

Перевод – Родионова Елизавета, 2025

Израиль



Верховный суд

В Верховном суде,
заседающем в качестве Апелляционного суда по гражданским делам
С.А. 8954/11

Перед:

Заместитель главного судьи М. Наор
Судья С. Жубран
Судья Н. Сольберг

Апеллянт:

Джон Доу

ПРОТИВ

Ответчик:

1. Джейн Доу

Формальный Ответчик:

1. Джейн Доу

Апелляция на решение Иерусалимского
окружного суда по делу С.С. 3213/09 от 11
октября 2011 г., поданная судьей Гилой
Кнафи-Штайниц

От имени Апеллянта:

Адвокат Эфраим Абрамсон, Адвокат Ифат
Аран

От имени Ответчиков:

Адвокат Амир Фишер

РЕШЕНИЕ

Судья Ноам Сольберг:

"У всех людей есть три жизни: публичная, частная и тайная".

(-Габриэль Гарсия Маркес-)

Содержание

Предисловие	3
Стороны и основные факты.....	3
Основные аргументы сторон в Окружном суде	4
Аннотация решения Окружного суда.....	6
Основные аргументы Апеллянта в апелляции	9
Основные аргументы Ответчика в апелляции	12
Нормативная база.....	15
Свобода выражения и свобода творчества.....	16
Автобиографическое сочинение	18
Право на неприкосновенность частной жизни.....	21
Право на неприкосновенность частной жизни – Объем.....	23
Обоснования права на частную жизнь	24
Внутреннее оправдание	24
Инструментальные обоснования	25
Право на неприкосновенность частной жизни и интимные отношения	28
Английское право.....	30
Европейский суд по правам человека	35
Континентальное право	35
Законодательство США	37
Промежуточное резюме – Иностранное право	39
Нормативный баланс между правами	40
Пропорциональность в узком смысле – баланс прибыли и убытков	40
Свобода слова и право на неприкосновенность частной жизни	42
От общего к частному – право на неприкосновенность частной жизни и свобода слова	47
Степень беллетризации	47
Степень вторжения в частную жизнь	50
Защита доверительных отношений между парами	50
Свобода слова.....	52

Обеспокоенность тем, что литературные произведения откладываются на полку	52
Авторские права и клевета.....	54
Согласие Ответчика.....	54
Заключение	55

Предисловие

1. Апелляция на решение Иерусалимского окружного суда в С.С. 3213/09 (судья **Ги́ла Кнафи-Штайниц**), который удовлетворил ходатайство Ответчика о выдаче постоянного судебного запрета, запрещающего Апеллянту публиковать и распространять написанную им книгу. Кроме того, Апеллянту было предъявлено обвинение в выплате Ответчику компенсации морального вреда в размере 200 000 израильских шекелей.
2. Основным вопросом, находящимся в центре обсуждения, является вопрос о надлежащем балансе между правом на свободу выражения мнений и свободой творчества, с одной стороны, и правом на неприкосновенность частной жизни и хорошую репутацию — с другой.

Стороны и основные факты

3. Апеллянт – женатый мужчина и отец детей, проживающий с семьей в Иерусалиме, является автором романа, рассматриваемого в этом иске (далее: **«Роман»**).
4. Ответчик работала в кинотеатре в Иерусалиме в 2001 г. В то время она была студенткой художественного института и жила со своим партнером недалеко от района Апеллянта в Иерусалиме. Подробности ее жизни вдохновили Апеллянта на написание Романа. Формальный Ответчик (издатель) опубликовал Роман.
5. В 2001 г. Апеллянт встретился с Ответчиком на ее рабочем месте в кинотеатре. Со временем связь между ними углубилась и превратилась из «знакомства» в близкие и интимные отношения, которые длились около пяти лет – сначала тайно, затем они были раскрыты близким им людям, и в итоге опубликованы в Романе. После разоблачения романтических отношений между ними Апеллянт развелся со своей женой, а Ответчик рассталась со своим партнером.
6. В разгар романтических отношений Ответчик усердно готовила свой дипломный проект в рамках последнего года обучения, который в основном был сосредоточен на отношениях, развивающихся между мужчиной и женщиной.
7. В конце 2004 г. Апеллянт начал писать собственную работу, первый роман, посвященный **«драме распада семьи»** (как указано на обороте книги). Роман описывает зарождающиеся интимные отношения между мужчиной в возрасте Апеллянта, которого обескуражил неудачный брак, и молодой студенткой, начиная с их первой встречи в кинотеатре. Род занятий главного героя-мужчины идентичен роду занятий Апеллянта; а кинотеатр — тот, в котором работала Ответчик. В романе в начале их знакомства главный герой-мужчина — женатый мужчина, отец детей, живущий со своей семьей в Иерусалиме, тогда как главная героиня, одинокая молодая женщина, снимает квартиру в Иерусалиме, недалеко от дома главного героя-мужчины, где она живет со своим партнером. После завершения

изнурительной работы по написанию Роман был опубликован. Публикация Романа сопровождалась маркетинговой кампанией в СМИ, включая интервью в выходном приложении широко распространенной газеты, телевизионное интервью и статьи в газетах и на различных веб-сайтах.

8. Сразу после публикации романа Ответчик связалась с Апеллянтом и издателем и потребовала немедленно прекратить маркетинг и распространение Романа, отозвать все уже распространенные экземпляры и возместить ей ущерб. По ее словам, книга является точным автобиографическим описанием жизни автора и включает описания, касающиеся интимного аспекта отношений между ними, при этом серьезно нарушая ее частную жизнь при наличии клеветы и оскорблений: **«написав и опубликовав книгу вы нарушили закон: нарушили право на частную жизнь в соответствии с положениями разделов 2(8), 2(9), 2(10) Закона о защите частной жизни... и опубликовали клевету, запрещенную разделами 1 и 2 Закона о диффамации (запрете)»** (письмо адвоката Ответчика, Амира Фишера). Ответчик также утверждала, что незаконное использование ее личных писем с целью написания Романа создает самостоятельное основание для иска в соответствии с Законом об авторском праве.
9. Получив указанное требование, издатель, сделав необычный шаг, не уведомил Ответчика и не признал претензии, о том, что он решил временно прекратить распространение романа до разрешения спора. С этой целью издатель связался с розничными сетями и книжными магазинами и попросил вернуть экземпляры романа, которые еще не были проданы.
10. После некоторого общения между сторонами, и поскольку указанные требования Ответчика не были полностью выполнены, иск, предусмотренный в настоящем документе, был подан в Иерусалимский Окружной суд. **9 июня 2009 г.** Иерусалимский окружной суд (судья **Х. Бен Ами**) удовлетворил ходатайство о предварительном запрете на распространение Романа, написанного Апеллянт (М.С.М. **7649/09**). Ходатайство о разрешении на апелляцию, которое было подано в этот суд (LCA **5395/09**), было отклонено судьей **А. Грунисом** в его решении **27 августа 2009 г.**

Основные аргументы сторон в Окружном суде

11. Позиция Ответчика заключается в том, что публикация Романа и его распространение серьезно ущемляют ее право на неприкосновенность частной жизни, нарушая Закон о защите частной жизни, и еще больше порочат ее репутацию, нарушая Закон о диффамации (запрете). По ее словам, за исключением изменения имен главных героев Романа, существует полное соответствие между Ответчиком и ее реальной жизни и литературным образом главной героини Романа. Например, по словам Ответчика, книга описывает в автобиографической манере и с **«пугающей точностью»** жизнь Апеллянта в то время, когда у него были интимные отношения с Ответчиком; характер главной героини включает в себя множество идентифицирующих деталей, которые являются уникальными для Ответчика и позволяют членам ее семьи и знакомым легко идентифицировать ее. Кроме того, автор не утаил внутренние и внешние сферы жизни Ответчика, включая ее тело, чувства, слабости, ее самые личные секреты, ее сексуальную активность и предпочтения, а также ее самые интимные отношения. Более того, по словам Ответчика, Апеллянт в своей книге совершил противоправное использование как ее писем, так и ее искусства из дипломного проекта, не получив требуемого согласия и

нарушив положения Закона об авторском праве. Что касается ответственности издателя, Ответчик утверждала, что он знал или, по крайней мере, должен был знать, что это, очевидно, автобиографическая книга, и поэтому также несет ответственность за правонарушение и деликт. Что касается ущерба, Ответчик упомянула причиненные ей страдания и сопутствующий вред ее будущей личной и профессиональной жизни.

12. С другой стороны, Апеллянт утверждал, что написанный им Роман является всего лишь **вымышленным сочинением**, что реальные люди были не чем иным, как вдохновением, и что Роман, безусловно, не является полным автобиографическим и правдивым описанием жизни автора. От имени Апеллянта были представлены два мнения двумя экспертами высочайшего уровня в области литературы: профессором Ариэлем Хиршфельдом и профессором Ханнаном Хевером. Профессор Хиршфельд резюмировал свое мнение в нескольких выводах, в частности, указав, что **«читая Роман... совершенно ясно, что он не претендует на отражение или запись реальной действительности»** (п. 32); **«принятие иска было бы далеко идущим прецедентом, в соответствии с которым простая возможность определить любую реалистичную модель для вымышленного персонажа, даже в частном контексте, известном лишь немногим, будет нарушением закона. В таком случае судебный орган предпринимает переопределение литературы и ее границ, тем самым нанося ущерб глубокому и сущностному принципу художественной литературы, который позволяет свободу создавать и интерпретировать человеческую реальность во всей ее сложности»** (п. 34). Профессор Хевер резюмировал свое мнение выводом о том, что **«рассмотрение совокупного веса существующих намеков... недвусмысленно указывает на то, что книга имеет дело с созданием художественного произведения, а не с реальностью, и что никакой «автобиографический договор» не заключается между автором и его читателями. Такой вывод опровергает любое утверждение, которое основано на таком аргументе»** (п. 3.3).
13. Апеллянт утверждал, что источником идентификации Ответчика является **«предвзятость подтверждения»** — явление, при котором люди придерживаются сходств и игнорируют существование различий. Апеллянт далее утверждал, что Ответчик дала свое согласие и даже свое благословение на написание Романа. Ответчик прочитала части черновика книги и знала, что она будет о ее романе с Апеллянтом, и поэтому, естественно, также будет включать интимные подробности. Апеллянт утверждал, что следует обратить внимание на тот факт, что Ответчик воздержалась от чтения книги до ее публикации и, таким образом, отказалась от возможности контролировать ее содержание. Более того, действия Ответчика равносильны «ложному представлению» Апеллянту о том, что она не будет отрицать публикацию. По его словам, как только Ответчик дала согласие на публикацию Романа, ее аргумент о нарушении ее права на неприкосновенность частной жизни исключается. Что касается довода Ответчика относительно ее права на репутацию, Апеллянт опирается на показания автора Миры Маген, согласно которым личность главной героини, как она изображена в романе, мила в глазах читателей. По его словам, это не унижительное выражение, поэтому оно не является клеветой. Апеллянт также отметил, что Ответчик не представила никаких доказательств возможности ее идентификации, и, следовательно, не было доказано никакого **«фактического»** ущерба частной жизни. Апеллянт также утверждал, что в той мере, в какой какой-либо ущерб был нанесен частной жизни Ответчика, он должен быть сбалансирован с его свободой выражения и художественной свободой. В таком балансе преобладает свобода выражения. В ответ на довод Ответчика относительно

авторских прав на ее письма Апеллянт утверждал, что их использование в его книге подпадает под «добросовестное использование». В качестве альтернативы он утверждал, что Ответчик дала свое согласие на такое использование. В заключение Апеллянт отметил, что изъятие книги с полок незаконно, поскольку это является серьезным и грубым нарушением свободы выражения и свободы творчества.

14. Издатель повторил в своих аргументах некоторые из аргументов, выдвинутых Апеллянтом, и подчеркнул, что Апеллянт представил ему Роман как **вымысел**, поэтому он не знал и не мог знать, что Роман на самом деле основан на реальных событиях. Издатель также отметил, что Апеллянт заявил, что **«его книга является художественным романом... упомянутые в нем персонажи являются фрагментами воображения автора. Любое сходство с реальностью или реальными людьми является полностью случайным и вытекает из воображения автора или знакомств, которые у него были в течение его жизни»** (раздел 1.1a Договора). Издатель также отметил свое честное поведение с того момента, как он узнал о претензиях Ответчика, после чего он прекратил продажу книги и убрал ее с полок.

Аннотация решения Окружного суда

15. Окружной суд сначала рассмотрел основной аргумент экспертов от имени Апеллянта, гг. Хиршфельда и Хевера, о том, что **«простая публикация сочинения как художественного произведения, имеющего общие литературные характеристики художественного произведения, создает неразрывную границу между содержанием произведения и реальностью и препятствует рассмотрению содержания этого сочинения как документального произведения, фиксирующего реальность»** (п. 30 Решения). Кроме того, суд рассмотрел основное беспокойство экспертов, заключающееся в том, что **«принятие альтернативной позиции, согласно которой литературное произведение, даже объявленное художественным, может быть воспринято как нарушение частной жизни, может привести к скользкому склону...»** (там же). На втором этапе Окружной суд отметил, что в данном случае существует **«дилемма, касающаяся напряжения между двумя важными ценностями, которые воспринимаются как два основных права в свободном и демократическом обществе: свобода творчества, с одной стороны, и право на частную жизнь, с другой»** (п. 31 Решения). На третьем этапе Окружной суд постановил, что **«ни одному из этих прав не может быть предоставлена абсолютная защита, и поэтому также невозможно занять позицию о том, что простая публикация в качестве части литературного произведения достаточна для того, чтобы исключить рассмотрение аргумента о нарушении частной жизни по существу. Такая же позиция была принята законодателем»** (п. 36 Решения). Таким образом, Окружной суд фактически отверг аргумент о том, что вымышленный роман сам по себе – в силу своего литературного определения – предоставляет своему автору абсолютную защиту от любого иска о нарушении частной жизни. В то же время Окружной суд указал, что **«аргумент о нарушении частной жизни, основанный на вымышленной литературе, не будет принят. Аргумент автора о вымысле... является весомым аргументом, который вносит существенный вклад в предотвращение нарушения частной жизни»**, однако его недостаточно, чтобы полностью исключить его (п. 37 Решения). **«Заявление о нарушении неприкосновенности частной жизни, основанное на вымышленной литературе, будет принято только в том случае, если аргумент о вымысле prima facie недвусмысленно опровергается самим произведением»** (там же).

16. После этого Окружной суд рассмотрел само предполагаемое литературное произведение, то есть — является ли оно **вымышленным романом** или **«документальной литературой, замаскированной под вымышленный роман»** (п. 37 Решения). После тщательного рассмотрения Окружной суд постановил, что **«характер главной героини в книге включает в себя множество уникальных идентификационных деталей, которые идентифицируют Ответчика определенным и недвусмысленным образом»** (п. 40 Решения). Такие уникальные детали включают ее **«...внешний вид, информативные детали относительно ее возраста, уникального рода занятий, места учебы, места работы и проживания, детали, относящиеся к ее уникальному художественному произведению, идентификационные детали Ответчика, ее партнера и событий, которые имели место в реальности в присутствии третьих лиц...»** (там же). Включение указанных идентифицирующих деталей привело Окружной суд к выводу, что **«члены семьи, партнеры и знакомые Ответчика, несомненно, идентифицируют Ответчика как женщину-главного героя этой книги»** (п. 41 Решения). Окружной суд далее заявил в ответ на довод Апеллянта, что для доказательства идентификации нет необходимости представлять свидетелей, которые прямо идентифицируют литературного персонажа с Ответчиком. Такая идентификация вытекает, по мнению Окружного суда, из самой книги.
17. Рассмотрев и обсудив доводы сторон относительно нарушения неприкосновенности частной жизни, Окружной суд пришел к выводу, что **нарушение неприкосновенности частной жизни** Ответчика вытекает из совокупного веса двух основных факторов:
- a. Многочисленные идентифицирующие детали, указывающие на то, что Ответчик, которая не является публичной фигурой, несомненно является женщиной-главным героем Романа, написанного Апеллянтом;
 - b. Количество вопросов, затронутых в книге, которые относятся к сути частной жизни личности, а также их объем и характер.
- Совокупный вес этих двух факторов, по мнению Окружного суда, **«опровергает довод автора о вымысле»** (п. 51 Решения) и превращает Роман в документальную книгу, замаскированную под вымышленное сочинение. Другими словами, автор **«злоупотребил характеристиками художественной литературы, чтобы задокументировать свои отношения с Ответчиком, при этом серьезно навредив ее частной жизни»** (там же). Окружной суд подчеркнул, что нарушения частной жизни Ответчика можно было бы легко избежать **«поскольку ее характер... был бы замаскирован и сделан нечетким путем сокрытия деталей»**. Однако Окружной суд отметил, что настойчивое желание Апеллянта включить в свою книгу множество деталей, которые идентифицируют Ответчика как главную героиню его книги, и его выбор оставаться как можно ближе к реальной жизни действуют против него: **«вместо того, чтобы «дистанцировать» работу от Ответчика и отделить ее от вех реальности их отношений... автор решил прочно закрепить ее в определенной реальности, известной и признанной не только ему и Ответчику, но и многочисленным третьим лицам»** (п. 52 Решения).
18. Окружной суд отклонил довод Апеллянта о том, что Ответчик якобы дала свое согласие на публикацию Романа. Опираясь на **«совокупность доказательств»**, было постановлено, что Апеллянт не смог доказать, что Ответчик действительно

дала **«осознанное согласие, будь то прямое или косвенное, на публикации, которые содержат нарушение ее частной жизни»** (п. 59 Решения). **Во-первых**, книга в ее полной версии никогда не была представлена для прочтения Ответчиком — ни в ее первоначальной, ни в ее окончательной версии — и ее согласие на ее публикацию не было запрошено (там же); **во-вторых**, Апеллянт признал, что изначально он рассматривал возможность публикации книги под псевдонимом и обдумывал этот вариант вплоть до публикации книги (п. 60 Решения); **в-третьих**, возражение Ответчика до публикации книги против упоминания названия института, в котором она училась (п. 61 Решения); **в-четвертых**, ответ Апеллянта на доводы Ответчика после публикации книги (п. 62 Решения); в-пятых, «обвинительные» и яркие показания Ответчика в Окружном суде (п. 63 Решения). В заключение Окружной суд постановил, что **«Ответчик не только не дала осознанного согласия на нарушение ее частной жизни, но и разъяснила до публикации, что она запрещает ему включать в книгу какие-либо подробности, которые могут привести к ее идентификации»** (п. 65 Решения).

19. Что касается права на репутацию, Окружной суд постановил, что вопрос о том, относится ли Роман к Ответчику **«унизительно, оскорбительно или унижающе»**, должен решаться в соответствии с объективным стандартом разумного человека. Тот простой факт, что Ответчик описана в Романах как **«кто-то, кто имел интимные отношения с женатым мужчиной, и делал это параллельно с отношениями со своим партнером в то время... кто-то, кто будет топтать все на своем пути, чтобы достичь своих целей, и кто-то, кто использует людей «как если бы они были вещами»** (п. 68 Решения), сам по себе является клеветой.
20. Окружной суд отклонил доводы Апеллянта о том, что ему доступны различные средства защиты в соответствии с Законом о защите частной жизни и Законом о диффамации (запрете). Что касается защиты **общественных интересов** в соответствии с Разделом 18(3) Закона о защите частной жизни, Окружной суд постановил, что **«Закон... не распространяет абсолютную защиту на какое-либо литературное произведение... Закон распространяет защиту только на нарушение частной жизни, когда есть «общественный интерес, который оправдывает нарушение при данных обстоятельствах»»** (п. 72 Решения). Апеллянт не смог привести никаких оснований для оправдания удовлетворения его свободы выражения мнения таким оскорбительным образом, и это требование можно было бы легко удовлетворить, опубликовав художественное произведение, не нарушая при этом частную жизнь Ответчика. Что касается защиты добросовестности в соответствии с разделом 18(2)(g) Закона о защите частной жизни и разделом 15(6) Закона о диффамации (запрете), Окружной суд постановил, что нарушение не было добросовестным. Апеллянт действовал, чтобы опубликовать роман в его полной версии, и не обратил внимания на требования Ответчика воздержаться от его публикации.
21. Что касается доводов Ответчика о нарушении авторских прав на ее письма, Окружной суд постановил, что доказательство нарушения конфиденциальности и вытекающие из него средства правовой защиты делают необходимость решения вопроса об авторских правах на письма излишней. Окружной суд отметил, что даже если действия Апеллянта действительно представляют собой нарушение авторских прав Ответчика, **«это не оправдывает компенсацию сверх установленной компенсации»** (п. 80 Решения).

22. Что касается ответственности Издателя, было постановлено, что его действия не устанавливают юридической ответственности в соответствии с разделом 31 Закона о защите конфиденциальности и разделом 12 Закона о диффамации (запрете). **«В данном случае Формальный ответчик (издатель) не должен был знать на основании фактов, доступных ему на момент публикации книги... что книга включает нарушение конфиденциальности в отношении Ответчика»** (конец п. 85 Решения).
23. Таким образом, Окружной суд запретил публикацию книги и ее распространение. Денежная компенсация Ответчику за ее нематериальный ущерб была установлена в размере 200 000 израильских шекелей после того, как Окружной суд рассмотрел масштаб нарушения частной жизни Ответчика, характер публикации, количество распространенных книг, боль и страдания, причиненные Ответчику, поведение Апеллянта, настаивавшего на публикации Романа даже после ее просьб и требований воздержаться от этого, и иные дополнительные соображения.

