

פרטיות בעידן של שינוי

עורכת: תהילה שורץ אלטשולר



פרטיות בעידן של שינוי

עורכת: תהילה שוורץ אלטשולר



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

Privacy in an Era of Change
Edited by Tehilla Shwartz Altshuler

עריכת הטקסט: נועם לסטר
עיצוב הסדרה: טרטקובר עיצוב גרפי - טל הרדה
עיצוב העטיפה: יוסי ארזה
על העטיפה: *Keyhole*; צילום: Goldution; www.dreamstime.com
סדר: נדב שטכמן
הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

מסת"ב 978-965-519-109-7 ISBN

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשרר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

להזמנת ספרים ומחקרי מדיניות בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה:
טלפון: 1-800-20-2222, 02-5300800 ; פקס: 02-5300867
דוא"ל: orders@idi.org.il
אתר האינטרנט: www.idi.org.il
המכון הישראלי לדמוקרטיה, ת"ד 4482, ירושלים 91044

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), תשע"ב
Copyright © 2012 by The Israel Democracy Institute (R. A.)
Printed in Israel

כל מחקרי המדיניות וכן פרק נבחר מכל ספר ניתנים להורדה חנם מאתר האינטרנט.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי, לא מפלגתי, הממוקם בתפר שבין האקדמיה לפוליטיקה. המכון עוסק בתכנון מדיניות ובעיצוב רפורמות בממשל, במנהל הציבורי ובמוסדות הדמוקרטיה.

בתכניותיו ובמפעליו המכון חותר לחזק את מוסדות הדמוקרטיה המתהווה בישראל ולגבש את ערכיה. בהמשך לעבודת מחקר מעמיקה הוא מגיש המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של משטר דמוקרטי יציב, המותאם למבנה, לערכים ולנורמות של החברה הישראלית. המכון שואף לקדם בישראל שיח ציבורי בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות, לשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולקהל הרחב, לספק מידע ולהציג מחקר משווה.

החוקרים במכון הישראלי לדמוקרטיה הם אנשי אקדמיה, והם מובילים פרויקטים במגוון תחומים של החברה והמשטר בישראל. מחלקת ההוצאה לאור של המכון מפיקה, משווקת ומפיצה את פירות עבודתם בכמה סדרות: ספרים, מחקרי מדיניות, מדד הדמוקרטיה, פורום קיסריה, כתבי עת ודברי ימי עיון.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.



תוכן העניינים

9	המחברים
	מבוא
11	תהילה שוורץ אלטשולר
	פרטיות – משמעותה וחשיבותה
25	ראם שגב
	פרטיות תמורת "תהילה": אובדן הפרטיות בתכניות הטלוויזיה בישראל בשנים 2005–2010
107	עמית לביא-דינור, יובל קרניאל
	בין צדיק לעמיר: הפרת הפרטיות ותצלומים מבזים ומשפילים בתא כלא וברשות הרבים
133	בנימין שמואלי
	אנונימיות ואינטראקטיביות באינטרנט: הזכות לפרטיות כמושג רב-ממדי
201	יאיר עמיחי-המבורגר, אורן פרז
	טרור ופרטיות: הצעה לחשיבה מחודשת על הכלים להתמודדות עם פעילות טרור באינטרנט
231	עמיר פוקס
	Introduction
v	Tehilla Shwartz Altshuler



המחברים

ד"ר עמית לביא-דינור היא סגנית דיקאן ומרצה בבית ספר סמי עופר לתקשורת במרכז הבינתחומי הרצליה.

ד"ר יאיר עמיחי-המבורגר הוא ראש המרכז לחקר הפסיכולוגיה של האינטרנט בבי"ס סמי עופר לתקשורת במרכז הבינתחומי הרצליה.

עו"ד עמיר פוקס הוא חוקר במכון הישראלי לדמוקרטיה ודוקטורנט בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים.

פרופ' אורן פרוז הוא פרופסור חבר בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן.

ד"ר יובל קרניאל הוא מרצה בכיר בבי"ס סמי עופר לתקשורת במרכז הבינתחומי הרצליה ועורך ראשי של "המרחב הציבורי"; לשעבר יו"ר ועדת האתיקה של רשות השידור והיועץ המשפטי של הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו.

ד"ר ראם שגב הוא מרצה בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. עו"ד ד"ר תהילה שורץ אלטשולר היא חוקרת בכירה במכון הישראלי לדמוקרטיה וראש הפרויקט "רפורמות במדיה".

עו"ד ד"ר בנימין (בני) שמואלי הוא מרצה בכיר ומנהל המרכז למשפט מסחרי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן ומרצה אורח בבית הספר למשפטים באוניברסיטת דיוק, צפון קרוליינה.



מבוא

תהילה שוורץ אלטשולר

דיון בזכות לפרטיות הוא במידה רבה כניסה אל תוך הערפל. ניתן לאתר מחלוקות כמעט בכל היבט הנוגע לאופייה של הזכות והיקף ההגנה שראוי להעניק לה, הן במישור הנורמטיבי הן במישור המושגי. יש הרואים בה תביעה ויש הרואים בה זכות, אינטרס, ערך, העדפה או מצב קיומי. הגנה על פרטיות נתפסת, לכן, בכמה וכמה דרכים: כתפיסה תיאורית, כתפיסה נורמטיבית, כתפיסה משפטית או כל השלוש יחדיו. עקרון הפרטיות כשלעצמו נובע מהשקפות עולם בדבר ממשל, זכויות אדם, יחסי פרט ומדינה ויחסי מרחב ציבורי ומרחב פרטי. אפשר להניח כי לפחות חלקית המחלוקות נובעות מכך שהדיון בזכות לפרטיות, כמו גם עיגונה החוקתי ועיגון ההסדרים המוסדיים הקשורים אליה, התפתחו מאוחר יחסית לזכויות אחרות.

גם בישראל – שבה מעוגנת הזכות לפרטיות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק הגנת הפרטיות – הזכות לפרטיות לא הוגדרה במדויק בחוק או בפסיקה. חוק הגנת הפרטיות אינו מגדיר את היקפה ובמקום זה מונה 11 מעשים שייחשבו פגיעה בפרטיות, ובכללם מעקב מטריד, האזנה אסורה על פי חוק, צילום אדם ברשות היחיד והפרה של חובת סודיות לגבי ענייניו הפרטיים של אדם. אף שהמשפט הישראלי אימץ הגדרה רחבה של מושג הפרטיות כ"אינטרס היחיד שלא להיות מוטred בצנעת חייו על ידי אחרים"¹, הדגיש בית המשפט כי היקפה של הזכות עמום ומשתנה בהתאם למציאות.²

היבט אחד של הזכות לפרטיות הוא זכותו של כל אדם לשמור ולהגן על זהותו ועל מתחם של הגנה מסביב לגופו, מחשבותיו, רגשותיו, סודותיו הכמוסים, אורח חייו ומעשיו האינטימיים. ההיבט הזה נובע מכך שפרטיות נתפסת כבעלת

1 ע"א 1211/96 כהן נ' נשיונל קונסלטנטס, פ"ד נב(1) 481.

2 בג"ץ 2481/93 דיין נ' וילק פ"ד מ"ח(2) 456.

משקל חיוני ביכולת לשמור על זהות ולגבש יחסים של אהבה, קרבה ואמון עם הסובבים וכן זהות פוליטית וציבורית. לא בכדי נתפס אובדן הפרטיות בעבר כפסד של חברה טוטליטרית ולא אנושית. היבט אחר קשור לכך שהזכות לפרטיות מאפשרת לאדם לבחור לאילו חלקים ומקומות במתחם הפרטי הוא נותן גישה לאחרים, וכן לשלוט באופן החשיפה, בהיקפה ובעיתויה.

וכך, בשונה ובאופן קיצוני יותר מזכויות אדם אחרות, הזכות לפרטיות היא זכות שגבולותיה, הקשריה והנורמות הנובעות מן ההגנה עליה אינם מוגדרים. ולא זו אף זו: בשנים האחרונות מגיעים המתח ואי-ההלימה בין הערכים המוכרים מן העבר לפרקטיקות של ההווה לשיאים חדשים.

במאמר פורץ דרך בנושא ההכרה בזכות לפרטיות, שהתפרסם בביטאון בית הספר למשפטים של אוניברסיטת הרוורד בשנת 1890, כתבו שני עורכי דין צעירים – לימים שופטי בית המשפט העליון האמריקני, סמואל וורן ולואיס ברנדייס – כי יזמות מודרנית והמצאות חושפות את הפרט לסבל נפשי ומצוקה.³ הטכנולוגיה המתקדמת שאליה התכוונו כותבי המאמר הייתה מצלמות ניידות אשר אפשרו לראשונה לעיתונאים ולצלמי עיתונות לצלם אנשים ללא הסכמתם. כמאה ועשרים שנה מאוחר יותר טכנולוגיות מידע נתפסות כאיום מרכזי על פרטיות משום שהן מאפשרות העברה במהירות האור של מידע ברחבי העולם. נגישות האינטרנט, הופעתן של הרשתות החברתיות, תפוצתם של מכשירים סלולריים וריבוי מצלמות המותקנות במרחב הציבורי מביאים לשינויים של ממש במשמעות ובהיקף של הציפייה לפרטיות, ומכאן גם בהיקפה של הזכות לפרטיות. לא בכדי אמרו בהודמנויות שונות מנכ"ל חברת גוגל ואחריו מייסד חברת פייסבוק כי הפרטיות מתה בעידן האינטרנט והרשתות החברתיות.⁴ למעשה, פרטיות היא אחד מן הנושאים החברתיים הבווערים ביותר המקושרים עם טכנולוגיות תקשורת דיגיטליות.

לעקרון ההגנה על הפרטיות, כמצבור של זכויות, היבטים שונים המתקשרים עם טכנולוגיות שונות. ואכן, לא הרי מאגרי מידע בידי השלטון כהרי רשת

S. D. Warren & L. D. Brandeis, "The Right to Privacy", *Harvard Law Review* 4 3
(1890), pp. 193–220

www.guardian.co.uk/technology/2010/jan/11/facebook-privacy 4

האינטרנט, מכשירים סלולריים ומכשירים נישאים אחרים, מאגרים ביומטריים, רשתות חברתיות, כריית מידע ועוד. אתר ויקיליקס פרסם בסוף נובמבר 2011 אוסף חדש של מסמכים שהוא מכנה "קובצי המרגלים",⁵ הכולל מסמכים, מצגות, חוזים וקטלוגים של חברות המעניקות שירותי מעקב, צנזורה, ביון ואבטחה, כגון "סימנס", HP ו"נייס" הישראלית. ברוב המקרים מדובר בשירותים ובמוצרים הנמכרים ישירות לממשלות ולגופי ביון ואינם מוכרים לציבור. "נייס" הישראלית, למשל, משווקת מגוון "פתרונות מודיעין", בכללם פלטפורמה ליירוט ולניתוח כמויות גדולות מאוד של מידע תקשורתי, כגון שיחות טלפון או גלישה ברשת. לפי המסמך, מערכת זו יכולה, בין השאר, לזהות מטרות חשודות על ידי סריקת מיליארדי שיחות קול, טקסטים ומידע נוסף. בעידן של מלחמה בטרור שאחרי המתקפה על מגדלי התאומים נרכשות מערכות כאלה כעניין שבשגרה.

הציפייה הסבירה להגנה על פרטיות נוגעת בראש ובראשונה ליחסי הפרט והשלטון ולאפשרות שהשלטון יעשה שימוש לרעה בטכנולוגיות שיש להן פוטנציאל פגיעה בפרטיות. העובדה שחברות הטלפון מקיימות תרשומת של כל השיחות ושכך עושים גם המפעילים הסלולריים איננה תופעה חדשה. למעשה, רשויות המדינה משתמשות בתרשומת הזאת כאשר הן מבקשות מבתי משפט צווי חיפוש או האזנות סתר. ואולם אין מדובר עוד על מצלמות אבטחה בקניונים או על לוויינים חוצי גבולות. בעשור האחרון גופי ענק מסחריים הופכים להיות כורי מידע. בעוד מדינות מבקשות לעקוב אחר פרטים, חברות מבוססות מידע ונתונים כמו גוגל או פייסבוק קוצרות מידע על אותם פרטים ומאחסנות אותו על שרתיהן, הממוקמים לרוב בארצות הברית. אחת מן הפרקטיקות המעצימות את המתח בין הטכנולוגיה ובין הזכות לפרטיות היא איגום מידע (data ubiquity). טכניקות חדשות וזולות של איסוף, אחסון וניתוח נתונים התרחבו דרמטית בעשור האחרון. אפשר לומר – במונח השאול מן הדירקטיבה להגנת נתונים של האיחוד האירופי – שכולנו למעשה "מושאים של נתונים" (data subjects).

הסוגיה של אפליקציות מבוססות מקום, "בת הדוד" של פרסום מבוסס מידע, יכולה לשמש דוגמה מייצגת. כדי להפעיל אפליקציה מבוססת מקום (מציאת מסעדה, בית קולנוע, תחנת דלק ותחזית מזג אוויר וגם בירור של הזמן

המקומי) על המכשיר לדעת את מקומו של המשתמש. דבר זה נעשה בדרכים שונות, כמו טריאנגולציה ממגדלי סלולר או שימוש בשכב ג'י-פי-אס הנמצא בתוך המכשיר. אלא שלמידע בדבר מקומו המדויק של משתמש בזמן נתון אין ערך גבוה כשלעצמו. שילוב של מידע היפר-פרטי עם מקום מאפשר להפוך אפליקציה מבוססת מקום לבעלת ערך למשתמשים ולשפר את חוויית השימוש. סוגים כאלה של מידע הם למשל התנהגות ומיקום בעבר (מהם החיפושים האחרונים ב-foursquare מן האזור? היכן חנה הרכב לאחרונה? כמה "ציוצים" הגיעו מן האזור?), העדפות בקניות, מצב כרטיס האשראי והתנועות האחרונות בו.

ככל שהפעילות ברשת אישית יותר וככל ששימושי הרשת נעים לכיוון שימושי אינטרנט אישיים ("Me Centered Web"),⁶ כן נוספים צדדים שלישיים המבקשים להרוויח כסף באמצעות שימוש בכלים החינמיים שסופקו לנו כדי לתקשר ולחלוק מידע. חברות כמו Klout ו-PeerIndex מבקשות להוציא מן המערך המסובך של כלל הרשת החברתית מספרים פשוטים שיוצמדו לכל אחד מאתנו, אם נרצה בכך ואם לאו. המצב שבו לכל אדם יש "מספר" – מעין גורם השפעה (impact factor) המבטא את מידת ההשפעה שיש לו – איננו מצב בדיוני. הקושי במצב זה הוא שהמספר יקבע אם נקבל עבודה, שדרוג בחדר המלון, דוגמית של מבצע בסופרמרקט, הלוואה או כל דבר אחר.

גם אם ערכים של "פרטיות החלטתית" – במובן של החירות להחליט בעניינים שבצנעת הפרט, כגון נטייה מינית או הזכות לבצע הפלה, ובמובן של פרטיות מקומית (כלומר, הפעלת השליטה במרחב פרטי פיזי כמו בית או חצר) – נראים מוגנים ומוסכמים יחסית, כאשר מדובר בפרטיות המידע – העניינים נעשים מסובכים יותר.

