירות, פרטיות, הגנת קרבן נשי,  
ערכים שמרניים

פסק הדין פלוני, המעניק הגנת פרטיות לקשר האינטימי המתנהל במקביל לחיי הנישואין, מבצר לכאורה את החופש הרגשי, כשהוא משוחרר מכבלים פורמליים של מוסר שהפכו לנחלת עבר. אלא שפסק הדין מטלטל את נמעניו וקוראיו לכיוונים שונים. מהו המסר העומד ביסודו? השתקת הפרסום העוסק בבגידה באישה או נקמה של בת הזוג הנטושה? השתקה וגניזה של ספר ראוי או פרסום לספר שאין זה ברור אם היה מעורר עניין ציבורי? התעלמות מספר ביכורים של מספר אלמוני או הערת אזהרה לסופרים כולם? הגנה כללית על נפגעים הנחשפים שלא לרצונם או מתן חסות לאישה צעירה שנפגעה מדמות גברית בכירה? ומעל הכל – האם "ישנם ערכים שעבורם ראוי להפסיד גם כמה 'ספרים טובים'"?<sup>129</sup>

השאלה מה גורלה של ספרות בדויה, העושה שימוש בחומרי מציאות, נחרצה בפסק דין זה לטובת ההגנה על פרטיות הגיבורה. אך פסקי דין, בדומה ליצירה ספרותית, הם נושא לפרשנות מגוונת. יש המפרשים אותם על פי המסר הגלוי, ויש העושים זאת על פי המסר הסמוי. המסר הגלוי של פסק הדין מציג עימות בין חופש הביטוי האמנותי לבין זכות הפרטיות. המסר הסמוי עשוי להיות שונה. בית המשפט חסם הוצאתו לאור של ספר ארוטי הפוגע בכבוד המשפחה. האם ביקש בכך השופט לבטא את השקפת עולמו הדוגלת בצניעות, באיפוק ובהגנה על ערכי המוסר המסורתיים? הבה נאזין לדבריו:<sup>130</sup>

התורה מתארת את הפרהסיה שבה ניתנו לוחות הברית הראשונים, ואת השבר; ואת הלוחות השניים שניתנו למשה רבנו לברו, והיו לפאר היצירה. הלוחות הראשונים ניתנו "בתשואות וקולות וקהלה" (רש"י, שמות לד, ג), במעמד הר סיני לעיני עם ישראל כולו. הלוחות השניים ניתנו למשה רבנו בדממה דקה: "ואיש לא יעלה עמך וגם איש אל ירא בכל ההר, גם הצאן והבקר אל ירעו אל מול ההר ההוא" (שמות לד, ג). נאמר על כך במדרש תנחומא ((ורשא) כי תשא, סימן לא): "הלוחות ראשונות על שנתנו בפומבי, לפיכך שלטה בהם עין הרע ונשתברו, וכאן אמר לו הקב"ה אין לך יפה מן הצניעות". עינינו הרואות, כי הצניעות והמרחב הפרטי עשויים להצמיח יצירה גדולה. היצירה אינה בהכרח תולדה של חופש הביטוי. דווקא הצמצום, הפרטיות, הצניעות, עשויים להיות כר פורה לצמיחה ולהתחדשות. סוד־השיח והמעשה שנעשה בין בני זוג, יוכיח. אין צריך לומר, שהאדם, נזר הבריאה, הוא־הוא תוצאה של המגע האינטימי ביותר. ללמדנו, שחשיפה עד בלי די, אינה תמיד ערוכה ליצירה; אדרבה, ישנם תחומים הסמויים מן העין, שעלינו לשמור עליהם מכל משמר ככאלה, לא רק כהגנה מפני פגיעה, אלא על מנת להבטיח הפריה, יצירה והגשמה.

דברים אלה, הנסמכים על כתבי הקודש ופרשנותם, מעלים על נס את ערך הצניעות. סיפורם של פלוני ופלונית אינו סיפור שניתן להגדירו צנוע, וודאי אין הוא משקף את הערכים של כתבי הקודש. חסימת הסיפור והסתרתו מעין הציבור מבטאות ערכים מסורתיים אלה. אבל אם כך מדוע זיכה בית המשפט את פלונית, השותפה לשבירת ערכי המסורת, בפיוצי כספי גבוה?



האם ראה בפלונית קורבן, אישה צעירה שיש להגן עליה מפני הניצול על ידי גבר מבוגר ובעל מעמד, שהסיט אותה מדרך הראוי? האם גם גבר שנחשף בחיבורה של סופרת היה זוכה לאותה הגנה, או שמא הייתה חשיפת פרטים אלה נחשבת משפילה ופוגענית פחות?<sup>131</sup>

ההכרעה בענייננו ניתנה פה אחד, ובקשה לדיון נוסף נדחתה,<sup>132</sup> אך קשה שלא לראות בה החלטה מעוררת מחלוקת. השאלה כיצד יפורש פסק הדין בעתיד ומה יהיה ערכו התקדימי מעוררת ודאי ציפייה, אולי חרדה. האם יהפוך לתקדים שהוא בבחינת מורה דרך, או שמא יידחה על ידי בחינה ביקורתית של הרכבים אחרים, שאינם מחויבים לו, ואשר ישירו שיר תהילה נורמטיבי לחופש הביטוי האמנותי? האם יאוכחן על ידי נסיבותיו או על ידי איזון שונה שייערך בין הזכויות המתחרות?<sup>133</sup>

מגוון איזונים בתחרות בין חופש הביטוי להגנת הפרטיות –  
בין כלל קנייני כלכל אחריות

אציג בקצרה מגוון אפשרויות לגבי החלטה עתידית בעניין מסוג זה, הנשענות הן על שלל בחירות בכל הנוגע לאיזון בין חופש הביטוי לזכות הפרטיות, הן על עמדות שונות בשאלת הסעד הראוי. יודגש שהאפשרויות הללו אינן בנויות על פרשנות פסק הדין וחלקן מנותקות מהנחות היסוד שלו.

ראשית, פרשנות העובדות יכולה להוביל למסקנה שהפגיעה בפרטיות צריכה לסגת מפני חופש הביטוי, הן בשל אופייה הבדיוני של היצירה (כהגדרתה על ידי המחבר), הן בשל הסכמתה של פלונית לפרסום. אפשרות זו תוביל להענקת הבכורה המוחלטת לחופש הביטוי האמנותי, לדחיית תביעתה של פלונית מכל וכל ולפרסום היצירה.

שנית, פרשנות העובדות תוביל למסקנה שפלונית הסכימה בראשית הדרך לפרסום, ועל סמך הסכמתה פעל פלוני ופרסם את הספר. אלא שלאחר מכן פלונית התחרטה והיא טוענת עתה לפגיעה בזכותה לפרטיות. במצב זה בית המשפט עשוי לחסום את הוצאת הספר, ובצד זאת, לחייב את פלונית לשלם פיצויים לפלוני בשל הנזק שנבע מחזרתה מההסכמה. כלומר, שתי הזכויות – חופש הביטוי האמנותי והזכות לפרטיות – יזכו בהגנה חלקית: פלונית תזכה בסעד קנייני – הספר ייחסם; אך היא תחויב לפצות את פלוני על נזקיו בשל חזרתה הלא מוצדקת מהסכמתה.

בהשראתם של קלברזי ומלמד, "כלל האחריות" לטובת פלוני, המאפשר לפלונית "לשלם" עבור גניזת הספר, יוצר מצב שבו הן פלוני, הן פלונית הם גם "מזיקים" וגם "ניזוקים" בעת ובעונה אחת, שכן זכותו של כל אחד מהם נפגעת בשל פעולתו של השני.<sup>134</sup>

שלישית, על סמך פרשנות העובדות הנוכחית עשוי בית המשפט לערוך איזון שונה באמצעות דיני התרופות: הקביעה שפרסום הספר פגע בזכות הפרטיות של פלונית, לא תעניק לפלונית סעד קנייני-מניעתי אלא סעד אחריותי-כספי בלבד. ובמילים אחרות, הספר יפורסם, אבל פלונית תהיה זכאית לפיצוי כספי בגין הפגיעה בפרטיותה, כך ששתי הזכויות תזכינה להגנה חלקית. זו הדרך שיושמה על ידי בית המשפט האמריקאי בפרשת *Smith v. Stewart*.<sup>135</sup> מנקודת המבט של הזכות לפרטיות פסיקת פיצוי כספי בלבד מציבה "תג מחיר" לפגיעה בפרטיותו של אדם, ומבטאת תפיסה שלפיה הפגיעה היא חד פעמית או ניתנת לתיחום. לעומת זאת, סעד המצווה על גניזת הספר מבטא השקפה שלפיה הפגיעה בפרטיות היא מתמשכת ואינה ניתנת לכימות בכסף (כל עוד הספר נמצא על המדפים ומגיע לקהל גדול יותר, כך הולכת הפגיעה וגדלה ואין היא מסתכמת באירוע צאתו של הספר לאור). לכן, כאשר המשפט האמריקאי מאפשר לביטוי הפוגע בפרטיות להמשיך ולהתקיים (לצד פסיקת פיצוי כספי חד פעמי), הוא אינו מביע סלידה אמיתית מהפגיעה בפרטיות הנעשית במסווה של ספרות בדיונית. מדובר, למעשה, ב"הגנה חלקית" בלבד.