Основные аргументы Апеллянта в апелляции

24. Согласно позиции Апеллянта, Окружной суд допустил ошибку в толковании Закона о защите частной жизни. По его словам, **«статус вымышленных произведений зависит не от возможности идентифицировать их источники вдохновения, а скорее от вероятности того, что их содержание будет приписано истцу как истинное описание»**. Другими словами, **«вымышленные сочинения имеют особый статус из-за интерпретации текста, а не из-за отсутствия идентификации источников вдохновения»**. Апеллянт утверждает, что **«в соответствии с существующим правовым статусом приписывание опубликованного содержания»** Ответчику требует выполнения двух совокупных условий: **во-первых**, отождествления реального персонажа с вымышленным; и, **во-вторых**, интерпретации литературного текста как «истинного описания», относящегося к реальному человеку. Однако, по мнению апеллянта — **с точки зрения того, каким должен быть закон** — должно потребоваться доказательство другого элемента: **«доказательство злого умысла со стороны автора»**. В качестве альтернативы Апеллянт утверждает, что невыполнение указанного второго условия, по-видимому, является достаточным для удовлетворения апелляции в настоящем деле, при этом отменяя решение Окружного суда.
25. Апеллянт далее отмечает, что общая позиция в судебной практике заключается в том, что Закон о диффамации (запрете) можно рассматривать как полезный инструмент при толковании Закона о защите частной жизни. В соответствии с Разделом 3 Закона о диффамации (запрете) (касающимся **«способов выражения диффамации»**), пропуск имени стороны, пострадавшей от публикации, **«не исключает диффамацию, при условии, что содержание относится к нему»**; т. е. — по мнению Апеллянта, Ответчик должен доказать, что сочетание опубликованного содержания с внешними обстоятельствами действительно приводит к приписыванию опубликованного содержания ей. Апеллянт далее ссылается на постановление Окружного суда, в соответствии с которым **«заявление о нарушении неприкосновенности частной жизни, основанное на художественной литературе, будет принято только в том случае, если аргумент о художественной литературе prima facie недвусмысленно опровергается самим произведением»** (см. п. 16 выше). По мнению апеллянта, **«разумное прочтение романа, учитывающее его метафорическую природу... не приводит к выводу о**

том, что содержание книги является правдой и отражает реальность жизни Ответчика» (п. 39 резюме Апеллянта).

26. По мнению Апеллянта, тест на **«способность идентифицировать пострадавшего»**, принятый Окружным судом, не может использоваться в качестве единственного условия для классификации литературного произведения как документального текста в целях реализации Закона о защите частной жизни и Закона о диффамации (запрете). Более того, по его словам, источники вымышленного произведения почти всегда можно определить. **«Неписанный общий договор между художниками и потребителями искусства в западной культуре заключается в том, что все те книги, которые публикуются и распространяются под названием «Вымысел», не документируют реальность, а являются вымыслом для всех намерений и целей»**. Более того, Апеллянт предостерегает от принятия правовой политики, которая поощряет судебные иски против авторов, требуя от них **«подтверждать или отрицать степень сходства между сюжетом книги и реальностью их жизни»**. По его словам, такое положение дел ставит авторов в изначально подчиненное положение, т. е. — сходство легче заметить, чем различия, ввиду доказанного существования психологического феномена, называемого **«предвзятостью подтверждения»**.
27. Апеллянт утверждает, что обсуждение в решении Окружного суда **«было испорчено чрезмерным вмешательством в соображения художественного редактирования»**, и проигнорировал тот факт, что в любом случае не было никакой непосредственной причины между включением деталей в Роман и идентификацией женщины-главного героя с Ответчиком. По его словам, Окружной суд допустил ошибку, приняв аргумент о том, что его выбор написать Роман под своим собственным именем, а не под псевдонимом, ускоряет его идентификацию с мужчиной-главным героем, и, следовательно, — идентификацию Ответчика с литературным персонажем женщины-главного героя.
28. Апеллянт также не согласен с постановлением Окружного суда о том, что нарушения частной жизни Ответчика можно было бы легко избежать, размыв и замаскировав идентифицирующие детали. По его словам, такое постановление основано на **«ретроспективной мудрости»** и, следовательно, не может подтвердить его **«оскорбительное»** намерение. В этом контексте Апеллянт далее отмечает, что согласие Ответчика на подробное описание ее уникального произведения искусства в Романе, понимая, что читатели могут ассоциировать ее с литературным персонажем, нельзя игнорировать.
29. По мнению Апеллянта, Окружной суд ошибся, не придав значения автобиографической художественной свободе. По его словам, книга, рассматриваемая здесь, является не чем иным, как вымышленным Романом, и в любом случае Суд должен сбалансировать автобиографическую художественную свободу Апеллянта с правом Ответчика на защиту частной жизни. По его мнению, отклонение Апелляции в суде может положить конец автобиографическому письму в целом.
30. Более того, Апеллянт утверждает, что Окружной суд допустил ошибку, применив *de facto* вертикальное равновесие прав, а не горизонтальное; т.е. — отдал приоритет праву Ответчика на неприкосновенность частной жизни над свободой Апеллянта на выражение мнения. По его словам, Окружной суд использовал **«статистическую формулу»**, согласно которой существует высокая вероятность того, что Ответчик

будет идентифицирован таким образом, что это может привести к нарушению ее частной жизни. В качестве альтернативы Апеллянт утверждает, что горизонтальное равновесие подразумевает, что ему должно быть разрешено вносить исправления в свою работу. В поддержку Апеллянт отмечает, что на слушании, состоявшемся 13 июня 2011 г. в Окружном суде, он предложил удалить части своей книги и изменить характеристики женщины-главного героя, если это потребуется.

31. Согласно позиции Апеллянта, Окружной суд ошибся, постановив, что Роман исключен из принципа защиты добросовестности в соответствии с Разделом 18(2)(g) Закона о защите частной жизни в обстоятельствах Раздела 15(6) Закона о диффамации (запрете). Апеллянт подкрепляет свои аргументы, в частности, показаниями своего друга, который отметил, что Апеллянт действовал «полагая, что Ответчик будет рад и горд за персонажа, создание которого было вдохновлено ею, и за весь Роман, который является выражением признательности за ее дипломный проект». Поэтому, по мнению Апеллянта, Окружной суд ошибся, постановив, что «**нарушение было недобросовестным. Апеллянт был проинформирован о том, что Ответчик возражает против публикации, и поэтому он не может утверждать, что он добросовестно полагал, что имеет право сделать это**».
32. Апеллянт утверждает, что «**надлежащий баланс между свободой творчества и защитой частной жизни в судебных исках, касающихся аргумента о нарушении частной жизни в вымышленных композициях, будет получен с помощью теста, который будет сосредоточен на вопросе, действовал ли автор со злым умыслом**». По его словам, фактологическая матрица указывает на то, что у него не было «**злого умысла**» при публикации книги, рассматриваемой в настоящем документе, или, по крайней мере, на унижение Ответчика. Напротив, близкое знакомство с Ответчиком и ее поведение во время их отношений «**заставили Апеллянта действительно поверить, что Ответчик не отшатнется от разоблачения**», и тем более от публикации Романа, для которого она была вдохновением. Таким образом, это не является нарушением частной жизни Ответчика, которое будет преобладать над свободой выражения Апеллянта. Более того, Апеллянт утверждает, что простая небрежность сама по себе недостаточна для привлечения автора композиции к ответственности из-за страха «**злоупотребления**» вымышленной литературой. Однако при данных обстоятельствах Окружной суд постановил, что халатность апелланта в сокрытии личности источника вдохновения для персонажа в книге достаточна для оправдания предотвращения ее публикации и запрета ее распространения.
33. Основываясь на защите «**общественного интереса**» в соответствии с разделом 18(3) Закона о защите частной жизни, апеллянт утверждает, что в публикации рассматриваемого здесь романа есть «**общественный интерес**». «**Роман затрагивает универсальную проблему: романтические отношения, мир мужчины и мир женщины, брак, родительство, любовь и ее крах... в центре общественного дискурса...**». В качестве доказательства Апеллянт ссылается на письма читателей, отправленные ему после публикации Романа, в которых описывается «**глубокое чувство идентификации с главными героями**». По мнению апелланта, позиция, принятая окружным судом, согласно которой «**литература не пострадает, если писателям будет запрещено включать [в сочинение] детали, позволяющие идентифицировать источники вдохновения**», на самом деле стремится «**съесть пирог и оставить его целым**». Принятие судебной политики в духе вышеупомянутой позиции может обусловить свободу

творчества писателей, заявив: **«вы [авторы — Н.С.] можете развивать вымышленных персонажей по своему усмотрению, исключая детали, которые впоследствии, как могут показаться потенциально пострадавшим лицам, могут раскрыть их личность»**. Апеллянт снова отмечает, что он предложил Окружному суду разрешить ему редактировать роман таким образом, чтобы детали, которые могут рассматриваться как **«не представляющие общественного интереса»**, были опущены, и, следовательно, прекращение существования романа в целом является несоразмерным судебным решением.

34. По мнению Апеллянта, Окружной суд ошибся, возложив на него всю юридическую ответственность. Он считает, что **«в соответствии с соображениями справедливости тот, кто получает выгоду от деятельности, должен нести ее последствия»**. Таким образом, Апеллянт косвенно намекает, что ответственность должна была быть возложена на Формального Ответчика (на издателя) который получил большую часть гонораров в результате публикации Романа. Апеллянт далее отмечает, что **«в рассматриваемом вопросе следует добавить сопутствующую вину, подразумеваемое согласие или, по крайней мере, добровольное принятие риска со стороны Ответчика»**, поскольку она знала в течение трех лет, что он пишет Роман, вдохновленный отношениями, которые у него были с ней.
35. Апеллянт далее указывает на отсутствие баланса, по его мнению, в средствах правовой защиты, предписанных Окружным судом. Он считает, что Окружной суд допустил ошибку, не вынес более соразмерный запрет, т. е. «ограниченный по времени» или, в качестве альтернативы, такой, который обуславливает публикацию Романа пропуском или перередактированием его частей. Апеллянт далее оспаривает размер присужденной денежной компенсации, которая не основана на доказанном ущербе Ответчика и не учитывает должным образом дополнительные соображения.

Основные аргументы Ответчика в апелляции

36. По словам Ответчика, Апеллянт, который не приложил свое заявление под присягой к Приложению от его имени, не оспаривает фактические выводы, определенные в решении Окружного суда. При таких обстоятельствах его аргументы, связанные с правовыми выводами, лежащими в основе решения, создают трудности с аргументацией, на которой основана его апелляция.
37. Ответчик далее отмечает, что Окружной суд справедливо отклонил аргумент Апеллянта, согласно которому публикация интимных отношений под видом литературного романа якобы достаточна для того, чтобы сделать защиту от ожидаемого нарушения частной жизни излишней. По ее словам, Апеллянт стремится добавить **«искусственную защиту»** к положениям Закона о защите частной жизни и Закона о диффамации (запрете), вопреки позиции законодателя.
38. Ответчик опирается на постановление Окружного суда, согласно которому выдуманный аргумент, использованный Апеллянтом, является **«пустой оболочкой»**, а сюжетная линия Романа является точным отражением реальности, включая многие события, которые имели место и были пережиты Апеллянтом и Ответчиком в присутствии третьих лиц. Ответчик поддерживает свои доводы относительно обоснования решения Окружного суда об отклонении позиции апелланта о том, что Роман является вымышленным произведением, и в постановлении о том, что доводы Апеллянта относительно критериев, которые

должны применяться при обсуждении вымышленного произведения, являются необоснованными.

39. Ответчик далее утверждает, что позиция Апеллянта о том, что **«иски о нанесении ущерба репутации и нарушении конфиденциальности, которые относятся к вымышленным композициям, будут приниматься только в исключительных и редких случаях»**, не противоречит решению суда, а скорее поддерживает его. Вопрос, рассматриваемый в суде, действительно является **«исключительным и редким случаем»**.

40. Ответчик также ссылается на дополнительные фактические аргументы, выдвинутые Апеллянтom, включая прошедшее время между началом интимных отношений между Апеллянтom и Ответчиком и публикацией Романа. Однако нет необходимости предоставлять дополнительные подробности в настоящей Апелляции. Более того, Ответчик утверждает, что попытка Апеллянта **«сравнить»** – т. е. сравнение его личной ответственности с ответственностью издателя – не имеет значения.

41. По словам Ответчика, опасения Апеллянта, что **«сходство гораздо более очевидно, чем различия»**, были рассмотрены Окружным судом, который специально уточнил и разъяснил, что **«иск о нарушении конфиденциальности, основанный на художественной литературе, будет принят только тогда, когда аргумент художественной литературы *prima facie* недвусмысленно опровергается самим произведением»** и когда, кроме того, есть **«ясная и неизбежная идентификация»**.

42. Ответчик утверждает, что абсурдный ожидаемый довод **«захоронения шедевров еврейской литературы»**, описанный Апеллянтom в отношении решения Окружного суда, не имеет под собой никаких оснований и приводится напрасно. По ее словам, свобода выражения и свобода творчества будут ограничены только в **«исключительных и экстремальных обстоятельствах определенной и неизбежной идентификации, и когда масштаб нарушения конфиденциальности и ущерб репутации и его масштабы настолько серьезны»**.

43. Что касается довода Апеллянта о том, что должен быть необходим **«третий элемент»** — установление злого умысла со стороны автора — Ответчик утверждает, что такое требование налагает слишком тяжелое бремя на потерпевшую сторону — **«доказывать скрытые внутренние мотивы нарушителя»**. В обстоятельствах Апелляции в суде Ответчик полагает, что в свете ее неоднократных ходатайств не публиковать роман, **«злонамеренность Апеллянта и, по крайней мере, его полная апатия ввиду ущерба, причиненного Ответчику при публикации книги также были доказаны»**.

44. По словам Ответчика, решение Апеллянта опубликовать Роман под своим собственным именем способствовало ее идентификации с главной героиней Романа. По ее словам, постановления Окружного суда следует рассматривать не как **«чрезмерное вмешательство в соображения художественного редактирования»**, а скорее как **«очевидный логический вывод»**. Ответчик далее отрицает довод Апеллянта о том, что Окружной суд якобы основывал свои выводы на **«заднем плане»**, поскольку **«если бы она знала о многих, более конкретных, подробностях, включенных в книгу, которые привели к ее идентификации, она бы открыто возражала против публикации книги»**. Апеллянт не только отклонил

доводы Ответчика, он также проигнорировал доводы своей бывшей жены и матери его детей, которые обратились к нему с просьбой не допустить публикации романа.

45. Что касается предполагаемого согласия Ответчика на включение подробного описания ее уникального произведения искусства в Роман, Ответчик ссылается на фактическое решение Окружного суда по этому поводу: **«все, что было представлено ей, было абзацем, относящимся к ее работе»**. По ее словам, Окружному суду было доказано, что она не знала о намерении Апеллянта включить в Роман описания, которые нарушили бы ее частную жизнь и нанесли бы ущерб ее репутации.
46. По мнению Ответчика, превосходство свободы автобиографического выражения в американском праве, на которое ссылается Апеллянт, существует **«только в тех случаях, когда оно направлено на содействие обоснованному общественному интересу»**. Что касается вопроса общественного интереса в публикации Романа, рассматриваемого здесь, Ответчик ссылается на судебное Решение А. Груниса в L.C.A. 5395/09: **«В рассматриваемом деле публикация книги не отражает общественный интерес высокой важности. Ответчик не является публичной фигурой. События, которые, как утверждается, описаны в книге, произошли в частных обстоятельствах. Общественность не имеет особого интереса к этим подробностям»** (там же, п. 6). Более того, обзор судебных решений, на которые ссылается Апеллянт, ясно показывает, что описанные в них нарушения ограничены — как по объему, так и по масштабу — по сравнению с ущербом, причиненным Ответчику; в любом случае — это иностранные судебные решения, которые не являются обязательными для судов в Израиле, которые **«уже рассмотрели — в трех разных трибуналах — факты конкретного рассматриваемого дела и полностью отвергли тезис, лежащий в основе апелляции»**.
47. Ответчик утверждает, что горизонтальное равновесие между правами не означает, что приказы будут выдаваться независимо от применимого права, а скорее балансирует между правами равного статуса и решает, какое из них будет преобладать в обстоятельствах рассматриваемого дела. По ее словам, Окружной суд справедливо постановил, что Роман наносит серьезный ущерб ее частной жизни и репутации, и что Апеллянт и его книга не защищены защитой, предписанной законом. Более того, Ответчик утверждает, что предложение Апеллянта разрешить публикацию Романа с учетом изменений является всего лишь **«манипулятивным пустым предложением»**; и установление срока публикации, как он предложил, как ожидается, вызовет негативную реакцию в будущем и ударит по ней **«снова, и, возможно, более серьезно, чем в первый раз»**.
48. Что касается защиты добросовестности, Ответчик отмечает, что это типичный фактический вопрос, который обсуждался и решался Окружным судом, и в который апелляционная юрисдикция не должна вмешиваться. Более того, по словам Ответчика, показания друга Апеллянта относительно его намерений опубликовать Роман не свободны от сомнений. Апеллянт знал о требованиях и просьбах Ответчика воздержаться от публикации Романа, поэтому неясно, как он может **«держаться за оба конца»**. По ее словам, критика Апеллянта относительно требования об искусственном основании для доказательства **«злонамеренности»** в публикациях должна **«быть адресована законодательному органу, который определил пределы защиты добросовестности»**, а не Суду.

49. Что касается защиты **«общественного интереса»**, Ответчик утверждает, что Апеллянт в своих аргументах опирается на онлайн-ответ анонимного читателя, который сказал, что книга его тронула. По ее словам, толкование Апеллянтом указанного термина лишает его всякого содержания или смысла, и в любом случае – нет места для сравнения между общественным интересом и ущербом репутации Капитана Р. (см. С.С. (Округ Иерусалим) 8206/06 Captain R. v. Dr. Pana Dayan (7 декабря 2009 г.); С.А. 751/10 ohn Doe v. Dr. Pana Dayan (8 февраля 2012 г.) (далее: «дело Капитана Р.») и общественным интересом в публикации Романа и степени нарушения частной жизни Ответчика и ущерба ее репутации. В этом контексте Ответчик снова ссылается на вышеприведенное изречение Джастиса (его прежнее название) **А. Грунис** о том, что **«публикация книги не отражает общественный интерес высокой важности»**.
50. По мнению Ответчика, аргумент Апеллянта о том, что тот, **«кто также получает выгоду от деятельности»** должен быть привлечен к ответственности, неясен, и в любом случае не поддерживается буквой закона. Ответчик далее отмечает, что приписывание вины соучастника ее собственным действиям не соответствует фактическим выводам, определенным в решении Окружного суда.
51. Ответчик утверждает, что Апеллянт не представил соответствующих судебных решений в поддержку своего аргумента о том, что присужденная денежная компенсация не отражает надлежащего баланса и пропорции. Напротив - единственное решение, обсуждаемое в резюме Апеллянта, - это вышеупомянутое дело капитана Р., в котором Окружной суд присудил компенсацию морального вреда в размере 300 000 израильских шекелей, которая позже была уменьшена Верховным судом до суммы 100 000 израильских шекелей. По ее словам, сфера вмешательства апелляционной юрисдикции в ущерб такого рода ограничивается только исключительными случаями. Кроме того, по словам Ответчика, ущерб, установленный Окружным судом, значительно ниже нормы установленных законом убытков, на которые она имеет право ввиду масштаба нарушения ее частной жизни и ущерба ее репутации.
52. Ответчик далее отмечает, что Окружной суд воздержался от принятия решения по существу иска о **нарушении авторских прав**. По ее словам, аргументы Апеллянта в отношении как вопроса «добросовестного использования», так и ее предполагаемого согласия на публикацию Романа не соответствуют фактическим выводам, определенным в решении Окружного суда. Кроме того, как было сказано выше, Окружной суд не вынес решения по независимому основанию иска о нарушении авторских прав, поскольку он удовлетворился доказательством нарушения частной жизни Ответчика. Однако Апеллянт, со своей стороны, не потрудился рассмотреть это основание иска в своих заключениях, и поэтому даже по таким основаниям его апелляция не может быть принята.

Нормативная база

53. Решение относительно характера взаимосвязи между **«свободой выражения мнения»** и **«правом на неприкосновенность частной жизни»** и баланса между ними лежит в основе общественного договора. Раздел 1 Основного закона: достоинство и свобода человека предписывает, что «основные права человека в Израиле основаны на признании ценности **человеческой личности, святости человеческой жизни и принципе, что все люди свободны; эти права будут соблюдаться в духе принципов, изложенных в Декларации о Создании**

Государства Израиль». «Ценности Государства Израиль как еврейского и демократического государства» заложены в Основном законе (Раздел 1А), и они будут направлять нас. Мы должны обратиться к исследованию основополагающих принципов, лежащих в основе нашей правовой системы. Много ручек было сломано, и много клавиатур будет изношено в попытке определить надлежащий баланс между предполагаемыми основными ценностями. Бремя, возлагаемое на судей при принятии решений конституционного характера, является тяжелым. Страх возможного ущерба свободе создавать искусство, композиции, которые выражают внутренние желания художника и являются вдохновением для общественности, образцом для подражания и отождествления с ним, а порой даже искрой для социальных изменений, перевешивает страх допустить вторжение в личные сферы личности. **«Благословение можно найти только в том, что скрыто от глаз»** (Bavli, Taanit Н, В) в отношении вопросов, относящихся к внутренней личной сфере личности. Появление в мире, несвоевременное и без полного согласия личности, может фактически разрушить жизни.

54. Надлежащий судебный баланс будет определен после рассмотрения конфликтующих прав в каждом случае по существу. Апелляция в суде касается свободы творчества, включая автобиографическое сочинение. Установление границ точной применимости этого права с учетом его братьев и сестер в семье прав — права на репутацию и права на неприкосновенность частной жизни — является сутью апелляции в суде.