זאת ועוד: טכנולוגיות של כריית מידע מציבות סימן שאלה על עצם ההבחנה בין פרטי לציבורי. מצד אחד – מיזמים ואפליקציות פרטיים ניוונים ממידע ציבורי ומתוצרים של איסוף מידע על ידי השלטון, ומצד אחר – רשויות ציבוריות משתמשות במידע שנכרה על ידי חברות פרטיות (למשל במעקב אחר

<http://scholarlykitchen.sspnet.org/2010/10/26/rethinking-our-architecture-the-power-of-me-vs-the-arrogance-of-we> 6

תכתובת דואר אלקטרוני של פרטים). יתרה מזו, באופן פרדוקסלי הציבור הרחב נשען על ההנחה שהמדינה היא שתגן עליו מפני ניצול לרעה של המידע הפרטי, כאשר טכנולוגיות נעשות זולות או שנעשה בהן שימוש תכוף על ידי חברות מסחריות. בו בזמן הוא נשען על חברות פרטיות וארגוני "כלבי שמירה" חוץ-שלטוניים כדי שיגנו עליו מפגיעתה של המדינה.

שאלה מטרידה היא עד כמה הגנת הפרטיות מפגרת לעומת מערכות איסוף המידע והטכנולוגיות המשמשות למעקב אחר גולשים לצורך ניתוחן והפקת רווח משני מהן. בניסיון להתמודד עם סופת פגיעה בפרטיות מתוזמרת היטב – לא מצד המדינה אלא מצד חברות מסחריות – נציבי הגנת פרטיות באירופה ובישראל מנסים לאכוף חוקי הגנת מידע שנחקקו ועוצבו בעידן אחר, קודם שגוגל ופייסבוק נולדו. אבל אימוץ טכנולוגיות חדשות מחייב את הרגולטורים והמחוקקים לשחק עמן משחקי חתול ועכבר. החקיקה ברוב מדינות המערב איננה מצוידת בכלים הנדרשים להתמודדות עם ההקשר הבינלאומי של אחסון וקצירה של מידע, והדבר משפיע לרעה על יעילות ההתמודדות האירופית או הישראלית עם חברות שמקום מושבן בארצות הברית.

ככלל, לא מפליא שההיסטוריה של החקיקה הנוגעת לפרטיות נושאת אופי תגובתי. דוגמאות מן העולם יש למכביר: כללים הנוגעים למסירת היסטוריה של אשראי בשנות השבעים, שאילת סרטים במחשבי ספריות וידאו בשנות השמונים, רישומים רפואיים בשנות התשעים ותנאי שימוש המאפשרים לחברות אינטרנט למסור פרטים לחברות לא מקוונות בתחילת שנות האלפיים. נדמה שניתן לאפיין דפוס התנהלות: חוקר, מומחה או האקר מגלה שלשירות או למוצר שיש לו תפוצה רחבה מאוד יש פרצה באבטחה או רכיב המאפשר פגיעה בפרטיות של משתמשים. הקביעה מאושררת בידי מומחי רשת נוספים. נציגי החברה משתמשים באסטרטגיה שיווקית מדורגת שראשיתה בהכחשה גורפת, המשכה בהסבר וסופה בהתנצלות ובהצהרה שהתקלה תתוקן והפגיעה תוסר. לבסוף מגיעה תגובה פוליטית-רגולטורית-משפטית: פנייה שלטונית אל החברות לקבלת הבהרות, שימועים בכתי נבחרים וברשויות רגולטוריות אחרות, חוות דעת והחלטות מדיניות שבחלקן צופות פני עבר, הצעות לתיקוני חקיקה והגשת תביעות ייצוגיות.

כך היה כאשר התברר בתחילת 2011 כי חברת אפל מסוגלת לעקוב אחר התנועות במקום של משתמשי מכשירים סלולריים שהיא משווקת, ואף מבצעת מעקב כזה הלכה למעשה בשיטה לא מוצפנת;⁷ כך היה גם בעניין חברת טום טום (TomTom) לאחר שהתברר כי היא מוכרת למשתרת גרמניה מידע שאספה באמצעות מכשירי הג'יי-פי-אס שהיא מייצרת⁸ לצורך מעקב אחר עברייני תנועה. התגובה הרגולטורית של רשות המסחר האמריקנית (Federal Trade Commission) לשימוש בטכניקות של איסוף וכריית מידע ברשת פורסמה באמצע 2011 בחוות דעת שקבעה אם מדובר בהפרה בוטה של פרטיות המשתמשים. חוות הדעת כללה המלצות לשליטה טובה יותר של המשתמשים במידע הנוגע להתנהגות הדיגיטלית שלהם וחייבה לשלב "עוגיות פרטיות" שתאפשר לגולש להפעיל מכניזם של "אל תעקוב אחריי". המכניזם הזה אמור למסור לחברות שעושות כריית מידע את העדפות הפרטיות של המשתמש.

ואולם הפרשות מתרבות, ודומה שהן נעשות חמורות יותר ויותר. בתחילת דצמבר 2011 גילה חוקר אבטחה אמריקני תוכנת מעקב בשם Carrier IQ המותקנת ב-140 מיליון טלפונים חכמים בעולם. התוכנה עוקבת כמעט אחר כל פעולה, צליל והקלדה, מעתיקה אותם ומעבירה אותם בחזרה אל חברות התקשורת. לא מדובר רק במקומו הפיזי של המכשיר אלא גם בתכנים המועברים באמצעותו. בפעילות הזאת מעורבות כמעט כל היצרניות הגדולות של מכשירים מן הסוג הזה בעולם, כגון סמסונג, נוקיה, מוטורלה ואפל.⁹ לאחר ההכחות מצד המעורבים בדבר התגלתה טקטיקה הסברתית חדשה: האפליקציה משמשת כבקרה על ביצועי המכשיר ולא לצורכי מעקב. קשה להכחיש שתוכנה כזאת מהווה שער גישה ל"תיבת אוצר" של מידע אישי על הרגלי הגולשים ותנועותיהם. מצד שני, כאשר הטכנולוגיה מתקדמת לכיוון שבו המכשיר עצמו הוא "שביל

7 www.guardian.co.uk/technology/2011/apr/20/iphone-tracking-prompts-privacy-fears

8 www.guardian.co.uk/technology/2011/apr/28/tomtom-satnav-data-police-speed-traps

9 ע' כביר וה' עילם, "כל המידע מוקלט ונשמר: שערוריות המעקב של עולם הטכנולוגיה", [ynet](http://ynet.com), כלכליסט, 4.12.11:

www.calcalist.co.il/internet/articles/0,7340,L-3554064,00.html

פירוורי הלחם" עבור מבצעי המעקב, ולא תוכנה כזאת או אחרת, אזי מתברר שלא מדובר בכעיה שניתנת לפתרון בשיטה המוצעת של ¹⁰opting out שהציעה רשות המסחר האמריקנית. אפשר להניח כי ביום שבו יפורסם דוח נוסף, יהיה צורך להתמודד עם היבטים חדשים של העניין.

הלן ניסנבאום טוענת בספרה *פרטיות בהקשר (Privacy in Context)*¹¹ שאנשים אינם חפצים בהגבלה על שצף המידע אלא רק בהבטחה שהמידע זורם כראוי, בדרך שהיא מכנה "יושרה הקשרית" (contextual integrity). לטענתה, הזכות לפרטיות איננה הזכות לשלוט במידע אישי וגם לא הזכות להגביל גישה למידע הזה. הזכות לפרטיות, לדעתה, היא הזכות לחיות בעולם שבו מכבדים את הציפיות שלנו ביחס למידע האישי שלנו ונענים להן. ציפיות אלה מתעצבות לא רק מכוח ההרגל, אלא גם מכוח האמון בתמיכה ובהכרה שעקרונות חברתיים ופוליטיים מעניקים להן. השקפתה של ניסנבאום "מתכתבת" ללא ספק עם מה שבתי משפט, בארצות הברית בעיקר, רואים כ"ציפייה סבירה לפרטיות". ממש כפי שציפייה סבירה כדוקטרינה משפטית בהקשרים אחרים נקבעת, לפחות בחלקה, בהתאם למציאות, כך קשה לטעון כי מעשה כלשהו היה הפרה של ציפייה סבירה אם הפרקטיקה היא פרקטיקה חברתית מקובלת. וכך גם כאשר בנושאי טכנולוגיה ופרטיות עסקינן. השאלה הפתוחה היא, לכן, כפולה: ראשית, באיזו נקודה אפשר לומר שהחברה אימצה טכנולוגיה חדשה ברמה שאיננה מאפשרת עוד לטעון לציפייה סבירה כנגד שימוש באותה טכנולוגיה? שנית, האם נכון ומוצדק – כעניין נורמטיבי – לוותר במקרים מסוימים על הציפייה הסבירה לפרטיות המידע האישי?

פיטר פליישר, לשעבר הממונה בחברת גוגל על פרטיות בינלאומית, כתב כי הדרישה לפרטיות היא "השחור החדש באופנת הצנזורה" וכי הדרישה הזאת מנוגדת לעקרון חופש הביטוי. לטענתו, יש להפנים את העובדה שאין בנמצא פרטיות ושמי שמחפש פרטיות, כנראה יש לו מה להסתיר.¹² קשה להתעלם מכך

10 כלומר, המערכת תקפה אבל מאפשרים להוציא ממנה חריגים.

11 H. Nissenbaum, *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life* (Stanford: Stanford University Press, 2010)

12 <http://peterfleischer.blogspot.com/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html>

שהתמיכה של חברות כמו גוגל בחופש הביטוי בהקשר זה נובעת מן המודל הכלכלי שלהן. מטפורית אפשר לטעון כי הזכות לחופש ביטוי היא השחור החדש באופנת כריית המידע. לפיכך דומה שהשאלה המרכזית היא שאלה של רווח והפסד בנוגע לאיסוף מידע: האם אנו מוכנים לקבל את היתרונות של שירותים מבוססי מקום על חשבון פרטיותנו שלנו? האם אנו מעוניינים להשאיר מרחב שבו פעולותינו אינן נמדדות או שאנו מעדיפים את היתרונות שיש במדידה ובמעקב אחר כל פעולה ובשילוב של סוגי מידע? (למשל, האם ההתעמלות שעשיתי שוות ערך לקלוריות שצרכתי; האם בתי חלטה פעמים רבות מדי החורף; האם אני מוציאה יותר כסף על נעליים לעומת אחרים בעלי משכורת דומה?)

שאלה מטרידה לא פחות היא אם אפשר בכלל לדבר על רווח והפסד במישור הנורמטיבי שעה שבפועל התהליך נראה ככזה שאיננו ניתן לעצירה ואשר במסגרתו אנו מסייעים לקדם בכיוון אחד בלבד את הטכנולוגיה, את הכלים העומדים לרשותנו ואת הציפיות החברתיות. אפשר שההיסטוריה תשפוט – בייחוד אם אלה שנמצאים מתחת לפער החברתי-טכנולוגי (כלומר אלה שגילם פחות מ־40) יפגינו אדישות כלפי סוגיות של פרטיות. בה בעת אפשר שלחץ ציבורי מספיק יצליח להביא לכך שסוגיות של פרטיות במדיה המקוונת ומחוצה לה יהיו נושא לקמפיינים ציבוריים ענקיים. איש אינו אוהב את הרעיון של "אח גדול", ויש להניח כי חברות ענק כמו גוגל, אפל ומייקרוסופט יתפכו למטרה קלה בשל עוצמתן.

ספר זה הוא תוצר של תהליך עבודה שנמשך שנים אחדות. שניים מן המאמרים בו הם פרי מחקר שנערך בתוך המכון הישראלי לדמוקרטיה, ושלושה נוספים התקבלו לאחר שפרסמנו "קול קורא" לספר בנושא פרטיות ועיתונאות. יותר מכול האסופה מבטאת את הפנים הרבות של הזכות לפרטיות ואת תקופת המעבר שזכות זו שרויה בה – מתקשורת מסורתית לתקשורת חדשה; מפרקטיקות אתיות ומשפטיות שתכליתן לפגוע בפרטיות בתוך מסרים של "אחד להמון" (one to many) בטלוויזיה לפרקטיקות של התמודדות עם הפגיעה בפרטיות של האחד בתוך ההמון.

בשל תחושה חזקה שסדנא דארעא חד הוא ואין חדש תחת השמש, חוזרים מחוקקים נבוכים בתחילת המאה העשרים ואחת למושכלות ראשונים של הגנת הפרטיות מתחילת המאה העשרים. מאמרו של ראם שגב עוסק במושכלות אלה

בהקשר של מושג הפרטיות. מתוך תפיסה מורכבת ורב-משמעית של המושג בוחן שגב אם ראוי להגדיר פרטיות כמצב של בידוד, למשל מצב שבו מידע על אדם אינו ידוע לאנשים אחרים, או כרמת השליטה של אדם על המידה שבה הוא מבודד מאנשים אחרים, למשל המידה שבה מידע על אודותיו ידוע לאחרים. שגב מתמודד גם עם השאלה אם יש לרבוך בתפיסה אחידה של פרטיות או בתפיסות שונות התלויות במאפיינים אישיים של אנשים או במסגרת התרבותית שבה אנשים חיים. הוא גם בוחן בחינה ביקורתית את מה שנתפס כהנחת יסוד של בתי המשפט בישראל ובמדינות אחרות שלפיה הפרטיות מסתיימת היכן שמתחיל ה"ויתור" עליה – החל ביציאה למקום ציבורי וכלה במילוי תפקיד ציבורי.

במישור ההגנה המשפטית על הזכות שגב מנסה להתוות מרחב של שיקולים בעד ונגד הגנה משפטית על פרטיות על מנת לאפשר הכרעה בינם ובין אינטרסים או ערכים אחרים (כאשר יש כאלה), ובייחוד הזכות לחופש ביטוי. הוא בוחן שיקולים כגון רווחה ואוטונומיה אישית, חשיבה עצמאית, רצונם של אנשים בקיומו של תחום פרטי ומידע שאינם חשופים לאחרים, נהגים ומוסכמות חברתיים המקובלים בחברה, בריאות נפשית והגנה על רגשות. מנגד הוא רואה שיקולים כגון הסתרת מידע כצביעות ופרטיות כמשקפת ניכור חברתי והיעדר אלטרואיזם; מאבחן את ההבחנה בין תחום "פרטי" לתחום "פומבי" או "ציבורי" כבסיס להסתרה ולדיכוי של נשים; ומסב את תשומת הלב להחצנות החברתיות השליליות של חסרונו של מידע פרטי בתהליכי קבלת החלטות. חיסרון זה עלול לפגוע באיכותן של ההחלטות המתקבלות.

נקודת המוצא של מאמרם של עמית לביא-דינור ויובל קרניאל, העוסק בזכות לפרטיות בתכניות מציאות, היא ששידורי הטלוויזיה ממלאים תפקיד כפול – של שחקן ושל סוכן חברות. תכניות המציאות חודרות לפרטיות של אדם זה או אחר אבל גם מעבירות מסר חברתי ותרבותי חשוב בנוגע ליחס המקובל והראוי בין המרחב הפרטי למרחב הציבורי. בכך הן משקפות ומעצבות את מושגי הפרטיות המשתנים. לביא-דינור וקרניאל מזהים מגמה של שינוי במושג הפרטיות בשידורי הטלוויזיה המתבטאת לא רק בפגיעה בפרט זה או אחר הנחשף בשידורים, אלא גם בפחות עמוק במשמעות ערך הפרטיות ובמשקלו. אובדן הפרטיות בתכניות המציאות הוא לדידם החפצה של האדם המופיע בתכנית, הפשטתו מכל ערך וייחוד ופגיעה בכבודו. יתרה מזו, הם טוענים כי הצפייה

בתכניות מציאות כצפייה ב"אנשים רגילים", ולא כשחקנים, מגבירה את רמת ההזדהות של הצופים, בכחינת "אנשים פרטיים ורגילים הם אנחנו". לכן כאשר מתחוללת חדירה לפרטיותם של המשתתפים, מתרחשת גם פלישה לפרטיותם של הצופים מעבר להסכמה הנורמטיבית המקובלת.

