

איסור פרסום הפוגע בפרטיות*

הזכות לפרטיות וזכות הציבור לדעת

רות גביון

לאחרונה נחקק אצלנו חוק להגנה על הפרטיות.¹ החוק קובע כי פגיעה בפרטיות שלא בהסכמת הנפגע אסורה, ומפרט דרכים טיפוסיות של פגיעה כזו, וביניהן פרסום דברים הנוגעים לצנעת חייו של אדם.² פגיעה בפרטיות היא עוולה נזיקית, ואם היא נעשית בזדון היא יכולה להיות בסיס לתביעה פלילית. הליך פלילי בגין פגיעה בפרטיות ניתן להגיש בדרך של קובלנה פרטית. החוק מכיר בכך כי יש פגיעות בפרטיות שהן מוצדקות, מאחר והן חיוניות לקידום עניינים אחרים שהמשפט מגן עליהם, כגון אכיפת חוק יעילה, השגת מידע לצורך קבלת החלטות, או האפשרות לקיים מחקר. את השקלול בין העניין בפרטיות ובין העניינים האחרים האלה עושה החוק באמצעות שורה של הגנות שהוא מעניק לאדם שפגע בפרטיות זולתו.³

חוק הגנת הפרטיות מעורר בעיות רבות ומורכבות. יש נקודות משותפות חשובות בין כל הנושאים המקובצים יחדיו תחת הכותרת של הגנה על הפרטיות,⁴ אולם השיקולים הנוגעים לפתרון הראוי של הבעיות השונות מיוחדים דיים כדי להצדיק דיון נפרד בכל אחת מהן: אין דומה הסוגיה של מאגרי מידע לשאלה של המגבלות הראויות על דרכי איסוף מידע של רשויות אוכפות חוק, ושתיהן אלה גם יחד מעוררות בעיות שונות מאשר, למשל, ההתיישבות של ההגנה על הפרטיות עם ההגנה על חופש המחקר. בכל ההקשרים האלה מעורב הרצון להגן על הפרטיות, שהוא היסוד המשותף ביניהם. השוני בין ההקשרים נובע מכך שהעניינים המתנגשים ברצון להגן על הפרטיות הם שונים, וכי המאפיינים של ההתנגשות בין הפרטיות ובין הערך האחר אותו אנו רוצים לקדם שונים אף הם. בארץ אין ספרות רקע הדנה בצורה מעמיקה ושיטתית בבעייתיות של ההגנה המשפטית על הפרטיות. החוסר בולט בשתי נקודות: ראשית, חסרה לנו מסגרת דיון מקובלת בסוגיות מעין

* תודה למירי גור-אריה על עזרתה הרבה בכל שלבי כתיבתו של מאמר זה.
¹ חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ספר החוקים 1011, תשמ"א, עמ' 128. החוק נתקבל בכנסת ביום 23.2.81.
² הצעת החוק ודברי ההסבר פורסמו בהצעות חוק 1453 לשנת תשמ"מ, עמ' 206.
³ סעיף 2 לחוק קובע כי:

- פגיעה בפרטיות היא אחת מאלה:
- (1) בילוש או התחקות אחרי אדם, העלולים להטרידו, או הטרדה אחרת;
 - (2) האזנה האסורה על פי החוק;
 - (3) צילום אדם כשהוא ברשות היחיד;
 - (4) פרסום תצלומו של אדם ברבים בניסיונות שבהן עלול הפרסום להשפילו או לבזותו;
 - (5) העתקת תוכן של מכתב או כתב אחר שלא נועד לפרסום, או שימוש בתוכנו בלי רשות מאת הנמען או הכותב, והכול אם אין הכתב בעל ערך היסטורי ולא עברו 15 שנה ממועד כתיבתו;
 - (6) שימוש בשם אדם, בכינויו, בתמונתו או בקולו, לשם רווח;
 - (7) הפרה של חובת סודיות שנקבעה בדיון לגבי ענייני הפרטיים של אדם;
 - (8) הפרה של חובת סודיות לגבי ענייני הפרטיים של אדם, שנקבעה בהסכם מפורש או משתמע;
 - (9) שימוש בדיעה על ענייני הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר, שלא למטרה שלשמה נמסרה;
 - (10) פרסומו או מסירתו של דבר שהושג בדרך פגיעה בפרטיות לפי פסקאות (1) עד (7) או (9);
 - (11) פרסומו של עניין הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם, או למצב בריאותו, או להתנהגותו ברשות היחיד.
- בנקודה זו קיימות כמה סטיות בין החוק ובין המלצות הועדה להגנה בפני פגיעה בצנעת הפרט בראשות השופט י. כהן (להלן – ועדת כהן). אציין רק אחת מהן כאן: הועדה המליצה לראות את רשימת המקרים הטיפוסיים של פגיעה כבלתי ממצה.

³ סעיפים 18-19 לחוק. ההגנות המרכזיות הן: פגיעה בדרך של פרסום מוגן באופן מוחלט לפי חוק לשון הרע; עניין ציבורי, כאשר אין מדובר בפרסום כוזב; פגיעה בתום לב לקידום עניינים אחרים; סמכות חוקית; ופעולה על ידי רשות ביטחון במסגרת תפקידה ולשם מילוייה.

⁴ טענה זו אינה בלתי שנויה במחלוקת. יש הטוענים כי קיבוץ כל המקרים האלה תחת שם אחד הוא טענה, שכן אין להם דבר משותף פרט לשם, וכי לכן השימוש בשם המשותף, היוצר הרגשה של דמיון בין המקרים, צריך להיפסל או, לפחות, להיעשות בזהירות רבה. לטענה זו ראה, למשל, R. Wacks, The Protection of Privacy (1980), p.10.

אלה, מסגרת שתפרט את סוגי השיקולים הרלוונטיים לדיון כזה ואת משקלים היחסי, ואת היחס בין טיפוס שיקולים שונים. חסרה לנו גם הסכמה כללית לגבי העקרונות המוסריים שבתוכם אנו פועלים ולקידומם אנו שואפים, ולגבי מעמדם של עקרונות אלה. שנית, חסרים לנו דיונים שיטתיים לגבי הטעמים להגנה על הפרטיות ועל הערכים האחרים אשר הרצון לקדמם מתנגש, לעיתים, עם הרצון להגן עליה, כמו חופש העיתונות, חופש המחקר, אכיפת החוק והרצון לאסוף מידע אמין כבסיס להחלטות. חסרים אלה פוגעים ביכולתנו לקיים דיון פורה ומסודר בבעיות מעשיות העומדות על סדר יומנו.

פתרוני שלי לבעיה זו הוא כפול. ראשית, הדיון יהיה מצומצם לגזרה צרה אחת. שנית, מעמדו של המאמר הוא בבחינת הזמנה לדיונים נוספים: הטיעונים יוצגו בצורה סכמאטית ופשטנית במקצת, עם הפניות לדיונים מרחיבים; ויכוחים שזכו לעיון מעמיק בספרות "יסתפקו" כאן באזכור חטוף; ובמקרים רבים, באופן בלתי נמנע, אסתפק בטעינת טענות מקום שצריך לנמקן ולהצדיקן. צמצום הגזרה הוא כפול. מתוך כל ההתנגשויות בין הרצון להגן על הפרטיות והרצון להגן על ערכים אחרים בחרתי לדון באחת: זו שבין הפרטיות ובין זכות הציבור לדעת. אף במסגרת זו אצטמצם לדיון בשאלה אחת ויחידה: האם יש להטיל איסור משפטי על פרסום הפוגע בפרטיות, מקום שהפרסום הוא אמיתי, והמידע הושג בדרכים כשרות.

בבחירת ההתנגשות בין הפרטיות ובין זכות הציבור לדעת הודרכתי על ידי הרצון לטפל בבעיה מרכזית, בה חלוקים אנשים שאין ספק שיש להם מחויבות עמוקה לזכויות אזרח. מחלוקת זו נובעת, בין השאר, מכך שהן פרטיות והן זכות הציבור לדעת קשורים קשר אמיץ לתפישה של חירות, כבוד אנושי ודמוקרטיה, העומדת ביסוד המחויבות לזכויות אזרח. אין צורך להכביר מילים על החשיבות המרכזית של הגנה על זכות הציבור לדעת (ועל חופש הביטוי וחופש העיתונות שהם האופן היעיל ביותר להבטחת זכות הציבור לדעת)⁵ בכל תפישה של דמוקרטיה, חירויות אזרח, וחירות פוליטית בכלל.⁶ פחות מוכרים הם הניתוחים של טעמי ההגנה על הפרטיות, הקושרים אף אותה לאידיאלים של חירות, דמוקרטיה, וחברה פתוחה.⁷ אין פלא, לכן, שהן תומכי החוק והן מתנגדיו נקטו, לעתים, לשון הגנה על זכויות אזרח: העיתונות – שהתנגדה לחוק – טענה כי הוא יגביל את יכולתה למלא את תפקידה החשוב באיסוף מידע בעל עניין ציבורי והבאתו לידיעת הציבור; ותומכי החוק טענו כי אין לצאת ידי חובת ההגנה על זכויות האזרח בלי להגן הן על הפרטיות והן על סיפוק זכותו של הציבור לדעת באמצעות חופש עיתונות.

להתנגשות בין הפרטיות ובין סיפוק זכות הציבור לדעת מימדים אחדים: היא נוגעת לדרכי **איסוף מידע** (האם מותר לעיתונאי להטמין מכשירי האזנה במאמץ להשיג ידיעות לפרסום?), לדרכי **אימות ובדיקה** (האם מותר לעיתונאי, לצורך אימות ידיעה שקיבל, לעקוב אחרי אדם, ללא ידיעתו, להקשיב לשיחותיו ולפתוח ולקרוא את מכתביו? האם אתי הוא, מצד עיתונאי, לגשת לקרובי קורבן תאונה, מיד לאחר התאונה או לאחר שנודע להם עליה, כדי לקבל תגובתם?) **ולפרסום מידע ברבים** (המותר לעיתונאי לפרסם מידע על חייו הפרטיים של אדם?). גישה אוהדת

⁵ תיאורטית, ניתן היה לטעון כי אפשר **לספק** לציבור את כל המידע שהוא צריך לדעת באופן מסודר ומכוון, ובכך להבטיח את זכות הציבור לדעת בלי לשלם את מחיר השימוש לרעה בחופש העיתונות. סידור כזה מעורר מיד את השאלה של זהות הקובע מה צריך הציבור לדעת. עד עתה נראה שהדרך הטובה ביותר למנוע שימוש לרעה היא להבטיח **חופש פרסום**.

⁶ כל ניסיון להפנות לספרות מסוימת יהיה, בהכרח, חלקי. יחד עם זאת, פטור בלא כלום אי אפשר. ראה, למשל, T.I. Emerson, *The System of Freedom of Expression* (1970); ו- A. Meiklejohn, *Political Freedom* (1965).

⁷ אי אפשר שלא לציין כאן גם את ג'. ס. מיל, **על החירות**, מגנס, תשל"ו, פרק שני.
⁷ לדיון כללי ראה: R. Gavison, *Privacy and Its Legal Protection*, D. Phil thesis, (1975), ch 3 והאסמכתאות הרבות המובאות שם.

לעיתונות ולזכות הציבור לדעת תדרוש חופש רב יותר בכל המימדים האלה של התנגשות בין העיתונות ובין הפרטיות. הטענה תהיה כי אין אפשרות להבטיח כי הציבור אמנם יידע את כל שהוא צריך לדעת אם יוגבל חופש הגישה אל המידע הרלוונטי, ואם תוגבל האפשרות לבדוק ולאמת את המידע הזה. אולם יחד עם זאת ברור כי השיקולים לגבי כל אחד מן ההקשרים יכולים להיות שונים. בהתקנת מכשיר האזנה יש פגיעה בפרטיות שהיא בלתי תלויה בשאלה אם החומר שנאסף בדרך זו יפורסם ברבים. איסור פרסום חומר שהושג בדרך זו יכול להיות מוצדק, לכן, כמתן תמריץ שלילי לפגיעה חמורה זו בפרטיות, ולא כנקיטת עמדה שלילית לגבי עצם הפרסום. בדומה, פרסום חומר שלא נבדק ושאינו בו אמת גורם לאדם נזק שונה (ואולי נוסף) מאשר זה הנגרם לו כתוצאה מפרסום חומר אמיתי. האיסור על הוצאת דיבה יכול להיראות כמקרה פרטי של הגנה על הפרטיות. אולם, הטעם להגן על אדם מפני פרסום כוזב הוא שונה מזה שקיים להגנה מפני פרסום דבר אמת הפוגע בפרטיות.⁸

איסור פרסום דברי אמת שהושגו באופן כשר הוא, אם כך, המקרה החד ביותר של התנגשות בין פרטיות וזכות הציבור לדעת. אין זה מפתיע, אפוא, כי המחלוקת לגביה היא חריפה במיוחד. בישראל לא החלה המחלוקת עם היוזמה לחקיקת חוק ההגנה על הפרטיות. בשיטת המשפט הישראלית, שלא כמו בשיטות משפט אחרות, אין "אמת הפרסום" מהווה הגנה מוחלטת בפני תביעה אזרחית בגין הוצאת דיבה: פרסום דברי אמת מוגן לפי החוק רק אם יש בפרסום עניין לציבור.⁹ המחוקק הישראלי קבע, למרות התנגדות נחרצת של נציגי אמצעי התקשורת, כי פרסום דברי אמת, שיש בהם הוצאת דיבה, מוגן רק כאשר יש בפרסום עניין ציבורי. החוק אינו דן כלל בדרכי רכישת המידע, כך שאיסור הפרסום יחול גם לגבי מידע שלא היה כל פגם חוקי בדרך רכישתו.¹⁰ למעשה, לא הייתה מעולם תביעת הוצאת דיבה שהגיעה לדיון ולהכרעה בבית המשפט שבה היה מדובר בפרסום ברבים של מידע שלא היה בו עניין לציבור. ההגנה מפני פרסום דברי אמת שאין בו עניין לציבור לא עמדה, אפוא, במבחן הפסיקה.

ועדה ציבורית בראשות השופט יצחק כהן מונתה כדי לבדוק את המצב ולהגיש המלצות ביחס להגנה המשפטית על הפרטיות בישראל. ועדת כהן לא הציעה לחוקק איסור פרסום ככלי של חומר הפוגע בפרטיות.¹¹ סעיף כזה אף אינו מופיע בהצעת החוק הממשלתית שהונחה על שולחן הכנסת. חוק הפרטיות, לעומת זאת, הרחיב את ההגנה מפני פרסום דברי אמת בקובעו כי פרסום דברים הנוגעים לצנעת החיים, מצב בריאות, או התנהגות במקום פרטי הוא פגיעה בפרטיות. ההרחבה מתבטאת בכך שלפי החוק החדש ניתן לתבוע בגין פרסומים כאלה גם מקום שאין בדברים משום הוצאת דיבה.¹²

⁸ את הקשר בין ההגנה על הפרטיות ועל השם הטוב מדגיש Wade, "Defamation and the Right to Privacy" (1961), 15 Vand L. Rev. 1093. הניתוח הקלאסי של ההבדל בין השניים הוא של אבות ההכרה בפרטיות במשפט האמריקאי: Warren and Brandeis, "The Right of Privacy" (1890), 4 Harv. L. Rev. 193, at p. 218. מצביעים על כך שעיקר התלונה בתביעה על הוצאת דיבה הוא ההטעיה, בעוד שבתביעה על פגיעה בפרטיות האמת כלל אינה רלוונטית, שכן הפגיעה היא בעצם הפרסום גופו.

⁹ סעיף 14 לחוק לשון הרע, סיפא. בנוסח הסיפא חל שינוי. בחוק המקורי נאמר כי יש צורך ב"עניין לציבור", וכי הפרסום אנו צריך לחרוג מן הנחוץ לאותו עניין. לביקורת כי ניסוח זה רחב מדי שכן הוא מאפשר יותר מאשר הגנה על הפרטיות ראה דברי קלינגהופר בדיון בקריאה השנייה, דברי הכנסת, כרך מ"ג, עמ' 2716.

¹⁰ אם כי חלק מן ההגנות מתייחסות, בעקיפין, לדרך רכישת המידע בכך שהן פוטרות מפרסום מאחריות על פרסומים ודיווחים על אירועים במקום ציבורי או על דיונים פומביים, כגון דיונים בבתי משפט או באסיפות ציבוריות; וכן על פרסום תוכנם של מסמכים הפתוחים לעיון כל דורש: סעיף 13 (7) (8) (10) לחוק לשון הרע. ראה גם סעיף 15 (6) לחוק.

¹¹ ראה ס' 2 להצעת הוועדה, עמ' 23 לדו"ח. בהצעת הוועדה נכלל איסור פרסום על חומר שהושג בדרך של פגיעה בפרטיות, ואיסורי פרסום מוגבלים לגבי חומר שהושג באופן חוקי: ס' 2 (4)(7)(10)(11) להצעה.

¹² גם לפי חוק הפרטיות היה, עקרונית, סעד לאדם שפורסמו עליו דברי לעז (כפי שהם מוגדרים בס' 1 לחוק לשון הרע), אף אם היו אמיתיים, כל עוד לא היה עניין ציבורי בפרסומם. אולם לא כל פרסום הוא בגדר לשון רע, מכיוון שלא כל פרסום עלול לפגוע באדם או לגרום לכך שאחרים ישנאו אותו, ילעגו לו או יבוזו לו. לפני חוק הפרטיות, לא הייתה לאדם כל דרך למנוע פרסום חיובי עליו, או פרסום שהוא נייטרלי מבחינה זו, כגון פרסום על כשירויות

צירוף הוראות חוק לשון הרע וחוק הפרטיות מראה כי הפיתרון הישראלי להתנגשות בה נדון הוא הקניית זכות תביעה לאדם הנפגע בשל פרסום הפוגע בפרטיותו, אף כאשר הפרסום הוא אמיתי, ככפוף לשורה של הגנות שהעיקרית שבהן היא קיומו של עניין ציבורי.¹³ חשוב לראות כי מתן תשובה לשאלה האם יש להטיל איסור משפטי על פרסום דברי אמת, מחייב טיפול בשתי שאלות מובחנות. השאלה האחת היא האם, מבחינת מצב הדברים הרצוי, ישנם פרסומים פוגעים בפרטיות שאין הצדקה לעשייתם. השאלה השנייה היא אם יש להעניק עילת תביעה **משפטית** לאדם הנפגע מפרסום כזה. תשובה חיובית לשאלה השנייה מניחה תשובה חיובית לשאלה הראשונה: אין טעם להעניק סעד משפטי לאדם על פרסום שאנו סוברים כי הוא מוצדק. אולם ההיפך איננו נכון: תשובה שלילית לשאלה השנייה מתיישבת עם תשובה חיובית ברורה לראשונה.

האופי השונה של השאלות מתבהר כשבדקים את טיפוס השיקולים הרלוונטיים לתשובה להן. השאלה הראשונה היא שאלה **מוסרית**: ההתלבטות הינה לגבי טעמים מצדיקים לפעולה. יש לטפל בה במסגרת תורת מוסר מסוימת, הקובעת כללים לזיהוי ההתנהגות הראויה. במסגרת תורת מוסר השואפת לצמצום של פגיעות יהיה החיפוש אחר תשובה לשאלה כרוך בהערכת הטיב והחומרה של הפגיעות בפרטיות, לעומת הטיב והחומרה של הפגיעה שייגרמו אם הפרסום יימנע; באיתור דרגת הוודאות של הפגיעה; בניסיון למצוא דרכים חלופיות בהן ניתן לשרת את הערכים האחרים עליהם יש לשמור בלי לפגוע בפרטיות דווקא, או תוך כדי צמצום הפגיעה למינימום הנדרש. כל השאלות האלה הן מורכבות, וכוללות שיפוטים לגבי טבע האדם והתנאים האופטימאליים להתפתחות האדם והחברה. השאלה השנייה היא שאלת ההתאמה של ההסדרה **המשפטית** דווקא לסוגיה הנדונה. אחרי שסיכמנו כבר את התשובה לשאלה של ההסדרה העניינית הרצויה, מתעוררות שאלות כגון מידת הסכנה והחשש של שימוש לרעה בעילת תביעה משפטית; ההשפעה המרתיעה שיכולה להיות לקיום עילת תביעה כזו על הנטייה והנכונות של אנשים בכלל ועיתונאים בפרט, לתת פרסום לדברים שחשוב כי הציבור יידע; ההתאמה של טריבונלים שיפוטיים דווקא לטפל בסוגיות כגון אלה; והאפקטיביות של הסעד המשפטי בקידום ההגנה על הפרטיות.

ערנות להבחנה בין שתי השאלות חשובה הן בשלב ההחלטה אם להעניק עילת תביעה משפטית והן בשלב ההפעלה של הפיתרון המשפטי שאומץ. שתי סכנות נובעות מאי-שימת לב להבחנה זו: הסכנה של המחשבה כי אם מוצדק לא לתת עילת תביעה משפטית הרי שמשמעות הדבר היא, בהכרח, כי אף מבחינה מוסרית אין פגם בפרסום דברי אמת הפוגעים בפרטיות; והסכנה ההפוכה של המחשבה כי אם יש פרסומים פוגעים בפרטיות שמוטב, מוסרית, כי לא ייעשו, מתחייבת מכך הענקת עילת תביעה משפטית לנפגעים. שני הדברים אינם נכונים: בעוד שהענקת זכות תביעה משפטית לנפגעים מהווה, אמנם, הכרזה כי המצב בו אין להם סעד משפטי אינו רצוי גם מהבחינה המוסרית, לא ניתן ללמוד מן ההחלטה שלא להעניק סעד כזה כי אין פגם מוסרי בפרסום דברי אמת הפוגעים בפרטיות. מצד שני, אף אם נגיע למסקנה כי פרסומים הפוגעים בפרטיות אינם

מיוחדות שלו בתחום האינטימי, או פרטים על מצבו הגופני ומצב בריאותו, כשאין בהם השמצה דווקא. ראה גם Wade, ה"ש 8 לעיל.

¹³ סעיף 18 (3) לחוק קובע:

"במשפט פלילי או אזרחי בשל פגיעה בפרטיות תהא זו הגנה טובה אם נתקיימה אחת מאלה:

(3) בפגיעה היה עניין ציבורי המצדיק אותה בנסיבות העניין, ובלבד שאם הייתה הפגיעה בדרך של פרסום – הפרסום לא היה כוזב".