Свобода выражения и свобода творчества

55. Как известно, свобода выражения является одним из столпов нашего демократического управления и одним из основных якорей общества, в котором мы живем. Важность свободы выражения усиливается в израильском обществе, которое характеризуется существенными, даже полярными, конфликтами мнений по вопросам, касающимся корней человеческого существования. Израильское законодательство воплощает в себе многолетнюю еврейскую традицию, которая поощряет диалог, что кратко выражено выражением **«это и это — слова живого Бога»** (обе интерпретации являются законными) (Bavli, Eiruvim, 13, 2). Рассмотрение свободы выражения мнения как «высшего» права (H.C.J. 73/53 **Kol Ha'Am Ltd. v. the Minister of Interior Affairs**, PDI 7 871, 878 (1953) (далее: «дело Коль ХаАм») и как **«сердца и души демократии»** (Cr.A. 255/68 **The State of Israel v. Avraham Ben Moshe**, PDI 22(2) 427, 435 (1968)) основано на реальности жизни в Израиле, а также на сфере верований и мнений, которая лежит в основе определения Государства Израиль как еврейского государства.
56. В этом смысле свобода выражения мнения служит культурным якорем, который частично укоренен в демократической основе Государства Израиль – **«демократия – это прежде всего управление согласием – противоположность правительству, основанному на силе. Демократический процесс, таким образом, является процессом, в котором общие цели народа и пути их достижения выбираются путем обсуждения и устных переговоров, т. е. путем открытого урегулирования проблем, стоящих на повестке дня государства, и свободного обмена мнениями по этому поводу»** (см. выше Коль ХаАм, с. 876); свобода выражения мнений также частично коренится в еврейской основе государства – **«и весь спор между танаимами, амораимами, гаонами и поскимирами, на самом деле, является словами живого Бога, и Галаха включает их всех; Более того, это слава Святой Торы, тогда как Тора читается как пение, а красота песни – это несоответствие**

голосов. Это суть музыки» (Aruch HaShulchan, Hoshen Mishpat, введение). «Точно так же, как их черты лица отличаются друг от друга, так и их мнения не идентичны, но, скорее, у каждого из них есть свое собственное мнение... поскольку Моисей спросил Бога, на пороге смерти он сказал ему: о, Господь, умы каждого и всех раскрыты перед вами, и они не едины. Когда я уйду, я умоляю вас назначить лидера, который будет способен обращаться с каждым из них в соответствии с его собственным умом» (Numbers Rabbah (Vilnius), Pinchas, Раздел 21; для получения более подробной информации см. изречение Справедливости (его прежний титул) М. Алон в Е.А. 2/84, **Neiman v. the Chairman of the Central Election Committee for the 11th Knesset** PDI 39(2) 225, 294-297 (1985); Aviad HaCohen "Freedom of Expression, Tolerance and Pluralism in Jewish Law" 45 **Mincha le'Menachem** (редакторы Hana Amit, Aviad Nachohen и Haim Be'er, 2007).

57. Таким образом, свобода выражения в Израиле стоит на двух основах – **иудаизме и демократии** (см. изречение Справедливости (его прежнее наименование) **А. Барак** в Н.С.Ж. **6126/94 Senesh v. the Israel Broadcasting Authority** PD 53(3) 817 (1999) (далее: «дело Сенеш»)).
58. Свобода выражения распространяется на художественное выражение. Эта форма выражения обладает уникальными характеристиками, которые требуют уникальной защиты. Важность искусства заключается в развитии человеческой культуры и в том, что оно является средством выражения и исполнения внутренних желаний; его важность придает искусству его уникальный статус. В его художественном творчестве личные границы художника разрушаются, и художественная свобода становится общественной ценностью. **«Свобода выражения — это свобода художника открыть свое сердце, расправить крылья и освободить свой разум»** (Н.С.Ж. **14/86 La'or v. the Council for the Review of Films and Plays** PD 41(1), 421, 433 (1987). Что касается сферы художественной свободы, то было постановлено следующее: **«Такая свобода — это больше, чем свобода выражать общепринятые мнения. Это свобода выражать отклоняющиеся мнения, с которыми большинство не согласно. Это свобода не только восхвалять правительство, но и критиковать его. Это свобода создавать любое произведение искусства, будь то имеющее божественную художественную ценность или не имеющее никакой художественной ценности вообще, и даже если это — как постановил Совет — «оскорбительная смесь эротики, политики и извращений всех видов»»** (там же; о творении в еврейском праве см.: Alexander Ron "On Artistic Creation and Artistic Freedom" **Parashat Ha'Shavua** 63 (Truma, 5762)).
59. Статус художественной свободы устанавливается, согласно одной доктрине, в свободе выражения, т. е. свобода выражения сама по себе дает «свободу художественного произведения, включая литературу и различные проявления визуального искусства» (см.: Н.С.Ж. **806/88 Universal City Studios Inc. v. the Council for the Review of Films and Plays**, PD 43(2) 22, 27 (1989)); согласно другой доктрине, уникальные характеристики художественного выражения требуют, чтобы художественная свобода была независимым правом. **«Ее можно рассматривать как отдельное конституционное право. Она основана на восприятии людей как автономных существ, имеющих право на самореализацию, как в качестве создателей так и в качестве потребителей искусства. Действительно, художественная свобода — это свобода художника творить. Это свобода выбора в отношении темы и ее представления, а также свобода других слышать и понимать»** (Н.С.Ж. **4804/94 Station Film Co. Ltd. v. the Council for the Review of Films and Plays**, PD 50(5) 661, 677 (1997)).

60. Я не вижу никакой реальной разницы между теми, кто считает, что право на свободу творчества является статусом **«первичного права»**, и теми, кто считает, что это просто **«вторичное право»** (для различия между **«первичным правом»** и **«вторичным правом»** см.: Aharon Barak **Proportionality – Constitutional Rights and Their Limitations** 76-78 (2010) (далее: «Барак «Пропорциональность»»). Поддерживаете ли вы эту позицию или другую, необходимо определить и ограничить характеристики права. Это будет сделано в соответствии с уникальными обоснованиями, на которых оно основано. Такие обоснования формируют **«генетический код»** права и определяют сферу его применимости. Они задуманы в теоретической юридической лаборатории и переходят в мир практики. Обоснования можно рассматривать как **скальпель и молоток** в руке скульптора, помогающий четко высекать изображение права и различать схожие вопросы; **«как серебро, к которому прикасается серебряных дел мастер – сплавляясь и смешиваясь по своему усмотрению»** (литургическая поэма «как вещество, к которому прикасается художник», молитва Йом Кипур). В сфере прав правило **«полного разделения сфер»** (Bavli, Brachoth 48, 2) не применяется. Напротив, права объединены и интегрированы, иногда в неразделимой степени. Высекание – нелегкая задача, и иногда она может нарушить одно из прав и его бенефициаров. Суду будет нелегко определить точную сферу применимости права. Решения такого рода имеют глубокое и широкое влияние и могут повлиять на общественную жизнь, торговлю, культуру, искусство, политику и многое другое.

Автобиографическое сочинение

61. Свобода выражения мнения стоит на трех столпах: **раскрытие истины, личное благополучие и их ценность в демократическом режиме** (см. Aharon Barak "The Tradition of Freedom of expression in Israel and its Problems" Mishpatim 27, 223, 227-228 (5757)). Эти столпы не в равной степени поддерживают каждый случай свободы выражения мнения. Некоторые случаи поддерживаются всеми обоснованиями; другие защищены только некоторыми. Сила обоснований, лежащих в основе каждого случая, также различается. Изучение обоснований и их силы определит уровень защиты, предоставляемой выражению мнения. **«Не все обоснования [поддерживающие свободу выражения – Н.С.] в равной степени присутствуют во всех типах выражений. Если выражение «не подпадает» под обоснования свободы выражения, это может повлиять на степень правовой защиты, предоставляемой ему»** (Н.С.И. 06/93 Kidum Entrepreneurship and Publishing (1981) Ltd. v. Israel Broadcasting Authority, PD 48(2) 1, 12 (1994) (далее: «дело Кидум»). Статус автобиографической художественной свободы будет определяться в свете **«качества»** и **«количества»** обоснований, лежащих в ее основе. Прежде чем рассматривать эти обоснования, мы хотели бы разместить следующие слова в качестве путеводного дорожного знака: **«Литература, живопись и скульптура проявляют духовные ценности, которые присущи человеческой душе; до тех пор, пока есть хоть один рисунок, все еще скрытый в глубине наших душ и все же не размещенный на бумаге, искусство обязано ее производить»** (Rabbi Kook, Olat Reaya 2, с. 3).

62. Оправдание личного благополучия подчеркивает, что **«без предоставления людям возможности слышать и быть услышанными, читать и писать, говорить или молчать, человечность человека ущербна, поскольку его духовное и интеллектуальное развитие основано на его способности свободно формировать свою точку зрения»** (см.: Н.С.И. 399/85 399/85 Kahana v. Israel

Broadcasting Authority, PD 41(3) 255, 274 (1987) (далее: «дело Кахана»). И в другом месте: «Важность принципа [свободы выражения - Н.С.] также заключается в защите, которую он распространяется на отчетливо личный интерес, т.е. интерес каждого человека в силу его человечности полностью выражать свои качества и личные добродетели; максимально развивать и воспитывать себя; высказывать мнение по любому вопросу, который он считает жизненно важным для себя; в короче говоря – говорить от сердца, чтобы жизнь казалась ему достойной (см. Кол ХаАм, с. 878). Судебная практика далее подчеркивала тесную связь между этим столпом свободы выражения – личной реализацией человека – и человеческим достоинством (см.: Aharon Barak **Human Dignity** 717-721 (2014) (далее: «Барак «Человеческое достоинство»»)); считалось, что «этот аргумент [личного благополучия - Н.С.] связывает свободу выражения с человеческим достоинством» (см. Кахана выше, с. 273) и «что такое человеческое достоинство без основополагающего права человека слышать своих собратьев и быть услышанным; развивать свою личность, формировать свою точку зрения и достигать самореализации?» (P.P.A 4463/94 **Golan v. Israel Prison Service** PD 50(4) 136, 157 (1996)).

63. Автобиографическая художественная свобода на самом деле является способом выражения, который материализует это оправдание почти в полном объеме. Автобиографическое письмо — это личное, интимное письмо, которое выражает историю жизни писателя. Такое письмо — это основная человеческая потребность, которая скрыта в сердцах многих людей. Исполнение, облегчение, которое испытывает автор, когда извлечение идей из глубин его души завершено, — это самое убедительное доказательство важности публикации автобиографического сочинения. Распространение феномена автобиографического письма на все сферы жизни — это еще одно доказательство его важности для развития человечества. Мы уже не в эпоху, когда автобиографическое письмо было уделом немногих, тех выдающихся людей, которым посчастливилось описать, рассказывая свою личную историю, историю своего поколения. Сегодня каждый человек, имеющий подключение к Интернету и клавиатуру, может написать свою историю жизни и опубликовать ее в глобальной сети. Истории, которые когда-то были уединенными, теперь выходят на передний план, а истории, которые ранее были опубликованы и известны, теперь отступают на второй план. Поэтому автобиографическое письмо имеет огромное значение для личности и общества для самореализации и содействие развитию литературного творчества.
64. Как уже было сказано, обоснование права на автобиографическое творчество не заканчивается **личными** обоснованиями свободы выражения; общественные обоснования предоставляют еще один обильный источник, из которого вытекает это право. Согласно обоснованию раскрытия истины «**свобода выражения должна быть гарантирована для того, чтобы сделать возможной конкуренцию между различными и разнообразными точками зрения и идеями. Из этой конкуренции — а не из диктата единой правительственной «истины» — возникнет истина, поскольку истине суждено восторжествовать в битве идей**» (см. Кахана, с. 273). Право на автобиографическую художественную свободу способствует реализации этого обоснования. По-видимому, по мере того, как число людей, которые пишут свои жизненные истории, будет расти, соответственно, и человеческие знания, как и способность достичь дна истины. Человеческие знания неравномерно распределены на городской площади. Группы с большей открытостью и доступностью к СМИ имеют большую способность передавать информацию. Существование автобиографического письма поможет нам разрушить

«монополию на знание», а также получить информацию из нетрадиционных каналов (дополнительную информацию см.: Sonja R. West., **The Story of Me: The Underprotection of Autobiographical Speech**, 84(4) WASH. U.L. Rev.905, 944-948 (2006)) (далее: «Вест»).

65. Важность автобиографической художественной свободы также коренится в демократическом обосновании. **«Свобода выражения мнений является предпосылкой существования демократии и ее надлежащего функционирования. Свободное выражение мнений и их неограниченный обмен между людьми являются *contitio sine qua non* для существования социального и политического управления, в котором гражданин может бесстрашно рассматривать, посредством изучения информации, что требуется, согласно его наилучшему пониманию, для блага и благополучия общества и отдельных лиц, и как существование демократического управления и политической структуры, в которой он живет, может быть обеспечено... демократический процесс обусловлен, как сказано выше, возможностью проведения открытого обсуждения проблем, стоящих на повестке дня государства, и свободного обмена мнениями по ним... нельзя считать, что выборы в демократическом режиме могут проводиться, если им не предшествует возможность обмениваться мнениями и попытаться взаимно убедить и без проведения обсуждений и дискуссий, формирующих общественное мнение, которое играет жизненно важную роль в каждом свободном режиме. Вышеизложенное, как сказано выше, так же справедливо во время выборов, как и в другие времена» (Н.С.Д. 372/84 *Kloppfer Nave v. the Minister of Education and Culture*, PD 38(3) 233, 238-239 (1984)).** Автобиографическая художественная свобода лелеет важность прямого потока информации между автором и общественностью. Общественные каналы информации контролируются несколькими **«игроками с правом вето»**, которые препятствуют свободному потоку информации. Средства массовой информации, правительственная цензура, правовая система и законы, доступ к богатству — вот лишь некоторые из барьеров, с которыми сталкиваются владельцы информации, стремящиеся к ее публикации. Автобиографическая художественная свобода придает важность прямой встрече автора с читателями. Кроме того, автобиографическая художественная свобода помогает сделать свободное выражение более доступным для социальных и культурных меньшинств, которые недостаточно представлены в центральных СМИ, тем самым обогащая разнообразие голосов, слышимых в публичной сфере. Совсем недавно мы стали свидетелями расширяющего возможности и каталитического эффекта автобиографического выражения опыта в Интернете на социальные и политические революции в соседних арабских странах. Это право усиливается в эпоху Интернета, где электронные средства и медиа, такие как «Twitter», «Facebook» и блоги, реализуют эту идею на практике. Многие ученые отметили связь между широким спектром мнений, услышанных публично, и существованием живой и здоровой демократии. **Правила демократического принятия решений — это тело; свобода выражения — это их душа. Демократия без свободы выражения подобна телу без души.** Автобиографическая художественная свобода не только позволяет каждому гражданину голосовать и быть избранным, но и влиять на культурную структуру общества (для подробного обзора основ права на автобиографическое письмо см.: Вест, с. 948-957). Таким образом, автобиографическое сочинение тесно связано с вышеупомянутыми тремя обоснованиями свободы выражения.
66. Несмотря на свою важность, свобода выражения, включая автобиографическую художественную свободу, не является абсолютным правом и не защищена от

ограничений. «Свобода выражения и художественная свобода — не единственные ценности, которые следует учитывать. Демократическое общество основано на разнообразных ценностях и принципах, из которых свобода выражения и художественная свобода являются лишь частью. Реализация этих разнообразных ценностей и принципов, естественно, требует ограничения защиты, предоставляемой свободе выражения и художественной свободе, до объема, необходимого для защиты таких ценностей и принципов. Моя свобода передвижения заканчивается там, где начинается ваш нос; моя свобода выражения не оправдывает клевету или оскорбление другого человека; она не оправдывает раскрытие высших государственных секретов или нарушение спокойствия; свобода выражения — это не свобода давать ложные показания в суде» (см: Сенеш, с. 830). С этим предупреждением в нашей седельной сумке мы теперь рассмотрим право, которое сталкивается с автобиографической художественной свободой в апелляции в суде — право на неприкосновенность частной жизни.

Право на неприкосновенность частной жизни

67. Право на неприкосновенность частной жизни является конституционным правом. Раздел 7 Основного закона: достоинство и свобода человека предписывает, что:

- «(a) Все люди имеют право на личную жизнь и интимность.
- (b) Не должно быть никакого входа в личные помещения человека, который не дал на это согласия.
- (c) Не должно быть никакого обыска в личных помещениях человека, ни в теле или личных вещах.
- (d) Не должно быть никакого нарушения конфиденциальности беседы, или письменных записей или записей устной речи человека»

Статус права на неприкосновенность частной жизни также выражен в прецедентном праве Верховного суда как «одна из свобод, которые формируют характер режима в Израиле как демократического режима, и одно из высших прав, которые устанавливают достоинство и свободу, на которые человек имеет право как личность, как ценность сама по себе» (Cr.A. 5026/97 Gilam v. The State of Israel (13 июня 1999 г.) (далее: «Гилам»)); для получения более подробной информации см. HCJ 8070/98 **The Association for Civil Rights in Israel v. The Ministry of the Interior**, PDI 58(4) 842 (2004)).

68. Надлежащий баланс между правом на неприкосновенность частной жизни и другими правами был определен законодательным органом в Законе о защите частной жизни. Что касается толкования акта, то уже установлено прецедентное право, в соответствии с которым законы, принятые до вступления в силу основных законов, будут трактоваться в духе положений основного закона. «Этот закон (Основной закон: достоинство и свобода человека – Н.С.) предоставил сверхстатутный конституционный статус праву на неприкосновенность частной жизни. Этот статус должен влиять на толкование всех законов, как принятых до принятия основного закона, так и принятых после него. Этот конституционный статус права на неприкосновенность частной жизни должен также влиять на толкование Закона о защите частной жизни» (HCJ 6650/04 **Jane Doe v. The Netanya Regional Rabbinical Court**, PDI 61(1) 581, 602 (2006) (далее: «в Джейн Доу»)); для получения более подробной информации см. F.Cr.H 2316/95 **Ganimat v. The State of Israel**, PDI 49(4) 589 (1995)).

69. Защита права на неприкосновенность частной жизни законом является относительно новой. Она началась примерно сто лет назад. Отправная точка дискуссии относительно права на неприкосновенность частной жизни, его статуса и его обоснований была выражена в важной статье начала прошлого века, в которой судьи Уоррен и Брандейс указали на существование права на неприкосновенность частной жизни (Samuel Warren & Louis Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890) (далее: «Право на неприкосновенность частной жизни»). Новаторство авторов не отразилось в создании права «ex nihilo», а скорее в концептуализации его различных проявлений в законодательстве. Такой подход не признает преимущества, присущего определению неприкосновенности частной жизни как независимого права. Неприкосновенность частной жизни ограничивается тем, как она была определена в законодательстве и в прецедентном праве, которое должно толковаться узко, чтобы предотвратить двойную защиту ввиду основного предположения, что законодательный орган не тратит чернила впустую. Похожий подход изначально был установлен в прецедентном праве Верховного суда: **«Закон о защите частной жизни призван создавать и определять новые границы, и поэтому не было необходимости переопределять существующие правонарушения как запрещенные действия... почему законодательный орган счел нужным снова запретить в более позднем законодательстве акты насилия, которые уже были определены как уголовные преступления в существующем уголовном праве, только чтобы включить их в определение нового запрещенного действия, наряду с которым установлено максимальное наказание, которое не превышает наказания за любое из существующих насильственных преступлений. Это двойное законодательство, которое совершенно не нужно»** (см. мнение судьи (прежнее название) М. Шамгара FH 9/83 **The Military Appeals Court v. Vaknin**, PDI 42(3) 837, 853 (1988); для получения более подробной информации см. L.Cr.A 9818/01 **Biton v. Sultan**, PDI 59(6) 554 (2005)). Концепция, которая считает право на неприкосновенность частной жизни правом, ограниченным исключительно его появлением в законодательстве и его узким толкованием, не просуществовала вечно. Право на неприкосновенность частной жизни вскоре приобрело постоянный статус в семье конституционных прав. Зачатки этой концепции можно найти в мнении юстиции (прежнее название) А. Барак в H CJ 2481/93 **Dayan v. Major General Wilk, Jerusalem District Commander**, командующего округом Иерусалим, PDI 48(2) 456 (1994) (далее: «Даян»): **«Каждый человек в Израиле имеет «право на частную жизнь» (Раздел 7(а) Основного закона: достоинство и свобода человека)... теперь, когда ему предоставлена конституционная основа, его следует толковать с «широкой точки зрения» «и с пониманием того, что мы имеем дело с положением, определяющим образ жизни»... конституционное положение следует толковать «с широкой точки зрения, а не технически»... отсюда подход, принятый в просвещенных демократических странах, что конституционные положения следует толковать «щедро»... с содержательным подходом, а не «юридическим» подходом... с уместным подходом, а не «техническим» или «педантичным» подходом... на фоне этого подхода может быть постановил, что конституционное право на неприкосновенность частной жизни распространяется, в частности, — и без какой-либо попытки ограничить это право со всеми его аспектами — на право человека вести тот образ жизни, который он желает, за закрытыми дверями, без внешнего вмешательства. Дом человека — его крепость, и в его пределах он имеет право быть предоставленным самому себе, для развития автономии своей воли»** (там же, на с. 470).

70. Действительно, «козлята, которых ты оставил, стали козлами с рогами» (Bavli, Brachot 63 пара. А), почки проросли и получили точное и ясное выражение в мнении Джастиса (прежнее название) А. Барака в отношении Джейн Доу (выше, на с. 595-597): **«Право на неприкосновенность частной жизни является одним из важнейших прав человека в Израиле... его корни глубоко укоренены в нашем еврейском наследии... поэтому оно востребовано ценностями Израиля как еврейского и демократического государства. Оно признано израильским общим правом как право человека... в 1981 году был принят Закон о защите частной жизни. Неприкосновенность частной жизни была определена в законе (Раздел 2) таким образом, что не «охватывает» все принятые формы частной жизни. Что касается нарушения частной жизни сверх определения в законе, израильское общее право продолжает применяться... в 1992 году произошло существенное изменение в статусе права на неприкосновенность частной жизни... Основной закон: человеческое достоинство и свобода прямо признали конституционное право на неприкосновенность частной жизни... конституционное право на неприкосновенность частной жизни было, таким образом, признано в более широком смысле, чем сфера частной жизни в Законе о защите частной жизни. Действительно, в силу основного закона неприкосновенность частной жизни стала сверхстатутным конституционным правом... любые и все государственные органы — включая любой суд и трибунал в государстве — должны его уважать».**
71. Право на неприкосновенность частной жизни является конституционным правом. Оно должно толковаться **«полно и широко»**, в соответствии с его обоснованиями, чтобы реализовать цели, лежащие в его основе. Однако сфера защиты частной жизни не будет определяться широко или узко, а скорее точно. В целях балансирования между конфликтующими правами, когда суд сталкивается с решением, которое требует составления точных контуров прав, суд будет использовать строгое толкование, исследуя, какое из обоснований, реализованных в проявлениях прав, следует предпочесть (см.: Aharon Barak, **Interpretation in Law**, Vol. 3: Constitutional Interpretation 83-84 (1993) ("**Interpretation in Law** (Constitutional Interpretation)"); и - Aharon Barak, **Proportionality in Law** 94-97 (2010)). Принятое мнение в нашем праве заключается в том, что сфера действия конституционного права не должна быть уменьшена для того, чтобы принять во внимание коллективное или право других лиц. Они будут приняты во внимание на следующих этапах конституционного анализа (*там же*). Поэтому израильское законодательство проводит различие между применением права и его защитой. Простое применение права не обязательно гарантирует его всестороннюю защиту. Применение — это одно, а защита — другое. Широкое толкование не равно полной защите.

