

בית המשפט המחוזי בירושלים

11 אוק 2011
3213-09

ש' גילה כנפי-שטייניץ: צו איסור פרסום ספר ופיצוי בגין פגיעה
בפרטיות

השופט

גילה כנפי-שטייניץ

התובע

פלונת
ע"י עו"ד עמיר פישר

- נגד -

הנתבע

1. פלוני
2. אלמונית

ע"י עו"ד אפרים אברמזון
עו"ד יונתן שיף

פסק-דין

1. לפניי תביעה לאסור על פרסום הספר ... שנכתב ע"י הנתבע 1 והוצא לאור ע"י הנתבעת 2, לאסור על הפצתו, להורות על איסוף כל הספרים שהודפסו, החרמתם והשמדתם, ולחייב את הנתבעים לשלם לתובעת פיצוי בסך 700,000 ש"ח בגין נזקיה.

2. ביום 9.6.09 הורה בית המשפט (כב' השופטת ח' בן עמי), בגדרה של בקשה לסעד זמני שהוגשה ע"י התובעת, כי עד להכרעה בתביעה העיקרית, מנועים הנתבעים מלהפיץ, למכור

מסמך זה עשוי להכיל שינויים שהוטמעו ע"י מערכת פסקדין

או לשווק את הספר, בכל דרך שהיא (בש"א 7649/09). בקשת רשות ערעור שהוגשה לבית המשפט העליון על החלטה זו, נדחתה (רע"א 5395/09).

רקע עובדתי

3. התובעת הכירה את הנתבע 1 (להלן - הנתבע), עת היתה התובעת סטודנטית והתגוררה עם בן זוגה. היכרותם של השניים התפתחה למערכת יחסים רומנטית, שהתנהלה תחילה באופן דיסקרטי, מאחר שלשני הצדדים היו בני זוג, אך בהמשך נחשפה לסביבתם הקרובה. במהלך תקופה זו, נפרדה התובעת מבן זוגה והנתבע נפרד מאשתו. בשנת לימודיה האחרונה של התובעת, ובמהלך מערכת היחסים הזוגית בין השניים, שקדה התובעת על הכנת עבודת גמר ייחודית במקום לימודיה.

4. בסוף שנת 2004 החל הנתבע בכתיבת הספר, ובשנת 2009 הוציאו לאור באמצעות הנתבעת 2. עלילתו של הספר עוסקת בדרמה של פירוק המשפחה. גיבורו של הספר הוא גבר אשר נואש מחיי נישואין בלתי מספקים ויוצא לתור אחר חוויות וריגושים חדשים, ובעיקר אחר הרפתקאות מיניות. החל מפרק מסוים בספר ואילך מתוארת מערכת יחסים רומנטית הנרקמת בינו לבין סטודנטית צעירה, החל מפגישתם הראשונה במקום עבודתה ועד לפרידתם. בתחילת היכרותם הגיבור נשוי ואב לשני ילדים, ואילו הגיבורה מתגוררת בסמוך אליו עם בן זוגה. בהמשך נפרד כל אחד מהם מבן זוגו. עלילת הספר מתארת במפורט את העליות והמורדות ביחסיהם, לרבות פגישותיהם, שיחותיהם, עולמם הנפשי והרגשי ויחסיהם האינטימיים. היא כוללת גם תיאור של מערכות יחסיה של הגיבורה עם הוריה, עם בן זוגה ועם הוריו של בן זוגה. ברקע הדברים, ובשירות העלילה, מתוארות לפרטים הכנותיה של הגיבורה לפרויקט הגמר שלה במקום לימודיה. הספר גם כולל מספר מכתבים שהוחלפו בין הגיבורים.

5. הוצאתו לאור של הספר לוותה במסע שיווק באמצעי התקשורת, ובכללם ראיון במוסף שבת של עיתון בעל תפוצה רחבה, ראיון בטלוויזיה, וכתבות בעיתונות ובאתרי אינטרנט.

6. מיד עם פרסום הספר, פנתה התובעת לנתבעים בדרישה לחדול לאלתר משיווק הספר והפצתו, לאסוף את כל עותקי הספר שהופצו, ולפצותה בגין נזקיה. זאת בטענה כי הספר הוא תיאור אוטוביוגרפי מדויק של חיי המחבר, ועיקרו מוקדש לתיאור יחסיו האינטימיים עם התובעת, תוך פגיעה חמורה בפרטיותה ופרסום לשון הרע. כן נטען לשימוש שלא כדין במכתביה של התובעת תוך הפרת חוק זכות יוצרים, תשס"ח-2007. בתגובה לדרישה, הודיעה הנתבעת 2 לתובעת, בצעד חריג, כי מבלי להודות בטענותיה, החליטה להפסיק זמנית את הפצת הספר עד לליבון המחלוקת, ולבקש מהרשות הקמעונאית ומחנויות הספרים להחזיר לידיה את עותקי הספר שטרם נמכרו.

7. מנתוני הנתבעת 2 עולה כי עד להפסקת הפצת הספר, הודפסו 4,790 עותקים של הספר, ונמכרו 897 עותקים (תצהיר מנכ"ל הנתבעת 2, ואישור רוא"ח, נספח ד' לתצהירו).

טענות התובעת

מסמך זה עשוי להכיל שינויים שהוטמעו ע"י מערכת פסקדין

8. התובעת טוענת כי פרסום הספר והפצתו פגעו הנתבעים פגיעה אנושה בפרטיותה ובשמה הטוב. עוד היא טוענת, כי הנתבעים עשו שימוש, שלא כדין, ביצירתה ובמכתביה, תוך הפרת הוראות חוק זכות יוצרים, תשס"ח-2007.

9. לטענת התובעת הספר מתאר באופן אוטוביוגרפי ו"בדיוק מצמרר" את קורותיו של הנתבע במהלך התקופה בה ניהל מערכת יחסים עם התובעת, וכי עיקר הספר מוקדש לתיאור מערכת יחסיו האינטימית עם התובעת. מלבד שינוי שמות הגיבורים ומספר פרטים שוליים וחסרי חשיבות, משקף הספר נאמנה את דמותה של התובעת, ותכני הספר, בכל המתייחס ליחסים בין גיבורי הספר, הם תיאור נאמן ומדויק של מערכת היחסים שנתקיימה בין התובעת והנתבע. יתר על כן, הספר כולל אין ספור פרטי זיהוי של התובעת, שהם כה ייחודיים לה, עד שכל בני משפחתה, וכל מכריה, רחוקים כקרובים, יכולים לזהותה בנקל כדמות שבספר.

10. לטענת התובעת, חרף זיהוייה הברור והבלתי נמנע של גיבורת הספר עם התובעת, לא נרתע הנתבע מלכלול בספר תיאורים אישיים ואינטימיים של התובעת. הספר מתאר באופן מקיף ומדויק את עולמה הפנימי והחיצוני של התובעת, את גופה, את רגשותיה, את חולשותיה, את צפונות ליבה, את סודותיה הכמוסים, את פעילותה והעדפותיה המיניות, ואת מערכות יחסיה האינטימיות ביותר.

11. התובעת טוענת כי פרסום הספר פגע פגיעה קשה בפרטיותה ובשמה הטוב. הספר הפשיטה באכזריות לעין כל, ביזה אותה, השפיל אותה, הפך את פרטיותה למרמס ופגע בשמה הטוב. התובעת מוסיפה וטוענת כי בספר נעשה שימוש, שלא בהסכמתה, במכתבים ששלחה לנתבע, תוך שינויי עריכה קלים. כן מתוארת בו לפרטים עבודת הגמר שלה, עליה שקדה בתקופת היכרותה עם הנתבע, לרבות תהליך הכנתה המורכב והייחודי, תוך פגיעה בזכויותיה על יצירתה.

12. התובעת מוסיפה וטוענת כי גם הנתבעת 2 נושאת באחריות לפגיעה בה. הנתבעת 2 ידעה, או לכל הפחות, צריכה הייתה לדעת, כי מדובר בספר אוטוביוגרפי במובהק, ולמרות זאת פעלה לפרסומו. לפיכך, נושאת נתבעת 2 באחריות לפגיעה בתובעת, הן מכוח ס' 31 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, והן מכוח ס' 12 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965. הנתבעת 2 אחראית גם לפגיעה בזכויות היוצרים של התובעת ביצירתה ובמכתביה.

טענות הנתבעים

13. הנתבע טוען כי הספר איננו ספר אוטוביוגרפי אלא רומן בדיוני. הדמויות המתוארות בו אינן קיימות במציאות ועלילתו היא פרי דמיונו של הנתבע, אשר המציאות שימשה לה אך מקור השראה, כפי שנעשה ביצירות ספרותיות רבות. לטענת הנתבע, הוא זכאי לכתוב יצירה ספרותית הנגזרת מחוויות חייו, כשם שדרכם של אמנים לעשות שימוש בחומרים ממציאות חיהם. הטלת איסור על הוצאת ספר בדיוני, או הטלת אחריות כספית בגין הוצאתו, עלולות להמיט כליה על ז'אנר שלם בספרות, ולפגוע באורח אנוש בחירות הביטוי והיצירה, בשיח התרבותי ובאינטרס הציבורי.

14. הנתבע מוסיף וטוען כי אין כל זהות בין התובעת לבין דמותה של הגיבורה בספר, והתובעת מנסה ליצור זיהוי מלאכותי בינה לבין דמות ספרותית, אף שזו עשויה להתאים לדמויות ריאליות אחדות ששימשו לו השראה. לטענת הנתבע, התופעה של ייחוס דמויות אמת לדמויות פיקטיביות המופיעות ברומן בדיוני היא תופעה אנושית מוכרת ומקורה ב"הטיית האישוש" לפיה בני אדם תמיד יחפשו קווי דמיון ויתעלמו מקווי השוני. השמות בספר הם שמות בדויים, ואף להצהרה שבספר, לפיה הדמויות בספר הן דמיוניות, יש ליחס חשיבות.

15. עוד טוען הנתבע כי התובעת ידעה על כתיבת הספר עוד בתחילת דרכו, כי היתה שותפה למהלך כתיבתו, קראה חלקים ממנו, תמכה והסכימה לכתיבתו ולפרסומו. רק לאחר שהושלמה כתיבתו של הספר, ובעודו בשלבי עריכה ועיצוב סופיים, העלתה טענה יחידה לגבי הזכרת שם מוסד לימודיה בספר. לפיכך, גם אם הסכמת התובעת לפרסום הספר היתה נחוצה, היתה התובעת מנועה מלחזור בה, בשלב מאוחר זה, מהסכמתה.

16. הנתבע טוען כי הדמות הספרותית המתוארת ביצירה היא דמות מרשימה ויצירתית, "דמות אלילית" שאין בה כל יסוד של השפלה או ביזוי, ואין בה ולו אבק של לשון הרע. גם יחסי האהבה בין הגיבורים הם יחסים מעודנים ומעוררי השראה.

17. הנתבע טוען כי ככל שקיימת פגיעה בפרטיות, עומדת לו הגנת תום הלב לפי ס' 18(2) (ו) לחוק הגנת הפרטיות יחד עם ס' 15(6) לחוק איסור לשון הרע. כן עומדת לו הגנת עניין ציבורי, לפי ס' 18(3) לחוק הגנת הפרטיות. הנתבע מוסיף וטוען כי בבוא בית המשפט לפרש את הוראות החוק, בכל המתייחס לפרסומים מוגנים, יש לאזן את הזכות לפרטיות אל מול חופש הביטוי וחירות היצירה של הנתבע, תוך מתן משקל לאינטרס הציבורי בחופש הביטוי האמנותי והספרותי. עוד הוא טוען כי הספר עוסק בנושאים שהם במוקד השיח הציבורי: זוגיות במשבר, הורים וילדים ואהבה ושברה, נושאים שיש בהם ענין ציבורי במובהק, ולכן זוכים להגנת החוק.

18. הנתבע מודה כי הספר מתאר את יצירתה של התובעת, אולם טוען כי התובעת ידעה כי ההשראה לכתיבת הספר באה מיצירתה זו, אשר הוצגה בפומבי, והסכימה לכך. הנתבע טוען כי התיאור הספרותי של עבודת הגמר אינו מהווה "העתקה" כהגדרתה בס' 12 לחוק זכות יוצרים, והוא מהווה שימוש הוגן לפי ס' 19 לחוק. כך גם השימוש במכתבים. עוד הוא טוען כי אין כל מניעה שבדין האוסרת על סופר לכתוב ספר הנסוב על יצירה שאמן אחר יצר.

19. הנתבעת 2 מצטרפת לטענות הנתבע, ומוסיפה וטוענת כי ככל שהיה בפרסומו של הספר משום פגיעה בזכויות התובעת, הנתבעת 2 לא ידעה ולא יכולה היתה לדעת על כך. הנתבע הציג בפני הנתבעת 2 את הרומן כיצירה דמיונית, ובהתבסס על מצג זה, נכרת חוזה ההתקשרות בין הצדדים, בו שב הנתבע והצהיר כי יצירתו היא רומן דמיוני. לנתבעת 2 אין, ולא היתה, כל ידיעה אישית, על מערכת היחסים שבין הנתבע לתובעת, ואף לא על פרטי זיהויה של התובעת. באשר להכללת יצירתה ומכתביה של התובעת בספר, מוסיפה הנתבעת 2 וטוענת כי עומדת לה גם ההגנה הקבועה בס' 58 לחוק זכות יוצרים, שכן לא ידעה, ולא היה עליה לדעת, כי קיימת זכות יוצרים ביצירות.

הזכות לפרטיות

20. עילתה העיקרית של התובעת היא הפגיעה בפרטיותה. הזכות לפרטיות הוכרה במשפט הישראלי כזכות חוקתית. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו" (ס' 7(א) לחוק). עם זאת, אין החוק קובע מהי פרטיות ומהן גבולותיה. בחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, הקובע הסדר מפורט להגנה על הפרטיות, ביכר המחוקק להגדיר את הפגיעה בזכות ולא את הזכות, תוך שהוא קובע כי "פגיעה בפרטיות" היא עוולה אזרחית (ס' 4 לחוק), ומונה באורח קזואיסטי רשימה של מקרים בהם יראו את הזכות כנפגעת ("פגיעה בפרטיות היא אחת מאלה..." בס' 2 לחוק). הגדרתה המושגית של הזכות לפרטיות נותרה, לפיכך, שנויה במחלוקת.