זה לא מכבר הוחלה גישה מקבילה גם בבית הדין האירופאי לזכויות האדם, אם כי בנסיבות שונות: מחברת שהיא אזרחית פורטוגל פרסמה בשם עט ספר שתיאר חיי משפחה. הספר שהודפס במאה עותקים חולק חינם לחבריה ולקרוביה של המחברת. בספר צוין כי היצירה היא פרי דמיונה של המחברת וכי כל דמיון למציאות מקרי בהחלט. אחדים מקרובי משפחתה של המחברת הגישו נגדה קובלנה פלילית בשל ביזוי שמם וכבודם. בית המשפט הפורטוגזי הטיל עליה פיצויים בסך 53 אלף יורו, וחילק את הסכום בין בני המשפחה הנפגעים. בית הדין האירופאי לזכויות אדם אישר פסק דין זה, וקבע כי נערך בו האיזון הנכון בין חופש הביטוי של המחברת והזכות לפרטיות של קרובה.<sup>136</sup> בנסיבות המקרה לא היה טעם בגניזת הספר, שכן הספר יצא לאור שלא למטרות מסחריות, והפצתו ממילא הוגבלה מראש.

רביעית, על סמך פרשנות העובדות הנוכחית עשוי בית המשפט להעניק לפלונית סעד קנייני-מניעתי ולא סעד כספי. בדרך זו בחר בית המשפט הפדרלי החוקתי הגרמני בפרשת הסופר והשחקנית, שדחה את תביעת הפיצויים שהגישה השחקנית נגד הסופר.<sup>137</sup>

חמישית, הדרך שבה בחר בית המשפט, כלומר, חסימת הספר והטלת פיצויים לטובת פלונית. דרך זו מעניקה הגנה מוחלטת לזכות הפרטיות. פלונית זוכה הן בסעד קנייני, הן בסעד אחריותי.

החלטה זו ניתנת, כאמור, לפירושים שונים: בין כמבטאת עמדה מתירנית, המאפשרת לפלונית לחיות רחוק מעיני הציבור את חייה לפי העדפותיה; בין כמשקפת עמדה שמרנית, הרואה במחבר חוטא, שחטא כלפי פלונית, האישה הצעירה (וכלפי משפחתו) בהציגו לראווה חיים פרטיים ואינטימיים, שאותם הוא מבקש למסחר. ואכן, שניים משופטי המיעוט בבית המשפט הפדרלי החוקתי הגרמני בפרשת הסופר והשחקנית ציינו שהעמדה שלפיה ככל שמדובר בספירה האינטימית יש להעטות עליה מעטה בדיוני, מובילה להטלת טאבו על מיניות, בדרך שתגביל את חופש הביטוי האמנותי באופן לא סביר.<sup>138</sup>

שישית, עמדה שמרנית מרחיקה לכת אף יותר מזו המשתקפת בהכרעה הנוכחית של בית המשפט, תעלה על נס את הערך של קדושת הנישואין, תגנה את פלונית שפגעה בו, ותראה בה שותפה לחטא, לא רק כלפי פלוני וכלפי בני משפחתו אלא גם כלפי הציבור. פלונית לא תיחשב ראויה כלל להגנת המשפט, שהרי אין חוטאת נשכרת.<sup>139</sup> כלומר, הוצאת הספר תיחסם בהיותה מנוגדת לערכים ציבוריים, ופלונית לא תזכה לכל פיצוי בהיותה שותפה לפגיעה בערכים אלה. התוצאה כאן זהה לזו שנדונה באפשרות הרביעית. אך מבחינת ההנמקה מדובר בהחלטה שונה. בעוד שהאפשרות הרביעית הגונזת את הספר, אך השוללת הטלת חבות כספית על הסופר, מעוגנת באיזון בין פרטיות לחופש הביטוי האמנותי, האפשרות הנוכחית מבוססת על תפיסת האירוע הכולל כחטא. עמדה אחרונה זו, הנראית בלתי סבירה במציאות של היום, מאיימת במיוחד. האם הפרטת הפרטיות המעניקה שיקול דעת לבית המשפט בעריכת האיזון בין הזכויות המתחרות, עלולה להחזיר אותנו לימי הצנזורה האפלים שקדמו להכרעת בית המשפט האנגלי בעניין מאהבה של לידי צ'טרלי?<sup>140</sup>

האפשרויות הראשונה, הרביעית, החמישית והשישית מובילות למסקנה

בינארית: פלונית והזכות לפרטיות גוברות על פלוני ועל חופש היצירה (רביעית, חמישית); פלוני וחופש היצירה מכריעים את פרטיותה של פלונית (ראשונה); הזכויות כולן נחסמות בשל הפגם המוסרי של הדמויות ושל היצירה (שישית). האפשרויות השנייה והשלישית מובילות להכרעה חלוקתית: פלוני אינו זכאי לפרסם אך הוא זכאי לפיצויים מפלונית (שנייה); פלוני זכאי לפרסם, אך פלונית זוכה לפיצויים ממנו (שלישית).

פסק הדין בחר באפשרות הבינארית שלפיה פלונית וזכותה לפרטיות גוברות על פלוני וחופש היצירה (חמישית). קוראיו של פסק הדין עשויים לראות בו ביטוי להשקפת עולם של שופט המגביל את חופש הביטוי,<sup>141</sup> מטעמים של פרטיות (במקרה זה), ואולי גם מטעמים הנוגעים להשקפה מוסרית. אך מעניין לציין שאותו שופט איפשר את הפצתו בחינם של השבועון "שרלי הברדו" במסגרת תעמולת בחירות מרץ 2015, למרות הטענה שהשבועון פוגע באופן בוטה ברגשות הדתיים של המוסלמים בארץ.<sup>142</sup>

היפוך התפקידים במחזה האינטימי – אהבה, ספרות, משפט גורלם בחיים, בספרות ובמשפט של גיבורי סיפורים אינטימיים מעין אלה שבהם דנו, חושף על פני רצף היסטורי היפוך של תפיסות חברתיות-משפטיות. כיום ניאוף אינו מהווה עוולה אזרחית או עבירה פלילית. בניגוד להסטר, גיבורת אות השני, פלונית נהנית הן מחירות פעולה, הן מזכות לפרטיות, המעניקה לה הגנה מפני פרסומים לא מורשים על צנעת הפרט, גם על מה שאולי נחשב בעבר ניאוף. סיפורה של הסטר היה נחתך כיום על פי חוק הגנת הפרטיות באופן הפוך למה שנגזר עליה אז: מוקיעיה של הסטר, שומרי המוסר, היו עשויים להיחשב מבצעי עוולה ועבריינים, ואילו הסטר, מקעקעת הקוד המוסרי, הייתה נחשבת קורבן, בעלת זכויות משפטיות לתבוע את מוקיעיה ולמנוע את ההוקעה.<sup>143</sup>

הצנזורה שינתה צורה. אין כיום צנזורה מינית-מוסרית מטעם המדינה, ולא המדינה אוסרת פרסומים אינטימיים, נועזים. אבל מי שנפגע רשאי לפנות לבית המשפט ולבקש איסור פרסום. לכאורה, בכך ניתן הכשר לנועזות משוחררת במישור הפרטי.<sup>144</sup> אלא שהפרטיות והקורקטיות הפוליטית הפכו מעין תחליף לצנזורה המדינתית. וכך קורה שהפרטת הצנזורה עשויה להפגיש את הפרטיות עם השמרנות: בשם הפרטיות ניתן לאסור פרסומם

של פרטים נועזים ואינטימיים, שחוגים שמרניים היו, מן הסתם, מתנגדים להפצתם הכוללת מלכתחילה.<sup>145</sup> ברוח המהלך שמתאר מישל פוקו, ניתן לומר שבעוד שבעבר הריבון עשה שימוש בפומביות העונש כדי להשליט סדר ולקבוע אורחות חיים, כיום תהליך ההבניה החברתית נעשה באמצעים לא אלימים; בענייננו, באמצעות בלימת ספר המתאר התנהלות ש"לא ראוי" למקד אליה את תשומת ליבו של הציבור. הפרטת הצנזורה מאפשרת לבית המשפט לשמש, אפוא, "סוכן משמוע", המחנך לטוב ורע על ידי הצנעת ספר הפוגם במודל המשפחה האידיאלי.<sup>146</sup>

הפרטת הצנזורה כרוכה בהעברת נטל הפעלתה משכמה של המדינה אל הטוענת לפגיעה בפרטיותה, כלומר, מלוא העלות הכלכלית לחסימת פרסום פרט אינטימי מוטל על הנפגעת. עליה גם לפעול בזריזות כדי למנוע הפצה בכלי התקשורת המודרניים, אשר לרוב אינם מוגבלים על ידי צווים משפטיים.<sup>147</sup> נטל כבד זה שבו נאלצת לשאת הנפגעת הוא המחיר הבלתי נמנע שיש לשלם עבור חיים בחברה ליברלית שאינה בוחנת כל מידע טרם פרסומו, אך היא מאפשרת לפרט לעצור פרסומים פוגעניים.