Право на неприкосновенность частной жизни – Объем

72. Неоднозначность права на неприкосновенность частной жизни общеизвестна (см., например: Re'em Segev "**Privacy, its Significance and Importance**" **Privacy in an Era of Change** 25, 26 (редактор Техилла Шварц Альтшулер, 2012) и опирается в ней авторитетные источники) (далее: Сегев ««Конфиденциальность, ее значение и важность»»). Эта двусмысленность, которая, по мнению некоторых ученых, вытекает из социального характера права и из его технологического контекста, затрудняет определение точных границ частной жизни (см., например: Michael Birnhack "**Control and Consent: The Theoretical Basis of the Right to Privacy**" *Mishpat Umimshal* 11 9, 13-19 (2008) (далее: «Контроль и согласие»)). **«Право на неприкосновенность частной жизни является сложным правом, границы которого нелегко**

определить» (см. HCJ 1435/03 **Jane Doe v. The Haifa Civil Service Disciplinary Court**, PDI 58(1) 529, 539 (2003)).

73. В этой апелляции мы освобождены от принятия решения об определении точных границ права на неприкосновенность частной жизни. Мы обеспокоены — в книге в суде — сутью права на неприкосновенность частной жизни. **«Что касается ситуаций «классической неприкосновенности частной жизни», то, по-видимому, существует широкое согласие. Например, мы согласны с тем, что целесообразно защищать действия человека в его собственном доме, содержание телефонных разговоров или запечатанных конвертов, а также определенные типы информации, такие как наше состояние здоровья, наша сексуальная жизнь, ... когда внешний агент вмешивается без нашего разрешения в любое из вышеперечисленного, мы считаем, что наша частная жизнь была нарушена»** (см. «Контроль и согласие» выше, на с. 13).

Обоснования права на частную жизнь

74. В литературе и прецедентном праве было приведено множество обоснований права на частную жизнь. Есть те, которые основаны на личной основе, и те, которые основаны на социальных ценностях. Эти обоснования можно разделить на две отдельные категории: первая — внутренние-неотъемлемые обоснования; вторая — инструментально-целевые обоснования. Различие между типами обоснований очевидно: внутреннее обоснование рассматривает право как цель само по себе; инструментальное обоснование рассматривает право как средство достижения более благородной цели.

Внутреннее оправдание

75. Внутреннее оправдание частной жизни утверждает, что нарушение частной жизни равносильно нарушению достоинства человека, его благополучия и его способности к самореализации. Этот взгляд основан на моральной теории философа Иммануила Канта. По Канту, человек существует как цель в себе. Использование человека как объекта для достижения другой цели представляет собой нарушение его достоинства:

«Человек и вообще каждое разумное существо существует как цель в себе, а не просто как средство для произвольного использования той или иной волей. Он должен во всех своих действиях, направлены ли они на него самого или на другие разумные существа, всегда рассматриваться в то же время как цель... Таким образом, люди являются не просто субъективными целями, существование которых как следствие наших действий имеет для нас ценность; но такие существа являются объективными целями, т. е. существуют как цели сами по себе». (Immanuel Kant, *Groundwork of the Metaphysic of Morals*, 428 (перевод Н. J. Paton, 1964)).

76. Человек не является «объектом»; его нельзя использовать как средство для достижения других целей. У человека есть эмоции, чувства и желания. Вопиющее игнорирование их и грубое попрание их недопустимы. Простое нарушение частной жизни человека является запрещенным действием. Вторжение в частное пространство и его обнажение превращают человека в средство для достижения целей разоблачителя и нарушителя. Частная жизнь — это сердце и ядро человеческой автономии. Это пространство, в котором находится все, что дорого человеку, его эмоции, его внутренние желания, его самые сокровенные тайны; все

это является частью сердца и ядра права на частную жизнь. Нарушение этих прав является грубым нарушением достоинства человека. По словам ученого Блустейна:

«Поскольку нашей индивидуальности и нашему достоинству как личностей нанесён вред, правовое средство защиты представляет собой социальное оправдание человеческого духа, находящегося под угрозой, а не компенсацию за понесенные потери». (Edward J. Bloustein, *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*, 39 N.Y.U. L. Rev. 962, 1003 (1964) (далее: «Блустейн»)).

И словами ученого Бенна:

«Воспринимать кого-то как личность — значит видеть в нем на самом деле выбирающего, как того, кто пытается проложить свой путь в мире, корректируя свое поведение по мере изменения своего восприятия мира и исправляя курс по мере осознания своих ошибок. Это значит понимать, что его жизнь для него — своего рода предприятие, как и его собственное... Уважать кого-то как личность — значит признать, что следует учитывать то, каким образом на его предприятие могут повлиять его собственные решения. Под принципом уважения к личности я подразумеваю принцип, согласно которому каждый человек, в той мере, в какой он квалифицирован как личность, имеет право на эту минимальную степень уважения» (Stanley I. Benn, *Freedom, and Respect for Persons*, in *Privacy & Personality* 1, 9 (ред. J. Roland Pennock и John W. Chapman, 2009 г.)).

77. Действительно, право на неприкосновенность частной жизни вытекает из права на достоинство и тесно с ним связано. **«Право на неприкосновенность частной жизни, таким образом, касается личной заинтересованности человека в развитии своей автономии, своего спокойствия, своего права быть с самим собой и своего права на достоинство и свободу»** (см. C.A. 8483/02 Aloni Ltd. v. McDonald, PDI 58(4) 314, п. 33 решения судьи Э. Ривлин (30 марта 2004 г.)); для получения более подробной информации см. относительно Джейн Доу выше в п. 10 решения главного судьи А. Барак; Ruth Gavison "The Right to Privacy and Dignity", *Human Rights in Israel - An Essay Collection in Memory of H. Shelah* 61 (1988)).

Инструментальные обоснования

78. Дальнейшие обоснования рассматривают право на неприкосновенность частной жизни как средство достижения существенных целей. Право на неприкосновенность частной жизни воспринимается как основа благополучия личности; как жизненно важное для обеспечения доверительных отношений между людьми, и особенно интимных отношений; как средство обеспечения надлежащей общественной жизни; как основа существования демократического режима.
79. Несколько теорий указывают на тот факт, что неприкосновенность частной жизни важна для улучшения личного благополучия людей и для возможности максимальной самореализации. Личное пространство дает человеку возможность медитировать и бросать вызов общему мировоззрению общества, к которому он принадлежит. Личное пространство позволяет человеку проектировать свой частный дом по своему желанию. Это пространство иногда выражает самые сокровенные тайны, которые человек по своим собственным причинам не желает публично раскрывать. Человек имеет право на возможность строить свой мир по своему желанию, что невозможно, когда за ним наблюдают со всех сторон.

Социальное мнение иногда парализует, не давая человеку предпринимать оригинальные и смелые действия. Личное пространство — это то место, где человек может нарушить установленные социальные границы. Нарушение личного пространства лишает человека возможности создать уникальный и индивидуальный личный мир. Уникальное литературное выражение этой концепции можно найти в книге Джорджа Оруэлла «1984», которая стала одним из бесценных достояний мировой литературы. См. мнение судьи Брандейса:

«Создатели нашей Конституции обязались обеспечить условия, благоприятствующие достижению счастья. Они признали значимость духовной природы человека, его чувств и его интеллекта. Они знали, что только часть боли, удовольствия и удовлетворения жизни можно найти в материальных вещах. Они стремились защитить американцев в их убеждениях, их мыслях, их эмоциях и их ощущениях. Они предоставили, в отличие от правительства, право быть оставленным в покое — самое всеобъемлющее из прав и право, которое больше всего ценят цивилизованные люди». (*Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 479 (1928)).

И словами ученого Блустейна:

«Человек, который вынужден жить каждую минуту своей жизни среди других и чья каждая потребность, мысль, желание, фантазия или удовлетворение являются предметом общественного внимания, был лишен своей индивидуальности... Такой человек сливается с массой. Его мнения, будучи публичными, как правило, никогда не отличаются; его стремления, будучи известными, как правило, всегда являются общепринятыми» (Блустейн, 1003).

Более подробную информацию по вопросу личного благополучия см.: *R. v. Dymant*, [1988] 2 S.C.R. 417. Более подробные источники см.: Michael Birnhack, *Private Space: Privacy, Law & Technology* 117-120 (5771) (далее: «Бирнхак, Частное пространство»).

80. Нарушение частной жизни — это нарушение **личной автономии**. Снос экрана, разделяющего частную и публичную сферы, нарушает право человека жить так, как он хочет. Некоторые хотят жить на радиоволнах, в «доме большого брата» или на страницах газеты; другие хотят жить мирно и скромно, вдали от всеобщего внимания, от общественного взгляда и от объектива камеры. Разоблачение частной жизни другим человеком нарушает право человека жить так, как он хочет. «...Право на частную жизнь проводит границу между личностью и общественностью, между «мной» и обществом. Оно очерчивает определенную область, в которой личность остается в одиночестве, чтобы развивать свое «я», без вмешательства других...» (см. выше Дайана, на с. 471).

«Свобода включает в себя право жить по своей воле, пока эта воля не мешает правам другого человека или общественности. Один может желать жить жизнью уединения; другой может желать жить жизнью публичности; еще один может желать жить жизнью конфиденциальности в отношении одних вопросов и публичности в отношении других. Один может желать жить жизнью труда, когда его работа постоянно держит его перед глазами общественности, в то время как другой может желать жить жизнью исследований и размышлений, выходя на публику только в такие моменты и при таких обстоятельствах, которые могут быть необходимы для его фактического существования. Каждый имеет право на свободу выбора в отношении своего образа жизни, и ни

отдельный человек, ни общественность не имеют права произвольно лишать его этой свободы» (Pavesich v. New England Life Insurance Co., 50 S.E. 68, 71 (Ga 1905)).

81. Обратите внимание, что свобода выражения и право на конфиденциальность не просто сталкиваются; они также дополняют друг друга. Нарушение частной жизни иногда равносильно нарушению свободы слова. Наличие защищенного личного пространства, в котором человек может уединиться, побыть в одиночестве, иногда является условием существования творческой деятельности. Творчество, которое отклоняется от существующего общественного порядка, борется за то, чтобы появиться под пронзительным взглядом сообщества. Экран частной жизни защищает существование внутреннего мира. Этот мир будет выставлен напоказ зрителям, когда экран поднимется. Преждевременное выставление напоказ и без согласия незаконченного продукта приведет к провалу; или, как в театральном мире, приведет к резким отзывам, которые могут оставить творческую работу в незрелой стадии и помешать ее реализации. Личное пространство жизненно важно для развития и появления различных идей в общественной сфере. Люди со свободными мнениями являются неотъемлемой составляющей существования демократии. Без свободы мысли, которая становится возможной там, где есть личное пространство, здоровое общество не может быть развито. Действительно, право на частную жизнь не обязательно противоречит свободе выражения и творчества, оно также служит им.

82. Тора описывает публичную обстановку, в которой были даны первые Каменные Скрижали [Luchot HaBrit], и их разрушение; и вторые скрижали, которые были даны Моше Рабейну (Моисею) одному и были шедевром. Первые скрижали были даны **«среди большой пышности и торжественности»** (Rashi, Shemot 34, C) на горе Синай перед всем еврейским народом. Вторые скрижали были даны Моше Рабейну в тишине: **«Никто не должен подниматься с тобой, и никто не должен быть виден на всей горе. Даже стадо и скот не должны пастись лицом к этой горе»** (Shemot 34, C). Об этом было сказано в Midrash Tanchuma ((Warsaw) Ki Tisa, 31): **«Первые скрижали были даны публично, и поэтому дурной глаз имел над ними власть, и они были разбиты, и здесь Б-г сказал ему, что нет ничего лучше скромности».** Мы можем видеть, что скромность и личное пространство могут производить великое творение. Творение не обязательно является результатом свободы выражения. На самом деле, именно уменьшение масштаба, уединение, скромность могут быть плодородной почвой для роста и обновления. Секрет диалога и действий, предпринимаемых между ними, является доказательством. Излишне говорить, что люди, венец творения, являются результатом самых интимных отношений. Это учит нас, что бесконечное раскрытие не всегда является гарантией творения; напротив, существуют скрытые области, которые мы должны строго охранять как таковые, не только как защиту от вреда, но и для обеспечения производительности, творения и самореализации. **«И написано: «У скромного есть мудрость» (Mishlei 11, B), поскольку мудрость связывает две вещи, и это изначальная сила, как известно, и посредством этого вещи изменяются из одного состояния в другое, и в этом смысл стиха: «У скромного есть мудрость».** Поэтому, когда вы хотите посадить семя и хотите, чтобы оно изменило свою форму, вы скрываете его и вкладываете в землю, чтобы оно могло достичь своего изначального состояния, которое есть мудрость, как упоминается» (Torat Hamaggid, Torah, Parashat Balak).

83. Харав Кук (Orot Hakodesh C, часть вторая, том третий, заголовок E) рассматривает необходимый баланс между потребностью человека в одиночестве и его

потребностью в компании: «Из этих двух противоположных суждений благородный человек должен стоять посреди двух тенденций: отделяться и приближаться. Благодаря этому он достигает концептуальной чистоты, с одной стороны, и естественной силы, которая существует в простоте и естественной свежести, с другой». Харав Кук далее красноречиво пишет в своем эссе «Время молчать и время говорить» (Orot Hakodesh, часть вторая, том третий, заголовок Н): «Структуры духа человека претерпевают великое разрушение, когда появляется внутренний свет «времени молчать», когда святая и высшая немота в великолепии своей славы и тяжести своего бремени наполняет всю его душу. Если он восстает против нее и нарушает ее, этот мятеж против суверенитета тишины разрушает все ее структуры, всю сокровищницу невинности и честности, глубины и высшую связь, все это разбито. И позже ему нужно будет, если он захочет отстроить свои руины, восстановить все заново, и мудрый человек будет молчать в это время. Однако, если человек воздаст должное тишине, когда она впервые появляется, она выполнит свой долг, установит свою немоту, проникнет в свою глубину и достигнет затруднений своих глубин, из которых она произведет могучую листву и ветви с силой великого и свежего цветения. Листья будут наполнены силой, и проявится выражение его уст. Затем «время говорить» начнется в своем славном величии, и дух тишины будет ангелом, который действует на излияние речи, которая будет течь как потоки, с великим изобилием и всей красотой. «[Я] творю речь уст. Мир, мир, дальним и ближним, — говорит Всевышний, — и Я исцелю его». Его плоды будут для пищи, а его листья для исцеления, освобождая уста немых».

84. Демократический режим также требует существования права на неприкосновенность частной жизни. Существование частного жизненного пространства, которое не находится под пристальным взглядом государства, имеет жизненно важное значение для существования плюралистического общества, которое дает сцену для разнообразия голосов среди него. Политическая критика не возникнет там, где человеческие жизни контролируются различными способами. Существование частного пространства имеет важное значение для развития уникальных позиций, которые впоследствии могут обрести политическое выражение. Эта позиция была признана в прошлом этим судом, который постановил, что право на неприкосновенность частной жизни **является «одной из свобод, которые формируют характер режима в Израиле как демократического режима»** (см. п. 9 решения суда **Х. Ариэль** в отношении **Гилама**; см. также: *Campbell v MGN Ltd.* [2004] UKHL 22 (далее: «Кэмпбелл»). Для подробного обзора см.: Annabelle Lever, *Privacy Rights and Democracy: A Contradiction in Terms?* 5 *Contemporary Political Theory* 142 (2006)). И обратите внимание, право на неприкосновенность частной жизни не просто служит человеку как личности. Оно имеет широкое социальное значение, помимо права личности. Его ценность велика и важна для самого существования человеческого общества.

Право на неприкосновенность частной жизни и интимные отношения

85. Дальнейшее обоснование права на неприкосновенность частной жизни можно найти на другом уровне человеческого существования — межличностных отношениях. **«Нехорошо, чтобы человек был один»** (Bereishit B, 18); **«люди по своей природе являются политическими животными»** (Aristotle, **Politics**, Книга А, 27-28 (редактор Rachel Zelnick-Abramovitz, переводчик Nurit Karshon, 2009)); **«либо товарищество, либо смерть»** (Bavli, Taanit 23, стр. 1). Это лишь некоторые из текстов, написанных на протяжении поколений, чтобы описать важность отношений в жизни людей. Каждый из нас вовлечен во многие отношения: семья; работа; друзья;

знакомые; соседи; поставщики услуг. Все вышеперечисленное и многое другое окружает и окружает нашу повседневную рутину. **Так же, как различаются черты лица, различаются и их отношения.** И в рассматриваемом деле: отношения отца и сына не похожи на отношения между мужем и женой; между друзьями, между далекими и близкими знакомыми и т. д.

86. Существуют **«определенные отношения, которые требуют фоновых условий конфиденциальности для обеспечения их оптимального существования»** (Бирнхек, Частное пространство выше, на с. 120). Глубокая дружба и связи между парами строятся и основаны на сохранении самых интимных секретов. Мир, в котором конфиденциальность попирается, а секреты становятся общими, — это мир, в котором люди откажутся обнажать свою душу перед друзьями из страха, что она станет известна всему миру. То же самое относится к профессиональным отношениям и дружбе, *a fortiori* к романтическим отношениям. В таких отношениях пары взаимно раскрывают друг другу свои самые тайные желания, стремления и стремления. Партнер также раскрывает своему партнеру свои позиции и мнения относительно коллег по работе, членов семьи, друзей и предыдущих партнеров. Эта конфиденциальная информация преподносится другому партнеру на серебряном блюде, предполагая, что он будет действовать как верный союзник и доверенное лицо. Это **«неписанный» контракт между партнерами в долгосрочных романтических отношениях. Это «условия трудоустройства».** Любой здравомыслящий человек знает это. **«Развитие отношений пары... требует, в частности, уединения пары от внешнего мира. Уединенность обеспечивает близость, которая является необходимым условием для отношений пары... уединенность обеспечивает доверие между парой и создает пространство... где они могут быть подлинными и получать поддержку друг друга»** (Бирнхек, Частное пространство выше, на с. 121; для получения дополнительных ссылок см.: Сегев, Конфиденциальность, ее значение и важность выше, на с. 83-86).
87. Особое место отводится для интимных долгосрочных отношений между парами, и особенно для супружеской жизни. Обязательства, создаваемые между двумя супругами, не ограничиваются экономическими договоренностями. Они составляют **тело брака**, в то время как доверие и любовь создают его **душу**. Брак основан на **«любви, дружбе, мире и товариществе»**. Один выступает в качестве «доверенного лица» другого. Самопожертвование, крепкая дружба, бесконечная эмпатия — вот суть супружеской жизни. **«Поэтому оставит человек отца своего и мать свою и прилепится к жене своей, и станут они одной плотью»** (Bereishit B, 24). Раздельность становится единством. Повседневные проблемы, с которыми сталкиваются пары, поддержание отношений, домашнее хозяйство, профессиональная карьера и воспитание детей — все это составляет квази-**«плавильный котел»** для этого слияния личностей. Многие исследования показали, что ментальная идентичность супругов меняется со временем. Партнеры переходят от отдельных существ к единой семейной ячейке (см., например: Milton C. Regan, Family Law and the Pursuit of Intimacy 147 (1993)). Супруги открыты друг другу, в счастье и печали, во времена трудностей и кризиса, а также во времена успеха и комфорта. Они делятся друг с другом своими мыслями и чувствами о том, что происходит вокруг них. Во многих отношениях супруги читают друг друга, как открытую книгу - **«никакие секреты не ускользают от них»**. В этом отношении верны слова, появляющиеся в традиционном акте условий: **«и с этого момента указанная пара будет действовать совместно с любовью и привязанностью, и не будет скрывать, прятать или запирается друг от друга...»** (Q&A Nachlat Shiva, Shtarot, Штарот, Часть I). Не лишним будет отметить в этом контексте степень близости между

мужем и женой, в частности, в отношении законов о свидетельских показаниях (дисквалификация показаний мужа также дисквалифицирует показания жены) и законов об агентстве (муж назначается агентом своей жены для вещей, которые другие не могут делать в качестве ее агентов). Я также упомяну положения Раздела 3 Указа о доказательствах [Новая версия], 5731-1971, что «в уголовном процессе один из супругов не имеет права давать показания против другого».

88. Право на неприкосновенность частной жизни в его романтической форме на самом деле является правом супруга не подвергаться эксплуатации со стороны своего супруга. Ситуация, в которой один супруг раскрывает другому супругу все, что у него на уме, а другой супруг использует эту информацию в своих целях, недопустима. Правовой режим, который не препятствует этому, не защищает неписанный брачный договор. Привилегии между различными лицами в обществе регулируются законодательством. Можно ли представить, что закон, регулирующий отношения адвоката и клиента; отношения врача и пациента; отношения психолога и пациента; отношения банка и клиента; не расширит свою защиту и не защитит самые деликатные отношения в жизни человека – между мужем и женой, между супругами?! (Более подробную информацию см.: Hanoch Dagan & Carolyn J. Frantz, *Properties of Marriage* 104 Colum. L. Rev. 75, 82-83 (2004) и источники, упомянутые в нем). Недаром принцип «**публичного слушания**», изложенный в разделе 68(a) Закона о судах [Сводная версия], 5744-1984, согласно которому «**судебные слушания будут открыты для публики**», отступает в «**семейных делах, в значении Закона о семейном суде, 5755-1995**», в соответствии с положениями в разделе 68(e)(1).
89. Кульминация совместных супружеских отношений воплощается в долгосрочных отношениях с совместным экономическим режимом, независимо от того, имеем ли мы дело с институтом брака или с партнерами по гражданскому праву. Эти отношения включают повышенную обязанность заботы по отношению к совместному интимному пространству пары. Даже романтические отношения, которые не характеризуются полным экономическим партнерством, устанавливают индивидуальную «фидуциарную обязанность» защищать интимное пространство супруга. Открытие интимного пространства другому партнеру происходит на ранних стадиях отношений. Защита этого пространства возникнет на начальных стадиях интимных отношений.
90. Это основные обоснования права на неприкосновенность частной жизни. Однако, прежде чем мы начнем обсуждать надлежащий баланс, мы рассмотрим сравнительное право для поддержки в решении правового вопроса, который был поставлен в центр апелляции в суде.