21. ככלל, מבטאת הזכות לפרטיות את זכותו של אדם למרחב פרטי (לא רק במובן הפיזי), הנתון לשליטתו, בו הוא יכול לחיות את חייו באופן חופשי ללא חשיפה או התערבות חיצוניים. יש הרואים בזכות לפרטיות נגזרת של הזכות לכבוד, המגנה על האוטונומיה האישית של האדם:

"הזכות לפרטיות היא, בין היתר, אחת הנגזרות של הזכות לכבוד. הכרה בפרטיות היא ההכרה באדם כפרט אוטונומי הזכאי לייחוד אל מול האחרים. ייחוד זה הוא המאפשר לאדם להתבצר באישיותו כבעלת משמעות הראויה לכבוד. פרטיותו של אדם היא כבודו וגם קניינו. זוהי המסגרת באמצעותה הוא עשוי, אם הוא בוחר בכך, לפתח את עצמיותו ולקבוע את מידת המעורבות של החברה בהתנהגותו ובמעשיו הפרטיים. זהו "מבצרו" הקנייני, האיש והנפשי" (ע"פ 5026/97, גלעם נ' מדינת ישראל, ניתן ביום 13.6.99).

יש הרואים בזכות לפרטיות כ"זכות להיעזב לנפשך" (בג"צ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456). אחרים רואים בזכות לפרטיות כזכות המסדירה את זרימת המידע הנוגע לאדם, ואת יכולתו לשלוט במידע על אודותיו. כך, למשל, קובע המלומד מ' בירנהק כי הזכות לפרטיות היא "היכולת של אדם לקבוע בעצמו, למען עצמו, איזה מידע לשתף עם אחרים ומתי, איזה מידע על אודותיו יועבר ולמי, לאילו מטרות, מתי ובאילו תנאים, וגם איזה מידע יגיע אליו. זו הפרטיות כשליטה. מהותה של הזכות לפרטיות היא השליטה הזו של אדם ביחידה האוטונומית שלו... היחידה האוטונומית היא מעין מעטפת שסביב האדם. בידי האדם מופקד המפתח למעטפת הזו. הוא שיחליט מתי לפתוח אותה ומתי לא" (מרחב פרטי, הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה, הוצאת אוניברסיטת בר-אילן, תשע"א, בע' 25).

22. תהא אשר תהא הגדרתה המושגית של הזכות לפרטיות, אין חולק כי עניינה של זכות זו הוא בהגנה על צנעת חייו של הפרט ובשמירה על האינטימיות של חייו (ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד, ניתן ביום 30.3.04). פגיעה בפרטיות היא "מעשה... (ה)עלול להדיר אדם משלוותו, מהרגשת הביטחון האישית שלו ומתחושתו, כי הוא יכול לנהל את חייו לעצמו, בלי שענייניו הפרטיים הופכים לתצוגה לאחרים" (ד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837, בע' 853). כך נאמר גם בדברי ההסבר להצעת חוק הגנת הפרטיות, תש"ם-1980:

"הזכות לפרטיות, אף שהיא אחת מהזכויות שאינן ניתנות להגדרה מדויקת, הרי תחומיה ברורים למדי: תחומי הזכות מתפרשים לגבי אותם ענינים של הפרט אשר על פי מוסכמות חברתיות זכאי הפרט לשמרם לעצמו בלי שזולתו יתן להם פומבי ללא הסכמתו. הדעה המקובלת כיום היא שלא די בהגנה הניתנת לאדם על פי הדין נגד פגיעה בגופו ובנכסיו אלא יש להבטיח הגנה גם בפני הפגיעה בפרטיות.

התרחבות אמצעי התקשורת ההמוניים... כל אלה מביאים להחמרת הפגיעות בפרטיות. הפרט מוצא עצמו חשוף לעין כל בנושאים שהצנעה יפה להם והוא חש שענייניו האישיים האינטימיים ייחפזו - ללא הצדקה - לנחלת הציבור..." (הצ"ח 1453 מיום 5.5.1980, בע' 206).

גם בפרשת אוניברסיטת חיפה נ' עוז, נעשה ניסיון לשרטט את גבולות הזכות לפרטיות, כדלהלן:
"ברמה הבסיסית ניתן לומר כי הזכות לפרטיות יכול שתתייחס למידע או לנתונים הנוגעים באופן מובהק לפרט ולו בלבד (עם מידע או נתונים כאלה נמנים למשל מצבו הרפואי, רמת הכנסותיו, גילו, משקלו, העדפותיו המיניות וכדומה), ויכול שתתייחס למידע או נתונים הנוגעים לפרט במגעיו עם אחרים (עם מידע או נתונים כאלה נמנים למשל תוכן של שיחה או התכתבות שקיים עם אחר, קשר בין-אישי שקיים עם אחר, אירוע טראומטי שחווה הקשור לאדם אחר ועוד)" (בג"ץ 844/06, ניתן ביום 14.5.08).

23. משעמדנו על קצה המזלג על טיבה וגבולות השתרעותה של הזכות לפרטיות, נפנה עתה לבחינת טענות הצדדים.

ספרות בדיון ופגיעה בפרטיות

24. טענתו המרכזית של הנתבע, במישור העקרוני, היא, כי הספר הוא יצירה ספרותית ולא אוטוביוגרפית, כלומר, יצירה בדיונית ולא תיעודית. מדובר, לטענתו, בהבחנה מהותית שאינה מאפשרת את בחינת היצירה הבדיונית במבחנים הרגילים של פגיעה בפרטיות. עוד נטען כי הטלת איסור על הוצאת ספר בדיוני בשל טענה לפגיעה בפרטיות, או הטלת אחריות כספית בגין הוצאתו, עלולה להמיט כליה על ז'אנר שלם בספרות, ולפגוע באורח אנוש בחירות הביטוי והיצירה, בשיח התרבותי ובאינטרס הציבורי.

25. לחיזוק טענותיו הגיש הנתבע שתי חוות דעת מומחה, האחת של פרופ' אריאל הירשפלד, והשניה של פרופ' חנן חבר, שניהם מן החוג לספרות עברית באוניברסיטה העברית בירושלים. בנוסף הוגש תצהיר של הסופרת מירה מגן. חוות הדעת הרחבות והמעמיקות שהוגשו, עוסקות בהבחנה בין יצירה תיעודית-היסטורית לבין יצירה ספרותית-בדיונית, ומזהירות מפני ההשלכות החמורות העלולות לצמוח מקבלת התביעה על הגדרת הספרות וגבולותיה ועל חירות היצירה הספרותית. אסקור, אפוא, את חוות הדעת.

26. על פי חוות דעתו של פרופ' אריאל הירשפלד, קיימת הבחנה מהותית בין הכתיבה התיעודית, ההיסטורית, לבין הכתיבה הספרותית. זו נעוצה בטענהאווה טוען כל אחד מן הטקסטים ביחס למציאות. בעוד שהכותב המתעד, ההיסטוריון, טוען כי מה שהוא כתב אכן קרה,

טוען הסופר כי מה שכתב לא קרה, אלא רק עשוי היה לקרות. לפיכך, יהא הדמיון בין היצירה הספרותית לבין המציאות אשר יהא, אין היצירה מתכוונת להיות שיקוף או תיעוד של המציאות, ולעולם תהא בדיון היכול להיות דומה למציאות. הטענה לבדיון, מסביר פרופ' הירשפלד, הכרחית ליצירה הספרותית ואינהרנטית לה. מטרתה ליצור "משמעות" עבור הקורא, משמעות המושגת רק ככל שהקורא אינו רואה ביצירה תיעוד המתאר מציאות פרטית אלא מסר כללי ממנו ניתן להכליל על גורל האדם. לפיכך, האבחנה בין תיעוד לבין בדיון, על פי פרופ' הירשפלד, אינה נעוצה בעומק הדמיון של הספר למציאות אלא באבחנה משפטית, כלשונו, אבחנה הנעוצה, כאמור, בטענה של כל אחד מהמחברים ביחס למציאות: "להיסטוריון טענת אמת. לסופר אין טענת אמת. להיפך: הוא טוען כי הפרטים ביצירתו הם בגדר בדיה גם אם אירעו במציאות בדיוק כך." "גם כשהאירוע הינו מציאותי, ידוע ומתועד, הוא אינו מופיע עוד ביצירה הספרותית כאירוע מציאותי ממשי, אלא הוא בבחינת משל היפה לאדם בכלל" (ס' 7-8 לחוות הדעת. ההדגשות במקור). פרופ' הירשפלד מוסיף ומפרט בחוות דעתו את מאפייני היצירה הספרותית הבדיונית. אלה מתחלקים למאפיינים פנימיים, כגון יסודות תבניתיים, סגנוניים, וז'אנריים בטקסט גופו, ומאפיינים חיצוניים, כגון נסיבות ההצגה של היצירה וההקשר בו היא מתפרסמת (פרסומה באמצעות הוצאה לאור המתמחה בספרות יפה, אופן העריכה, והכללתה בסדרה המיוחדת לז'אנר הבאה לידי ביטוי גם בעיצוב הכריכה). המאפיינים החיצוניים מקיפים את היצירה "בתמרוך ברור המודיע כי היא בגדר יצירה ספרותית בדיונית, השייכת מיניה וביה לתחום האמנות".

27. באשר לספר נשוא התביעה קובע פרופ' הירשפלד, כי תכונותיו הפנימיות והחיצוניות מעידות על היותו יצירה ספרותית ולא תיעודית, יצירה המשתייכת לז'אנר הרומן המשפחתי הבדיוני ואף נתפסת ככזו בעיני ציבור הקוראים. למקרא הרומן, טוען פרופ' הירשפלד, ברור לחלוטין כי אין בו יומרה לשקף או לתעד מציאות ממשית: "הסיפור בא להביע רעיון אודות המצב הקיומי האוניברסאלי של אהבה בין בני זוג המתפוררת באופן הדרגתי, על כל הדילמות הכרוכות בכך. תכונות הטקסט בספר כולן (הפנימיות והחיצוניות כפי שהובהר לעיל), מעידות על היותו יצירה ספרותית ולא תיעודית" (ס' 32 לחוות הדעת). פרופ' הירשפלד חותם את חוות דעתו באזהרה כי ככל שהתביעה תתקבל "משמעות הדבר תהיה הלכה מרחיקת לכת שעל פיה עצם האפשרות לזהות מודל מציאותי כלשהו לדמות ספרותית, גם בהקשר פרטי הכמוס אצל מתי מעט, היא הפרה של החוק. במקרה כזה נוטלת על עצמה הסמכות המשפטית את הגדרתה מחדש של הספרות וגבולותיה, ובכך פוגעת בעיקרון העמוק והמהותי של הבדיון, אותו גורם המאפשר את החופש ליצור ולפרש את המציאות האנושית במלוא מורכבותה" (בס' 34 לחוות הדעת).

28. עמדה דומה מוצגת על-ידי פרופ' חנן חבר. לדעת פרופ' חבר, קריאת הספר מעלה בוודאות כי מדובר בבדיון ולא ברומן אוטוביוגרפי. ברומן אוטוביוגרפי קיימים איתותים ברורים אשר אמורים להביא את הקוראים להאמין לסופר כי על עצמו הוא מספר, וכי דבריו אמת: הצהרה של המספר כי הוא מספר את קורות ח"י הסופר, אזכור אירועים היסטוריים או ציבוריים ידועים, אזכור שמות ידועים או שמות הלקוחים מהעולם החוץ-ספרותי ועוד. לפי חוות הדעת,

ההבחנה בין רומן אוטוביוגרפי לבין רומן בדיוני אינה תלויה בקרבה או בריחוק של עלילתו ממציאות חייו של הסופר, אלא במבחן אובייקטיבי הנגזר מפרשנות הקורא הסביר למכלול האיתותים שבספר. שקלול האיתותים המופיעים בספר נשוא התביעה מעיד כי הספר אינו עוסק בשום צורה ודרך בהבניית מציאות אמיתית אלא בהבניית בדיון. לפיכך "גם אם יוכח כי קיימת זהות מלאה בין כל האירועים שנטען על-ידי התובעת כי התקיימו במציאות לבין האירועים שהתקיימו בה בפועל, לא יהיה בכך כדי להפוך את הספר לרומן המבנה מציאות אמיתית בעיני הציבור" (ס' 2.10 לחוות הדעת. ההדגשה במקור). גם פרופ' חבר מדגיש, כי לקבלת התביעה תהא השלכה מרחיקת לכת "שעלולה להביא כליה על חירות היצירה הספרותית". לדעתו, עצם הטענה כי יצירה ספרותית מסוג סיפורת בדיונית עשויה להוות ייצוג של המציאות האמיתית משמיטה את הקרקע עליה ניצבת היצירה האומנותית בכלל, והיצירה הספרותית בפרט. אפילו אם דמות מסוימת בספר זהה באופן ברור לדמות מוכרת מן המציאות, הרי עצם הכנסתה למסגרת היצירה הספרותית הבדיונית מונע מהקורא הסביר להסיק כי כל מה שנאמר על דמות זו ביצירה תואם את המציאות ההיסטורית. אילו היה מתקיים היסק שכזה הוא היה מפר את כל כללי הסיפורת הבדיונית ומשמיט את הקרקע מתחתיה. פרופ' חבר מוסיף ומפנה לרומנים בדיוניים ידועים בספרות הישראלית, הגדושים בזיכרונותיהם האינטימיים של מחבריהם. העובדה כי בספרים אלה שזורים פרטים רבים השאובים מתולדות חיי הסופרים, לרבות כאלה שמכרי הסופרים יכולים "לזהות" ממציאות חיה, וכי משולבים בהם אירועים שביכולתם של קוראים מסוימים להוכיח כי דומים להם התרחשו במציאות, אינה הופכת ספרים אלו בשום אופן לאוטוביוגרפיות.

29. הסופרת מירה מגן נתבקשה ע"י הנתבע לחוות דעתה על ספרו טרם הוצאתו לאור. לפי עדותה, נפגשה עם הנתבע מספר פעמים וקראה שתי גרסאות של הספר. במהלך הכתיבה דנה עם הנתבע בהלכי הנפש של הגיבורים ובנושאים שהרומן דן בהם. לדבריה, ברור היה לה כי שאיפת המחבר היתה לכתוב יצירה ספרותית ולא סיפור אוטוביוגרפי, ומציאות חיי הסופר כלל לא עלתה על הפרק. גב' מגן הוסיפה, כי להערכתה הספר אינו רומן המתיימר להציג מציאות ספציפית כהווייתה, אלא יצירה המבקשת לדון בקשת רחבה של נושאים "אשר נחצבה מדם ליבו ודמיונו של הכותב, כמוה ככל יצירה מהז'אנר הריאליסטי שמצויים בה חומרים מחייו של היוצר, עולמות נפשיים ורגשיים שחווה בפועל או בעיני רוחו... שמהם הוא רוקח סיפור חדש" (ס' 15 לתצהיר מירה מגן). לפיכך, היא סבורה, כי גם אם יש ברומן זה מחומרי חייו של הכותב, דבר שהינו בלתי נמנע, הרי שאלה עובדו לכדי סיפור חדש ובו דמויות ואירועים שהם פרי רוחו ודמיונו של הכותב, ואסור לו שייגנז. לדעת גב' מגן, אין יצירה אשר אם יפשפשו בקרביה לא ניתן יהיה למצוא בה רמזים לחיי הכותב, ולעולם ימצאו תכני נפש ואירועים חופפים בין הקורא לבין גיבורי הטקסט, אך "המחשבה שיצירות עלולות להיעלם מהנוף התרבותי בשל מי שטוענים לדמיון בינם לבין גיבורי היצירה מעוררת חלחלה" (ס' 19 לתצהיר).