בנימין שמואלי מציף במאמרו היבט אחר של הזכות לפרטיות, המחדר את משמעות ההפרדה בין הפרטי ובין הציבורי, בין האדם ובין המקום. שמואלי עושה זאת באמצעות דיון בשני מקרים שהגיעו לערכאות שעניינם פרסום תצלומו של אדם שצולם ברשות הרבים באמצעי התקשורת. מקרה אחד הוא פרסום תצלומים מכלאו השמור של יגאל עמיר, רוצחו של ראש הממשלה יצחק רבין, בעקבות בקשה לצו מניעה נגד שידור טלוויזיוני של צילומים מתא הכלא שלו מכוח הטענה שתא כלא הוא רשות היחיד, ולחלופין משום שמדובר ברשות הרבים אך התמונות משפילות ופרסומן אינו מתאים לאדם דתי. המקרה האחר הוא אדם חרדי אשר חילק תשמישי קדושה בדוכן ברחוב, צולם כשמאחוריו כרוזה פרובוקטיבית של אישה חשופה, ולאחר שהתמונה פורסמה בעיתון תבע פיצויים בגין הפרת פרטיותו.

שמואלי מתעכב על סעיף 2(6) לחוק הגנת הפרטיות, הרואה בפרסום לשם כוונת רווח הפרת הפרטיות ומייצג מתח אינהרנטי בין הגנת הפרטיות לבין פעילותם של אמצעי התקשורת ההמונית המסחרית. שמואלי מציע להחליף את הסעיף, אשר רוקן מתוכן על ידי בתי המשפט בשני פסקי דין, במבחן של דומיננטיות. בהתאם למבחן זה עצם הצגת תמונה או מיצג אודיו-ויזואלי באמצעי תקשורת מסחרי יוצר חזקה שמדובר בשידור למטרת רווח, שהוא עוולה לפי סעיף 2(6) לחוק. עול הוכחת העניין הציבורי והפרכת החזקה צריכים ליפול, לדידו של שמואלי, על אמצעי התקשורת. כן הוא מציע לאמץ גישה דה-קונסטרוקטיבית כלפי תכנים ולבחון הן את הפגיעה בפרטיות הן את העניין הציבורי בה לא רק לפי מבחן "הכתבה בכללותה" אלא גם לפי חלקים מתוכה. לפיכך סבור שמואלי כי במקרים של דיון בבקשות לצווי מניעה יש לאפשר פרסום תכנים חלקי, כגון השחרת פנים או טשטוש התמונה, שיגנו על הזכות לפרסם וכד בבד ימנעו פגיעת יתר בזכות לפרטיות.

הקובץ נחתם במבט אל התקשורת החדשה. יאיר עמיחי-המבורגר ואורן פרוז טוענים כי התפיסה המשפטית הקיימת של הזכות לפרטיות אינה תואמת את המציאות הדיגיטלית וכי האינטרנט יצר קונפליקט ביחס לרעיון הפרטיות. מחד

גיסא, ראשיתה של הפעילות המקוונת נכרכה במושג האנונימיות. האנונימיות מזוהה עם רעיון הפרטיות הואיל ואי-היכולת לזהות את פרטיו של הגולש מונעת מעקב וחדירה למתחם האישי שלו. מאידך גיסא, יכולתו של הפרט לממש את האוטונומיה שלו במרחב האינטרנטי תלויה, בהקשרים רבים, בויתור על פרטיות. במובן זה העיקרון של כיבוד האוטונומיה של הפרט מחייב דווקא גמישות בתחמת גבולותיה של הזכות לפרטיות. הגנה דווקנית מדי על הזכות לפרטיות יכולה לפגוע ביכולת של הפרט לממש את האוטונומיה שלו.

עמיחי-המבורגר ופרז מצביעים על פער בין הניסיון להגדיר את הזכות לפרטיות והזכות לאנונימיות במושגים אבסולוטיים ובין עולם הצרכים וההעדפות של משתמשי האינטרנט. לדעתם, דפוסי ההתנהגות באינטרנט מצביעים על האפשרות שאנשים אינם תובעים או מצפים שהאינטרנט יעניק להם אנונימיות ופרטיות מוחלטת, ולכן פתרון אבסולוטי שיעדיף פן מסוים של הקונפליקט מתוך תפיסה הייררכית של זכויות וערכים (למשל, האוטונומיה של הפרט או הסדר הציבורי) יפגע בערכים ובאינטרסים אחרים. נוסף על כך הם מצביעים על מוגבלות המשפט במתן מענה לסוגיית הפרטיות בשל טיעונים טכניים כמו האופי הגלובלי של הרשת וחוסר יכולתה של מערכת המשפט להסתגל לשינויים ובגלל טיעונים מהותיים שבמרכזם הנטייה המשפטית להשתמש במתווים דיכוטומיים על מנת להגן על זכויות. נטייה זו, בהקשר הנידון, מתעלמת מהעובדה שהמרחב האינטרנטי יוצר קונפליקט פנימי במונחים של ערך האוטונומיה: בהיבטים מסוימים ויתור כלשהו על הפרטיות (והאנונימיות) בשימוש באינטרנט יכול לאפשר הגשמה מלאה יותר של האוטונומיה של הפרט, ואילו בהיבטים אחרים מימוש האוטונומיה מחייב דווקא שמירה על הפרטיות באמצעות הבטחת האנונימיות של המשתמש. כמו כן, התפיסה החוקתית של הזכות לפרטיות – שמעמידה את המדינה כשחקן מפתח במשחק ההגנה על פרטיות הן כמי שאמון על ביצור רעיון הפרטיות והן כאויב הגדול שלה – מתעלמת מהמשקל הגדול של שחקנים פרטיים ברשת.

עמיחי-המבורגר ופרז אינם מתעלמים מפתרונות טכנולוגיים אפשריים אלא עומדים על הקשיים שיש בהם, כמו הפער בין האינטרס העסקי לאינטרס של הגולשים ושל החברה בכלל וחוסר המודעות של הגולשים, המכונה "כשל קוגניטיבי", לפתרונות אלה.

עמיר פוקס דן בשלושה שימושים שעושים גורמי הטרור באינטרנט: הראשון, שימוש ברשת כאמצעי תקשורת המונים לשם תעמולה והפצת מידע; השני, שימוש אינסטרומנטלי לצורכי תקשורת בין פעילים ובין גופים בארגון, איסוף מודיעין וגיוס פעילים וכספים; והשלישי, שימוש ישיר, כלומר טרור באמצעות הרשת (cyber terrorism). שימושים אלה חופפים במידה רבה לנגיעה שיש היום לרשת בכל תחומי החיים בעולם האזרחי, המסחרי, הממשלי והצבאי, ומקורם בכך שהמבנה של ארגון הטרור המודרני מתאפיין באופי בין-מדינתי ורב-מדינתי, נזיל ולא היררכי (כלומר, מכיל תאים רבים המפוזרים בכמה מדינות), כדי למזער את סיכוני החשיפה. שימושים אלה מציבים אתגר של ממש לשירותי המודיעין, הנדרשים להתמודד חזיתית עם אתרי האינטרנט של ארגוני הטרור, ובעיקר לאסוף מודיעין באמצעות יירוט המסרים הנשלחים באינטרנט ופענוחם.

פוקס מבקש לקרוא לחשיבה מחודשת על נקודת האיזון בין הזכות לפרטיות לבין צורכי הביטחון, ככל שמדובר במניעת מעשי טרור. קונקרטיה הוא קורא לעצב מחדש את כללי האזנת הסתר הקיימים, ובייחוד את הדרישה שכל צו האזנה יהיה ספציפי, לגבי אדם מסוים או לגבי נקודת קצה, כלומר מספר טלפון או דוא"ל מסוימים. לטענתו, האיזון הקיים מבוסס על כך שכדי להאזין יש צורך באדם שיקשיב לשיחות או יקרא התכתבויות ויברור את החומר החשוד. הרציונל העומד מאחורי הכללים הקיימים, המאפשרים האזנה לקווים ספציפיים, הוא לפיכך הגבלת הרשויות מפני האזנות רחבות מדי שעלולות לגרום פגיעה בפרטיות.

מערכות יעילות לסינון תוכן המסוגלות לאתר תוכן חשוד בהתאם למשוואות המגדירות תוכן כזה מציבות אתגר לפני החקיקה הקיימת – גם משום שהחקיקה אוסרת למעשה את הפעלתן וגם משום שהן מחייבות שינוי לעומת הפרדיגמה המסורתית המוכרת מעידן הטלפוניה. באינטרנט, טוען פוקס, ניתן לעצב כלל איזון חדש שאינו מגביל את רשויות האכיפה לפי יחידת הקצה דווקא (כתובת הדואר האלקטרוני), אלא מאפשר לה "עוגנים" אחרים – לפי תוכן או לפי זיהוי המשתמש בדרך אחרת.

למעשה, על מנת למזער ככל האפשר את הפגיעה בזכות לפרטיות על ידי שימוש בסינון על פי תוכן באמצעות "תוכנות רחרחניות" פוקס מציע להתנות את השימוש בחשיפה למספר קטן של אנשים, בהידוק הפיקוח על מניעת זליגה של מידע ובהגבלת השימוש לצורכי ביטחון ולא למטרות מלחמה בפשיעה

"רגילה". הוא מדגיש גם את נחיצותו של דיון ציבורי על תיקון חוק האזנת סתר או חקיקה ייעודית לשימוש בתוכנות רהרחהניות.

היבט נוסף שפוקס מתייחס אליו הוא הצורך ליידע את האוכלוסייה בדבר קיומה של מערכת קוראת תעבורה באינטרנט. אפשר שהמלצה זו היא נקודת משען ראויה לחשיבה צופה פני עתיד. כעניין של הסתכלות אמפירית, לפרט יש פחות ראויה שלטיטה על המידע האישי שלו. אלא שבאופן פרדוקסלי אנו היצרנים המרכזיים של מידע על עצמנו ואנו מוסרים עוד ועוד מידע כל הזמן, בעצם מרצון. מסירת המידע נעשית, יש להניח, בניסיון לייצר הקשרים שיסייעו לנו להתגבר על כמויות המידע המציפות אותנו מכל עבר. יש להודות כי גופים ציבוריים ופרטיים כאחד נסמכים על כך שאיננו מפעילים שלטיטה על המידע שלנו או איננו מודעים לכמות המידע המוחזק עלינו בידי אחרים.

אלא שלא את כל המידע עלינו ברשת אנחנו נותנים במודע, ולכן גם מרצון. אנשים רבים אינם מודעים לכך שכל פעולה שלהם במרחב המקוון מותרה אחריה טביעות אצבע דיגיטליות, "שביל פירוורי לחם" או "שובל דיגיטלי". הם סבורים שמדובר ביחסים אינטימיים שלהם עם ה"מכונה", כלומר עם רשת פרטית וסגורה. לכן גדלה הנכונות לחלוק ללא התנגדות מידע. אפשר לומר שהאי-סימטרייה במודעות היא בעיית המפתח. בעוד חברות ענק וממשלות צוברות כמויות עצומות של מידע, הציבור הרחב, זה שממנו נכרה מידע זה, נמצא במצב שאין מיידעים אותו והוא אינו מבין היכן נמצא המידע הזה ומדוע הוא שם. האי-סימטרייה הזאת היא מקור לחוסר צדק, ולא פחות מזה – לחרדה מוצדקת אצל פרטים.

מדיניות ברורה לקידום רמת השליטה של פרטים במידע אישי שקשור אליהם היא הכרחית, ויש להבטיח כי "מחזיקי המידע" יידעו את "מושאי המידע" לגבי מידע שיש להם עליהם. במצב אידאלי על מדיניות כזאת להתבצע על בסיס בינלאומי מתוך שמירה על ארבעה כללים: (1) הבטחה שהאזרח יוכל לגשת בחופשיות למידע שהוא מושאו; (2) הקטנת מספר ה"חריגים" על בסיס ביטחון לאומי; (3) הרחבת המחויבויות והכללים החלים על גופים המחזיקים במידע פרטי גם כלפי גופים וחברות פרטיות; (4) הפעלת מנגנונים בינלאומיים לביקורת ויישוב סכסוכים.

אפשר שככל שהדברים אמורים בכריית מידע על ידי חברות פרטיות, אמצעי משלים הוא גולציה עצמית המקדמת שקיפות ומעורבות של גולשים בעיצוב פרופיל הפרטיות שלהם. סנוניות ראשונות בהקשר זה הן יוזמת קואליציית

הפרסום הדיגיטלי המציעה "אייקון פרסום" – סמליל שיראה שהאתר אוסף נתונים ויאפשר באמצעות הקלקה לסרב לכריית מידע.¹³

אמצעי חיוני משלים לכל מעורבות רגולטורית הוא קידום אוריינות דיגיטלית בקרב משתמשי הרשת, ולמעשה בקרב כלל אוכלוסיית המאה העשרים ואחת. מדובר בפיתוח מיומנויות נרכשות – טכניות וקוגניטיביות – שיקדמו קשרי גומלין של הפרט עם המרחב הדיגיטלי. אוריינות השתתפות בעידן המידע היא אגד המיומנויות של עצם המודעות ליכולת לדרוש מידע; ההבנה כיצד מידע נאסף, מובנה, מאוחסן ומיוצג על ידי השלטון והתאגידים המסחריים; והיכולת לתבוע שליטה ומעורבות בכל אלה. קונקרטי מדובר ברעיון שגם אם אדם הוא בן בית במרחב הדיגיטלי, אין פירושו הדבר שהכרח הוא שכל היבט בחייו יהיה כספר מקוון (e-book) פתוח לפני הציבור ושכולם תהיה גישה למה שהוא אומר, עושה, מקליד, מסמס, מצלם, מצייץ, מעדכן, קונה, מוכר, שואל, גונב, אוכל, שותה, לובש, היכן הוא ובחברת מי. מדובר בהבנה שכל פעילות במרחב המקוון מותירה שובל דיגיטלי, שניתן לנצל אותו לצרכים חיוביים ושלייליים כאחד; במודעות לאפשרות שלא להסכים לכל חלוגית השואלת אם הגולש רוצה שהמידע יהיה זמין לטובת האפליקציה שהוא מבקש להוריד; בצורך בסיסמאות חזקות להגנת המחשב והטלפון הסלולרי החכמים; בהטמעת הרעיון ששימוש חינם בפלטפורמות שונות אינו הופך את המשתמש ללקוח. במקום זה המשתמש האורייני מבין שהוא המוצר עצמו. אפשר שהצורך הרוחק ביותר הוא לוודא שנבחרי הציבור אינם בורים דיגיטליים (digital ignorants) הדיגיטלית שלהם מספיקה ברמה המאפשרת להם לעמוד בראש החץ של ההתמודדות עם אתגרי הפרטיות שהחברה המערבית נקראת להתמודד עמם.