Английское право

91. За последнее десятилетие право на неприкосновенность частной жизни приобрело почетное место в английском прецедентном праве. В прошлом единственным основанием для иска о нарушении права на неприкосновенность частной жизни было нарушение конфиденциальности, которое требовало доказывания трех отдельных элементов: (1) характер раскрытой информации требует защиты ее конфиденциальности; (2) информация была передана при обстоятельствах, которые устанавливают обязанность сохранения конфиденциальности; (3) неправомерное или несанкционированное использование информации (для получения более подробной информации см.: Закон о конфиденциальности и СМИ 163-222 (ред. Mark

Warby, Nicole Morehman and Iain Christie, 2011 г. (далее: «Закон о конфиденциальности и СМИ»)). Однако в 2008 г. Палата лордов приняла в деле *Douglas v. Hello! Ltd.* [2008] 1 A.C. 1 (H.L. 2007) (апелляция взята с англ.) дополнительную независимую причину: «неправомерное использование личной информации». В то время как причина нарушения конфиденциальности подчеркивает нарушение конфиденциальных отношений между сторонами, причина неправомерного использования личной информации «подчеркивает» нарушение конфиденциальности даже без существования конфиденциальных отношений. См. пункт 51 мнения лорда Хоффмана в деле Кэмпбелла (выше):

«Новый подход по-другому рассматривает базовую ценность, которую защищает закон. Вместо этого из причины иска, основанной на обязанности добросовестности, применимой как к конфиденциальной личной информации, так и к коммерческим секретам, она фокусируется на защите человеческой автономии и достоинства - права контролировать распространение информации о своей личной жизни и права на уважение и почтение других людей».

92. Указанное правовое развитие выражает рост важности права на неприкосновенность частной жизни в английском праве. Это право, которое на практике было определено как право, относящееся к отношениям «*in personam*», стало правом «*in rem*». Причина «неправомерного использования частной информации» требует доказательства следующих двух условий: (1) информация, которая была использована ненадлежащим образом, действительно является информацией, которая защищена правом на неприкосновенность частной жизни, как это указано в Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее: «Европейская конвенция о правах человека»); (2) рассмотрение баланса между свободой выражения мнения и правом на неприкосновенность частной жизни, как они указаны в Европейской конвенции о правах человека, склоняет чашу весов в сторону права на неприкосновенность частной жизни (см., например: относительно Кэмпбелла выше и: Закон о конфиденциальности и средствах массовой информации выше, 226).

93. В указанном деле Кэмпбелл Палата лордов потребовала от журнала *The Mirror* выплатить модели Наоми Кэмпбелл компенсацию за ущерб, нанесенный ее здоровью после публикаций о пройденном ею лечении наркотической реабилитации — публикация, которая является нарушением ее права на неприкосновенность частной жизни. В решении подробно обсуждается характер причины «неправомерного использования личной информации». Что касается первого условия, которое касается определения информации, защищенной правом на неприкосновенность частной жизни, Палата лордов сослалась на тест «разумного человека», который был определен примерно за десять лет до этого в деле *ABC*, в котором было отклонено ходатайство владельца завода об определении методов убийства опоссумов на его заводе как информации, защищенной правом на неприкосновенность частной жизни:

«Не существует четкой границы, которую можно было бы провести между тем, что является частным, и тем, что не является. Использование термина «публичный» часто является удобным методом противопоставления, но существует большая область между тем, что обязательно является публичным, и тем, что обязательно является частным. Деятельность не является частной просто потому, что она не совершается публично. Недостаточно сделать действие частным, если, поскольку оно происходит на частной территории, оно

имеет такую степень защиты от общественного взгляда, которую обеспечивают характеристики собственности, характер деятельности, местоположение и расположение владельца собственности. Определенные виды информации о человеке, такие как информация, касающаяся здоровья, личных отношений или финансов, могут быть легко идентифицированы как частные; как и определенные виды деятельности, которые разумный человек, применяющий современные стандарты морали и поведения, понял бы как не подлежащие наблюдению. Требование о том, чтобы раскрытие или наблюдение за информацией или поведением было бы крайне оскорбительным для разумного человека обычных чувств во многих обстоятельствах является полезным практическим тестом того, что является частным. (Australian Broadcasting Corporation v Lenah Game Meats Pty Ltd [2001] HCA 63).

[Выделено судьей – Н.С.].

94. В качестве примечания отметим, что тот же тест был принят в прецедентном праве Новой Зеландии (см., например: P v D [2000] 2 NZLR 591) и также поддерживается в академической литературе (см., например: William L. Prosser, Privacy, 48 Cal. L. Rev. 383, 396-397 (1960)). Более того, см. параграфы 20-21 мнения лорда Николса из Биркенхеда в деле Кэмпбелла, в котором было постановлено, что с точки зрения вопроса о том, защищена ли информация правом на неприкосновенность частной жизни, права других лиц или другие интересы, которые могут быть ущемлены из-за предотвращения публикации, не должны приниматься во внимание. Они будут рассмотрены на этапе балансирования прав. Руководящий вопрос на начальном этапе заключается в том, имела ли пострадавшая сторона «разумное ожидание конфиденциальности» в отношении фактов, которые были раскрыты:

«20. ... статья 10(2), как и статья 8(2) [Европейской конвенции о правах человека] признает, что существуют случаи, когда защита прав других лиц может потребовать уступки свободе выражения мнения. Когда обе эти статьи вовлечены, может возникнуть сложный вопрос о соразмерности. Этот вопрос отличается от первоначального вопроса о том, подпадала ли опубликованная информация под статью 8 вообще, находясь в сфере частной или семейной жизни истца.

21. Соответственно, при решении вопроса о том, какова была сфера «частной жизни» отдельного лица в конкретных обстоятельствах, судам необходимо быть начеку и не использовать в качестве критерия тест, который учитывает соображения, которые более правильно рассматривать на более позднем этапе соразмерности. По сути, критерием частной жизни является то, имело ли данное лицо в отношении раскрытых фактов разумное ожидание конфиденциальности.

[Выделено судьей – Н.С.].

95. Далее в деле Кэмпбелла было установлено, что способ, которым будут сбалансированы конфликтующие права, будет решаться в каждом конкретном случае по существу. Свобода выражения мнения в принципе не превалирует над правом на неприкосновенность частной жизни. Необходимо тщательно изучить конфликтующие права в каждом конкретном случае и воздержаться от определения общей иерархии между двумя правами (см., например: S [2004] Fam 43 (C.A. 2003)). При балансировании между двумя правами, т. е. защитой частной жизни, с одной

стороны, и свободой выражения мнения, с другой, необходимо изучить, подкреплено ли нарушение частной жизни существованием «достаточного общественного интереса». На фоне вышесказанного, кажется, что сообщение о частном лице, проходящем реабилитационное лечение, хотя оно и является публичной фигурой, не соответствует указанному условию:

«Я сначала рассмотрю связь между свободой прессы и общим правом человека на защиту личной информации. Оба отражают важные цивилизованные ценности, но, как часто бывает, ни одно из них не может быть реализовано в полной мере без ограничения другого. Как их можно примирить в конкретном случае? На мой взгляд, нет вопроса об автоматическом приоритете. Также нет презумпции в пользу одного, а не другого. Вопрос скорее в том, в какой степени необходимо квалифицировать одно право, чтобы защитить базовую ценность, которая защищается другим. Если придерживаться этого подхода, то часто нет реального конфликта. Возьмем только что приведенный мной пример обычного гражданина, посещение которым клуба анонимных алкоголиков освещается в его местной газете. Нарушение автономии, достоинства и самоуважения гражданина очевидно и очевидно. Делают ли гражданские и политические ценности, лежащие в основе свободы прессы, необходимым отказывать гражданину в праве на защиту такая личная информация? Вовсе нет. Хотя нет противоречащего общественному интересу, признанному и защищенному законом, пресса свободна публиковать все, что ей угодно. При условии соблюдения закона о клевете не имеет значения, насколько тривиальной, злобной или оскорбительной может быть публикация. Но когда свобода прессы вступает в конфликт с другим интересом, защищенным законом, вопрос заключается в том, есть ли достаточный общественный интерес в этой конкретной публикации, чтобы оправдать ограничение конфликтующего права. В приведенном мной примере нет никакого общественного интереса в публикации миру факта, что у гражданина есть наркотическая зависимость. Свобода делать такое заявление мало что весит в сравнении с конфиденциальностью личной информации».

(см. Campbell выше, в пунктах 55-56 решения лорда Хоффмана).

[Выделено судьей – Н.С.].

Другими словами:

«Вес, который следует придавать этим различным соображениям, является вопросом факта и степени. Не каждое заявление о здоровье человека будет носить знак конфиденциальности или рисковать нанести вред физической или моральной целостности этого человека. Интерес к конфиденциальности в том факте, что публичная фигура простудилась или сломала ногу, вряд ли будет достаточно сильным, чтобы оправдать ограничение свободы прессы сообщать об этом».

(Там же, в пункте 157 решения баронессы Хейл из Ричмонда).

96. В деле Маккеннитт, обстоятельства которого имеют отношение к апелляции в суде, обсуждал иск г-жи Маккеннитт, канадской фолк-певицы, основные требования которой основывались на нарушении ее частной жизни (см. McKennitt v. Ash [2008] QB 73 (С.А. 2006) (далее: «Маккеннитт»)). В 2005 г. (до того, как Палата лордов

приняла, как указано в пункте 91 выше, дополнительное независимое основание «неправомерного использования личной информации»), подруга певицы опубликовала книгу, в которой были раскрыты обширные части ее личной жизни, включая: подробности, касающиеся ее отношений с ее покойным женихом, ее здоровья и подробности ее сексуальной жизни. Было постановлено, что из-за доверительных отношений, которые преобладали между певицей и ее подругой, публикация книги подпадала под обязанность сохранения конфиденциальности («нарушение конфиденциальности»), и что она соответствовала следующим трем элементам: (1) между сторонами существовали дружеские доверительные отношения; (2) характер опубликованной информации обязывает сохранять ее конфиденциальность; (3) имело место неправомерное и несанкционированное использование информации.

97. Однако в другом случае английское прецедентное право признало «право рассказывать собственную историю», когда информация является «совместной» и была приобретена в общем для двух партнеров опыте. *A v B* [2003] Q.B. 195 (C.A. 2002) (далее: «*A v B*»). В центре дела был известный футболист, у которого были случайные внебрачные сексуальные отношения с двумя женщинами, и он подал петицию против газетной статьи, основанной на их показаниях. Было постановлено, что женщины имеют право публиковать свою историю, и это преобладает над правом футболиста не допустить публикации. Свобода выражения была предпочтительнее права на неприкосновенность частной жизни. Главные основания для отклонения ходатайства футболиста основывались на недолгом знакомстве между парой, которое не устанавливало для какой-либо из сторон ожидание «фидуциарной обязанности» (там же, в п. xi):

«Тот факт, что доверие было общим доверием, которое только одна из сторон желает сохранить, не отменяет права другой стороны на уважение доверия, но подрывает это право. Признавая особый статус законного брака в соответствии с нашим законодательством, суды для настоящих целей должны признать и придать соответствующий вес широкому спектру отношений, которые существуют в настоящее время. Очевидно, что чем стабильнее отношения, тем большее значение им придается».

[Выделено судьей – Н.С.].

98. Таким образом, в деле Маккеннитта выше суд отличил рассматриваемое им дело от дела *A v B*, постановив, что последнее касалось случайных сексуальных отношений, и как таковое не мешает ни одному из партнеров описывать свою историю за счет другой стороны. Однако было разъяснено, что в стабильных и длительных отношениях, в силу которых возникает «обязанность конфиденциальности», право на неприкосновенность частной жизни будет преобладать над свободой выражения:

«...отношения между г-жой Маккеннитт и г-жой Эш... были далеки от отношений между А и С и D. В предыдущем абзаце я намеренно, а не просто условно описал последние как отношения случайного секса. А не мог подумать и не сказал, что, когда он поднял женщину, они поняли, что вступают с ним в доверительные отношения...» (пара. 30).

99. Также отметим, что основополагающая позиция английской правовой системы в отношении статуса и объема права на неприкосновенность частной жизни была принята, с небольшими изменениями, другими судами общего права (см., например:

Канада – *Aubry v Les Éditions Vice Versa Inc* [1998] 1 SCR 591; Новая Зеландия – *Hosking v Runtig* [2005] 1 NZLR 1).

Европейский суд по правам человека

100. Право «частной жизни» было разработано в английском праве под патронажем Европейской конвенции о правах человека и ее толкования Европейским судом по правам человека. Вполне естественно, что мы рассматриваем положение «невесты» в рассматриваемом нами вопросе.
101. Дело *Von Hannover v. Germany* (no. 2) (№ 2) [GC], № 40660/08 и №60641/08 ECHR 2012 (далее: «фон Ганновер») касалось иска нескольких членов королевской семьи Монако против немецкой газеты, которая опубликовала их фотографии, пока они находились в частном отпуске. Было постановлено, что при столкновении свободы выражения мнения и права на частную жизнь необходимо учитывать следующие критерии: (1) степень вклада в публичные дебаты; (2) является ли лицо публичной или частной фигурой; (3) поведение лица в отношении нарушения его частной жизни до публикации; (4) содержание, форма и последствия публикации; (5) обстоятельства, при которых была получена информация.
102. Теперь мы рассмотрим природу этих критериев: (1) было постановлено, что вклад в публичные дебаты не ограничивается политическими вопросами или вопросами, касающимися преступности и коррупции. Информация, которая имеет отношение к сфере развлечений и спорта, также способствует публичным дебатам. Однако слухи о супружеских трудностях публичного деятеля или финансовых трудностях человека из сферы развлечений не защищены этой защитой; (2) было постановлено, что сообщение о лице, занимающем публичную должность, не похоже на сообщение о частном лице. Хотя сообщение о публичном деятеле действительно необходимо для существования демократического общества, сообщение о частном лице не требуется в такой степени; (3) было постановлено, что прошлое сотрудничество субъекта публикации со СМИ будет работать против него. Однако не всякое сотрудничество со СМИ может служить аргументом, узаконивающим публикацию; (4) и (5) было постановлено, что другие элементы служат индикаторами, свидетельствующими о степени нарушения. Так, например, публикация в общенациональной газете никоим образом не похожа на публикацию в журнале, предназначенном только для работников определенного сектора.
103. В деле *Axel Springer AG v. Germany* [GC], № 39954/08 ECHR 2012, аналогичный иск рассматривался в отношении публикации отчета об аресте немецкой знаменитости. Европейский суд повторил тесты, определенные в деле фон Ганновер выше, заявив (в п. 93), что при балансировании между правами необходимо учитывать как способ, которым информация достигла публикующей стороны, так и степень ее достоверности.

Континентальное право

104. Немецкая правовая система разработала трехступенчатый тест для рассмотрения ситуаций, в которых утверждается, что право человека на неприкосновенность частной жизни было нарушено. Во-первых, изучается степень нарушения неприкосновенности частной жизни; во-вторых, рассматриваются обоснования нарушения, например: общественный интерес и согласие субъекта публикации; в-третьих, проводится проверка надлежащего баланса между нарушением неприкосновенности частной жизни и осуществляемым правом, при этом

рассматриваются способ и объем публикации и субъективные вопросы (например: намерение причинить вред). Однако, поскольку нарушение права на неприкосновенность частной жизни затрагивает **«сущность человеческой жизни»**, указанное уравнивание вообще не будет проводиться, а публикация будет запрещена (для подробного описания относительно развития немецкого права и других источников см.: Paul M. Schwartz & Karl-Nikolaus Peifer, *Prosser's Privacy and the German Right of Personality: Are Four Privacy Torts Better than One Unitary Concept?*, 98 Cal. L. Rev. 1925 (2010) (далее: «Конфиденциальность Проссера»). Переводы судебных решений взяты из этой статьи). Как следствие, нарушение основы права на неприкосновенность частной жизни не будет разрешено, даже если оно уравнивается широким общественным интересом:

«Даже серьезные общественные интересы не могут оправдать посягательства на эту сферу; оценка в соответствии с принципом пропорциональности не имеет места» (BVerfGE 80, 367 (1998) NJW 1990 563)».

105. В 2008 г. Федеральный конституционный суд Германии вынес решение по делу, аналогичному рассматриваемому в суде: (BVerfGE 119, 1 (Ger.) 61 NJW 39 (2008) (Ger.)) (подробное описание решения приведено в разделе Конфиденциальность Проссера выше на сс. 1932–1937). Согласно фактам решения, Максим Биллер (далее: «Биллер») опубликовал в 2003 году роман, вращающийся вокруг романа между автором по имени «Адам» и актрисой по имени «Эсра». В романе описывается спектр трудностей, с которыми столкнулась пара, и упоминаются, в частности, характер семьи Эсры и ее фаталистическая личность, включая: высокомерный характер ее матери; подробности относительно ее дочери, которая родилась от ее первого брака, и описание сексуальных отношений между ними. По словам бывшего партнера Биллера, существует значительное сходство между ее персонажем в реальной жизни и персонажем главной героини, описанным в сюжете рассказа (Эсра). По ее словам, роман содержит много интимных подробностей, связанных с ее прошлыми отношениями с автором произведения — Биллером, без получения соответствующего согласия. Ее мать также заявила, что роман содержит интимные подробности, которые публично выставляют ее личность, представленную в романе в негативном свете.
106. На начальном этапе суд занимался экспертизой художественного средства, с помощью которого было совершено нарушение частной жизни. По всей видимости, книга, написанная Биллером, является вымышленным романом, любая связь между которым и реальностью является совершенно случайной. Однако, по словам его бывшего партнера, роман содержит точные детали и по сути представляет собой «мемуары» (т. е. автобиографию) под видом романа. На втором этапе суд рассмотрел, могли ли читатели, принадлежащие к широкому кругу общения среднестатистического человека (например, потерпевшая сторона), в отличие от круга знаменитостей и общественных деятелей, действительно идентифицировать ее, прочитав роман. Изучение степени классификации романа как художественного или биографического будет рассматриваться с учетом круга общения, то есть идентификация персонажа, описанного в романе кругом общения, есть не что иное, как презумпция того, что роман основан на реальной жизни — роман с ключом. Прецедентное право разработало двойной тест, призванный помочь идентифицировать персонажа, описанного в романе: **во-первых**, степень сходства между литературным персонажем и реальным персонажем; **во-вторых**, степень нарушения частной жизни. Промежуточное нарушение частной жизни может быть исправлено слабым сходством между литературным персонажем и реальным

персонажем; и наоборот, слабое нарушение частной жизни может быть исправлено более сильным сходством между реальным персонажем и литературным персонажем. Следовательно, немецкое прецедентное право разработало двухступенчатый тест: (а) действительно ли литературный персонаж идентифицирован близким кругом общения; (b) — степень нарушения неприкосновенности частной жизни, нейтрализованная посредством «фикционализации» персонажа, описанного в сюжете. Таким образом, мы имеем квази-«**параллелограмм силы**» между степенью идентификации и серьезностью нарушения.

107. После изучения матрицы доказательств было принято утверждение партнера Биллера о том, что ее можно идентифицировать, прочитав роман. Напротив, утверждение ее матери было отклонено. После того, как было постановлено, что действительно возможно идентифицировать партнера Биллера, суд рассмотрел нарушение самого права. В связи с тем, что нарушение лежит в основе права на неприкосновенность частной жизни и как таковое не может быть устранено, публикация романа была запрещена.

108. При изучении **французского** прецедентного права можно выявить аналогичный подход (для уточнения см.: The Law of Privacy and the Media выше, на сс. 155-159 и цитируемые там источники) (статья ниже: Privacy in Europe and the Common Law). Источник защиты права на неприкосновенность частной жизни заложен в Разделе 9 Гражданского кодекса [C. CIV.] (в переводе на английский язык):

«Каждый имеет право на уважение своей частной жизни. Без ущерба для компенсации за причиненный вред суд может предписать любые меры, такие как секвестр, арест и другие, подходящие для предотвращения или прекращения вторжения в личную жизнь; в случае чрезвычайной ситуации эти меры могут быть предусмотрены временным распоряжением».

109. На протяжении многих лет французские суды выработали два основных принципа при рассмотрении вопроса о нарушении частной жизни: (а) не существует иерархии среди конкурирующих прав; каждое конкурирующее право имеет одинаковый нормативный статус; (b) все меры, принимаемые в ходе балансирования, должны быть пропорциональными.

110. На фоне указанных принципов было установлено, что свобода выражения мнения будет преобладать там, где есть общественный интерес в отношении определенного события («fait d'actualité») или когда есть значительный вклад в публичные дебаты. Исследование существования общественного интереса в рамках французского права аналогично исследованию общественного интереса в прецедентном праве Европейского суда по правам человека, как указано выше. Право на неприкосновенность частной жизни будет преобладать над свободой выражения мнения только в том случае, если нарушение касается **«интимного измерения частной жизни»** (для получения дополнительной информации и ссылок см.: Elen Trouille, Private Life and Public Image: Privacy Legislation in France, 49 (1) INT'L & COMP. L. Q. 199 (2000), и: Privacy in Europe and the Common Law 155-159).

Законодательство США

111. Свобода выражения мнения установлена в Первой поправке к Конституции, поправке, которая получила бессмертный статус в прецедентном праве США, до

такой степени, что ее важность трудно переоценить (см., например, закон США о предварительном ограничении: *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931)). Напротив, право на неприкосновенность частной жизни не установлено в Конституции. Действительно, с момента принятия вышеуказанной ключевой статьи судей Уоррена и Брандейса (Право на неприкосновенность частной жизни выше) статус права на неприкосновенность частной жизни изменился. Однако оно по-прежнему остается конституционно ниже свободы выражения мнения.

112. Законодательство США признает четыре причины деликта за нарушение частной жизни (см. *Restatement (Second) of Torts*, § 652 (1977)). Из причин иска, одна из которых имеет отношение к рассматриваемому делу: «публичное раскрытие частных фактов». Основание иска определяется следующим образом (там же, 652D):

«Тот, кто публикует информацию, касающуюся частной жизни другого лица, несет ответственность перед другим лицом за вторжение в его личную жизнь, если опубликованная информация имеет вид, который:

- (a) был бы крайне оскорбительным для разумного человека и
- (b) не представляет законного интереса для общественности».