30. חוות דעת המומחים מעלה סוגיה עקרונית וכבדת משקל. הטענה העיקרית העולה מהן היא, כי עצם הוצאתה של יצירה לאור כיצירה בדיונית, הנושאת את מאפייניה הספרותיים המקובלים של יצירה בדיונית, יוצרת חיץ בלתי עביר בין תוכן היצירה לבין המציאות, ומניחה

מחסום בפני בחינת תוכנה של היצירה כיצירה תיעודית המתארת מציאות. לפי גישה זו, מעת שהוצא ספר לאור ע"י מחברו כבדין, על מאפייניו הספרותיים, מכריזה על עצמה היצירה ככזו, על המשמעויות הנובעות מכך לגבי האירועים המתוארים בה, ואין לבוחנה עוד כיצירה תיעודית המתיימרת לשקף מציאות ממשית. הנתבע מוסיף לענין זה וטוען, כי אימוץ העמדה האלטרנטיבית, לפיה יצירה ספרותית, אף אם הוכרזה כבדיונית, עלולה להיתפס כפוגעת בפרטיות, עלול להוביל למדרון חלקלק שתוצאתו גניזתן של יצירות ספרותיות רק בשל דמיון כזה או אחר בין דמות או אירוע שבספר, לבין דמות או אירוע השאוב מחיי הסופר או סביבתו הקרובה. אף שמוסכם על הכול שערכה האמנותי של היצירה אינו רלבנטי לדיון (וראה גם התייחסותו של פרופ' הירשפלד לחשיבותן של יצירות "צנועות, בינוניות או טריוויאליות" לעולם התרבות, ועל פוטנציאל השינוי בהערכת ערכה האמנותי של יצירה בחלוף הזמן), טיב העמדה שתינקט בסוגיות שעל הפרק, עלולה להוביל לגניזתן של יצירות מופת שערך לתרבות האנושית לא יסולא בפז.

31. חוות דעת המומחים מעלות, למעשה, דילמה העוסקת במתח שבין שני ערכים חשובים הנתפסים כשתי זכויות יסוד בחברה חופשית-דמוקרטית: חופש היצירה מחד, והזכות לפרטיות מאידך. משמעות טענת המומחים היא, למעשה, כי יש ליתן לספרות בדיון (לפי הגדרתה הספרותית) הגנה מוחלטת בפני כל טענה לפגיעה בפרטיות, ולמעשה, הסגת הזכות לפרטיות בפני חירות היצירה הספרותית.

אין חולק בדבר חשיבותה של חירות היצירה האמנותית, ובכלל זה חירות היצירה הספרותית, היקרה ללבה של כל חברה תרבותית אוהבת ספר. חופש היצירה האומנותית הוא נגזרת של חופש הביטוי הכללי, כלומר של זכותו הטבעית של אדם להביע ברבים את דעותיו, רעיונותיו, ומחשבותיו, לחשוף את רגשותיו ו"לספר את סיפור חייו". אולם חופש הביטוי אינו המקור היחיד לחופש היצירה האמנותית, וחופש היצירה הוכר כזכות חוקתית נפרדת ועצמאית, כחלק מזכותו של אדם למימוש עצמי:

"...ניתן לראות בו זכות חוקתית העומדת על רגליה היא. הוא מבוסס על ראיית האדם כיצור אוטונומי הזכאי למימוש עצמי הן כיוצר והן כנהנה מהיצירה. אכן, חופש הביטוי האמנותי הוא החופש של האמן ליצור. זהו חופש הבחירה באשר לנושא ולאופן הצגתו והחופש של הזכות לשמוע ולקלוט" (בג"ץ 4804/94 חברת סטישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661 (1997), בע' 680)

אשר לזכות לפרטיות, כבר עמדנו לעיל על חשיבותה כזכות הנגזרת מזכותו של אדם לכבוד, המאפשרת לו לשמור על שלוותו, על האינטימיות של חייו ועל תחושת הביטחון האישי שלו. ניתן לומר כי הזכות לפרטיות נועדה לאפשר לאדם להגן על מחשבותיו, רגשותיו ועל אורחות חייו האינטימיים ולמנוע חשיפתם ברבים. מכאן שהזכות לפרטיות של האחד קיימת כמגבלה על חופש הביטוי של האחר. יתר על כן, ניתן לתאר את שתי הזכויות ככאלה הבאות ממקור אחד, שכן חופש הביטוי, הפרסום והחשיפה כולל גם את החופש שלא להתבטא ושלא להיחשף. מכאן שההתנגשות בין חופש הביטוי לזכות לפרטיות ניתנת להתפרש כהתנגשות בין שתי בחירות

במסגרת חופש הביטוי: מחד, הבחירה להתבטא ולחשוף; ומאידך, הבחירה להימנע מביטוי וחשיפה. באופן זה ניתן לראות בחופש הביטוי של הנתבע כפוגע בחופש הביטוי של התובעת, ובחופש החשיפה של הנתבע (כמי שרוצה לספר את "סיפור חייו") כפוגע בחופש של התובעת שלא להיחשף. זאת ועוד. ניתן לראות בזכות לפרטיות כזכות המאפשרת לאדם לפתח אוטונומיה ולחיות חיים של יצירה ומימוש עצמי. מכאן, שזכותה של התובעת מזה, וזכותו של הנתבע מזה, שאובים ממקורות זהים.

32. שתי זכויות אלה, ככל זכויות האדם, אינן זכויות מוחלטות ואין המשפט מגן עליהן במלוא היקפן. כאשר חירותו וזכותו של האחד עלולה לפגוע בחירותו וזכותו של האחר, אחת מן הזכויות עשויה לסגת מפני השנייה:

"רוב רובן של זכויות האדם אינן מוגנות כדי מלוא היקפן ואינן מוגשמות במלוא היקפן. ניתן להטיל מגבלות על מימושן של זכויות אלו. הזכויות הן איפוא יחסיות. אין הן זכויות מוחלטות. זכויות האדם לא משתרעות על מלוא חופש הרצון של הפרט. אין הפרט יכול לעשות ככל העולה על רוחו, שאם לא כן תיפגע חירותו של פרט אחר. על כן נדרש איזון בין זכויות האדם לבין עצמן, ובין לבין אינטרסים ציבוריים.." (בג"ץ 731/11 התנועה למען איכות השלטון נ' כבוד נשיאת בית המשפט המחוזי, ניתן ביום 9.2.11).

וכן:

"משטר דמוקרטי המבקש להגן על מלוא הקשת של חירויות האדם והמבקש לקדם מטרות חברתיות, אינו מגן על מלוא היקפו של חופש הביטוי. הכרה בביטוי כמכוסה על ידי חופש הביטוי אינה מבטיחה הענקת הגנה לביטוי זה. כדי לקדם זכויות אדם כגון כבוד האדם, שמו הטוב, קניינו, פרטיותו וחופש עיסוקו, אנו מאפשרים פגיעה בחופש הביטוי.." (בג"ץ 4804/94, שם, כן ראה בג"ץ 806/88 יוניברסל סיטי נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22, בע' 27).

החוק, אם כן, איננו נותן הגנה אוטומטית, מלאה ומוחלטת לחופש הביטוי והיצירה, ואף לא לזכות לפרטיות, וכל אחת מן הזכויות עשויה לסגת מפני האחרת. ההתנגשות בין שתי הזכויות מחייבת עשיית איזון ביניהן. מדובר באיזון (אופקי) בין שתי זכויות שוות מעמד, כאשר נקודת האיזון שתיקבע תלויה בהקשר בו מתנגשות שתי הזכויות, ובנסיבותיו המיוחדות של הענין. בקביעת נקודת האיזון ניתן משקל גם לשאלה האם מדובר בפגיעה באינטרס ציבורי או באינטרס הפרט:

"...לא הרי ניגוד בין שתי זכויות אדם, כניגוד בין זכות אדם לאינטרס ציבורי רב משקל. חופש הביטוי הניצב כנגד אינטרס ציבורי נוגד עשוי להוליד נקודת איזון ערכית שונה מחופש ביטוי העומד כנגד זכות אדם נוגדת; וכך יתכן, כי בהתמודדות בין חופש הביטוי כנגד אינטרס ציבורי כללי, כגון הגנה על רגשות הציבור, יהיה מרחב התפרשותו של חופש הביטוי רחב יותר מתחום התפרשותו מקום שהוא ניצב כנגד זכות יסוד נוגדת של הפרט, כגון זכות הפרטיות או הזכות לשם טוב. אכן, "לא הרי התנגשות בין תוכנו של חופש הביטוי לבין בטחון המדינה ושלומו הציבורי, כהרי התנגשות תוכנו של חופש הביטוי לבין כבודו של האדם" (א' ברק...). ההגנה הרחבה

הניתנת לחופש הביטוי כשהוא מתעמת עם אינטרס הכלל עשויה להצטמצם במידה ניכרת כאשר חופש זה עומד כנגד זכות הפרט להגנה על כבודו ועל שמו. שהרי כושר הסיבולת של הציבור להתמודד עם פגיעה קשה המופנית כנגדו גדול שבעתיים מכושר עמידתו וסבילותו של הפרט כלפי פגיעה דומה. דרך כלל, בידי הציבור כלים טובים להתגונן כנגד פגיעה הנגרמת לו כתוצאה מאמירות ומסרים במסגרת חופש הביטוי. הפרט, לעומתו, משולל לעיתים אמצעי התגוננות כלשהם. כך, עולה מההלכה הפסוקה כי חופש ביטוי יוגבל מטעמים של פגיעה ברגשות הציבור רק כאשר הפגיעה היא אנושה, מעל ל"רמת הסיבולת" הראויה בחברה דמוקרטית, ויש בה כדי "לזעזע את אמות הסיפים" של הסובלנות ההדדית, ולהביא לידי הפרה של ממש בסדר הציבורי... כאשר הביטוי פוגע בכבוד הפרט, אמת המידה להגבלתו אינה מחייבת בהכרח עוצמת פגיעה דומה. פגיעותו של היחיד מביטוי הפוגע בשמו גדולה באופן ניכר מפגיעותו של הציבור, והוא ראוי לפיכך להגנה רחבה יותר.. " (רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקר, ניתן ביום 12.11.06. ההדגשות אינן במקור).

יש לקבוע, אם כן, היכן יוצב הגבול בין זכותו של הנתבע לחופש הביטוי והיצירה (כמו גם זכותו של הציבור ליהנות מחופש זה), לבין זכותה של התובעת לפרטיות.

33. מתן הגנה מלאה ומוחלטת לאחת מן הזכויות מעלה קשיים. כך, למשל, מתן עדיפות מוחלטת לזכות לפרטיות על פני חירות היצירה, עלול להוביל למצב שבו כל זיהוי אפשרי, ולו ברמיזה, של דמות מן המציאות ביצירת אמנות - סיפורת, שירה, פיסול או יצירה קולנועית - תביא לפסילתה של היצירה לפרסום. מצב זה עלול להביא לפסילתו לפרסום של חלק גדול מיצירות האמנות, שכן רבות מהן מבוססות על "חומרי חיו" של האמן, ומאפשרות זיהוי ספקולטיבי של חלק מן הדמויות שביצירה. השקפה הנותנת הגנה מלאה לזכות לפרטיות היתה מטילה מגבלות כבדות על האפשרות לבסס יצירות אמנות על ניסיון חיו וחוויותיו של האמן, ומכבידה על יכולתו של יוצר ליצור אמנות בעלת משמעות.

34. מאידך, מתן הגנה מלאה לחירות היצירה, והעדפתה על פני הזכות לפרטיות אף היא איננה רצויה. הגנה כזו תקנה חסינות מוחלטת לכל אדם המבקש לפגוע בפרטיותו של אחר, ובלבד שהפרסום נעשה במסגרת יצירת אומנות - ספר, סיפור קצר, שיר, צילום אומנותי, מחזה או יצירה קולנועית. מתן חסינות מלאה כזו, ללא התייחסות לחומרת הפגיעה בפרטיות ומידת הסתברותה, תהפוך את הזכות לפרטיות לזכות שאיננה ניתנת להגנה. לפי גישה זו, ומאחר שאין בוחנים את ערכה האמנותי של היצירה, די בהכרזת הסופר על יצירתו כבדיון, ועריכתה כשהיא נושאת את המאפיינים המקובלים של ספרות בדיון, כדי להעניק לו חסינות מוחלטת בבואו לפגוע בפרטיותו של זולתו, זאת ללא קשר לחומרת הפגיעה. בכך, היינו מותירים, למעשה, לכל החפץ בכך, ערוץ פתוח לפגיעה בפרטיות הזולת.

35. זאת ועוד. הענקת עדיפות מוחלטת לחופש הביטוי הספרותי על פני השמירה על פרטיותו של אדם, בנסיבות העניין שלפנינו, אינה משליכה רק על עניינו של הפרט הבודד. השקפה זו, המכשירה פרסום של תכניה המוצפנים ביותר של מערכת יחסים אינטימית, תחת מעטה של יצירה ספרותית, עלולה לפגוע פגיעה קשה בחופש הפעולה של אדם בתוך מערכות

יחסים אינטימיות, וביכולתו לשים מבטחו בבן זוגו. על הפרת האמון החמורה הנובעת מפרסום מסוג זה עמד כב' השופט א' גרוניס בעת שדן בהשגות הנתבע על צו המניעה הזמני שניתן לבקשת התובעת:

" בהקשר זה של הסכמה או העדר הסכמה נצביע על שיקול נוסף שיש להתחשב בו כאשר מדובר בעשיית האיזון בין המבקש למשיבה, ואולי ראוי ליתן לו משקל אף בהיבט הציבורי הרחב. כוונתי לכך שפרסום בפומבי של פרטי פרטים לגבי מערכת אינטימית בין הכותב לבין אדם אחר עלול להוות הפרת אמון מן החמורים שניתן לתאר. חובה לזכור, אין מדובר בצד שלישי שמפרסם מידע לגבי מערכת יחסים קרובה בין שני בני אדם. אלא, עסקינן במקרה זה בפרסום שמקורו באחד מן הצדדים למערכת היחסים" (רע"א 5395/09, ניתן ביום 27.8.09).

למותר לציין כי אינטרס שמירת החופש, האינטימיות והאמון ההדדי במערכת יחסים זוגית איננו נופל בחשיבותו מחופש היצירה.