רצויים, וכי במצב הקיים יש פגיעות כאלה, אסור להתעלם מן המאפיינים המיוחדים להסדרה משפטית, היכולים להביאנו למסקנה כי הקניית עילת תביעה משפטית אינה רצויה. הסכנה השנייה היא זו החשובה בהקשר החקיקתי. אסור לשקולים רפורמה משפטית לשכוח את העובדה שהמעבר מהמסקנה כי יש פגם מוסרי בפרסומים מסוימים למסקנה כי יש צורך בסעד משפטי לנפגעים אינו מיידי. אם הוחלט להעניק לנפגע עילת תביעה משפטית, ההבחנה חשובה גם בהקשר הפעלת החוק. בית המשפט המודע להבחנה זו יפנה את תשומת ליבו לשיקולים העומדים ביסוד השאלה הראשונה, ולאחר מכן ייתן משקל נאות גם לשיקולים המיוחדים שביסוד התשובה החיובית לשאלה השנייה. אם המעבר מן התשובה הראשונה לשנייה ייתפס כלא-בעייתי, כמעבר שאין עימו התחשבות מיוחדת בסכנות של ההסדרה המשפטית, יש חשש כי בפירוש החוק לא ייתן בית המשפט משקל נאות לסכנות אלה.

הסכנה הראשונה מתחדדת כאשר הוחלט שלא להעניק עילת תביעה משפטית לנפגע. חוסר רגישות להבחנה שבין שתי השאלות עלול לחזק את הנטייה להסיק מאי-קיומו של סעד משפטי את המסקנה שאין פגם מוסרי בפרסום הנדון. לעומת זאת, רגישות להבחנה תבהיר כי אי-קיומו של סעד משפטי יכול, אמנם, לרמז על מתן תשובה שלילית לשאלה הראשונה; אך הוא יכול לרמז גם רק על כך שעילת תביעה לא הוענקה משיקולים הקשורים לשאלה השנייה. במישור הסעד המשפטי אין הבדל בין שני המצבים: כך או כך ידחה בית המשפט את התביעה, ולכאורה אין כל הבדל, מבחינת הנפגע, הפוגע והחברה, בין שני המצבים, אולם ברמה אחרת ישנו הבדל חשוב ביניהם: כאשר שלילת הסעד המשפטי מבוססת על השיפוט שאין פגם מוסרי בפרסום, נראית תלונת הנפגע כטרונייתו של אדם רגיש שלא לצורך, שאינו מסוגל לפתח מנגנוני הגנה הכרחיים לכל אדם מודרני, ואשר אינו מבין נכונה את האינטרס הציבורי בפרסום. במקרה כזה לא זו בלבד שאין לנפגע סעד משפטי, אלא שאין לו גם סעד חברתי אחר, ואין – על פני הדברים – הצדקה לתביעה שיהיו מנגנונים חלופיים שיפעלו לצמצום פגיעות כאלה בעתיד, ולמתן סיפוק מוסרי לנפגע במקרה שלפנינו. לעומת זאת, כאשר ברור שאי-הקנייתה של עילת תביעה במשפט מבוססת על טעמים הקשורים למאפיינים המיוחדים של ההסדרה המשפטית ככזו, אין בהחלטה זו משום הקניית לגיטימציה כלשהי להתנהגות הפוגעת עצמה. הקביעה כי אין סעד משפטי אינה מהווה אז סוף פסוק. היא אינה מייטרת את הדיון המוסרי, את הוקעת ההתנהגות, ואת החיפוש אחרי דרכים חלופיות להבטחת העניין בפרטיות.

רוב אלה שיש להם מחויבות ורגישות לזכויות אזרח נותנים תשובה חיובית לשאלה הראשונה: הם סבורים כי פרסום האמת יכול לפגוע, כי לא תמיד פגיעה כזו היא מוצדקת מבחינה מוסרית, וכי חברה הרגישה לפגיעות כאלה ומנסה לצמצמן היא חברה טובה יותר מחברה שאין בה רגישות כזו. חלק מן המחויבים לזכויות אזרח סוברים, יחד עם זאת, שהסכנה לחופש המידע שבהטלת איסור **משפטי** על פרסומים כאלה היא כה חמורה שיש לנסות ולמצוא דרכים אחרות להגנה על האינטרס (החשוב) בפרטיות.

במאמר זה ברצוני לענות תשובה חיובית לשתי השאלות, תוך כדי הדגשת החשיבות של ההבחנה ביניהן. לשאלה הראשונה אענה בחיוב מודגש: יש פגם מוסרי, לעתים, בפרסום דברי אמת הפוגעים בפרטיות. בדיון אנסה לשרטט קוים לזיהויים של המקרים בהם זה הוא המצב. השיקולים למתן תשובה שלילית לשאלה השנייה הם כבדי משקל, אולם אינם משכנעים דיים כדי להצדיק אי מתן גושפנקא משפטית לתחושת הפגיעה של קורבן פרסומים בלתי ראויים. יחד עם

זאת, אין ספק כי חשוב שבית המשפט יהיה מודע להם בבואו לפרש את החוק, על מנת שפירוש זה ייעשה תוך התחשבות מרבית בסכנות לחופש העיתונות ולזכות הציבור לדעת. עמדה זו היא הצדקה של הפיתרון אותו אימץ המחוקק הישראלי בסוגיה שלפנינו. אם ניתן ללמוד מההקשר השונה במקצת של איסור לשון הרע, נראה כי זו תהיה גם עמדתו של חתן הקובץ הזה: אין לצאת ידי החובה של ההגנה על זכויות הפרט בלי להעניק לנפגע בפרטיותו על ידי פרסום בלתי מוצדק זכות תביעה משפטית. את האינטרס החשוב בחופש עיתונות יש לקדם ולשמר באמצעות שורה של הגנות הולמות, שתפורשנה באופן רגיש על ידי בתי המשפט.

א. האם תמיד מוצדק לפרסם את האמת?

שלב הטיעון עליו אבסס את מסקנתי כי התשובה לשאלה זו היא שלילית – כי אין זה תמיד נכון שפרסום דברי אמת הוא מוצדק – מורכב מן הטענות הבאות: פגיעות (או גרימת נזק) לפרטים או לחברה אינן רצויות; לכן, טענה כי יש לאדם חירות לפגוע חייבת להיות נתמכת בטעם מצדיק; פרסום דברי אמת עלול לפגוע, ולעיתים הפגיעה היא חמורה ומרחיקת לכת; לעיתים יש טעמים המצדיקים פגיעות אלה, אולם אין זה המצב תמיד; כאשר אין טעם מצדיק שהוא בעל משקל דיו, אין פרסום דברי אמת הפוגעים בפרט מוצדק.

א. 1 כל פגיעה דורשת טעם מצדיק

עיקרון זה, המשמש לי נקודת מוצא, איננו בלתי שנוי במחלוקת. יחד עם זאת דומני כי הוא מקובל דיו כדי לספק בסיס רחב של קבילות לדיון כולו. בניסוח אחר, משמעות העיקרון היא כי חירות הכללית של הפרט מסתיימת מקום שהוא מתנהג באופן הפוגע באחר או גורם לו נזק. במקרים כאלה שוב אין זה מספיק להסתמך פשוט על עקרון החירות כדי להצדיק את ההתנהגות. יש להוסיף טעם נוסף המצדיק את הפגיעה.

חשוב להדגיש כי העיקרון אינו אוסר פגיעות. הוא רק דורש כי הן תיתמכנה בטעם מצדיק. פגיעות הן אסורות, מכוח העיקרון, אם הטעם המצדיק התומך ברצון להתנהג באופן פוגע אינו בעל משקל מספיק כדי לגבור על הפגיעה. עולה מכאן כי הפעלת העיקרון מחייבת דרכים להערכת פגיעות לעומת הערכת משקלם וטיבם של טעמים מצדיקים, לצד קני-מידה מוסכמים לזיהויים של "פגיעות" וטעמים היכולים להיחשב כ"מצדיקים". אינטואיטיבית אנו עושים שיפוטים מסוג זה במקרים רבים, כאשר אנו נדרשים להכריע בשאלות מעשיות. עיון מעמיק בשיפוטים אלה מגלה כי הם מבוססים על הנחות סמויות רבות, שאין לגביהן הסכמה.¹⁴

במאמר זה אשתמש בעיקרון תוך התעלמות מן הקשיים הרבים והחשובים העולים אגב עיון מעמיק כזה. רק נקודה עקרונית אחת דורשת הבהרה כבר בשלב זה: יש הרואים בכל הסדר המסכל רצונו של אדם פגיעה באותו אדם; ויש הרואים בעצם העובדה שאדם רוצה לעשות דבר מה טעם המצדיק מתן חירות לאדם לממש רצונו. תפישה זו אינה יוצאת דופן. היא יכולה להיראות כדרך להדגשת החשיבות הגדולה של החירות לפעול. העיקרון לפיו כל הגבלת חירות היא פסולה אלא אם כן היא נתמכת בטעם מצדיק משקף תפישה זו באופן חזק, הנקודה החשובה היא

¹⁴ הנחות אלה נוגעות לתחום הרחב של עשייתם והצדקתם של שיפוטים מעשיים (Practical reasoning). בתמונת הטיעון המעשי יש מקום מרכזי, למשל, לשקלולים של פגיעות זו לעומת זו. ההנחה היא כי פגיעות כאלה ניתנות לשקלול. הנחה זו מרכזית לתועלתנות, וזכתה לביקורת עמוקה וחריפה מפי מבקרי התועלתנות. הנחה אחרת נוגעת להערכת משקלם של טעמים מצדיקים, המסתמכת במקרים רבים על הנחות עובדתיות השנויות במחלוקת. במקרים כאלה, הטיעון המעשי כולל הנחה לגבי תקפות ההיסק המעשי בתנאים של אי-ודאות, גם הוא תחום שרבה בו המחלוקת העיונית.

כי פירוש כזה לביטויים המרכזיים בעיקרון לפיו כל פגיעה דורשת טעם מצדיק הופך אותו לבלתי יעיל דווקא באותם הקשרים בהם הוא נדרש: הקשרים של התנגשות רצונות. לגבי פירוש זה, בכל מקרה של התנגשות רצונות יש באופן הכרחי, פגיעה (שכן סיכול רצון הוא פגיעה), ויש גם טעם מצדיק (שכן עצם קיום הרצון הוא טעם מצדיק לפעול על פיו). לפי פירוש זה אין העיקרון, ככזה, יכול לספק לנו קנה מידה להכרעה בין הרצונות המתנגשים. הכרעה כזו תינתן רק אם ה"פגיעה" תאופיין במונחים שונים מאשר עצם סיכולו של הרצון, והטעם המצדיק יהיה שונה מאשר עצם קיומו של הרצון להתנהג באופן פוגע.¹⁵

דוגמאות בולטות לפגיעות שאינן מתמצות בסיכול הרצון הן נזק לחיים או לבריאות, נזק כלכלי, פגיעה ברגשות או פגיעה בתנאים הנחוצים למימוש מטרות אנושיות בסיסיות. ברוב המקרים **רוצים** אנשים להימנע מפגיעות כאלה, כך שפגיעה כזאת כרוכה גם בסיכול רצונם, אולם היא אינה מתמצה בסיכול זה, וקיום הפגיעה נבדק באופן עצמאי ממנו. קיומה של פגיעה מסוג זה יבסס את הדרישה, לפי העיקרון, להצבעה על טעם מצדיק. בדומה, הרצון למנוע פגיעות מסוג זה לאדם עצמו, לתלויים בו, או לחברה כולה, עשוי גם להיות טעם מצדיק להתנהגות הפוגעת באחר, המתווסף לעצם הרצון לבצע את הפעולה הפוגעת.

הצורך לשקלל את הפגיעה לעומת הטעם המצדיק מתחדד כאשר הטעם המצדיק עצמו מאופיין במונחים של רצון למנוע פגיעה. בשקלול כזה יש לבדוק את טיב הפגיעה, את חומרת הפגיעה עצמה והשלכותיה, את ההסתברות לכך שהפגיעה אכן תתארו, ואת הזמינות של דרכים שתצמצמנה את הפגיעה הכוללת לעומת הדרך הנשקלת. גם את סיכול הרצון ניתן לראות כפגיעה, אולם אז יש לזכור כי הפגיעה מתקזזת על ידי כך שמימוש רצונו של אחד יביא לפגיעה, בדרך של סיכול הרצון, של האחר. עצם סיכול הרצון אינו יכול לספק לנו קנה מידה להכרעה. ההחלטה איזה מבין שני רצונות מתנגשים יש להעדיף חייבת ללכת אל מעבר לרצון עצמו, אל ההשלכות של סיכולו ואל הטעמים לביסוסו.

א. 2 הנזק (או הפגיעה) שבפרסום דברי אמת

א. 2. 1 טיב הפגיעה

דומה כי אין צורך להכביר מילים על כך שפרסום דברי אמת יכול לגרום לאדם נזקים חמורים, חלקם ברורים ומיידיים, וכי פגיעתה של האמת יכולה להיות רעה. די להזכיר את השפעת הגילוי של עברו הפלילי על הקריירה של זין ולזין כדי לראות מה יכול סיפור האמת לעשות לאדם. הנקודה בה אני רוצה להתרכז כאן היא העובדה שפרסום האמת יכול לגרום פגיעות **מטיב** שונה. קבוצה חשובה של פגיעות היא אלה המתבטאות בכך שאנשים פועלים על סמך המידע האמיתי שפורסם. התנהגות זו על סמך המידע שנתגלה יכולה להכאיב לאנשים, להקשות עליהם, או לסכל את מימוש כוונותיהם. מועמד לתפקיד ציבורי יכול "להפסיד" בבחירות אם נתגלה כי היה מאושפז בעבר בבית חולים לחולי נפש; מבקש אשראי יכול להידחות אם יתגלה כי יש לו עבר של פשיטות רגל; מחפש עבודה יכול להידחות אם יתגלה פגם בבריאותו או בעברו. מכיוון אחר באות

¹⁵ הדרך היחידה בה ניתן להכריע בין רצונות מתנגשים בלי לבדוק את טיבם והטעמים העומדים מאחוריהם היא על ידי הסתמכות על **עוצמת** הרצון. הערכת עוצמת רצונו של הפרט מסוים בתוצאה או מצב דברים מסוים אינה קלה, ולא ברור כלל אם רצונות בין-אישיים ניתנים להשוואה ולשקלול. הבעיה של הערכת רצונו של היחיד לעומת רצונם (שיכול להיות חלש יותר) של הרבים היא יותר מאקטוארית: לא **ברור הצידיק** שיש להעדפת רצון הרבים על המעטים. מטעמים אלה ואחרים לא אטפל במאמר זה באפשרות (המעניינת והחשובה) לפתור התנגשות רצונות בין פרטיות ופרסום תוך הסתמכות על עוצמת הרצונות המתנגשים.

תלוניותיהם של אלה שפורסם כי הם עשירים ונדבנים, ההופכים כתוצאה מן הפרסום למוקד לפניות רבות של בקשה לעזרה (חלק מן ההסבר לנטייה של אנשים לתרום באופן אנונימי).¹⁶ ושוב, מכיוון אחר באים סיפוריהם של אלה שזכו להיות "מפורסמים" וכתוצאה מכך זוכים להצעות מעקבים, שיחות טלפון טורדניות או דואר בלתי-מוזמן.

יש הטוענים כי נזקים מסוג זה, על כל רבגוניותם, ממצים את העניין שיש לאנשים במניעת פרסום דברי אמת עליהם.¹⁷ מניעת הפרסום היא דרך יעילה, לטענתם של הוגים אלה, למניעת ההתנהגות הנובעת מידיעת המידע שפורסם. אין ספק כי במקרים רבים הרצון לשלוט על התנהגות באמצעות ידיעה הוא אכן הטעם מאחורי הרצון למנוע פרסום, אולם הצגת טעם זה כממצה היא מטעה. הוגים אחרים, עימם אני מסכימה, מדגישים כי במקרים רבים נובעת הפגיעה שבפרסום מטעמים אחרים, שהם אולי מוחשיים פחות מהתנהגות הזולת על סמך המידע, אך עמוקים ומרחיקי לכת יותר.¹⁸

פרסום באמצעי התקשורת, בעיקר כשהוא נוגע לעניינים אישיים ואינטימיים, לוקה תמיד בחד-ממדיות מעליבה, אף כאשר כל המידע המתפרסם הוא מדויק לחלוטין. קורבנות של פרסומים כאלה מתלוננים על תחושה של עלבון ובושה הנובעת מתחושה של היחשפות והתערטלות בפומבי. הרגשות אלה של עלבון ובושה אינן קשורות כלל לאפשרות שהקוראים הלומדים את המידע המפורסם יפעלו על פיו בצורה שהיא בלתי נעימה ל"קורבן" הפרסום. הן קשורות לדברים כמו הדימוי העצמי של הפרט, והיכולת שלו לחוש אמון, חירות, ביטחון וכבוד. יש אף הטוענים כי מצב שבו הפרט חשוף לחשש של פרסום מלא של כל האירועים בחייו הוא מצב שבו נפגעת היכולת שלו לקיים יחסים של ידידות ואהבה עם אחרים, שכן יחסים אלה חייבים להיות מושתתים על אמון ועל היכולת של אדם לשלוט, במידת מה לפחות, על המידע על עצמו, שאותו הוא בוחר להעביר, לפי בחירתו, לידידו או לאהובו.¹⁹ ולבסוף, החשש מפרסום יכול לפגוע בנכונות של פרטים ללמוד ולהתפתח תוך כדי ניסוי ושגיאה, או תוך כדי התאמנות והשתכללות. נכונות ללמוד מתחזקת על ידי הידיעה שלאדם יש, בדרך כלל, יכולת להסתיר את הכישלונות ההכרחיים לשלב הלמידה, עד שהאדם עצמו יחליט כי הוא בשל ל"יציאה אל הציבור". יכולת זו תיעלם אם לא תהיה הגנה מסוימת מפני פרסומים מוקדמים בניגוד לרצון הלומד, ועימה תפחת הנכונות ללמוד וליצור. למידה והתפתחות אלה חשובות לא רק בתחום היצירה האישית וההתפתחות האישית, אלא גם בפיתוח של עמדות מוסריות וחברתיות-פוליטיות. חשיפה מוקדמת של התלבטויות או עמדות טנטטיביות, שאין בה רגישות לזמניות הכרחית של מחשבות ראשונות, יכולה להפיל מכה קשה על כל ניסיון לחשיבה ביקורתית או אוטונומית.

ניתוח זה מצביע על כך שהעניין בפרטיות אינו רק עניינו של הפרט המוגן באופן ישיר. חברה שבה מוגבלת היכולת לקיים יחסים של אמון, רעות ואהבה; חברה שאין בה חירות להסתיר כישלונות ראשוניים; חברה שאין בה עידוד לאוטונומיה, למידה ויצירה, חברה שאינה מאפשרת לבניה

¹⁶ הסבר זה מובא אצל R. Posner, "The Right To Privacy", *Ga. L. Rev.* 393, at p. 400-401. ¹⁷ כך טוען, למשל, פוזנר, ה"ש 16 לעין. ראה גם מאמרו "Privacy, Secrecy and Reputation", 28 *Buffalo L. Rev.* (1979); R. Epstein, "Privacy, Property Rights and Misrepresentations", 12 *Ga. L. Rev.* 455 (1978).

¹⁸ הספרות הדנה בחשיבותה של הפרטיות ובטעמים להגן עליה היא גדולה, ואי אפשר להפנות אליה באופן ממצה. מאמרים מרכזיים הם: S.I. Benn, "Privacy, Freedom and Respect For Persons", 13 *Nomos* (1971), 1; Ch. Fried, "Privacy" (1968), 77 *Yale L.J.* 475; E. Bloustein, "Privacy as an Aspect of Human Dignity" (1964) 39 *N.Y.U.L. Rev.* 456-440.

¹⁹ זהו הטיעון של Fried, ה"ש 18 לעיל. דיון ביקורתי ומשלים בהיבטים אלה ניתן ב: Reiman, "Privacy, Intimacy and Personhood" (1977), 6 *Phil. And Pub. Affairs*, 26.

להתעלות מעל עברם ו"לשכוח" אותו, היא חברה דלה יותר, אכזרית יותר, ואנושית פחות מאשר חברה המאפשרת ומעודדת את כל אלה.

א. 2. יסודות להערכת חומרת הפגיעה

בכל אחד מסוגי הפגיעה המתוארים בפסקה הקודמת ניתן לראות דרגות חומרה שונות: קוראי החומר המפורסם יכולים להגיב בחיך או בביטול, אך הם יכולים גם למנוע מן האדם טובת הנאה החשובה לו מאוד, או להסיר את תמיכתם בו בעניין בעל חשיבות גדולה; מידת ההטרדה הבאה בעקבות הפרסום יכולה לנוע בין מספר קטן של פניות, בתקופת זמן קצרה, ועד למעקב מתמשך והטרדה חמורה במשכה ובטיבה. בדומה, תחושת העלבון והפגיעה יכולה לנוע בין הרגשה עמומה של כובד, המתפזרת לאחר זמן מה, ועד ליצירת נכות נפשית עמוקה ומתמשכת או אף התאבדות.²⁰ ההשפעה על היכולת ליצור יחסי אמון יכולה לנוע בין זהירות מפקחת ולהגיע עד התנערות מלאה מקיום יחסי של אמון. גם בתחום הלמידה, ההתפתחות וההתגבשות ניתן לראות תוצאות בחומרה שונה: אדם שנחשף בניגוד לרצונו יכול לאבד כל עניין בלמידה ובניסוי היכולים לחשוף אותו לחוויה דומה, או שתגובתו יכולה להיות זו של זהירות מוגברת מחד, יחד עם ניסיון להיאבק באופן ציבורי להגנה יעילה יותר על הפרטיות מאידך.

כאשר אנו דנים בכללי התנהגות האמורים לכוון התנהגות עתידית, אנו מעוניינים בזיהוי חומרת הפגיעה ה**צפויה**. נתונים על חומרה זו אנו לומדים, בין השאר, ממקרים שהיו. יחד עם זאת, קל לטעות בערך של מקרים דרמטיים שקרו, שכן לא תמיד ברור אם ניתן להכליל מהם לגבי חומרת פגיעות צפויה. דווקא הדרמטיות יכולה לרמוז על כך שהתוצאות במקרה זה היו יוצאות דופן בחומרתן, ואז לא ברור כי יש לקחת אותן בחשבון כתוצאות צפויות במהלך הדברים הרגיל.²¹ בסוגיה של פגיעות כתוצאה מפרסום דברי אמת קשה מאוד לזהות פגיעות צפויות וחומרתן, הן לגבי החברה בכללה והן לגבי פרטים בה. קושי זה נובע מכך שהתהליכים בהם מדובר הם מורכבים, וקשה ביותר למדוד אותם.

