

ה"הפתעונת" והמצלמה הנסתרת: על עיתונות, פרטיות, סקרנות ומציצנות

בג"ץ 259/84 מ.י.ל.ן. – מכון ישראלי למוצר ולעסק הנבחר בע"מ

נ' רשות השידור¹

איל בנכשתי*

א. הקדמה. ב. פסק הדין. ג. על המתח בין חופש העיתונות והעניין
הציבורי לבין הזכות לפרטיות. ד. על המתח בין העדפות הציבור לבין
הערכת השופטים. ה. על מרווח התמרון הראוי למפרסמים. ו. סיכום.

א. הקדמה

פסק דינה של השופטת מרים בן-פורת בעניין מ.י.ל.ן. עוסק בסוגיית המתח בין חופש
העיתונות וזכות הציבור לדעת מחד לבין ההגנה על הפרטיות מאידך. הוא קובע שורה של
קביעות חשובות שהוסיפו לביצור מעמדם של חופש הביטוי וחופש העיתונות בישראל.
תרומתו הייחודית, ולטעמי, התרומה החשובה מכול, היא בהצבת גבולות ברורים וראויים
לכל אחד מסוגי חופש אלה בהקשר של הגבלת החדירה לפרטיות על ידי אמצעי התקשורת.
מטרות רשימה זו הן להציג את עיקרי הפסק ולבחון את נימוקיו.
בשנת 1984 הייתה חברת מ.י.ל.ן. (להלן: "החברה") חברה בעלת מוניטין בציבור כמי
שעורכת מדי שנה מחקרי דעת קהל שייעודם איתור עסקים או מוצרים מובחרים. בשל
המוניטין שצברה היו לתעודות "העסק הנבחר" שהנפיקה ערך כלכלי. עסקים שנבחרו
שמחו להתהדר בהן ושילמו לחברה עבור הזכות לעשות כן. כבכל שנה, ערכה החברה

1 פ"ד לח(2) 673 (1984) (להלן: עניין מ.י.ל.ן.).
* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים בתל-אביב. הכותב היה מתמחה של המשנה לנשיא
בן-פורת בתקופה שבה נדונה העתירה. תודה למיכאל בירנהק, לפנינה להב, לאבי לובין
ולמשה נגבי על הערותיהם המועילות.

באפריל 1984 טקס רב-רושם בהשתתפות אישי ציבור, שבמסגרתו העניקה תעודות "העסק המובחר לשנת 1984" לבעלי העסקים הגאים. כעבור כמה ימים קיבלו מנהלי החברה הזמנה להקלטה בתכנית "כלבוטק", תכנית בענייני צרכנות ששודרה באותם ימים של ערוץ טלוויזיה אחד ויחיד ב"טלוויזיה הישראלית" של רשות השידור. לדברי מנהלי החברה, בפגישה מקדימה לקראת הקלטת התכנית הוסבר להם שהשתתפותם בתכנית תכלול התייחסות לשתי תלונות על שני בתי עסק, ובמיוחד באשר לאחד מבתי העסק שבו תתמקד הכתבה. עם זאת, הוסיפו אנשי "כלבוטק", כי "יש הפתעונת נוספת והנושא אינו רציני". רק בצהרי היום שבו נקבעה הקלטת התכנית נודע לנציג החברה כי הכתבה תעסוק בהאשמה חמורה שעלולה למוטט את החברה ומנהליה: הטענה שלפיה העותרת מחלקת תעודות "העסק המובחר" בעבור בצע כסף. ההאשמה הייתה מגובה בצילומים ובהקלטות של שיחות ופגישות עם סוכנת החברה שצולמו ללא ידיעתה. מחמת קוצר הזמן עד לשידור לא היה סיפק בידי הנציג לברר את העניין, כדי להגיב כהלכה, ועל כן הגיב באופן ספונטני. כעבור כשעה הגיע לאולפן מנהל אחר בחברה עם מידע נוסף נחוץ לתגובה אך הוא לא הורשה להגיב. לטענתו, עורך התכנית, מר רפי גינת, סירב באומרו "איני מדבר עם גנבים ונוכלים". בתצהירו ציין מר גינת, כי סירב לבקשת התגובה מכיוון "שהתכנית כבר סגורה ולא ניתן טכנית להקליט אותה מחדש"².

החברה ומנהליה ביקשו למנוע את שידור הכתבה. מאחר שמדובר ברשות השידור, גוף ציבורי הפועל על פי דין, הם הגישו עתירה לבג"ץ, ובמסגרתה ביקשו גם צו ביניים למניעת שידור הכתבה. בעתירה הציגו העותרים שורה של טענות הנוגעות ל"אופי הפלילי" של הדרכים שנקטו מפיקי התכנית, ובכלל אלה התחזות של איש רשות השידור לאדם שמבקש לקבל תעודה פיקטיבית; שיחות שכנוע ו"הדחה" שערך אותו אדם עם סוכנת החברה; הטעיה ואפילו מרמה; וכן צילומים והקלטות סתר ופגיעה בפרטיות. צו הביניים שהוצא בוטל כעבור 12 יום כאשר נדחתה העתירה. בהחלטת הדחייה צוין כי המשיבים הצהירו כי יתנו למנהלי החברה הזדמנות להסביר את עמדתם מיד עם תום שידור הכתבה.

ב. פסק הדין

פסק דינה של המשנה לנשיא מ' בן-פורת (שאליו הצטרפו השופטים א' ברק וא' גולדברג) הוא בבחינת מעט המחזיק מרובה, כמו טקסט תלמודי מורכב. על כן המסגרת המצומצמת של הערה זו לא תוכל לעשות צדק עם מגוון הנושאים הנדונים בו. בתוך תשעה עמודים של

2 תיאור העובדות לקוח מעניין מ.י.ל.ן., שם, בעמ' 676–678.

ה"הפתענות" והמצלמה הנסתרת: על עיתונות, פרטיות, סקרנות ומציצנות

דיון מצויה התייחסות לשורה של סוגיות: סמכות הפיקוח של בג"ץ על תוכן השידורים של רשות השידור³; האחריות של רשות השידור לשמור על חירות הביטוי; הדרך שבה מוסדות הרשות צריכים להתנהל⁴; כפיפותם של עובדיה לדין ככל האדם⁵; ההבחנה בין מניעה מוקדמת של הביטוי לבין מתן פיצויים בדיעבד⁶; הקביעה כי גוף משפטי נמצא מחוץ לתחום חיי הפרט הראויים להגנה, וכי חוש הצדק מחייב מתן הזדמנות נאותה לעותרת להגיב על הכתבה⁷; ובמיוחד ההבחנה החשובה בין הדרך שבה הושג המידע לבין ההגבלות על פרסומו⁸.

החלק המרכזי בפסק הדין עוסק בסוגיה המרכזית והעקרונית של המתח בין חופש העיתונות וזכות הציבור לדעת מחד לבין ההגנה על הפרטיות מאידך. המשנה לנשיא קובעת:

"גם אלמלא קיומו של חוק הגנת הפרטיות, שומה היה על רשות השידור לשקול בסבירות ובתום לב, בכל מקרה נתון, את העניין הציבורי הכרוך בפרסום מידע מסוים מבחינת תוכנו, מול הפגיעה הכרוכה בפרסום זה

3 "רשות השידור היא גוף סטטוטורי, הממלא תפקיד ציבורי על-פי דין, ומכאן סמכותנו לפקח על מעשיה ומחדליה [...] סמכותו של בית-משפט זה לפקח על החלטותיה של רשות השידור, כמו על אלה של רשות שלטונית או ציבורית אחרת, מהבחינות המקובלות בתחום זה, נעלה היא מספק". שם, בעמ' 679.