36. המסקנה הנובעת מן הדברים היא, כי לא ניתן להעניק לאיזו מן הזכויות הגנה מוחלטת, ולפיכך גם לא ניתן לקבל את העמדה הגורפת לפיה די בעצם פרסום הדברים במסגרת יצירה ספרותית בדיונית כדי להוות מחסום בפני בחינת הטענה לפגיעה בפרטיות לגופה. זו גם העמדה שננקטה ע"י המחוקק. חוק הגנת הפרטיות קבע הסדר ממצה להגנה על הפרטיות. הסדר זה, המשקף את האיזון שעשה המחוקק בין חירות הביטוי ובין הגנת הפרטיות, איננו מעניק הגנה מוחלטת ליצירות ספרותיות. אף שבס' 18 לחוק נתן המחוקק הגנה מוחלטת לביטויים מסוימים (ביטויים "מוגנים"), יצירה ספרותית בדיונית, ככזו, אינה נמנית עם ביטויים אלה (ועל הגנת "ענין ציבורי" לפי ס' 18(3) לחוק, הנטענת ע"י הנתבע, אעמוד בהמשך). יצוין עם זאת, כי ניתן למקם את הטענה לחסינותו של הביטוי הספרותי הבדיוני, מן הבחינה הנורמטיבית, לא בתחום ההגנות שבחוק, אלא בתחום זיהוי "הנפגע", זיהוי הדרוש לשם הכרה בכל פגיעה בפרטיות (וראה להלן בפרק זיהוי התובעת). לפי הטענה, במתכונתה זו, מעת שהוצאה היצירה לאור כיצירה בדיונית, אין לזהות את דמויותיה עם דמויות מן המציאות הממשית, ומכאן, כי אין להחיל עליה את חוק הגנת הפרטיות.

37. משקבענו, עקרונית, כי אין בטענת הבדיון של המחבר, כשלעצמה, כדי להעניק הגנה מוחלטת בפני בחינתה של פגיעה בפרטיות, יש להוסיף ולהדגיש כי לא בנקל תתקבל טענה לפגיעה בפרטיות המבוססת על ספרות בדיונית. טענת הבדיון של המחבר, המתבטאת, הן בהצהרה המקובלת של המחבר כי מדובר ביצירה דמיונית, והן במאפייניו של הספר כמתואר ע"י פרופ' הירשפלד ופרופ' חבר, היא טענה בעלת משקל התורמת תרומה של ממש למניעת הפגיעה בפרטיות. טענת הבדיון תהפוך, במרבית המקרים, את זיהוי של "הנפגע" לזיהוי ספקולטיבי ובלתי ודאי, ותאפשר לו להדוף את הטענה לזיהוי ולהתגונן בפני הפגיעה בפרטיותו. לפיכך, לא כל דמיון בין דמות שבספר לדמות שבחיי המציאות, עשוי לבסס טענה לפגיעה בפרטיות. טענה לפגיעה בפרטיות הנסמכת על ספרות בדיון תתקבל רק כאשר טענת הבדיון מופרכת על פניה באורח חד משמעי מתוך היצירה גופה. בהתאם למבחן זה, ככל שתיאור הדמות שביצירה "רחוק" יותר מן "הנפגע", בזמן, במקום ובפרמטרים נוספים, ולפיכך מותר

מקום לפרשנות, באופן ההופך את זיהוי הנפגע לזיהוי ספקולטיבי (ולכן מאפשר ל"נפגע" להדוף את הטענה לזיהויו ולהתגונן בפני הפגיעה בפרטיותו), כן תגבר הנטייה לדחות את הטענה לפגיעה בפרטיות. מאידך, ככל שתיאור הדמות שביצירה מעוגן בזמן, במקום, ובפרמטרים נוספים, במציאות האמיתית של חיי הנפגע, וכולל מכלול כמותי ואיכותי של פרטים המזהים את הנפגע, באופן ההופך את זיהויו לזיהוי ודאי שלא ניתן להימלט ממנו (ע"י קהל הקוראים הרלבנטי, בסביבתו הקרובה של הנפגע, כפי שיפורט בהמשך), המפריך את טענת הבדיון של המחבר, תגבר הנטייה להגן על הזכות לפרטיות. באופן אחר ניתן לומר, כי כאשר מדובר בספרות תיעודית המוסווית כרומן בדיוני, או כאשר המחבר מסתתר מאחורי טענת הבדיון בצורה מלאכותית וחסרת תום לב (מן הבחינה האובייקטיבית), לא תינתן ליצירה הגנה מפני בחינתה של פגיעה בפרטיות שנעשתה בה.

זיהוי התובעת

38. על מנת שתקום עילה בגין פגיעה בפרטיות (או בגין הוצאת לשון הרע), על הטוען לפגיעה להראות כי הדברים שפורסמו מיוחסים לו, וכי הקורא הסביר, מסביבתו הקרובה, היה מזהה את הדברים כמתייחסים אליו. התובעת טוענת כי דמותה של הגיבורה בספר מבוססת על דמותה שלה, וכי כל המכיר אותה יכול לזהותה בנקל בדמות זו. הנתבעים חולקים על טענה זו וטוענים כי אין כל זהות בין התובעת לבין הדמות הספרותית.

39. סוגיית זיהוי הנפגע נותחה לאחרונה בהרחבה, בהתייחס לעוולה של הוצאת לשון הרע, בפרשת בן נתן נ' בכרי, שם נקבע כי "ככל שנאמרים דברים או מתפרסמים דברים ברבים אך האדם הסביר לא קושר בין דברים אלו לבין הפרט הספציפי - אין פגיעה בשם הטוב של הפרט". עוד התייחס בית המשפט לשאלה כיצד תמולא דרישת הזיהוי:

"דרישת הזיהוי הינה דרישה מהותית ולא טכנית. השאלה אינה האם שמו של אדם צויין באופן מפורש בדברים שפורסמו...דרישת הזיהוי תמולא באותם המקרים בהם מיוחסים דברים שפורסמו לפרט הטוען לפגיעה באופן משתמע מן הפרסום או כתוצאה מנסיבות חיצוניות או משילובם של הפרסום והנסיבות החיצוניות...

כך למשל, במקרים בהם לא נזכר שמו של אדם בדברים שפורסמו אך נזכרים או מוצגים פרטים המביאים לזיהויו בידי הסביבה הקרובה לו או אף בידי סביבה רחבה יותר - יכול שיימצא המפרסם (או יתר האחראים לפרסום) חייב בגין הוצאת לשון הרע, ובלבד שהמדובר בנתונים שהם בידיעתם הרגילה של אלו ששמעו את הדברים או קראו אותם...

...

הבחינה המהותית של זיהוי הפרט מתיישבת היטב עם אופייה של הזכות לשם טוב. זכות זו נוגעת להערכת האדם על ידי סביבתו הקרובה והרחוקה. היא אינה מגינה על רגשותיו של הפרט לכשעצמן. משכך, מתחייבת המסקנה כי בכל מקרה ומקרה יש לבחון האם הערכת הסביבה כלפי הפרט עלולה היתה להשתנות כתוצאה מן הפרסום. ככל שהדברים נוגעים לדרישת הזיהוי, מתבטא הדבר בבחינה, על פי מדד אובייקטיבי, האם האדם הסביר היה קושר בין הדברים לבין

מסמך זה עשוי להכיל שינויים שהוטמעו ע"י מערכת פסקדין

הפרט ומזהה אותם כמי שהתייחסו אליו. בהעדר זיהוי של הפרט וייחוס הדברים אליו - לא עלולה להיגרם פגיעה בשמו הטוב אף אם הוא עצמו חש שרגשותיו נפגעו" (ע"א 8345/08 ניתן ביום 27.7.11).

40. האם ניתן, אם כן, לזהות את התובעת עם דמותה של הגיבורה? התשובה לשאלה זו ברורה. דמותה של הגיבורה בספר כוללת פרטי זיהוי ייחודיים רבים המזהים את התובעת עמה באופן וודאי וחד משמעי. פרטים אלה כוללים את תיאור חזותה החיצונית, פרטים אינפורמטיביים על גילה, עיסוקה הייחודי, מקום לימודיה, מקום עבודתה ומקום מגוריה, פרטים על יצירתה הייחודית, פרטים מזהים על הנתבע, בן זוגה, ואירועים שהתרחשו במציאות בנוכחות צדדים שלישיים, התורמים אף הם לזיהוייה, כמפורט להלן:

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

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

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

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

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

41. צירופם של כל פרטי הזיהוי הללו, מוביל למסקנה, כי בני משפחתה של התובעת מקורביה ומכריה, יזהו את התובעת באורח ודאי ובלתי ניתן לפרשנות, כגיבורת הספר. אחיזתו של הספר במציאות האמיתית של יחסי הצדדים, הן במקום, הן בזמן, הן בתיאורה של הגיבורה, בעיסוקה, במקום עבודתה, במקום מגוריה, ביצירתה הייחודית, במעשיה ועוד, מצבור של פרטי

מסמך זה עשוי להכיל שינויים שהוטמעו ע"י מערכת פסקדין

אמת שלקורא הקרוב קשה להימלט מהם, המפריך את טענת הבדין והופך אותה לטענה ריקה. פרסום מצבור פרטים אלה בגדרו של הספר, עבור קרוביה ומכריה של התובעת, כמוהו כפרסום שמה של התובעת. למותר לציין כי לצורך הוכחת הזיהוי אין כל צורך, כטענת הנתבע, בהבאת עדים אשר זיהו את הדמות הספרותית עם התובעת, וניתן להגיע למסקנה זו על יסוד הספר והעובדות שהוכחו, כפי שפורטו לעיל.

פגיעה בפרטיות

42. ס' 1 לחוק הגנת הפרטיות קובע כי "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו". "פגיעה בפרטיות", הוגדרה, בס' 2 לחוק, בין היתר, באלה: "שימוש בדיעה על עניניו הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר, שלא למטרה שלשמה נמסרה" (ס' 2(9) לחוק), ו"פרסומו של ענין הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם, לרבות עברו המיני, או למצב בריאותו, או להתנהגותו ברשות היחיד" (ס' 2(11) לחוק).

43. התובעת טוענת, כאמור, כי הספר מתאר באופן אוטוביוגרפי את מערכת היחסים שהתנהלה בינה לבין הנתבע, וכי עיקרו מוקדש לתיאור מערכת היחסים האינטימית ביניהם. הספר מתאר, לטענתה, באופן מקיף ומדויק גם את עולמה הפנימי והחיצוני של התובעת, את גופה, את רגשותיה, את חולשותיה, את צפונות ליבה, את סודותיה הכמוסים, את פעילותה והעדפותיה המיניות, ואת מערכות יחסיה האינטימיות ביותר.

44. הנתבע טוען כי הספר הוא ספר בדיוני, וכי האירועים המתוארים בו אינם תואמים את אלה שאירעו במהלך מערכת יחסיו עם התובעת. אמנם, פרשת יחסיו עם התובעת אכן שימשה "מקור השראה" לספר, ותוכנו של הספר, ככל יצירה ספרותית, שאוב מחייו ומעולמו, אולם טענת התובעת כאילו כל האירועים המתוארים בספר התרחשו בצורה מדויקת, איננה נכונה. הנתבע מוסיף וטוען כי עצם הדינאמיקה של כתיבת רומן, עיצוב הדמויות, וריבוי הגרסאות עד למוצר הסופי, איננה מאפשרת לכתוב את ה"אמת". גם עריכתו של הספר לפני הוצאתו לאור יוצרים מרחק של ממש בין היצירה הספרותית ובין החומרים שהוו לה מקור השראה. כך נטען, כי בהנחייתה של עורכת הספר שונו במהלך העריכה כל התיאורים של הקשר האינטימי של גיבורי הרומן ונכתבו, למעשה, מחדש. להוכחת טענתו, צירף הנתבע לתצהירו את גרסתה המקורית של סצנת בית המלון, הסצנה בה נוסעים הגיבורים למלון בתל אביב, ואת גרסתה הערוכה. יצוין כבר עתה כי עיון בשתי הגרסאות מעלה, בעיקר, את הדמיון הרב ביניהן.

45. לתמיכת טענותיו הביא התובע לעדות את חברו הקרוב, אשר הכיר את מערכת יחסיהם של התובעת והנתבע כמעט מראשיתה. לפי עדותו של החבר, רקם הנתבע את העלילה סביב אירועים הקשורים בפרויקט הגמר של התובעת ופרשת עזיבתו את הבית. ואולם, עלילת הספר פותחה לכיוון שונה מן ההתרחשויות במציאות, הן מבחינת העובדות והאירועים והן מבחינת אופי הדמויות ומערכות היחסים ביניהם. החבר עומד בתצהירו על ההבדל באופיין של הדמויות בספר, דמותה של אשתו של הגיבור בשונה מדמותה של אשתו דאז של הנתבע, דמותו של חברו של הגיבור, השונה מדמותו שלו, וכך גם מערכות היחסים בין הדמויות, השונות באופן משמעותי מיחסיהם במציאות.

מסמך זה עשוי להכיל שינויים שהוטמעו ע"י מערכת פסקדין

46. במחלוקת זו, הנני מעדיפה את גרסת התובעת, וזאת מכמה טעמים. ראשית, עדותה של התובעת היתה ישירה, מעוררת אמון ומרשימה, בעוד שעדותו של הנתבע, בכל המתייחס לאמיתות האירועים המתוארים בספר, עשתה רושם מתחמק. הכחשותיו של הנתבע כי הדמויות והאירועים שבספר לא נשאבו מדמויות אמיתיות ומאירועי המציאות, אלא כמקור השראה, לא עמדו במבחן הראיות, והבחנות שעשה בין "עלילת" הספר לבין "עלילת" יחסיו עם התובעת נתבררו כבלתי מדויקות או לחלופין, שוליות. כך, למשל, בענין דמותה של הגיבורה, הוכח היטב, כפי שפורט לעיל, כי זו נסמכת, בפרטים מהותיים רבים ומגוונים, על דמותה של התובעת. הנתבע עצמו אף אישר בעדותו את אמיתותם של פרטים רבים הכלולים בספר, הן פרטים אינפורמטיביים לענין עצם קרות האירועים ואופן התרחשותם, והן פרטים הנוגעים למערכות יחסים שניהלה התובעת עמו ועם אחרים. הנתבע אישר בעדותו כי תוכן הספר נשאב, בין היתר, ממערכת יחסיה של התובעת עם בן זוגה דאז (ס' 30 לתצהיר, עמ' 82 לפרוטוקול), כי מערכת יחסיה של התובעת עם הוריו של בן זוגה היתה כמתואר בספר לגבי מערכת יחסיה של הגיבורה עם בן זוגה והספר כולל סצנות המתארות התרחשויות אשר אירעו במציאות.