היכולת לאסור פרסומים הנוגעים לאותה נועזות משוחררת חושפת את המתח בין אמת ושקר בחיים ובספרות. אפלטון דאג מפני השקריות של הספרות, בעוד שכיום מה שמטריד בספרות הוא דווקא חשיפת האמת. בעשרות השנים האחרונות הייתה אשליה מסוימת שהשלמנו עם הספרות, והנה מסתבר שהיא עדיין מאיימת – הפעם בחשיפת החיים עצמם.

אל שרשרת ההיפוכים הקודמת – כבילה מינית מול חופש; איסור על פרסומי תועבה מול חופש ביטוי בלתי מוגבל כמעט; העברת נטל איסור הפרסום מן המדינה לפרט; גינוי הזיוף שבספרות מול גינוי האמת שבה – מצטרף היפוך נוסף הנוגע לאופיו של בית המשפט כזירה ציבורית פתוחה לכל. בתקופת הצנזורה המדינתית, שבה משטרה המדינה את חיי הפרט במישור האינטימי, והטילה איסור על פרסום יצירות בדיוניות שהשחיתו את המהוגנות המוסרית, שימש בית המשפט במה ציבורית להוקעת חוטאים, שחשפה בפני הציבור כולו סיפורי חיים נועזים ואסורים.<sup>148</sup> כיום החופש האישי והחירות האמנותית הם כמעט בלתי מוגבלים, אך חל כרסום בעקרון פומביות הדיון. דווקא הלגיטימיות האופפת את הנועזות וההכרה בזכות הפרטיות משמשות צידוק לחסימת הנגישות לבתי המשפט ולמסמכיו, ובית המשפט כובל עצמו במקרים המתאימים לכללי חיסיון נוקשים, כגון הסתרת

שמות הצדדים, השמטת פרטים מזהים ואף סגירת דלתותיו בפני הציבור.<sup>149</sup> התיאטרון הטוב ביותר כבר אינו החיים עצמם, כפי שהם נחשפים בבית המשפט, אלא החיקוי לחיים כפי שהוא מוצג בתיאטרון, באמנות או ביצירות ספרותיות, ובתנאי שהן רחוקות מהאמת. עניין זה מוביל אותנו למתח שבין גניזת הספר ופרסום פסק הדין ולפרדוקס הכרוך בו. סיפור ה"רומן החולף" של פלוניט ופלוני, אשר נאסר להפצה ונגנז עקב פרטיו המזהים, מוצא עצמו, חרף האיפול על שמות הגיבורים והפיכתם ל"פלוני", פרוש מעל דפי פסק הדין על הפרטים המזהים שבו. דפים אלה מן הסתם יישאו את סיפורם של השניים למשך זמן רב יותר ויפיצו אותו בקרב ציבור רחב יותר, משהיו עושים זאת דפי הרומן של פלוני.

נסיים את הפגישה בין אהבה, ספרות ומשפט, בסיכום קצרצר: תחילתו של הסיפור באהבה שמתה; המשכו – בסיפור שביקש להחיות ולו זמנית את האהבה; וסופו – במשפט שהמית את הסיפור על סיפור האהבה, והבעיר אש המכלה את דפי הסיפור במקדש הפרטיות. אכן, עזה כמוות אהבה.



- 1 ע"א 8954/11 פלוני נ' פלוניט (פורסם בנבו, 24.4.2014) (להלן: עניין פלוני).
- 2 הזכויות מוגדרות כחוקתיות מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אמנם חופש הביטוי, ועמו חופש הביטוי האמנותי, אינם מנויים בו מפורשות, אך חירויות אלה הן מנשמת אפה של הדמוקרטיה: עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 53-66. הזכות לפרטיות מוזכרת מפורשות בסעיף סעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע: (א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו. (ב) אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו. (ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו. (ד) אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו. עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 67-71.
- 3 נתניאל הותורן אות השני (סיגל אדלר-שטראוס מתרגמת, הוצאת כרמל, 2003).
- 4 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 155.
- 5 רקע עובדתי מפורט מובא בפסק דינו של בית המשפט העליון: עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 3-10.
- 6 ת"א (מחוזי י"ם) 3213/09 פלוניט נ' פלוני, תק-מח 2011(4) 7397 (2011) (השופטת גילה כנפי-שטייניץ) (להלן: עניין פלוניט – מחוזי).
- 7 אולם, על הוצאת הספרים שנתבעה אף היא לא הוטלה אחריות, בנימוק שהיא לא הייתה חייבת לדעת, על יסוד העובדות שהיו בפניה בעת הוצאת הספר לאור, שהספר מכיל פגיעה בפרטיות: עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 22.
- 8 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 140-143.

- 9 למשל, משה גורלי "סוד הצמצום – פלוני נגד פלונית: השופט נעם סולברג מזיע ממאמץ להזיז את נקודת האיזון של חופש הביטוי במשפט הישראלי" העין השביעית 10.6.2014, [www.the7eye.org.il/112273](http://www.the7eye.org.il/112273) (הצדקה לתוצאת פסק הדין אך ביקורת על אופן נימוקו); עידו באום "סולברג צדק" הארץ – דעות 2.6.2014, [www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.2337450](http://www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.2337450) (הצדקה לתוצאת פסק הדין ולנימוקו); מיקי לוי "אזעקת אמת – על גניזת ספרו של [פלוני]", [www.nrg.co.il/online/47/ART1/887/110.html](http://www.nrg.co.il/online/47/ART1/887/110.html) (ביקורת על התוצאה); מערכת הארץ "ספרות תחת מתקפה" הארץ – דעות 26.5.2014, [www.haaretz.co.il/opinions/editorial-articles/1.2331426](http://www.haaretz.co.il/opinions/editorial-articles/1.2331426) (ביקורת על התוצאה). לתגובות של סופרים לפסק הדין ראו מיה סלע "האם האיסור לפרסם ספר הפוגע בפרטיות הוא מכה לחופש הביטוי?" הארץ – גלריה 29.5.2014, [www.haaretz.co.il/gallery/literature/premium-1.2334101](http://www.haaretz.co.il/gallery/literature/premium-1.2334101).
- 10 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 61-66. לדיון נוסף בחשיבות היצירה האוטוביוגרפית לחקר האמת ראו: Sonja R. West, *The Story of Me: The Underprotection of Autobiographical Speech*, 84 WASH. U. L. REV. 905, 944-48 (2006); אך ראו להלן מאמרה בה"ש 34, המתאר את *The Story of Us*, שדינו שונה, כמוכן.
- 11 James Wood, *How FICTION WORKS* 237 (2008); Richard Posner, *LAW AND LITERATURE* 512 (3d ed., 2009).
- 12 עמוס עוז סיפור על אהבה וחושך (מהדורה עשרים ושמונה, כתר הוצאה לאור, 2008).
- 13 לתיאור והדגמת הטשטוש בין בדיון ותיעוד בספרות האנגלו-אמריקאית הפופולארית: Posner, לעיל ה"ש 11, בעמ' 512-513.
- 14 השופט סולברג מתייחס לרומן מפתח כקטגוריה המטשטשת את ההבחנה בין בדיון לתיעוד: עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 143.
- 15 ש"י עגנון שירה (הוצאת שוקן, 1999).
- 16 במהלך ישיבה של האקדמיה ללשון העברית בשנת 1969, שצוטטה בפרוטוקול הישיבה בה התעוררה השאלה כיצד יש לכנות "רומן מפתח" בעברית, אמר עגנון: "מימי לא נתכוונתי להעלות בסיפורי דמות שיכולים לומר עליה, לפלוני זה נתכוון המחבר, אלא ברית כרותה למספר אמיתי, שכל נפש שהוא עושה בסיפורו, נפש חיה היא" (זיכרונות האקדמיה ללשון העברית כרך טז 32-33 (תשכ"ט)).
- 17 דן לאור חיי עגנון 410-411 (הוצאת שוקן, 1998).
- 18 Saul Bellow, *Ravelstein* (2007).
- 19 ראו, למשל: Jonathan Wilson, *Bloom's Day*, N.Y. TIMES — BOOKS, April 23, 2000, available at [www.nytimes.com/books/00/04/23/reviews/000423.23wilson.html](http://www.nytimes.com/books/00/04/23/reviews/000423.23wilson.html).
- 20 Paul de Man, *Autobiography as De-Facement*, 94 MLN 919 (1979). לעמדה המסתייגת מטענה זו, ראו: Jakki Spicer, *The Author is Dead, Long Live the Author: Autobiography and the Fantasy of the Individual*, 47 CRITICISM 387, 387-403 (2005).
- 21 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 26.
- 22 שם, פס' 15.
- 23 שם.