4 "אין זה רצוי שתהיה התערבות יומיומית בשידורים מצד מוסדות הרשות. מדובר בהכוונה כללית, אם כי במקרה שמועלית תלונה מוחשית בנושא מרכזי או רגיש מבחינה ציבורית, או בעלת חשיבות מיוחדת, יש מקום שמוסדות אלה יטלו לידם את ההכרעה". שם, בעמ' 686.

5 "לא רק חוק העונשין אלא גם חוק הגנת הפרטיות וחוק האזנת סתר אינם מחילים על אנשי תקשורת או עיתונאים כללים שונים מאלה החלים על כל אזרח, ולו גם בכל הנוגע לדרכים להשגת מידע שלציבור יש עניין בו". שם, בעמ' 681.

6 "אם תוכן המידע הוא כזה, שרצוי להביאו לידיעת הציבור, אין מונעים, בדרך-כלל, את פרסומו בשל האמצעים בהם הושג. הטוען, כי שידור, כפי שהוכן, נוגד את החוק, תרופתו כרגיל היא במסגרת הליכים אזרחיים או פליליים, לפי העניין". שם, בעמ' 682.

7 שם, בעמ' 685–686.

8 "חופש הביטוי ואיסוף מידע לצורך כתבה עתונאית אין פירושו היתר לעבור עבירות פליליות או לבצע עוולות אזרחיות. המבצע מעשים כאלה צפוי לתת עליהם את הדין [...] אולם [...] אין בהכרח קשר בין האמצעים שננקטו לשם השגת מידע לבין השימוש במידע זה, כשם שאין בהכרח קשר בין דרך השגת ראייה לבין קבילותה". השופטת מדגישה: "חזרתי והדגשתי את המלה 'בהכרח', שכן קיימים, לעתים, שיקולים המצדיקים את כריכת הפרסום בדרך בה הושג המידע". שם, בעמ' 681–682.

בפרטיות של הנוגע בדבר, ואם בשיקוליה אלה היה נופל פגם לפי המבחנים, שנקבעו בבית־משפט זה, ייתכן שהיה מקום להתערבותנו⁹.

בשלב הדיוני המקדמי הניח בית המשפט כי המידע שברשות "כלבוטק" אמת הוא, אך גם הניח שהמידע הושג תוך פגיעה בפרטיות של אנשי החברה. יש לזכור שלא הייתה כל טענה שהפגיעה בפרטיות כללה חדירה לרשות היחיד¹⁰. בהינתן הנחות אלה והצורך לאזן בין העניין הציבורי בפרסום לעומת הפגיעה בפרטיות הכרוכה בו, נדרשה המשנה לנשיא לבחינה מדוקדקת של העקרונות החולשים על האיזון. נקודת המוצא העקרונית, כך סברה, היא של חופש העיתונות:

"הלכה פסוקה היא, שאם מדובר בחופש הפרסום או השידור, ינהג בית־משפט זה בריסון רב ויתערב רק בנסיבות קיצוניות (כגון, שעולה מהן סכנה מוחשית וקרובה לוודאי לשלום הציבור הרחב או אי־חוקיות ברורה וגלויה [...]) השימוש בזכות הפיקוח והבקרה של בית־משפט זה, כאשר נשקלת התערבות בחופש הפרסום, צריך, איפוא, להיות זהיר ונדיר"¹¹.

נקודת מוצא זו גודרת כי:

"יש לאינטרס הציבורי חשיבות מרכזית, הדוחה מפניה, במקרים רבים ובתחומים שונים, את ההתחשבות בפרטיות הנפגע. לפיכך, אם אין לציבור אינטרס לדעת, אסור לפרסם דבר הפוגע בפרטיות"¹².

העניין הציבורי מושתת על אמיתות תוכנו של המידע ועל האינטרס הלגיטימי של הציבור בו:

9 שם, בעמ' 684.
 10 מובן שבמקרה כזה משקל ההגנה על הפרטיות יהיה גדול יותר, אם כי לא בהכרח מכריע. בשנת 1999 קבע בית המשפט העליון בארצות־הברית שלחופש העיתונות אין כל משקל כשמדובר בחדירה לרשות היחיד, ולכן המשטרה הפרה את הוראות החוקה כאשר הזמינה עיתונאים להתלוות אליה בעת ביצוע צווי חיפוש. לדברי שופט בית המשפט העליון רנקוויסט (Rehnquist), שכתב בשם כל חברי ההרכב, חשיבותו של התיקון הראשון לחוקה, המגן על חופש העיתונות, ברורה, אולם גם התיקון הרביעי מגן על זכות חשובה מאוד, ובמקרה כזה של ביצוע צווי חיפוש יש חשיבות רק לתיקון הרביעי, ואין כל משקל לחופש העיתונות: Wilson v. Layne, 526 U.S. 603, 612 (1999).
 11 ראו עניין מ.י.ל.ן., לעיל ה"ש 1, בעמ' 680.
 12 שם, בעמ' 684; ראו גם ס' 18 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

ה"הפתעונת" והמצלמה הנסתרת: על עיתונות, פרטיות, סקרנות ומציצנות

"אם תוכנו של פרסום הוא אמת – וזה (היינו, התוכן) הוא כאמור המבחן לאינטרס הציבור – משמש הדבר ממילא הגנה למפרסם, כאשר מדובר בנושא בעל צביון ציבורי, ואפילו בנושא בעל אופי פרטי (כגון, על אדם בעל תפקיד ציבורי) אם לציבור אינטרס לגיטימי לדעת את הפרטים המתפרסמים"¹³.

ומכאן המסקנות הקונקרטיות: תוכן הכתבה אמת, על פי הנחת המוצא; פעילות החברה בתחום סקר דעת הקהל ופרסום תוצאותיו "מעצם טיבה וטבעה [היא] בעלת צביון ציבורי"; "מכאן, שיישומן הנכון של תוצאות הסקר הוא בעל חשיבות ציבורית בולטת. מכאן גם האינטרס הלגיטימי של הציבור לדעת על כל סטיה מיישום כזה"¹⁴. השימוש בהטעיה, בהפתעה ובהקלטות סתר בידי עורכי "כלבוטק" לא פגמו בעניין הציבורי במידע. להפך, מעשים אלה תרמו מידע רלוונטי שהוסיף להבנת דפוס התנהגותם של אנשי החברה. מנימוקים אלה נדחתה העתירה לצו שיאסור על שידור התכנית, אם כי כמובן נותרה פתוחה האפשרות למצות את התרופות "כרגיל [...] במסגרת הליכים אזרחיים או פליליים, לפי העניין"¹⁵.