תודה לפרופ' מרדכי קרמניצר שליווה את הקובץ מראשיתו, לכותבי המאמרים שתרמו מזמנם ומכישורונם, לעורכי הטקסט המסורים ולאנשי מחלקת ההוצאה לאור של המכון הישראלי לדמוקרטיה.

ירושלים, יולי 2012

פרטיות – משמעותה וחשיבותה

ראם שגב

מבוא

1. מורכבות מושג הפרטיות

לעתים קרובות נטען שלאדם יש "זכות (מוסרית או משפטית) לפרטיות"¹. טענה זו כרוכה בשני קשיים הקשורים זה בזה. ראשית, היא רב-משמעית ולכן אינה ברורה; ושנית, גם כאשר משמעותה ברורה, אין היא מובנת מאליה מבחינה נורמטיבית.

1 ראו למשל S. D. Warren & L. D. Brandeis, "The Right to Privacy", *Harvard Law Review* 4 (1890), pp. 193–220 [ed.], *Privacy* [Aldershot: Wacks (מופיע גם בתוך: *Review* 4 (1890), pp. 193–220 Dartmouth, 1993], vol. 2, pp. 3–30); C. Fried, "Privacy", *Yale Law Journal* 77 (1968), pp. 475–493 (מופיע גם בתוך: Wacks, שם, כרך 1, עמ' 57–75), עמ' 477–484; C. Fried, *An Anatomy of Values: Problems of Personal and Social Choice* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1970), ch. 9; H. J. McCloskey, "The Political Ideal of Privacy", *Philosophical Quarterly* 21 (1971), pp. 303–314 (מופיע גם בתוך: Wacks, שם, כרך 1, עמ' 307–318), עמ' 303; J. J. Thomson, "The Right to Privacy", *Philosophy & Public Affairs* 4 (1975), pp. 295–314 (מופיע גם בתוך: Wacks, שם, כרך 1, עמ' 3–22), עמ' 296–297; E. Van Den Haag, "On Privacy", in: J. R. Pennock & J. W. Chapman (eds.), *Nomos XIII: Privacy* (New York: Atherton, 1971), p. 149; W. A. Parent, "Privacy, Morality, and the Law", *Philosophy & Public Affairs* 12 (1983), pp. 269–288 (מופיע גם בתוך: E. Barendt [ed.], *Privacy* [Aldershot: Ashgate & Dartmouth, 2001], pp. 105–124), p. 278; W. A. Parent, "A New Definition of Privacy for the Law", *Law & Philosophy* 2 (1983), pp. 305–338 (מופיע גם בתוך: Wacks, שם, כרך 1, עמ' 23–56), עמ' 309; A. D. Moore, "Intangible Property: Privacy, Power, and Information Control", *American Philosophical Quarterly* 35 (1998), p. 373

במישור המושגי יש חוסר בהירות בנוגע למשמעות המונח "פרטיות" והמונח הקשור בו "זכות לפרטיות": מושג הפרטיות הוא רב-משמעי ולכן לא ברור, אך למרות זאת נעשה בו לעתים קרובות שימוש ללא הסבר ברור של המובן אליו מתייחס הכותב.²

2 J. לחוסר הבהירות של מושג הפרטיות בהקשר המוסרי והמשפטי ראו למשל DeCew, "Privacy", *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2002): <http://plato.stanford.edu/entries/privacy/> ("The term 'privacy' is used frequently in ordinary language as well as in philosophical, political and legal discussions, yet there is no single definition or analysis of the term [...] historical use of the term is not uniform, and there remains confusion over the meaning, value and scope of the concept of privacy"); J. R. Silber, "Masks and Fig Leaves", בתוך: Pennock & Chapman: **לעיל הערה 1**, עמ' 722 ("Most of the work on privacy [...] suffer [...] from the lack of any understanding of the essential characteristics of privacy"); R. B. Parker, "A Definition of Privacy", *Rutgers Law Review* 27 (1974), pp. 275–296 (מופיע גם בתוך: Barendt: **לעיל הערה 1**, עמ' 83–104), עמ' 276–275 ("There is no consensus in the legal and philosophical literature on a definition) of privacy [...] given such a diversity of definitions [...] to say that what the fourth amendment protects are constitutionally justifiable expectations of privacy is to be unclear about the purpose of the fourth amendment"); L. Henkin, "Privacy and Autonomy", *Columbia Law Review* 74 (1974), p. 1419; R. A. Posner, "The Right to Privacy", *Georgia Law Review* 12 (1978), pp. 393–422 (מופיע גם בתוך: Wacks: **לעיל הערה 1**, כרך 1, עמ' 423–452), עמ' 393 ("The concept of 'privacy' is elusive and ill defined. Much ink has been spilled in trying to clarify its meaning"); R. Gavison, "Feminism and the Public/Private Distinction", *Stanford Law Review* 45 (1992), pp. 1–45 (בתוך: Barendt: **לעיל הערה 1**, עמ' 217–261), עמ' 2 ("The terms 'private' and 'public' assume a variety of meanings, with differing normative implications, 'The terms 'private' and 'public' occur) 4 עמ' (within the relevant literature" in various senses, which are distinct though interrelated, and because these terms typically have both descriptive and normative meanings which, if not carefully distinguished, can lead to confusion or equivocation"); Parent, "A New Definition of Privacy for the Law" (American) 305 **לעיל הערה 1**, עמ' 305 ("Privacy jurisprudence is a constitutional shambles. Our courts are yet to defend a credible conception of privacy. Instead they continue to work with spurious and sometimes even irreconcilable definition"); J. L. Johnson, "A Theory of the

במישור הנורמטיבי יש ספק, ובעקבותיו יש מחלוקת על ערכה של הפרטיות, כלומר על תוקפם, אופיים ומשקלם של (טיעונים בדבר) שיקולים בעד ונגד פרטיות ועל הדרך שבה ראוי להכריע ביניהם כאשר הם מתנגשים.³ ישנה הסכמה רחבה שפרטיות היא לעתים בעלת ערך אינסטרומנטלי – חיובי או שלילי – כאמצעי להשגת מטרה אחרת – ראויה או פסולה – בעיקר רווחה אישית, כלומר אמצעי לקידום רווחה של אדם או לפגיעה ברווחה של אדם, בהתאמה. לדוגמה, ברור שאפשר לעשות שימוש במידע אישי על אודות אדם בדרכים שונות, באופן חיובי – כדי לקדם רווחה אישית, או באופן שלילי – כדי לפגוע ברווחה אישית. לעומת זאת קשה יותר להעריך את היקפם של שיקולים אינסטרומנטליים כאלה, כלומר לקבוע עד כמה הם כלליים. כמו כן קשה להחליט אם יש שיקולים בעלי חשיבות עצמאית, ולכן לרוב בעלי היקף כללי, בעד ונגד פרטיות, כלומר אם יש משהו טוב או רע בעצם השמירה על פרטיות או הפגיעה בפרטיות. כמובן, תשובה על שתי השאלות האחרות דרושה בין השאר כדי להחליט אם יש, או אם ראוי לאמץ, "זכות לפרטיות" במובן מסוים.

בניגוד לאינטרסים בסיסיים שיש הסכמה על ערכם, בשל היותם רכיבים מכוננים של רווחה אישית או אמצעים לקידום רווחה אישית, כגון חיים⁴ או

Nature and Value of Privacy", *Public Affairs Quarterly* 6 (1992), p. 271 ("It is not immediately clear why privacy is so valuable, at least when compared to political ideals like liberty, equality and justice. Equally responsible for the lack of consensus about the value of privacy is the fact that scholars are far from agreement as to the nature of privacy"); E. Barendt, "Introduction" *Barendt*, לעיל הערה 1, עמ' xii-xi.

3 ראו למשל G. Negley, "Philosophical Views on the Value of Privacy", *Law & Contemporary Problems* 31 (1966), pp. 319-325 (מופיע גם בתוך: Barendt, לעיל הערה 1, עמ' 9-3), עמ' 319 ("What has not been discussed, or at least made clear, is why privacy is commonly considered a right or a value to be protected by the law. There is no historical consensus, in philosophy, politics, or law, that it is (such a right)".

4 ההנחה המקובלת שמוות הוא הפגיעה המובהקת ביותר והקשה ביותר באדם אינה מובנת מאליה, שכן קשה להסביר מדוע מוות הוא רע לנפגע הישיר שלו. עם זאת קושי זה אינו מוליך לערעור של ממש על ההנחה האמורה, בניגוד למצב לגבי פרטיות. התשובה המקובלת לגבי הרע הכרוך במוות מתמקדת באבדן האפשרויות הגלומות

שלמות גוף ורכוש, ערכה של פרטיות ואופי והיקף ההגנה שראוי להעניק לה הם הרבה פחות ברורים. מצד אחד, רבים מאמינים שיש ערך רב לפרטיות, והיא נכללת למשל, כמעט תמיד, ברשימות המפרטות טעמים מוצדקים להגבלה של אינטרסים נוגדים, כגון חופש הביטוי. מצד אחר, יש הטוענים שאין לפרטיות ערך עצמאי ולכן אין שיקול עצמאי בזכות הגנה עליה, או שבחשכון כולל אין מקום להגן עליה שכן ערכה השלילי – העצמאי והאינסטרומנטלי – עולה על ערכה החיובי.

ייחוד נוסף של פרטיות, בהשוואה לאינטרסים אחרים, הוא שאף במבט ראשון נראה ברור שהאידיאל הרלוונטי אינו של פרטיות מוחלטת – ולכן הביטוי "פרטיות מושלמת" נשמע מוזר כרעיון נורמטיבי, בניגוד למשל לבריאות מושלמת. כמובן, אין זאת אומרת שאין ערך לפרטיות (חלקית). אולם מאפיין זה מחדר את השאלה על ערכה של הפרטיות ומצביע על ייחודה בהשוואה לאינטרסים אחרים.

מורכבותו של מושג הפרטיות עולה גם מהשוואה של התפתחות העיסוק הפילוסופי והמשפטי בפרטיות לעומת אינטרסים בסיסיים, כגון חיים, שלמות הגוף והקניין הפרטי. נטען כי הדיון הפילוסופי בפרטיות הוא נרחב פחות והתפתח מאוחר יותר יחסית לאינטרסים האמורים.⁵ כמו כן, בעוד שנראה כי האינטרסים האמורים זוכים להגנה משפטית אוניברסלית (אם כי לעתים שונה בהיקפה בשוליה), המעמד המשפטי של פרטיות הוא מוצק פחות וחדש יחסית.⁶ נטען כי בתחילת המאה העשרים לא הייתה שיטת משפט שכללה

T. Nagel, "Death", in: T. Nagel, *Mortal* למשל (Cambridge: Cambridge University Press, 1979), pp. 1–10; F. M. Kamm, *Mortality, Mortality*, vol. 1: *Death and Whom to Save from It* (New York & Oxford: Oxford University Press, 1993), pp. 13–71; D. DeGrazia, "Identity, Killing, and the Boundaries of Our Existence", *Philosophy & Public Affairs* 31 (2003), pp. 426–435; B. Bradley, *Well-Being and Death* (Oxford: Oxford University Press, 2009), ch. 2

5 ראו McCloskey, לעיל הערה 1, עמ' 304–305.

6 אם כי נהוג להזכיר בהקשר זה את התקנה מהמאה האחת עשרה, המיוחסת לרבנו גרשום, המטילה חרם על אדם שפתח מכתב של אחר ללא רשותו של האחרון. ראו נ' רקובר, ההגנה על צנעת הפרט (ירושלים: מורשת המשפט בישראל, 2005), פרק 3.

הגנה משפטית כוללת על פרטיות, אם כי הייתה לרוב הגנה חלקית על היבטים שונים של פרטיות באמצעות דינים אחרים (בעיקר כאלה העוסקים בנושאים כגון סמכויות חיפוש, קניין פרטי, הסגת גבול, קניין רוחני, הסדרים חוזיים, הסדרי נאמנות ולשון הרע).⁷ קריאה ידועה לגיבוש עיקרון משפטי כללי השולל פגיעה בפרטיות הועלתה בשלהי המאה התשע עשרה בארצות הברית, בנימוק שהדבר נעשה הכרחי עקב שינויים חברתיים, פוליטיים, כלכליים וטכנולוגיים: מצד אחד, צורך חזק יותר בפרטיות ובפרט בהגנה על פרטיות בשל "אינטנסיביות ומורכבות החיים", שיצרו צורך ב"מפלט פרטי", ומצד אחר, סכנה חמורה יותר של פגיעה בפרטיות בשל התפתחויות טכנולוגיות, כמו מכשירי צילום או האזנה מרחוק, שהפכו את המעקב אחר אנשים לקל יותר, ונטיית העיתונות להתמקד ב"רכילות".⁸ חוקות כוללות לעתים הגנה מפורשת על פרטיות, לרבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בישראל.⁹ אולם כמה חוקות בולטות אינן כוללות הגנה מפורשת וכללית על פרטיות, אם כי לעתים פסקו בתי המשפט במדינות אלו שיש מעמד חוקתי כללי לפרטיות, בין

7 טענה שבתחילת המאה העשרים לא הייתה אף שיטת משפט אחת שכללה הגנה משפטית כוללת על פרטיות ראו R. Pound, "Interests of Personality", *Harvard Law Review* 28 (1915), p. 363

8 ראו Warren & Brandeis, *לעיל הערה 1*, עמ' 196 (The press is overstepping) in every direction the obvious bounds of propriety and of decency. Gossip is no longer the resource of the idle and of the vicious, but has become a trade, which is pursued with industry as well as effrontery. To satisfy a prurient taste the details of sexual relations are spread broadcast in the columns of the daily papers. To occupy the indolent, column upon column is filled with idle gossip, which can only be procured by intrusion upon the domestic circle. The intensity and complexity of life, attendant upon advancing civilization, have rendered necessary some retreat from the world, and man, under the refining influence of culture, has become more sensitive to publicity, so that solitude and privacy have become more essential to the individual; but modern enterprise and invention have, through invasions upon his privacy, subjected him to mental (pain and distress, far greater than could be inflicted by mere bodily injury)

9 חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 7 (א) ("כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו").