- 24 זאב לוי הרמנויטיקה 139-154 (הוצאת ספרית פועלים, 1986). ראו גם חנוך בן-פזי הפרשנות כמעשה מוסרי – ההרמנויטיקה של עמנואל לוינס 142-148 (הוצאת רסלינג, 2012).
- 25 פרופ' הירשפלד אמנם קובע כי האבחנה בין תיעוד לדמיון נעוצה בטענת המחבר, אך הוא עצמו לא מסתפק בכך, אלא נוטל על עצמו להוכיח במסגרת חוות דעתו את בדיוניות היצירה, על ידי בחינת תכונותיה הפנימיות והחיצוניות ((עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 138, ועניין פלוני – מחוזי, לעיל ה"ש 6, פסקאות 26-27).
- 26 רולאן בארת מות המחבר / מהו מחבר? 7-18 (דרור משעני מתרגם, הוצאת רסלינג, 2005): "הולדתו של הקורא דורשת את מותו של המחבר." (שם, עמ' 18). ביטוי לכך נמצא בעמדתו של פרופ' חבר: "מדובר במבחן אובייקטיבי הנגזר מפרשנות הקורא הסביר למכלול האיתותים שבספר" (עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 138, ופס' 28 לעניין פלוני – מחוזי, לעיל ה"ש 6).
- 27 Jacques Derrida, *OF GRAMMATOLOGY* (Gayatri Chakravorty Spivak trans., 1997); לוי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 264-282; בן-פזי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 149-150. לדיון מפורט בגישות השונות בשאלת הגדרת היצירה ראו שחר ליפשיץ ואלעד פינקלשטיין "מבט הרמנויטי על פרשנות חוזים" משפטים מג 55, 72-76 (2012).
- 28 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 143.
- 29 שם, פס' 139-140.
- 30 שם, פס' 138.
- 31 Lon L. Fuller, *Consideration and Form*, 41 COLUM. L. REV. 799, 802-803 (1941)
- 32 ראו נילי כהן "נאמנות הפרשן" עיוני משפט לה 587, 593-595 (2013); Henry Maine, *ANCIENT LAW: ITS CONNECTION WITH THE EARLY HISTORY OF SOCIETY AND ITS RELATION TO MODERN IDEAS* 313 (13th ed. 1890) ביטוי לעדיפות המהות על פני הצורה מצוי בסעיף 2(ב) לחוק המשכון, התשכ"ז-1967, הקובע שכל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב תחשב כמשכון, יהא כינוייה אשר יהא.
- 33 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 142.
- 34 Sonja R. West, *The Story of Us: Resolving the Face-Off Between Autobiographical Speech and Information Privacy*, 67 WASH. & LEE L. REV. 589 (2010)
- 35 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 156.
- 36 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 1.
- 37 שם, פס' 91-110.
- 38 שם, פס' 111-115.
- 39 שם, פס' 128-136.
- 40 (Ger.) 61 NJW 39 (2008) (Ger.); BVerfGE 119, 1 (Ger.); עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 105-107. תובעת נוספת הייתה אמה של השחקנית, אך תביעתה לא צלחה, שכן נקבע שהיה מרחק נאות בין דמותה במציאות לבין הדמות הספרותית. לעיון בפסק הדין: Paul M. Schwartz and Karl-Nikolaus Peifer, *Prosser's Privacy and the German Right of Personality: Are Four Privacy Torts Better than One Unitary Concept*, 98 CAL. L. REV. 1925, 1932-1937, 1960-1963 (2010). הספר תורגם לא מכבר לעברית: מקסים בילר אסרה (מיכאל דק מתרגם, הוצאת עם עובד, 2015). מן הסתם, האיסור על הפצתו חל ברחבי גרמניה בלבד ולא מחוץ לגבולותיה.



- 41 BGH, Urteil v. 24.11.2009, Az. VI ZR 219/08. הערכאה הנמוכה הטילה פיצויים בסכום של 50 אלף יורו, אך ערכאת הערעור ביטלה את פסק הדין, בהדגישה שנוזקה של התובעת אינו די חמור כדי להטיל חובה מקבילה על הסופר-הנתבע לפצותה. תהיה זו פגיעה נוספת בחופש הביטוי האמנותי שכבר נפגע דיו נוכח האיסור על פרסום הספר.
- 42 מיכאל בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 154-155 (2011); Duchess of Argyll v Duke of Argyll [1967] Ch 302 (בית המשפט אסר על פרסום פרטים אינטימיים אודות דמות ציבורית, שהועברו לתקשורת ללא הסכמתה ותוך הפרת יחסי האמון בינה לבין בן זוגה).
- 43 שם, בעמ' 153-154.
- 44 ראו תקדים המפתח באנגליה, Campbell v. MGN Ltd [2004] UKHL 22, בו נפסק כי פרסום שחשף את ביקוריה של הדוגמנית נעמי קמפבל במפגשי גמילה מסמים פגע בזכותה לפרטיות. לסקירת הצדקתה הדמוקרטית של הזכות לפרטיות ראו: Annabelle Lever, *Privacy Rights and Democracy: A Contradiction in Terms?* 5 CONTEMP. POL. THEORY 142 (2006).
- 45 Campbell v. Seabury Press, 614 F.2d 395 (5th Cir. 1980); Bonome v. Kaysen, 17 Mass. L. Rep. 695 (Mass. Super. Ct. (2004)); עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 113-115.
- 46 לסיכום הסוגיה ולהצגה ביקורתית המצביעה על סתירות בפסיקה האמריקאית, והמציעה לצמצם את אחריותם של יוצרי יצירות בדיוניות בגין לשון הרע, ראו: Mark Arnot, *When is Fiction Just Fiction? Applying Heightened Threshold Tests to Defamation in Fiction*, 76 FORDHAM L. REV. 1853 (2007) לעמדה מוקדמת יותר, המצדיקה את האיזון שנעשה בפסיקה האמריקאית בין ההגנה על חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב במקרים של יצירות פוגעניות המוסוות כיצירות בדיון, ראו: Frederick Schauer, *Liars, Novelists, and the Law of Defamation*, 51 BROOK. L. REV. 233 (1985); Daniel Smirlock, "Clear and Convincing" Libel: Fiction and the Law of Defamation, 92 YALE L. J. 520 (1983).
- 47 Smith v. Stewart, 291 Ga. App. 86, 101 (Ga. Ct. App. 2008).
- 48 פסיקה זו גררה ביקורת תקשורתית, למשל ראו: Jane Kleiner, *When Art Imitates Life: Suing for Defamation in Fiction*, DIGITAL MEDIA LAW PROJECT (November 4, 2010), available at [www.dmlp.org/blog/2010/when-art-imitates-life-suing-defamation-fiction](http://www.dmlp.org/blog/2010/when-art-imitates-life-suing-defamation-fiction); Stephen Gurr, *Jury Rules for Plaintiff in Red Hat Club Trial*, Gainesvilletimes.com, November 19, 2009, available at [www.gainesvilletimes.com/archives/26196](http://www.gainesvilletimes.com/archives/26196).
- 49 למקרים בולטים שבהם לא הוטלה חבות על היוצר לפצות את התובעים: Polydoros v. Twentieth Century Fox Film Corp., 79 Cal. Rptr. 2d 207 (Ct. App. 1997) (תביעה כנגד מפיקי סרט אשר לפי הנטען הכיל פרטים מזהים אודות התובע; בית המשפט פסק כי דמותו של התובע בסרט אינה מאפשרת זיהויו במציאות על ידי האדם הסביר, וכי בין כה וכה הדמות מתוארת בצורה חיובית במיוחד); Tamkin v. CBS Broad., Inc., 122 Cal. Rptr. 3d 264 (Ct. App. 2011) (תביעה כנגד המפיקים של פרק בסדרת הדרמה CSI, אשר התבסס לכאורה על סיפור חיים של התובעים,

בני זוג מלוס אנג'לס; בית המשפט פסק גם כאן שהאופן שבו תוארו בני הזוג בפרק לא היה מאפשר זיהויים על ידי האדם הסביר, וכן שעומדת למפיקים הגנה מפני עילת הפגיעה בפרטיות עקב העניין הציבורי הרב בתכנית הטלוויזיה); בשני מקרים אלה הכיר בית המשפט בזכות העקרונית לפיצוי עקב יצירה בדיונית הפוגעת בפרטיות התובע, אך סייג זאת בתנאים הבאים: על היצירה להכיל מספיק פרטים שיאפשרו את זיהוי התובע על ידי האדם הסביר, התיאור נדרש להיות שלילי, ובנוסף נדרש שלא יהיה עניין לציבור בפרסום היצירה הפוגענית. בהמשך אתייחס לשאלת היחס בין תרופה קניינית, בהקשרנו, גניזת הפרסום, לבין תרופת הפיצויים המסתפקת בהטלת אחריות על המחבר. להלן טקסט להערות 133-142.