13 שם, בעמ' 684. יש לציין כי המשנה לנשיא אינה מפנה כאן להגדרת "העניין הציבורי" כפי שאומצה בע"א 213/69 חברת החשמל לישראל בע"מ נגד עתון "הארץ" בע"מ, פ"ד כג(2) 91, 87 (1969), ואולי לא במקרה. אותה הגדרה, שפסיקה מאוחרת חזרה עליה (ע"א 439/88 רשם מאגרי מידע נ' ונטורה, פ"ד מח(3) 826, 808 (1994); רע"א 3614/97 אבי יצחק נ' חברת החדשות הישראלית, פ"ד נג(1) 57, 26 (1998)), רואה "עניין ציבורי" כ"מתייחס רק לפרסום המביא עמו משום תועלת לציבור, ולא די שיש בפרסום משום 'עניין לציבור', שיש בו לעתים אך כדי 'לספק מזון לסקרנים או למלא יצרם של רכלנים'". עניין חברת החשמל לישראל, שם, בעמ' 91. הפסיקה המאוחרת אימצה בהקשר זה את הגדרתו של זאב סגל, שלפיה "פרסום עשוי להביא תועלת לציבור אם תורם הוא לגיבוש דעתו בעניינים ציבוריים, ואם יש בו כדי לגרום לשיפור אורחות חייו". זאב סגל "הזכות לפרטיות למול הזכות לדעת" עיוני משפט ט 175, 196 (1983). המושג "תועלת לציבור" עלול להתפרש באופן צר מדי. כפי שמציינים גם בתי המשפט בארצות-הברית, בגרמניה ובבריטניה (ראו להלן ה"ש 18, 24 ו-30) גם למידע בידורי יכול להיות ערך ציבורי, ולו בעקיפין. השיח הציבורי לא נועד אך ורק להעברת מסרים "מועילים". השוו: רות גביון "הזכות לפרטיות וזכות הציבור לדעת" זכויות אזרח בישראל – קובץ מאמרים לכבוד השופט חיים כהן 177, 207–214 (רות גביון עורכת, התשמ"ב) ("קשת המטרות לשמו נחוץ מידע הוא רבגוני ביותר"). פסק הדין מפנה למאמר זה. ראו עניין מ.ל.ל., לעיל ה"ש 1, בעמ' 685.

14 שם, בעמ' 682.

ג. על המתח בין חופש העיתונות והעניין הציבורי לבין הזכות לפרטיות

בשנת 1984 זכתה התכנית "כלבוטק" לאחוזי צפייה ניכרים, ולו בשל העובדה שבאותם ימים שידר רק ערוץ טלוויזיה אחד לציבור בישראל. תכנית זו הייתה פופולרית במיוחד, מכיוון שהיא שילבה גילויים על בעלי עסקים ונותני שירותים לא הגונים, עם דרמה אנושית שתיבלה את הגילויים: המצלמה הנסתרת, הבעות הפנים המופתעות של מי שנתפס בקלקלתו וקולו הרועם והדרמטי של עורך ומגיש התכנית. יש יסוד סביר להניח שהאנשים שמעלליהם הוקעו בתכנית ספגו מיד פגיעה כלכלית וחברתית שבמקרים לא מעטים הייתה אנושה. ציבור הצופים היה כמובן מודע להשלכות קשות אלה, ומודעות זו העצימה את הדרמה והגבירה את העניין. כאשר נוספו במהלך השנים ערוצי שידור התברר שתכניות מעין זו, כמו גם תכניות אחרות החושפות אנשים בחולשתם או בקלקלתם, אהודות מאוד בציבור. וככל שגברה התחרות בין ערוצים על אחוזי צפייה כך גבר השימוש במצלמה הנסתרת ובשאר שיטות שונות ומגוונות שבאמצעותן התוודעו הצופים לפרטים אינטימיים של זולתם. בכלל הסתבר שהציבור הוא צרכן נלהב של פרטים אישיים של הזולת, בייחוד אם מדובר באנשים שמעמדם הפוליטי, הכלכלי או החברתי ייחד אותם מהשאר. עיתונים גילו שתפוצתם עולה לאין שיעור אם הם מפרסמים מידע על ידוענים, ובמיוחד תמונות שלהם. העניין בידוענים – אנשים שהם זרים לרוב הציבור, אך התקשורת הופכת את חייהם למוכרים לכול באופן שמאפשר לזרים לפתח כלפיהם רגשות הזדהות, הערצה או שנאה – גבר בישראל, כמו בשאר חלקי העולם המערבי¹⁶.

צורך אנושי זה לחדור בעד מסך האנונימיות ולצפות באנושיותו של הזולת – היא זה פוליטיקאית, ספורטאי, או נוכל – קרא עם הזמן למערכת המשפט להציב גבולות ראויים לתקשורת בחדירתה לתחום הפרט ובחשיפתו. פסק הדין נשוא רשימה זו היה מבחינה זו סנונית ראשונה. בארץ היה זה פסק הדין הראשון ועד כה האחרון בסוגיה¹⁷; אך גם בעולם ההתייחסות השיפוטית לנושא הייתה באותה עת עדיין בחיתוליה. בית המשפט העליון בארצות-הברית נמנע עד היום מלדון בנושא באופן ממצה, והסתפק בפסיקה נקודתית

16 ראו: Lawrence M. Friedman, *The One-Way Mirror: Law, Privacy and the Media*, 82 WASH. U. L. REV. 319 (2004), available at ssrn.com/abstract=526262 (נבדק לאחרונה ב-28.10.2010).

17 ראו לאחרונה רע"א 6902/06 צדיק נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ (פורסם בנבו, 13.8.2008), שבו השתית בית המשפט את החלטתו לקבל את התביעה בטענה של פגיעה בפרטיות, על הבטחתו של הצלם לתובע להימנע מפרסום התמונה.

ה"הפתעונת" והמצלמה הנסתרת: על עיתונות, פרטיות, סקרנות ומציצנות

שהותירה את המלאכה לבתי המשפט של המדינות השונות, במסגרת תביעות בנוזקין¹⁸. בשנים האחרונות נקראו כמה בתי משפט באירופה אל המדוכה לדיון מעמיק במתח בין חופש העיתונות מחד לבין הזכות לפרטיות מאידך. הדיון הניב מחלוקות אך גם הסכמות ותובנות חשובות. הסקירה שתובא להלן תתאר את עיקרי הדיון על הנמקותיו ותוצאותיו. בעשור האחרון הטרידו את אירופה שלוש פרשיות שעסקו בגבולות הפרטיות. הפרשה הראשונה עניינה הנסיכה דיאנה מבריטניה, שנהרגה בתאונת דרכים בניסיונה לחמוק מצלמים שדלקו אחר מכוניתה. הפרשה השנייה עסקה בנסיכה קרוליין ממונקו, שעיתונים בגרמניה נהגו לפרסם תמונות רבות שלה, עד שבית המשפט האירופי לזכויות האדם הציב לכך גבול. הפרשה השלישית עניינה פרסום כתבה על ניסיונותיה של הדוגמנית נעמי קמפבל להיגמל מסמים. לדעת רוב שופטי בית הלורדים, היוותה הכתבה פגיעה לא ראויה בפרטיותה.