השאר בהסתמך על הוראות חוקתיות כלליות או כאלה המגנות על היבטים ספציפיים של אינטרס זה.¹⁰ דוגמאות בולטות הן ארצות הברית וגרמניה. החוקה הפדרלית של ארצות הברית אינה כוללת הגנה כללית מפורשת על פרטיות אלא רק על היבטים מסוימים שלה, כגון האיסור על חיפוש לא סביר או ללא צו.¹¹ עם זאת בתי המשפט פסקו שיש זכות חוקתית לפרטיות, הן במישור הפדרלי והן במישור המדינתי.¹² בדומה, חוק היסוד בגרמניה אינו כולל הגנה כללית מפורשת על פרטיות, אך הוא כולל כמה הוראות שפורשו כמעניקות הגנה על פרטיות: הוראה כללית בדבר קיומה של "זכות לפיתוח חופשי של האישיות" ("right to the free development of his personality"),¹³ שפורשה ככוללת (בין היתר) זכות לתחום פרטי,¹⁴ הוראה המגנה על הפרטיות

- 10 N. Dorsen, M. Rosenfeld, A. Sajó, & S. Baer, *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials* (St. Paul, MN: West, 2003), pp. 495–496
- 11 United States Constitution, Amendment IV (1791) ("The right of the people ראו to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized")
- 12 W. L. Prosser, ראו "Privacy", *California Law Review* 48 (1960), pp. 383–423 (מופיע גם בתוך: Wacks, לעיל הערה 1, כרך 2, עמ' 87–47).
- 13 Basic Law of the Federal Republic of Germany (1949), Art. 2 ("(1) Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law. (2) Every person shall have the right to life and physical integrity. Freedom of the person shall be inviolable. These rights may be interfered with only pursuant to a law")
- 14 D. P. Kommers, ראו *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (Durham & London: Duke University Press, 1997, 2nd edition), pp. 299–300 (*Microcensus Case* [1969]), 327–329 (*Divorce Records Case* [1970]), 500–503 (*Sex Education Case* [1977]), pp. 416–417 (*Lebah Case* [1973])

של דברי דואר וטלקומוניקציה¹⁵ והוראה המגנה על הפרטיות של מקום המגורים.¹⁶

2. שאלות על מושג הפרטיות

מטרתו העיקרית של המאמר היא להתמודד עם שתי השאלות העולות בדבר מושג הפרטיות: השאלה המושגית והשאלה הנורמטיבית. המשימה הראשונה היא להבהיר את משמעות המושג "פרטיות". מכיוון שמושג זה הוא כאמור רב-משמעי, הדרך לעשות זאת היא להצביע על מובנים מרכזיים של "פרטיות". המשימה השנייה היא לבחון את הערך של פרטיות, כלומר איזה מובן של מושג הפרטיות, אם בכלל, משקף חשיבות מוסרית עצמאית או אינסטרומנטלית. לשם כך יש לבחון את תקפותם והיקפם של (טיעונים בדבר) שיקולים בעד הגנה על פרטיות, לרבות באמצעות המשפט. מטרה נורמטיבית נוספת היא לבחון שיקולים בולטים נגד פרטיות, ובפרט בעד הגבלה של פרטיות, לרבות באמצעות המשפט. היקף השמירה או ההגנה על פרטיות (היקף ההגנה על "זכות לפרטיות" במובן מסוים) צריך להיגזר משקלול השיקולים בעד ונגד פרטיות.

השאלות העולות בדבר מושג הפרטיות בשני המישורים האמורים – המושגי והנורמטיבי – קשורות זו לזו. הניתוח המושגי חשוב במיוחד כשהוא מיועד להשיג מטרה נורמטיבית: זיהוי מובן של פרטיות שיש לו חשיבות מוסרית,

Basic Law of the Federal Republic of Germany, Art. 10 ("(1) The privacy of 15
correspondence, posts and telecommunications shall be inviolable. (2) Restrictions
may be ordered only pursuant to a law. If the restriction serves to protect the
free democratic basic order or the existence or security of the Federation or of a
Land, the law may provide that the person affected shall not be informed of the
restriction and that recourse to the courts shall be replaced by a review of the case
by agencies and auxiliary agencies appointed by the legislature")

Basic Law of the Federal Republic of Germany, Art. 13 ("(1) The home is 16
inviolable. (2) Searches may be authorized only by a judge or, when time is of
the essence, by other authorities designated by the laws, and may be carried out
only in the manner therein prescribed")

ובפרט השלכה מוסרית על התנהגות של אדם.¹⁷ לפיכך השיקולים בעד (הגנה על) פרטיות צריכים להיות הבסיס למסקנה בדבר תוכנו והיקפו של מושג הפרטיות. המשימה הנורמטיבית חשובה במיוחד בעניין מושג הפרטיות לאור אי-בהירותו והמחלוקת בנוגע למשמעותו. בשל כך, הגדרות רבות של מושג הפרטיות כוללות רכיב נורמטיבי. ניתוח המיועד להגדיר את "הזכות לפרטיות" הוא דוגמה בולטת, שכן "זכות" היא כמובן מושג בעל משמעות נורמטיבית (אם כי, כאמור, לא תמיד ברורה).

עם זאת בצד הקשר בין השאלה המושגית על משמעותה של פרטיות ובין השאלה הנורמטיבית על ערכה של פרטיות יש לזכור שאלה הן שאלות שונות. זו נקודה חשובה, מפני שלעיתים קרובות כורכים את שתי השאלות הללו יחדיו, למשל כאשר סוקרים "הגדרות" שונות של פרטיות שחלקן עוסקות בשאלה המושגית וחלקן בשאלה הנורמטיבית, לדוגמה כאשר כורכים "הגדרה" שלפיה פרטיות פירושה הסתרת מידע או שליטה על מידע, עם "הגדרה" שלפיה פרטיות נחוצה לשמירה על "כבוד" האדם או לפיתוח יחסים בין-אישיים.¹⁸ תפיסה מהסוג הראשון היא מושגית, גם אם היא מבוססת על שיקולים נורמטיביים, בעוד שתפיסה מהסוג השני היא נורמטיבית בעיקרה, גם אם היא מבוססת על הנחה (לא מפורשת ולכן לרוב לא ברורה) באשר למשמעות (לפחות של גרעין) המושג, וגם אם אפשר לגזור ממנה מסקנה באשר להגדרה קוהרנטית (ובעלת חשיבות נורמטיבית) של המושג "פרטיות".

17 להבחנה בין הגדרה תיאורית, ניטרלית מבחינה ערכית, ובין הגדרה נורמטיבית של מושג הפרטיות ראו R. Gavison, "Privacy and the Limits of Law", *Yale Law Journal* 89 (1980), pp. 421–471 (מופיע גם בתוך: Wacks, **לעיל** הערה 1, כרך 1, עמ' 129–179), עמ' 424–425; Gavison, **לעיל** הערה 2, עמ' 7–9.

18 ראו למשל DeCew, **לעיל** הערה 2 ("Some defend privacy as focusing on control over information about oneself [...] while others defend it as a broader concept required for human dignity [...] or crucial for intimacy [...] Other commentators defend privacy as necessary for the development of varied and meaningful interpersonal relationships [...] or as the value that accords us the ability to control the access others have to us [...] or as a set of norms necessary not only to control access but also to enhance personal expression and choice [...] or (some combination of these)").

השאלות שמעלה מושג הפרטיות הן שאלות כלליות, שהתשובה עליהן נגזרת משיקולים כלליים שאינם ייחודיים למושג הפרטיות, וכן שאלות שהן ייחודיות למושג זה. דוגמה לשאלה כללית היא אם פרטיות של אדם יכולה להיפגע בלי שהוא מודע לכך כלל (ברור שאפשר לפגוע בפרטיותו של אדם בלי שהוא יהיה מודע לכך באותו רגע). התשובה על שאלה זו תלויה, כך נראה, בשאלה הכללית השנויה במחלוקת אם אינטרס של אדם יכול להיפגע בלי שהוא יהיה מודע לכך, והיא אינה ייחודית לאינטרס בפרטיות, ובשאלה הספציפית אם יש לפרטיות מאפיינים ייחודיים מבחינה זו.¹⁹ במאמר זה לא אדון בשאלות כלליות כאלה, אלא אתמקד בשאלות שיש להן ייחוד מבחינת מושג הפרטיות. השאלה המושגית הבסיסית היא מהם הרכיבים של מושג הפרטיות? למשל, האם יש להגדיר את מושג הפרטיות או את התחום הפרטי במישור התוכני – בנוגע לסוג מסוים (או סוגים מסוימים) של מידע או נושא (נושאים) שאינם ידועים לאדם אחר (כל אדם, אנשים מסוימים, או רוב האנשים חוץ מאנשים מסוימים); או שיש להגדיר את התחום הפרטי במישור המרחבי – בהתייחסות אל סוג מסוים (או כמה סוגים) של מקומות, למשל בית מגורים; או כשילוב של ההיבטים האמורים?

שאלה נוספת היא אם תוכנו של מושג הפרטיות זהה עבור כל אדם ובכל הקשר חברתי, או שיש חשיבות למאפיינים אישיים של אדם ולמאפיינים של מסגרות חברתיות בקביעת תוכנו של מושג הפרטיות, למשל באמצעות הגדרה של פרטיות המתחשבת באופי ובמידה שאדם מסוים רוצה בפרטיות או בקיומה של קונבנציה. האפשרות האחרונה יכולה להיות מבוססת על ההנחה שהחשיבות של קביעת תחום פרטי כלשהו חורגת מהחשיבות של זיהוי תחום ספציפי כפרטי. לפיכך תוכנו של התחום הפרטי יכול להיות, לפחות בחלקו, תלוי קונבנציה.²⁰

19 ייתכן כמובן שאין מבחינה זו מכנה משותף משמעותי ברמה הכללית, או שיש מכנה משותף כזה אבל יש הבדלים משמעותיים בין אינטרסים. למשל, אפשר שאינטרס רכושי יכול להיפגע בלי שבעל האינטרס מודע לכך אבל לא אינטרס אחר, למשל חירות התנועה. אולם להערכתו, המכנה המשותף הכללי הוא משמעותי. נראה לי שהתשובה על השאלה אם יש פגיעה ללא מודעות היא זהה בין שמדובר באינטרס רכושי ובין שמדובר (למשל) בחופש התנועה.

20 לאפשרות זו ראו למשל T. Scanlon, "Thomson on Privacy", *Philosophy & Public Affairs* 4 (1975), pp. 316–319; T. Nagel, "Concealment and Exposure",

השאלה הנורמטיבית היסודית ביותר היא כמובן אם יש ערך לפרטיות ולהגנה על פרטיות, ואם כן – מדוע. שאלה קשורה, העולה בהנחה שיש ערך לפרטיות, היא אם פרטיות היא בעלת ערך עצמאי (טבוע) או שהיא בעלת ערך אינסטרומנטלי, הנגזר מתרומתה לערך (עצמאי) יסודי יותר ולכן תלוי בו. כפי שנראה, רוב הטוענים בזכות הפרטיות מייחסים לה ערך אינסטרומנטלי, הנגזר למשל מרווחה (או מהיבט של רווחה) אישית, אך לעתים גם נטען שפרטיות היא בעלת ערך עצמאי.

שאלה אחרת היא אם יש מכנה משותף לכל ההיבטים של פרטיות או שמושג זה משקף כמה היבטים עצמאיים שאין להם מכנה משותף. במסגרת שאלה זו יש להבחין בין מכנה משותף מושגי – במובן של משמעות אחת לכמה היבטים של פרטיות – ובין מכנה משותף נורמטיבי – במובן של הצדקה אחת לכמה היבטים של פרטיות, אף שכמובן עשוי להיות קשר בין שני הנושאים.²¹

ולבסוף, שאלה אחרונה היא מהי המשמעות הנורמטיבית של ויתור של אדם על פרטיותו או של היתר של אדם לפגיעה בפרטיותו (בהקשר מסוים). ההנחה המקובלת היא שאדם רשאי לוותר על פרטיותו או להתיר פגיעה בה, אך יש להבחין בין טעמים שונים שיכולים לעמוד בבסיס ההחלטה לוותר על פרטיות או להתיר את הפגיעה בה. שאלה זו נברלת מהשאלה אם תוכנו של מושג הפרטיות הוא זהה עבור כל אדם, ובפרט אם הוא תלוי ברצון האדם: אפשר לראות את מושג הפרטיות כבעל תוכן זהה עבור כל אדם, תוך הכרה במשמעות הנורמטיבית של ויתור על פרטיות או של היתר לפגיעה בפרטיות, כשם שאפשר לראות את מושג הפרטיות כתלוי מבחינת תוכנו במאפיינים האישיים של אדם

Philosophy & Public Affairs 27 (1998), pp. 17–18; A. D. Moore, “Privacy: Its Meaning and Value”, *American Philosophical Quarterly* 40 (2003), pp. 222–223; W. L. Weinstein, “The Private and the Free: עמ’ 280”, Johnson, “A Conceptual Inquiry”, בתוך: Pennock & Chapman, לעיל הערה 1, עמ’ 27–55, (מופיע גם בתוך: Wacks, לעיל הערה 1, כרך 1, עמ’ 319–347), עמ’ 28–29; Parker, לעיל הערה 2, עמ’ 281.

21 שאלה זו נברלת מהשאלה אם פרטיות היא בעלת ערך עצמאי או נגזר, ותשובה מסוימת לשאלה אחת אינה גוררת בהכרח תשובה מסוימת לשאלה האחרת: ייתכן שלפרטיות יש ערך עצמאי, המורכב מהיבטים שונים שאין להם מכנה משותף, מושגי או נורמטיבי, כשם שיתכן שלפרטיות יש ערך נגזר, ויש מכנה משותף – מושגי או נורמטיבי או שניהם – בין היבטים שונים שלה.

מסוים, לרבות ברצונו של אותו אדם, בלי לייחס משמעות נורמטיבית לויתור על פרטיות או להיתר לפגיעה בפרטיות.

3. פרטיות כמושג פילוסופי ומשפטי

הניתוח המושגי ובעיקר הנורמטיבי של מושג הפרטיות הוא הבסיס למסקנה על אודותיו, הן במישור המוסרי הן במישור המשפטי. ההבדל העיקרי הוא שאין בהכרח מקום לעיגון משפטי של כל מסקנה מוסרית, בפרט ביחס למושג הפרטיות, שכן עלות התרומה של העיגון המשפטי עשויה לעלות על מחירה. לאור נקודת מוצא זו, יש מקום לבחון כמה טענות מקדמיות בדבר הקשר שבין פילוסופיה ומשפט – בכל בנוגע למושג הפרטיות – שמשמעת מהן הנחה שונה.

לפי טענה אחת, "המושג הפילוסופי" של פרטיות שונה מן "המושג המשפטי" של פרטיות משתי בחינות: מבחינה אחת המושג המשפטי רחב יותר בכך שהוא כולל הגנה על אינטרסים אחרים; מבחינה אחרת הוא צר יותר בכך שאינו חל על פגיעה מקרית או לא מכוונת בפרטיות.²² הבחנה זו בין המישור הפילוסופי ובין המישור המשפטי אינה מדויקת. תפיסה ראויה של מושג הפרטיות – לרבות בהקשר המשפטי – צריכה לשקף ערך, ובפרט אינטרס ייחודי, עם מכנה משותף משמעותי בין היבטים שונים שלו. הטענה האמורה שלפיה ה"מושג הפילוסופי" של פרטיות שונה מ"המושג המשפטי" שלה, מבוססת על השוואה בין תפיסה "פילוסופית" של פרטיות – מנקודת המבט של הכותב מן הסתם – ובין תפיסת הפרטיות בשיטת משפט מסוימת (במקום מסוים ובזמן מסוים), ובפרט המשפט בארצות הברית במאה העשרים. ההבדל הראשון האמור, עשוי אפוא לנבוע מתפיסה לא מוצלחת של פרטיות במשפט האמריקני. ואכן ייתכן שיש בסיס לחשש שמושג הפרטיות המקובל במשפט בארצות הברית הוא רחב יתר על המידה.²³ אם כך, אזי מדובר הן בהרחבת יתר מ"בחינה פילוסופית" והן בהרחבת יתר מ"בחינה משפטית". ההבדל השני האמור, עשוי לנבוע מהכרעה מוצדקת להגביל את היקפה של ההגנה המשפטית על פרטיות רק לפגיעות מסוימות, מעבר לרף חומרה מסוים. אולם הבדל זה אינו משקף תפיסה משפטית שונה של פרטיות אלא רק הכרעה נורמטיבית (פילוסופית) שלפיה אין בהכרח מקום

22 ראו McCloskey, לעיל הערה 1, עמ' 310.