- 50 Posner, לעיל ה"ש 11, בעמ' 512.
- 51 להתייחסות לתביעה בגין פגיעה בפרטיות: Posner, שם, בעמ' 515, ה"ש 49.
- 52 Posner, שם, בעמ' 516, בהסתמכו על Arnot, לעיל ה"ש 46, בעמ' 1866.
- 53 Posner, שם, בעמ' 517.
- 54 ישנם קולות המבקרים גישה זו: Matthew Savare, *Falsity, Fault, and Fiction: A New Standard for Defamation in Fiction*, 12 UCLA ENT. L. REV. 129 (2004) (מציע קני מידה מרוככים שיאזנו בין חופש הביטוי האמנותי של סופרים לבין הזכות לשם טוב של בני האדם עליהם מבוססים הסיפורים: כוונה לפגוע בשם הטוב ודמיון מובהק בין הדמות הספרותית לדמות המציאותית); Robert D. Richards, *When "Ripped from the Headlines" Means "See You in Court": Libel by Fiction and the Tort-Law Twist on a Controversial Defamation Concept*, 13 TEX. REV. ENT. & SPORTS L. 117 (2012); לעמדה דומה מוקדמת, ראו: Alfred Hill, *Defamation and Privacy Under the First Amendment*, 76 COLUM. L. REV. 1205, 1310-1311 (1976) (אין בחשש מהגבלת חופש הביטוי כדי להעניק חסינות לגילוי ספרותי של חיי מין בין בני זוג לשעבר. עם זאת, נוכח הגדרת היצירה כבדיונית, התובעת תיאלץ לעמוד בנטל הוכחה כבד, כדי להוכיח שציבור קוראים משמעותי ער לכך שהתיאור הבדיוני לכאורה ביצירה מהווה תיאור מציאותי של דמות התובעת).
- 55 ראו לעיל ה"ש 15.
- 56 עמוס עוז הבשורה על פי יהודה (כתר הוצאה לאור, 2014).
- 57 לתיאור כללי ומגוון של הספרות העולמית בהקשר זה: Posner, לעיל ה"ש 11, בעמ' 515-512.
- 58 בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (1999).
- 59 שם, פס' 25 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 60 שם, פס' 26 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 61 שם, פס' 27 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 62 שם, פס' 13-15 לפסק דינו של השופט חשין.
- 63 השופט חשין מבהיר כי סעיף 5 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 קובע כי דין לשון הרע על מת כדין לשון הרע על החי, אם כי מבחינה דיונית מטיל החוק מגבלות על יכולת הפנייה לערכאות. סעיף זה מקנה מעמד לשארי המת (בכלל זה אחים) לבקש שיוגש כתב-אישום על הוצאת לשון הרע כנגד המת. מכאן שניתן להסיק ששארם הם בעלי מעמד לכל עניין אחר הנוגע להוצאת לשון הרע על מי שמת: עניין סנש, לעיל ה"ש 58, פס' 20 לפסק דינו של השופט חשין.

- 64 בסופו של דבר רשות השידור הוציאה את הקטע הפוגעני מהשידור, לאחר ששכנעה את המחזאי להסכים לכך. בביוגרפיה של הנשיא ברק אף נכתב כי הוא עצמו היה מוכן לנסות ולשכנע את רשות השידור להימנע מלשדר את הקטע: נעמי לויצקי כבודו – אהרון ברק. ביוגרפיה 312 (כתר הוצאה לאור, 2001). על כך מעיר דניאל פרידמן: "יש בכך כדי ללמד משהו על גבולות המשפט, על הפער בין משפט לבין צדק, ועל הרטוריקה של עקרונות מופשטים כאשר אין נכונות להגשימם": דניאל פרידמן הארנק והחרב: המהפכה המשפטית ושברה 271-272, 275 (הוצאת ידיעות אחרונות, 2013).
- 65 אותו עקרון של החופש לשקר ביצירה אמנותית הוחל בעניין הסרט "ג'נין, ג'נין": בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים פ"ד נח(1) 249 (2003); רתם רוזנברג "הבניית זכרון הפעולה הצבאית בג'נין בפסיקת בג"ץ" עיוני משפט לב(1) 203 (2010).
- 66 מוכן, שאם התביעה היא בשל לשון הרע, אסור לומר דבר שקר על הדמות הפרטית או הציבורית. וראו דבריו של השופט ג'ובראן בעניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פסקה 6: "אני סבור כי היקף ההגנה שיש להעניק לספר אינו רחב שעה שמן הצד השני ניצבת זכותה של המשיבה לפרטיות במובנה המובהק ביותר, ודין האחרונה לגבור".
- 67 לכפירה בהבחנה המסורתית שבין דמות פרטית לדמות ציבורית, בעיקר מן הטעם שהנימוקים העומדים בבסיס ההבחנה – המעוגנים בנגישות לתקשורת ובאמצעי השפעה – כבר אינם רלוונטיים בימינו: Quin S. Landon, *The First Amendment and Speech Based Torts: Recalibrating the Balance*, 66 U. MIAMI L. REV. 157 (2011).
- 68 אפלטון, המדינה ב, 377; אפלטון חוקים ז, 816-817; חיים כהן דת ודין 618-619 (דניאל פרידמן עורך, 2009).
- 69 ראו נתן אלתרמן פונדק הרוחות 94-95 (1962): חננאל, האומן המהולל, גיבור המחזה, לועג בסוף המסע לחקיינות שבעולם. לא רק לחקיינות של התוכי או הקוף, אלא גם לחקיינות שבאמנות: הוא מתגעגע לעולם הממשי, שבו הצער הוא חי, ואין הוא יצוק בפסל או שהוא מומחז או מתוזמר.
- 70 אפלטון המדינה ג, 398-399; לניתוח בהקשר הספרותי-משפטי: Kenji Yoshino, *The City and the Poet*, 114 YALE L. J. 1835 (2005).
- 71 Plato, *THE COLLECTED DIALOGUES: INCLUDING THE LETTERS*, Letter 2, 1563, 1567 (Edith Hamilton & Huntingron Cairns eds., Lane Cooper trans., Princeton University Press 2005). ראו Ramona A. Naddaff, *EXILING THE POETS: THE PRODUCTION OF CENSORSHIP IN PLATO'S REPUBLIC* (The University of Chicago Press, 2002).
- 72 חיים כהן, לעיל ה"ש 68, בעמ' 614-683.
- 73 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 155.
- 74 במחזהו "אלמנסור" (1820): Heinrich Heine, *ALMANSOR*, Heines Werke, Saekularausgabe band 4, Tragoedien, Fruehe Prosa 1820-1823 7, 15 ll. 243-244 (1981).
- 75 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 151.
- 76 שם, פס' 152.

- 77 שם, פס' 155.
- 78 דנטה אליגיירי הקומדיה האלוהית (אריה סתיו מתרגם, הוצאת הקיבוץ המאוחד, 2007).
- 79 Posner, לעיל ה"ש 11, בעמ' 515.
- 80 ג'יימס ג'ויס יוליסס (יעל רנן מתרגמת, הוצאת זמורה-ביתן, 1985).
- 81 Citizen Kane (Mercury Productions, 1941).
- 82 לעיל ה"ש 40, השופטים Hohmann-Dennhardt ו-Gaier, פסקה 117. יוהן וולפגנג גתה ייסורי ורתר הצעיר (יעקב גוטשלק מתרגם, הוצאת כרמל, 2000).
- 83 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 162.
- 84 Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972). לפיתוח ראו להלן טקסט להערות 133-142.
- 85 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 35.
- 86 בפס' 2 לפסק דינה בעניין פלוני, שם: "אף שמלכתחילה אפשר היה כאמור אחרת. הצענו בדיון לאפשר שינויים שאינם קלי ערך בספר אך הדבר לא הסתייע. לא נוכל ליטול על עצמנו בפסק דין את התפקיד של "עורך ראשי" ואת התפקיד של מי שיוורה על שינויים ברומן ספרותי. להתרשמותי מלכתחילה ניתן היה לכתוב את הדברים אחרת בלי פגיעה של ממש בחירות היצירה, אולם המערער כתב מה שכתב באופן המתעלם כליל מהפגיעה במשיבה".
- 87 ראו גם ס' 2 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 הקובע כי "פגיעה בפרטיות היא אחת מאלה:
- (7) הפרה של חובת סודיות שנקבעה בדין לגבי עניניו הפרטיים של אדם;
- (8) הפרה של חובת סודיות לגבי עניניו הפרטיים של אדם, שנקבעה בהסכם מפורש או משתמע;
- (9) שימוש בידיעה על עניניו הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר, שלא למטרה שלשמה נמסרה;
- (11) פרסומו של ענין הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם, לרבות עברו המיני, או למצב בריאותו, או להתנהגותו ברשות היחיד".
- 88 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 18, 157.
- 89 שם, פס' 18. עניין פלוני – מחוזי, לעיל ה"ש 6, פס' 59.
- 90 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 158-160, בהסתמך על אלי הלם דיני הגנת הפרטיות THE LAW OF PRIVACY AND THE ;104-100 בעמ' 42, (2003); בירנהק, לעיל ה"ש 42, בעמ' 100-104; MEDIA 538-537 (Mark Warby, Nicole Morehman & Iain Christie eds., 2011).
- השוו ע"א 3833/93 לוינ' נ' לוינ, פ"ד מח(2) 862 (1994) (חזרה מהתחייבות לא להציג הסכם בבית משפט לא גררה אכיפה, אך פתחה פתח לתביעת פיצויים בשל החזרה).
- 91 דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ב ס' 19.3 (1992).
- 92 דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א ס' 1.6 (1991).
- 93 ס' 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970; נילי כהן "חריג הצדק באכיפת חוזה – מוסר ויעילות כשיקולים של צדק חלוקתי" עיוני משפט לג 241 (2010). לשימור מעמדה של אכיפה כסעד ראשוני במשפט הישראלי, ראו ע"א