47. שנית, תגובת הנתבע לטענות התובעת לדמיון הרב שבין הספר לבין מערכת יחסיהם, כפי שהיא עולה משיחתו עם התובעת עם הוצאת הספר לאור, תומכת אף היא בטענות התובעת: לאחר הוצאת הספר לאור, ביום 17.2.09, התקשרה התובעת לנתבע והעלתה בפניו את טענותיה. את השיחה הקליטה באמצעות מכשיר הטלפון הנייד. בשיחה הטלפונית שתומללה מביעה התובעת את זעמה ותסכולה נוכח פרסום הספר ותכניו, ומתייחסת לזהות שבין תכני הספר לאירועי המציאות:

"התובעת:...קצת דמיון באמת, קצת דמיון...למה זה לא יכל להיות בחיפה עם בלונדינית שהיא...לא..

הנתבע: אני חושב שיש המון דמיון בספר אבל זה לא..

התובעת: איפה אתה מוצא דמיון? איפה? בפיסקה האחרונה שכאילו כביכול אנחנו נפגשים באיזשהו עתיד? זה הדבר המומצא היחיד בספר הרי

הנתבע:אני לא..ממש..

התובעת: מה המצאת בספר? מה המצאת?

הנתבע: הספר הוא, היופי של הספר הוא לא בעומק הדמיון של המחבר אלא ב..ב..ב..יצירת העלילה, איך שהוא מוביל את הקורא לבוא ולחוש את כל התחושות שהספר הזה יוצר.

התובעת: ולא יכולת לבדות משהו מלבך? משהו, משהו דמיוני, משהו... קצת דמיון לעזאזל. את כל הפרוייקט שלי, את כל המערכת יחסים שלי עם ההורים שלי, את כל היחסים שלי עם... ההורים של... מה זה? מרצים ב... התיאור המדויק של ההגשה שלי. קצת דמיון לעזאזל.

הנתבע:..אף אחד בעולם איננו יודע חוץ ממני וממך מה קרה ביני ובינך.

מסמך זה עשוי להכיל שינויים שהוטמעו ע"י מערכת פסקדין

התובעת: זה מה שאתה חו...לא עכשיו כל העולם יודע. באמת עד עכשיו רק אני ואתה ידענו, עכשיו כל העולם יודע כי טרחת לספר לו....

....

הנתבע: תגידי את קראת את הכתבה?

התובעת: אני קראתי את הכתבה.

הנתבע: אני שמרתי עליך לכל אורך, אני כתבתי את זה בשבילך את הדבר הזה

...

התובעת: איך אתה מסוגל לקחת פרט כזה אינטימי ... ולחשוף אותו ככה בספרות? איך?

הנתבע: אני לא, אין אף בן אדם שיכול לדעת שום דבר מה קרה ביני לבינך מהספר...

... תקשיבי לי שניה, אני רוצה שתקשיבי לי שניה. אין אף אחד חוץ ממני וממך לא יודע מה היה, אלא אם כן את, תלכי ותצעקי מעל כל עץ רענן, כל מה שכתוב בספר הכל אמת. אני אומר שכל מה שכתוב בספר, הוא הכל דמיון. את רוצה ללכת ולבוא ולהגיד...

התובעת: אבל למה, למה, למה אתה משקר?.." (מקטע 6, נספח י"ד לתצהיר התובעת).

כפי שניתן להתרשם מן השיחה, יש בתגובותיו של הנתבע כדי לתמוך בטענות התובעת לזהות בין "עלילת" יחסיהם של התובעת והנתבע ובין תוכנו של הספר.

48. תמיכה מסוימת בטענות התובעת עולה גם ממאבקה של אשת הנתבע, למנוע את פרסום הספר, בשל חששה מזיהוי דמותה ודמות ילדיה עם אשתו של הגיבור וילדיו שבספר. בעקבות פניותיה לנתבעת 2, שונה מגדר הילדים וכן שונה צבעו של כלב המשפחה (תצהיר מנכ"ל נתבעת 2). בהתייחסו לשינויים אלה, שנכפו עליו, ציין הנתבע כי חווה "משבר" בהיפרדו מדמות הילד (והחלפתו בילדה): "לי היה בראש דמות, ומהדמות הזו, שהייתי צריך להיפרד, היה לי מאוד קשה" (בע' 99). דומה כי יש ב"משבר" זה כדי להמחיש היטב את קשייו של הנתבע להתנתק מן הדמויות המוכרות והיקרות לו מן המציאות, ומאירועי המציאות, ולבדות אחרים תחתיהם.

49. יודגש כי אין בדברים האמורים כדי לקבוע כי קיימת זהות מלאה בין אירועי הספר ואלה שאירעו במציאות, או בין התבטאויותיהם, תחושותיהם ורגשותיהם של גיבורי הספר לאלו שנתקיימו במציאות. המציאות, עד כמה שקיימת "מציאות" אובייקטיבית כזו, מורכבת מאינסוף פרטים שחלק מהם תלוי בעין המתבונן. ברי כי ניתן למצוא שוני, תוספות, או חוסרים, במאורעות, בעיצוב הדמויות, בטיב היחסים ביניהם, ובודאי בתחושותיהן או רגשותיהן של הדמויות בהשוואה לאלה שאירעו במציאות. יחד עם זאת ברי גם, כי מערכת יחסיו של הנתבע עם התובעת, היוותה עוגן ובסיס לעיצוב דמויותיהם של הגיבורים, ורוב רובם של האירועים המתוארים בספר משקפים נאמנה את שאירע במציאות.

מסמך זה עשוי להכיל שינויים שהוטמעו ע"י מערכת פסקדין

50. הספר כולל, אם כן, תיאור מפורט של עניינים הנוגעים לצנעת חייה של התובעת. הספר כולל תיאור מפורט של מערכת יחסיה של התובעת עם הנתבע, כולל מאורעות, שיחות, ותיאורים שהם אינטימיים במובהק. הספר כולל תיאור של מערכת יחסיה של התובעת עם בן זוגה לשעבר, עד לפרידתם, עם הוריו של בן זוגה ועם הוריה שלה, לרבות התבטאויות של התובעת ביחס להוריה בשיחות אישיות שקיימה עם הנתבע. בצדק טוענת התובעת כי הספר מתאר באופן מקיף, וללא כל הסוואה, את מערכות יחסיה האינטימיות ביותר, חושף את מחשבותיה, רגשותיה, מאוויה, סודותיה וחייה המיניים. כל זאת באופן שחייה של התובעת, עד לפרטים האינטימיים ביותר, נפרשים כספר הפתוח בפני הקוראים. אין ספק כי יש בכך משום שימוש בידיעה על ענייני הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר, שלא למטרה שלשמה נמסרה (ס' 2(9) לחוק), וכן פרסומו של ענין הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם, לרבות עברו המיני והתנהגותו ברשות היחיד (ס' 2(11) לחוק).

51. המסקנה הנובעת מכל האמור לעיל היא, כי הספר פוגע באופן חמור בפרטיותה של התובעת. הפגיעה בפרטיותה של התובעת נובעת ממשקלם המצטבר של שניים: האחד, סימני הזיהוי הרבים המצביעים על התובעת, שאיננה אישיות ציבורית, באופן חד משמעי, כגיבורת ספרו של הנתבע; והשני, כמות העניינים הנוגעים לצנעת הפרט הנחשפים בספר, היקפם וטיבם (תיאור מערכות יחסיה האינטימיות ביותר של התובעת עם הנתבע ועם אחרים, תיאור רגשותיה, מחשבותיה, סודותיה וחייה המיניים של התובעת), אשר נלמדו כולם מתוך מערכת יחסיהם האינטימית של התובעת והנתבע. צירופם של שני אלה מפריך את טענת הבדין של המחבר, והופך את הספר, בכל המתייחס לתיאור מערכת יחסיהם של התובעת והנתבע, לספר תיעודי המוסווה כיצירה בדיונית. באופן אחר ניתן לומר כי הנתבע ניצל לרעה את מאפייני היצירה הבדיונית, על מנת לתעד את מערכת יחסיו עם התובעת תוך פגיעה קשה בפרטיותה. לא בכדי בחרה הנתבעת 2 בצעד חריג וראוי, וללא צו שיפוטי, לחדול משיווקו של הספר מיד עם פנייתה של התובעת אליה.

52. ויודגש, ניתן היה להימנע בנקל מן הפגיעה בפרטיותה של התובעת. ככל שדמותה של התובעת היתה מוצפנת ומטושטשת בפרטים מסויים, דומה כי תביעה זו לא היתה באה לעולם. התעקשותו של הנתבע לכלול בספרו פרטים אינספור המזהים את התובעת כגיבורת ספרו, ולהיצמד למציאות ככל יכולתו, היא זו העומדת בעוכרי יצירתו. תחת "להרחיק" את היצירה מן התובעת, ו"לקרוע" אותה מנקודות הציון של מציאות יחסיו עם התובעת, פעל הנתבע לעגנה היטב במציאות ספציפית, ידועה ומוכרת, לא רק לתובעת ולו, אלא גם לצדדים שלישיים רבים אחרים. וראה לענין זה מדברי התובעת:

"אני בעד חופש הביטוי והיצירה...אך שיכתוב על עצמו ולמה עליי. ואם מחליט לכתוב על דמויות שהיו בחייו, וכל אדם שכותב ספר מן הסתם מנהל אינטראקציה עם דמויות אחרות, אז שיסווה את דמותי. כמה זה פשוט! כמה פשוט! אי אפשר לכתוב זאת בעיר אחרת. יש עוד בתי ספר בארץ. את המקצוע שלו שינה, ולמה את שלי לא שינה. כל מערכת היחסים שלי, עם ההורים שלי, עם בן זוגי לשעבר...וכולם פה יושבים ויודעים את כל חיי המין שלי, מכתבים שלי. אפילו קבלה הבאתי לכם מתנור הנפט שהוא סחב מרחוב ..., וזה מופיע בספר" (בע' 21).

מסמך זה עשוי להכיל שינויים שהוטמעו ע"י מערכת פסקדין

אין מדובר, אם כן, במקרה גבול, אלא בפגיעה חמורה ומובהקת בפרטיות התובעת, וטענת הנתבע למעשה אמנות אינה יכולה לשמש כסות לפגיעה זו.

הסכמת התובעת

53. חוק הגנת הפרטיות אוסר על פגיעה בפרטיותו של הזולת, ללא הסכמתו (ס' 1 לחוק). מקום בו ניתנה הסכמתו של אדם לשימוש במידע הנוגע לענייניו הפרטיים, לפרסומו או להפצתו, אין בכך משום פגיעה אסורה בפרטיות. הסכמה, על פי ס' 3 לחוק, היא "הסכמה מדעת, במפורש או מכללא".

54. הנתבע טוען כי התובעת נתנה הסכמתה לפרסום. לטענתו, החל בכתיבת הספר בסוף 2004, בעת שהקשר בינו לבין התובעת היה קרוב ואינטימי. הנתבע הציג בפני התובעת את הרעיון העומד במרכז הספר, לרבות השימוש ביצירתה כרקע לסיפור, ואף הראה לה את הגרסה הראשונה לפרק מסוים בספר, הפרק הראשון שכתב, שכלל את פגישתם הראשונה של הגיבורים, את תיאורה הפיזי של הגיבורה, את תיאור שיחותיהם הראשונות, את תיאור קשריה ויחסיה של הגיבורה עם בן זוגה ובני משפחתו, את סיפורה של הגיבורה בנוגע למשפחתה, ואת התיאור המפורט של היצירה. לטענת הנתבע, התובעת אהבה את הטקסט שקראה, ואף העלתה הצעות לשיפורו. עוד טוען הנתבע כי בינואר 2007 נפגש עם התובעת וסיפר לה על חוויותיו מכתיבת הספר. עוד סיפר לה כי שיבץ שניים ממכתביה בעלילת הספר, מחווה אשר ריגשה את התובעת. במהלך השיחה אף עלתה "הקבלה בין פרט ביצירתה, אשר איש לא ידע עליו מלבדנו, לבין הכנסת מכתביה ליצירה" (ס' 62 לתצהיר הנתבע). לטענת הנתבע, גם לאחר מפגש זה, שוחח עם התובעת על הספר. בעקבות שיחותיהם שלחה התובעת לנתבע מייל שבו הציעה לעצב את כריכת הספר. בכל אלה, טוען הנתבע, נתנה התובעת את הסכמתה לפרסום הספר.

55. התובעת טוענת כי מעולם לא נתנה הסכמתה להוצאת הספר במתכונת בו הוצא. לפי גרסתה, בסביבות מאי 2005 סיפר לה הנתבע כי בכוונתו לכתוב ספר אוטוביוגרפי תחת שם עט ומבלי להזדהות בשמו. התובע לא סיפר לה, לא אז ולא מאוחר יותר, כי בכוונתו לכלול בספר תיאורים חושפניים של סיטואציות אינטימיות ומיניות ביניהם, ולא סיפר לה כי בכוונתו לחשוף את עולמה הנפשי ואת יחסיה עם הקרובים לה ביותר. התובעת מוסיפה וטוענת כי הנתבע לא אמר לה כי בדעתו לכתוב ספר שמקור השראתו יהא יצירתה. התובעת מודה כי הנתבע הציג בפניה טיוטה ראשונית של פסקה אחת בודדת שכתב, המתייחסת לתיאור הרעיון של היצירה בקצרה. כן היא מודה כי היא הוסיפה לפסקה הנ"ל משפט הקשור בעלילה, אולם, לטענתה, באותה העת היה הרעיון לכתיבת הספר בחיתוליו, והיא סברה, כאמור, כי הספר יכתב תחת שם עט. יתר על כן, הספר הוצג לה כספר על חייו של הנתבע, כאשר ההתייחסות ליצירתה תוגבל לפסקה שהוצגה לה. התובעת אף סברה באותה עת כי תהיה שותפה לחוויית הכתיבה כך שתוכל לשלוט בתוכנה. בכל מקרה, לא היה בכך משום הסכמה לחשיפתה עירום ועריה בפני כל מכריה. עוד טוענת התובעת כי לאחר ניתוק קשריה עם הנתבע, פנתה אליו פעמיים, בנובמבר 2005 ובאוקטובר 2007, ודרשה ממנו שלא לכלול בספר פרטים מזדהים אודותיה, לא להזכיר היכן למדה, לא לתאר את עבודת הגמר הייחודית שלה, ולא לעשות שימוש במכתבים ששלחה לו.

מסמך זה עשוי להכיל שינויים שהוטמעו ע"י מערכת פסקדין

השיחה האחרונה מאוקטובר 2007 נוהלה במהלך נסיעה עם חברתה, ובאותה שיחה נאמר לה לראשונה כי בדעת הנתבע לפרסם את הספר תחת שמו האמיתי. גם לאחר שהבינה כי למרות דרישתה, בדעת הנתבע לכלול בספר פרטים הקשורים אליה, עדיין בטוחה הייתה כי הנתבע יסווה את דמותה, כפי שכל אדם סביר היה עושה, וכלל לא עלה בדעתה כי הספר יכלול תיאור, אחד לאחד, של מערכת יחסיהם, לרבות שיחותיהם האינטימיות ויחסיהם המיניים.