ישנם חוקרים הלומדים מן ההיסטוריה של החברה האנושית כי פגיעות בפרטיות, ככלל, אינן יכולות להיות כה חמורות:²² הם לומדים מן העובדה כי בכל חברה אנושית, אף כאשר אין בה פרטיות כלל, יש יצירה אנושית, יש הוגים אוטונומיים, ויש יחסים של אמון, רעות ואהבה, כי פגיעות בפרטיות אינן יכולות לפגוע במרכיבים חיוניים אלה של רווחה אנושית. הקביעות העובדתיות עליהן מבוסס טיעון זה הן שנויות במחלוקת, אולם אף אם הן נכונות ברי שאין הן מספיקות לבסס טיעון קיצוני זה. אף אם נכון הוא שבכל חברה יש פרטים חזקים, שפגיעות בפרטיות אינן מרתיעות אותם, אין הדבר מוכיח כי בחברה עם יותר רגישות לפרטיות לא היינו מגיעים ליותר אוטונומיה, אמון, יצירה, אהבה ורעות.

²⁰ התאבדות הייתה התוצאה של אחד המקרים הדרמטיים ביותר בספרות המשפטית בסוגיה זו; *Sidis v. F-R Pub. Corp.*, 34 F. Supp. 19 upheld 113 F.2d 806 (1940); (1938) סידיס היה "ילד פלא" שהצטיין במתמטיקה והכול ניבאו לו עתיד מזהיר. עתיד זה לא התממש, ועיתון פרסם דיווח (מדויק ולא אוהד) על חייו כאדם מבוגר, בינוני ומסוגר, המקפיד שלא לגלות את עברו לאלה המכירים אותו, במסגרת סדרה שנקראה "איפה הם עתה?" סידיס ניסה כל צעד על מנת למנוע את הפרסום, אולם נכשל. בית המשפט פסק כי העניין הציבורי בפרסום גובר על עניינו של סידיס בפרטיותו.

²¹ רוב בני האדם אינם מתאבדים לאחר פרסום, חושף ככל שיהיה. לא נראה שניתן ללמוד ממקרהו של סידיס (ה"ש 20 לעיל) שמפרסמים צריכים לקחת חשבון להתאבדות בחשבון, כחלק ממהלך הדברים הרגיל. יחד עם זאת, למפרסמים היה מידע אישי מפורט יותר על סידיס עצמו, והם ראו את מידת החומרה שהוא ייחס לפגיעה בהתדיינות המשפטית. לכן דומה שהיו יכולים לעשות שיפוט כי, במקרה הזה, התגובה לפגיעה עלולה להיות חמורה יותר, ודומה שהיו צריכים לקחת אפשרות לפגיעה חמורה בחשבון. תוספת המידע, במקרה זה, מגבירה את האחריות מפני שהיא משפרת את היכולת לצפות את חומרת הפגיעה.

²² זוהי, למשל, עמדתו של פוזנר, ה"ש 16 לעיל, בעמ' 407-409. בדרך זו הוא תוקף את טיעוניהם של פריד ושל בלושטיין, ה"ש 18 לעיל.

אין ספק כי חומרת הפגיעה תלויה במשתנים רבים, הכוללים את חוסנו של הפרט ונסיבות אחרות. המורכבות הזאת של כל מצב עובדות מונעת, כמובן, אפשרות לחזות, באופן כללי, את חומרת הפגיעה בכל מקרה ומקרה. יחד עם זאת, דומה שניתן להצביע על כמה גורמים ההופכים את ההסתברות של פגיעה חמורה לגבוהה יותר, על סמך ניסיון העבר ועל סמך הנחות כלליות לגבי טבע האדם. חומרת הפגיעה נמדדת תמיד בעוצמת התוצאות השליליות שלה, בין תוצאות אלה ניתן להבחין בין תגובות אחרים על הפרסום והשפעת הפרסום על הפרט עצמו.

תגובת אחרים על הפרסום. החומרה של התגובה על פרסום תלויה בתוכן הפרסום ובפגיעות של "קורבן" הפרסום להחלטות ותגובות של אחרים. ככל שהמידע שנחשף מגלה משהו חמור יותר לגבי האדם, כך גבוהה יותר ההסתברות כי אנשים יפעלו על סמך המידע הזה. "חומרה" בהקשר זה אינה, בהכרח, עניין אובייקטיבי. בחברה מסוימת ייתכן כי היסטוריה של אשפוז בגלל התמוטטות עצבים היא עניין הנחשב חמור, למרות שהמצאים הרפואיים מורים כי האדם נמצא כיום במצב בריאות תקין לגמרי. בחברה אחרת יכול גילוי כזה לעורר רק הרמת גבות זהירה. בדומה, אנשים שונים יכולים לראות באופן שונה גילוי על עבר פלילי של אדם: יש כאלה שיראו בכך פסול מוסרי גם היום, בעוד אחרים יטו להתייחס לדבר כאל משובת נעורים. "חומרת" הגילוי תלויה גם בתפקידו או במקצועו של האדם בו מדובר. חשבון בנק בלתי חוקי של ראש הממשלה, ממנו מצפים לרגישות גבוהה לשמירת החוק, הוא חמור הרבה יותר מאותו חשבון בנק עצמו של "סתם" אדם מן השורה. אי-סדרים בניהול עניינים כספיים הוא גילוי חמור יותר לגבי שר בממשלה, המופקד על כספי הציבור, מאשר לגבי אמן ידוע או מנהל מפעל פרטי.

מימד אחר לצפיות של חומרת הפגיעה הוא מידת הפגיעות של נשוא הפרסום לתגובות על המידע. מצבו של איש שהגילוי יכול לעלות לו בעבודתו, בתפקידו, או ביחסיו האישיים המרכזיים, חמור יותר מזה של האדם שהגילוי עלול לגרום לו רק הוקעה על ידי חלקים מסוימים בחברה. אין אני רוצה להקטין בערכה או בחשיבותה של הוקעה חברתית, אולם כאשר מתווסף אליה גם "מחיר" מוחשי בדמות פיטורין, הפסד בבחירות, הרחקה מתפקיד או דחיית בקשה, מצבו של הנפגע חמור יותר. ההטרדה שהיא מנת חלקו של זה שפורסם עושרו היא וודאי פחות חמורה מאשר פגיעתו של המפוטר.²³

השפעת הפרסום על הנפגע. תגובת אחרים על הפרסום היא, ללא ספק, חלק מהשפעת הפרסום על הנפגע. ככל שתגובה זו חמורה יותר כך תהיה השפעת הפרסום על הנפגע קשה יותר. אולם, בנוסף להשפעה חשובה זו, יכול הפרסום לגרום לתוצאות שליליות לנפגע במונחים של פגיעה ביכולתו לפתח יחסי אמון, צמצום נטייתו ללמוד ולהסתכן, או נטייתו לפתח חשיבה אוטונומית וביקורתית.

לעניין היכולת לפתח יחסי אמון, הפגיעה שבפרסום תהיה חמורה יותר ככל שהגילויים רחבים יותר, מקיפים יותר, וככל שהמידע שפורסם נמסר תוך כדי יחסי אמון שהופרו. דוגמה לפגיעה חמורה מסוג זה היא מקרהו של חולה הנמצא בטיפולו של רופא בעל נטיות ספרותיות. במסגרת הטיפול מספר החולה פרטים רבים על חייו, תחושותיו והרגשותיו. הרופא המוכשר עושה לילות כימים ומעלה את כל המידע שצבר על הכתב, בשפה קולחת ושווה לכל נפש, ומפרסם את הדברים בצורה ממנה ניתן לזהות את החולה. אף אם איש לא ישנה את התנהגותו כלפי החולה, לא יהיה

²³ חשוב להדגיש כי הכוונה כאן לא להשפעה על "מצבו" של האדם. במובן זה יכול להיות מקרה בו פגיעתו של המפוטר קטנה בהרבה מזו של המוטרד: זה שפוטרו ממקום עבודה אחד בשל גילוי כי היה חבר במפלגה הקומוניסטית יכול למצוא לעצמו מייד, ובלי חיפושים, עבודה אצל אדם או גוף שמטרתו היא הגנה על "נרדפים פוליטיים"; בעוד שהעשיר אינו יכול להתחמק מתוצאות הפרסום על עושרו, ולנצח ייאלץ לדאוג לסידורי שמירה וביטחון, הגנה כנגד חטיפה וכדומה. אולם במונחי דימוי עצמי ותחושת עלבון פגיעתו של המפוטר, אף כאשר הוא בר-מזל, חמורה יותר.

זה פלא אם החולה ידווח על תחושה חזקה של פגיעה. הרוחב והעומק של הגילויים, הכוללים גם פרטים אינטימיים ביותר, מחזקים את תחושת ההיחשפות. דומה כי לא יהיה זה פלא אם החולה שלנו לא יחוש לבקש עזרתם של רופאים במידה ויזקק לשירותיהם בעתיד. חומרה דומה של פגיעה קיימת במקרים בהם מפרסם אדם מכתבי אהבה שנכתבו לו.²⁴ אף כאן, החומרה נובעת מן הצירוף של האינטימיות של הקשר ושל המידע, ומן התחושה של שבירת האמון.

הנטייה לפתח חשיבה אוטונומית וביקורתית תחלש ככל שהפרסום נוגע לעניינים שנויים במחלוקת חברתית, ומתארים עמדות שהאדם לא היה נכון עדיין לצאת עימן אל הציבור. אם תוצאת הפרסום תהיה תגובה עוינת, או אף אם יש חשש לתגובה עוינת כזאת, יכול האדם "להסיק" כי מוטב לו שלא להתעסק בנושאים כאלה כלל. תגובה אפשרית אחרת תהיה חשדנות כלפי הסובבים אותו מחשש להישנות הפרסום המוקדם. בשתי התגובות האלה יש משום פגיעה ברווחה של הפרטים. חומרת הפגיעה כאן תהיה תלויה ברמת הסובלנות של החברה לגבי העמדה אותה מייחסים לפרט הנדון.

הנטייה להתנסות וללמוד יכולה להיפגע כתוצאה מפרסום. חומרת הפגיעה כאן תהיה פונקציה של מידת הצריכה של הכישלון או העמדה עליה מדווח. בדרך כלל, ככל שתחושת העלבון והבושה של האדם בגין הפרסום תהיה גדולה יותר, כך סביר להניח שהחשש מפני פרסום חוזר, או ההשפעה על הדימוי העצמי של הפרסום המקורי, יהיו גדולים יותר.

נקודה אחרונה קשורה הן לחומרת הפגיעה והן להצדקתה. ככל שהפרסום רלוונטי יותר לפגיעה כך נראה אותו כמוצדק יותר. וכללית, כאשר הפגיעה היא מוצדקת, קל יותר לאדם לקבל אותה. קבלתה של פגיעה מוצדקת היא חלק מכללי המשחק. פגיעה שקרבנה חש כי אינה מוצדקת מעוררת גם תחושה של אי-צדק ועוול, תחושה של חוסר אמון כללי בשיטה ובזולת, תחושות המחמירות יותר את הפגיעה שבפרסום. מובן כי לא תמיד יחוש הנפגע כי פגיעה הנראית לנו מוצדקת היא אכן מוצדקת. יכול להיות שפגיעתו תוחמר בגלל תחושת אי-צדק שאנו סוברים שאין לה ביסוס. אולם יש מקרים בהם נחוש גם אנו כי פגיעה הייתה בלתי מוצדקת. ופגיעה שכזו היא חמורה יותר, מבחינת ההשפעה על האדם הנפגע, מפגיעה שאף הוא עצמו, ברגעיו הטובים, מקבל.

א. 3 צידוקים אפשריים

פה אנו רואים את אחד היתרונות החשובים של צמצום גזירת הדיון: רשימת הצידוקים הרלוונטיים למקרה שלנו קצרה הרבה יותר מזו הנוגעת להצדקת פגיעות בפרטיות באופן כללי. הצידוק חייב לתמוך לא **במסירת מידע** לאחר אלא **בפרסומו ברבים**. במקרים רבים יש צידוק להפנות את תשומת ליבו של אדם לתכונות או להישגים של אדם אחר: זוהי המטרה, למשל, של מכתבי המלצה, בירורים לגבי יכולתו של מבקש אשראי לעמוד בתשלומים, או בירורים לגבי מצבו הבריאותי של עובד מיועד. למעביד הפוטנציאלי יש אינטרס לקבל נתונים רלוונטיים על עובדיו המיועדים כדי שיוכל לבחור את הטוב שביניהם, ממש כפי שיש למשכיר דירה עניין לדעת כי השוכר המיועד יעמוד בתשלומים ולא ישחית את הדירה. צידוקים אלה מגנים על האינטרס של אדם למנוע מעצמו נזקים, אולם הם תומכים רק במסירת מידע לאדם המבקש אותו למטרה מסוימת, ואינם תומכים בפרסום בלתי מובחן ברבים.

²⁴ מקרה דרמטי כזה קרה באנגליה, שם הוצא צו מניעה נגד הנתבע שרצה לפרסם מכתבים שנכתבו לו על ידי אשתו, בניגוד לרצונה: *Argyll v. Argyll*, [1967] ch. 302.

הטיעונים העיקריים המובאים בתמיכה לפרסום חומר הפוגע בפרטיות הם הסכמת הנפגע, חירות הפרסום של המפרסם, הרצון של הציבור לדעת, קיומו של עניין ציבורי במידע, וקיומו של עניין ציבורי במצב שבו לא תהיינה הגבלות פרסום (לפחות על דברי אמת). במקרים קונקרטיים, מובאים טיעונים אלה במשולב: אדם הרוצה לפרסם מסתמך לא רק על חירותו לפרסם, אלא גם על העניין הציבורי בפרסום, וגם על הסכמה, מפורשת או מכללא, של נשוא הפרסום. יחד עם זאת ניתן להבחין בין טיפוסים הטיעונים האלה, ואנו נדון בהם אחד לאחד. חשוב לזכור כי לטיעונים אלה משקל שונה, וכי במקרים קונקרטיים יכול טיעון אחד להיות בלתי מספיק, לבדו, להכריע את הכף, אך בהצטברות עם טיעונים אחרים שאף להם תחולה באותו עניין, יכול צירוף הטיעונים להצדיק את הפרסום.

א. 1.3 הסכמת הנפגע

הסכמת הנפגע הנה טעם מצדיק יוצא דופן, שכן בכל המקרים האחרים מדובר בפרסום בניגוד לרצון הנפגע. יש סוברים, לכן, כי הסכמת הנפגע כלל אינה טעם מצדיק, אלא שהיא שוללת את עצם הפגיעה בפרטיות.²⁵ לדעתי, אף אם נקבל כי הסכמת הנפגע היא אכן טעם מצדיק, מוטעית ההצגה לפיה ההסכמה שוללת את עצם הפגיעה.²⁶ קל לראות דבר זה כשבוחנים אנשים המסכימים, מתוך חישוב קצר טווח, לפרסומים חושפניים על עצמם, בלי להיות ערים לתוצאות השליליות של הפרסום לגביהם: במקרים לא מועטים הם מוצאים, לאחר זמן, כי הפרסום פגע בדימוי העצמי שלהם וביכולת שלהם להעריך אינטימיות ורעות של קירבה. נראה, אפוא, כי אדם יכול להיפגע על ידי פגיעה בפרטיותו, אף כאשר הוא נתן את הסכמתו לפרסום (ממש כפי שאדם יכול להיפגע בעבודה אף אם הסכים, מראש, להימצא במצב בו החשש לפגיעה גבוה). יחד עם זאת, אין ספק שהגנה על פרטיותו של אדם בניגוד לרצונו הינה מעשה של פטרנליזם מוסרי שקשה למצוא לו הצדקה. עולה מכאן כי הסכמה היא אכן טעם מצדיק לפגיעה בפרטיות, חמורה ככל שתהא, אנשים הסוברים כי יש חשש רציני שאנשים "יזמינו" לעצמם פגיעות מסוג זה צריכים לנסות להשפיע עליהם בדרך של שכנוע וחינוך, ובאמצעות הצבעה על התוצאות השליליות של פרסומים כאלה, תוצאות שמבקשי-הפרסום נוטים, אולי, להמעיט בחשיבותן.

הסכמה מפורשת של הנפגע היא טעם מצדיק. ישנם מקרים בהם אין קושי להסיק הסכמה מכללא: כאשר אדם מתראיין במסיבת עיתונאים, או מספר דברים לעיתונאי או ביוגרף בלי להדגיש כי הדברים אינם מיועדים לפרסום, מותר לראות אותו כמסכים מכללא שהדברים יפורסמו. גם בנסיבות אחרות ניתן לדבר, ללא אילוץ, על קריאת הסכמת מתוך ההתנהגות. אולם יש להיזהר ולא להפעיל את הכוח המצדיק של ההסכמה על מקרים בהם ברור כי אין הסכמה ממש, והשימוש בהסכמה הוא לכן קונסטרוקטיבי ופיקטיבי. מכיוון שהכוח המצדיק של ההסכמה הוא חזק כל כך, אין זה מפתיע לגלות שבמקרים רבים ניסו תומכי פרסום להסתמך על טיעונים של הסכמה. שני הקשרים חשובים בהם נעשתה הרחבה מטעה כזאת הם אלה של פרסומים הנוגעים לדמויות ציבוריות, ופרסומים הנוגעים לאירועים שקרו במקום ציבורי.

²⁵ כך, כנראה, סבר גם המחוקק הישראלי: לפי המלצת ועדת כהן הייתה ההסכמה אמורה להיות הגנה מפני תביעה על פגיעה בפרטיות: ס' 7 להצעת הוועדה, עמ' 24 לדו"ח. בהצעת החוק ובחוק הועבר אלמנט ההסכמה מן ההגנות אל הסעיף ההצהרתי הפותח: "לא יפגע אדם בפרטיות זולתו ללא הסכמתו".

²⁶ מעמדה של ההסכמה שונה לעניין זה בהתנהגויות מטיפוס שונה. יש מקרים בהם העדר ההסכמה אכן יורד לשרש הפגיעה, מכיוון שאין במעשה הנעשה בהסכמה כל פגיעה: דוגמה בולטת לסוג זה של מקרים הוא מגע פיזי או יחסי מין. יחסי מין בהסכמה אינם "פגיעה" שהמשפט "מוותר" על ההגנה מפניה, אלא דבר שאנשים רוצים בו ומעריכים אותו. במקרים אחרים, לעומת זאת, הסכמה היא אמנם הגנה, אך הפגיעה בעינה עומדת, וזאת מאחר שהפגיעה נתפשת במונחים עצמאיים לסיכול הרצון או "יאונס" (תרתי משמע). פגיעה בפרטיות נופלת, לדעתי, לקבוצה השנייה.

אחד המבחנים המוצעים בספרות בשאלה מתי פרסום הוא מוצדק קובע כי "דמויות ציבוריות" ניתן לייחס הסכמה, לפחות מכללא, לפרסומים על חייהן.²⁷ האפיון של "דמות ציבורית" בספרות אינו ברור.²⁸ כוללים בו אנשים הממלאים תפקידים ציבוריים, בין אם הם נבחרים ובין אם הם ממונים; אנשים "מפורסמים" מטעם כלשהו, כגון אמנים, ספורטאים, או אף "סתם" עשירים, הממלאים תפקיד כלשהו במודעות הציבורית; ואנשים המהווים מוקד לתשומת לב ציבוריים בשל אירוע שקרה להם או בשל מעשה שעשו, כגון עבריינים, חולים במחלות נדירות, או קורבנות של תאונות או של מעשי אלימות. נראה כי אין ספק שהטעון של הסכמה לגבי האחרונים אינו במקומו. יכול להיות שיש עבריינים או קורבנות תאונות הששים אחרי פרסום, ויכול להיות שיש גם עבריינים המונעים על ידי הרצון בפרסום, אולם ודאי שאין להסיק הסכמה כזו מעצם היותו של האדם מעורב, לעתים אף שלא מרצונו, באירוע שיש בו עניין ציבורי. הקבוצה השנייה אף היא אינה מורכבת מעור אחד. אין התאמה מלאה בין אלה שבפועל יש בהם עניין ציבורי, מטעמים שונים, ובין אלה הרוצים בפרסום. אף אמנים המבקשים שיפוט ציבוריים לגבי עבודותיהם יכולים, בלי לחטוא בחוסר עקביות, לרצות שהשיפוט ייעשה על סמך העבודה או אותו חלק ממנה שנחשף לדיון ציבורי, ולא על סמך חייהם הפרטיים. גם אם נאמר שיש טעם טוב לתת פרסום לדברים בניגוד לרצונם של אמנים כאלה, כדאי להבהיר, ולא להסתיר, כי ההחלטה אינה מבוססת על הסכמה. ולבסוף, אף לגבי אלה הממלאים תפקידים ציבוריים ממש אין הטעון של הסכמה מכללא מאיר עניינים. גם פה יש להבדיל בין סוגי תפקידים ציבוריים, ובין סוגי מידע. יש אנשי ציבור המחזרים אחרי פרסום, יהא תוכנו אשר יהא, מתוך ההנחה כי יותר טוב פרסום כלשהו מהתעלמות של אמצעי התקשורת. לגביהם, ההסכמה לפרסום הינה אמיתית ולא בעייתית. אולם יש אף כאלה המקפידים לשמור לפחות חלק מחייהם מחוץ לאמצעי התקשורת. לגבי אלה יש הסכמה מכללא לכך שידונו בהיבטים מסוימים של חייהם והופעתם, הקשורים לתפקיד. לגבי פרטים אחרים אין לדבר על הסכמה, אף אם נגיע למסקנה, מטעמים אחרים, שרצונם להימנע מפרסום אינו יכול להיות מוגן.

לגבי אירועים במקום ציבורי הטעון הוא כי מכיוון שעקרונית יכול כל אדם לחזות במה שקורה במקום ציבורי יש לראות כל אדם כמסכים לכך שכל מה שהוא עושה, או כל מה שקורה לו, במקום ציבורי יפורסם ברבים.²⁹ במידה מסוימת יש כוח בטיעון זה: כאשר אנו רוצים שלא יצפו בנו ולא יפריעו לנו, אנו נוהגים להקפיד ולחפש "מקום פרטי". נוהג זה מרמז על כך שאנו אכן מקבלים כי אין לנו ערובה לפרטיות במקום ציבורי, ומכאן אפשר ללמוד כי אם בחרנו שלא לחפש מקום פרטי, היינו מוכנים לוותר על הפרטיות. אולם לא תמיד הלמידה הזאת תקפה. ראשית, לעתים קוררים לנו דברים במקום ציבורי שלנו עצמנו אין שליטה עליהם. כך, למשל, אם אדם נעצר במקום ציבורי, או נפגע במקום ציבורי, או נתפש במפתיע ומגיב בצורה מביכה, ברור שהעובדה כי המקרה קרה במקום ציבורי אינה מלמדת על ויתור על הפרטיות.³⁰ ייתכן כי גם במקרים כאלה יש

²⁷ לטיעון ההסכמה לגבי דמויות ציבוריות ראה Prosser, *A Handbook of the Law of Torts*, 4th ed. 1971, 830-823 בעמ'

²⁸ בניסוח הרחב ביותר נאמר כי "דמות ציבורית" היא כל אדם שיש בו "עניין ציבורי". הרחבה כזו מסלקת בביור את הבסיס מתחת לייחוס ההסכמה לקורבן הפרסום, וקובעת כי יש הסכמה כזו בכל מקרה שבו מוצא המפרסם לנכון לפרסם (בהנחה שמפרסמים יודעים את לב קהל הקוראים). ראה הסקירה בפסק הדין *Time Inc. v. Firestone*, 425 U.S. 448, 453-455 (1975).