Для того, чтобы возникла причина иска в силу «публичного раскрытия частных фактов», истец должен доказать, что: (1) публикация касается вопросов, касающихся его частной жизни; (2) опубликованная информация крайне оскорбительна для разумного человека; (3) опубликованная информация не представляет законного интереса для общественности.

113. Прецедентное право США сосредоточено на определении законного интереса для общественности. Его существование зависит от доказательства логической связи между частной информацией, которая была раскрыта, и существованием законной общественной обеспокоенности (см., например: *Campbell v. Seabury Press*, 614 F.2d 395 (5th Cir. 1980)) (далее: «Сибери»). Эта причинно-следственная связь была щедро и широко истолкована в прецедентном праве (там же).

114. В ряде судебных решений, касающихся публикации автобиографических произведений, было прямо установлено, что существование «законной общественной обеспокоенности» преобладает над правом человека на неприкосновенность частной жизни. Так, например, в указанном Сибери иск был рассмотрен в связи с раскрытием информации, касающейся поведения супружеской и домашней жизни истца. В книгу, которая была опубликована братом ее бывшего мужа и сосредоточена на отношениях между двумя братьями, были включены подробности, касающиеся ее супружеской жизни. Она, со своей стороны, обратилась в суд с просьбой не допустить публикацию и распространение книги. Однако ее иск был отклонен с предубеждением ввиду наличия «логической связи», которая подпадает под конституционную защиту:

«Обзор протокола этого иска ясно показывает необходимую логическую связь. Отчет о тесной связи автора со старшим братом, безусловно, уместен в автобиографии. Аналогичным образом, отчеты о браке его брата, поскольку они повлияли на автора, имеют необходимую логическую связь, чтобы подпадать под сферу конституционной защиты» (там же, на с. 397).

[Выделено судьей – Н.С.].

115. В 2004 г. был рассмотрен еще один иск о нарушении неприкосновенности частной жизни после публикации автобиографической работы (Bonome v. Kaysen, 17 Mass. L. Rep. 695 (Mass. Super. Ct. 2004)). Кайсен, известный автор, написала книгу под названием «The Camera My Mother Gave Me», в которой описывает, как она справляется с сильной болью в гениталиях. Книга документирует влияние ее указанного заболевания на интимные отношения с ее партнером Боном. Боном представлен в книге в негативном свете, и предполагается, что в какой-то момент он пытался изнасиловать Кайсен, после того как она отказалась вступить с ним в сексуальные отношения. Иск Бонома против публикации и распространения книги был отклонен с предубеждением, поскольку в публикации автобиографической книги Кайсен имелся «законный общественный интерес. Суд рассмотрел сложность, присущую автобиографической истории, содержащей опыт двух отдельных партнеров. Хотя автобиографическая история одного является нарушением частной жизни другого, признание права Кайсен на раскрытие частной информации устанавливает логическую связь, необходимую между раскрытой информацией и общественным интересом, чтобы оправдать ее публикацию.

«Как отмечалось выше, в этом деле есть дополнительный интерес: право Кайсен раскрывать свои собственные интимные дела. В этом случае крайне важно, чтобы Кайсен не была незаинтересованной третьей стороной, рассказывающей личную историю Бонома, чтобы развить темы в своей книге. Скорее, она рассказывает свою собственную личную историю, которая неразрывно связана с Боном в интимном плане. В этой связи несколько судов постановили, что в тех случаях, когда автобиографический рассказ, связанный с вопросом законного общественного интереса, раскрывает личную информацию, касающуюся третьего лица, раскрытие информации защищено до тех пор, пока существует достаточная связь между этими частными подробностями и вопросом, вызывающим общественный интерес (там же; Anonsen, 857 S.W.2d на сс. 705-06; Campbell v. Seabury Press, 614 F.2d 395, 397 (5th Cir. 1980). Когда личная история человека затрагивает вопросы, вызывающие законный общественный интерес, часто бывает трудно, если не невозможно, отделить интимное от личного опыта людей, с которыми они делятся этим опытом. Таким образом, именно в контексте жизней Боном и Кайсен, неразрывно связанных их близкими отношениями, следует рассматривать раскрытие информации в этом случае. Поскольку Первая поправка защищает способность Кайсен вносить свой личный опыт в публичный дискурс по важным и законным вопросам, представляющим общественный интерес, раскрытие участия Боном в этом опыте является необходимым инцидентом».

Промежуточное резюме – Иностранное право

116. Судебная практика в Англии, Германии, Франции и Европейского суда по правам человека склоняется к предоставлению широкой защиты **права на неприкосновенность частной жизни** в отличие от **свободы выражения мнения**. Напротив, система США придерживалась предоставления слабого статуса **праву на неприкосновенность частной жизни**.

Теперь мы рассмотрим наше «домашнее» право по вопросу о взаимосвязи права на **неприкосновенность частной жизни** и **свободы выражения мнения**.

Нормативный баланс между правами

117. **Право на неприкосновенность частной жизни** является относительным правом. **Свобода выражения мнения** также не является абсолютным правом. Таким образом, необходимо сбалансировать их, друг с другом и с параллельными правами и другими интересами. В апелляции в суде мы наблюдаем **«лобовое столкновение»** между правом на неприкосновенность частной жизни и свободой выражения мнения. Что такое закон, когда два конституционных права сталкиваются друг с другом? Свобода выражения мнения и право на неприкосновенность частной жизни являются правами, которые оформлены как принципы, и, следовательно, столкновение между ними не является абстрактным столкновением, не имеющим под собой никакой законодательной основы. Напротив, требования сторон основаны на самом законодательстве и подкреплены им. Раздел 2 Закона о защите частной жизни предписывает, что **«публикация информации, касающейся частной жизни человека, включая его сексуальную историю, или его здоровье, или то, что он делает в частной жизни»**, включена в это нарушение. Закон не считает это определение абсолютным и предписывает в Разделе 18(3) Закона о защите частной жизни, что нарушение допускается, если **«в нем есть общественный интерес, который оправдывает его при данных обстоятельствах, и при условии, что если нарушение было совершено путем публикации, то публикация не была ложной»**. Поэтому перед нами возникает вопрос относительно толкования положения указанного Раздела 18(3). Этот баланс, естественно, является интерпретационно-конституционным балансом. **«Он учитывает принципиальную важность каждого из прав и его вес в момент принятия решения. Он отражает баланс, проведенный в рамках пропорциональности в узком смысле в ограничительной оговорке»** (см. Барак, Пропорциональность в праве, на сс. 124-125).

Пропорциональность в узком смысле – баланс прибыли и убытков

118. Тест на пропорциональность в узком смысле проверяет наличие **«надлежащей корреляции между выгодой, которую приносит политика, и ущербом, который она наносит»** (см. HCJ 3648/97 Stamka v. The Minister of the Interior 53(2) 728, 782 (1999)). **«Необходимо проверить, существует ли надлежащая пропорция между общественной выгодой, получаемой от акта законодательства, законность которого рассматривается, и ущербом конституционному праву, причиненным таким актом законодательства»** (см. HCJ 2605/05 College of Law & Business v. The Minister of Finance, п. 50 решения главного судьи Д. Бейниша (19 ноября 2009 г.)).
119. В центре теста на пропорциональность — в узком смысле — находится следующий вопрос: превышает ли вес выгоды, полученной от реализации одного права, вес ущерба, который будет нанесен другому конституционному праву. Этот вес не поддается ни измерению, ни количественной оценке, а скорее метафорический вес, полученный, в частности, **«из политических и экономических идеологий, из уникальной истории каждой страны, из структуры политической и правительственной системы»** (см. Пропорциональность в праве выше, на с. 431), из конкретной правовой традиции и различных социальных ценностей.
120. Мы не занимаемся сравнением веса двух самих конституционных прав, т. е. веса права на неприкосновенность частной жизни, с одной стороны, и веса свободы выражения мнения, с другой. Вопрос, поставленный перед нами, отличается и ограничен по объему: превышает ли вес предельной выгоды, полученной в

результате реализации одного права, предельный ущерб, который будет нанесен другому праву. Как было заявлено в этом суде в другом деле: «Вопрос заключается в том, является ли всеобщий запрет соразмерным (в узком смысле)? Соразмерна ли корреляция между выгодой, получаемой от достижения надлежащей цели закона (максимально снизить риск от иностранных супругов в Израиле), и ущербом правам человека, причиненным им (нарушение человеческого достоинства израильского супруга)? Критерий, который мы должны принять, является ценностным. Мы должны балансировать между конфликтующими ценностями и интересами на фоне ценностей израильской правовой системы. Мы должны отметить, что вопрос, стоящий перед нами, заключается не в безопасности израильских жителей или защите достоинства израильских супругов. Вопрос не в жизни или качестве жизни. Вопрос, стоящий перед нами, гораздо более ограничен. Он заключается в следующем: является ли дополнительная безопасность, полученная в результате изменения политики с самой строгой индивидуальной проверки иностранного супруга, которая возможна по закону, на всеобщий запрет на въезд супруга в Израиль, соразмерной дополнительному нарушению человеческого достоинства израильских супругов, вызванному в результате этого изменения политики? (H CJ 7052/03 **Adalah The Legal Center for Arab Minority Rights in Israel v. The Minister of the Interior**, PDI 61(2) 202, п. 91 решения главного судьи А. Барака (2006 г.).

121. Вопрос в центре апелляции в суде не в том, что предпочтительнее, свобода выражения мнения или право на неприкосновенность частной жизни; а в том, будет ли вес выгоды, которая вырастет из предотвращения публикации книги в суде, которая нарушает право на неприкосновенность частной жизни, больше веса ущерба, который будет нанесен свободе выражения мнения в результате предотвращения.
122. При определении веса прав, помещенных на весы, необходимо учитывать три критерия: важность права; вероятность нарушения или реализации права; масштаб нарушения или реализации. Что касается важности права, то уже было постановлено, что, несмотря на идентичный конституционный статус членов семьи прав, социальные цели, установленные и защищаемые такими правами, не являются идентичными. **«Не все конституционные права равны по важности, и, следовательно, не равен и их удельный вес. Важность конституционного права и важность предотвращения его нарушения определяются в соответствии с базовыми представлениями общества. На них влияют культурная история и характер каждого общества»** (см. выше, Барак **Пропорциональность в праве**, на с. 443). Существует еще одно различие между ядром права и его границами. Защита ядра права — это не то же самое, что защита его границ. В этом отношении уместным является мнение судьи (прежнее название) А. Барака в H CJ 5016/96 **Horev v. The Minister of Transportation**, PDI 51(4) 1, 49 (1997): **«В пределах данного права могут быть предоставлены различные уровни защиты. Так, например, защита, предоставляемая политическому выражению, превосходит ту, которая предоставляется коммерческому выражению. В контексте определенного аспекта права (такого как политическая речь) нарушение в основе права не то же самое, что нарушение в его пределах».**
123. «Географическое местоположение» конкретного случая определяется с учетом изучения обоснований, лежащих в основе проявления права, которое нас интересует. **«Хотя все выражения включены в нашу систему в одну «категорию» свободы выражения, не все типы выражений пользуются равной защитой. Основным критерием для определения степени защиты определенного выражения**

является социальная значимость выражения и, в частности, его значимость в реализации целей, лежащих в основе свободы выражения» (F.Ст.Н 7383/08 **Ungerfeld v. The State of Israel**, п. 28 решения суда (прежнее название) **E. Rivlin** (11 июля 2011 г.); например: защита свободы коммерческого выражения — это не то же самое, что защита свободы художественного выражения; их значимость различна (вышеупомянутое дело в отношении Кидума; см. HCJ 5432/03 **Shin - The Israeli Movement for Equal Representation of Women v. The Council for Cable TV and Satellite Broadcasting**, PDI 58(3) 65, 82 (2004); HCJ 4644/00 **Jafora-Tabori Ltd. v. The Second Authority for Television & Radio**, PDI 54(4) 178, 182 (2000)). Аналогичным образом, защита свободы выражения мнения в отношениях между людьми не то же самое, что защита свободы выражения мнения в отношениях между человеком и правительством: **«Область права человека на свободу выражения мнения против государства шире, чем право человека на свободу выражения мнения против другого человека»** (Барак **Человеческое Достоинство**, выше на с. 723).

124. Обратите внимание, что необходимо быть осторожным, чтобы не быть «смытым» на идеологическом уровне. **Ценность** не должна служить вуалью против **интереса**. Иногда идеологическая мантия, оболочка, внешнее покрытие лишены какого-либо морального содержания и фактически являются спором, ориентированным на интересы (финансовые, личные или иные). В таких ситуациях в проявлении права, которое нас волнует, нет ничего, кроме того, что оно включает. В этом случае ценности, которые не лежат в основе ограниченного проявления, не должны в него вникать искусственным и вынужденным образом. Это ситуации, в которых право одного человека на личное благополучие сталкивается с правом другого человека на личное благополучие. В таком случае мы не должны носить идеологическую одежду или быть ослепленными идеологическим аргументом. **Ценность**, по сути, является интересом, и тогда возникает талмудический вопрос **«почему ты думаешь, что твоя кровь краснее, чем у кого-либо другого»** (Bavli, Pesachim 25, B). В этих ситуациях нет необходимости рассматривать «столкновение цивилизаций» между основными правами. Конкретный вопрос о разделе «личного благополучия» между тяжущимися сторонами может быть решен без необходимости принятия принципиального решения.

125. Вероятность нарушения при реализации права и масштаб ущерба также влияют на относительный вес прав на конституционной шкале. Высоковероятное нарушение не то же самое, что маловероятное нарушение; нарушение одного права не то же самое, что нарушение многих прав; серьезная травма не то же самое, что незначительная травма; нарушение права в отношениях между людьми не то же самое, что нарушение права в отношениях между человеком и правительством.

Свобода слова и право на неприкосновенность частной жизни

126. При надлежащем балансе между правом на неприкосновенность частной жизни и свободой слова в первую очередь необходимо изучить степень совместимости рассматриваемого права с обоснованиями, на которых оно основано. Соответственно, в первую очередь необходимо изучить степень вклада выражения в публичные дебаты по сравнению с серьезностью нарушения права на неприкосновенность частной жизни. Выражение, которое вносит значительный вклад в публичные дебаты, будет иметь приоритет на конституционной шкале при сравнении с вторжением в частную жизнь средней степени; посягательство на суть частной жизни будет защищено от нарушения средней степени свободы слова.

Действительно, вопрос, который важен сам по себе, заключается в существовании параллельного нарушения, аналогичного по степени, например, столкновения между выражением, которое вносит большой вклад в публичные дебаты, и серьезно посягает на суть частной жизни. Мне не нужно решать этот вопрос в этой апелляции. Такое решение потребует тщательного изучения деталей рассматриваемого дела. Соответствующий баланс, по моему мнению, заключается в следующем: **предпочтение посягательства на границы права на частную жизнь альтернативе посягательства на суть свободы слова и предпочтение посягательства на границы свободы слова альтернативе посягательства на суть права на частную жизнь.**

127. Помощь в определении степени нарушения права на неприкосновенность частной жизни можно найти в изучении многочисленных характеристик, включая: (1) «географическое» местоположение нарушения права, в его основе или на его периферии; (2) характер отношений и обязанности доверия между сторонами; (3) публичность или конфиденциальность фигуры; (4) способ публикации; (5) способ, которым информация стала известна распространителю; (6) поведение лица в отношении вторжений в его частную жизнь до публикации; (7) нарушение, будь то единовременное или постоянное. Эти критерии и другие, подобные им, помогают председательствующему судье в принятии решения о тяжести ущерба.
128. При решении рассматриваемого вопроса мы приняли соглашение, похожее на то, которое практикуется в европейских правовых системах. Эти правовые системы лучше подходят для нашей законодательной и конституционной структуры. Давайте помнить и прислушиваться: обращение к сравнительному праву таит в себе как опасность, так и благословение. Благословение заключается в обучении на опыте других, как сформулировал судья Холмс: «Жизнь закона не была логикой, она была опытом» (Anonymous [Holmes], Book Notices, 14, Am. L. Rev. 233, 234 (1880)). Сравнительное право позволяет нам обогащать наш мир, учиться и приобретать знания. Однако наряду с благословением есть и опасность — **«Корень веры — корень бунта»** — обучение методом **«копировать-вставить»** неуместно. Каждая система имеет свои уникальные характеристики: ценности, лежащие в основе системы, законодательную и конституционную структуру, национальную историю, политические идеологии и многое другое. Эти уникальные элементы влияют на решения суда: **«Это бремя, которое мы несем, чтобы быть осторожными, чтобы не быть захваченными иностранными правовыми системами, и в первую очередь — уметь различать и выбирать между принципами и доктринами, способами мышления и методами решения — в которых можно найти вдохновение и мудрость — и конкретными решениями и деталями, которые мы оставим незамеченными. Действительно, сравнительное право расширяет ум, оно обогащает знаниями и мудростью, спасает нас от провинциализма, но, в то же время, давайте не будем забывать, что это наше и наше situs, с которым мы имеем дело, и давайте будем остерегаться имитации ассимиляции и самоуничтожения»** (L.Cr.A. 8472/01 *Maharshak vs. the State of Israel*, PD 59(1)442, 474 (2004)); и другими словами: **«Это сравнительное право — будь то на международном уровне или на государственном уровне — имеет большое значение... однако, у каждой страны есть свои собственные проблемы. Даже если в принципе соображения схожи, баланс между ними отражает уникальность каждого общества и характеристики его правовых механизмов... действительно, это сила и это пределы сравнительного права. Его сила заключается в расширении поля зрения и горизонта толкования. Его сила заключается в руководстве толкователя в отношении нормативного**

потенциала, имеющегося в правовой системе... его пределы заключаются в уникальности каждой правовой системы, ее институтов, идеологии, которая ее характеризует, и в том, как она относится к людям и обществу. Действительно, сравнительное право подобно опытному другу. Желательно прислушиваться к его хорошим советам, но они не должны заменять самостоятельное решение» (см. Н.С.Ж. 4128/02 *Adam Teva V'Din – Israel Union for Environmental Defense vs. the Prime Minister of Israel*, PD 58(3)503, 515-516 (2004)).

129. Как уже было сказано, американская правовая система придает первостепенное значение свободе слова. Лишь изредка свобода слова отступает перед правом на неприкосновенность частной жизни. Такое правовое восприятие не соответствует общепринятому стандарту в юрисдикциях общего права и континентального права. Оно основано на Первой поправке к Конституции, статус и важность которой в американском прецедентном праве и культуре являются общеизвестным фактом, не требующим доказательств. Американская правовая политика отражает, де-факто, почти **общее** предпочтение свободы слова праву на неприкосновенность частной жизни.
130. Должны ли мы учиться у европейских правовых систем или следовать по стопам их американских аналогов? Что касается меня, то ответ ясен и вытекает из отдаленности американской системы от израильской конституционной традиции, от правовой базы и от нашего еврейского наследия (см. и сравните: Eli Salzberger and Fania Oz-Salzberger, **"The Tradition of Freedom of Speech in Israel", Quiet, Someone is Talking! The Legal Culture of Free Speech in Israel**, 27 (редактор: Michael Birnhack, 2006)).
131. На **конституционном** уровне статус права на неприкосновенность частной жизни как основного права установлен в разделе 7 Основного закона: достоинство и свобода человека. Свобода слова в этом законе отсутствует. Не вдаваясь в суть вопроса – включена ли свобода слова в конституционные права, содержащиеся в Основном законе – бесспорно, что **«Свобода слова не входит в права, явно перечисленные в Основном законе»**. Даже те, кто включает свободу слова в Основной закон, считают, что она вытекает из принципа человеческого достоинства и самореализации (см.: **Толкование закона** (конституционное толкование) выше, на страницах 427-428). Подробности и ссылки по этому вопросу см. также: Hillel Sommer "The Non-Enumerated Rights - of the Scope of the Constitutional Revolution" *Mishpatim* 28 257, 318-322 (5757)). Принятие точки зрения, которая предоставляет свободе слова «высший статус» над правом на частную жизнь, не имеет под собой никакой основы ни в самом тексте конституции, ни в его обосновании. Как можно вспомнить, когда были приняты Основной закон: достоинство и свобода человека и Основной закон: свобода занятий, был также представлен законопроект об Основном законе: свобода слова и организации, но он не был принят в качестве закона в Кнессете (см. Законопроекты 5754 101).
132. На теоретическом уровне можно обосновать хронологический подход **«[От]вращайтесь от зла и творите добро»**: сначала предотвращайте вторжение в частную жизнь, а затем реализуйте художественную свободу. Это для того, чтобы предотвратить творческую работу, слава которой исходит от попраания других: **«Человек подобен дереву полевому, а речь — его плод... и как плохой плод не вырастает из хорошего корня, а хороший плод не вырастает из плохого корня, так и речь человека, когда он ссорится со своим ближним и оскорбляет его, это указывает на то, что корень, из которого исходит оскорбление, плохой, и**

поэтому оскорбление находится внутри него, потому что плохое, исходящее из него, присутствует в нем, и где ствол дерева имеет изъясн, так и то, что выйдет из него» (the MaHaRaI, Netivot Olam [Paths of the World] B, Netiv HaShitka [Path of Silence], Глава А). Этот вопрос заслуживает размышления и осмысления, как с точки зрения теории, так и практики. Что касается меня, я согласен со словами Джастиса И. Амита в деле Капитан Р. (выше, в п. 5 решения): **«Поскольку законодательный орган решил в Основном законе: достоинство и свобода человека возвысить право на достоинство и преуменьшить свободу выражения мнения, я считаю, что этому следует приписать вес, в том смысле, что нельзя заранее определить, что в столкновении между ними вес права на выражение мнения будет преобладать. Я отмечу, что во многих решениях мы находим ссылку на решение по делу Авнери как часть обоснования предвзятого предпочтения свободы слова, но следует иметь в виду, что это решение было вынесено до принятия Основного закона: достоинство и свобода человека. По моему мнению, когда рассматриваемый вопрос касается столкновения свободы слова и права на доброе имя в частном иске в соответствии с Законом о запрете диффамации — в отличие от столкновения свободы слова и других ценностей, таких как защита общественных чувств — баланс должен быть достигнут ad hoc, и следует остерегаться формулы, которая включает «коэффициент» или «множитель мощности», благоприятствующий свободе слова».** Эти слова также совпадают с вышеупомянутыми утверждениями профессора Барака, согласно которым **«объем права личности на свободу слова против государства более всеобъемлющ, чем право личности на свободу слова против другого человека»** (Барак, Человеческое достоинство, выше на с. 723). Следовательно, в балансе между свободой слова одного человека и частной жизнью другого человека свободе слова не следует отдавать автоматически приоритет или предоставлять ей «суперстатус».