56. חברתה של התובעת אישרה בעדותה כי במהלך השיחה הטלפונית מחודש אוקטובר 2007, שהגיעה לטונים גבוהים, דרשה התובעת מן הנתבע שלא לכתוב בספר פרטים המזהים אותה, לא לכתוב על עבודת הגמר שלה במקום לימודיה, ולא לעשות שימוש במכתבים שכתבה לו.

57. התובע מודה כי בחודש אוקטובר 2007, התקשרה אליו התובעת ואמרה לו כי קיבלה משרת הוראה במקום לימודיה, ולכן היא מבקשת כי מקום לימודיה לא יופיע במפורש בספר. הנתבע הסביר לתובעת כי אין ביכולתו לשנות פרט זה, שהוא פרט מהותי לרומן. שיחה זו גלשה לטונים צורמים, ובעקבותיה הודיעה התובעת לנתבע שאם כך הם פני הדברים, אין היא מתירה לו לעשות שימוש במכתביה. בשל כך, נאלץ הנתבע לקצץ חלק ניכר מנפח המכתבים ושינה את סגנונם "מבלי לשנות את המסר שהפך לחלק מן העלילה" (ס' 68 לתצהיר הנתבע). גם בשיחה זו, טוען הנתבע, הציע לתובעת לקרוא את ספרו, והיא דחתה את ההצעה. בכך, הוא טוען, ויתרה התובעת על האפשרות לשלוט בתכניו של הספר.

58. הסכמתו של אדם לפגיעה בפרטיותו יכולה להיות מפורשת או מכללא, אולם הסכמה זו צריכה להיות "הסכמה מדעת" (ס' 3 לחוק). "הסכמה מדעת" הוא מונח השאוב מתחום דיני הרשלנות הרפואית, ומשמעותו היא כי "בידי האדם שנתונה לו זכות לפרטיות (מושא המידע) היה המידע הדרוש לו באורח סביר כדי להחליט אם להסכים למסירת המידע ולשימושים שיעשו בו, ובכלל זה להעברתו לצדדים שלישיים" (מ' בירנהק, שם, בע' 100). לפיכך, על מנת שהסכמה תהא מדעת, יש צורך ב"דיעה, בהבנה ובהסכמה" (שם). נטל הוכחת ההסכמה הוא על הנתבע.

59. יש לקבוע כי התובעת לא נתנה "הסכמה מדעת", בין במפורש ובין מכללא, לפרסומים המכילים פגיעה בפרטיותה. הדבר עולה משורה של ראיות: ראשית, אין חולק כי הספר, במתכונתו המלאה, לא הוצג מעולם לתובעת, לא בגרסתו המקורית ולא בגרסתו הסופית, ולא נתבקשה הסכמתה לפרסומו. הנתבע טוען כי הציג לתובעת את גרסתו הראשונה של הפרק המסוים אשר כולל פרטים מזהים רבים של התובעת, אולם לא שוכנעתי שכך עשה, וזאת מכל הטעמים שיובאו להלן. טענתו זו של הנתבע לא מצאה כל ביטוי בתגובת ב"כ הנתבע, לדרישת התובעת לחדול מפרסום הספר. אף שמכתב זה הוא האכסניה הטבעית לטענת ההסכמה, לא נטען במכתב כי התובעת הסכימה לפרסום, על תכניו, למעט לפרסום שניים ממכתביה. בכל המתייחס לפירוט העובדות הנוגעות להסכמתה (במובחן מן המסקנה המפורטת בס' 8 למכתב), נטען רק כי "דבר כתיבת הספר היה ידוע למרשתך... ומרשתך מעולם לא התנגדה לכתיבתו" (ס' 4 למכתב). באשר לסצנות בספר שנקראו ע"י התובעת נטען-

"לא זו אף זו. סצנות מסוימות בעלילה, דווקא אלו הקשורות בפרויקט המתואר בספר, (זהו הפרויקט שמרשתך טוענת שחושף כביכול את זהותה לציבור באופן ברור), נקראו ע"י מרשתך במקור והיא אף הציעה להן שינויים. לדוגמא, הפסקה הראשונה בע' ... נכתבה לאור הערותיה, והמשפט ".... " הוצע על ידה והוסף במו ידיה לטקסט" (ס' 5 למכתב נספח י"ז לתצהיר התובעת).

טענה זו תומכת, למעשה, בגרסת התובעת כי כל שהוצג לה היתה פסקה העוסקת בעבודתה. יצוין כי הגם שמדובר בפרויקט ייחודי של התובעת, אין בפסקה זו בלבד כדי לזהות את התובעת עם הדמות הספרותית, והזיהוי נוצר ממכלול הפרטים שתוארו לעיל, וכן מן המשקל והנפח הרב שניתן בספר ליצירה על כל שלביה. כפי שהעידה התובעת: "ידעתי שיכתוב, לא ידעתי שלא יסווה את דמותי. לא ידעתי בהיקף כזה" (בע' 33).

60. **שנית**, הנתבע מודה כי חשב בתחילה, כפי שטוענת התובעת, לפרסם את הספר בשם עט, וכי התלבט בסוגיה זו כמעט עד למועד פרסום הספר.

61. **שלישית**, אין חולק כי כשנה וחצי לפני הוצאת הספר לאור, התנגדה התובעת, לציון שמו של מקום לימודיה בספר. יש להניח כי התנגדותה זו באה מאחר שסברה שיש בפרט זה כדי לזהותה. כל בר דעת יכול היה להסיק, מכוחו של קל וחומר, כי לו ידעה על הפרטים הרבים בספר, המובהקים יותר, המובילים לזיהויה, היתה מתנגדת התנגדות נחרצת לפרסום הספר. התובעת התייחסה לכך בעדותה:

"אני לא ידעתי שרוב העלילה כולה מתייחסת למערכת הזוגית שאני ניהלתי איתו ורוב העלילה כולה היא חשיפה טוטאלית של אישיותי, של גופי, של רוחי. לא העליתי על דעתי..." (בע' 22).

62. **רביעית**, גם תגובתו של הנתבע לטענות התובעת לאחר פרסום הספר, תומכת בגרסת התובעת. כזכור, לאחר הוצאת הספר לאור, התקשרה התובעת לנתבע והעלתה בפניו את טענותיה. בשיחה הטלפונית שהוקלטה מביעה התובעת את זעמה נוכח פרסום הספר ותוכנו, וטוענת כי היא חשה כנאנסת באונס קבוצתי. עוד היא חוזרת ושואלת את הנתבע "מי נתן לך רשות לקחת את חיי הפרטיים ולחשוף אותם לעיני כל?" הנתבע, אף שהוא טוען בשיחה כי "שלוש שנים אני אומר לך שאני כותב ספר", איננו טוען כי נתנה הסכמתה לפרסום, ורק חוזר וטוען כי לא ניתן לזהות את התובעת עם גיבורת הספר. וראה להלן קטעים מן השיחה המתומללת:

"התובעת: ...ואני ביקשתי ממך לפני יותר משנה, בקשתי ממך שהשם ... לא יופיע ושלא יהיו פרטים מזהים, קצת דמיון לא היה לך? טיפת דמיון לעזאזל, הדמיון היחיד שלך הסתכם בשינוי צבע הכלב? איך אתה מסביר את זה?

הנתבע: אני לא רואה את הדברים ככה.

...

התובעת: אתה מודע לזה... שאני מחר נפגשת עם המנכ"ל של ההוצאה לאור ואני הולכת לדרוש שיגנזו את הספר הזה לאלתר?

הנתבע: את... רשאית לדרוש מה שאת רוצה.

...

התובעת: ..אני ביקשתי ממך מפורשות לא לרשום את המילה ... ולא לתאר אותי, קצת דמיון, לא יכולת להפוך אותי לבלונדינית? היית חייב שאני אהיה ...? זה פרויקט שלי, הוא לא פרויקט שלך, זה שלי....

הנתבע: את רוצה לנהל על זה שיחה או את רוצה לכעוס?

התובעת: אני רוצה שתסביר לי זה מה שאני רוצה, ואני לא רוצה שתמרח אותי. אני רוצה שתתן לי הסבר פשוט וקוהרנטי למה עשית את הדבר הזה? מי נתן לך רשות?

הנתבע: מי נתן לי רשות מה?

התובעת: מי נתן לך רשות לקחת את חיי הפרטיים ולחשוף אותם לעיני כל? אני מרגישה נאנסת. אני מרגישה שעברתי אונס קבוצתי. אתה מבין את זה?

הנתבע: ממש לא" (מקטע 1, נספח י"ד לתצהיר התובעת).

ועוד:

"התובעת: ...אני לא מצליחה לעכל את זה אתה יודע

הנתבע: אני נורא מתפלא כי אני שלוש שנים אמרתי לך שאני כותב ספר.

התובעת: ...אני ביקשתי ממך מפורשות לפני שנה וחצי, איך אתה מעיז להגיד דבר כזה?

הנתבע: זה נכון שביקשתי לפני שנה וחצי.

התובעת: אז איך אתה עושה לי דבר כזה?

הנתבע: בשיחה הזאת אמרתי לך שזה בלתי אפשרי, את זוכרת את זה" (מקטע 3).

כאמור, אין הנתבע טוען, לכל אורך השיחה, כי קיבל את הסכמתה של התובעת לפרסום הספר, במפורש או מכללא.

63. **ולבסוף**, די היה לחזות בזעמה, בתסכולה, ובעלבונה העמוקים של התובעת, כפי שעלו מעדותה בבית המשפט, כדי להבין שהתובעת לא נתנה, ולא היתה נותנת לעולם, את הסכמתה לפרסום הספר, באופן העשוי לזהותה עם הדמות הספרותית. ניכר היה כי פרסום הספר היווה עבורה חוויה רגשית ונפשית קשה, חוויה של בגידה באמון, תחושות שטרם חלפו גם שנתיים לאחר פרסום הספר.

מסמך זה עשוי להכיל שינויים שהוטמעו ע"י מערכת פסקדין

64. ויודגש, כי ככל שמדובר במידע המצוי בתחום האינטימי יותר, המצוי בדרך כלל בדלת אמותיו של אדם, תידרש הסכמה ברורה ומפורשת יותר הנסמכת על מידע ברור (וראה א' הלם, דיני הגנת הפרטיות, 2003, בע' 59). לפיכך, אין באי קבלת הצעת הנתבע לקרוא את הספר, שעה שהתובעת לא ידעה על תוכנו, ולו באורח כללי, כדי לענות על דרישת ההסכמה (וראה גם עדות התובעת בע' 23 לפרוטוקול: "אתה חושב שאם הייתי יודעת לא הייתי דורשת. הייתי ניגשת אליו הביתה, דופקת בדלת, ולוקחת לו את המחשב, אם הייתי יודעת שזה מה שהוא כותב"). אך בבחינת למעלה מן הדרוש יוסף, כי גם אם היתה ניתנת הסכמה כזו בעת שהצדדים היו עדיין בני זוג, וכאמור איני סבורה כך, הרי נוכח טיב המידע, חלוף השנים, והשוני המהותי ביחסי הצדדים, ספק אם היה בהסכמה המקורית שניתנה כדי לענות לדרישת ההסכמה המאפשרת פגיעה בפרטיותה של התובעת.

65. לסיכום יש לקבוע, כי לא רק שהתובעת לא נתנה הסכמה מדעת לפגיעה בפרטיותה, אלא שהתובעת הבהירה לנתבע, בטרם הפרסום, כי היא אוסרת עליו לכלול בספר פרט העשוי להביא לזיהויה.

66. לסיום פרק ההסכמה יש להוסיף, כי התובעת נתנה הסכמתה לפרסום אותה פסקה, המתארת במקוצר את הקונספט של יצירתה ושלבי הכנתה. למותר לציין כי הסכמה זו ניתנה מבלי שידעה כי יוספו לה שלל פרטים מזהים שיובילו את הקורא הקרוב לזהות אותה כדמות הספרותית בספר, וממילא לא היה בהסכמה זו משום הסכמה לפגיעה בפרטיותה. יחד עם זאת, יש בהסכמה האמורה כדי להשליך על סוגיית הפגיעה בזכות היוצרים של התובעת על יצירתה, כפי שיפורט בהמשך.

לשון הרע

67. ס' 1 לחוק איסור לשון הרע קובע כדלהלן:

"לשון הרע היא דבר שפרסומו עלול -

(1) להשפיל אדם בעיני הבריות או לעשותו מטרה לשנאה, לבוז או ללעג מצדם;

(2) לבזות אדם בשל מעשים, התנהגות או תכונות המיוחסים לו;

(3) לפגוע באדם במשרתו, אם משרה ציבורית ואם משרה אחרת, בעסקו, במשלח ידו או במקצועו;

(4) לבזות אדם בשל גזעו, מוצאו, דתו, מקום מגוריו, גילו מינו, נטייתו המינית או מוגבלותו;

הגדרתה של לשון הרע מספקת הגנה רחבה לזכות לשם טוב, וזאת מאחר שאין צורך להוכיח פגיעה בפועל בשמו הטוב של אדם אלא די בכך שהפרסום "עלול" להביא למצבים הנמנים בחלופות הקבועות בסעיף 1 לחוק (ע"א 8345/08, שם). כדי לקבוע אחריות יש לברר אם הביטוי הינו משפיל, פוגע או מבזה, וזאת בהתאם לסטנדרט אובייקטיבי של האדם הסביר (ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ', פ"ד נח(3) 558 (2004)).

מסמך זה עשוי להכיל שינויים שהוטמעו ע"י מערכת פסקדין

68. בענייננו, התובעת (הדמות הספרותית) מתוארת בספר כמי שניהלה מערכת יחסים אינטימית עם גבר נשוי, וכי עשתה זאת במקביל למערכת יחסיה עם בן זוגה באותה עת. עוד היא מתוארת כמי שמוכנה לדרוס כל דבר העומד בדרכה למטרותיה, וכמי שעושה שימוש באנשים "כמו היו חפצים" (מכתבה של הגיבורה המתואר בספר, כמו גם חידוש קשריה של הגיבורה עם בן זוגה, אף שאיבדה בו ענין, על מנת שתוכל להסתייע בו בהשלמת פרויקט הגמר שלה). יש באלה משום לשון הרע.

הגנות

69. לצד האיסור על פגיעה בפרטיותו של אדם, מונה החוק הגנות העומדות לפוגע, אשר מטרתן לאזן בין הזכות לפרטיות לבין אינטרסים חשובים אחרים, ולהתיר, במקרים מתאימים, את הפרסום הפוגע. הנתבע טוען כי עומדת לו הגנת עניין ציבורי, לפי ס' 18(3) לחוק הגנת הפרטיות, וכן הגנת תום הלב על פי ס' 18(2)(ו) לחוק הגנת הפרטיות יחד עם ס' 15(6) לחוק איסור לשון הרע. הנתבע מוסיף וטוען כי בבוא בית המשפט לפרש את הוראות החוק בכל המתייחס לפרסומים מוגנים, עליו לאזן את הזכות לפרטיות אל מול חופש הביטוי וחירות היצירה של הנתבע, תוך מתן משקל לאינטרס הציבורי בחופש הביטוי האמנותי והספרותי.