²⁹ לטיעון הכללי ראה פרוסר, ה"ש 27 לעיל, בעמ' 811-810.
³⁰ זה היה, כנראה, הבסיס למתן סעד משפטי בשני מקרים בהם פורסמה תמונה של אירוע במקום ציבורי: ב- *Blumenthal v. Picture Classics* (1932) 235 App. Div 570, 257 N.Y.S. 800 וזכתה התובעת בשל פרסום סרט שתיאר אותה המוכרת לחם ברחוב; ב- *Daily Times Democrat v. Graham* (1964) 276, Ala. 380, 162 So. 2d 474. אסר בית המשפט פרסום תמונת אישה ששמלתה התעופפה באוויר בזמן שביקרה בקרקס. לגבי פרסום תמונות

צידוק לפרסום בניגוד לרצון האדם, מתוך רצון שלא להגביל פרסום מידע על אירועים שקרו במקום ציבורי, אולם בסיס הצידוק הזה איננו הסכמה, מפורשת או מכללית. שנית, אין זה נכון לומר כי כל פעולה במקום ציבורי היא ויתור על פרטיות. גם לגבי ההתנהגות במקומות ציבוריים יש נורמות חברתיות הקובעות כי לגבי סוגי התנהגות מסוימים הנוהג המקובל הוא להתעלם מן ההתנהגות, ולא "לתפוש" את האדם בעובדה שהוא נמצא במקום ציבורי. מטרת ההתעלמות הזאת, בעיקר במקומות בהם קשה למצוא מקומות פרטיים, היא לשמור מידה מסוימת של ספונטאניות בהתנהגות.³¹

לסיכום, נראה כי בכל מקום שבו הפרסום נעשה בניגוד לרצונו של האדם, כדאי להימנע מהצדקתו במונחים של הסכמה, ולחפש צידוקים אפשריים אחרים. בצורה זו נשמור על כוחה המצדיק החזק של ההסכמה ממש, ולא נאפשר לטשטש את העובדה שבמקרים רבים אנו מצדיקים פרסום גם בהיעדרה, כך תמוקד תשומת ליבנו בצידוקים חלופיים אלה.

א. 3. 2 חירות הפרסום של המפרסם

מול הפרט שאינו רוצה כי מידע עליו יפורסם ברבים עומד פרט (או גוף) אחר הרוצה לפרסם את הדברים. אולם, כשם שעצם סיכול רצונו של הפרט שהמידע לא יפורסם אינו מהווה "פגיעה", כך גם עצם הרצון לפרסום, כשלעצמו, אינו מהווה טעם מצדיק. השאלה היא, אפוא, מה הם הטעמים להגנה על חירות הפרסום של אדם שהם מעבר לסיפוק רצונו זה.

טעם אחד כזה הוא הרצון להבטיח פרסומו של המידע. בשיקול זה נדון בפסקה הבאה, במסגרת הדיון בקיום עניין ציבורי במידע. כאן אסתפק בהדגשת העובדה כי כוחו של טעם זה אינו חל, בהכרח, על כל היקף רצון הפרסום של הפרט: לא בכל דבר שפרט רוצה לפרסם יש עניין ציבורי (ולחיפך: יכול להיות מצב בו קיים עניין ציבורי בפרסומו של מידע שאיש אינו רוצה לפרסמו). בשארית פיסקה זו אדון, אפוא, רק במקרים בהם אין עניין ציבורי במידע, ובהם הטיעון של הרצון להגן על חירות הפרסום של המפרסם עומד לבדו. במציאות לא יהיו מקרים רבים כאלה: בדרך כלל יתמוך המפרסם את תביעתו לפרסום בשורה של טיעונים חלופיים. אולם להערכת טיעון מורכב כזה אנו צריכים לדעת כיצד לטפל בכל אחד מן הטיעונים בנפרד.

ראינו למטה כי אדם יכול לרצות כי מידע מסוים לא יפורסם ברבים מסיבות רבות ומגוונות. בדומה, אדם יכול לרצות לפרסם דברים מטעמים רבים ומגוונים: הוא יכול לראות בפרסום מימוש של כוח היצירה שלו; הוא יכול לרצות לזכות, באמצעות הפרסום, בהערכה ובשיפוט של אחרים לגבי יצירתו; בהכנסה כספית או בהערכה מקצועית, בכוח ובאפשרות השפעה או בטובות הנאה אחרות, הוא יכול לרצות לחלוק עם אחרים מידע שיש לו כדרך לחלוקת אחריות עימם, או כדרך של התפרקות ממידע מעיק, או כדרך להביא לתגובות מסוימות הן כלפי המפרסם והן כלפי נשוא המידע.³² הרצון להתבטא, לקבל הערכה, להרוויח, או לזכות בהערכה מקצועית ובהקלה נפשית, הם כולם היבטים חשובים של חיי האדם, וסיכול ניכר או מלא שלהם הוא צעד מרחיק

של תאוונת וכדומה נהג בית המשפט בארה"ב להתיר פרסום, אולם לא על בסיס טיעון של הסכמה הנובעת מכך שהאירוע קרה במקום ציבורי.

³¹ בחברות בהן קשה למצוא פרטיות מקובל הנוהג הזה של התעלמות כמנגנון חברתי מוכר לאפשר קיום אינטימיות: מעצר או מוסדות אחרים בהם אין אפשרות פיזית למצוא פרטיות: Roberts & Gregor, "Privacy: A Cultural View", in *Nomos XIII*, 199, 199-225. תופעה דומה קיימת גם בבית

³² הטעמים שהבאנו למניעת פרסום נכונים בחלקם לגבי פרטים בלבד (עלבון, תחושת אמוץ, רעות) ויכולים לחול, בחלקם, גם על גופים וחברות (הרצון למנוע תגובות או תוצאות כספיות שליליות). בכוונה הדגשתי אותם טעמים הקשורים באופן ייחודי לפרט, מפני שלדעתי ההגנה על פרטיות (להבדיל מן ההגנה על אינטרסים כלליים בסודיות) היא אכן אינטרס אישי של האדם.

לכת ביותר. אי אפשר לומר, כללית ובאופן מוחלט, שהטעמים העומדים מאחורי הרצון בפרטיות הם חשובים יותר מאלה עומדים מאחורי הרצון לפרסם. אולם, בהרבה מקרים ניתן לספק את הטעמים החשובים האלה בדרכים שאינן פוגעות בפרטיות. מקום שהדבר אפשרי, חייב אדם להעדיף סיפוק המטרות בדרך שאין עמה פגיעה על סיפוקן בדרך פוגעת. אם דרך כזו קיימת, שוב אין הפגיעה בפרטיות, אף כאשר היא נתמכת בטעם חשוב, מוצדקת.

פגיעה בפרטיות בדרך של פרסום מידע ברבים על פרט מזוהה או ניתן לזיהוי היא צורת התנהגות מסוימת למדי. ברור לגמרי שאדם יכול לממש את עצמו, להתבטא, להרוויח כסף, לזכות בהערכה מקצועית, וליצור בלי לפגוע בדרך זו. דבר זה נכון אף לגבי יצירה שמהותה סיפור או דיון על חייהם של אנשים והיחסים ביניהם – שם ניתן לבחור בכתיבת פיקציה – והוא נכון, בקל וחומר, לגבי סוגי התבטאות עצמית וסוגי יצירה אחרים. יתירה מזו, אף אם אדם רוצה לכתוב סוג כתיבה שמהותה כתיבה על אנשים מזוהים, כמו ביוגרפיה או אוטוביוגרפיה, ישנן דרכים לספק רצון זה בלי לפגוע בפרטיות, באמצעות הצטמצמות לכתובה על אנשים הנותנים לכך את הסכמתם, או כתיבה על אנשים מתיים.

ישנם, כמוכח, הקשרים, בהם אי-אפשר להתחמק מן הצורך להכריע בהתנגשות הרצונות בדרך של הצבעה על דרכים לעקיפת ההתנגשות, הקשרים בהם כתיבה על האדם המזוהה הינה שורש העניין, או הקשרים בהם הזיהוי הוא זה הנותן לפרסום את משמעותו המיוחדת. כאשר מטרת הפרסום הינה "להוציא את האמת לאור" על פלוני דווקא, או לפרסם כתבה בטור "רכילות", אין מנוס מנקיטת עמדה לגבי הרצון אותו נעדיף. גם כאן, המסקנה איננה כי חירות הפרסום לעולם אינה חשובה דייה להצדיק פגיעה כלשהי בפרטיות. כאשר הפגיעה בפרטיות קלה (למשל, אזכור מעשיו של אדם מסוים, שאינם בעלי אופי אינטימי או מביך, במהלך סיפור חייו של אדם אחר) יכול העניין הכללי בחירות הפרסום לגבור על העניין של הפרט בפרטיות. אולם כאשר הפגיעה בפרטיות חמורה, אין בחירות הפרסום או באינטרסים הפרטיים אותם היא באה לשרת (כזכור, בעניין הציבורי נדון בנפרד) כדי לגבור על הפרטיות.

מסקנה זו אינה מבוססת על הקביעה כי אין בכך משום הגבלה משמעותית של חירות הפרסום: נכון הוא כי אין פרסום על אדם מזוהה דומה לכתובה על דמויות פיקטיביות או אנשים ששמו שמור במערכת. ערכו של הסקופ העיתונאי יכול לרדת באופן ניכר, ויכול גם להיות שההשפעה הרגשית על הקוראים תהיה פחותה בהרבה. יחד עם זאת קשה לראות מדוע צריכים שיקולים אלה להביא לדחיית ההכרה ברצונם של הפרטים בהם מדובר שלא להיפגע בדרך זו.

א. 3. רצון הציבור לדעת וקיום אינטרס ציבורי לגיטימי

במקרים רבים מצטרף לרצון הפרט לפרסם מידע מזוהה ברבים גם הרצון של קהל הקוראים הפוטנציאליים לדעת. לעתים מחזק הציבור את דרישתו לחופש מידע בטענה כי יש לו אינטרס ציבורי לגיטימי באותו מידע. מהו היחס בין שני טיעונים אלה, ומהו הכוח המשכנע שלהם?

השאלה מוצגת כאן בדרך זו מפני שבספרות קיים בלבול בין כמה טיעונים שונים, שכולם מתבססים על "אינטרס ציבורי" (public interest). להסרת הבלבול הזה צריך להבחין בין שלוש טענות שונות:

1. הציבור רוצה לדעת עובדות מסוימות על פרטים מזוהים;
2. יש לציבור אינטרס לגיטימי (או "צורך") במידע מסוים על פרטים מזוהים;
3. יש טעם מצדיק לפגיעה בפרט באמצעות פרסום פרטים עליו בניגוד לרצונו.

הבלבול נובע מכך שבכל שלושת ההקשרים נהוג לדבר על קיומו של אינטרס ציבורי.³³ כל הדיון שלנו בחלק זה של המאמר נוגע לתשובה לשאלה השלישית: מתי יש טעם המצדיק את הפגיעה? "העניין הציבורי" בטענה זו מופיע במשמעות נורמטיבית חזקה, שכן הקביעה כי יש בפרסום עניין ציבורי המהווה טעם מצדיק היא למעשה **המסקנה** האחרונה של הדיון המעשי שלנו, מסקנה אליה הגענו אחרי ששקלנו את כל השיקולים להצדקת הפגיעה. המסקנה אינה עוזרת לנו, כשלעצמה, לדעת מה הם השיקולים שהדריכו אותנו במתן התשובה. שיקולים אלה יכולים לכלול קיום רצון של הציבור לדעת (במשמעות הטענה הראשונה), או קיום אינטרס לגיטימי של הציבור לדעת (במשמעות הטענה השנייה), או אף את הרצון להבטיח את חירות הפרסום של הפרט (בו דנו בפסקה הקודמת) או קיומו של מצב שאין בו הגבלות פרסום (שיידון בפסקה הבאה). היא גם אינה מפרשת מה היו הנסיבות האחרות של המקרה בגינן פסקנו כי, בסופו של דבר, יש הצדקה לפגיעה בפרטיות. בפסקה זו ננסה לקבוע באיזו מידה טיעונים על עניין ציבורי במובנים של טענות 1 ו-2 יכולים להיות טעם מצדיק ובסיס לקיום עניין ציבורי במובן טענה 3.

קיומו של רצון במובן הטענה הראשונה הוא שאלה אמפירית: האם, בפועל, רוצה הציבור לדעת ולקרוא מידע מסוים על פרט מסוים? קיומו של אינטרס ציבורי לגיטימי, במובן טענה מס' 2, הוא, לעומת זאת, שאלה נורמטיבית. הקביעה כי אינטרס כזה אמנם קיים כוללת שיפוט כי מאחורי התביעה לדעת יש טעם כלשהו, כי המידע נחוץ לציבור לצורך מטרה שאנו רואים אותה כראויה. ברור למדי כי יכול להיות מצב בו יש אינטרס ציבורי במידע למרות שהציבור אינו רוצה בפועל לדעת (כפי שיכול להיות אינטרס ציבורי במידע שאיש אינו רוצה לפרסם). אם נניח שעל כל אדם מוטלת חובה מוסרית למחות על מעשי עוול הנעשים בשמו ומכוחו, ברור כי לכל בני הציבור יש עניין ציבורי לדעת אם אמנם עושה ממשלם מעשי עוולה כאלה. יחד עם זאת, לא תמיד רוצים בני הציבור לדעת את המידע, דווקא משום שהידיעה תטיל עליהם חובות שהם אינם רוצים בהן. גם לגבי פרטים ניתן להביא דוגמא מורכבת: ניתן לטעון כי חשוב שהציבור יידע את חולשותיו האנושיות של מנהיגו, שכן חשוב שהציבור יזכור כי גם מנהיגים יכולים לטעות וכי אף הם רק בני אדם. מצד שני, יכול להיות שהציבור רוצה לחוש הערצה וכבוד כלפי המנהיג, שאינם מתיישבים עם חולשות כאלה, ולכן יירתע באופן שיטתי מכל מידע שיחשוף חולשות כאלה. גם היחס ההפוך בין רצון הציבור ובין העניין הציבורי אינו פשוט. נראה כי לא בכל מקרה שבו יש בפרסום סיפוק רצונו של הציבור לדעת, יש בפרסום כזה גם משום קידום אינטרס ציבורי לגיטימי במידע. סיפוק הסקרנות של הציבור לגבי חיי המשפחה של שחקנים ידועי שם או של דמויות ציבוריות אחרות משרת, אולי, פונקציות חשובות בחיי הקוראים. רצון של חלק מן הציבור לדעת בוודאי יש פה. קשה יותר לומר כי יש פה גם סיפוק של אינטרס ציבורי לגיטימי במידע.

לכאורה, משמעותו של מצב זה היא כי יש לדון בשתי שאלות מובחנות: ראשית, מהו המשקל של רצון הציבור לדעת מידע מסוים על פרט מסוים למול רצון הפרט הנפגע שהמידע לא יפורסם? שנית, איך נזהה קיום אינטרס ציבורי לגיטימי במידע, ומה משקלו של אינטרס כזה למול רצון הפרט שהמידע לא יפורסם? בחינה מדוקדקת יותר תגלה כי ההבחנה אינה פשוטה. כמו אצל החפץ בפרטיות ואצל הרוצה לפרסם, כך גם אצל הציבור הרוצה לדעת ניתן להצביע על טעמים

³³ הבלבול בין ההקשרים אינו מיוחד לביטוי "עניין ציבורי", ואינו מיוחד להסדרת פרסומים הפוגעים בפרטיות. בהקשר של הפרטיות, ראה *Comment, The Right of Privacy: Normative-Descriptive Confusion in the Defense of Newsworthiness*, (1963) 30 *U. Chi. L. Rev.*, 722. בלבול דומה קיים במקום ש"אינטרס ציבורי" מופיע בחוקי לשון הרע. ראה ה"ש 9 לעיל על השינוי בחוק הישראלי שנועד לצמצם החשש לבלבול כזה אצלנו.

רבים התומכים ברצון. משוויתרנו על ההכרעה בהתנגשות הרצונות לפי עצם קיומו של הרצון או לפי עוצמתו, ועברנו להכרעה לפי הטעמים העומדים מאחורי הרצון וחומרת הפגיעה הנגרמת כתוצאה מסיכולו, מיטשטשת ההבחנה בין שתי השאלות האלה. טשטוש זה מתבהר כאשר חוזרים אל אי-הסימטריה ביחס שבין הרצון והאינטרס הלגיטימי שצוין לעיל. ברור לגמרי כי יש מקרים בהם יש אינטרס לדעת אך אין רצון לדעת (מטעמים שונים). הטיעון כי בכל מקרה של רצון מלווה בטעם יש גם אינטרס לאומי לגיטימי במידע יכול להישמע מאולץ (כמו במקרה של סיפוק סקרנות "גרידא"), אולם אין הוא מוטעה בבירור. לפיכך, למרות החשיבות העיונית בהבחנה בין שני סוגי הטיעונים, אניח לצורך פסקה זו כי קיומו של אינטרס ציבורי לגיטימי הוא עניין של דרגה ולא שאלה של הכול-או-לא-כלום. לציבור יש אינטרס לגיטימי במידע כאשר המידע נחוץ לצורך מטרה הנראית לנו ראויה או, לפחות, מותרת. סיפוק הרצון בפועל לדעת הוא מטרה מותרת, אם כי חשיבותה תהיה קטנה יותר ככל שלא יעמוד מאחוריה טעם נוסף לעצם סיפוק הסקרנות. עוצמת האינטרס הלגיטימי הזה תלויה בחשיבותה של המטרה לשמה נחוץ המידע, בחשיבותו או בחיוניותו של המידע בו מדובר להשגתה, ובשאלה אם השגת המידע תלויה בהעברת המידע, או בפרסומו ברבים דווקא.

חשיבותה של המטרה. אינטרס לגיטימי במידע קיים, כאמור מקום שהמידע בו מדובר נחוץ להשגת מטרה המקובלת עלינו כראויה או לפחות מותרת. ככל שהשגת המטרה חשובה יותר או מרכזית יותר, כך חזק יותר האינטרס במידע הנחוץ למימושה.

קשת המטרות שלשמן נחוץ מידע הוא רבגוני ביותר. קבוצת מטרות ראשונה היא עשיית **שיפוט** בתחום החיים הציבוריים. שיפוט כאלה או עושים לגבי נבחרי הציבור או אנשים הנושאים במשרות ציבוריות רמות, כאשר חלק ממטרת השיפוט היא רצון להחליט אם לתמוך באנשים מסוימים בבחירות, או לתבוע הרחקתם מתפקידם בשל חוסר התאמה. שיפוט ציבוריים נעשים גם לגבי אנשים אחרים, כגון אמנים או אנשי מקצוע (כמו עיתונאים, מדענים, רופאים), כאשר אנו רוצים להעריך את תרומתם לחברה או למדע או לאמנות, או את הצורה בה הם ממלאים את תפקידיהם או את הבטחותיהם. המטרה כאן היא כי שיפוט כאלה ייעשו בצורה הטובה ביותר. המידע נחוץ להשגתה על סמך ההנחה כי שיפוט טובים דורשים בסיס עובדתי מלא ואמין ככל האפשר.

קשה להעריך באופן כללי את החשיבות היחסית של שיפוט שונים. הבחנה חשובה אחת היא זו בין שיפוט שיש עלינו חובה (אזרחית או מוסרית) לעשותם, כגון החובה של אזרח במשטר דמוקרטי לבסס את בחירתו על שיפוט כזה של הנבחרים; ובין שיפוט שעשייתם חשובה לחברה, אך אינה בגדר חובה, כגון שיפוט על מידת העומק והמקוריות של אמן זה או אחר; בחירה למוסדות השלטון שאינה מבוססת על שקילה עניינית של החלופות מהווה פגיעה בעקרונות עליהם מושתתת הדמוקרטיה. סיכול מוחלט או ניכר של שיפוט אחרים היה מביא "רק" לתוצאה של "התרוששות" החיים הציבוריים והחברתיים. הבחנה אחרת, קשורה אך מובחנת, נוגעת לנזק העלול להיגרם כתוצאה מטעות בסוגי השיפוט השונים. הנזק שיכול להיגרם לציבור כתוצאה מבחירה לא נכונה של ראש ממשלה או של רמטכ"ל גדולה אלפי מונים מן הנזק שייגרם אם נחשוב, בטעות, שאלמוני הוא סופר משובח, בעוד שלמעשה הוא סופר קטנוני החי על פלגיאטים ויחסי ציבור.

קבוצה שנייה של מטרות קשורה לשיפוטים ולהערכות באופן עקיף יותר: צורה של למידה מן הניסיון, ולכן צורה של התמודדות עם החיים, היא למידה דרך דמויות מודל. דמויות כאלה "מלמדות" אותנו על אפשרויות, סכנות, סיכונים והישגים. אנו זקוקים למידע על אחרים כדי לדעת במה אנו דומים לאנשים אחרים ובמה אנו שונים מהם, כדרך ללמוד על קשיים, על החלטות, על דרכים להתמודדות עם בעיות קיומיות. גם כאן אנו עושים שיפוטים: המשיכה או הרתיעה לדמויות מסוימות מבוססות על שיפוטם לגבי הצלחתן או כישלונותיהן. יחד עם זאת, הקשר בין ה"לומד" ובין "דמות המודל" הוא מורכב יותר, והולך הרבה מעבר לעריכת שיפוטם כאלה. יתירה מזו, לא ברור שקנה המידה החשוב בהקשר זה הוא "נכונותם" של השיפוטם, והתאמתם למציאות עובדתית כלשהי.