23 ראו להלן פרק שני.

להטיל סנקציה מוסרית (ובפרט משפטית) בגין פעולה שחומריתה – מבחינת הפגיעה בפרטיות – היא מתחת לרף מסוים.

לפי טענה אחרת, תפיסה משפטית של מושג הפרטיות אינה יכולה לתרום לניתוח פילוסופי של מושג זה, שכן היא עוסקת בזיהוי פגיעה פסולה בפרטיות, ולכן אינה מבחינה בין עצם הפגיעה ובין השאלה אם היא פסולה.²⁴ גם טענה זו אינה מדויקת. יש להבחין בין הבסיס למסקנה בשאלה כגון מה ראוי לראות כפגיעה בפרטיות ומתי פגיעה בפרטיות היא פסולה, ובין דרך הביטוי של מסקנה כזאת. הן כלל מוסרי הן כלל משפטי אינם כוללים לעתים קרובות פירוט של הבסיס למסקנה שהם משקפים. למשל, כלל מוסרי או משפטי המתיר פעולה מסוימת לא תמיד מבהיר במפורש אם הוא מבוסס על המסקנה שפעולה זו אינה פוגעת בפרטיות, או על המסקנה שפעולה זו פוגעת בפרטיות אך באופן מוצדק (אם כי לעתים קרובות אפשר להסיק זאת, בייחוד במישור המשפטי שבו יש חשיבות רבה יותר לאופן הבעת המסקנה, מצורת הניסוח של הכלל ומהמבנה של מערך הכללים בתחום המסוים). אולם כמובן, כדי להחליט מה צריך להיות התוכן של כלל מוסרי ומשפטי יש צורך בהנמקה.

4. סדר הדיון

הפרק הבא יוקדש לניתוח שתי נקודות מקדמיות: ראשית, ההבחנה בין פעולה שלא חלים עליה שיקולים הנוגעים לפרטיות, ולכן היא אינה כרוכה בפגיעה בפרטיות, ובין פעולה שחלים עליה שיקולים בעד ונגד פרטיות; ושנית, האפשרות של ויתור על פרטיות. לאחר מכן אדון, בפרק השני, במשמעות מושג הפרטיות, תוך בחינת תפיסות בולטות בעניין זה. הניתוח המושגי של פרטיות מחייב כאמור השלמה, לאור הניתוח הנורמטיבי, של השיקולים בעד ונגד פרטיות. לא אסקור את כל השיקולים האפשריים, אלא אצביע על היבטים מרכזיים של כמה שיקולים בולטים. אפתח, בפרק השלישי, בשאלה אילו שיקולים תומכים בפרטיות כמובן מסוים ובהיקף מסוים, ולאחר מכן אדון, בפרק הרביעי, בשאלה אילו שיקולים מנוגדים לשמירה (הגנה) על פרטיות. בפרט אדון בקצרה, בפרק החמישי, בהתנגשות מרכזית אחת – בין פרטיות לחופש הביטוי. אסיים, בפרק השישי, בבחינת השאלה אם פרטיות היא מושג ייחודי.

24 ראו McCloskey, לעיל הערה 1, עמ' 307.

פרק ראשון הבחנות מקדמיות

1. פגיעה בפרטיות

הבחנה בעלת חשיבות כללית היא בין מסקנה שבמצב נתון פעולה נתונה אינה פוגעת באינטרס מסוים ולכן אינה מנוגדת לשיקול נגד פגיעה באינטרס זה (אם יש שיקול כזה), ובין מסקנה שפעולה נתונה פוגעת באינטרס ולכן מנוגדת לשיקול נגד פגיעה באינטרס זה (אם יש שיקול כזה), אך יש שיקול נגדי התומך בביצועה של הפעולה. במצב האחרון, אך לא בראשון, יש התנגשות בין שיקולים נוגדים. במצב האחרון, השיקולים בעד פרטיות יכולים להיות חשובים יותר או פחות מהשיקולים נגדה. אם הם חשובים יותר, הפעולה מוצדקת; אם הם חשובים פחות, הפעולה אינה מוצדקת.

כדי להבחין בין פעולות שאינן פוגעות בפרטיות ובין פעולות הפוגעות בפרטיות – פגיעה מוצדקת או לא מוצדקת – יש לבחון ביחס לכל פעולה, ראשית כול, אם חלים עליה שיקולים בעד הגנה על פרטיות. אם יש שיקולים כאלה, הפעולה כרוכה בפגיעה בפרטיות. בשלב הבא יש לבחון אם חלים על הפעולה גם שיקולים נגדיים. אם התשובה חיובית, יש לבחון אילו שיקולים צריכים להכריע.

ההבחנה הכללית האמורה, בין היעדר פגיעה באינטרס ובין פגיעה מוצדקת באינטרס, היא בעלת חשיבות מיוחדת בכל הנוגע למושג הפרטיות. זאת, לאור מורכבות המושג והמחלוקת בעניינו שהופכות את יישום ההבחנה – כלומר את התשובה על השאלה אם פעולה מסוימת פוגעת בפרטיות – לקשה יותר, בניגוד לאינטרסים רבים אחרים, שבדרך כלל ברור אם פעולה מסוימת פוגעת בהם.²⁵ דוגמה לקושי זה היא המחלוקת בשאלה אם כניסה לביתו של אדם בשעה שהוא

25 דוגמה נוספת להקשר שבו יש קושי ביישום ההבחנה האמורה הוא הדיון במושג השוויון, בין היתר משום שגם השוויון, בדומה לפרטיות, הוא מושג רב-משמעי. ראו למשל L. S. Temkin, "Inequality: A Complex, Individualistic, and Comparative Notion", in: E. Sosa & E. Villanueva (eds.), *Philosophical Issues 11: Social, Political and Legal Philosophy* (Boston & Oxford: Blackwell, 2001), pp. 328–339

מבצע בו מעשה פסול כרוכה בפגיעה בפרטיות. לפי טענה מקובלת, פרטיות אינה יכולה לשמש הגנה מפני כניסה כזאת. אולם לעתים קרובות לא ברור אם הרעיון העומד בבסיס הטענה האמורה הוא שאין במצב זה שיקול בעד פרטיות – ולכן גם אין שיקול נגד פגיעה בפרטיות, או שיש שיקול כזה אך השיקול נגדו – מניעת ביצועו של מעשה פסול – הוא חזק יותר.

יש לבחון אפוא אם חלים על הפעולה שיקולים בעד (הגנה על) פרטיות או נגד פגיעה בפרטיות. נראה שכניסה לביתו של אדם העושה שם מעשה פסול אכן מהווה פגיעה בפרטיות, שכן לרוב חלים שיקולים בעד הגנה על פרטיות על פעולה של כניסה לביתו של אדם, אך הפגיעה עשויה להיות מוצדקת לאור קיומו של השיקול הנגדי של מניעת המעשה הפסול (ברוח דומה נכתב שאין להגדיר מידע פרטי כמידע שאינו עניינו של אדם אחר כלשהו, שכן לעתים ישנו טעם שעשוי להצדיק השגת מידע פרטי על אדם).²⁶

דוגמה לטשטוש ההבחנה בין היעדר פגיעה בפרטיות ובין פגיעה מוצדקת בפרטיות היא העמדה שפעולה אינה כרוכה בפגיעה בפרטיות כאשר יש "זכות" לבצע אותה, לפחות כאשר אדם נכנס מרצון למצב כזה (ומעניק בכך את הזכות האמורה לאדם אחר); למשל במקרה של אדם בעל אמונה קתולית המברר אם אישה שהוא שוקל להינשא לה הייתה נשואה בעבר.²⁷ נראה כי עמדה זו אינה מבחינה בין השאלה אם יש פגיעה בפרטיות – שאינה תלויה בשאלה אם קיימת "זכות" לבצע את הפעולה – ובין השאלה אם הפגיעה האמורה היא מוצדקת. נראה כי הניתוח הטוב יותר של עמדה זו הוא שיש שיקול נגד פגיעה בפרטיות, אך שיקול זה עשוי להידחות מפני שיקולים אחרים.

דוגמה אחרת לטשטוש ההבחנה בין היעדר פגיעה בפרטיות ובין פגיעה מוצדקת בפרטיות היא הטענה שחדירה לתחום פרטי של אדם מהווה פגיעה בפרטיות אם היא נעשית באמצעי שהוא בשליטתו של אדם אחר.²⁸ גם טענה זו אינה מבחינה בין השאלה אם יש פגיעה בפרטיות – שנראה כי אינה תלויה בשליטה של אחר על מקור הפגיעה – ובין השאלה אם הפגיעה האמורה היא פסולה או מוצדקת, או למי יש לייחס את האחריות לפגיעה.

26 ראו Parent, לעיל הערה 2, עמ' 306.

27 ראו McCloskey, לעיל הערה 1, עמ' 308-310.

28 ראו Van Den Haag, לעיל הערה 1, עמ' 152.

2. ויתור על פרטיות

אדם יכול לוותר על פרטיותו, בפרט באמצעות מתן היתר לאדם אחר לפגוע בפרטיותו, בכלל או בהקשר מסוים. העמדה המקובלת היא שיש תוקף מוסרי ומשפטי לויתור של אדם על פרטיותו, כלומר לפי עמדה זו, ויתור של אדם על פרטיותו מהווה שיקול – ולרוב שיקול מכריע – בזכות הצדקת הפגיעה.²⁹ העמדה האמורה נראית סבירה, לא רק בשל שיקולים כלליים בעד התחשבות באוטונומיה של אדם, כלומר ברצונו באשר לעניינים הנוגעים (רק או במיוחד) לו, אלא גם בשל שני טעמים אחרים: ראשית, כפי שנראה בהמשך, הקשר שישנו בדרך כלל, אם כי – כך נראה – לא בהכרח ולא תמיד, בין האינטרסים של אדם ובין רצונו הוא הדוק במיוחד בכל הנוגע לאינטרס בפרטיות, שכן כמעט כל השיקולים בעד פרטיות נוגעים לרצון של האדם הרלוונטי, ישירות או בעקיפין.³⁰ שנית, המורכבות והמחלוקת בדבר מושג הפרטיות מקשים על מתן תשובה על השאלה, מתי פעולה מסוימת כרוכה בפגיעה בפרטיות, ולא רק במקרי גבול. הדרך להתמודד עם קושי זה צריכה להיות ניתוח זהיר של השיקולים בעד פרטיות, אך בשל הקושי המיוחד בגיבוש מסקנה בנושא זה, עשוי להיות הגיון במתן משקל מיוחד לרצונו של האדם הרלוונטי (לכן אניח בהמשך, אלא אם יצוין אחרת, שאין הסכמה מצד האדם הרלוונטי לפעולה הנבחנת כפגיעה בפרטיות). עם זאת בהערכת המשמעות הנורמטיבית של ויתור של אדם על פרטיותו, יש להבחין – לאור ההבחנה הכללית בין מצב שבו פעולה אינה פוגעת בפרטיות ובין מצב שבו פעולה פוגעת בפרטיות אך יש שיקולים נוגדים התומכים בכיצועה – בין כמה סוגים של מצבים.

ראשית, המשמעות של ויתור על פרטיות עשויה להיות היעדר פגיעה בפרטיות. במילים אחרות, מה שנראה במבט ראשון כפגיעה בפרטיות, אולי מפני שבדרך כלל פעולה מהסוג הרלוונטי היא אכן פגיעה בפרטיות, למעשה אינו פגיעה בפרטיות במקרה העומד על הפרק. עמדה זו נגזרת בהכרח מהגישה הרואה פרטיות כשליטה של אדם על מידת הבידוד שלו,³¹ ולפיה החלטה של

29 E. L. Beardsley, "Privacy: Autonomy and Selective Disclosure", בתוך: Pennock & Chapman, לעיל הערה 1, עמ' 60-62, 66-68.

30 ראו להלן פרק שלישי.

31 לעמדה זו ולקושי שהיא מעוררת ראו להלן פרק שני, סעיף 1, ג.

אדם לוותר על פרטיותו שוללת את עצם הפגיעה.³² במסגרת אפשרות זו יש להבחין בין שתי אפשרויות משנה. אפשרות אחת שללא הוויתור היה מדובר בפגיעה בפרטיות, אך הוויתור מאיין את הפגיעה, אולי מפני שאין למוותר עניין בפרטיות בהקשר האמור. אפשרות שנייה היא שללא תלות בויתור, לא מדובר בפגיעה בפרטיות, והוויתור הוא רק אינדיקציה לכך שאין פגיעה, כלומר הוויתור משקף הערכה מהימנה יחסית של המחליט שהפעולה העומדת על הפרק לא תפגע בפרטיותו. במילים אחרות, במסגרת האפשרות הראשונה יש לוותר משמעות מכוננת (קונסטיטטיבית), ואילו במסגרת האפשרות השנייה יש לוותר משמעות אפיסטמולוגית (ראייתית) בלבד.

שנית, המשמעות של ויתור על פרטיות יכולה להיות קיומה של פגיעה בפרטיות, אך נכונות של המוותר לשאת פגיעה זו מכיוון שהיא משרתת מטרה אחרת, חשובה יותר לדעתו. מטרה זו יכולה להיות (היבט אחר של) האינטרס האישי של הפועל, במצב של קונפליקט בין ההיבט של אינטרס זה הנוגע לפרטיותו והיבט אחר שלו, או אינטרס של אדם אחר או של קבוצה אחרת של אנשים, במצב של קונפליקט בין-אישי. במצבים כאלה סביר לקבל לעתים את הערכתו של המוותר על החשיבות היחסית של (ההיבט הרלוונטי של) פרטיותו בהשוואה לשיקול הנוגד, אך אין הכרח לעשות כן, מפני שהערכה זו עשויה להיות שגויה.

ההבחנה בין שני סוגי המצבים הללו חשובה, שכן בסוג המצבים השני יש שיקול נגד הפגיעה בפרטיות שעשוי לדחות שיקול מתנגש כאמור, למרות הוויתור של האדם שפרטיותו עומדת על הפרק; לכל הפחות, ראוי לצמצם את מידת הפגיעה בפרטיות ככל שהדבר אינו מנוגד לשיקול חזק יותר.

לעתים קרובות נטען שאדם המחליט לבצע פעולה שכרוכה בהכרח בפגיעה בפרטיותו, כגון מסירת מידע אישי לאדם אחר או לרשות ציבורית לשם קבלת שירות המותנה במסירת מידע כזה, או פעולה היוצרת סיכון של פגיעה בפרטיותו, החל ביציאה למקום ציבורי וכלה במילוי תפקיד ציבורי, מוותר על

32 לגזירת המסקנה האמורה מתפיסת הפרטיות כשליטה על עניין פרטי ראו H. Gross, "Privacy and Autonomy", בתוך: Pennock & Chapman, לעיל הערה 1, עמ' 169-171.