הגנת עניין ציבורי

70. ס' 18 (3) לחוק הגנת הפרטיות קובע כדלהלן:

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

...

(3) בפגיעה היה ענין ציבורי המצדיק אותה בנסיבות הענין, ובלבד שאם היתה הפגיעה בדרך של פרסום - הפרסום לא היה כוזב".

הנתבעים טוענים כי מתקיים בענייננו ענין ציבורי המצדיק פגיעה בפרטיותה של התובעת. זה נעוץ בענין הציבורי הקיים בלמידה על התנסויותיהם של אחרים, אהבותיהם, שנאותיהם וכיוצא באלה, המלמדים על ה"מצב האנושי" ומעשירים את עולמנו. הספרות היא נושאת הדגל להכרת האדם ומשרתת ענין ציבורי זה. קיים גם ענין ציבורי לאפשר לאדם "לספר את סיפור חייו", זאת אף במחיר פגיעה בפרטיותם של אנשים שחלקו עמו את חייהם.

71. החוק מתיר פגיעה בפרטיותו של אדם, כאשר יש בפגיעה "ענין ציבורי המצדיק אותה בנסיבות הענין". ביטוי שיש בו ענין ציבורי המצדיק את הפגיעה, הוא ביטוי מוגן. בע"א 439/88 רשם מאגרי מידע נ' ונטורה, עסק בית המשפט העליון בפרשנות המונח "ענין ציבורי", בהקשר לחוק הגנת הפרטיות. בית המשפט קבע כדלהלן:

"...אולם לא רק באינטרס הציבור לדעת פרטים הנוגעים לדמויות ציבוריות או לנושאים חדשניים מתמחה "הענין הציבורי". בהחלט ייתכנו מצבים שבהם פירסום ברבים של ענינים הנוגעים לאדם פרטי עשוי להביא תועלת לציבור, למשל כאשר הפירסום משרת את האינטרס הציבורי

מסמך זה עשוי להכיל שינויים שהוטמעו ע"י מערכת פסקדין

שבאכיפת החוק או את הדאגה להגנת הציבור מפני סיכונים שונים, לרבות סיכונים בריאותיים. בכל מקרה על פי נסיבותיו יש לערוך את איזון האינטרסים הנוגדים תוך התחשבות בגורמים שונים ובשקלולם, כגון: חשיבות המטרה של הפירסום, הרלוואנטיות של המידע או של חלקים ממנו, הצורך לזהות את הפרט שבו מדובר והצורך לפרסם את המידע ברבים דווקא".

יחד עם זאת, הודגש:

"השאלה שיש לברר לצורך קיומה של הגנת סעיף 18(3) לחוק אינה אם יש לציבור אינטרס במידע, אלא אם יש טעם המצדיק את הפגיעה בפרטיות של אדם כדי לספק את האינטרס הציבורי האמור" (ע"א 439/88, פ"ד מח(3) 808).

72. החוק, כאמור, איננו מעניק הגנה מוחלטת לכל יצירה ספרותית הפוגעת בפרטיות, גם אם היא מציגה עצמה כספרות בדיונית. החוק מעניק הגנה לביטוי הפוגע רק כאשר היה בפגיעה "ענין ציבורי המצדיק אותה בנסיבות הענין". גם אם אפשר להסכים כי קיים ענין ציבורי ממשי בכל יצירה ספרותית, יהא ערכה אשר יהא, דורש החוק כי אותו ענין ציבורי יצדיק את הפגיעה. לענין הצדקת הפגיעה ראה מאמרה של פרופ' רות גביון "איסור פרסום הפוגע בפרטיות - הזכות לפרטיות וזכות הציבור לדעת":

"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... 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 לכת ביותר. אי אפשר לומר, כללית ובאופן מוחלט, שהטעמים העומדים מאחורי הרצון בפרטיות הם חשובים יותר מאלה העומדים 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 עימה 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 מבלי לפגוע בפרטיות, באמצעות הצטמצמות לכתיבה על אנשים הנותנים לכך את הסכמתם, או כתיבה על אנשים מתים." (זכויות אזרח בישראל - קובץ מאמרים לכבוד חיים ה. כהן בהוצאת האגודה לזכויות האזרח בישראל, תשמ"ב, בע' 177. ההדגשה אינה במקור).

ובהמשך, בהתייחס לחומרת הפגיעה:

"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...כדי לגבור על הפרטיות".

73. ניתן היה לומר, כמובן, כי כל יצירה ספרותית המכריזה על עצמה כבדיונית מצדיקה פגיעה בפרטיות. קביעה כזו היתה מעניקה הגנה מוחלטת ליצירות ספרותיות ומסירה את החשש שהועלה ע"י מומחי הנתבע בחוות דעתם (וראה ביטוי להשקפה זו במאמר הביקורת העיתונאי על גניזת הספר, נספח 10 לתצהיר התובע, על פיו "עדיף אמנות פוגענית מאשר גניזת אמנות"). ואולם, מן הטעמים שפורטו לעיל, אין בידי לקבל השקפה זו. כפי שכבר נאמר, מתן הכשר לפרסום תכניה המוצפנים ביותר של מערכת יחסים אינטימית, תחת מעטה של יצירה ספרותית, עלול לפגוע פגיעה קשה באינטרס שמירת החופש, האינטימיות והאמון ההדדי במערכת יחסים זוגית, אינטרס שאיננו נופל בחשיבותו, ואולי אף עולה בחשיבותו, על חופש היצירה.

74. חופש הביטוי המוגן וחופש היצירה האמנותית, כפי שהותוו ונתחמו ע"י המחוקק, אינם כוללים, אם כן, את החופש לפגוע, שלא לצורך, בפרטיותו של אדם, בזכויותיו כפרט, ובכבודו כאדם, וחירות הביטוי, ובכללה חירות היצירה הספרותית, נעצרת בפתחה של פגיעה חמורה בפרטיות. וראה בענין זה מדבריו של כב' השופט א' גרוניס, בדונו בשאלה האם היה מקום ליתן בעניינו צו מניעה זמני, בגדר בקשת הנתבע למתן רשות ערעור:

"בענייננו, פרסום הספר לא מבטא אינטרס ציבורי בדרגה גבוהה. המשיבה אינה אישיות ציבורית. האירועים אשר לפי הטענה משתקפים בספר אירעו בנסיבות פרטיות. לציבור אין עניין מיוחד בפרטים אלו. אכן, אין לומר כי אין לציבור כל עניין בפרסום הספר. חופש הביטוי והיצירה מקיף גם ביטויים אומנותיים. פרסום ספר המטפל בסוגיה חברתית, כדוגמת זוגיות, יש בו עניין לציבור, גם אם מדובר בספרות מסוג פרוזה ולא בספרות עיונית. אולם, לציבור אין עניין בהתוודעות לפרטיה של מערכת היחסים האינטימית שהתקיימה בין המבקש לבין המשיבה. אין דומה עניין ציבורי ב"נושא העל" שבו עוסק פרסום לעניין ציבורי בנתונים הקונקרטיים הנחשפים בפרסום. ככל שצודקת המשיבה בטענתה כי הספר מגולל למעשה את מערכת יחסיה עם המבקש, כולל הצדדים הפנימיים והאינטימיים של מערכת היחסים, הרי שלציבור אין עניין מובהק במידע זה. מניעת הפרסום אמנם תשלול מהציבור, בעקיפין, ספר העוסק בנושא שיש לו חשיבות חברתית ואומנותית. לכך יש ליתן משקל, אולם אין מדובר במקרה המשתייך לליבת האינטרס הציבורי במקרים של איזון בין חופש הביטוי לבין פגיעה בפרטיות ובשם טוב. על כן, יש לשקול את האינטרס הציבורי בפרסום הספר בגדר האיזון בין הצדדים, אולם אין לראותו כמכשול מוחלט מפני מתן צו מניעה זמני..." (רע"א 5395/09, ניתן ביום 27.8.09).

75. מדובר, בענייננו, בפגיעה חמורה, קיצונית וגסה בפרטיותה של התובעת, ובחופש שלה לפתח מערכות יחסים אינטימיות מבלי לחשוש כי אלה תתועדנה ותופצנה לציבור הרחב. הנתבע לא הראה כל טעם המצדיק סיפוקו של חופש הביטוי שלו בדרך כה פוגענית, וניתן היה לספק

מסמך זה עשוי להכיל שינויים שהוטמעו ע"י מערכת פסקדין

בנקל את הענין הציבורי בפרסום יצירתו של הנתבע מבלי לפגוע בפרטיות התובעת. דומה שלא היה נגרע דבר מערכה של היצירה, וחופש היצירה של הנתבע לא היה נפגע, לו היה הנתבע פועל להסוות את דמותה של התובעת טרם הפרסום.

הגנת תום הלב

76. ס' 18(2)(ו) לחוק הגנת הפרטיות קובע כדלהלן:

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

..

(2) הנתבע או הנאשם עשה את הפגיעה בתום לב באחת הנסיבות האלה:

... (ו) הפגיעה נעשתה בדרך של פרסום שהוא מוגן לפי פסקאות (4) עד (11) לסעיף 15 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965"

הנתבע תומך יתדותיו בס' 15(6) לחוק איסור לשון הרע, שנוסחו כדלהלן:

"הפרסום היה ביקורת על יצירה ספרותית, מדעית, אמנותית או אחרת שהנפגע פרסם או הציג ברבים, או על פעולה שעשה בפומבי, ובמידה שהדבר כרוך בבקורת כזאת - הבעת דעה על אפיו, עברו, מעשיו או דעותיו של הנפגע במידה שהם נתגלו באותה יצירה או פעולה"

ההגנות שבסעיף 15 לחוק איסור לשון הרע משקפות מקרים שונים בהם הביטוי הפוגע, או בעניינו, הפגיעה בפרטיות, משרתים אינטרסים חשובים וראויים אחרים, אשר בנסיבות מסוימות יש להעדיף על שמו הטוב של אדם או על זכותו לפרטיות (רע"א 2572/04 פריג' נ' כל הזמן, ניתן ביום 16.6.08). כך, פורשת הוראת ס' 15(6) דלעיל את הגנתה על הבעת דעה על יצירות אמנותיות, ספרותיות או מדעיות וכן על פעולה שנעשתה בפומבי. אולם אין בהגנה זו כדי להועיל לנתבע. הספר איננו ביקורת על יצירה אמנותית שהתובעת הציגה ברבים. יתר על כן, הפרסומים הפוגעים בפרטיותה של התובעת הם אלה הנוגעים למערכות יחסיה האינטימיות עם הנתבע ועם אחרים, עניינים שבצנעת הפרט, ולא אלה המתייחסים ליצירתה של התובעת או לפעולות שעשתה בפומבי. הפגיעה אף לא נעשתה בתום לב. הנתבע הועמד על כך שהתובעת מתנגדת לפרסום, ולפיכך אין הוא יכול לטעון כי סבר בתום לב שהוא רשאי לעשותו. מכאן, כי גם דינה של טענת הגנה זו להידחות.

הפרת זכות יוצרים

77. לטענת התובעת, עשה הנתבע שימוש ביצירתה האמנותית כדי לקדם את ספרו, תוך שהוא מנסה לעצמו את היצירה, יצירה מקורית וייחודית בה השקיעה חודשים רבים של מחשבה, תכנון וביצוע. יש בכך, לטענתה, משום שלילת זיקתה ליצירתה ולקניינה הרוחני. כן בחר לפרסם בספרו קטעים שלמים ממכתבים ששלחה לו, בשינויי עריכה קלים, ללא הסכמתה.

מסמך זה עשוי להכיל שינויים שהוטמעו ע"י מערכת פסקדין

78. בכל המתייחס ליצירתה, וכפי שנקבע לעיל, נתנה התובעת לנתבע הרשאה להכללת תיאור היצירה בספר. התובעת אישרה בעדותה כי הנתבע הציג בפניה פסקה מן הספר בו מופיע תיאור קונספטואלי של יצירתה. תיאור זה כולל גם תיאור ויזואלי של היצירה, ותיאור מלא של שלבי העבודה.

79. התובעת מודה, כאמור, כי הרשתה לנתבע לעשות שימוש ביצירתה בספר. יחד עם זאת היא טוענת כי בשיחותיה עם הנתבע בחודש נובמבר 2005 ובחודש אוקטובר 2007, לאחר ניתוק קשריה הזוגיים עמו, דרשה ממנו, בין היתר, שלא יעשה שימוש בספר בעבודת הגמר שלה. אף שחברתה של התובעת, שהיתה עדה לשיחה הטלפונית מאוקטובר 2007, תמכה בעדותה בטענה זו, לא שוכנעתי כי דרישותיה של התובעת בשיחותיה האמורות, התייחסו גם לשימוש בעבודת הגמר. הטעם העיקרי לכך הוא שבמכתב ב"כ התובעת לנתבעים מיום 19.2.09, בו פורטו טענות התובעת בכל המתייחס לספר לפרטים, לא הועלתה כל טענה בנוגע לזכות היוצרים ביצירה. אף שמכתב זה מעלה באופן מפורט את טענותיה הרבות של התובעת, לרבות העילות המשפטיות הצומחות מהן, הרי בכל המתייחס להפרת חוק זכות יוצרים, העלתה התובעת אך טענות בהתייחס לפרסום מכתביה בספר (ס' 15 למכתב נספח ט"ו לתצהיר התובעת). העדרה של טענה להפרת זכות יוצרים ביצירתה, למרות הנפח הרב שניתן ליצירה בספר, לצד העלאת טענה זו ביחס למכתבים, שמשקלם בספר מצומצם יותר, אינם מאפשרים לקבל את טענת התובעת בענין זה.

80. התובעת טוענת גם להפרת זכות היוצרים במכתביה. הנתבעים טוענים כי התובעת נתנה לנתבע את רשותה לעשות שימוש במכתבים, ועל כל פנים מדובר ב"שימוש הוגן" במכתבים, לפי ס' 18 ו-19 לחוק זכות יוצרים. לא מצאתי להעמיק בסוגיה זו נוכח מסקנותיי באשר לפגיעה בפרטיותה של התובעת והסעדים הצומחים ממנה, כפי שיפורטו להלן. גם אם אכן יש בפרסום המכתבים משום הפרת זכות היוצרים של התובעת, ואיני רואה צורך להכריע בכך, אין הדבר מצדיק פיצוי נוסף מעבר לפיצוי שנקבע בגין הפגיעה בפרטיותה של התובעת.