קבוצה שלישית של מטרות, אף היא קשורה אך מובחנת, נוגעת למרקם החיים החברתיים: לא רק לגבי כל פרט, אלא גם לחברה ככלל, יש צורך בגיבורים ובמעוולים, מעין דמויות מודל חברתיות. תחושת ההשתייכות לחברה היא, בחלקה, תחושה של שותפות לגבי גיבורים ובני-בלייעל מוסכמים. כדי ל"בחור" את המועמדים לשני התפקידים, אנו זקוקים למידע.

חשיבותו של המידע להשגת המטרה. בהקשר של חיפוש צידוקים לפרסום ברבים של מידע, אין זה מספיק כי המטרה אותה רוצים להשיג היא ראויה או מותרת. צריך להראות גם כי המידע אותו מבקשים לפרסם חשוב להשגת אותה מטרה. השאלה המרכזית בנקודה זו היא שאלת **הרלוונטיות והמשקל של המידע להשגת המטרה.**

כאן עולה בבירור השלכה של ההבדלים בין המטרות השונות. כאשר אנו רוצים לערוך שיפוטם לגבי אנשים מסוימים, אין כל דרך להשיג את המטרה בלי לקשור את המידע לאנשים מזוהים. גדר המחלוקת הוא לגבי סוג המידע הרלוונטי לשיפוט אותו אנו מבקשים לעשות. לגבי המטרות האחרות של יכולת התמודדות טובה יותר עם בעיות אנושיות, פיתוח דמויות מודל, גיבוש דמויות של גיבורים ומעוולים, וידיעה כללית על סיכויים, סיכונים, ואפשרויות, השאלה המרכזית הינה הקישור עם אנשים מזוהים, שכן לפחות חלק מן המטרות האלה ניתן להבטיח באמצעות מידע על אנשים בלתי מזוהים או פיקטיביים.

הערכת כשירותם וכישוריהם של נבחרי ציבור וממלאי תפקידים ציבוריים לתפקידם היא, ללא ספק, פונקציה ציבורית חיונית בדמוקרטיה. הערכות לגבי טיב יצירה, תרומה לתחום ידע, חשיבות ציבורית, הינן שיפוטם ציבוריים חשובים בכל חברה ותרבות. המטרה היא כי החלטות אלה תהיינה "נכונות" ככל האפשר. איזה מידע נחוץ להשגת מטרה זו? הסוגיה אינה פשוטה, ופתרונה מעורר קשיים רבים. למשל, בחלק מן המקרים ה"נכונות" של ההחלטה נמדדת לגבי הישגי העבר, ובאחרים, השיפוט צריך להיות מנבא טוב של התנהגות ותפקוד בעתיד. אין זה הכרחי ששיפוטם אלה יהיו דומים. לגבי ניבויים לעתיד, מעמדם וסיכויי הצלחתם אינם ברורים כלל ועיקר. אדם שביצע רצח מתוך רחמים לגבי ילדו החולה, האם יש בכך כדי ללמד על נטייה לאלימות, או על נטייה לחזור על ההחלטה בנסיבות דומות בעתיד? אדם שביצע עבירה קלה בנעוריו, נתפש ונענש, האם יש ללמוד מכך כי היום הוא עלול לבצע עבירה פלילית אחרת, או כי – להיפך – רגישותו לנושא תהיה גדולה יותר והוא יקפיד להתרחק מכל מה שיש בו אבק פליליות? מה ניתן ללמוד על התאמתו של אדם לתפקיד ציבורי מכך שבנסיבות קשות ולא אנושיות, שאין הסתברות גבוהה שיתרחשו שוב, פעל באופן שיכול להיות שנוי במחלוקת? השאלות הן רבות ומגוונות, וטיפול שיטתי בהן יחרוג בהרבה אל מעבר לגבולות הדיון שלי כאן. אדון רק בבעיה אחת, שהיא מרכזית לשאלה זו: האם ניתן לדרג את הרלוונטיות של מידע, לפי טיבו ולפי סוג

השיפוט בו מדובר, ולקבוע כי יש מידע אישי שאינו רלוונטי לשיפוט מסוים; או שמא, מאחר ואין לשפוט אדם באופן לא כולל, הרי שכל מידע רלוונטי לכל שיפוט?

במציאות, אין אדם הטוען לעמדה האחרונה, ואין איש הפועל על סמך הנחה זו. אילוצים כלכליים, אם לא הגבלות טבעיות על משאבים וסקרנות הציבור, מחייבים קביעת גבול מסוים לחיפוש מידע על אנשים ולפרסומו ברבים. יחד עם זאת, יש כאלה המוכנים לטעון כי, עקרונית, אין להעריך התאמתו של אדם לתפקיד בלי לשפוט לא רק את כישוריו אלא גם את תכונותיו ואופיו. אדם לוקח את תכונותיו ואת אישיותו עימו לכל מקום, ואלה מטילים עליו הגבלות חשובות. להערכת התאמתו לתפקיד אין זה חשוב, אפוא, לדעת מה הביא אותו לפעול כפי שפעל, על מנת לשפר את יכולתנו לנבא את תפקודו בעתיד. הבנה כזו של האדם תלויה בכל מידע שניתן להשיג עליו, וככל שהמידע רב יותר ומגוון יותר, הרי זה משובח. בהקשר שלנו, יטענו המחזיקים בעמדה זו כי גילוי פרטים לגבי "חיי הפרטיים" של אדם כזה הוא חשוב במיוחד, דווקא משום ששם האדם פחות זהיר, פחות מסווה את מעשיו, ופחות שוקד על טיפוח דימוי עצמי ציבורי היכול להיות מטעה. דווקא באותו תחום ניתן יהיה לגלות נטיות חשובות של המועמד. הגילוי כי אדם הטוען באופן פומבי לרגישות, התחשבות וסבלנות נוהג להכות את בן זוגו וילדיו ולהתעמר בבעלי חיים יכולה להיות בעלת משמעות גדולה בהערכת התאמתו לתפקיד ציבורי. יתירה מזו, הטענה תהיה כי אף להערכת תפקודו היומיומי של האדם אנו צריכים לדעת הרבה פרטים על מצבו האישי והמשפחתי, שכן רק ידיעה של פרטים אלה תיתן לנו אפשרות סבירה לצפות התנהגות, בהיות ההתנהגות תלויה, במידה לא מבוטלת, במשתנים אלה.

בהקשרים רבים של מדעי החברה הגיעו למסקנה כי המדע, במצבו הנוכחי, אינו יכול לספק לנו מנבאים טובים להתנהגות אנושית, במונחים של אישיות ותכונות אופי, אף במגזרים ספציפיים כמו הסיכוי לחזור על פשע.³⁴ מצד שני, בהקשרים רבים אנו אומרים, לגבי אדם שנכשל, כי היו סימנים שאפשרו "לקרוא את הכתובת שעל הקיר", ובכך אנו עושים שימוש בקריטריונים מסוימים לצפיית תפקוד עתידי. כאשר הכישלון הוא צורב או חמור במיוחד, אנו נוהגים גם לייסר את עצמנו על שלא קראנו נכון את המידע שהיה לנו. אבל, לאחר מעשה, קריאת מידע ופירושו צבועה תמיד בידיעה של מה שקרה בפועל, וקשה לדעת מה ניתן היה לצפות מראש.

אין ספק כי אנו חייבים לנסות להגיע להחלטות טובות ככל האפשר לגבי נבחרים וממלאי תפקידים ציבוריים. שיפור ההחלטות תובע עריכת מחקר שיטתי לגבי מנבאי הצלחה, ובדיקת הגורמים אשר יזוהו כמנבאי הצלחה משמעותיים. בהעדר מחקרים כאלה, אנו הולכים (וצריכים ללכת) לפי שיפוטם והערכות של אמינות מסתברת: מידע על כישוריו הכלכליים של אדם, ועל ההיסטוריה של טיפולו בענייני כספים ועסקאות, הוא רלוונטי במובהק לכשירותו לשמש שר אוצר או מנהל מפעל ציבורי גדול. מניעת גישה אל מידע כזה עלולה לפגוע באמינותה של ההחלטה. מידע על יכולתו של אדם לקיים יחסים עם אנשים אחרים, להאציל סמכויות, להשתתף במשא ומתן, הוא חיוני לכל תפקיד שבו כישורים אלה הם חלק מהתנאים להצלחה. מידע על הצעותיו של אדם בעניינים ציבוריים בעבר יכול להיות חשוב להערכת עקביותו של אותו אדם, נאמנותו לעקרונותיו, וזיהוי ה"אני מאמין" הפוליטי שלו. הקשר בין העדפות מיניות, למשל, ובין מילוי תפקידים ציבוריים נראה, על פני הדברים, רופף יותר.

³⁴ ראה, למשל: B.D. Underwood, "Law And the Crystal Ball: Predicting Behavior with Statistical Inference and Individualized Judgment", (1979) 88 Yale L.J. 1408.

נקודה אחרונה זו מעלה הרהור נוסף. אם אנו יודעים כי מידע מסוים אינו מנבא טוב להצלחה בתפקיד ציבורי, אך כי הוא ישפיע מאוד על נטייתם של אנשים לתמוך באותו אדם, יכול להיות שהרצון לשפר את איכות ההחלטות יביא לשיפוט כי כדאי דווקא להדחיק את המידע. הדחיקת מידע היא צעד קיצוני, ויש לשקול אותו בזירות רבה. יחד עם זאת, חשוב לזכור כי אין זה תמיד בטוח שחופש מידע מלא מבטיח בחירה אופטימאלית.³⁵ המועמד הטוב ביותר לתפקיד יכול "להפסיד" בגלל פרסום מידע שהוא – בניתוח קר – בלתי רלוונטי.³⁶

שאלה דומה של רלוונטיות מתעוררת לגבי הערכות של הישגי העבר, אולם שם אין צורך להיכנס לשאלת הניבוי של התנהגות בעתיד. דוגמא טיפוסית זו היא של הערכת אמנים. יש המצמצמים ואומרים כי את הישגו של האמן יש להעריך על סמך עבודת חייו: כל מידע על העבודה, זיהוי כל היצירות שהאמן החליט לפרסם, וחקירה של ההיגדים של האמן עצמו על עבודתו, ממצים את החומר שהוא רלוונטי להערכת העבודה. המרחיבים, לעומתם, גורסים כי אין להבין את היצירה בלי להבין את הבעיות עימן מתמודד האמן, וכי אין להבין את הבעיות האלה באופן מלא בלי לדעת על השתקפותן של הבעיות בחייו של היוצר. לדעת המרחיבים, שיפוטם ומידע לגבי חייו של האמן הם, לכן, רלוונטיים להערכת הישגי האמן לא פחות מן העבודה עצמה. שוב, אין צורך לפסוק במחלוקת זו. אני כשלעצמי רואה כוח רב בטיעון כי היצירה רוכשת לה "חיים משל עצמה" וכי ניתן להעריך אותה בנפרד מניסיונות להבין את האיש שיצר אותה. יחד עם זאת, כל אדם המכיר עבודות ביוגרפיות טובות על אמנים יודע עד כמה מאירי עיניים יכולים להיות דיונים כאלה.

המטרה של יצירת דמויות מודל, או של שותפות לשיפוטם לגבי גיבורים ומעוולים, מעוררת בעיה שלא הופיעה בהקשר השיפוטם: המידה בה נחוץ זיהוי של אדם מסוים, בשר ודם, כנשוא המידע המתפרסם. מצד אחד ניתן לומר כי כוחן של דמויות מודל, או של גיבורים ומעוולים, גדל ככל שוודאי הוא שהדמויות בהן מדובר הם של אנשים בשר ודם, כמונו אנו, עם תקוות ומגבלות דומות לשלנו. השיעור שאנו לומדים מחייהם של אנשים מזהים הוא מידי יותר ואפקטיבי יותר מאשר זה שאנו לומדים מדמויות ספרותיות או היסטוריות-רחוקות. מצד שני, החופש הספרותי מאפשר לנו, לעתים, רבגוניות גדולה יותר ודיוק רב יותר בגיבוש הדמויות והמצבים. אדם יכול להיות מושפע יותר מדמות ספרותית הקרובה אליו, עמה הוא מרגיש שהוא יכול להזדהות, מאשר מסיפור מפורט על דמות של אדם מזהה בן-דורו, אשר אופיו ונטייתו זרות לו לחלוטין.

בעיית הצורך בזיהוי מתעוררת אף ביתר חריפות מקום שהעניין הציבורי אינו בשיפוטם לגבי אנשים, אלא בקיומו של מידע על תופעות כלליות. אין ספק כי אנו רוצים שלאנשים יהיה מידע כללי על העולם בו הם חיים, על החברה והתרבות, על צורות יחסים בין אנשים וצורות קיום אנושיות, על דרכי חיים ודרכי התמודדות עם בעיות אנושיות בסיסיות, על התפתחויות טכנולוגיות ועל אפשרויות. ידיעה כזו משפרת את תפקודו של האדם כאזרח אחראי, נותנת לו אחיזה טובה יותר במציאות וכך מאפשרת לו תכנון טוב יותר של חייו, ומעשירה את קיומו. היא מספקת לו מידע חיוני להערכת אפשרויות העומדות בפניו, לגבי הסיכויים הריאליים להתגבר על בעיות כגון מחלות או הגבלות אחרות, לגבי מגבלות היכולת שלו לשלוט בחייו ולכוונם כרצונו.

³⁵ טענה זו מניחה כי יש לנו קריטריון חיצוני להערכת המועמד הטוב, השונה מעצם הבחירה, וכי קריטריון זה מאפשר לנו צפיית תפקוד גם במקרים שבהם המועמד לא נבחר. עמדתי כבר לעיל על הקשיים הטמונים בהנחות אלה ועל הכוח האינטואיטיבי שלהן.

³⁶ הפיתרון הטוב לקושי זה אינו, כמובן, הדחיקת המידע אלא השפעה על קני-המידה של הבוחרים. אולם אם נניח שהשפעה כזאת היא אטית וקשה, יכול להיות שהבחירה היא בין הדחיקת המידע ובין תשלום המחיר. נדמה לי שדוגמתו של דיון, אצלנו, היא ראוייה לטובת העדפת חופש המידע במקרים כאלה.

חלק ממידע זה הוא כללי, וחלק ממנו קשור לבני אדם מסוימים: אנשים החיים בתנאים מיוחדים, או מאמצים אורח חיים חריג, אנשים שבוצעו בהם ניתוחים נדירים, אנשים שבעניינם ניתן פסק דין עקרוני, אנשים שנולדו עם מגבלות פיזיות או נפשיות והדרכים בהן התמודדו עם הקושי ויכלו לו. על המצב האנושי יכול כל פרט ללמוד, בין השאר, מתיאורי חיים של יחידים וקבוצות, מתיאורי דפוסי יחסים בין אנשים, הכוללים תיאורים של יחסי מנהיגות וכפיפות, יחסי כוח ותלות, יחסי אהבה, שנאה וידידות, לעומת יחסים של קנאה, חשש והסתגרות.

מצב דברים בו היו פרסומים מסוג זה, לגבי פרטים, אסורים לחלוטין, היה בבירור בלתי קביל. אולם העניין הציבורי כאן הוא, בעיקרו, הצורך בקיום המידע על **התופעות**. בדרך כלל אין צורך של ממש בידיעת זהותו של האדם הנוגע בדבר: ניתן לפרסם את עובדת קיומו של ניתוח השתלת לב בלי לפרסם גם את שם ה"תורם" והחולה; ניתן לספר על הליכים משפטיים בשמות בדויים (כאשר אין מטרה נוספת של הוקעת העברייני);³⁷ וניתן לתאר יחסי אנוש והתלבטויות בצורה ספרותית, לאו דווקא בביוגרפיות של אנשים מזוהים, חיים, המתנגדים לפרסום.

הצורך בפרסום ברבים. לעתים אין ספק כי ידיעת מידע מסוים רלוונטית לצורך קבלת החלטה אמינה בעניין בעל חשיבות ציבורית. כך, למשל, אם אנו שוקלים לתת לסופר פרס על צירתו הספרותית, כדאי לוודא, לפני ההכרזה על הפרס, אם יצירותיו הבשלות מבוססות על גניבות ספרותיות; או, להבדיל, רצוי לא לסמוך על אדם שיש לו היסטוריה של ממציא-שרלטן ולהפקיד בידיו כספים ציבוריים; או, שוב להבדיל, לא יהיה זה נעים להמליץ על לתפקיד רגיש כמו זה של מבקר המדינה ולגלות לאחר מכן כי היו לו מספר "החלקות" קטנות בנושא היושר האישי והציבורי. גילויים מסוג זה לאחר החלטה ציבורית יכולים להביא יחס כללי של ספקנות וחוסר אמון במערכת המופקדת על עשיית החלטות כאלה, בנוסף לנזקים הישירים היכולים להיגרם מעצם הטעות. מכל אלה עדיין לא נובע, בהכרח, כי הדרך היעילה ביותר או הטובה ביותר להשגת המטרה של החלטות אמינות ככל האפשר היא בדרך של פרסום ברבים של המידע.

ברור כי הטיעון לטובת פרסום ברבים במקרים כאלה חזק ביותר כאשר ההחלטה נעשית ישירות, ובאופן אישי, על ידי הציבור. מקום שההחלטה על המינוי או הבחירה מסורה בידי גוף אחר, מטרתו של פרסום ברבים היא רק בקרה על דרך פעולתו של אותו גוף. אם יחליט הגוף בעצמו לפסול את המועמד, בשל המידע שהגיע לידיו; או אם יפסל המינוי מטעמים אחרים, שוב אין צורך בפרסום ברבים על מנת למנוע נזק לציבור או למנוע החלטה מוטעית. בקרה על דרך פעולתן של וועדות מינויים הוא תפקיד ציבורי חשוב ביותר, אולם נראה כי ניתן להשאיר לפרטים החשים כי נפגעו מהליכים כאלה להתריע על כך מקום שהם סבורים כי הפסילה התבססה על שיקולים לא רלוונטיים או שיקולים הפסולים באופן אחר.

חשיבות המטרה, הרלוונטיות של המידע או של חלקים ממנו, הצורך לזהות את הפרט בו מדובר, והצורך לפרסם את המידע ברבים דווקא, הם כולם משתנים הקובעים את מידת הלגיטימיות של

³⁷ הפרסום בהליכים משפטיים בכלל הוא ערובה חשובה להוגנותו של ההליך השיפוטי. במקרים של עבירות פליליות יש בפרסום גם מילוי הפונקציה של הוקעה ציבורית של עבירה על הנורמות החברתיות והמשפטיות כך שהפרסום אינו רק פועל יוצא מפומביות ההליך המשפטי. החוק בישראל מאפשר איסור פרסום על הליכים משפטיים במקרים מסוימים: ראה, למשל, סעיפים 38 ו-40 לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957. בתי המשפט נוהגים, לעיתים, להיעתר לבקשות הצדדים לאסור פרסום גם במקרים שאינם נופלים לגדרים אלה. ועדה ציבורית בראשות השופט בכור דנה עתה באיסורי פרסום כאלה. מועצת העיתונות הכניסה לאחרונה להנחיותיה הוראה מפורשת שלא לחשוף שלא לצורך את שמות הצדדים במשפטי אישות והחזקת ילדים, בעקבות תלונה שהוגשה להם בעניין זה. ראה חוזר מס' 44 של מועצת העיתונות, מיום 27.9.81, עמ' 2-4, שבו עודכנו גם הנחיות מועצת העיתונות. למצב בארה"ב ראה פרשת Firestone, הי"ש 28 לעיל.

האינטרס הציבורי ואת משקלו. כל אלה צריכים להילקח בחשבון כאשר אנו בודקים, בכל מקרה, האם העניין הציבורי בפרסום ברבים גובר על העניין של הפרט בכך שהמידע לא יפורסם. ככל שהפגיעה חמורה יותר, כך נדרוש מובהקות גדולה יותר של הצורך בפרסום ברבים, על כל המשתנים האלה. כמה דוגמאות העושות שימוש בדיון הקודם תספקנה להמחשת התהליך:

חוסר פרסום השמות (או פרטים מזהים אחרים) בהקשרים של מסירת מידע על עניינים שיש בהם עניין ציבורי מובהק כמו סיפורים על תאונות, על התדיינויות, על ניתוחים וכדומה, יכול לפגוע הן באמינות המידע והן באפקטיביות שלו. אמינות, מפני שאין דרך לבדוק אם אמנם קיימים האנשים עליהם מדובר, ואם אמנם התרחשו המקרים עליהם מדובר; ואפקטיביות מפני שמצוקתם של אנשים בעלי שמות בדויים או של דמויות פיקטיביות מעוררת פחות הבנה ואהדה מיידית מאשר סיפור מצוקה של אדם החי בינינו ובתוכנו. אולם, מקום שהפגיעה בפרט היא חמורה, ניתן לחשוב על דרכים חלופיות להבטחת האמינות (דרישה כי שמות יישמרו במערכת או במקום שאליו נתונה גישה מוגבלת). המחיר במונחים של אפקטיביות יכול, אמנם, להיות גדול, אולם לא ברור מדוע חייב פרט לשלם את מחיר התרומה הגדולה יותר לעניין בניגוד לרצונו. על המפרסם הרוצה בהד ציבורי למצוא אדם המוכן להיחשף על מנת שהמקרה ימשוך תשומת לב רבה יותר. אם לא ימצא אדם כזה – יכבד נא מתקן העולם וינסה להעיר את תשומת ליבו של הקהל לבעיה הציבורית שלא על חשבונו של פרט זה או אחר.

יכול להיות כי הבנתנו את היצירה הספרותית של מחבר ידוע אכן תועמק אם נבין את הבעיות האישיות שעל רקען עבד. אם הבעיות האלה פורסמו על ידי המחבר עצמו, בחיבור שהוא אוטוביוגרפי במובהק, אין כל פסול בניתוחן. אולם, אם המחבר בחר לעשות הפרדה בין התחומים, אין אנו רשאים ליטול לעצמנו חירות להעמיק את הבנתנו אותו בצורה של פרסום ברבים של חומר עליו. סוג החומר בו מדובר הוא, בדרך כלל, אינטימי ביותר ונוגע ליחסי המחבר עם אחרים ועם עצמו. אף אם ניתן היה לומר (דבר שאינו נכון) כי אין להעריך יצירה ללא רקע זה, נראה לי כי אין לפרסם חומר כזה ברבים ללא הסכמתו.