פרטיותו, לפחות בכל הנוגע לפגיעה בפרטיות הנובעת מהסיכון האמור.³³ טענה זו מועלית בעיקר בנוגע לאדם הפועל במישור הציבורי, ועקב כך מושך תשומת לב ציבורית רבה ("דמות ציבורית"), במיוחד אדם הממלא תפקיד ציבורי (בעיקר במסגרת רשות של המדינה).³⁴ עמדה זו אומצה על ידי בתי המשפט בשיטות משפט מסוימות, ובכלל זה ארצות הברית וישראל.³⁵

טענה זו היא בחלקה מטעה ובחלקה בלתי משכנעת. ראשית, כאשר היא תקפה נראה שהפירוש הסביר ביותר שלה, ברוב המצבים שבהם היא רלוונטית, הוא כמשקפת את סוג המצבים השני, שבו אדם מוכן לשאת פגיעה בפרטיותו או סיכון של פגיעה בפרטיותו, אף שאכן מדובר בפגיעה בפרטיותו או בסיכון של פגיעה בפרטיותו – ולא את סוג המצבים הראשון, שבו לא מדובר כלל בפגיעה בפרטיות (לפחות עקב ההסכמה). במילים אחרות, על פי רוב אדם המחליט לבצע פעולה שכרוכה בהכרח בפגיעה בפרטיותו, מסכים לפגיעה בפרטיותו כאמצעי הדרוש להשגת מטרה שהוא מעריך יותר. בדומה לזה, על פי רוב אדם המחליט לבצע פעולה שיוצרת סיכון של פגיעה בפרטיותו, תוך מודעות לטיבו של הסיכון האמור, מקבל את הסיכון כאמצעי להשגת מטרה שהוא מעריך יותר. אולם בשני סוגי המצבים, הפגיעה בפרטיות היא מחירה של הפעולה ולכן היא לרוב שיקול נגדה, גם אם רואים בויתור משתנה שמפחית מחומרת הפגיעה בפרטיות ולכן מעוצמת השיקול נגדה. ואכן, גם אלה שטוענים את הטענה האמורה מכירים לעתים בכך שבדרך כלל אדם שמבצע פעולה הכרוכה בפגיעה

33 ראו למשל Van Den Haag, לעיל הערה 1, עמ' 158 ("The degree of privacy [...] depend [...] also on the person. A candidate for office, a public official, an actor, or a criminal may not intend his activity to be divulged. Yet, if one voluntarily engages in activities which, by their nature, require, of risk, public exposure, or exposure to the public, he must be deemed to have volunteered to forego his privacy to the degree required or risked by his activity"). לעמדה הרואה לקיחת סיכון של פגיעה בפרטיות כשיקול נגד ראיית פעולה, שלרוב נחשבת פגיעה בפרטיות, ככזאת ראו McCloskey, לעיל הערה 1, עמ' 309.

34 לדיון בהצדקה לפגיעה בפרטיות של אדם הממלא תפקיד ציבורי, ראו להלן פרק חמישי, סעיף 2.

35 לטענה זו בפסיקה בארצות הברית ראו Prosser, לעיל הערה 12, עמ' 411. בישראל ראו ע"א 439/88 מדינת ישראל נ' ונטורה, פ"ד מח(3) 808, עמ' 822-823.

בפרטיותו, לרבות מועמד לתפקיד ציבורי ואדם הממלא תפקיד ציבורי, אינו מעוניין בפגיעה בפרטיותו (כמטרה העומדת בפני עצמה).³⁶ לכל היותר אפשר לטעון שלפעמים (ובפרט בדרך כלל), אדם שפועל במישור הציבורי נוטה לייחס לפרטיותו פחות משקל לעומת האדם הטיפוסי. אולם הנחה זו מוגבלת משתי בחינות. ראשית, זו הכללה בלבד שאינה נכונה תמיד, ונראה שהיא הכללה גסה למדי שאינה נכונה לעתים קרובות, למשל בנוגע לאדם המוסר מידע אישי לאדם אחר או לנושא משרה ציבורית כתנאי לקבלת הטבה (למשל שירות). היא אינה נכונה לעתים גם בנוגע לאדם הממלא תפקיד ציבורי.³⁷ הניתוח האמור הוא בעל משמעות מעשית, שכן, כאמור, כאשר ויתור על פרטיות פירושו נכונות לשאת פגיעה בפרטיות או סיכון של פגיעה בפרטיות, יש שיקול נגד הפגיעה או הסיכון שיש להתחשב בו.

שנית, לעתים קרובות הנכונות לספוג פגיעה בפרטיות או סיכון של פגיעה בפרטיות, במצבים האמורים, נובע מכלל משפטי, למשל כלל המחייב אדם למסור מידע לנושא משרה ציבורית כתנאי לקבלת הטבה, או כלל המתיר פגיעה בפרטיותה של "דמות ציבורית". במצבים כאלה הסתמכות על הנכונות לשאת פגיעה בפרטיות או סיכון של פגיעה בפרטיות, כבסיס לכלל המשפטי, היא מובן מעגלית.

לבסוף, הטענה שאדם המחליט לפעול באופן הכרוך בפגיעה בפרטיותו, או באופן החושף אותו לסיכון של פגיעה בפרטיותו, יכולה לשקף תפיסה של הסכמה היפותטית, כלומר להיות מבוססת על ההנחה שראוי שאדם כאמור יסכים לפגיעה בפרטיותו. אולם הנחה זו תקפה רק כשהיא מבוססת על שיקול עצמאי תקף, שאינו נוגע להסכמה ממשית, שיכול לבסס הנחה בדבר הסכמה היפותטית כאמור. לכן טענה כזאת אינה מוסיפה לשיקול כזה, אלא לכל היותר מהווה אמצעי להמחשתו.

36 חלק מהאנשים שסווגו בארצות הברית כ"דמויות ציבוריות" התנגדו לפגיעה בפרטיותם. על כך ראו Prosser, לעיל הערה 12, עמ' 413; Van Den Haag, לעיל הערה 1, עמ' 158.

37 לכך שאנשים שונים הממלאים תפקידים ציבוריים עשויים לנקוט גישה שונה כלפי פרטיותם, בהשוואה לאנשים אחרים, ראו Beardsley, לעיל הערה 29, עמ' 66.

פרק שני

משמעותה של פרטיות

השלב הבסיסי בניתוח מושג הפרטיות הוא עמידה על משמעות המושג. הקושי הוא, כאמור, שמושג זה הוא רב-משמעי. לפיכך אבחן תפיסות בולטות של משמעות. מטרת הדיון היא להצביע על היבטים מרכזיים של מושג הפרטיות, ולא לעמוד במפורט על גבולותיו המדויקים. לכן אסתפק בתיאור כללי של מובנים בולטים.

הגדרה של מושג יכולה להיעשות בכמה דרכים. אפשרות אחת היא הגדרה שרירותית. אפשרות שנייה היא זיהוי של המובן או של המובנים שבהם נעשה שימוש במושג מסוים על ידי אדם מסוים או אנשים מסוימים, למשל המובן בשפה טבעית, כלומר המובן המיוחס למושג על ידי רוב דוברי השפה הרלוונטית. אפשרות שלישית היא הגדרה של מושג באופן שמשרת מטרה אחרת; המטרה האפשרית החשובה ביותר היא נורמטיבית, כלומר הגדרת מושג באופן שתורם לניתוח נורמטיבי, ובפרט זיהוי מושג בעל חשיבות מוסרית. שתי הדרכים האחרונות הן עצמאיות ולכן נפרדות, אך יש ביניהן קשר: מצד אחד, גם אם המטרה העיקרית היא נורמטיבית, עדיף – אם שאר הדברים שווים פחות או יותר – להתמקד במובן מקובל לשם הבהירות. מצד אחר, ככל שהמטרה היא זיהוי של מובן בעל חשיבות נורמטיבית, עשוי להיות מקום לסטות, במידה כזאת או אחרת, מהמובן המקובל במושג נתון, שכן השימוש המקובל הוא לעתים לא עקבי או חסר משמעות נורמטיבית. לפיכך אפתח בהצגת מובנים בולטים של מושג הפרטיות לאור ההבנה המקובלת שלו, כבסיס לדיון שייערך לאחר מכן בחשיבות הנורמטיבית של פרטיות. כפי שנראה במהלך הדיון, כדי להשלים את הניתוח המושגי בדרך שאינה שרירותית, ולהכריע בין תפיסות מושגיות מקובלות שונות, נדרשת פנייה לשאלה הנורמטיבית בדבר ערכה של פרטיות.

הדיון המושגי יפתח בכמה היבטים מקדמיים: אפתח בדיון קצר במשמעות המושג "זכות", הצמוד בדרך כלל למושג "פרטיות". אעבור להערת אזהרה קצרה בעניין השימוש במושג הפרטיות בהקשרים משפטיים. ולבסוף אבהיר את ההבחנה המקדמית בין תפיסה של פרטיות כמצב של בידוד ובין תפיסתה כשליטה של אדם על מצב כאמור. עיקר הניתוח המושגי יוקדש לבחינה של כמה טענות מקובלות בדבר תוכנו של מושג הפרטיות. אתחיל בתפיסות המשקפות

היבטים פרדיגמטיים של מושג הפרטיות, ואסיים בטענות שנויות במחלוקת יותר. כפי שנראה, כמעט כל ההיבטים של מושג הפרטיות הם עניין של מידה.

1. היבטים מקדמיים

א. המושג "זכות"

המושג "זכות" נפוץ בדיונים נורמטיביים – מוסריים ומשפטיים. זהו מושג רב-משמעי ולכן לא ברור שלעתים קרובות נעשה בו שימוש בלי להבהיר את המובן המיוחס לו.³⁸ בשל כך, לעתים קרובות השימוש במושג זה אינו עקבי ולפעמים אף מתמיה.³⁹ בצדק נטען שבדרך כלל השימוש במושג זכות מערפל דיונים נורמטיביים ולא מקדם אותם.⁴⁰ טענות אלה הועלו בפרט בנוגע לזכות לפרטיות.⁴¹ לפיכך השלב הראשון צריך להיות הבהרה של מובנים מרכזיים של המושג זכות. הבהרה המושגית צריכה להיות הבסיס לבחינת התוקף הנורמטיבי של תפיסה של זכויות. הבהרה כאמור היא חשובה במיוחד לאור הטענה שמעבר לחוסר הבהירות המושגי, תאוריות מקובלות של זכויות אינן משכנעות.⁴²

- 38 H. Bedau, "The Right to Life", *Monist* 52 (1968), p. 550; J. J. Thomson, ראו "Self-Defense and Rights," in: J. J. Thomson, W. Parent (ed.), *Rights, Restitution, and Risk: Essays in Moral Theory* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986), p. 48; S. Kagan, *Normative Ethics* (Boulder, CO: Westview, 1998), p. 260. Thomson, "Afterward"; בתוך: Thomson, **שם**, עמ' 170.
- 39 J. Griffin, *Well-Being: Its Meaning, Measurement, and Moral Importance* ראו (Oxford: Clarendon Press, 1986), p. 224
- 40 C. C. Ryan, "Self-Defense, Pacifism, and the Possibility of Killing", *Ethics* ראו 93 (1983), pp. xvi, 208; W. A. Parent, "Judith Thomson and the Logic of Rights", *Philosophical Studies* 37 (1980), p. 417
- 41 Thomson, ראו **לעיל הערה 1**, עמ' 314 (We are still in such deep dark in respect)
"of rights that any simplification at all would be well worth having"
- 42 J. J. Thomson, "Rights and Deaths", *Philosophy & Public Affairs* 2 (1972), ראו p. 149; H. L. A. Hart, "Between Utility and Rights", *Columbia Law Review* 79 (1979), p. 846

ההבחנה הבסיסית ביותר בדבר משמעות המושג זכות היא בין זכות במובן של שיקול נורמטיבי ובין זכות במובן של מסקנה נורמטיבית כוללת, המשקפת התחשבות בכל השיקולים הרלוונטיים ושלול ראויה שלהם.⁴³ שני המובנים הללו רלוונטיים הן במישור המוסרי – בנוגע לזכויות מוסריות – והן במישור המשפטי – בנוגע לזכויות משפטיות. כאשר יש לאדם זכות במובן של שיקול, פירוש הדבר במישור המוסרי שפגיעה בזכות מהווה טעם נגד ההצדקה של הפעולה, ובמישור המשפטי – שהיא מהווה טעם נגד חוקיות הפעולה. לדוגמה, הטענה שקיימת זכות חוקתית לפרטיות בשיטת משפט מסוימת (במקום ובזמן מסוימים), פירושה שבמסגרת הכרעה משפטית בשיטת המשפט הרלוונטית, העובדה שפעולה פוגעת בפרטיות היא שיקול נגד חוקיות הפעולה. כאשר יש לאדם זכות, במובן של מסקנה מוסרית כוללת, פירוש הדבר שיש איסור מוסרי, חובה מוסרית או היתר מוסרי – עליו או על אדם אחר – לבצע או לא לבצע פעולה מסוימת;⁴⁴ ובמישור המשפטי שיש איסור משפטי, חובה משפטית או היתר משפטי – החלים עליו או על אדם אחר – לבצע או לא לבצע פעולה מסוימת. לדוגמה, כאשר נטען שיש לאדם זכות מוסרית או משפטית לפרטיות במובן זה, פירוש הדבר יכול להיות שאסור לפרסם מידע מסוים עליו.

הבחנה במישור אחר היא בין זכות במובן של שיקול תוצאתי או מסקנה תוצאתית, ובין זכות במובן של שיקול דאונטולוגי או מסקנה דאונטולוגית. הבחנה זו היא בעלת שני ממדים. ראשית, היא נוגעת לבסיסן של טענות על קיומה של זכות כשיקול – ובעקבות זאת למסקנה המבוססת על שיקול זה (ושיקולים אחרים). זכות תוצאתית מבוססת ביסודו של דבר (אם כי לא בהכרח באופן ישיר) על שיקול תוצאתי בדבר הערך של מצב עניינים, ובפרט על שיקול בדבר ההשפעה

43 P. Montague, "Two Concepts of Rights", *Philosophy & Public Affairs* 9 ראו (1980), pp. 372–384

44 ראו למשל Thomson, "Afterward", לעיל הערה 38, עמ' 253; הנ"ל, "Self-Defense and Rights", לעיל הערה 38, עמ' 47-48; G. P. Fletcher, "The Right to Life", *Monist* 63 (1980), p. 150; J. Harris, *The Value of Life: An Introduction to Medical Ethics* (London: Routledge & Kegan Paul, 1985), p. xvi; J. Coleman & A. Ripstein, "Mischief and Misfortune", *McGill Law Journal* 41 (1995), p. 117

של פעולה מסוימת (למשל) על רווחתו של אדם,⁴⁵ או באופן ספציפי יותר, על היבטים חשובים במיוחד של רווחתו האישית.⁴⁶ זכות דאונטולוגית מבוססת על שיקול דאונטולוגי, כלומר על שיקול לא תוצאתי שמייחס חשיבות עצמאית לאופי הפעולה במונח אחר, כולל לדרך שבה משפיעה פעולה על רווחה של אדם,⁴⁷ למשל שיקול המייחס ערך שלילי במיוחד לפגיעה אקטיבית באדם (להבדיל מאי-הגשת עזרה לאדם),⁴⁸ או לפגיעה מכוונת באדם (להבדיל מפגיעה צפויה באדם),⁴⁹ המתוארת כהפרת זכות של הנפגע. טענה ברוח זו הועלתה, בין השאר, גם בנוגע לזכות לפרטיות. לפי טענה זו, דרכים מסוימות של פגיעה בפרטיות מהוות הפרה של הזכות לפרטיות, ואילו דרכים אחרות של פגיעה בפרטיות אינן מהוות הפרה של הזכות לפרטיות (אם כי הן עשויות להיות פסולות מטעם אחר). לפי עמדה זו, דוגמה לפגיעה בפרטיות שהיא גם הפרה של הזכות לפרטיות היא האזנה לשיחה בין בני זוג המתנהלת בביתם בשקט יחסי ובחלונות סגורים על ידי אדם הנמצא מעבר לרחוב (באמצעות מגבר); ודוגמה לפגיעה בפרטיות שאינה מהווה הפרה של הזכות לפרטיות היא האזנה לשיחה קולנית של בני זוג המתנהלת בביתם בחלונות פתוחים על ידי אדם העובר ברחוב ליד הבית ונעצר להאזין.⁵⁰

- 45 J. Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford: Clarendon Press, 1986), pp. 166, 180–181, 257–263
- 46 Griffin, *לעיל* הערה 39, עמ' 242–224; Hart, *לעיל* הערה 42, עמ' 828
- R. Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, MA & London: Harvard University Press, 1986), pp. 307, 309; D. O. Brink, *Moral Realism and the Foundations of Ethics* (Cambridge: Cambridge University Press, 1989), pp. 268–269
- 47 ראו למשל Kamm, *לעיל* הערה 4, עמ' 123–122.
- 48 ראו למשל F. M. Kamm, "Harming, Not Aiding, and Positive Rights", *Philosophy & Public Affairs* 15 (1986), pp. 3–32; W. S. Quinn, "Actions, Intentions, and Consequences: The Doctrine of Doing and Allowing", *Philosophical Review* 98 (1989), pp. 287–312; J. McMahan, "Killing, Letting Die, and Withdrawing Aid," *Ethics* 103 (1993), pp. 250–279
- 49 ראו למשל P. Foot, "The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect", *Oxford Review* 5 (1967), pp. 5–15; W. S. Quinn, "Actions, Intentions, and Consequences: The Doctrine of Double Effect", *Philosophy & Public Affairs* 18 (1989), pp. 334–351
- 50 ראו Thomson, *לעיל* הערה 1, עמ' 297–296. השוו Scanlon, *לעיל* הערה 20, עמ' 321.