- 5131/10 רחל אזימוב נ' אפרים בנימיני, במיוחד פס' 14 לפסק דינה של השופטת חיות והאסמכתאות שם (פורסם בנבו, 7.3.2013). לשלילת אכיפה בחוזה סוכנות מטעמי צדק, בעיקר נוכח מעבר הזמן: ע"א 4232/13 אנגלו סכסון סוכנות לנכסים בע"מ נ' בלום, פס' 10-17 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 29.1.2015).
- 94 השוו דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996), שבו נקבע כי בן זוג שנפרד מבת זוגו מנוע מלחזור בו מתהליך הפריית ביצית והשתללה ברחם פונדקאית, נוכח הסתמכות בת הזוג והנזק שייגרם לה בשל החזרה. לניתוח פסק הדין, שאלת החרטה ורעיון ההשתק בהקשר זה: נילי כהן "חוזים בין הבית והשוק – סיפורן של רותי נחמני וזהבה כנען כמקרי מבחן", ספר טובה שטרסברג (אהרן ברק, יצחק זמיר, אבנר כהן ומורן סבוראי עורכים, עתיד להתפרסם).
- 95 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 159-160.
- 96 שם, פס' 72.
- 97 ראו, למשל: בירנהק, לעיל ה"ש 42, בעמ' 89-108.
- 98 לכללים החלים על המחזיקים ברכוש משותף ראו יהושע ויסמן דיני קניין – בעלות ושיתוף שער שני: בעלות משותפת (1997); לדיון באופן שבו על המשפט לטפל במקרים בהם אדם נעשה שותף בעל כורחו ביצירה של אדם אחר, ראו: West, לעיל ה"ש 34.
- 99 לעיל ה"ש 3.
- 100 לשימוש מודרני שנעשה בספר אות השני, אך בהקשר אחר, ראו: Ifeoma Ajunwa, *The Modern Day Scarlet Letter*, 83 FORDHAM L. REV. 2999 (2015) (המחברת סבורה כי הרשעה בדין פלילי נושאת עמה השלכות משפטיות מרחיקות לכת עבור המורשעים, ובעיקר המורשעות, המהוות מעין "אות שני מודרני").
- 101 מאורע היסטורי אשר תואר במחזה מאת ארתור מילר, "ציד המכשפות" (The Crucible): ארתור מילר ציד המכשפות (אהוד מנור מתרגם, הוצאת ספריית התיאטרון, 1995).
- 102 גליה בנזימן "אבל העבר לא מת" הארץ 21.5.2003, [www.haaretz.co.il/misc/1.883312](http://www.haaretz.co.il/misc/1.883312).
- 103 JoAnne Sweeny, *Undead Statutes: The Rise, Fall and Continuing Uses of Adultery and Fornication Criminal Laws*, 46 LOY. U. CHI. L. J. 127, 132-136 (2014).
- 104 הכלל, שהיה תקף במשפט האנגלי עד תחילת שנות השמונים של המאה העשרים, הקנה לבעל זכות תביעה בנזיקין כלפי מי שפגע באשתו בשל אובדן שירותיה. התביעה כונתה במקור per quod consortium amisit (אובדן שירותי האישה) והיא בוטלה ב-Administration of Justice Act, 1982, c. 53 §2(c)(1). לפירוט: נילי כהן גרם הפרת חוזה 7-9, 249-251 (1986); כמו כן זכאי היה הבעל לתבוע מחזר ששידל את אשתו לעזוב אותו. אין צריך לומר שתביעה כזו עמדה במשך שנים רבות רק לזכות הבעל ולא לזכות האישה: *Winsmore v. Greenbank* (1745) Willes, 1330 E.R. 577, 125. לאחר מכן הוענקה בהיסוס עילת תביעה גם לאישה בגין שידול בעלה: *Gray v. Gee* (1923) 39 TLR 429. מתביעות השידול צמחה במשפט האנגלי במאה התשע עשרה התביעה של גרם הפרת חוזה: כהן, שם, 7-8. תביעות השידול בוטלו ב-Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act, 1970, c. 33, § 4.

- 5: כהן, שם, 249-250. לדיון מחודש בעוולות ככלי לשמירה על "טוהר המשפחה":  
 William R. Corbett, *A Somewhat Modest Proposal to Prevent Adultery and Save Families: Two Old Torts Looking for a New Career*, 33 ARIZ. ST. L.J. 985 (2001),  
 וראו בכיוון זה גם את McMillan, להלן ה"ש 107.
- 105 לתיאור דיונים אלו, בהם פעל בית המשפט כ"תאטרון פומבי", ראו: Ginger  
 S. Frost, *PROMISES BROKEN: COURTSHIP, CLASS AND GENDER IN VICTORIAN ENGLAND* 25-39 (1995).
- 106 עם זאת, מובן שהספרות במשך השנים, וגם בתקופות קדומות בהיסטוריה, עסקה  
 באהבה: בפיתוליה, בתחבולות ובניאוף. ראו למשל פטרוניוס סטיריקון, שנכתב  
 במאה הראשונה לספירה; אפוליאוס, חמור הזהב (אריה חורשי מתרגם, הוצאת ירון  
 גולן, 2001), שנכתב במאה השנייה לספירה, אך פרטי המעשה המפורטים בו אינם  
 נחשפים במלוא בוטותם.
- 107 לסקירת הדין הרלוונטי במדינת צפון קרוליינה באמריקה, בה ניתן למצוא גם  
 כיום עילה נזיקית בגין ניאוף, וכן להגנה על פרקטיקה זו, ראו: Lance McMillan,  
*Adultery as Tort*, 90 N.C. L. REV. 1987 (2012). המחבר סבור כי גם כיום יש עדיין  
 צידוק להכרה בעוולות בנזיקין המבוססות על ניאוף, וזאת משלושה טעמים:  
 ראשית, הצורך בהכרה או שלילה מדינתית לנישואים חד מיניים מעיד על תפקידה  
 המרכזי של המדינה בהסדרת קשר הנישואין, ומתפקיד זה יש לגזור גם את כוחה  
 להגן עליו. שנית, קשר הנישואין ודאי חזק יותר מחוזה מסחרי רגיל שפגיעה בו על  
 ידי צד שלישי מטילה עליו חבות נזיקית. שלישית, עצם קיומה של עילת התביעה  
 בגין אוכדן שירותים מעידה על נכונות החוק לפעול במרחב האישי כנגד צדדים  
 שלישיים.
- 108 Sweeny, לעיל ה"ש 103, סבורה כי למרות שניתן להתייחס לעבירות הניאוף  
 והפריצות כאל עבירות שעבר זמנן, הן אוצרות ערך סמלי שבו משתמשות קבוצות  
 אינטרסים, לעיתים אופורטוניסטיות. מי שיקדם ביטולן של העבירות חשוף  
 לפגיעה בפרטיותו, למבוכה ולביוש. העבירות תעמודנה כחלל ללא שימוש, אבל  
 כוחן המאיים יישמר, עד לשינוי תרבותי כולל. לטיעון דומה מהזווית של המשפט  
 העברי: שי עקיבא וזנר "על כללי התנהגות והכרעות שיפוטיות בהלכה ובמשפט"  
 עיוני משפט לב 305 (2010). המאמר מתייחס לעבירות מוסר שאינן נאכפות בפועל  
 (למשל, איסור על משכב זכר). עבירות אלה נחשבות כ"הלכה ואין מורין", כלומר  
 חוק שתכליתו להוות איסור כללי שישמור על המוסר ולא נורמה עונשית של ממש  
 כנגד עברייני קונקרטי.
- 109 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 86.
- 110 שם, פס' 87. להמשך דיונו של השופט סולברג אודות אופיים הפרטי של חיי  
 הזוגיות, ראו פס' 88-90.
- 111 זוהי מהותה של זכות הפרטיות, כפי שהוגדרה במאמר המכונן בעניין זה: Samuel  
 D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right To Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193  
 (1890). לניתוח מעמיק של הזכות לפרטיות, ראו Ruth Gavison, *Privacy and the*  
*Limits of Law*, 89 YALE L.J. 421 (1979-1980).
- 112 פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ראשון 147-148 (מהדורה שנייה, 1995).
- 113 לא בעילת גרם הפרת חוזה על פי סעיף 62(ב) לפקודת הנזיקין: כהן, לעיל ה"ש