עקב נסיבות מותה של הנסיכה דיאנה נדרשה העצרת הפרלמנטרית של מועצת אירופה לדיון בנושא כדי לחזק את ההגנה על הפרטיות. העצרת מצאה שאין מקום לשנות את האמנה האירופית לזכויות אדם לשם כך, בשל ההגנה הקיימת בסעיף 8 של האמנה¹⁹. תחת זאת היא פרסמה החלטה²⁰ (שהיא בגדר המלצה לא מחייבת) הקוראת לממשלות של המדינות החברות לנקוט צעדים שיבטיחו את ההגנה על הזכות לפרטיות – זכות המוגדרת בהחלטה כ"זכות האדם לחיות את חייו עם התערבות חיצונית מינימלית, ולשלוט על המידע

18 המבחן המקובל בריסטייטמנט האמריקני הוא, בדומה להלכת מ.י.ל.ן., אם התוכן היה בגדר חדשה ראויה לפרסום ("Newsworthy"). אלא שכפי שציין בית המשפט העליון של קליפורניה שפירש מונח זה בשנת 1998, בית המשפט העליון של ארצות-הברית לא ניצל הזדמנויות שנקרו בפניו כדי להבהיר את המבחן העקרוני של "Newsworthiness" או כדי להציע בסיס תאורטי רחב שיסייע בהגדרה של כלל חוקתי: 18 Shulman v. Group W Productions, Inc., Cal. 4th 200, 219 (1998). כשלעצמו הגדיר בית המשפט בקליפורניה את המבחן באופן הבא: "[A] publication is newsworthy if some reasonable members of the community could entertain a legitimate interest in it" (at Cal. 225).

19 האמנה האירופית לזכויות האדם משנת 1950 קובעת בס' 8: "1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others"

20 Resolution No. 1165 (1998) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on the right to privacy, available at assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta98/eres1165.htm (נבדק לאחרונה ב-30.10.2010).

האישי שלו²¹. ההחלטה מציבה את שתי הזכויות המתנגשות – ביטוי מחד ופרטיות מאידך – כזכויות שוות מעמד²², ומדגישה את הצורך באיזון ביניהן, תוך שהיא מותחת ביקורת מרומזת על התקשורת.

החלטה זו הדהדה כמה שנים מאוחר יותר בפסק דינו של בית המשפט האירופי לזכויות האדם²³. הפעם הייתה זו עתירתה של נסיכה אחרת, הנסיכה קרוליין ממונקו, שתביעתה לצו מניעה נגד פרסום תמונותיה בעיתונות נדחתה בבתי המשפט בגרמניה. מדובר בהחלטה תקדימית בשני מובנים. המובן הראשון הוא המובן המהותי: בית המשפט האירופי המשיך את הקו שהתוותה העצרת הפרלמנטרית, בהתייחסו לחופש הביטוי ולזכות לפרטיות כזכויות שוות משקל. בהתאם לכך הוא קבע שהנסיכה קרוליין זכאית להיות מוגנת מפלישת צלמי הפפראצי לחייה גם כאשר היא יוצאת מד' אמות ביתה. המובן השני להיות ההחלטה תקדימית נעוץ במישור המוסדי: בית המשפט האירופי חרג ממנהגו בקבעו שבית המשפט החוקתי הגרמני, שנגדו עתרה הנסיכה, פסק באופן שאינו מתיישב עם האמנה האירופית לזכויות האדם²⁴.

21 ובשפת המקור: "[T]he right to live one's own life with a minimum of interference [and] the right to control one's own data"; ס' 4 ו-5 להחלטה. על הגבלת הנגישות לאדם כבסיס לזכות לפרטיות ראו, Ruth Gavison, *Privacy and the Limits of the Law*, 89 YALE L.J. 421, 428-471 (1980), על הזכות לשלוט במידע על אודותיו ראו מיכאל בירנהק "הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" **משפט וממשל** יא 9, 41 ואילך (2007).

22 ראו החלטה 1165, לעיל ה"ש 20: "11. The Assembly reaffirms the importance of every person's right to privacy, and of the right to freedom of expression, as fundamental to a democratic society. These rights are neither absolute nor in any hierarchical order, since they are of equal value"

23 Von Hannover v. Germany, [2004] E.M.L.R. 21 ECHR (*available at* cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=52&portal=hbkm&=html&highlight=GERMANY&sessionid=61325783&skin=hudoc-en)

24 פסק הדין של בית המשפט החוקתי הגרמני מיום 15 בדצמבר 1999; עיקריו מובאים בתרגום לאנגלית בפסק דינו של בית המשפט האירופי. שם, פס' 25; למחרת פרסום פסק הדין של בית המשפט האירופי הכריז העיתון הגרמני החשוב פרנקפורטר אלגמינה צייטונג כי "מעל קרלסרוה [העיר בה יושב בית המשפט החוקתי הגרמני] יש לא רק שמיים כחולים". Nicolas Nohlen, *Von Hannover v. Germany* (case note), 100 AM. J. INT'L. L. 196, 198 (2006). המתח בין שני מוסדות נכבדים אלה עדיין לא פג: לאחרונה רמז בית המשפט החוקתי הגרמני שפסיקת עמיתו האירופי ראויה להתחשבות, אך לא בהכרח לציות: Görgülü v. Germany [2007] ECHR 74969/01 (BVerfGE 111, 307) Decision: 2 BvR 1481/01, 14 October 2004 (*available at* www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20041014_MatthiasHartwig_MuchAdoAbout; (30.10.2010) (נבדק לאחרונה 2bvr148104en.html *Human Rights: The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rights*, 6 GERMAN L.J. 869 (2005).

הפער בעמדות שני בתי המשפט הללו נובע מהמשקל היחסי שכל אחד מהם נותן לערכים המתנגשים. בית המשפט הגרמני נותן עדיפות לחופש הביטוי ולזכות הציבור לדעת, באמרו כי חופש העיתונות וחופש יצירת הדעה מחייבים להעניק לעיתונות מרווח מספיק של תמרון במסגרת החוק כדי שזו תוכל לקבוע, בהתאם למדיניות הפרסום שלה, מה מהווה עניין לציבור. זאת, עד כדי מתן עדיפות לאינטרס הציבורי במידע על פני ההגנה על הספרה הפרטית²⁵. לדעת בית המשפט הגרמני, יש ערך ציבורי לא רק להעברת מידע אלא גם לדרמה שמלווה אותו. לדידו, דרך העברת המידע היא חשובה כשלעצמה. גם לדיון שערורייתי יש ערך מאחר שהוא מציף על פני השטח נושאים הראויים לליבון חברתי. זאת ועוד, יש אנשים שרק בזכות הסנסציה והדרמה נחשפים למידע²⁶. דרך חייהם והתנהגותם של פוליטיקאים וידוענים הם נתונים בעלי חשיבות לציבור שמבקש לתהות על קנקנם כמקבלי החלטות (במקרה של פוליטיקאים) או רואה בהם דוגמאות לחיקוי. מאידך, דרך חייהם של אחרים אינה בהכרח עניינו של הציבור. לכן, למשל, כאשר מתעוררת שאלה של פרסום תמונות של ידוען בחברת לא ידוענים, יש לבחון אם הפרסום הוא בעל עניין חיוני (Essential Interest) לציבור ואם הוא מטופל באופן רציני ואובייקטיבי או שמא הפרסום נועד אך ורק כדי לספק את סקרנות הציבור. גישה זו הובילה את בית המשפט לקבוע כי הזכות לפרטיות של ידוענים, המוגדרת כ־"par figures of contemporary society", מוגבלת למקומות מבודדים מהציבור. לפיכך, משפסעו לרשות הרבים מותר לצלמם בכל מצב שבו יהיו ולאן אשר יפנו.

בית המשפט האירופי לזכויות אדם סבר כאמור אחרת²⁷. בהתבסס על נקודת המוצא של שוויון במעמד שני הערכים – חירות ופרטיות – הוא גזר את מבחן האיזון הראוי, מבחן שבדומה לפסיקה בעניין מ.י.ל.ן. מעריך את מידת התרומה של המידע לדיון שבו יש עניין

25 "The kernel of press freedom and the free formation of opinions requires the press to have, within legal limits, sufficient margin of manoeuvre to allow it to decide, in accordance with its publishing criteria, what the public interest demands [...] In the event of an overriding public interest in being informed, the freedom of the press can even [...] be given priority over the protection of the private sphere" *Hannover v. Germany*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 11, 12.