סוגיה מורכבת, שבה יש בישראל דוגמאות לא מעטות לפגיעות חמורות, היא זו של פרסום ברבים של שמות חשודים ושל קיומן של חקירות משטרתיות. המורכבות כאן נובעת מכך שהאינטרס במניעת פרסום כזה אינו רק אינטרס בפרטיות, אלא גם עניין בהוגנות של ההליך המשפטי שיכול לבוא בעקבות החקירה; והאינטרס בפרסום קשור הן לצורך ליידע את הציבור על פעילות המשטרה ולהזהיר אותו מפני עבריינים, הן לרצון לבקר את פעולות המשטרה ולמנוע השתקת חקירות בעניינים רגישים, והן לרצון ליידע את הציבור על חשדות לגבי אנשים מסוימים כדרך להשגת מידע נוסף בחקירה.

בשלב של לפני ההחלטה להעמיד לדין דומה כי ההימנעות מפרסום שמות חשודים אכן תחסוך להם פגיעה חמורה, אם ימצא שאין ממש בחשד, ולא תגרום נזק של ממש לציבור, שכן לא תימנע ממנו ידיעה על עבריינות. בשלב זה הטיעון העיקרי לטובת פרסום הוא בקרה ציבורית על פעולותיהם של הרשויות החוקרות והרשויות המחליטות על העמדה לדין. בקרה כזו ניתן לבצע, לפחות בשלב ראשון, שלא באמצעות דיווחים באמצעי התקשורת.³⁸

³⁸ הן המשטרה והן הרשויות המחליטות על העמדה לדין כפופות לביקורת הבג"ץ, ולשתיהן אין סמכות להחליט על הפסקת חקירה או על אי-הגשת תביעה אם יש עניין ציבורי בהמשכת החקירה או בבירור משפטי. נראה, אפוא, כי ניתן להתחיל את מאמץ הבקרה בפנייה אל הרשויות האלה. אם מאמץ זה לא יביא לתוצאות מספקות, ניתן אז להשתמש באמצעי החמור יותר והפוגע יותר של פרסום ברבים. דוגמה דרמטית מן הזמן האחרון בה נעשתה פגיעה באדם שלא לצורך היא פרסום שמו של החשוד שנעצר ברצח נאווה אלימלך. אין ספק שלקהל יש עניין לגיטימי לדעת כי חשוד באותה עבירה נעצר. אולם הלא קיים עדיין סיכוי שהחקירה הראשונית לא תעלה די ראיות כלפי החשוד. אם

כללית, ההשלכה של התפישה האומרת כי כל פרט מחיי אדם רלוונטי להחלטותיו או לתפקודו היא מרחיקת לכת ביותר: היא תחייב יצירת פרופיל מלא ככל האפשר של כל האנשים להם נמסרת סמכות החלטה בעניינים ציבוריים, שיעודכן באופן שוטף. שקלול בין אינטרס הציבור ובין הפרטיות מחייב את המסקנה כי מכיוון שהיעילות של פרופיל כזה מוטלת ממילא בספק רב, ומכיוון שהקשר בין המידע ובין בחירה נכונה או צפייה נכונה הוא ממילא שנוי במחלוקת, הרי שאנו צריכים להכריע **בניגוד** לנטייה לערוך פרופיל כזה של מקבלי החלטות. המחיר של פגיעה בפרטיות של מספר גדול של בני אדם הוא עצום, והרווח במונחים של הערכה נכונה, בחירה ראויה וצפיית התנהגות הוא קטן ושנוי במחלוקת.

א. 3. 4 העניין הציבורי בקיום מצב בו אין הגבלות פרסום

לבסוף, ניתן להצדיק פגיעות בפרטיות על סמך טיעון מורכב **מסדר שני** בדבר הרציות של קיומו של מצב של חירות פרסום כללית, מצב שבו ברור לכל כי אין פגם מוסרי, בחשבון כולל, בפרסום דברי אמת. הידיעה כי אין פגם מוסרי בפרסום דברי אמת יכולה לסייע בקידום האינטרס הכללי בחירות פרסום למפרסם, והאינטרס הציבורי בזמינותו של מידע שיש בו עניין ציבורי. היקף ההצדקה הראשוני שלה נגזר מאינטרסים אלה. מעבר לכך, אם נאמר שהחשש המוסרי לגבי הצדקת פרסום במקרה מסוים עלול להביא להימנעות מפרסום דבר שיש טעם מצדיק לפרסמו, ושברוך כלל יש אמנם טעם מצדיק כזה, ניתן לבסס טיעון מסדר שני לטובת מצב של חירות פרסום אף מעבר למקרים שבהם יש טעם מצדיק, לגופו של עניין, לפרסם. הרעיון הינו כי, בחשבון כולל, יביא מצב כזה של חירות פרסום לפגיעות בלתי-מוצדקות (בסדר ראשון) בפרטיות, אולם פגיעות אלה תהיינה קטנות ונדירות. הגבלות פרסום מוסריות, לעומת זאת, עלולות להביא לפגיעות חמורות באינטרסים אותם באה חירות פרסום לקדם. מוטב, אפוא, לשלם מחיר מסוים במונחים של אובדן פרטיות – יאמר הטיעון – על מזבח ההגנה על הערכים החשובים המקודמים על ידי מידע אמין וזמין. המסקנה היא כי, בחשבון הכולל, **כל** פגיעה בפרטיות היא מוצדקת.

ייחודו של טיעון זה הוא בכך שהוא מצדיק **כל** פגיעה בפרטיות בלי הבחנה ובלי שקלול. היכולת הזו להימנע משקלול, עמה באה היכולת שלא להטיל ספק, הוא הטעם להכרה בחירות פרסום כללית. החוליה העיקרית בטיעון זה היא כי לא ניתן להצביע על שיקולים נגד הצדקת פרסום מבלי לסכן באופן משמעותי את הפצת המידע שלגביו יש עניין ציבורי המצדיק פרסום בנסיבות העניין. טיעונים בעלי מבנה זה מושמעים בהקשרים שונים, הן בתחום המוסר והן בתחום המעבר לרמה ממוסדת.³⁹ עקרונית, טיעונים מסוג זה הם קבילים וחשובים. יחד עם זאת, הצדקתם תלויה בכך כי אמנם ההתעסקות בשקלול ובהבחנות היא מסוכנת לערך המוגן. לגבי ההקשר של פרסומים הפוגעים בפרטיות לא נראה כי זה הוא המצב (כפי שאבהיר להלן בדיון בשאלה של ההסדרה המשפטית): דחיית טעם זה כטעם מצדיק אין פירושה, כמובן, שאין עניין ציבורי בחירות פרסום. פירושה הוא רק שטעם זה אינו מצדיק התרה של **כל** פרסום של דברי אמת. כפי שראינו, פרסום דברי אמת יכול לפגוע, והפגיעה חייבת להיות נתמכת בטעם מצדיק על מנת להיות מותרת. ניתן

תיוודע זהותו, קשה יהיה לו עד מאוד להשתחרר מאבק חשד, גם אם ישוחרר ולא יועמד לדין. מדוע לחשוף אותו, בשלב החקירה, לפגיעה חמורה זו? אם יוחלט כי יש מספיק ראיות להעמדה לדין, ממילא תיוודע זהותו (ראה ה"ש 37 לעיל). ואם לא יעבור את שלב הסינון הראשוני, מדוע יש לזהותו?³⁹ לדיון מסוג זה במושג הענישה ראה *Phil. Rev.* 64 (1955) *J. Rawls, "Two Concepts of Rules"*, הצגה כזו של כל תחום הדיון המעשי מצויה במושג ה"טעם המוציא" של יוסף רז. ראה *J. Raz, Practical Reasons and Norms*. טיעון כזה הושמע על ידי כמה אנשים בהקשר של הגנה על חופש הביטוי: Gavison, ה"ש 6 לעיל, פרק 6. ראה גם פרק ב' להלן.

לשקלל, כפי שראינו לעיל, את העניין בחירות הפרסום ובסיפוק הרצון והעניין של הציבור במידע למול הפגיעה הזו בפרטיות. אולם אין מקום להעדיף, באופן כללי ומראש, את העניין בפרסום דווקא.

לסיכום הדיון בשאלה הראשונה ניתן לומר כי אין זה **תמיד** נכון שפרסום האמת ברבים הוא הדבר הנכון לעשותו: כאשר פרסום כזה גורם לפגיעה של ממש, וכאשר אין לפגיעה זו טעם מצדיק בכך שהיא חיונית או חשובה למניעת נזק לציבור, טוב יהיה להימנע מפרסום כזה. על כל אדם העוסק בפרסומים, שצפוי כי תהיה בהם פגיעה בפרטיותו של אדם, לקחת בחשבון את הפגיעה הצפויה, ולנסות לצמצמה או למנעה. מקום שאפשר להביא מידע חשוב לידיעת הציבור בלי זיהוי האנשים בהם מדובר, יש לעשות זאת. מקום שהזיהוי יורד לשורש הבעיה או המידע, יש לבדוק את הרלוונטיות שלו להכרעה ציבורית ראויה או מותרת, ואת קיומן של דרכים חלופיות לקדם את האינטרס הציבורי ללא פרסום ברבים.

ב. האם רצוי שתהיה עילת תביעה בגין פרסום הפוגע בפרטיות?

לאחר שהגענו למסקנה כי יש מקרים שבהם אין הצדקה לפרסום הפוגע בפרטיות נותרת פתוחה לדיון השאלה השנייה – האם צריכה להיות עילת תביעה במשפט בגין פגיעה כזו. המחוקק הישראלי נתן, כאמור, תשובה חיובית גם לשאלה שנייה זו. משמעותה של החלטה זו היא כי המפרסם הפוגע בפרטיות באופן בלתי מוצדק לא יהיה חשוף רק לתגובות חברתיות או מקצועיות. בנוסף לאלה הוא עלול להיות נתבע בבית המשפט. אם יחויב בדין, הוא עלול להידרש לשלם פיצויים לנפגע. אם יוכח כי הפגיעה נעשתה בזדון, עלול המפרסם להיות חשוף גם לתביעה פלילית. מכל מקום יוכל הנפגע לבקש מבית המשפט חיובו של המפרסם להימנע מהמשך הפרסום.

הטיעון נגד הקניית עילת תביעה משפטית במקרים כאלה (או, במילים אחרות, הטיעון נגד מעבר מתשובה חיובית לשאלה הראשונה לתשובה חיובית לשאלה השנייה) הוא מורכב. כפי שראינו הוא שכנע מספר לא קטן של מחברים העוסקים בתחום זה. עיקרו של הטיעון הוא כי להסדרה המשפטית יש מחיר כבד, וכי כאשר משקללים מחיר זה כנגד התועלת שבקיומו של סעד משפטי רואים כי, בחשבון הכולל, עדיף מצב שבו אין עילת תביעה בגין פרסום הפוגע בפרטיות. המחיר העיקרי של קיום סעד משפטי, לפי טיעון זה, הוא הסכנה הגדולה לחופש המידע הנובעת מצירוף העובדה שההסדר המשפטי יהיה בלתי בהיר, שהשופטים אינם מתאימים לתת תשובה נכונה לשאלה הראשונה, וכי ההסדר חשוף לשימוש לרעה על ידי סחטנים ואויבי חופש המידע. מה עוד שבמקרים רבים הסעד המשפטי כלל אינו יעיל לפיצוי נפגעים אמיתיים, כך שנפגעים כאלה יירתעו משימוש בו, וקיימות דרכים חלופיות לטפל בבעיה, הנוטלות ממנה את עיקר עוקצה בלי להסתבך בחשש לחופש המידע.

אחת המטרות העיקריות של מאמר זה הינה להדגיש כי, אכן, יש לקחת בחשבון את מחירה של ההסדרה המשפטית. עולה מכך כי המעבר מתשובה חיובית לשאלה הראשונה לתשובה חיובית לשאלה השנייה אינו צריך להיות אוטומטי. יחד עם זאת, בדיקת הטיעון נגד קיומו של סעד משפטי במקרים כאלה מורה, לדעתי, כי יש לדחותו. דחיית הטיעון אין משמעה כי אין בו הצבעה על עובדות חשובות. ראוי הוא כי בית המשפט, בבואו להפעיל את החוק האוסר פרסומים הפוגעים בפרטיות, יפעל מתוך רגישות ומודעות לעובדות אלה, ויעשה מאמץ מודע לצמצם את הסכנות הכרוכות בהפעלת סעד משפטי כזה.

המעבר לתשובה חיובית לשאלה השנייה אינו צריך להיות אוטומטי, אולם יש לזכור גם כי מתן תשובה חיובית לשאלה הראשונה אכן יוצר טעם למתן סעד משפטי לנפגעים: אם אין זה מוצדק במקרים מסוימים לפגוע באנשים על ידי פרסום הפוגע בפרטיות, מדוע לא ניתן לקביעה זו גושפנקא סמלית-הצהרתית באמצעות הטלת איסור משפטי על התנהגות פוגעת זו? דווקא משום שהמודעות לחשיבותה של פרטיות היא עניין חדש יחסית, ודווקא משום שהערכים עליהם באה פרטיות להגן הם לא מוחשיים, יש חשיבות מיוחדת להדגשת העניין הציבורי שיש לכולנו בכך שהמודעות והרגישות לפרטיות יוגברו.⁴⁰ יתירה מזו, הסעד המשפטי מועדף בגלל יעילותו הגדולה יותר. זוהי הדרך היחידה בה יכול אדם לאכוף אחר לפצות אותו, שכן כל דרך אחרת של שימוש בכפייה אסורה על ידי המשפט. כל סעד אחר ישאיר את הנפגע, בחשבון האחרון, תלוי ברצונו הטוב ובחסדיו של המפרסם: רוצה, הוא יפסיק את הפרסום ויתנצל; לא רוצה, הוא יתעלם, או אף יבחר להתקיף את הנפגע ולהצביע על רגישות-היתר שלו או על צביעותו. משסיכמנו כי במקרים מסוימים הפגיעה באמצעות פרסום ברבים היא חמורה, ולעתים פגיעה חמורה זו אינה מוצדקת, מדוע לא ניתן לנפגע את הסעד היעיל ביותר שברשותנו?

מתוך ראייה זו של הדברים עולה כי הנטל להוכיח כי מחיר ההסדרה המשפטית כבד מדי דווקא בהקשר זה של פגיעה באמצעות פרסום ברבים הוא על אלה הטוענים לכך. דומני כי אין הם עומדים בנטל זה, כפי שאראה להלן.

ב. 1 אי-הבהירות ותוצאותיה

עיקרו של מרכיב זה של הטיעון הוא כי פתרון המטיל אחריות משפטית בגין פרסום פוגע בפרטיות שאין בו, בנסיבות העניין, עניין ציבורי לגיטימי (במשמעות הנורמטיבית החזקה של המילה) הוא אימוץ של הסדר המצטיין באי-בהירות רבה. השקלול הוא מלאכה מורכבת מאוד, וקשה לנחש מראש מתי יפסוק בית המשפט כי קיים עניין ציבורי כזה. התוצאה היא כי הן נפגעים והן מפרסמים יהיו במצב בו לא ידעו מה מותר ומה אסור לפרסם.

במצב כזה של חוסר ידיעה יטו מפרסמים לקחת "שולי ביטחון" רחבים כדי להימנע מן החשש שייתבעו על הפרת החוק. הדבר ייצור "אפקט מקפיא" שתוצאתו היא כי מפרסמים פוטנציאליים יימנעו מפרסום דברים שיש חשיבות עליונה בידיעתם מחשש שיועמדו לדין או ייתבעו לתשלום פיצויים. משמעותו של האפקט המקפיא היא הטלת צנזורה עצמית מוקדמת על מפרסמים פוטנציאליים, צנזורה שעלולה להביא למניעת מידע חשוב מן הציבור.⁴¹

תומכי טיעון זה ממשיכים ומציינים כי אי-הבהירות של ההסדר המשפטי המוצע אינו עניין של תקופת מעבר קצרה, עד שיצטבר גוף פסיקה מבהיר שישלך את העמימות של ההסדר הכללי. מכיוון שהשקלול של העניין הציבורי הוא מורכב מאוד, אין אפשרות לנסח כללים מנחים, ובכל מקרה יש לעשות את השקלול על עובדותיו (שקלול אד-הוק). משקלול כזה קשה להכליל לגבי מקרים עתידיים. יתירה מזו, אי-הבהירות הראשונית תביא לכך שאנשים יטו להגיע להסדרים מחוץ לכותלי בית המשפט כדי להימנע מהתדיינות משפטית ארוכה, מייגעת ויקרה, אשר תוצאותיה לוטות בערפל. הסדרים כאלה אין בהם משום הנחיה מוסמכת לגבי העתיד. ולבסוף, כפי שנראה להלן, יש להניח כי נפגעים רבים לא יפנו לבית המשפט. הבהרת המצב המשפטי, אם

⁴⁰ לחשיבות שבהצהרה משפטית על מחויבות לפרטיות, אף כאשר אין היא מיתרגמת באופן מיידי להגנה משפטית ישירה, ראה: 12 *Isr. L. Rev.* (1977) "Should We Have A General Right to Privacy in Israel?" Gavison, 155, 162-164

⁴¹ לנושא ה"אפקט המקפיא" ראה 69 *Col. L. Rev.* (1969) "The Chilling Effect in Constitutional Law" Note, 808

בכלל ניתן להגיע אליה, תהיה אפוא איטית ביותר. מכיוון שהרבה בשקלול תלוי בקני מידה חברתיים משתנים, קשה להניח שהמצב המשפטי יוכל להגיע להבהרה מספקת שלא תהיה מיושנת ברגע שתושג.

הטיעון כולל שתי הנחות. הראשונה היא לגבי מידת אי-הבהירות וההכרחיות שלה, יחסית להסדרים משפטיים אחרים, והשנייה לגבי תוצאות אי-הבהירות במקרה שבפנינו. הטיעון יהיה חזק יותר ככל שנראה כי אי-הבהירות במקרה שלנו היא אכן גבוהה במובהק מסדר הגודל של אי-הבהירות בהקשרים משפטיים אחרים, וככל שתוצאות אי-הבהירות תמורות יותר בהקשר שלנו.

ב. 1.1 מידת אי-הבהירות

אין ספק כי ההסדר המוצע כאן לוקה באי-בהירות, וכי יש כוחות המעכבים את הסרת אי-הבהירות באופן יעיל במהלך ההצטברות של גוף פסיקה מפרשת. אין גם ספק כי בהירות ועימה יכולת צפייה הם מאפיינים רצויים של הסדרים משפטיים, שכן הם מאפשרים יכולת טובה יותר של האדם לדעת מה מותר ומה אסור ולכוון את התנהגותו בהתאם למשפט. הקשר בין בהירות וצפיות שייך לתוצאות אי-הבהירות. כאן יש לציין כי הסדרים משפטיים, ככלל, הם פחות בהירים ממה שנראה לעיתים, וכי הבעיה אינה מיוחדת להקשר שלנו; כי מידת אי-הבהירות בהקשר שלנו אכן גבוהה מאשר ניתן למצוא בהקשרים אחרים במשפט, אך היא אינה מיוחדת דווקא לפרסומים הפוגעים בפרטיות; וכי בהירות של ההסדר המשפטי הוא נתון חשוב, אך לא בלעדי, להערכת הסדרים משפטיים.

אנשי תורת המשפט מצביעים על כך שהאמונה בבהירות של הסדרים משפטיים מבוססת, במקרים רבים, על אשליה.⁴² גם כאשר לכאורה לשון החוק ברורה יכולים שיקולים של ראיות, אמינות עדים, התרשמות כללית, יכולת עורכי הדין, הרקע להתדיינות וכדומה להשפיע על תוצאות ההתדיינות. אין זו סיבה, כמובן, להוסיף אי-בהירות מקום שזו אינה נדרשת, אך יש בכך כדי להחליש את הטיעון שאי-הבהירות יוצרת קושי שאין להתמודד עימו, או כי הקושי מיוחד לסוג זה של מקרים.

אין ספק כי ההסדר, האוסר פרסום הפוגע בפרטיות אלא אם כן קיים אינטרס ציבורי לגיטימי המצדיק את הפרסום בנסיבות העניין, הוא הסדר בהיר פחות מן הקביעה כי קיום צוואה מותנה בחתימת שני עדים. אולם, יש גם הקשרים אחרים בהם העדיף המחוקק להסדיר שאלה בנוסחה בלתי בהירה: הטלת אחריות בגין גרימת נזק ברשלנות מותנית בהיות ההתנהגות "בלתי סבירה"; חוקיותם של חוזים מותנית בהיותם בלתי מנוגדים ל"יתקנת הציבור". אלה הן רק שתי דוגמאות להקשרים בהם עדיף המחוקק הסדר בלתי בהיר על אי-מתן עילת תביעה או על הסדר בהיר יותר. בחירה זו מדגימה כי העניין בבהירות אינו עניין יחיד או עליון של המערכת המשפטית. לעתים יש צורך בהסדר משפטי גמיש, שיאפשר שקלול של נסיבות העניין תוך כדי הפעלת החוק במקרים ספציפיים. דוגמאות אלה מראות כי עצם אי-הבהירות אינה שיקול מכריע נגד עילת תביעה משפטית. השאלה האמיתית היא האם, במקרה זה, העדפת הסדר גמיש כזה היא אכן עדיפה על הסדר בהיר. התשובה לשאלה זו תלויה בתוצאות אי-הבהירות במקרה שלפנינו, לעומת התוצאות של העדפת בהירות על ידי שלילת כל סעד משפטי.

⁴² לדיון בסוגיה זו מצדדים שונים של המטבע ראה הסימפוזיון על וודאות משפטית: Symposium, (1931) 31 Col. L. Rev. 82-115 (מאמרים מאת לואלין, אדלר וקוק) הסימפוזיון נכתב כתגובה על ספרו של ג'רום פרנק *the Modern Mind*, שטען בצורה בוטה כי הוודאות היא אשליה.

ולבסוף, אף כי נכון הוא שטיב השקלול הנערך במסגרת החיפוש אחר עניין ציבורי לגיטימי המצדיק את הפרסום בנסיבות העניין הוא שקלול אד-הוק, לא נובע מכך שאין כל אפשרות להבהיר במידה מסוימת את המבחנים הרלוונטיים. הדיון שלי בפרק הקודם הוא ניסיון להעמיד מבחנים ושיקולים כלליים כאלה. תועלתם של המבחנים אמנם מוגבלת, אך יש בהם כדי לצמצם במידת מה את אי-בהירותו של קנה המידה לאחריות, וצמצום זה יגדל ככל שמסגרת הדיון תובהר ותפורש בפסיקה.