- 104, 252-258, ולא על פי עוולת הרשלנות: ע"א 8489/12 פלוני נ' פלוני (פורסם כנבו, 29.10.2013) שבו נדחתה תביעתו של בעל כנגד צד שלישי שקיים יחסים רומנטיים עם אשתו.
- 114 דניאל פרידמן "הידועה בציבור בדין הישראלי" עיוני משפט ג 459 (1973); שחר ליפשיץ הידועים-בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה פרק 4 (2005).
- 115 ע"א 5258/98 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 209 (2004). לבחינה ביקורתית ראו: נילי כהן "ירידתה ועלייתה של הבטחת נישואין" המשפט יא 27 (2006). ראו גם עופר גרוסקופף וסלה חלבי "הפרה של הבטחת נישואין: מדגם 'הפיתוי' הגברי לדגם 'שברון הלב'" משפט חברה ותרבות: משפטים על אהבה 107 (2005).
- 116 Warren & Brandeis, לעיל ה"ש 111, בעמ' 198-200; לדיון בדיני הצנזורה הישראליים, ראו יונתן יובל "צנזורה על סרטים בתנאי טכנולוגיה מבוזרת: מ'ומן סומייל' ועד 'ג'נין, ג'נין'" עיוני משפט כח 555 (2004). המאמר מציין, בין היתר, כי כיום אין צנזורה על מחזות בישראל (שם, בעמ' 558, ה"ש 2), וכי באופן כללי בשנות האלפיים השמירה על המוסר הציבורי בהקשרים מיניים מתאפיינת בעיקר בצנזור חלקי של סרטים המכילים סצנות ברוטליות במיוחד, וזאת עקב הסלידה מהאלימות ולא מעצם המעשה המיני (שם, בעמ' 588-589); בנוסף, בעולם המודרני נראה כי היכולת של רשויות השלטון להגביל את חשיפתו של הציבור הרחב לתכנים המנוגדים לתפיסת מוסר דתי היא מצומצמת במיוחד, עקב פריצת גבולות המידע באינטרנט: שם, בעמ' 560-561, 573-578; קריין ברזילי-נהון וגד ברזילי "חופש הביטוי המעשי והמדומיין באינטרנט: על בטלותה והולדתה המחודשת של הצנזורה" משפט חברה ותרבות: שקט, מדברים! 483 (2006).
- 117 ד"ה לורנס מאהבה של לידי צ'טרלי (אופירה רהט מתרגמת, הוצאת ידיעות אחרונות – ספרי חמד, 2006).
- 118 R v. Penguin Books Ltd [1961] CRIM L.R. 176
- 119 Obscene Publications Act 1959; החוק קבע בסעיף 4 כי ניתן להרשות פרסום תועבה אם מדובר בעבודה שהיא "in the interests of science, literature, art or learning, or of other objects of general concern".
- 120 גם בארצות הברית עבר הספר טלטלות משפטיות ואושר לפרסום בשנת 1959: Grove Press, Inc. v. Christenberry, 175 F. Supp. 488 (SDNY 1959); D. H. Lawrence, *LADY CHATTERLEY'S LOVER AND A PROPOS OF 'LADY CHATTERLEY'S LOVER'*, at xxxv-xxxvi (Michael Squires ed., Cambridge University Press, 2002).
- 121 להבהרת הטעמים החברתיים-תרבותיים ביסוד פיתוחה של זכות הפרטיות, המתבטאת בהקשר הנוכחי בשבירת האנונימיות ובחשיפת מידע אישי, ראו רות גביוזן "הזכות לפרטיות ולכבוד" בלי הבדל... זכויות האדם בישראל: קובץ מאמרים לזכרו של חמן שלח ז"ל 61, 66-69 (אן סברסקי עורכת, 1988).
- 122 לעיל ה"ש 111. לפיתוח הזכות: William L. Prosser, *Privacy*, 48 CALIF. L. REV. 383, 383 (1960). להשוואה בין העקרונות שפותחו על ידי פרוסר להתפתחות הפסיקה הגרמנית ראו Schwartz & Peifer, לעיל ה"ש 40.
- 123 Danielle Keats Citron & Mary Anne Franks, *Criminalizing Revenge Porn*, 49

- WAKE FOREST L. REV. 345 (2014) (המחברות קוראות להטלת אחריות פלילית על ביוש פומבי ברשת, או באמצעים אחרים, הנעשה באמצעות הפצת מידע בעל גוון מיני בכוונה לנזק. במשפט הישראלי פגיעה כזו עשויה לעלות כדי עבירה פלילית על-פי חוק הגנת הפרטיות: להלן ה"ש 128). לדיון כללי בנושא, ראו: David J Solove, THE FUTURE OF REPUTATION: GOSSIP, RUMOR, AND PRIVACY ON THE INTERNET (Yale University Press, 2007).
- 124 להחלטה של בית המשפט האירופאי לזכויות אדם בנושא: Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja Meg Leta Ambrose, *It's About Time: González* (2014). על הזכות להישכח: *Privacy, Information Life Cycles, and the Right to be Forgotten*, 16 STAN. TECH. L. REV. 369 (2013); Emily Adams Shoor, *Narrowing the Right to be Forgotten: Why the European Union Needs to Amend the Proposed Data Protection Regulation*, 39 BROOK. J. INT'L. L. 487 (2014).
- 125 לדוגמה, על ידי המחסום המדינתי שהעניק חסינות לעבריינות של אדם כלפי בני משפחתו. מגבלה זו הוסרה ברבות השנים: ס' 5 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971; אסף הרדוף "בעל נגד אישה, אמת נגד משפחה, או המבט הרביעי על הכשרות להעיד במשפט הפלילי" דין ודברים ג 273 (2007).
- 126 יובהר, כמובן, ש"פרטיות" אינה משתרעת רק על התחום המיני. גילוי עובדה שאדם איננו יודע קרוא וכתוב, שנכשל בכחינה, שיש לו פחד גבהים או תסביך כלשהו, כל אלה הם דוגמאות למידע המצוי בתחום הפרטיות. בעבר, כנראה, לא היה איסור כללי על גילוי, אלא אם נבע מהפרת אמון: עניין Argyll, לעיל ה"ש 42 (אם כי בעניין זה דובר על מידע שנגע לתחום המיני, ואשר נמסר לפרסום תוך הפרת אמון בין בני זוג); דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א 497, ה"ש 281 (מהדורה שניה, 1998). במלים אחרות, אין חפיפה מלאה בין האיסור המדינתי לאיסורים במישור הפרטי. יש איסורים במישור המדינתי המותרים במישור הפרטי (פרסום פורנוגרפיה בהסכמת כל המעורבים) ואיסורים במישור הפרטי שאינם נוגעים למישור הציבורי.
- 127 ס' 4 לחוק הגנת הפרטיות קובע כי פגיעה בפרטיות היא עוולה אזרחית.
- 128 ס' 5 לחוק הגנת הפרטיות קובע כי הפוגע במזיד בפרטיות זולתו דינו מאסר 5 שנים.
- 129 כדברי השופט סולברג בפס' 155, לעיל ה"ש 77.
- 130 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 82.
- 131 לדיון באופן הלא שוויוני בו תופסת החברה את ההתנהגות המינית הנשית לעומת זו הגברית, ראו: Citron & Franks, לעיל ה"ש 123, בעמ' 353 (המחברות קוראות להטלת עונשים חמורים על גברים המפרסמים תוכן מיני אודות בנות זוגם לשעבר ללא הסכמתן, מתוך מודעות לכך שנשים נפגעות מחשיפה זו בצורה חמורה יותר); ניתן לראות רמז לאי שוויון זה גם במשפט העברי, הקובע כי אישה נשואה המקיימת יחסי מין עם גבר זר עוברת עבירה דתית חמורה (ניאוף) הנושאת עמה סנקציה כלכלית כבדה כשלילת מזונות, בעוד שגבר נשוי המקיים יחסי מין עם אישה פנויה חף מכל עונש: שיפמן, לעיל ה"ש 112. עם זאת, ניתן לציין פסיקות אזרחיות אשר שואפות להשוות את היחס של המערכת המשפטית, לכל הפחות,