26 "[M]any readers obtain information they consider to be important or interesting from entertaining coverage [...] Entertainment can also convey images of reality and propose subjects for debate that spark off a process of discussion and assimilation relating to philosophies of life, values and behaviour models". שם, בעמ' 9–10.

27 ש.ם.

ציבורי²⁸. מידת התרומה לדיון הציבורי לא נקבעת לפי הביקוש (העצום!) למידע, אלא נמסרת לשיקול דעתו של בית המשפט. בהפעלת שיקול דעת זה יבחן בית המשפט משתנים כגון זהות האדם המצולם ותפקידיו הציבוריים. בית המשפט יתעלם מהערך הרב שיש למידע על האדם בשוק התקשורת, כפי שבא לביטוי בצבא הפראצי שרודפים אחריו. גם לאישיות ציבורית יש זכות לבוא ברשות הרבים מבלי שכל צעדיה יתועדו ויפורסמו²⁹. גם לכתבה שפרסם עיתון ה"דיילי מירור" הלונדוני על הגב' נעמי קמפבל היה ביקוש רב. הדוגמנית הידועה – "אפילו השופטים יודעים מי היא נעמי קמפבל", כתבה (בפליאה?) ליידי הייל, שופטת בית הלורדים³⁰ – הוצגה בכתבה כמכורה לסמים וכמי שמנסה להיגמל מהם באמצעות ביקורים במכון לגמילה בעל השם (האירוני במקרה זה) "מכורים אנונימיים" ("Narcotics Anonymous"). גם תמונתה שצולמה במצלמה נסתרת מחוץ למכון הגמילה פורסמה, וכך יכלו הקוראים לזהות את מיקום המכון. התביעה שהגישה קמפבל נגד העיתון התבססה בעיקר על הפגיעה בפרטיותה. כל חמשת חברי ההרכב הסכימו על העקרונות הכלליים: קיומו של מתח בין זכויות היסוד השונות ומעמדן השווה, והגדרת המבחן לפתרון המתח כמי שעיקרו השאלה אם יש במידע עניין ציבורי. המחלוקת נפלה בשלב של יישום העקרונות על הפרסום הקונקרטי. כל חברי ההרכב הסכימו שהמידע הנוגע לצריכת הסמים הוא מידע פרטי הראוי להגנה, ולכן הייתה פגיעה בפרטיותה של קמפבל. כל חברי ההרכב גם הסכימו שפגיעה זו הייתה מוצדקת ככל שזו עסקה בעצם התמכרותה של הדוגמנית לסמים ובניסיונה להיגמל מכך. ההצדקה לפגיעה התבססה על יחסי הגומלין המורכבים שהידוענית פיתחה עם התקשורת במהלך השנים, יחסים שיצרו עניין ציבורי בחייה והפכו אותה למודל לחיקוי עבור צעירות רבות, ובעיקר בשל העובדה שהדוגמנית עצמה העלתה בעבר את הנושא לדיון ציבורי כאשר הצהירה שבניגוד לרוב חברותיה היא אינה מכורה לסם. המחלוקת בין השופטים התמקדה בעניין הציבורי בפרטי מידע נוספים שנכללו בכתבה: זהותו של מכון הגמילה, הפרטים הנוגעים לניסיון הגמילה (אורכו ומידת האינטנסיביות שלו), ותמונה שלה עוזבת את המכון (ממנה אפשר לזהות את מיקומו של המכון). שלושת שופטי הרוב קבעו כי פרטי מידע אלה אינם מעניינו של הציבור. בולט בעמדת שופטי הרוב המשקל שהם נתנו להשפעת המידע על האדם שפרטיותו נפגעת.

28 "[The decisive factor in balancing the protection of private life against freedom of expression should lie in the contribution that the published photos and articles make to a debate of general interest". שם, בעמ' 28.

29 שם, בעמ' 28.

30 פס' 127 לפסק הדין: [2004] Campbell (Appellant) v. MGN Limited (Respondents) UKHL 22 (להלן: עניין *Campbell v. MGM Limited*).

ה"הפתעונת" והמצלמה הנסתרת: על עיתונות, פרטיות, סקרנות ומציצנות

במקרה זה, סברו השופטים, חשיפת המידע ובייחוד התמונה, ימנעו מגב' קמפבל את המשך הטיפול הרפואי שהיא זקוקה לו. במילים אחרות: במסגרת בדיקת העניין הציבורי יש לשקול לא רק את העניין הציבורי בגילוי המידע, אלא גם את העניין שיש לאדם שפרטיותו נפגעת באי-גילוי המידע. יתר על כן, הם הדגישו כי בבחינת מידת הפגיעה באדם יש להביא בחשבון לא את נקודת ההשקפה של צרכן התקשורת הסביר, אלא את זו של האדם הסביר, בעל הרגישויות הרגילות, שבפרטיותו פוגעים. אחד השופטים הוסיף התייחסות לצילום נסתר, גם אם נעשה ברשות הרבים: לדידו, אדם סביר בעל רגישויות רגילות יכול לחוש אי-נחת עקב פרסום תמונות כאלה או אף מצוקה בשל התחושה של הימצאות במעקב.

עמדת שופטי המיעוט הייתה אחרת. הם סירבו לראות בשלושת פרטי המידע הנוספים פרטים בעלי חשיבות מיוחדת לתובעת: זהות המכון אינה מעלה ואינה מורידה לדעתם, ורק חדי עין יכלו להבחין בתמונה במיקומו של המכון. הלורד הופמן, אחד משני שופטי המיעוט, הוסיף והדגיש את מרווח התמרון שיש להעניק לעורכי העיתון: אם בין השופטים בערכאות השונות הייתה מחלוקת, מה אפשר לדרוש מעורכי עיתון העובדים בלחץ של זמן ובהיעדר מידע מלא?

סקירה זו מעוררת כמה שאלות עקרוניות שאגע בהן בקצרה בהמשך. היא מצביעה על העובדה שיש בין השופטים הסכמה רחבה – אם כי לא מוחלטת – בדבר הצורך בבדיקה קפדנית של העניין הציבורי שבתוכן המידע, גם אם אין הסכמה בעניין המבחן שיש להציב בנוגע לאיזון הראוי בין ביטוי לפרטיות. בדיקה קפדנית של העניין הציבורי מחייבת פירוק הידיעה התקשורתית לרכיביה השונים ובחינה מפורטת, כדברי המשנה לנשיא בן-פורת, "אם לציבור אינטרס לגיטימי לדעת את הפרטים המתפרסמים"³¹ בנוגע לכל אחד ואחד מהרכיבים, תוך התייחסות לזהותו של האדם שעליו מבקשים לפרסם פרטים. כך בפרשת מ.י.ל.ן. יש לבחון בנפרד את המידע הנוגע לדרך פעולתה של החברה, את המידע המתקבל מצילומי המצלמה הנסתרת ואת המידע שמכיל את תגובתו המבוהלת של מנהל החברה שעומד נדהם מול המצלמות. כפי שאירע בפרשת מ.י.ל.ן., המצלמה הנסתרת והריאיון המביך תרמו לחשיפת דרך פעולת החברה, ולכן היה עניין ציבורי בשידורם. אולם במקרים אחרים יכול שמידע זה לא יספק יותר מאשר את יצר המציצנות, ובמקרה כזה, למרות הערך הכלכלי שלו, לא יהיה לציבור אינטרס לגיטימי לקבל מידע זה.