ב. 1. 2 תוצאות אי-הבהירות

אי-הבהירות מקשה על תכנון הפעילות כך שתהיה חוקית, ומעוררת, לכן, את החשש כי יילקחו "שיקולי ביטחון" גבוהים יותר כדי להימנע מאחריות משפטיות או אף מחשיפות לתביעה משפטית. ההנחות העומדות ביסוד לקיחת שיקולי ביטחון כאלה היא כי המטרה תהיה, בכל מקרה, הימנעות מרבית מהסתבכות עם החוק; וכי אי-הבהירות אכן מביאה לחוסר יכולת לצפות. ההנחה האחרונה אינה בלתי שנויה במחלוקת. יש מקרים בהם, למרות אי-הבהירות של קנה המידה הכללי, אין ספק איך יפסוק בית המשפט. הדרישה של התיישבות עם תקנת הציבור אינה ברורה, אולם קשה להניח שאדם יוכל לטעון באופן רציני כי הוא לא יכול היה לצפות, בגלל אי-הבהירות, שבית המשפט לא יפסול חוזה להתאבדות או לעבדות. המקרה הנדון הוא כה מובהק שהעמימות אינה פוגעת ביכולת לדעת כי דווקא הוא נופל לסוג המקרים שהמחוקק התכוון לאסור. כך אף במקרים של פרטיות, קשה להניח כי הרופא המפרסם תיאור מדויק של חייו של החולה שלו, עם פרטים מזהים, יוכל לטעון ברצינות שהוא חשב כי יש עניין ציבורי לגיטימי בפרסום. המסקנה היא כי המקרים החמורים ביותר של פגיעה (כמו המקרים הברורים ביותר של קיום עניין ציבורי) ממילא לא ייזקו בגלל אי-הבהירות של ההסדר המשפטי.⁴³

גם בתחום שבו יכולה אי-הבהירות להשפיע על הצפיות, יכול האפקט המקפיא להיות קיים בשני הכיוונים: מפרסמים יהססו מלפרסם דברים שאין זה ברור שיש עניין ציבורי לגיטימי בפרסומם, אך פרטים, נפגעי פרסום כזה, יהססו מלהסתבך בתביעות משפטיות ארוכות, הכרוכות באובדן פרטיות נוסף, מחשש שלא יזכו לבסוף בסעד המיוחל. זו נקודה שחשוב לציין, למרות שאין היא פוגעת בכוחו של הטוען לגבי החשש לחופש המידע.

הנקודה החשובה ביותר היא הניסיון להעריך עד כמה נכונה ההנחה שחוק, המתנה פרסום הפוגע בפרטיות בכך שיהיה עניין ציבורי לגיטימי בפרסום בנסיבות העניין, ידכא פרסום דברים שבדיעבד היינו חושבים, בניתוח מדוקדק, כי היה צורך לפרסמם. התקווה היא כי החוק ידכא פרסום שאין בו עניין ציבורי כזה, וזוהי מטרתו העיקרית. אך הניסיון בארצות בהן קיים חוק דמוי החוק הישראלי אינו מצביע על ירידה ברמת הדיווח העיתונאי או על תקלות חמורות בחופש המידע שנגרמו כתוצאה מן החוק. כך היה בארצות הברית, שם תלונות המלומדים הן כי בית המשפט עושה פחות מידי – ולא יותר מידי – שימוש בחוק האוסר פרסומים פוגעים;⁴⁴ וזה היה גם ניסיון הסיפא של סעיף 14 לחוק לשון הרע שלנו.

⁴³ לטוען דומה, בו מצביעים על כך שלא תמיד אי-בהירות מוליכה לאי-יכולת לצפות, ולכן להפתעה (או להסדרה שהיא באופן חזק רטרואקטיבית) ראה H. Wellington, "Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication" (1972) 83 *Yale L. J.* 221, at 251-264. הדוגמה אותה מביא וולנינגטון שאובה דווקא מתחום ההגנה על הפרטיות: למרות שב-1902 לא היה חוק ברור שאסר שימוש בתמונתו של אדם לצרכי פרסומת, לא יכול היה המפרסם לטעון בתום לב שמניעת שימוש כזה היא הפתעה בלתי צפויה, שעל בית המשפט להימנע ממנה.

⁴⁴ על הניסיון האמריקני בנקודה זו ראה גביזון, ה"ש 6 לעיל, פרק 6, עמ' 205-225. יש בספרות האמריקאית ביקורת על המקרים בהם ניתן סעד כאשר החומר נגע לעברו של אדם ויכול היה להימצא במסמכים ציבוריים. מצד שני יש

השפעת חוק על התנהגות היא שאלה הקשה ביותר להערכה, מטעמים שונים. מובן שאין אפשרות להכריז באופן חד-משמעי כי אין כל סכנה לחופש המידע הנשקפת מקיומו של איסור פרסום זהיר שכזה, אף כאשר הוא בלתי בהיר. אולם כדאי להצביע על כך שהמצב מלא גורמים הפועלים דווקא להבטחת העניין בחופש המידע, אף כאשר קיים חוק כזה, גורמים המסייעים לאמונה שהנפגעים העיקריים מאי-הבהירות יהיו דווקא קורבנות הפרסום. מפרסמים שעניינם בכך ערוכים תמיד לטיפול משפטי בהיבטים של עבודתם יותר מאשר נפגעים "חד פעמיים"; חלק גדול מפגיעתו של קורבן הפרסום הוא בעלבון. הנטייה הטבעית של הנעלב היא להצטנע, לא לתקוף; כללית, אנשים מונעים על ידי אינרציה. הנטל לפתוח בהליך משפטי, לאחר פרסום, הוא על הנפגע. על המפרסם "רק" להתגונן במקרים בהם החליט הנפגע לתבוע; בתי המשפט אינם מגלים נטייה גדולה לשבת כצנזורים על קני המידה של הטעם הטוב של עיתונאים ומפרסמים אחרים; ויש לזכור גם כי לגבי אמצעי התקשורת ההמוניים הסכנה להתחייב בתשלום פיצויים גבוהים היא אמנם מרתיעה, אך המשיכה לחומר שהוא סנסציוני ועל גבול הפגיעה בפרטיות אף היא גבוהה, ויכול שתקזז את הסכנה.

לסיכום, אף כי אין ודאות שלא יהיו פרסומים בודדים שלא ייעשו בגלל החשש מסנקציה חוקית, קשה להניח שפגיעה זו בחופש המידע תהיה שיטתית ורצינית.

ב. 1. 3. מחיר הבהירות

אין חולקים על כך כי ההסדר שלא להעניק סעד משפטי בגין פגיעה בפרטיות בדרך של פרסום ברבים מצטיין בבהירות רבה: לאדם הנפגע מפרסום כזה לא תהיה עילת תביעה, ומסקנה זו תהיה גלויה על פני הדברים, כך שמפרסמים יוכלו לדעת כי אין כל חשש שיסתבכו בהתדיינות משפטית בגין פרסום כזה. לא יהיה כל צורך להיכנס לפרטי הדיון בשאלה אם עניין ציבורי לגיטימי מצדיק את הפרסום בנסיבות העניין.

אמרנו כבר כי יש מקרים בהם פרסום הפוגע בפרטיות אינו מוצדק. תוצאת הסדר כזה תהיה ההבהרה כי, למרות שהפרסום אינו מוצדק, לא יוכל הנפגע לפנות לערכאות בגינו. תוצאת ההסדר היא גם שמפרסמים פוטנציאליים יודעים כי הם "בטוחים" באותה חזית, ולכן פטורים מלקחת בחשבון בזהירות הראויה את מידת הצורך הציבורי הלגיטימי בפרסום מסוים. כאשר מצרפים את מסקנות הפסקה הקודמת להעמדה זו של הדברים נראה כי יש טעם טוב להעדיף הסדר לא בהיר שיבטא בקירוב רב יותר את עמדתנו בנושא, ויאפשר לנפגעים לתבוע לפחות במקרים קיצוניים, על הסדר בהיר שיאפשר למפרסמים שלא לקחת ברצינות פגיעות חמורות בפרטיות.

ב. 2. זהות המשקל האופטימאלי

מקום שהעיקרון הקובע את המצב הראוי הוא בלתי בהיר מתעוררת מיד השאלה של זהות המפעיל הטוב ביותר. שכן, ככל שקנה המידה המופעל בהיר יותר כך קטנה החשיבות של זהות המפעיל, מאחר והחוק מניח למפעיל פחות שיקול דעת ביישום. בהקשר שלפנינו טוענים המתנגשים לקיומה של עילת תביעה משפטית כי הסדר כזה יעביר את ההחלטה **לבתי המשפט**. ההסדר אותו הם מעדיפים הוא כי המשקללים יהיו **המפרסמים עצמם**.

ביקורת על בית המשפט שלא הגן מספיק על העניין בפרטיות במקרים כגון Sidis (ה"ש 20 לעיל). לא הרבה שותפים לביקורת על החלטות הראשונות, שהוצדקו במונחים של האינטרס בהשתקמות ובהימנעות מפגיעה שלא לצורך. הביקורת על חוסר הרגישות של החלטות בקבוצה השנייה היא רבה יותר. כללית, נציגי העיתונות טענו תמיד לחשש לחופש העיתונות כתוצאה מהכרה בזכות תביעה על פגיעה בפרטיות, אולם לאחר קרוב ל-80 שנה של הכרה בזכות כזו לא ראיתי מישהו שטוען כי חשש זה מומש בצורה כלשהי.

מתנגדי הסעד המשפטי אומרים כי השופטים במיוחד הם קבוצה בלתי מתאימה להחלטות כאלה. הם מסתמכים על כך שידוע כי שופטים נוטים להיות שמרניים ורגישים יותר מכפי הצורך כשמדובר בהוספת פרטים אישיים בפרסומים לציבור; על כך ששופטים משתייכים, במובן הרחב, לחוגי הממשל, וכי לכן הם עלולים להפגין הסתייגות מדעות שלוחות רסן, ולהצטרף, במידה מסוימת, לרצון להגן על הממשל או על אנשים בכירים מפני ביקורת; על כך ששופטים מעריכים מאוד טיפול בעניינים ציבוריים במסגרת מובנית ושלא תחת זרקורים, וכי לכן יירתעו מלתת גיבוי לטיפול בעניינים כאלה באמצעי התקשורת דווקא. בארץ יוכלו המתנגדים להסתמך על החלטת בית המשפט העליון בפרשת **הארץ נ. חברת החשמל**, ולומר כי החששות האלה אכן יצאו מן הכוח אל הפועל בהחלטה בדיון הנוסף.⁴⁵ השורה האחרונה של טיעון זה היא כי חזקה על השופטים שיפרשו קיומו של עניין ציבורי לגיטימי באופן מצמצם, וכי פירוש כזה יפגע בחופש המידע.

השאלה באיזו מידה כבולים השופטים, לעתים אף שלא מדעת, באמונות והזדהויות אישיות, ובאיזו מידה הם יכולים "להתעלות" מעל נטיות אלה, היא שאלה מרכזית בתורת המשפט, ואין זה המקום להיכנס אליה.⁴⁶ כאן אסתפק בשלוש הערות. ראשית, אין זה ברור כי יש אצל שופטים חשש להיסט שיטתי כנגד חופש המידע במקרים ראויים; שנית, אין ללמוד מן ההקפדה על דרישת האמת בתביעות לשון הרע על הדרישה של אינטרס ציבורי לגיטימי בהקשר תביעות פרטיות; שלישית, אף אם חלק מן הטענות כלפי השופטים נכונות, הם עדיין משקללים טובים יותר, בהקשר זה, מן המפרסמים עצמם. יכול להיות כי לשופטים אכן תהיה רגישות גדולה מן הממוצע לפרסומים פוגעים בפרטיות. גישתם לטורי רכילות או להתייחסויות מפורשת להתנהגות מינית יכולה להיות בלתי אוהדת, ויכול להיות שהם לא ייקחו ברצינות רבה את הטענה כי יש לספק את רצונו של הציבור לקרוא תיאורים כאלה משום העניין הציבורי הלגיטימי המובהק שבכך. מכך אין להסיק כי תהיה להם נטייה לתת יד להגבלת פרסום של ביקורת עניינית ובעלת רלוונטיות מובהקת על אישום בממשל, כך שלא ברור אם נטיותיהם הבסיסיות תבאנה להיסט נגד חופש המידע במקרים ראויים. ההיסטוריה בארצות אחרות מלמדת כי שופטים נזהרו מאוד שלא לפסול פרסומים **רק** בשל סגנונם הסנסציוני או תוכנם האינטימי. ככל שהיה מדובר בדרי אמת, נטיית בתי המשפט הייתה לפרש כל ספק לטובת חופש הפרסום. נראה כי בארץ יש אכן בסיס לטענה כי ההחלטה בדיון הנוסף של **הארץ** מצביעה על נטייה שלא להתייחס בסלחנות או בהבנה לפרסומים של דברים **בלתי מדויקים**. הפירוש שניתן שם להגנת תום הלב בחוק לשון הרע הוא, לכל הדעות, פירוש מצמצם. אולם מכאן אין ללמוד דבר על הנטייה לפרש את גבולות העניין הציבורי. עד היום לא היה בארץ מקרה אחד בו הועלתה הטענה של חוסר עניין ציבורי, למרות שבמקרים רבים ניתן היה להעלות טענה כזו. ההשערה שלי תהיה כי בפירוש "עניין ציבורי" יטו בתי המשפט לפירוש מרחיב דווקא.

ולבסוף, ייתכן כי השופטים, כקבוצה, אינם הקבוצה הטובה ביותר להכרעה בשאלות כאלה, מטעמים שונים. כאשר הם מושווים לחלופה המוצעת על ידי מבקרי הסעד המשפטי, אין לי כל ספק שהם יוצאים וידם על העליונה. מפרסמים חזקה עליהם שישקלו בכל כובד הראש את העניין הציבורי בפרסום, הן העניין שבפועל והן העניין הלגיטימי. ייתכן גם כי מפרסמים רציניים ואחראיים ינסו בכנות לשקלל את העניין הזה כנגד העניין של הפרט בפרטיותו. אולם לא כל

⁴⁵ ד"ר 9/77, **חברת החשמל נ. הארץ**, ל"ב פ"ד(3), 337. להערת ביקורת ברוח זו ראה א. רטיג "חופש הביטוי, הזכות לשם טוב וחוק איסור לשון הרע", ט' **משפטים**, 524.

⁴⁶ הדעה המקובלת הינה כי השופטים יכולים וחיבים להתעלות מעל השקפותיהם ונטיותיהם בעניינים רבים, אך כי יש יותרת מסוימת שבה הם פועלים, ואינם יכולים שלא לפעול, על בסיס השקפות ונטיות אלה. לדיון רגיש אף כי ישן ראה **Cardozo, The Nature of the Judicial Process (1921)**.

המפרסמים הם רציניים ואחראיים, וגם כנגד אלה יש לתת לאזרח הגנה. ויתרה מזו, למפרסמים, כקבוצה, יש אינטרס ישיר – כלכלי ואחר – בפרסום. לשופטים, לעומתם, יש רק אינטרס מנותק בשקלול ה"נכון". אין כל טענה ששופטים אינם יכולים לשקול את העניין הציבורי הלגיטימי. להיפך, מעמד המיוחד בחברה ואי-התלות שלהם עושים אותם כשירים במיוחד לשקול שיקולים לא קבוצתיים כאלה. אצל המפרסמים, לעומת זאת, אין כל ערובות של נויטרליות או חוסר עניין. לתת להם להחליט על העניין הציבורי הלגיטימי הוא להזמין ניגודי אינטרסים. לשים מפרסמים פוטנציאליים כמחליטים לגבי הצורך בפרסום דומה, לצערנו, להושבת החתול כשומר השמנת. יתרונם של השופטים כמחליטים בהקשרים אלה (וכבאחרים) מתחזק כאשר זוכרים ששופטים אמונים על הניסיון לנטרל משפיתם את ההשפעות של אמונותיהם האישיות. האתוס השיפוטי כולל מחויבות ברורה לנסות ולזהות את ההשפעות האלה של מעמד או של חינוך ולהתעלות מהן, מה שאין כן אצל מקבלי החלטות אחרים.

ב. 3 חשש לשימוש לרעה

אי-הבהירות של ההסדר המשפטי, יחד עם כמה מאפיינים אחרים שלו, מעוררים חשש כי הסעד המשפטי יפתח פתח לשימוש לרעה על ידי סחטנים ואויבי חופש המידע. התוצאה של שימוש כזה תהיה כי ההסדר המשפטי יביא לאכיפתה של תשובה בלתי רצויה לשאלה הראשונה, ובכך נימצא מסכלים את המטרה החיובית של מתן סעד לנפגעים אמיתיים, יחד עם מניעת פגיעה בחופש המידע. עצם קיומו של סעד משפטי על פרסום פוגע בפרטיות, כאשר העניין בחופש מידע מובטח באמצעות הגנות בעלות ניסוח בלתי ברור, מעורר את החשש כי מפרסמים יחששו מהסתבכות בהתדיינות משפטית לקביעת ההיקף המדויק של ההגנה, ויתפשרו עם סחטנים ללא הליך משפטי. צווי פיצויים (או הסדרי פיצויים) שמנים עלולים להטיל נטל של ממש על מפרסמים, בעיקר מפרסמים קטנים ו"חד פעמיים", דבר שיכול לצמצם באופן ניכר את מספר הפרסומים ועמו את חופש המידע והבעת הדעה. אם לא יהיה סעד משפטי, לא יהיה כל מקום לחששות אלה.

נכון הוא כי ההחלטה שלא להעניק סעד משפטי תפטור מפרסמים מעולם של סחטנים ומן החשש שיחויבו בתשלומי פיצויים שמנים לאנשים לא זכאים. יחד עם זאת היא "תפטור" אותם גם מן הצורך לשקול הימנעות מפרסום במקום שאין לפגיעה צידוק, או לפצות נפגעים אמיתיים על נזקיהם. השאלה האמיתית הינה אם יש מקום לפטור מפרסמים מן החובות האחרונות, ולכך לא מספק טיעון זה כתשובה משכנעת.

שימוש לרעה בסעדים משפטיים הוא מאפיין בלתי נמנע של קיומם ואינו יכול להיות, כשלעצמו, טעם נגד אימוצם. אולם, אם רוב השימושים בסעד מסוים הם לרעה, ומספר המקרים בהם ממלא האיסור את תפקידו המקורי והמוצדק הוא זניח, יש בכך משום טעם נגד הענקתו. בארץ אין כמובן, דרך להעריך טענה כזו, שכן עד עתה לא הייתה עילת תביעה כזו במשפט הישראלי.

כללית, ניתן לנצל את המערכת המשפטית להטרדת האחר בצורות הרבה, ולא תמיד יש תרופה יעילה ונאותה בפני הטרדות כאלה. כך למשל, ניתן להגיש תביעה שהיא שקרית במובהק. הנתבע חייב להגיש כתב הגנה, ולהראות את שקריות התביעות, אם הוא רוצה להבטיח כי לא יוצא נגדו פסק דין. קיום האפשרויות האלה יכול לפתוח פתח לסחיטה או לשימושים אחרים לרעה, והמערכת המשפטית מנסה לצמצם שימושים לרעה כאלה בדרכים שונות. אפשרות זו אינה יכולה להיות נימוק לחיסול הסעדים המשפטיים כולם, ואין סיבה לראות אותה ככזאת בהקשר המיוחד של הענקת עילת תביעה בגין פגיעה בפרטיות בדרך של פרסום ברבים.

גם הטענה כי המבנה של ההסדר המשפטי, לפיו יש עילת תביעה לכאורה המסויגת בהגנות, עלול לגרום לסחיטה או ללחץ להסדרים חוץ-משפטיים, אינה מיוחדת לעילת תביעה זו. יש עילת תביעה להחזרת חוב. אדם מגיש תביעה על חוב שלא הוחזר, למרות שהעסקה הייתה של שותפות בעסק. הנתבע מעדיף להתפשר ולשלם, למרות שאינו חייב, מפני שהוא חושש כי לא יצליח להוכיח את עובדות העסקה, ומפני שההתדיינות המשפטית תעלה לו יותר מן הפשרה המוצעת. האם מקרה כזה יביא אותנו לשקול ביטול עילת התביעה להחזר חוב? והאם היה שינוי כלשהו נגרם אם עילת התביעה לכאורה הייתה כוללת טענה כי לא מתקיימות הגנות מסוימות לנתבע? הטכניקה של קביעת עילת תביעה וסיוגה בהגנות אינה מיוחדת לתביעות בגין פגיעה בפרטיות בכלל, ופגיעה בפרטיות בדרך של פרסום ברבים בפרט. יש לטכניקה זו כמה יתרונות חשובים, כגון ארגון החומר המשפטי בצורה שיטתית. הצגה זו גם מבהירה כי, לכאורה, יש פגם בפגיעה בפרטיות, וכי נטל הראיה כי אין פגם כזה עובר אל המפרסם. על פניו, לא נראה כי יש פגם של ממש בכך שאדם שפגע באחר יצטרך להסביר מדוע הפגיעה היא מוצדקת (מה גם שלרשות המפרסם עומדות כמה חזקות מועילות, המקלות בהרבה את נטל ההוכחה המוטל עליו).

בשיטות משפט בהן מוכרת זכות תביעה על פגיעה בפרטיות בדרך של פרסום ברבים לא נתקלתי בדיווחי פסיקה על מקרים של אנשים שרצו להתעשר בקלות מפרסום פוגע. התחושה הכללית היא כי אלה שהגיעו כבר לבית המשפט נפגעו באמת, וחיפשו גושפנקא הצהרתית לכך שאמנם נפגעו בדרך בלתי מוצדקת. את ההזדמנות ל"סחיטה" באמצעות איום בהליכים משפטיים ניתן לצמצם על-ידי כלל הקובע הגבלת סכום הפיצויים במקרים של תביעות על פגיעה בפרטיות. לנפגעים אמיתיים תהיה ההכרזה על הפגיעה הסעד העיקרי שהם מחפשים, וכך יוכלו לבקשו בלי להיות חשופים לטענה כי הם רוצים להתעשר על חשבון אמצעי התקשורת וחופש המידע, ואילו "סחטנים" סתם יידעו כי איום בהליכים לא יביא להם תועלת כספית גדולה ממילא. פיתרון כזה עלול לפגוע בכוח המרתיע של תביעות בגין פגיעה בפרטיות, אולם יכול להיות שניתן לחשוב על דרכים לצמצם פגיעה זו.⁴⁷ מכל מקום, תביעות "סחטניות" המגיעות לבית המשפט יכולות לזכות שם בטיפול מרתיע באמצעות הוצאות לדוגמא או פיצויים לבז.

שלושת הטיעונים הראשונים התבססו על כך שלהסדר המשפטי תוצאות קשות מבחינת החשש לחופש המידע. שלושת הטיעונים הבאים מתרכזים בכך כי קיומו של סעד משפטי אינו נחוץ או מועיל בצורה משמעותית להגנה על הפרטיות, שכן אין הרבה פגיעות שההסדר החוקי יגן עליהן, נפגעים אמיתיים ממילא אינם נהנים מהסעד המשפטי, והדרכים החלופיות להגנה על הפרטיות בישראל יצרו מצב שבו הבעיה איבדה את כל עוקצה.