אחריות המוציאה לאור- הנתבעת 2

81. הוראת סעיף 31 לחוק הגנת הפרטיות קובעת כדלהלן:

"פורסמה פגיעה בפרטיות בדפוס...ישאו באחריות פלילית ואזרחית בשל הפגיעה גם מחזיק בית הדפוס...ומי שמוכר את הפרסום או מפיץ אותו בדרך אחרת, ובלבד שלא ישאו באחריות אלא אם ידעו או חייבים היו לדעת שהפרסום מכיל פגיעה בפרטיות".

הוראת ס' 12 לחוק איסור לשון הרע קובעת כדלהלן:

"פורסמה לשון הרע בדפוס...ישאו באחריות פלילית ואזרחית בשל לשון הרע גם מחזיק בית הדפוס...ומי שמוכר את הפרסום או מפיץ אותו בדרך אחרת, ובלבד שלא ישאו באחריות אלא אם ידעו או חייבים היו לדעת שהפרסום מכיל לשון הרע".

לטענת התובעת, הנתבעת 2 ידעה, או לכל הפחות, חייבת הייתה לדעת, כי מדובר בספר אוטוביוגרפי במובהק, המכיל פגיעה בפרטיות ולשון הרע, ולמרות זאת פעלה לפרסומו, ולפיכך היא שותפה לפגיעה בתובעת. הדבר נלמד משינויי נוסח שביקש הנתבע לעשות בחוזה ההתקשרות הסטנדרטי שנחתם בינו לבין הנתבעת 2, מידעת העורכת הספרותית של ההוצאה כי תיאורי יצירת האמנות שבספר הינם תיאורי אמת, ומדרישותיה של אשת הנתבע (דאז), מהנתבעת 2, למנוע פרסומו של הספר.

82. הנתבעת 2 טוענת כי לא ידעה, ולא היה לה יסוד לחשוש, כי האירועים והדמויות שבספר מתארים אירועי אמת או דמויות אמת, וממילא לא ידעה כי הפרסום מכיל פגיעה בפרטיות או לשון הרע.

83. התובעת לא הוכיחה כי הנתבעת 2 ידעה כי הפרסום מכיל פגיעה בפרטיות או לשון הרע. בס' 10 לחוזה שבין הנתבע לנתבעת 2, מיום 29.1.08, הצהיר הנתבע כי "יצירתו היא רומן דמיוני המתבסס בחלקו על אירועים שהתרחשו במציאות. הדמויות הנזכרות בו הן פרי דמיונו של המחבר. כל דמיון למציאות או לדמויות אמיתיות הוא מקרי בהחלט ולקוח מדמיונו של הסופר או מאנשים שהכיר במהלך חייו" (נספח א' לתצהיר מנכ"ל הנתבעת 2). מנכ"ל הנתבעת 2, אישר כי הנתבע ביקש להכניס שינויים בנוסחו המקורי של סעיף זה, וכי המשפטים "המתבסס בחלקו על אירועים שהתרחשו במציאות", וכן "כל דמיון למציאות או לדמויות אמיתיות הוא מקרי בהחלט ולקוח מדמיונו של הסופר או מאנשים שהכיר במהלך חייו" הוכנסו על ידי הנתבע. יחד עם זאת, אין במשפטים אלה, כשלעצמם, כדי להעיד על ידיעתה של הנתבעת 2 כי ספרו של הנתבע מתאר דמויות אמיתיות ואירועי אמת או פוגע בפרטיותו של מאן דהוא. גם מן המיילים שהוחלפו בין הנתבע לעורכת הספר מטעם הנתבעת 2, לא ניתן להסיק שהעורכת ידעה שהדמות הספרותית מבוססת על דמות אמיתית וקיימת. מן המיילים שהוגשו ניתן להתרשם כי העורכת ידעה, כפי שאמנם העידה, כי הספר מבוסס על חוויותיו של התובע (וראה, למשל, ת/12, ת/3), אולם לא ניתן להסיק מהם כי ידעה, כי הדמות הספרותית מבוססת על דמות קיימת, וכי מדובר ביצירה המתעדת נאמנה, וללא טשטוש זהות, את יחסי הנתבע עמה. גם שאלותיה של העורכת את הנתבע בנוגע לאירועים, או בנוגע ל"אמת של הסיפור", אינן מתפרשות כמתייחסות דווקא לאותנטיות של הדמויות או האירועים. גם פנייתה של אשת הנתבע דאז בדרישה להימנע מפרסום הספר, אין בה כדי להעיד על ידיעתה של הנתבעת 2 על פגיעה בפרטיותה של התובעת.

84. הראיה המרכזית לכך שהנתבעת 2 לא ידעה על הפגיעה בפרטיותה של התובעת טרם הפרסום, היא התנהגותה מיד לאחר שהועמדה על עובדה זו. כזכור, עם פרסום הספר, פנתה התובעת לנתבעת 2, באמצעות בא כוחה, טענה לפגיעה בפרטיותה ודרשה לחדול לאלתר מהדפסת הספר והפצתו. בתגובתה הודיעה הנתבעת 2 לתובעת כי החליטה, למען הזהירות, להפסיק זמנית את הפצת הספר, ולבקש מהרשות הקמעונאית ומן החנויות להחזיר עותקים שטרם נמכרו, וזאת עד לליבון הענין. יש לשבח את הנתבעת 2 על תגובתה המיידית ועל פעולתה המהירה להקטנת הפגיעה בתובעת. התנהגותה של הנתבעת 2 מעידה עליה כי לא

ידעה קודם לכן על הפגיעה בפרטיותה של התובעת. ברי כי לו ידעה על כך, לא היתה משקיעה משאבי כסף וזמן בהוצאת הספר רק על מנת להפסיק הפצתו מיד עם פנייתה של התובעת.

85. האם הנתבעת 2 חייבת היתה לדעת שהספר מכיל פגיעה בפרטיות? שאלה זו מעלה סוגייה נכבדה שעניינה היקף חובתה של הוצאה לאור לחקור ולדרוש באפשרות הפגיעה בפרטיות טרם הוצאתו לאור של רומן הנחזה כבדיוני. הנני סבורה כי אין לצפות מהוצאה לאור כי תבצע חקירה בנוגע לכל פגיעה אפשרית הנובעת מיצירה הנחזית על פניה כיצירה בדיונית, ואף הוכרזה ככזו ע"י מחברה, וכי לא ניתן להעמיד את ההוצאה כחוקר פרטי ביחס למקורותיהם של יצירות ספרותיות אותן היא מוציאה לאור. הטלת אחריות כזו תטיל נטל כבד ועלויות גבוהות על ההוצאה, ותרתיע מפני פרסום יצירות ספרותיות שיש בהן תועלת מרובה לציבור, רק בשל החשש לתביעות נזיקיות אפשריות. בכך עלולה להיגרם מכה קשה לספרות הבדיונית ולאינטרס הציבורי. איזון האינטרס הציבורי בחופש הביטוי הספרותי אל מול הזכות לפרטיות ולשם טוב, מחייב בחירה במבחן מצמצם להטלת אחריות על המוציא לאור, לפיו רק מקום בו חייב היה המוציא לאור לדעת, על יסוד העובדות שעמדו בפניו בעת הוצאתו של הספר לאור, כי הספר מכיל פגיעה בפרטיות, רק אז יהיה מקום לקבוע את אחריותו לנזקי הנפגע. בענייננו, לא היתה הנתבעת 2 חייבת לדעת, על יסוד העובדות שעמדו בפניה בעת הוצאת הספר לאור כפי שפורטו לעיל, כי הספר מכיל פגיעה בפרטיות בכל הנוגע לתובעת.

הסעדים

86. משנקבע כי הנתבע אחראי לפגיעה חמורה בפרטיותה של התובעת, יש לקבוע מהם הסעדים להם זכאית התובעת כתוצאה מפגיעה זו. התובעת מבקשת לאסור על פרסום הספר והפצתו, והנני סבורה כי יש להעניק לה סעד זה. הפגיעה בפרטיותה של התובעת בספר היא כה רחבה, מקיפה וחמורה עד כי לא ניתן להתיר את פרסום הספר ולהסתפק רק בהטלת פיצוי כספי. על עומק הפגיעה בתובעת עמד גם בית המשפט העליון, בדונו בהשגות הנתבע על הסעד הזמני שניתן, עת שציין כי "הספר מכיל תיאורים הנוגעים לרובד האינטימי ביותר בנפש האדם וביחסים שבינו לבינה. ככל שהדברים אכן יזוהו עם המשיבה, מדובר בפגיעה קשה ביותר בפרטיותה...ניתן לומר כבר בשלב זה, כי הפגיעה במשיבה עקב הפרסום הינה כמעט ודאית" (רע"א 5395/09, שם). יתרה מכך, התרת הפרסום היום, לאחר שזה נאסר בצו הזמני, תכה את התובעת מכה שנייה, ואולי חמורה יותר, מזו הראשונה.

87. אשר לפיצוי הכספי. התובעת טוענת כי לאחר פרסום הספר נקלעה למצב נפשי קשה. במשך שבועות בכתה ללא הפסקה. התובעת חשה תחושות של בושה, כאב, פחד ואובדן אמון, המלווים אותה מאז פרסום הספר ופוגעים גם ביחסיה עם בני משפחתה ועם בן זוגה הנוכחי. הם פוגעים גם ביכולתה להמשיך בדרכה המקצועית. גם חברתה של התובעת העידה, כי לאחר פרסום הספר היתה התובעת, במשך שבועות "כמת מהלך. היא הפסיקה ליצור, רצתה, הייתה בדיכאון קשה ובכתה המון" (ס' 13 לתצהירה).

88. התובעת הגישה חוות דעת של הפסיכולוגית, אשר טיפלה בה סמוך לאחר הוצאת הספר לאור. [חוות הדעת פרטה את הפגיעה הקיימת וארוכת הטווח שנגרמה לתובעת].

מסמך זה עשוי להכיל שינויים שהוטמעו ע"י מערכת פסקדין

89. לא ניתן לקבוע את מצבה הרפואי של התובעת כיום על יסוד חוות דעתה של הפסיכולוגית. הפסיכולוגית הודתה בחקירתה כי לא כתבה את חוות הדעת כ"פסיכולוגית פורנזית", כי לא ערכה את המבחנים המקצועיים המקובלים לשם בחינת מצבה הנפשי של התובעת, כי חוות דעתה נכתבה על יסוד פגישותיה עם התובעת בעת הטיפול בה (סמוך לאחר יציאת הספר לאור), וכי לא ערכה בדיקה נוספת של התובעת לפני מתן חוות דעתה לבחינת השינויים שחלו במצבה. יחד עם זאת, יש בעדותה של הפסיכולוגית, כמו גם ביתר הראיות, כדי להוכיח כי לאחר פרסום הספר היתה התובעת במצב נפשי קשה. התובעת חשה ערום ועריה, חשופה לקהל קוראי הספר כאילו הטמין הנתבע מצלמת וידאו בחדר המיטות שלה לכל החפץ להציץ. התובעת חשה תחושות של בושה, השפלה וביזוי, תחושה של פגיעה ע"י אדם משמעותי וקרוב, ערעור האמון בקרובים לה, תחושה של ניצול ופגיעה בדימויה העצמי. בשל הפגיעה הקשה שנגרמה לה בעקבות פרסום הספר טופלה התובעת ע"י הפסיכולוגית במשך כחמישה חודשים (25-30 פגישות). כאמור, הפגיעה, הזעם והעלבון העמוקים שחשה בעקבות הוצאת הספר ניכרו היטב גם בעת עדותה של התובעת בבית המשפט.

90. למעט בעניין הטיפול הפסיכולוגי שקיבלה (שעלותו לא צויינה), לא הוכיחה התובעת כי נגרם לה נזק ממוני בשל הפרסום. כפי שנתברר מעדותה, בינתיים עשתה התובעת תואר שני כפי שתכננה מראש, והיא זוכה להצלחה בעבודתה (בע' 49-50). נזקיה של התובעת, אם כן, הם הנזק הלא ממוני שנגרם לה בשל הפרסום. בהתייחסו לפסיקת פיצויים בגין נזק לא ממוני (בגין לשון הרע), קבע בית המשפט:

"הקשיים המיוחדים מתעוררים בכל אותם המקרים - והם מרבית המקרים - שבהם לשון הרע גורמת נזק לא רכושי. נזק זה נוגע לפגיעה בשמו הטוב של אדם, במעמדו בחברה ובהערכתו את עצמו..."

בפסיקת פיצויים בגין לשון הרע יתחשב בית המשפט, בין היתר, בהיקף הפגיעה, במעמדו של הניזוק בקהילתו, בהשפלה שסבל, בכאב ובסבל שהיו מנת חלקו ובתוצאות הצפויות מכל אלה בעתיד... יש להתחשב בטיב הפרסום, בהיקפו, באמינותו, במידת פגיעתו ובהתנהגות הצדדים" (רע"א 4740/00, שם).

בהתחשב בהיקפה של הפגיעה בפרטיותה של התובעת, בטיב הפרסום, בכמות הספרים שהופצה, בכאב ובסבל שנגרמו לתובעת, ובהתנהגותו של הנתבע אשר עמד על פרסום הספר, גם לאחר פניותיה ודרישותיה של התובעת, הנני מחייבת את הנתבע לשלם לתובעת פיצוי בסך 200,000 ש"ח.

סוף דבר

91. לסיכום, הנני מורה כי צו המניעה הזמני יהפוך לקבוע. כן הנני מחייבת את הנתבע 1 לשלם לתובעת פיצוי בסך 200,000 ש"ח בגין נזקה.

הנתבע 1 ישלם לתובעת גם את הוצאות ההליך בסך 50,000 ש"ח.

מסמך זה עשוי להכיל שינויים שהוטמעו ע"י מערכת פסקדין

התביעה נגד הנתבעת 2 - תידחה. בנסיבות הענין איני עושה צו להוצאות בהתייחס לתביעה נגד הנתבעת 2.

92. על פי בקשת התובעת, הוטל צו איסור פרסום על ההליך. הנתבע מבקש לפרסם את פסק הדין ללא שמה של התובעת. ברי כי הסרת שמה של התובעת בלבד איננו מאפשר פרסום פסק הדין, וכמו הספר, יש בתכניו כדי להוביל לתובעת. לפיכך, יהיו הצדדים רשאים לבוא בדברים על מנת לערוך נוסח מוסכם לפרסום של פסק הדין, מבלי לפגוע בצו איסור הפרסום שניתן. הנוסח המוסכם יוגש לבית המשפט עד ליום 1.11.11.

מזכירות בית המשפט תודיע לב"כ הצדדים טלפונית על מתן פסק הדין ותעביר להם העתק ממנו.

ניתן היום, י"ג תשרי תשע"ב, 11 אוקטובר 2011, בהעדר הצדדים.

חתימה