מסגרתה המצומצמת של רשימה זו אינה מאפשרת ליבון של הערכים המתנגשים בעימות בין חופש הביטוי לבין הזכות לפרטיות, ודיון בשאלה מהי נוסחת האיזון הראויה לפתרון המתח ביניהם. אדון אפוא בקצרה רק בהיבטים המוסדיים של השאלה, שעניינם

31 עניין מ.י.ל.ן., לעיל ה"ש 1, בעמ' 684.

זיהוי הגורם שראוי שיהיה זה שיאזן בין הערכים המתנגשים. במילים אחרות: אבחן את השאלה מה מידת ההתערבות השיפוטית הראויה בהעדפות הציבור ובשיקול דעת המפרסמים.

ד. על המתח בין העדפות הציבור לבין הערכת השופטים

השופטים רואים עצמם מחויבים לקבוע גבולות קונקרטיים לחופש העיתונות לשם ההגנה על הפרטיות. משימה זו מחייבת אותם להבחין בין מה שהציבור רוצה – ואפילו משתוקק לו! – לבין מה שלגיטימי מצדו לרצות³². זוהי לכאורה עמדה פטרנליסטית, שלא לומר אליטיסטית: השופטים אמורים להתעלם מהעניין שהנושא מעורר בציבור, ולהתמקד במה שלדעתם הוא מידע בעל עניין ציבורי.

קל לתקוף עמדה זו. כפי שראינו, בית המשפט החוקתי הגרמני מציג טיעון משמעותי כנגד עמדה זו: עצם העובדה שהציבור מתעניין במידע כלשהו – ויהיה זה מידע טריוויאלי, מידע שבעיני השופטים הוא בידור גרידא – מהווה תרומה לדיון הציבורי. בקרב רבים בציבור, דווקא התקשורת הבידורית יכולה לתרום לגיבוש דעות יותר מאשר מידע עובדתי. הבידור יכול גם לחולל דיון בשוק הרעיונות שיוביל את המשתתפים בו לרכוש מידע מדויק ודעות מגובשות. זהו טיעון בדבר קוצר ידה של ההערכה השיפוטית. טיעון מרחיק לכת יותר יהיה הטיעון הדמוקרטי, שאותו מציגים ערוצי התקשורת בחדווה: העם דורש מידע, ואנו נענים לדרישה. טיעון נוסף נסמך אף הוא על הטיעון הדמוקרטי: ללא היענות לדרישת העם לא יוכלו עיתונים וערוצי שידור מסחריים לשרוד, וקיומם של אלה חיוני למשטר דמוקרטי³³.

טיעונים אלה מזכירים ויכוחים אחרים, מימים עברו, שהוכרעו כבר. למשל, הוויכוח בנוגע להפרדה גזעית או אתנית. נטען שרוב הציבור מעוניין בהדרת המיעוט; נטען שהרוב ידיר רגליו מעסקים שישרתו גם מיעוטים; נטען שבית המשפט לא יידע להעריך נכון מתי מתקיימים אותם חריגים, שבהם מותר להבחין בין פרטים על בסיס אתני או אחר בשל אופי השירות או המוצר. הוא הדין בוויכוח בנוגע להפליה על בסיס מגדר. זכורה למשל הטענה

32 להבחנה, ולדיון בגבולות הלגיטימיות של העניין הציבורי, ראו Gavison, לעיל ה"ש 13, בעמ' 204–217.

33 כפי שציין הלורד הופמן, שופט המיעוט בעניין *Campbell v. MGN Limited*, לעיל ה"ש 30, פס' 77: "We value the freedom of the press but the press is a commercial enterprise and photographs can flourish only by selling newspapers. From a journalistic point of view, photographs are an essential part of the story"

ה"הפתענות" והמצלמה הנסתרת: על עיתונות, פרטיות, סקרנות ומציצנות

של חברות תעופה שמרבית הנוסעים הם גברים המעדיפים דיילות צעירות ויפות; שהחברות חייבות להיכנע לדרישה זו פן יאבדו לקוחות למתחרים; ושעל כן העדפת דיילות אלו מהווה הבחנה מותרת³⁴. דומה שהיום אין חולק על העיקרון שחופש העיסוק וזכות הקניין של מעסיקים ונותני שירותים נסוג מפני החובה לנהוג בשוויון, ושלבית המשפט יש כוח וחוּבָה להתערב בשוק שאחרת היה ממשיך להפלות.

התקשורת נוהגת כיום כמו חברות התעופה שנהגו לפטר דיילות בהגיען לגיל ארבעים. היא מתחרה על לקוחות בדרך של אספקת הביקוש למציצנות לחיי ידוענים ושאר אזרחים. שואל הלורד הופמן (בעניין קמפבל): איך אחרת ימכרו עיתונים? ואם לא ימכרו עיתונים, מי ישמור על הדמוקרטיה? שהרי גם "צהובונים", מזכיר לנו בית המשפט הגרמני, ממלאים תפקיד חשוב בדמוקרטיה. והתשובה היא אותה תשובה כבעבר: מאחר שההגבלה על הפגיעה בפרטיות תחול על כל העיתונים ושאר ערוצי התקשורת באופן שווה, היא תעכב, אם לא תעצור לחלוטין, את המרוץ התקשורתי לתחתית. כשם שלחובבי ההדרה לא נותרה אפשרות להחרים בית קפה המשרת גם שחורים, מאחר שכל בתי הקפה חויבו לשרתם, כך גם לחובבי המציצנות לא תהא אפשרות לספק את מבוקשם באמצעות התקשורת. התחרות בין העיתונים תועל במקרה הרע למידע חסר טעם אחר, ובמקרה הטוב לכתבות תחקיר שיחשפו ממצאים שאולי אינם מצטלמים היטב אך חשיבותם רבה, שאותם יוכלו עיתונים שונים להציג באופן פרובוקטיבי אם ירצו בכך. כשם שלביטול ההפרדה הגזעית והמגדרית הייתה גם הצדקה כלכלית ודמוקרטית חזקה – הגדלת שוק העובדים ושוק הצרכנים – כך ישנה גם הצדקה כלכלית להגנה על הפרטיות. הפחתת החשש מחדירה מיותרת לפרטיות תעודד יותר אנשים לגלות מעורבות בחיי הקהילה; עיתונות שתחקור פחות את הדרמות האישיות ויותר את האופן שבו מתנהלים מוסדות השלטון וגופים כלכליים תתרום תרומה חשובה לכלכלה יעילה ויציבה.

השנים שחלפו מאז שניתנו פסקי הדין באירופה מאפשרים לבחון את הטענות הכלכליות גם באופן אמפירי. מסתבר כי נתוני ההפצה של העיתונים הרלוונטיים לא מעידים על כך שלפסקי הדין הייתה השפעה שלילית על תפוצת הצהובונים. בין שהעיתונים חובבי השערוריות הפנימו את השלכותיהם של פסקי הדין ושקלו להימנע מפרסום מידע שפגע

34 במסגרת אחת התביעות נגד הפליה בפיטורי דיילות בהגיען לגיל מסוים (40 או 50) נטען: "[I]t is undeniable that the general physical charms of an airline's hostesses become the deciding factor when business clientele are faced with a choice of airlines". See L. Neville Brown, *Air Hostesses and Discriminating Employers*, 47 MODERN L. REV. 692, 702 (1984).