133. На законодательном уровне Закон о защите частной жизни предписывает в Разделе 18(3), что **«в любом уголовном или гражданском процессе о нарушении частной жизни одно из следующих может быть хорошей защитой... в нарушении есть общественный интерес, который оправдывает его при обстоятельствах дела».** Язык закона не обеспечивает всеобъемлющей защиты любому нарушению, имеющему **общественный интерес**. Этот язык явно отклоняется от своего американского аналога, который предоставляет защиту любому выражению общественного интереса и избавляет от дальнейшего изучения масштаба нарушения. Это не наш путь. Мы уважаем Америку, но мы не приобретаем все блага, которые она предлагает. Недаром израильский законодательный орган отклонил предложение опустить слова **«который оправдывал это при обстоятельствах дела»** (см.: Закон Эли Хальма о защите частной жизни 235 (2003)) (далее: «Закон о защите частной жизни»). В прецедентном праве говорится: (C.A. Registrar of Databases v. Ventura, PD 48(3)808 827 (1994)): **«Вопрос, который необходимо рассмотреть для установления защиты Раздел 18(3) закона, заключается не в том, заинтересована ли общественность в информации, а в том, существует ли причина, оправдывающая вторжение в личную жизнь человека с целью удовлетворения такого общественного интереса».** Эта позиция также была выражена в литературе: **«Недостаточно, чтобы вторжение касалось общественного интереса, скорее должно быть ясно, что в самом вторжении присутствовал общественный интерес. То есть тот факт, что предмет публикации в целом представляет общественный интерес, не приведет к применению защиты. Лицо, выступающее за это, должно будет убедить, что общественный интерес потребовал от него вторжения в чужую личную жизнь».**

Вопрос о существовании общественного интереса не может рассматриваться судом просто в соответствии с общей формулой, и ему необходимо будет принять во внимание обстоятельства рассматриваемого им дела, чтобы решить, оправдано ли вторжение в личную жизнь при таких обстоятельствах» (Ze'ev Segal "The Right to Privacy versus the Right to Know", Iyunei Mishpat 9 175 193 (1983)). Для получения дополнительной информации см. также: Ruth Gavison "Prohibition on a Privacy Invading Publications – the Right to Privacy and the Public's Right to Know" Civil Rights in Israel – a Collection of Essays in Honor of Haim H. Cohn 177, 204-214 (редактор: Ruth Gavison, 1982)).

134. **Наше еврейское наследие** – право на неприкосновенность частной жизни просачивается сквозь щели всеобъемлющих писаний еврейского права. Запреты на клевету, сплетни, Херем де-Рабейну Гершом [Запрет нашего учителя Гершома], Хейсек Реия [ущерб от видения] – это лишь некоторые из многочисленных проявлений права на неприкосновенность частной жизни в еврейском праве (см., например: Nahum Rakover **Protection of Privacy** (2006); Itamar Warhaftig **A Person's Privacy– the Right to Privacy in the Halacha** (2009)). Мы не можем здесь указать и перечислить его различные проявления, и поэтому мы ограничимся кратким обзором вопроса, который близок к рассматриваемому вопросу – запрет «**Бал Йеамер**» [не говорить]. Этот запрет определяется в Талмуде (Bavli, Yoma D, B) следующим образом: «Откуда мы знаем, что если человек сказал что-то своему соседу, то последний не должен распространять эту новость, пока он не скажет ему: «Пойди и скажи»? Из текста Священного Писания: Господь говорил с ним из шатра собрания, ле'эмор [говоря]». Этот запрет был истолкован в ответах раввина Хаима Палахи (Q&A Hakakei Lev, Part A, Yoreh De'ah, Раздел 49 (далее: «Хакакей Лев Вопросы и Ответы»): «И далее моему скромному уму кажется, что даже если человек посылает письмо своему другу, другу, получившему письмо, запрещено раскрывать содержание письма другим. Даже если оно не касается ничего необычного, не содержит секрета, ничего непристойного или ущерба для автора письма, существует запрет на раскрытие, как указано в Гемаре, [когда] что-либо рассказанное другу не должно быть рассказано, пока он не скажет об этом. Тем более, когда речь идет о позоре или тайне, и ущерб возникает, когда это раскрывается». Действительно, по еврейскому закону человеку запрещено раскрывать секреты своего ближнего не только из-за сплетен, но и для того, чтобы предотвратить вред. Как сформулировал раввин Йона Гиронди: «И человек должен скрывать тайну, которую его друг доверительно раскроет ему, хотя раскрытие этой тайны не является предметом сплетен, потому что раскрытие тайны причинит вред ее владельцу и станет причиной нарушения его намерений... потому что человек, раскрывающий тайну, только что сошел с пути скромности, и здесь он нарушает волю владельца тайны» (She'arei Tshuvah Часть С, Раздел 225). Поэтому раскрытие тайны является не только предательством доверия, но и вопиющим вторжением в личное пространство владельца тайны и «нарушением его намерений», т. е. - посягательством на его свободу. Другое мнение высказал раввин Хаим Палахи, согласно которому человек, раскрывающий тайну другого человека, крадет право собственности другого человека на тайну, которую он ему рассказал: «Воистину кража его разума, который находится в скрытых глубинах его сердца» (Хакакей Лев Вопросы и Ответы выше, там же).

135. Формальный курс для нашей ссылки на Еврейское право, Раздел 1 Закона об основах права, 5740-1980, предписывает следующее: «В случае, если суд, столкнувшись с юридическим вопросом, требующим определения, не находит ответа на него в

уставах или прецедентном праве или по аналогии, он будет определять в свете принципов свободы, справедливости, равенства и мира наследия Израиля». Основной закон: человеческое достоинство и свобода изложил в Разделе 2 свою цель — установить **«ценности Государства Израиль как еврейского и демократического государства»**. Кажется излишним обсуждать уровень, на котором еврейское право является обязательным в израильской правовой системе. Наша привилегия заключается в том, что традиция израильского права не начинается в 5708 г., с момента создания Государства Израиль, а скорее укоренена в традиции, насчитывающей тысячи лет. Надлежащая израильская правовая политика — это та, которая прислушивается и прислушивается к чувствам еврейского права и высоко ценит защиту частной жизни человека. Как сформулировал главный судья А. Барак: **«Ссылка на основополагающие ценности еврейского права является не ссылкой на сравнительное право. Это ссылка на правосудие Израиля. Это обязательная ссылка»** (Aharon Barak A Judge in a Democratic Society 290 (2004)).

136. Правильная позиция в столкновении рассматриваемых прав — я считаю, что она оправдана реальностью — это рассмотрение каждого случая по существу, без принципиального решения о приоритете одного права над другим. **Серьезное нарушение свободы слова перевесит легкое и среднее нарушение права на неприкосновенность частной жизни; серьезное нарушение сути частной жизни перевесит легкое и среднее нарушение свободы слова.** Это правило должно применяться на практике всякий раз, когда права сталкиваются друг с другом. Не нам выполнять эту задачу, но мы также не вольны избегать ее.

От общего к частному – право на неприкосновенность частной жизни и свобода слова

137. Мы должны предпринять несколько шагов, чтобы проанализировать роман, находящийся в центре рассматриваемой нами апелляции, определить серьезность нарушения прав, ущерб от столкновения между ними и баланс, требуемый при обстоятельствах дела: **во-первых**, мы обсудим степень фиктивности главного героя и сходство с реальностью; **во-вторых**, мы рассмотрим, является ли вторжение в частную жизнь Ответчика ядром права на неприкосновенность частной жизни или находится на его периферии, и обсудим степень ущерба; **в-третьих**, мы рассмотрим серьезность возможного нарушения свободы слова.

Степень беллетризации

138. Два мнения ведущих ученых в области мировой и еврейской литературы — профессора Ариэля Хиршфельда и профессора Ханнана Хевера — были представлены в Окружной суд. В своих мнениях ученые убедительно объяснили, почему рассматриваемый Роман относится к категории художественной литературы и не классифицируется как автобиографическо-историческая категория. В то время как **«историк утверждает, что то, что он пишет, действительно произошло»**, романист утверждает, **«что то, что он написал, не произошло, а скорее могло произойти»**. Короче говоря, **«историк имеет притязание на истину. Романист не имеет притязания на истину»** (см. Hirschfeld, в разделах 7 и 8). Хиршфельд продолжает подробно изучать творческую работу Апеллянта и доказывает, основываясь на ее внутренних и внешних атрибутах, элементах ее структуры и стиля, что этот текст принадлежит к литературно-художественному типу. Его коллега-ученый, профессор Ханнан Хевер, приходит к аналогичному выводу. Согласно его позиции **«различие между автобиографическим романом и вымышленным романом не зависит от близости или удаленности его сюжета**

от реальности жизни романиста. Это объективный тест, который выводится из интерпретации разумным читателем гаммы указаний в романе». После «рассмотрения совокупного веса указаний, обнаруженных в Романе», Хевер пришел к выводу, что они указывают «недвусмысленно на то, что книга имеет дело с конструированием вымысла, а не с реальной реальностью, и что между писателем и его читателями не было достигнуто никакого **«автобиографического контракта»**. Профессор Хевер даже зашел так далеко, что сказал, что «этот вывод опровергает любое утверждение, основанное на этом аргументе» (см. Хевер, в разделе 3). Аналогичный вывод был высказан в аффидевите писательницы Миры Маген, которая сопровождала Апеллянта в «родовых муках» книги.

139. Объединение разных миров содержания таит в себе как благословение, так и опасность. Благо – во взаимном обогащении, в обучении у разного и похожего; и опасность – в размывании границ, разделяющих дисциплины. В основе права и литературы лежат разные цели. Роли права – разрешение споров, наведение порядка и отправление правосудия – не соответствуют целям литературы, которые являются созданием искусства как такового и созданием смысла для человека, как говорит профессор Хиршфельд. Иногда право и литература идут рука об руку, и тогда право препоясывает свои чресла и сражается в защиту литературы, но иногда – оно громит ее. Определение творческого произведения как вымышленного в одной области – литературе – не требует аналогичного определения в другой области – праве. **«Каждое государство – в своей собственной письменности, и каждый народ – на своем собственном языке»**. Основные предположения, лежащие в основе различных дисциплин, иногда приводят к противоположным определениям и выводам. Это также касается и рассматриваемого вопроса.
140. Художественная литература выражает **«неписанный договор»** между разумным читателем и писателем. Одним из условий договора является отсутствие связи между творческим произведением и реальностью. Это не тот случай, когда речь идет о юридической фикции. Закон, вопреки литературно-профессиональной позиции, выраженной экспертами-профессорами в своих заключениях, не выносит своего суждения в бинарном мире, в котором произведение относится к одной категории, а не к другой. Закон исследует **степень**, в которой произведение является вымышленным. Иногда произведение слегка напоминает события, которые произошли в реальной жизни; иногда произведение основано на таких событиях, но без полной совместимости; а иногда такие события отражены в реальном произведении слово в слово. Проверка степени вымышленности не является теоретическим вопросом. Она будет проводиться в соответствии со степенью знакомства читателя с событиями, которые появляются в произведении. Иногда только родственная душа реального персонажа сможет распознать события, описанные через строки. Однако порой близкие знакомые персонажа также смогут его узнать. А иногда и его далекие знакомые, а иногда и безымянный аморфный разумный читатель смогут его узнать. Принятие **правовой** политики, основанной на **литературном** мировоззрении ученых Хиршфельда и Хевера, нецелесообразно. Такая политика позволит тем, кто стремится, публиковать вещи, которые представляют собой вторжение в частную жизнь и клевету под литературно-вымышленным видом. Разумный читатель увидит литературное проявление и сможет проигнорировать реальное. Однако знакомые и ценители реальной фигуры легко узнают ее, обработают информацию в своем сознании и придут к реальным выводам, а не вымышленным. Это откроет дверь к отмене законов о защите частной жизни и запрете клеветы.

141. Анализ степени вымысла представленного нам творческого произведения показывает, что характер главной героини включает многочисленные и уникальные идентифицирующие детали, которые позволяют распознать Ответчика. Среди них можно перечислить описание ее внешности, сведения о ее возрасте, уникальном роде занятий, месте учебы, рабочем месте и месте жительства, сведения о ее особой творческой работе, идентифицирующие детали Апеллянта, **ее партнера** и события, которые произошли в реальности в присутствии третьих лиц. В своем решении Окружной суд правильно сформулировал эти детали (там же, пункт 40):

«а. Женщина-главный герой описана в книге при встрече с мужчиной-главным героем [как находящаяся] в возрасте Истца [здесь и далее в параграфе Истец как Апеллянт – Е.Р.] на тот момент, и как человек, который учится в том же учебном заведении и на том же факультете, что и Истец, и работает в том же месте и на той же должности, что и Истец. Истец проживала со своим партнером в то время, которое имеет отношение к иску, в районе, описанном в книге, ее партнер также жил в непосредственной близости от места, описанного в книге. У женщины-главного героя такое же количество братьев и сестер, как и у Истца, и ее родители имеют то же этническое происхождение, что и родители Истца.

б. Физическая внешность женщины-главного героя, описанная в книге, имеет большое сходство с физической внешностью Истца, включая ее волосы, цвет глаз и наличие татуировок в местах, похожих на те, которые указаны в книге. Книга также описывает множество дополнительных деталей относительно внешности женщины-главного героя, ее увлечений и ее прошлого, однако в сравнении они менее выражены для идентификации Истца с женщиной-главным героем.

с. Книга описывает, как уже было сказано, дипломный проект Истца. Книга включает в себя концептуальное описание проекта и описывает все этапы подготовки проекта, а также его визуальный вид. Это уникальный проект, который был публично представлен как дипломный проект Истца в присутствии ее учителей и одноклассников и, следовательно, также идентифицирует Истца. Огромный объем, выделенный в книге работе и этапам ее подготовки, также указывает пальцем, сам по себе, на Истца.

д. Описания мужчины-главного героя в книге таким образом, который идентифицирует его как Ответчика, также способствуют идентификации Истца, как партнера Ответчика в то время, как Женщина-главный герой. К этому следует добавить тот факт, что книга была написана Истцом [следует называть «Ответчиком»] под своим собственным именем, от первого лица, и это также способствует идентификации Истца ее непосредственным окружением, которое знало, что она была партнером Ответчика.

е. Книга включает события, которые, бесспорно, произошли в реальности, в присутствии третьих лиц, и которые позволяют идентифицировать Истца как литературного персонажа в глазах лиц, присутствовавших при событиях или слышавших о них от сторон».

142. Эти детали — фактические выводы, установленные Окружным судом, и нет причин вмешиваться в них или изменять их — склоняют чашу весов и обязывают сделать вывод о том, что Ответчик может быть признана женщиной-главным героем книги Апеллянта. В целом, в соответствии с характером деталей и их совокупностью, есть основания для узнавания Апеллянта дальним знакомым, коллегой, одноклассником и потенциальным студентом. К этому следует добавить, что подобные пикантные подробности имеют тенденцию доходить до более широких кругов. Описание внешности в романе, как правило, не запечатлевается в сознании читателя, и оно временно и преходяще. С другой стороны, описание сексуальных привычек персонажа и подробности ее действий в спальне удовлетворяют вуайеристские побуждения и служат пикантным сырьем, продаваемой валютой.
143. Примечание по поводу мнений экспертов, профессора Хиршфельда и профессора Хевера: легкое и поверхностное прочтение теоретической литературы, посвященной художественной литературе, приводит к различиям, которые вообще не упоминались в мнениях, и в основном, к существованию промежуточных определений между художественной и документальной литературой, таких как жанр Роман с ключом. По какой-то причине эксперты решили не представлять суду теоретические определения и подопределения термина «художественная литература», которые широко обсуждаются в исследовательской литературе. Это проблема. В результате профессор Хевер решительно определил в своем мнении, что его собственное заключение «опровергает любое утверждение, основанное на этом аргументе». В экспертном заключении нет места для такого заключения. Эксперт должен высказывать свое мнение в области своей компетенции, не выходя за рамки юрисдикции суда.

Степень вторжения в частную жизнь

144. Как уже было сказано, в отношении вторжения в частную жизнь мы проводим различие между посягательством на ядро частной жизни и посягательством на его границы. Ядро права — интимные подробности жизни человека — **«внутренний круг жизни»**. Границы права — подробности, которые относятся к внешнему пространству жизни человека — **«внешний круг жизни»**. В этой апелляции мы не обязаны обсуждать **«сумеречную зону»**, которая лежит между границами права и его ядром. Здесь нас беспокоит явное посягательство на ядро права. Книга включает в себя **«подробное описание вопросов, касающихся личной жизни Апеллянта... подробное описание отношений Апеллянта с Ответчиком, включая события, разговоры и описания, которые являются несомненно интимными. Книга включает в себя описание отношений Ответчика с ее бывшим партнером до их разрыва, с родителями ее партнера и с ее собственными родителями, включая слова и заявления, сделанные Ответчиком в отношении ее родителей в личных беседах, которые она вела с Апеллянтом. Ответчик справедливо утверждает, что книга всесторонне и без какой-либо маскировки описывает ее самые интимные отношения, раскрывает ее мысли, чувства, желания, секреты и сексуальную жизнь. Все таким образом, что жизнь Ответчика вплоть до самых интимных подробностей, раскрывается перед читателями как открытая книга»** (п. 49 решения Окружного суда). Описания такого рода представляют собой серьезное посягательство на саму суть права на неприкосновенность частной жизни.

Защита доверительных отношений между парами

145. **«Приобретай себе друга»**. Этот здравый совет, основанный на природе и человеческих потребностях, дает нам раввин Йешуа Бен Перахия (Mishna, Avot, 1,

б). «А как приобрести друга? Это учит, что человек должен приобрести друга, с которым он будет есть... и читать... и раскрывать все свои тайны, тайны Торы и тайны мирских вещей». (Avot de Rabbi Natan 8, 3). Человеку нужен друг; мужчина и женщина нуждаются друг в друге. «Или дружба, или смерть» (Bavli, Bava Batra 16, 2). Отношения между мужчиной и его другом и между мужчиной и его женой служат для человека убежищем, защищенным и безопасным местом. Внешний мир чужд и отчужден. Дом человека — его крепость. В общественной сфере человек постоянно находится под пристальным и проверяющим взглядом. В уединении, в уединении собственного дома, вместе с другом или супругом, человек имеет участок земли, физическое расслабление и душевное спокойствие. Эти отношения характеризуются высоким уровнем доверия между сторонами. На пике отношений друзья и супруги принимают друг друга такими, какие они есть, безоговорочно. Такие отношения побуждают человека открывать свое сердце и делиться своими секретами с другим. В отличие от чешуйчатой брони, которую человек надевает, выходя во внешний отчужденный мир, такие отношения характеризуются снятием внешнего слоя и обнажением внутреннего мира. В ходе этого супруг обнажается физически и духовно перед другим супругом. Достойный правовой режим предоставляет защиту таким отношениям. Секреты и подробности, раскрытые в рамках межличностных отношений, в которых есть большие ожидания доверительных отношений, достойны правовой защиты. Такие слова были заявлены Английским судом:

«Вряд ли может быть что-то более интимное или конфиденциальное, чем то, что вовлечено в эти отношения, или чем взаимное доверие и конфиденциальность, которые разделяют муж и жена. Конфиденциальный характер отношений является самой их сутью и настолько очевидно и обязательно подразумевается в них, что нет необходимости в его выражении». (Argyll v. Argyll [1967] Ch. 302, 322).

Для получения дополнительной информации см. также: Nigel Lowe & Gillian Douglas, Bromley's Family Law 113-118 (2007).

146. У Апеллянта и Ответчика были длительные романтические отношения, которые длились около пяти лет. В ходе их знакомства Ответчик рассталась со своим партнером, а Апеллянт развелся со своей женой. Очевидно, что такие стабильные и длительные отношения порождают повышенную обязанность лояльности. При раскрытии интимных подробностей, о которых одна из сторон узнала во время отношений пары, наносится серьезный ущерб обоснованию, лежащему в основе защиты частной жизни, и склонности охранять и защищать существование межличностных отношений. Естественно, контекст, в котором были раскрыты подробности, и те, в отношении которых вопрос раскрытия находится на повестке дня, также добавляет глубины и веса вторжению в частную жизнь в рассматриваемом деле.

147. **Промежуточное заключение:** после изучения степени вымысла в творческом произведении и степени нарушения права на частную жизнь мы узнали, что вымысла мало, а вреда много. Это творческое произведение, Роман, в котором разумный далекий знакомый может узнать Ответчика. Это серьезное нарушение сути права на неприкосновенность частной жизни, доверительных отношений между парой. Неизбежным результатом является то, что публикация Романа вызовет серьезное и интенсивное вторжение в частную жизнь Ответчика; идентификация и травма

объединяются, чтобы создать тяжелый вес на стороне частной жизни в конституционной шкале.

Свобода слова

148. Степень нарушения свободы слова будет рассмотрена в соответствии с его основными обоснованиями. Мы будем различать обоснования, которые отражают обширные социальные ценности, такие как: человеческое достоинство, раскрытие истины и важность свободы слова в демократическом режиме. Реализация этих ценностей посредством рассматриваемого выражения поднимает защиту выражения на высокий уровень и свободу его выражения. С другой стороны, поскольку выражение в первую очередь основывается на личном благополучии, **ценность** будет снижена до уровня **интереса**, одновременно снижая степень защиты свободы его выражения. Это не бинарный выбор. Многие выражения содержат несколько элементов, которые вытекают из разных обоснований. Суду поручено определить дозу обоснований, выполненных выражением.