- למעשיהם המיניים של גברים ונשים: רות הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה – על הכבוד, הצדק, השוויון, והכוונה יושתתו מעתה דיני המשפחה" מחקרי משפט יז 105, 119 (2001).
- 132 על דחיית הבקשה לדיון נוסף הוטל חיסיון על ידי בית המשפט.
- 133 לדיון בדרכים השונות שבהן יכולה להתקבל פסיקה בעלת אופי תקדימי בעיני בתי המשפט, הקהילה האקדמית והציבור, ראו: Craig Green, *Turning the Kaleidoscope: Toward a Theory of Interpreting Precedents*, 103-172 (Temple University Legal Studies Research Paper No. 2015-16), available at <http://ssrn.com/abstract=2574661> (המחבר מציג ארבעה סוגי פרשנויות לתקדים, על פני רצף הזמן מנתינתו ועד לקליטתו החוזרת: משמעות מוצהרת, משמעות משתמעת, משמעות מובנת, משמעות מתפתחת. המשמעויות יכולות להתהפך במהלך השנים, ומוכן שלהקשר ההיסטורי הרלבנטי חשיבות מכרעת).
- 134 דיונם של קלברזי ומלמד מתמקד בדיני המטרדים, שם קיים במצב הרגיל צד מזהם (מזיק) וצד שנפגע מהזיהום (ניזוק). מאמרם מבחין בין כללים המעניקים לניזוק את הזכות לחייב את המזיק להפסיק את הזיהום (כאשר הזיהום מהווה מטרד, שאז מדובר בכלל קנייני לטובת הניזוק), או את הזכות לקבלת פיצויים מהמזיק עקב המשכו (כלל אחריות לטובת הניזוק), לבין כללים המעניקים למזיק את הזכות לזהם ללא הגבלה (אם הזיהום אינו מהווה מטרד, שאז מדובר בכלל קניין לטובת המזיק) או את הזכות לקבלת פיצויים מהניזוק עקב הפסקת הזיהום (כלל אחריות לטובת המזיק): Calabresi & Melamed, לעיל ה"ש 84, בעמ' 1115-1124. במקרה שלפנינו ניתן, כאמור, להגדיר את שני הצדדים כמזיקים וניזוקים, ומכאן שישנה תחולה הפוכה לכלליהם של קלברזי ומלמד, בהתאם לאופן הגדרת כל אחד מהצדדים.
- 135 לעיל ה"ש 47, אך שם הושתתה האחריות על לשון הרע.
- 136 Almeida Leitão Bento Fernandes v. Portugal (Chamber Judgment of 12.03.2015).
- 137 לעיל ה"ש 41.
- 138 לעיל ה"ש 40, השופטים Hohmann-Dennhardt ו-Gaier, פסקה 116.
- 139 לדיון: נילי כהן "חוק, מוסר ו"אין חוטא נשכר" ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 259 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים, 2013).
- 140 לעיל ה"ש 118.
- 141 בת"א (מחוזי י"ם) 8206/06 סרן ר' נ' ד"ר אילנה דיין (פורסם בנבו, 7.12.2009) נדונה תביעת לשון הרע שהוגשה בידי סרן ר', מפקד בצה"ל, כנגד אילנה דיין, בגין כתבת תחקיר ששודרה בתכנית "עובדה", וציריה אותו כמי שירה למוות בנערה בת 14 ללא כל צורך מבצעי. במקרה זה הכריע השופט סולברג לטובת סרן ר', בקובעו איזון מגביל כלפי חופש הביטוי וחופש העיתונות של התקשורת למול הזכות לשם טוב. פסק הדין נהפך בבית המשפט העליון, בע"א 751/10 פלוני נ' ד"ר אילנה דיין-אורבך (פורסם בנבו, 8.2.2012), אשר אושר בדנ"א 2121/12 פלוני נ' ד"ר אילנה דיין-אורבך (פורסם בנבו, 17.4.2013). ניתן לסבור שבשני המקרים – סרן ר' ופלוני – מדובר בהגבלה של ביטוי המאתגר תפיסות הגמוניות – משפחה ויחסים אינטימיים מזה, ולאומיות וממלכתיות מזה.

- 142 בג"ץ 979/15 מפלגת ישראל ביתנו נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-20 (פורסם בנבו, 25.2.2015) (בדעת רוב בהסכמת השופטת חיות). הטענה העיקרית של ועדת הבחירות כנגד חלוקת הגיליון הייתה שמדובר בחלוקת מתנה, האסורה בתעמולת בחירות. בית המשפט דחה טענה זו, בקבעו כי חלוקת הגיליון מהווה מימוש חופש הביטוי של מחלקי הגיליון, בעוד ששווי הכלכלי שולי. בית המשפט כלל לא דן בטענה הנוגעת לפגיעה ברגשות, שכן ממילא אין לוועדת הבחירות סמכות חוקית לפסול את חלוקת הגיליון עקב תכניו, כל עוד אין בתוכן משום עבירה על חוק דרכי תעמולה. במקביל דחה בית המשפט המחוזי בחיפה תביעה נגד רשת חנויות הספרים "סטימצקי", אשר ביקשה לאסור הפצת העיתון בשל ציורים ותכנים הפוגעים ברגשות מאמיני הדת המוסלמית: ה"פ (מחוזי חיפה) 51269-01-15 ארגון מיזאן לזכויות האדם בע"מ נ' סטימצקי (2005) בע"מ (פורסם בנבו, 26.1.2015) (השופטת למלשטרייך-לטר). ראו גם טענות דומות בדבר פגיעה ברגשות הדת של נוצרים שהועלו כנגד סרטו של מרטין סקורסזה "הפיתוי האחרון של ישו" (The Last Temptation of Christ), אשר נדחו על-ידי בית המשפט בבג"ץ Universal City Studios Inc. 806/88 נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22 (1989).
- 143 אולם אם המעשה ידוע לכל, שאלה היא האם עדיין מדובר בפגיעה בפרטיות.
- 144 העובדה שבעניין Argyll, לעיל ה"ש 42, נטען על ידי הבעל כי האישה נאפה, לא שללה את זכותה לפרטיות המושתתת על יחסי אמון בין בעל ואישה, הממשיכים להתקיים גם לאחר סיום היחסים.
- 145 השוו לתהליכים מקבילים שבהם מבקשים לאסור הצגתן של נשים חשופות בשם הפמיניזם, וחוגים שמרניים ודאי אינם מתנגדים לכך. כדוגמא מהשנים האחרונות ניתן לציין את "הברית הפוליטית" שכתרו פמיניסטיות רדיקליות עם חוגים שמרניים בסוגיית שידורי פורנוגרפיה בישראל: ויקי שירן "המאבק הפמיניסטי נגד הפורנו בישראל" מגמות בקרימינולוגיה: תאוריה, מדיניות ויישום 605, 615 (מאיר חובב, לסלי סבה ומנחם אמיר עורכים, 2003); לדוגמא נוספת, הנוגעת לחשש שהתעורר בכריטניה מפני יכולתם של גופים בעלי השקפות שמרניות לכפות צנזורה על תכנים לא הולמים בתאטרון, ראו: Adrienne L. Krauss, *I Do Not Agree With Your Play, But I Will Defend to the Death Your Right to Stage It*, 27 ENT. & SPORTS LAW 6 (2009).
- 146 למעבר מענישה פומבית ואלימה לענישה לא אלימה, ראו Michel Foucault, *DISCIPLINE AND PUNISH: THE BIRTH OF THE PRISON* 101 (2d. vin. ed., 1995). ל"סוכני המשמוע" ותפקיד המשפט, ראו Michel Foucault, *THE HISTORY OF SEXUALITY: AN INTRODUCTION* 144 (Robert Hurley Trans., 1978).
- 147 לדוגמה שבה פורסמו ברשתות החברתיות זהותם של נאשמים בפרשיות פליליות, למרות הטלתם של צווי איסור פרסום ראו קרן בק פוגל "גולש פיזי, האם אייל גולן יכול לתבוע אותך?" – Ynet – משפט  
www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4458024,00.html, 26.11.13
- 148 לעיל ה"ש 105.
- 149 ככלל, דיוני בית המשפט הם פומביים: ס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה ("בית משפט ידון בפומבי, זולת אם נקבע אחרת בחוק או אם בית המשפט הורה אחרת לפי חוק"),

ס' 68(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 ("בית משפט ידון בפומבי"); ואולם, ס' 68(ב) וס' 68(ה) (1) (2) לחוק בתי המשפט קובעים חריגים רבים, אשר בהתקיימם יוכל בית המשפט לדון בעניין מסוים בדלתיים סגורות, וכיניהם הגנה על בטחון המדינה, יחסי חוץ, מוסר, סודות מסחר, קטין או חסר ישע, מתלונן או נאשם בעבירות מין, הדיון הפומבי עלול להרתיע עד מלהעיד או מלהעיד באופן חופשי, וכן ענייני משפחה וענייני נוער. ברע"א 382/16 יהל נ' פקיד שומה תל אביב 4 (פורסם בנבו, 13.7.2016), שבו נדחתה בקשתם של בני זוג להשמיט את שמותיהם מפסק דין בהליך מס שהתנהל בעניינם, התווה השופט דנציגר את הקווים שינחו את בית המשפט בשאלת חשיפת שמות המתדיינים: "השאלה האם הפגיעה עולה כדי פגיעה חמורה בפרטיות, במובן של סעיף 70(ד) לחוק בתי המשפט, תיבחן בשים לב לאופי המידע הפוגע. ככל שהמידע שנחשף מתייחס לעניינים שמקובל לראותם כמצויים בליבת הזכות לפרטיות – כגון עניינים אינטימיים, עניינים משפחתיים או עניינים רפואיים – תגבר הנטייה לראות בחשיפתו משום פגיעה חמורה, ולהיפך. [...] יצוין, כי אף שאופי המידע הוא הפרמטר המרכזי בבחינת השאלה האם הפגיעה בזכות לפרטיות היא פגיעה חמורה, אין המדובר בפרמטר היחיד, כאשר שיקולים נוספים שניתן להתחשב בהם לצורך הבחינה הם, למשל: מיהות הטוענים לפגיעה בזכות (בגירים או קטינים?); אדם פרטי או איש ציבור?); האופן שבו נשמר המידע (האם מקור המידע בחומר אישי, כגון יומנים?); האופן שבו הושג המידע (מהם ההליכים שננקטו על מנת להשיג את המידע? כיצד נחשף המידע?); ועוד". כלומר, בית המשפט יטיל על עצמו ריסון רב בטרם פרסום פרטי מידע המצויים "בליבת הזכות לפרטיות", דהיינו, עניינים אינטימיים, הנוגעים בנימי נפשו של האדם. כאמור, בפרשה זו דחה בית המשפט את הבקשה להשמיט את פרטי המתדיינים מפסק הדין, וזאת עקב אופיו הכלכלי של המידע הנדון בו.