ב. 4 חומרת הבעיה

בהערכת הטיעון, כי מספר הפגיעות החמורות בפרטיות בהן לא היה טעם מצדיק הוא קטן ביותר אף ללא סעד משפטי יש להבחין בין הרלוונטיות של הטיעון ובין אמיתות ההנחות העובדתיות.

⁴⁷ צמצום סכום הפיצויים עד סכום מסוים יכול להיראות גם כפוגע בנפגעים של ממש שלא יפוצו בצורה הולמת על פגיעתם. אולם "הנוק הכללי" שנגרם כתוצאה מפגיעה בפרטיות ממילא אינו ניתן לשערוך כספי, כך שקשה לדעת, מלכתחילה, מה הוא פיצוי "הולם". בשיטה שבה סכום הפיצויים מוגבל, המשמעות שבקביעת סכום פיצויים נמוך לא תהיה ביטול או הקטנת ערך הפגיעה. ערכו המרכזי של פסק הדין יהיה בהנמקתו ובצורה בה מתוארת הפגיעה וחומרתה. הכוח המרתיע של תשלומי פיצויים משתנה ממילא ממפרסם למפרסם, ומפרסמים שעיסוקם בכך יכולים להגן על עצמם מפני סכנת חיוב בפיצויים של ממש על ידי ביטוח. מכאן שפגיעה במוניטין של המפרסם יכולה להיות, ממילא, אפקטיבית יותר מחיובו בתשלום פיצויים.

לא ברור כי העובדה של מיעוט מספר המקרים של פגיעה חמורה, אף אם היא נכונה, צריכה להיות רלוונטית. יש לנו חוק נגד פשע של השמדת עם למרות שפשעים אלה אינם שכיחים במיוחד. גם אם מספר מקרי הרצח במדינה ירד לשניים בשנה, לא נראה זאת כטעם טוב לביטול החוק האוסר רצח. הכוח של הטיעון לגבי חומרת הבעיה במקרה שלנו נובע מכך שלעצם קיום החוק יש מחיר, להבדיל מן המקרים האחרים שצינתי. קיום חוק נגד רצח אינו יכול לשמש פתח לדיכוי חירות במקרים שבהם ברור שאין פגם, בעוד שלקיום הסדר משפטי האוסר פרסומים הפוגעים בפרטיות וקובע הגנות שהיקפן אינו ברור יכול להיות "אפקט מקפיא", כאמור לעיל. כוחו של הטיעון נובע, אם כן, מצירוף של הערכת חומרת הבעיה עם הערכה של חומרת הסכנה שבקיום החוק וההסתברות של סכנה זו. ככל שנאמין פחות בקיומו – ההכרחי או המסתבר – של האפקט המקפיא על מפרסמים פוטנציאליים, כך ייחלש כוחו של טיעון זה. לאור מסקנתי כי קשה להניח קיומו של אפקט מקפיא, לפחות במקרים מובהקים, הרלוונטיות של חומרת הבעיה הופכת פחות מיידיית.

לגבי ההערכה של אמיתות הטענה העובדתית, אנו עומדים בפני קושי מוכר: קשה מאוד להעריך את חומרת הבעיה של פגיעה בפרטיות בדרך של פרסום. כאמור, פנייה לבית המשפט אינה קריטריון אמין במיוחד, וברור שלא ניתן להסתמך עליו במצב שלפני חוק הפרטיות, אין לנו סטטיסטיקה על פגיעות בפרטיות בדרך של פרסום, עם ציון הנסיבות כך שניתן יהיה לשפוט באיזה מהן היה, אולי, עניין ציבורי המצדיק את הפרסום. עיון בעיתונים מגלה, לעתים, מקרים כאלה. אנשים נוהגים להתלונן על תחושת פגיעה שיש להם בעקבות פרסום מידע "פרטי" עליהם באמצעי התקשורת. בהרבה ממקרים אלה, לא לוקים המתלוננים בהתעלמות מן המימד של האינטרס הציבורי, אלא הם סבורים כי לא היה אינטרס מצדיק כזה. עיון בתלונות למועצת העיתונות מורה כי חלק התלונות על פגיעה בפרטיות גדול, וכי במקרים לא מעטים הנסיבות הן לפחות אפורות: קשה לקבוע אם היה, אכן, צורך בפרסום מזהה ברבים.⁴⁸ אבל כל אלה הן התרשמויות חלקיות בלבד, וקשה לבסס עליהן מסקנה כללית. לא נראה כי ניתן לקבוע כי פגיעות בפרטיות בדרך של פרסום הן בעיה דוחקת של החברה הישראלית. מצד שני, קשה גם להתרשם כי האתוס העיתונאי כולל רגישות יתר לפגיעות כאלה.

ב. 5 יעילות הסעד המשפטי

בנוסף לכך שמספר הנפגעים האמיתיים הוא קטן, טוענים המתנגדים לסעד משפטי, אין סעד כזה מטפל ביעילות בבעייתם. ההליך המשפטי מלווה, בהכרח, פרסום נוסף, שהוא מלח על פצעיו של זה שנפגע באמת בפרטיותו. התרופות המשפטיות המוכרות אינן הולמות את סוג הפגיעה: נזק לרגישות, ליכולת לקיים יחסים עם אחרים, דימוי עצמי נמוך, אינם דברים שפיצוי כספי כלשהו ייטיב אותם. ההליך המשפטי הוא גם כה ממושך ומייגע עד שניהולו עלול להיות רק השתקעות בלתי בריאה בפגיעה ובתוצאותיה, במקום התנערות מן הפגיעה וניסיון להתעלם ממנה ולהתגבר בדרך זו. הבחירה בדרך של הליכים משפטיים עלולה להזיק לנפגע האמיתי, ותועלתה – מוגבלת במקרה הטוב.

⁴⁸ פרטים על ההתאגדויות בהם חברים עיתונאי ישראל וכן תקנון מועצת העיתונות ומקבץ מסוים של החלטותיה והנחיותיה פורסמו בספר **על עיתונאים ועיתונות**, בעריכת יצחק טישלר, שיצא במלאת 40 שנה לאגודת העיתונאים בירושלים, 1976. לא תמיד קל לדעת מלשון ההודעה מה בדיוק הוא נושא התלונה, אולם בחלק מן המקרים ברור שמדובר בתלונות על פגיעה בפרטיות: פרסום על התאבדותו של חולה בבית חולים לחולי נפש (עמ' 336); פגיעה בקרוביו ובבני משפחתו של נאשם (עמ' 337); פרסום של תורם בניתוח השתלת לב (עמ' 339); פרסום שם קורבן תאונת דרכים לפני שהודיעו להוריו (עמ' 341); זיהוי הוריו של נאשם בתיאור משפטו (עמ' 342).

טענות אלה הן בעלות משקל רב ויש בהן אמת. עובדות אלה תסברנה בוודאי את חוסר הנטייה של נפגעים אמיתיים רבים להיזקק להליכים משפטיים. יש אפשרות להקל קצת את השימוש בהליך השיפוטי על ידי צמצום של פרסום ההליך וצמצום גזרת ההתדיינות המשפטית, אולם קשה יותר לטפל באי-ההתאמה הבסיסית של פיצויים ככלי לשיפוי הנזק שנגרם.

לטובת קיומו של סעד משפטי, למרות מגבלות אלה, ניתן לומר את הדברים הבאים. ראשית, יש פטרנליזם מסוים בכך שנמנע מאדם להגיש תביעה מייגעת לבית המשפט על פגיעה בפרטיותו אם הוא רוצה בכך. השיפוט כי תביעה כזו לא תקדם את עניינו יכול להיות נכון, ברוב המקרים, אולם ההחלטה צריכה להיות של הנפגע עצמו. המשפט אינו צריך להחליט בשבילו על ידי מניעת האפשרות לנקוט בצעדים משפטיים.

שנית, במקרים מסוימים יכול המשפט לתת לנפגע סעד ממשי בדרך של צו מניעה שיביא להגבלת הפרסום הפוגע ובכך להגבלת החומרה של הפגיעה בפרטיות. סעד זה לא יוכל להינתן אם לא יהיה איסור על פרסומים הפוגעים בפרטיות.

שלישית, יש מקרים בהם הגושפנקא המשפטית של הכרזה כי אמנם נעשה לאדם עוול היא בעלת ערך משמעותי ומרכזי לנפגע. לא ברור מדוע יש לשלול ממנו את האפשרות להשיגה.

ולבסוף, יעילותו של סעד משפטי אינה נמדדת רק ביכולת להביא הפרות לבית המשפט. לקיומו של סעד משפטי יש מימד נוסף, עליו עמדנו כשדנו באי-הבהירות ובתוצאותיה. איסור משפטי אינו רק הבסיס להטלת אחריות לאחר מעשה, הוא גם **מרתיע** מהתנהגות בלתי חוקית. מימד זה של האיסור המשפטי הוא הבסיס העיקרי לחשש לפגיעה בחופש המידע בדרך של צנזורה עצמית מוקדמת של מפרסמים. חשש זה מבוסס על כך שמפרסמים ייקחו שולי ביטחון גדולים. לטענתי, חשש זה אינו מציאותי. יחד עם זאת, קיום החוק אכן ירתיע, כפי שהוא צריך להרתיע, מפרסמים במקרים שבהם ברור כי אין טעם מצדיק. לפונקציה זו של החוק אין תחליף ממשי, ורק מטעם זה היינו צריכים לקיים איסור משפטי על פרסומים כאלה. יש להדגיש גם כי במקרים אלה לא יתקיים החשש לגבי פירוש מצמצם על ידי שופטים, מפני שבתי המשפט כלל לא ייכנסו לתמונה.

ב. 6. דרכים חלופיות

החוליה האחרונה בטיעון המתנגדים לסעד משפטי בגין פרסום ברבים הפוגע בפרטיות היא כי ניתן למצוא דרכים חלופיות, המסוכנות פחות לחופש המידע, לטיפול בבעייתם של הנפגעים הנדירים שאין בפרסום לגביהם עניין ציבורי לגיטימי. הדרך חלופית המוצעת, היא הפעלה של מוסדות האתיקה של אמצעי התקשורת ההמוניים.⁴⁹

המנגנון החלופי בארץ הוא קיומה של מועצת עיתונות, המוציאה כללי אתיקה, ועוסקת בבירור תלונות המוגשות נגד עיתונים ועיתונאים.⁵⁰ כללי האתיקה כוללים עיקר של התחשבות העיתונאי בפרטיות של אדם ובהגנה על שמו הטוב.⁵¹ מועצת העיתונות מפרסמת מפעם לפעם עדכונים של

⁴⁹ ראה עמדת העיתונות בפני ועדת כהן, דו"ח ועדת כהן, פסקה 4, בעמ' 4.

⁵⁰ לתקנון מועצת העיתונות בישראל, שהוקמה על פי החלטת האיגוד הארצי של העיתונאים, ועדת העורכים ואיגוד הנהלות העיתונים היומיים, ראה **על עיתונאים ועיתונות**, ה"ש 48 לעיל, בעמ' 331-332. במליאת המועצה רק 7 אישי ציבור, וחברים בה כל עורכי העיתונים היומיים (שיסכימו לקבל מרות המועצה), עורכי שבועונים שתהיה החלטה על קבלתם ברוב של 2/3 (אם עובדיהם מאוגדים באגודת העיתונאים), נציגי האיגוד הארצי של עיתונאי ישראל במספר שווה למספר העורכים והמו"לים, ו-7 נציגים של איגוד העיתונים היומיים. הרשות המוסמכת לטפל בתלונות על פגיעה מפרסום הוא הוועד הפועל (סעיף 9), שהרכבו: 3 אישי ציבור ו-16 נציגי עיתונות (סעיף 5).

⁵¹ ס' 6 לתקנון האתיקה המקצועית של מועצת העיתונות בישראל קובע: "הוצאת לעז, הסתה אישית והאשמות בלתי מבוססות... הן עבירות חמורות לאנשי העיתונות. חייבים העיתונאי והעיתון לכבד את שמו הטוב ואת חייו הפרטיים והמשפחתיים של כל אדם..."

הנחיותיה, וכן קיצור וריכוז של החלטות שיש בהן עניין כללי. העיתונות מבקשת כי מנגנון בירור פנימי זה ייראה כדרך מספיקה לטיפול בבעיה של פגיעה בפרטיות בדרך של פרסום ברבים. בבקשה זו של העיתונות שלוש חולשות עיקריות. ראשית, מועצת העיתונאים בארץ מורכבת כמעט בלעדית מעיתונאים. בירור על ידי גוף כזה יוצר את הרושם שיש לפנינו מקרה בו הנתבע חוקר את התלונה וחורף את הדין, מצב שאינו בריא בשום הקשר. נכון שמועצת העיתונות היא גוף כללי, וחזקה עליה שתהיה רגישה לדרישות האחריות המקצועית יותר מאשר כל עיתונאי בנפרד. יחד עם זאת, אין במועצת העיתונות שום ייצוג ישיר לאינטרסים של הנפגעים, ואין להם הזדמנות להשמיע את דבריהם. מצד שני, קשה להיות מופתע מן הממצא שבהחלטות מועצת העיתונות שפורסמו אין מקרים בהם נפסק כי התנהגותו של עיתונאי פגעה באתיקה העיתונאית. לכל היותר, כך נאמר, הייתה ההתנהגות משום פגיעה בטעם הטוב.⁵² שנית, מועצת העיתונות ואיגוד העיתונאים אינם גופים שהחברות בהם מחייבת. הכפיפות למוסדות ולהנחיותיהם היא וולונטרית ויש עיתונים ועיתונאים שלא בחרו לקבל על עצמם את עולם. לגבי פרסומים בעיתונים אלה, אין לנפגע אף הסעד המוגבל של פנייה למועצת העיתונות. מצב זה נכון ביתר שאת לגבי פרסומים בספרים או בכרוזים, שם אין כל תחולה לכללי אתיקה עיתונאית.

ושלישית וחמור מכל, מועצת העיתונות אינה יכולה להטיל סנקציות על עיתונים או עיתונאים, או אף לאכוף עליהם פרסום מתקן או התנצלות. קשת הסנקציות של מוסדות אתיקה מוגבלת לעצם הקביעה ההצהרתית כי אכן הייתה פגיעה בפונה, ולדרישה (שאין עימה כוח אכיפה) של פרסום ההחלטה או התנצלות. היא אינה כוללת פיצויים או, באופן יעיל יותר, עיכוב פרסום או מתן צו לעיכוב פרסומים עתידיים.

לסיכום הדיון בשאלה השנייה נראה כי החששות לתוצאות שליליות קשות, מבחינת חופש המידע, של הנהגתו של סעד משפטי בגין פגיעה בפרטיות על ידי פרסום ברבים הן, במידה רבה, עניין שבהשערה. ניסיון המדינות בהן הוכרה עילת תביעה כזו אינו תומך בהשערה זו: הנהגתה לא יצרה מפרסמים מפוחדים ונרתעים, ולא שינתה במידה ניכרת את הסטנדרטים של פרסום ופגיעה בפרטיות. מכיוון שכך נראה כי אין טעם טוב שלא לתת לנפגעים אמיתיים אפשרות יעילה, ככל שאנו יכולים להעמיד לרשותם, לתבוע מפוגעים שיפוי על הפגיעה; וכי אין טעם טוב שלא לתת ביטוי משפטי לעמדה שבמקרים מסוימים אין הצדקה לפרסומים פוגעים בפרטיות.

ג. סיכום

לקחו של הניתוח הזה הוא מורכב. החברה אליה אנו שואפים היא זו שיש בה רגישות לפרטיות ורצון שלא לפגוע באחר שלא לצורך, יחד עם מחויבות לחופש מידע ולזכות הציבור לדעת מידע שיש בו עניין ציבורי לגיטימי. לעתים, אין שתי המטרות האלה מתנגשות: אין כל טעם טוב, משיקולים של פרטיות, למנוע פרסום בעניינים כלליים, הנוגעים להשקפות, התפתחויות מדעיות או הגותיות, עמדות רצויות וכדומה. אולם לעתים שתי המטרות מתנגשות חזיתית, כאשר אין לפרסום טעם או משמעות בלי זיהוי הפרט בו מדובר, ואז אין מנוס מנקיטת עמדה.

⁵² כך נקבע לגבי פרסום התאבדותו של חולה בבית חולים לחולי נפש, או לגבי סירוב לעכב פרסום שמו של קרבן תאונה עד שיודיעו להוריו, הי"ש 48 לעיל. כך נפסק גם בתלונה שכתוצאה ממנה שונו ההנחיות לגבי דיווחים מבית משפט: ראה הי"ש 37 לעיל.

התשובה שניתנה כאן לשאלה הראשונה היא כי, מבחינה מוסרית, אי אפשר לקבוע באופן כללי שהעניין בזכות הציבור לדעת צריך לגבור תמיד. לעיתים יצדיק העניין הציבורי הלגיטימי חדירה חמורה מאוד לפרטיות: יש לציבור עניין לגיטימי בכך שהעומדים בראשו ומחליטים החלטות מכריעות לגביו יהיו בכושר תפקוד מלא. אדם החולה במחלה שלצורך הטיפול בה הוא נזקק לסמים הפוגעים באופן מתמשך בתפקודיו השכליים ובכושר ההכרעה שלו צריך לשקול יציאה מתפקיד בו תפקודים אלה הם חיוניים. אם מוצו הדרכים להביא את האדם לעזוב את התפקיד ללא פרסום, יש עניין ציבורי לגיטימי בפרסום המידע ברבים. מצד שני, יש מקרים רבים שבהם הימנעות מפרסום ברבים של חומר אינטימי לא תגרום כל נזק של ממש לציבור. במקרים כאלה, הימנעות מפרסום מזוהה היא דרך אנושית יותר וטובה יותר.

פיתוח המחויבות לחופש המידע בצד הרגישות לפרטיות הוא, בסופו של דבר, הערובה הטובה ביותר להגנה על שני הערכים כאחד. תרופות משפטיות הן, מטיבן, בעלות תועלת מוגבלת, וסכנותיהן מרובות. הן הרגישות והן המחויבות צריכות להיות נחלתם של שני "הצדדים". נפגעים פוטנציאליים צריכים להקפיד על פרטיותם ולשמור כי מידע שלא היו רוצים בפרסומו לא יהי זמין. יחד עם זאת, הם צריכים להבין את הצורך הקיים בחופש מידע בחברה. מפרסמים פוטנציאליים, לעומתם, בעיקר אלה שעיסוקם בכך, צריכים להיות מודעים למחיר שהם עלולים לשלם אם לא תהיה בהם רגישות למחיר החשיפה של אחרים. קרוב לוודאי, אם כי לא מובן מאליו, שעניינם בחופש מידע יהיה ברור להם. חשוב כי יזכרו גם שכאשר הם רוצים בפרסום, הם מונעים לא רק על ידי מחויבות לחופש המידע, אלא גם על ידי שיקולים אישיים שבפרסום, הכנסה, או מעמד. מצב זה מטיל עליהם חובה מיוחדת להיזהר שלא להגזים בחשיבות הנזק שייגרם אם פרסום מסוים יימנע, או להמעיט בערך הפגיעה שבפרסום.

המעבר להטלת איסור משפטי על פרסומים הפוגעים בפרטיות כאשר אין בהם טעם ציבורי מצדיק הוא חלק מן הניסיון לעורר את המחויבות הכפולה הזו. איסור כזה יכול לתרום תרומה מכרעת לפיתוח הרגישות לפרטיות, בהדגישו כי פרסום פוגע בפרטיות הוא אמנם פגיעה, וכי יש צורך בטעם טוב כדי להצדיקה. יחד עם זאת, קיומן של ההגנות הרחבות מדגיש גם את הצד השני של המטבע: חמורה ככל שתהיה הפגיעה, יוכל המפרסם להיפטר מאחריות אם יצביע על טעם מצדיק, בנסיבות העניין.

האיסור המשפטי יחייב מפרסמים פוטנציאליים לשקול פעמיים לפני שיפרסמו פרסום הפוגע בפרטיות. מגמה זו של זהירות ושיקול דעת היא רצויה ומבורכת. היא תחייב את המפרסם להצדיק, בפני עצמו, את ההחלטה לפרסם, במונחים של העניין הציבורי בפרסום. כדי למנוע חשש לאפקט מקפיא ניתן לומר למפרסם, בשלב הראשון, כי ינסה לפסול רק את המקרים הברורים. בית המשפט, מצידו, ייכנס לתמונה לאחר שהוחלט כבר על פרסום. למפרסם תהיה, אפוא, יכולת לקבוע את היקפה של המניעה המוקדמת העולה מההרתעה. כדי לתרום את תרומתו שלו לצמצום החשש לאפקט מקפיא כדאי שבית המשפט יקפיד שלא להעניש בחומרה מפרסם שהראה רגישות לפרטיות, אך – לדעת בית המשפט – טעה בשיקול דעתו. לפחות בשלב הראשון של התגבשות הדינים יש להניח מרווח רחב ככל האפשר לטעויות בתום לב, ולנסות לקבוע הנחיות כלליות שתקלנה על מפרסמים ונפגעים כאחד לדעת מהו המצב המשפטי לאשורו.

הקושי העיקרי יישאר המורכבות של השקלול לתשובה לשאלה הראשונה. כמעט כל קביעה עובדתית המופיעה בטיעונים בעד ונגד פרסום שנויה במחלוקת רצינית, והמחלוקת הולכת לשאלות עמוקות ורחבות כמו טבע האדם וההשפעה של הסדרים חברתיים על התנהגות אנושית,

תשובות שבית משפט (או מפרסמים) אינם בני הסמכא לספק. גם בתחום זה, כמו בתחומים אחרים, אנו פועלים במצב של חוסר ידיעה. יחד עם זאת, איננו יכולים להניח לחוסר הידיעה לשתק אותנו או להביא אותנו להימנעות מפעולה. שינוי חוק אינו דבר קל, אולם אין הוא בלתי אפשרי. אם יגרום חוק הפרטיות לצמצום ניכר בנכונות של מפרסמים לפרסם, ואם תתממש הסכנה שבתי המשפט יתנו לחוק פירוש מצמצם הפוגע בחופש המידע, ניתן יהיה לשנות את החוק. בינתיים, ההענקה של סעד משפטי לנפגעי פרטיות הרוצים בו נראית עדיפה על מצב שבו יינתן למפרסמים חופש בלתי מוגבל לפגוע בפרטיות על ידי פרסום ברבים.