149. Роман, написанный Апеллянт, воплощает **художественную свободу**. Это конкретное проявление не заслуживает столь же суровой защиты, как его собрат политическое выражение (см. и сравните: Барак, **Человеческое достоинство**, выше на с. 731), но и не опускается на нижний уровень, как его коммерческий аналог. Как таковой, он выполняет различные ценности, которые лежат в основе свободы слова — раскрытие истины и важность свободы слова в демократическом режиме — но он не подразумевает полной реализации этих обоснований, которые полностью реализуются в политических выражениях. Художественная свобода также известна своим эгоистичным личным аспектом. Создатель желает прославить свое имя и прославиться. Вес этих обоснований указывает на то, что выражение перед нами реализует свободу слова в средней степени. **Идеал и интерес перемешаны в нем.** Нарушение свободы слова в рассматриваемом деле также не является грубым, поскольку оно не исходит из цензуры со стороны государственных органов, а скорее из правовых действий ответчика как лица, заинтересованного в защите своего права на неприкосновенность частной жизни. **Баланс между серьезным и грубым нарушением права на неприкосновенность частной жизни против среднего нарушения свободы слова склоняется в сторону защиты частной жизни.**

Обеспокоенность тем, что литературные произведения откладываются на полку

150. По словам Апеллянта, отклонение апелляции **«может привести к абсурдным результатам»** и откладыванию важных литературных произведений, основанных на «реальных» событиях. Адвокат апеллянта цитирует генерального директора издательства, который протестовал против такой правовой политики в своих показаниях в Окружном суде: **«На самом деле, от меня будут требовать не доказывать, что что-то произошло, а скорее доказать, что чего-то никогда не происходило... Мне придется доказать, что у вымышленного главного героя не было такого соседа... как можно доказать то, чего не было... любая работа вообще невозможна, если мы придем к такому положению, которое я нахожу нелепым... это абсолютный паралич оригинального творческого труда»** (с. 110 стенограммы суда). Апеллянт также отмечает значительный список важных литературных произведений, которые были бы отложены и никогда не были бы опубликованы в соответствии с правовой политикой, установленной Окружным судом.

151. Апеллянт утверждает, что **«решение может иметь... разрушительные последствия для целой отрасли литературного письма. Его практический смысл заключается в том, что писателям, пишущим автобиографию или автобиографический роман, запрещено рассказывать об отношениях с другим человеком и делиться с общественностью посредством произведения опытом, который они сами пережили в этих отношениях»**. В заключение Апеллянт призывает суд остановиться и спросить себя: **«Буду ли я готов применить те же самые критерии к одному из шедевров еврейской литературы? Если бы я проигнорировал личность Апеллянта и представил себе Амоса Оза, или Дэвида Гроссмана, или Меира Шалева до меня — приду ли я тогда к тому же результату?»**
152. Я сделал так, как указал Апеллянт. Я повернулся, чтобы спросить себя, действительно ли я готов принять подобные критерии в других ситуациях? Но сначала я скажу несколько слов. Утилитаристский аргумент относительно увеличения совокупного благосостояния общества в результате публикации литературных произведений имеет большое очарование. Это якобы просто: в ситуациях, когда право одного частного лица сталкивается с правом другого лица, которое имеет высокую совокупную выгоду, предпочтение следует отдать второму праву.
153. Однако этот аргумент имеет двойной недостаток: во-первых, защита человеческого достоинства также вытекает из самого утилитаризма, поскольку общество, которое бросает человеческое достоинство в канаву, значительно снижает совокупное благосостояние. Этот принцип не упускал из виду отец утилитаристской доктрины Джон Стюарт Милль, который в своей книге «О свободе» определил, что совокупная выгода и полезность также вытекают из режима, который защищает права человека. Эту полезность следует учитывать при рассмотрении совокупного благосостояния в ситуациях нарушения прав человека. Аналогичная позиция представлена в Мидраше Хазаль [писания наших мудрецов, да будет благословенна их память], где рассматривается строительство библейской Вавилонской башни: **«Рабби Пинхас говорит, что не было камней для строительства города и башни, так что же они делали? Они обрабатывали кирпичи и обжигали их как ремесленники глиняной посуды, пока не построили ее высотой в семь миль... и если человек падал и умирал, они не обращали на него внимания, а если падал кирпич, они сидели и плакали и говорили, когда же будет другой, чтобы заменить его»** (Pirkei de Rabbi Eliezer (Higger), Глава 24). Предпочтение кирпича человеку — вот что лежит в основе критики Хазалем Вавилонской башни.
154. Во-вторых, есть ситуации, в которых мы решаем, что защита человеческого достоинства важнее, чем достижение других социальных ценностей. Так обстоит дело, например, в правовой политике в отношении экспериментов на людях. Польза, полученная в результате такого эксперимента, и ожидаемое от него совокупное благополучие могут иметь решающее влияние на будущее всего человечества. Несмотря на это, закон решил применить сдерживающую правовую политику, которая жестко противостоит им, чтобы не нарушать человеческое достоинство. Похожий принцип отражен в словах Хазала, который определил, что **«человеческое достоинство настолько велико, что оно превосходит запретительные заповеди Торы»** (Bavli, Berachot 19, 2).
155. Очевидно, нельзя недооценивать важность художественной свободы в целом и автобиографической в частности. Ей должно быть предоставлено почетное место в

израильской сфере прав. Как правило, суд не препятствует публикации автобиографического романа. Предварительный запрет является крайне редким актом. Однако возможно, что в результате правовой политики, изложенной в решении Окружного суда и теперь принятой в нашем постановлении в этом суде, человечество в целом понесет потерю нескольких литературных произведений. Этот аргумент, как было сказано выше, не отрицает нашего постановления. Существуют ценности, которые заслуживают даже потери нескольких «хороших книг». **Человек прежде книги.** Книги предназначены для того, чтобы служить человечеству, а не наоборот, в смысле «служанка, которая наследует свою госпожу» (Mishlei, Book of Proverbs 30, 3). Похоже, что слова Апеллянта о «культурном крахе» и его собственной работе, которая «сгорела в огне», были преувеличены до такой степени, что он забыл, что является **причиной**, а что **следствием**.

Авторские права и клевета

156. Окружной суд постановил, как уже упоминалось, что не было необходимости выносить решение по аргументам Ответчика в отношении нарушения Апеллянтом ее авторских прав на ее письма, которые он использовал в своей книге, поскольку в любом случае не было никаких оснований для присуждения дополнительной денежной компенсации сверх компенсации за вторжение в частную жизнь. Апеллянт не рассматривал эту причину иска в своих заключениях. Поэтому нет необходимости рассматривать этот вопрос в рамках апелляции в суде. То же самое касается и утверждения Апеллянта о том, что публикация его книги не является публикацией клеветы против Ответчика. По его словам, Окружной суд ошибся, постановив, что **«Истец (литературный персонаж) описывается в книге как женщина, которая имела интимные отношения с женатым мужчиной и делала это параллельно с ее отношениями с ее тогдашним партнером. Она также описывается как человек, который готов попать все, что стоит на ее пути к ее целям, и как человек, который использует людей «как будто они являются предметами»»** (п. 68 решения). Ответчик, со своей стороны, утверждает, что это решение Окружного суда также должно остаться без изменений. По моему мнению, этот вопрос также не требует решения в рамках апелляции в суде, поскольку он не имеет отношения к средствам правовой защиты.

Согласие Ответчика

157. Раздел 1 Закона о защите частной жизни гласит, что **«человек не будет вторгаться в частную жизнь другого человека без его согласия»**. Апеллянт утверждает, что как только ответчик выразил свое согласие на написание книги, ее публикация больше не является запрещенным вторжением в частную жизнь. Окружной суд подробно обсудил этот аргумент и пришел к решительному выводу: **«необходимо установить, что Ответчик не только не давала своего осознанного согласия на вторжение в ее частную жизнь, но и также она ясно дала понять Апеллянту перед публикацией, что она запрещает ему включать в книгу любые подробности, которые могут привести к ее идентификации»** (п. 65 решения). Я принимаю решение окружного суда, основанное на представленных ему материалах. Это решение по факту. Как известно, апелляционный суд не имеет привычки вмешиваться в дела такого рода, и нет никаких веских причин отклоняться от правила. Однако я кратко остановлюсь на правовом аспекте согласия на вторжение в частную жизнь.

158. Неоспоримо, что Ответчик несколько раз выражал Апеллянту свое возражение против публикации книги. Согласно утверждению Апеллянта, этому возражению

предшествовало согласие. Какова природа этого согласия и можно ли от него отказаться?

159. Различные ученые выразили свою позицию, что **«согласие можно сравнить с договором, и принципы договорного права будут применяться к согласию»** (Закон о защите частной жизни выше, на с. 45); и что **«нет никаких препятствий для применения принципов договорного права к согласию»** (Личное пространство, с. 100). Несмотря на заметное сходство, ученые указали на сложность «слепого применения» договорного права: **«Хотя, по-видимому, принципы договорного права применяются к элементу «согласия», законы о защите частной жизни порождают дилеммы, которые не всегда можно разрешить с помощью договорного права. Так, например, может случиться так, что лицо, давшее согласие, отзовет свое согласие: основной принцип договорного права требует принудительного исполнения обязательства. Однако, по нашему мнению, это средство правовой защиты не обязательно подходит в случае отзыва согласия на отказ от права на частную жизнь. Личный характер согласия на отказ от частной жизни и возведение права на частную жизнь в ранг основного права требуют от толкователя использования дополнительных инструментов для изучения «согласия» в дополнение к договорному праву. Когда лицо отзывает свое согласие на отказ от своей частной жизни, не следует, по нашему мнению, навязывать ему обычное право принудительного исполнения и публиковать информацию, которая нарушает его частную жизнь, ссылаясь на предыдущее согласие. Лицо должно иметь право, прежде всего в обстоятельствах, которые касаются интимная информация, возможность отозвать свой отказ от своего права на неприкосновенность частной жизни в обмен на денежную компенсацию, если сторона, которая полагалась на отказ от неприкосновенности частной жизни, в результате понесла ущерб»** (см. Закон о защите частной жизни выше, 46; для аналогичных позиций см.: Личное пространство выше, стр. 100-104); Закон о конфиденциальности и СМИ выше, на стр. 537-538).

160. Мне кажется, что согласие человека на вторжение в его частную жизнь не является последним словом. Конституционный статус права, жесткий личный характер вторжения в частную жизнь могут поставить средства правовой защиты для отзыва согласия в положение, которое отличается от того, которое предусмотрено договорным правом. Принудительное исполнение может быть, возможно, неоправданным в обстоятельствах серьезного вторжения в частную жизнь по сравнению с денежной компенсацией, которая может быть обоснованно присуждена в связи с отзывом согласия, если оно причинило ущерб. Согласно **«параллелограмму силы»** между серьезностью вторжения в частную жизнь и действительностью согласия, чем мягче вторжение, тем больше шансов получить средство правовой защиты; чем серьезнее вторжение, тем больше баланс будет склоняться в сторону избежания принудительного исполнения, при этом предоставляя возможность компенсационного средства правовой защиты. В рассматриваемом деле, как уже говорилось, Окружной суд справедливо постановил, что согласия не было. Было явное возражение Ответчика против включения детали, которая могла бы привести к ее идентификации.

Заключение

161. Свобода слова Апеллянта «вступает в противоречие» с правом Ответчика на неприкосновенность частной жизни. Его художественная свобода, отраженная в

написанной им книге, наносит вред доброму имени Ответчика. **Автобиографическое произведение** имеет много примечательных достоинств. Однако рассматриваемая книга на самом деле является документальной книгой, замаскированной под художественное произведение — как постановил Окружной суд — и ее вторжение в частную жизнь Ответчика является серьезным и суровым. Мы здесь обеспокоены двумя конституционными правами — **свободой слова и правом на неприкосновенность частной жизни** — и, в принципе, ни одно из них не имеет приоритета над другим. В нашем постановлении мы рассмотрели, превышает ли вес выгоды, которая возникнет в результате реализации одного права, вес ущерба, понесенного другим правом. Наш принципиальный вывод заключается в том, что **в конституционном масштабе свобода слова будет преобладать в ситуации легкого и среднего нарушения права на неприкосновенность частной жизни по сравнению с серьезным нарушением свободы слова; право на неприкосновенность частной жизни будет преобладать, когда нарушение свободы слова является легким или средним и сталкивается с интенсивным посягательством на суть частной жизни**. Мы реализовали этот принцип в соответствии с обстоятельствами дела и рассматриваемой книгой и обнаружили, что вымысла мало, а вред большой. Серьезное и серьезное вторжение в частную жизнь Ответчика, тогда как, с другой стороны, имеет место среднее нарушение свободы слова Апеллянта. Идентификация Ответчика в книге Апеллянта как женщины-главного героя вместе с подробным описанием ее внутреннего жизненного круга, включая вопросы, которые являются явно интимными, перевешивают в их совокупном весе нарушение свободы слова Апеллянта, в котором перемешаны идеал и личный интерес.

162. Если бы Апеллянт пытался провести фотовыставку, на которой он показал бы Ответчика с собой в обнаженном виде, похоже, был бы вынесен запрет, чтобы он этого не делал. Тем более книга, где он изобразил тело Ответчика в ее собственной спальне, а также раскрыл глубины ее души и ее самые сокровенные тайны. Поэтому справедливо, что Окружной суд вынес постоянный запрет на публикацию книги.

163. Поэтому я предлагаю моим коллегам-судьям отклонить апелляцию и оставить решение Окружного суда в силе. Я также предлагаю, чтобы апеллант был обязан выплатить Ответчику судебные издержки и судебные пошлины в размере 75 000 израильских шекелей.

Судья

Заместитель главного судьи М. Наор:

1. Мой коллега судья **Сольберг** изложил обширный обзор. Из его обзора следует, что если бы рассматриваемое нами дело рассматривалось в судах Соединенных Штатов, результат был бы иным. Результат дисквалификации написанной книги — это сложный результат, и его следует приберечь для исключительных случаев. Боюсь, что рассматриваемый случай как раз такой.
2. Похоже, что в своей книге Апеллянт не просто пытался написать о женщине-главном герое, он на самом деле пытался написать о мужчине-главном герое, опыте мужчины, который постепенно покидает свой дом ментально и физически, сначала для кратковременных связей, а в конечном итоге для отношений с женщиной-главным героем. Отношения с женщиной-главным героем начались, когда мужчина-

главный герой женился, и отношения продолжались после того, как мужчина-главный герой покинул свой дом. В произведении описываются трудности в отношениях главного героя-мужчины с его давней женой и с его детьми, трудности, которые в конечном итоге также наносят вред его отношениям с главной героиней-женщиной, для которой он не может выделить место в своем мире. В центре сюжета не главная героиня, хотя главная героиня и другие женщины (в меньшей степени) занимают важное место в сюжете. Сюжет сосредоточен на мужчине, который покидает свой дом.

Однако в своем произведении, в центре которого находится главный герой-мужчина, автор нарушил разрешенные границы и серьезно вторгся в личную жизнь Ответчика. Все можно было бы написать по-другому с самого начала. Мой коллега-судья справедливо отметил, следуя выводам Окружного суда, что все было написано таким образом, что даже далекий человек, знающий Ответчика, понял бы, что речь идет о ней. Стандартное предложение, появляющееся на внутренней стороне обложки книги, о том, что сюжет книги и упомянутые в ней персонажи являются плодом воображения автора и что любая связь с живыми людьми или персонажами является чисто случайной, не отражает ситуацию такой, какой она является на самом деле. В таком случае не было места для различных описаний, которые было бы неправильно указывать, но которые проходят красной нитью через всю книгу. Не было также места, чтобы поделиться с читателем тайными мыслями героини и ее сексуальной жизнью. Апеллянт написал свою книгу так, как он это сделал, игнорируя это серьезное вторжение. Мы не можем проиллюстрировать серьезность вторжения подробностями, содержащимися в книге, потому что такие подробности также представляли бы собой вторжение в личную жизнь. Мне достаточно отметить, что мои слова относительно серьезного вторжения были написаны после прочтения книги полностью.

Хотя, как уже было сказано, это можно было сделать по-другому с самого начала. На слушании мы предложили разрешить нетривиальные изменения в книге, но этого не произошло. Мы не можем взять на себя роль «главного редактора» и роль того, кто руководит изменениями в литературном романе в решении суда. По моему впечатлению, все можно было бы написать по-другому с самого начала, не ущемляя существенно свободу творчества, однако Апеллянт написал то, что он сделал, таким образом, что полностью игнорирует вред, нанесенный Ответчику.

3. Несмотря на значительные трудности, которые я испытываю в отношении необходимости цензурировать литературное произведение, в конечном итоге я присоединяюсь к мнению моего коллеги-судьи, судьи **Сольберга**, и все время подчеркиваю, что дисквалификация литературного произведения должна производиться в редких случаях. Однако рассматриваемое нами дело, как уже было сказано, является именно таким делом.

Заместитель главного судьи

Судья С. Жубран:

1. Я согласен с тщательным и всесторонним решением моего коллеги-судьи, судьи **Сольберга**. Я кратко отмечу причины, указанные моим коллегой-судьей, которые привели меня к такому выводу.

2. Во-первых, рассматриваемое нами дело поднимает сложный вопрос, касающийся правильного баланса между свободой слова Апеллянта и правом Ответчика на неприкосновенность частной жизни в рамках раздела 18(3) Закона о защите частной жизни, 5741-1981 («Закон о защите частной жизни»). Раздел предписывает баланс между правом на неприкосновенность частной жизни и свободой слова и правом общественности знать. В этом контексте я согласен с подходом моего коллеги-судьи, согласно которому роль суда заключается в том, чтобы наполнить эту базовую формулу содержанием, а в рассматриваемом деле – интерпретировать ее с учетом конституционных принципов (пункты 53, 68 его мнения; L.C.A. 6902/06 **Zadik vs. Ha'aretz Newspaper Publishing**, п. 10 (13 августа 2008 г.)).
3. По моему мнению, в балансе между двумя конституционными правами равного статуса, верным путем является принятие примирительного подхода с целью позволить обоим правам сосуществовать посредством пропорционального ущемления одного за счет другого (см. и сравните: H.C.J. 2481/93 **Dayan vs. Chief of the Jerusalem District**, 48(2)456, 474-475 (1994); A.P.A. 398/07 **The Movement for Freedom of Information vs. the Tax Authority**, п. 53 (23 сентября 2008 г.); A.P.A. 9341/05 **The Movement for Freedom of Information vs. the Government Companies Authority**, п. 31 (19 мая 2009 г.); Ruth Gavison "Prohibition on a Privacy-Invasive Publication - the Right to Privacy and the Public's Right to Know" Civil Rights in Israel - a Collection of Essays in Honor of Haim H. Cohn 177, 204, 219 (1982)). В этом духе мы попытались примирить стороны на слушании, которое мы провели по апелляции, и сократить вторжение в частную жизнь ответчика и разрешить публикацию книги. Однако, к большому сожалению, эта попытка не увенчалась успехом. Только тогда, при отсутствии возможности примирить права, следует выбрать путь бинарного решения и отдать предпочтение одному праву перед другим (см.: H.C.J. 1435/03 **Jane Doe vs. the Disciplinary Court for State Workers Haifa**, PD 58(1)529, 537-539 (2003)).
4. Во-вторых, объем защиты слова определяется в соответствии с обоснованиями, которым оно соответствует. Этот суд постановил, что тремя основаниями, лежащими в основе свободы слова, являются раскрытие истины, индивидуальная самореализация и укрепление демократии (H.C.J. 399/85 **Kahana vs. the Israel Broadcasting Authority**, PD 41(3)255, пункты 14-16 решения суда (его прежнее название) А. Barak (1987) (далее: «Кахан»); Ilana Dayan-Orbach "The Democratic Model of Freedom of Speech" Iyunei Mishpat 20 377 Chapter A (1996)).
5. По моему мнению, хотя бесспорно, что книга Апеллянта защищена свободой слова, большинство ее основных обоснований (с акцентом на раскрытие истины, как будет указано здесь) не применимы к произведению, определенно не в полной мере. В этом контексте я отмечаю, что значительная часть претензий Апеллянта, как перед нами, так и перед Окружным судом, основывалась на аргументе о том, что это художественное произведение, и поэтому фактически не может вторгаться в частную жизнь Ответчика. В связи с этим я принимаю позицию моего коллеги-судьи, что обоснование «раскрытия истины» не в полной мере применимо к книге (п. 149 его мнения). Отмечается, что в начале книги черным по белому написано:

«Сюжет книги, упомянутые в ней персонажи и их имена являются плодом воображения автора. Любая связь между сюжетом книги и событиями, которые произошли в реальной жизни, а также между упомянутыми здесь персонажами и их именами и характерами или именами людей, живых или мертвых, является чисто случайной».

6. При таком положении дел мне трудно определить, что книга помогает **«обеспечить свободу слова, чтобы дать возможность различным и разнообразным идеям и взглядам конкурировать друг с другом. Из этой конкуренции — а не из правительственного диктата единственной и неповторимой «истины» — правда всплывет и поднимется, поскольку, в конце концов, правда восторжествует в битве идей»** (дело Кахана в п. 14). В связи с этим я считаю, что объем защиты, предоставляемой книге, не является широким, в то время как с другой стороны стоит право Ответчика на неприкосновенность частной жизни в его самом ясном смысле, и последнее должно преобладать.
7. По этим основаниям я согласен с решением судьи **Н. Сольберга**.

Судья

Постановлено, как указано выше, в решении судьи **Н. Сольберга**.

Вынесено сегодня, 24 Нисана 5774 (24 апреля 2014 г.).

Разрешено к публикации сегодня, 22 Ияра 5774 (22 мая 2014 г.).

Решение было отправлено в полном объеме адвокатам сторон, и по нашей просьбе они предложили небольшие изменения и упущения, чтобы предотвратить ситуацию, когда содержание решения раскрывает детали, публикация которых подорвет запрет на публикацию книги. Основные упущения и изменения были включены в формулировку вышеупомянутого решения. Поэтому мы разрешаем публикацию решения в сокращенном формате в настоящем документе, в то время как запрет на раскрытие имен тяжущихся сторон и идентификационных данных о них, а также решение в полном формате остаются в силе.

Заместитель главного судьи

Судья

Судья

Копия может быть отредактирована и изменена в формулировках.

Heb 11089540_009.doc Информационный центр, Тел. 077-2703333; веб-сайт, www.court.gov.il