באופן לא ראוי בפרטיות, ובין שלא, ³⁵ תפוצתם לא נפגעה. תפוצתו של ה"דיילי מירור" דווקא עלתה ברציפות בשלוש השנים שלאחר פרסום פסק הדין ³⁶, וגם הצהובונים האחרים בבריטניה הצליחו לשמור על מכירותיהם, בניגוד למגמת הירידה הרווחת בתפוצת כלל העיתונים ³⁷. הוא הדין בעיתון "בונטה" (Bunte) שהתמחה במיוחד בפרסום תצלומיה של הנסיכה קרוליין. לא רק שתפוצתו לא ירדה באופן חריג, אלא שבשנה שלאחר פסק הדין הייתה דווקא עלייה במכירותיו, והעלייה במספר המנויים נמשכה עד שנת 2006 ³⁸.

ה. על מרווח התמרון הראוי למפרסמים

עורכי החדשות בתקשורת תובעים להכיר במרווח תמרון שיקנה להם חופש פעולה סביר לרבות החופש לטעות לעתים. עורכים שיחששו מתביעות משפטיות יעדיפו לקחת מרווח ביטחון כדי לצמצם את סיכון ההתדיינות המשפטית והחכות בפיצויים, והתוצאה תהיה השתקה וצנזורה עצמית. טיעון זה הוא אחיו של הטיעון בדבר "האפקט המצנן" של הגבלת הביטוי הפוליטי. אך למרות הדמיון בטיעונים, החששות הם שונים. טיעון האפקט המצנן מעלה בדמיונו את הדוברת התמימה שבשל אימת השלטון או הדין תחשוש לבטא את דעתה. אולם לחשש זה אין ממש כשמדובר בעורכות ובעורכים מנוסים (במיוחד באלה שעבורם הדרמטיזציה היא לחם חוקם לשם קידום המכירות) ובערוצי תקשורת שעורכים כלכלית וביטוחית להתמודד עם תביעות נגדם. העורכים שולטים היטב ברזי המניפולציה

- 35 לעתים הם העדיפו לפרסם בניגוד לפסיקה ולהסתכן בעלות של תביעות פיצויים אפשריות (כמו למשל פרסום תצלומיה של קנצלרית גרמניה לובשת בגד ים), וגם זו ראייה שהטלת החכות לא פגעה בחוסנם הכלכלי ולא סיכנה את תרומתם לדמוקרטיה, אם הייתה כזו.
- 36 מאז 2004 עלתה תפוצתו של הדיילי מירור, בניגוד למגמה הרווחת: The Guardian "Sunday Mirror circulation up again" (7.12.2007): "The Sunday Mirror posted its third year-on-year circulation increase last month" www.guardian.co.uk/media/2007/dec/07/abcs.sundaymirror?gusrc=rss&feed=media (נבדק לאחרונה ב-28.10.2010).
- 37 כתב העת Marketing Week מדווח בחודש יולי 2008 על עלייה בתפוצת הצהובונים: www.marketingweek.co.uk/cgi-bin/item.cgi?id=61545&d=254&h=5&f=3 (נבדק לאחרונה ב-28.10.2010).
- 38 הצהובונים הגרמניים אמנם המשיכו את הירידה ההדרגתית במכירותיהם, אולם שנת 2004 לא היוותה עבורם נקודת ציון בעלת משמעות. אתר של קהילת המידע לביורור תפוצת אמצעי התקשורת המפרסמים בגרמניה (IVW Informationsgemeinschaft zur Feststellung der Verbreitung von Werbeträgern e.V.) כולל מידע מלא ומפורט על תפוצת כל עיתוני גרמניה בשנים האחרונות. [jgZTG2DvV1NsTdo10&detail=true](http://www.daten.ivw.eu/index.php?menuid=1&u=5771&p=1Bh7Mbmdr$il7h) (נבדק לאחרונה ב-28.10.2010).

ה"הפתעונת" והמצלמה הנסתרת: על עיתונות, פרטיות, סקרנות ומציצנות

התקשורתית, והם פועלים לפתחה. בעידן של תחרות גוברת בין ערוצי תקשורת שונים כבר לא מסתפקים במצלמות נסתרות, בצילומים ממרחק ואפילו לא במעקב צמוד של הפפראצי, אלא אף יוצרים באופן מלאכותי מצבים שבהם ללא רצונם אנשים נחשפים בחולשותיהם האנושיות לעין כול.

כל ידיעה עיתונאית מורכבת מפריטי מידע שונים השזורים אלה באלה. פריטים אלה כוללים את המידע העיקרי (הזיכרון של חברת מ.י.ל.ן). (בהנחה שהיו כאלה), ההתמכרות לסמים של הדוגמנית, הרומן החשאי של הנסיכה) והאופן שבו הוא מועבר לצופים (התפתחות של מרואייין, תמונתה של הנסיכה בחברת גבר זר) שמדגישים את המידע העיקרי או שמוסיף לאמינותו. ובנוסף יש גם מידע שלא קשור בהכרח למידע העיקרי אך מוסיף לו דרמה או מסייע לו להיחקק בתודעה. גם כשמדובר בידיעה שיש בה עניין ציבורי, אין זה ברור שכל פריט מפריטי המידע מהווה גם הוא מידע בעל עניין ציבורי. התגובה המבולבלת של נציג חברת מ.י.ל.ן. חיזקה את החשדות נגדו, ולכן היה בה מרכיב של מידע בעל עניין ציבורי. לעומת זאת, מקום המפגש של המנסים להיגמל מסמים לא הוסיף מידע על הדוגמנית קמפבל שהיה כשלעצמו בעל עניין ציבורי. פעמים רבות העורכים יודעים היטב, יותר מהצופים ואף יותר מהשופטים, מדוע הם מוסיפים תמונה שצולמה בחשאי או מדוע הם טומנים "הפתעונת" למרואייין. במקרים רבים המטרה העיקרית היא יצירת ה"קדימון" שישודר שוב ושוב ויפתח את הצופים לצפות בתכנית. במקרים אחרים המטרה היא לספק את הביקוש הציבורי לראות את הזולת בחולשתו, מבעד למראה חד-כיוונית³⁹. ויש כמובן גם מקרים של חוסר זהירות או של היסח הדעת⁴⁰.

דיון זה מסביר מדוע המשנה לנשיא בן-פורת מדגישה בפסק דינה את התוכן כבסיס לזיהוי האינטרס הציבורי הלגיטימי. שידור ההקלטות מהמצלמה הנסתרת מוצדק כל עוד הוא מוסיף פריט מידע בעל עניין ציבורי. כפי שעושה השופטת בן פורת, וכפי שעשו שופטי בית הלורדים בעניינה של קמפבל, יש צורך לפרוס את מרכיבי הידיעה השונים ואת אופן הצגתם לפרוסות מידע מובחנות זו מזו ולבחון באשר לכל אחת מהן את העניין הציבורי שבה, ולא אם היא מעניינת את הציבור.

המודעות והמיומנות בהבחנה בין פריטי המידע השונים הנשזרים בתוך דיווח תקשורתית הן בראש ובראשונה נחלתם של העיתונאים והעורכים. מדובר באנשי מקצוע שרכשו השכלה וניסיון. תקשורת היא מדע הנלמד ונחקר באוניברסיטאות. מדובר במומחים בעלי

39 על המראה החד-כיוונית ראו Friedman, לעיל ה"ש 16.

40 היסח הדעת יכול אולי להסביר למשל מדוע הדיווח בעיתון "הארץ" על בעל שניסה לרצוח את אשתו ונורה בידי שוטר כלל פרטים שאפשרו זיהוי של בני המשפחה (מיכל גרינברג "מפקד מחוז דרום: השוטר שהרג בערד פעל כראוי" הארץ 20.7.2008 (1א)). לעומתו, העיתון "ידיעות אחרונות" השכיל להימנע מפרסום שמות המעורבים.

יכולת להבחין בין מידע שיש בו עניין לציבור לבין הדרכים השונות, לרבות הפגיעה בפרטיות, ההופכת מידע זה למושך עניין. מומחיות זו אינה יכולה להפוך את אנשי התקשורת לחסינים מביקורת שיפוטית. כמוהם כמומחים אחרים – רופאים, מהנדסים ואף מפקדים בעת קרב – ששיקול דעתם נבחן בבית המשפט. כולם מומחים בתחומם, אולם כולם כפופים לביקורת שיפוטית במקרה של פגיעה בזכויות הזולת. המומחה באיזון בין זכויות, וגם בקביעת המרווח לשיקול הדעת של אנשי המקצוע, הוא בית המשפט ולא העורך⁴¹.

בית המשפט יכול כמובן לטעות, כשם שהוא טועה בביקוח על תחומי מומחיות אחרים. אבל אין סיבה מהותית לחשוש שבית המשפט יטעה בתחום התקשורת יותר מאשר בתחומים אחרים או שהתוצאה של התערבותו תהיה הרסנית במיוחד. מדע התקשורת והניסיון הפרקטי המצטבר מעצבים כללים שעל פיהם פועלים העורכים, ובתי המשפט יכולים להיזקק לכללים אלה בהערכת שיקוליהם של העורכים, וגם כמובן להשפיע על עיצוב הכללים הללו. יש דווקא סיבה להניח שבתי המשפט יזהרו מהגבלה יתרה של התקשורת. בתי המשפט הם אלה שקידמו ופיתחו את חופש העיתונות. יש להם עניין מוסדי בתקשורת כשותפה משמעותית במאבק על השלטת שלטון החוק במדינה. השופטים מבינים היטב שגם מעמדם שלהם תלוי באמון הציבור בהם, ושהתקשורת מהווה גורם מתווך חשוב בהקשר זה.

אין ספק כי התקשורת היא מרכיב מהותי וחיוני בדמוקרטיה, ולכן חובה להגן על חירויותיה ועל חירויות העיתונאים. עם זאת, חשוב לזכור כי העיתונאים, העורכים ושאר בעלי התפקידים הם גם בעלי עניין אישי, כלכלי או פוליטי מסוים, ובדומה לכל נציג (Agent), גם הם עלולים להעדיף את עניינם האישי על פני טובת הכלל. הפער בין טובתם האישית לבין טובת הכלל בא לידי ביטוי באופן חריף במיוחד בהקשר של הפגיעה בפרטיות, בשל התמריץ הכלכלי הטמון בפרסום המציצני. אחד מתפקידי מערכת המשפט הוא לפקח על הנציג שמא יתפתה לסטות מטובת הכלל על מנת לקדם את טובת שולחיו. כך גם במקרה הנדון: תפקיד המשפט הוא לסייע לאותם נציגים להפנים את ההשלכות של פעולתם על האדם הסביר, בעל הרגישויות הרגילות, שבפרטיותו הם מבקשים לפגוע.

ו. סיכום

41 השוו בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 844 (2004) (מפקד הצבא הוא מומחה בענייני ביטחון; בית המשפט הוא המומחה לקבוע את המידתיות של הפגיעה בזכויות).

ה"הפתעונת" והמצלמה הנסתרת: על עיתונות, פרטיות, סקרנות ומציצנות

כיצד אפשר לצאת מנקודת מוצא עקרונית המכירה בחשיבות חופש הביטוי, והמצווה על בית המשפט "ריסון רב ו[התערבות] רק בנסיבות קיצוניות, [...] [באופן] זהיר ונדיר"⁴² ולהגיע למבחן הכוחן בקפדנות את תוכן הביטוי כדי ללמוד על האינטרס הציבורי הלגיטימי שבו?

התשובה היא שבמתח בין הביטוי לפרטיות, בשונה מהמתח שבין הביטוי לטענות בדבר פגיעה בביטחון המדינה, יש שיקולים אחרים ובעיקר יש שחקנים אחרים. הסדרת הביטוי היא שאלה של ניהול סיכונים⁴³. ההלכה בנוגע לחופש הביטוי הפוליטי שיוותה לנגד עיניה את החריג והחלש בחברה וביקשה להגן עליו מפני מאמצי החזק, בייחוד מפני מאמצי השלטון, להשתיקו. לעומת זאת, הסדרת הביטוי הפוגע בפרטיות נועדה דווקא למקרה הפרדיגמטי שבו החזק מבקש להגביר עוד את כוחו על חשבון הזולת שבצרכיו הוא מזלזל⁴⁴. לכן יש שוני מהותי בין שני תחומי ההסדרה. העובדה שבשני תחומים אלה יש תחולה לעקרון חופש הביטוי לא צריכה לטשטש את ההבדלים החשובים ביניהם. בית המשפט יכול וצריך להיות רגיש להבדלים בין תחומי ההסדרה השונים של הביטוי. התקשורת היא מרכיב חשוב של המשטר הדמוקרטי, אבל ככל מרכיב אחר, פעולתה של התקשורת מעוררת בעיית נציג שהמשפט יכול וחיבב להסדירו, כשם שהוא מסדיר את פעולתם של הנציגים האחרים.

פסק הדין בעניין *מ.י.ל.ן*. קבע שורה של קביעות חשובות שהוסיפו לביצור מעמדו של חופש הביטוי וחופש העיתונות בישראל. תרומתו הייחודית, ולטעמי, התרומה החשובה מכול, היא בגישה הרגישה שהוא מציב לחופשים אלה בהקשר של הגבלת אמצעי התקשורת בחדירה לפרטיות. עמדה זו זכתה בשנים האחרונות לתמיכת בית הלורדים ולתמיכת בית המשפט האירופי לזכויות האדם. עמדה זו חשובה במיוחד בעידן שבו התחרות התקשורתית הגוברת והאמצעים הטכנולוגיים המשתכללים עלולים להרחיב ולהעצים את הפגיעה בפרטיותם של אנשים, בעידן שבו – הודות לאינטרנט – לפרסום יש חיי נצח והידיעות לעולם אינן מתיישנות.

42 ראו עניין *מ.י.ל.ן*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 680.

43 ראו איל בנבנשתי "הסדרת חופש הביטוי בחברה מקוטבת" **משפטים** ל' 29, 30 (1999).

44 בית המשפט העליון בארצות-הברית רואה בתיקון הראשון בחוקה, השולל כידוע מהמחוקק האמריקני סמכות להגביל את חופש הביטוי או חופש העיתונות, כתיקון שנועד להגן מפני השלטון בלבד. כשהוא דן בחוקתיותו של הליווי התקשורתית לחיפוש משטרתיים בבתים פרטיים אמר השופט רנקוויסט (עניין *Wilson v. Lane*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 613): "No one could gainsay [...] the importance of the First Amendment in protecting press freedom from abridgement by the government" (ההדגשה שלי – א.ב.).