שנית, ההבחנה בין זכות תוצאתית לבין זכות דאונטולוגית היא חשובה גם בכל הנוגע למשמעות של זכות מבחינה אחרת. לפי התפיסה המקובלת, זכות תוצאתית היא בעלת תוקף כללי שאינו תלוי בזהות הפועל (Agent-Neutral), במובן שהיא תומכת בצמצום של מספר ההפרות שלה, ללא תלות בשאלה מיהו האדם שמבצע את הפעולה (מפר את הזכות). במלים אחרות, תפיסה זו תומכת בהפרה של זכות כאשר (יש) הסתברות מסוימת (כי) הדבר יוליך לצמצום מספר ההפרות שלה בחשבון כולל, מכיוון שההפרה על ידי הפועל הרלוונטי תמנע הפרות רבות יותר על ידי פועלים אחרים. לעומת זאת זכות דאונטולוגית היא תלויה פועל (Agent-Relative) במובן שהיא מעניקה משקל מיוחד להימנעות של פועל מהפרה שלה, העולה על המשקל של מניעת הפרות שלה על ידי פועל פוטנציאלי אחר, כך שהיא תומכת בהימנעות מהפרה אף כאשר (יש) הסתברות (כי) הדבר יוליך להפרות רבות יותר של הזכות על ידי אדם אחר או כמה אנשים אחרים. הבחנה אחרת היא בין זכות שלילית השוללת פעולה, למשל פגיעה בבעל הזכות, וזכות חיובית המחייבת פעולה, למשל עזרה לבעל הזכות.⁵¹ ולבסוף, המונח "זכות" יכול לבטא שיקול מסדר שני, שלהבדיל משיקול מסדר ראשון – שיש לשקלו מול שיקולים אחרים (מסדר ראשון) – עוסק בשאלה כיצד צריך להתחשב בשיקולים מסדר ראשון.⁵² למשל, הטענה שיש לאדם זכות להחליט כיצד הוא או אדם אחר צריך לפעול במצב מסוים, יכולה לשקף שיקול מסדר שני, המבוסס לדוגמה על הנגיעה המיוחדת של האדם הרלוונטי לנושא.

ב. השימוש במושג הפרטיות במישור המשפטי: הערת אזהרה

לעתים משמש מושג הפרטיות במובן שנראה במבט ראשון רחב מדי, לעתים כה רחב עד שספק אם יש קשר בינו ובין תפיסה ייחודית וקוהרנטית של מושג

51 J. L. Mackie, *Ethics: Inventing Right and Wrong* (London: Penguin, 1977), p. 195; T. Nagel, "Equality", בתוך: Nagel, לעיל הערה 4, עמ' 114.

52 G. J. Warnock, *The Object of Morality* (London: Methuen, 1971), ch. 4; J. Raz, *Practical Reason and Norms* (London: Hutchinson, 1975), ch. 2

הפרטיות, ובפרט תפיסה בעלת חשיבות נורמטיבית של פרטיות, כלומר תפיסה המשקפת היטב את השיקולים בעד ונגד פרטיות. אם השערה זו נכונה, עולה השאלה מה גורם למגמת ההגדרה הרחבה מדי של מושג הפרטיות. הסבר אפשרי אחד הוא הקושי לזהות גרעין קשה ייחודי למושג הפרטיות. הסבר שני – הנוגע במיוחד למישור המשפטי – נוגע למצב שבו יש עיגון של מושג הפרטיות במשפט הנוהג, ועקב כך היתלות במושג הפרטיות לאור ההשלכות המשפטיות הנובעות מכך, כלומר כבסיס פורמלי למסקנה המבוססת על שיקולים אחרים.⁵³

השימוש המובהק ביותר במושג הפרטיות, במובנים שנראים רחבים מאוד במישור המשפטי, נעשה בארצות הברית. הסבר אפשרי לתופעה האמורה, במסגרת ההסבר הכללי השני האמור, הוא המעמד החוקתי של ההגנה על הפרטיות בעקבות פסיקתו של בית המשפט העליון של ארצות הברית שלפיה החוקה הפדרלית כוללת "זכות לפרטיות".⁵⁴ בפסיקה של בתי המשפט בארצות הברית ישנה תופעה של הסתמכות על הזכות החוקתית לפרטיות בהקשרים מגוונים שבהם רלוונטיים כמה אינטרסים שונים שקשה להצביע על מכנה משותף משמעותי ביניהם, ושלעיתים חלים עליהם כללים שונים.⁵⁵ תופעה זו מעלה

53 השוו להערה שאין לצפות לגזירת מושגים קוהרנטיים מהחלטות שיפוטיות, בפרט בנוגע לפרטיות: Gavison, "לעיל הערה 17, עמ' 460-467; Parent, "A New Definition of Privacy for the Law", לעיל הערה 1, עמ' 325.

54 ראו לעיל במבוא.

55 לסקירה של התחומים שבהם יש הסתמכות בארצות הברית על מושג הפרטיות ולהערות המטילות ספק בקיומו של מכנה משותף משמעותי ביניהם, לבר מכותרת לא ברורות כגון "הזכות להיעזב במנוחה", ראו Prosser, "לעיל הערה 12, עמ' 389-407 (The law) of privacy comprises four distinct kinds of invasion of four different interests of the plaintiff, which are tied together by the common name, but otherwise have almost nothing in common except that each represents an interference "By a use of a single word [...] the courts have created an independent basis for liability, which is a complex of four distinct and only loosely related torts"; P. A. Freund, "Privacy: One Concept or Many", בתוך: Pennock & Chapman, "לעיל הערה 1, עמ' 192 "The argument against a unitary concept [of privacy] underscores the imprecision)

את החשש שההסתמכות על מושג הפרטיות נעשית במטרה להיתלות בזכות החוקתית לפרטיות כבסיס פורמלי למסקנה המבוססת על שיקולים אחרים.⁵⁶ בישראל עשויה להתרחש תופעה דומה לאור ההגנה על פרטיות בחקיקה, ולפיה פגיעה אסורה בפרטיות היא עברה פלילית ועוולה אזרחית, ובמיוחד לאור ההוראה שלפיה ראייה שהושגה בדרך של פגיעה אסורה בפרטיות פסולה מלשמש ראייה משפטית, אלא אם ניתן לכך היתר מיוחד על ידי בית המשפט.⁵⁷ הוראה זו ואתה הוראה דומה בעניין האזנת סתר,⁵⁸ הן ייחודיות במשפט הישראלי, שאינו כולל עיקרון כללי של פסילת ראייה שהושגה שלא כדין.⁵⁹ לפיכך תיתכן הסתמכות על מושג הפרטיות במשפט הישראלי, כאמצעי להשגת התוצאה של פסילת ראייה שהושגה בדרך לא חוקית, גם אם חוסר החוקיות אינו נובע מפגיעה בפרטיות במובן מדויק של המושג. האפשרות של אימוץ פרשנות רחבה של מושג הפרטיות היא משמעותית, במיוחד לאור העובדה שהמשמעות של צמצום הגדרת הפרטיות במסגרת הדין הנוהג בישראל כיום היא פסילת ראייה שהושגה באמצעות פגיעה בפרטיות במובן צר, אך לא פסילת ראייה שהושגה באמצעי חמור יותר. לכן לא מפתיע שלעתים מוקדש עיקר הדיון, בהליכים שיפוטיים העוסקים בשאלה אם פעולה מסוימת מהווה פגיעה בפרטיות, לא בניסיון לגבש תפיסה מדויקת וקוהרנטית של מושג הפרטיות אלא בהשלכה של סיווג של פעולה כפגיעה בפרטיות, במיוחד מבחינת פסילת ראייה שהושגה באמצעות הפעולה.

analysis of legal issues that such a concept fosters [...] given this disparity of
 (central issues, privacy becomes too greedy a legal concept”

56 ראו את ההערה הזאת: Henkin, **לעיל** הערה 2, עמ' 1427 “Is it, as some suspect, that the game is being played backwards: that the private right which intuitively commends itself as valuable in our society in our time, or at least to a majority of our Justices at this time, is called fundamental, and if it cannot fit comfortably (into specific constitutional provisions it is included in Privacy?”

57 חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, סעיפים 4 (עוולה נזיקית), 5 (עבירה פלילית), 32 (פסילת ראיות) (להלן: חוק הגנת הפרטיות).

58 חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979, סעיף 13 (להלן: חוק האזנת סתר).

59 אך ראו ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי** (2006), פסק הדין של השופט ביניש, סעיפים 12-14, 29-36, 43-50, 52-54, 63-68.

ג. פרטיות כמצב או כשליטה

מחלוקת מקדמית על משמעותו של מושג הפרטיות נוגעת לשאלה אם ראוי להגדיר פרטיות כמצב של בידוד במובן מסוים, למשל מצב שבו מידע על אדם אינו ידוע לאנשים אחרים,⁶⁰ או כשליטה של אדם על המידה שבה הוא מבודד מאנשים אחרים, למשל על המידה שבה מידע על אודותיו ידוע לאחרים.⁶¹ נראה שיש להעדיף את התפיסה הראשונה בכל הנוגע להגדרת מושג הפרטיות, שכן התפיסה האחרונה מתמקדת בחירות אישית או באוטונומיה אישית ולא בפרטיות.⁶² ואכן, העמדה שפרטיות פירושה שליטה של אדם על בידודו מאחרים, מוליכה לכמה מסקנות שנראות מוזרות על פניהן: ראשית, לפי העמדה האמורה, אדם שמחליט לגלות לאחרים מידע אישי עליו אינו מותר על פרטיותו אלא להפך, מממש אותה (כי הוא שולט על ההחלטה לגלות מידע זה).⁶³ שנית, לפי העמדה האמורה, פרטיותו של אדם נפגעת לא בשל פרסום מידע אישי על

- 60 לעמדה זו ראו M. A. Weinstein, "The Uses of Privacy in the Good Life", בתוך: Pennock & Chapman, **לעיל הערה 1**, עמ' 88 ("Privacy [...] is a condition of being-apart-from-others"); Parent, "Privacy, Morality, and the Law", **לעיל הערה 1**, עמ' 269 ("Privacy is the condition of not having undocumentated personal knowledge about one possessed by others"); Moore, **לעיל הערה 1**, עמ' 306 ("A New Definition of Privacy for the Law", **לעיל הערה 1**, עמ' 371 ("Privacy may be understood as that state where others do not have access to you or to information about you"). לעתים פרטיות מתוארת כמצב נפשי. להעלאת אפשרות זו ורחייתה ראו Parker, **לעיל הערה 2**, עמ' 276, 279-278.
- 61 לעמדה זו ראו Fried, **לעיל הערה 1**, עמ' 482 ("Privacy is not simply the absence of information about us in the minds of others; rather it is the control we have over information about ourselves"); Van Den Haag, **לעיל הערה 1**, עמ' 151 ("Privacy" then refers to control over one's own psychic area, with such dimensions as living space, image, expression, mentation, communication); Moore, **לעיל הערה 20**, עמ' 216-219; Gross, **לעיל הערה 32**, עמ' 169-170; Parker, **לעיל הערה 2**, עמ' 271-289 ("Privacy is control over who can sense us").
- 62 להבחנה בין חירות ובין פרטיות באופן כללי ראו McCloskey, **לעיל הערה 1**, עמ' 305-306.
- 63 ראו Gavison, "Privacy and the Limits of Law", **לעיל הערה 17**, עמ' 427; Parent, "Privacy, Morality, and the Law", **לעיל הערה 1**, עמ' 273; Parent,

אודותיו אלא בשל עצם העובדה שלאדם אחר יש אפשרות לאסוף מידע אישי עליו, גם אם אפשרות זו אינה ממומשת.⁶⁴ שלישית, לפי העמדה האמורה, מידת הפגיעה בפרטיות אינה תלויה בתוכן המידע שנחשף (כי מידת אבדן השליטה אינה תלויה בתוכן המידע).⁶⁵ לפיכך נראה שיש להגדיר את מושג הפרטיות כמצב של בידוד, ולא כשליטה על המידה שבה אדם מבודד.

ישנם שני הסברים עיקריים להגדרת הפרטיות לאור מושג השליטה. הסבר אחד הוא הקושי להגדיר את מושג הפרטיות, שמוליך לנטייה להסתמך על רצונו של האדם הרלוונטי. אולם הקושי אינו יכול להצדיק את המהלך האמור. בהמשך נראה שאחד השיקולים בעד פרטיות הוא הרצון של אנשים רבים, לעתים קרובות, בפרטיות.⁶⁶ אולם גם בהנחה ששיקול זה תקף, יש להבחין בין פרטיות לחירות. הסבר אחר לתפיסה של פרטיות לאור מושג השליטה הוא חוסר הבחנה בין משמעות המושג פרטיות ובין מושגים נורמטיביים מקובלים, שאכן כוללים לעתים קרובות מרכיבים של שליטה על היבט מסוים. המושג הבולט ביותר מבחינה זו הוא "זכות", שמובן מרכזי שלו מבוסס על האפשרות של אדם לוותר על אינטרס שלו או להסכים לפגיעה באינטרס שלו.⁶⁷ משמעות מקובלת של המושג זכות (לפרטיות) כוללת את האפשרות של ויתור על פרטיות או הסכמה לפגיעה בפרטיות, בין היתר באמצעות גילוי לאנשים אחרים של מידע אישי הנוגע למוותר.⁶⁸ לפי תפיסה זו, ה"זכות לפרטיות" מתיישבת עם החלטה של

64 Definition of Privacy for the Law, לעיל הערה 1, עמ' 327. לאימוץ המסקנה האמורה, למרות האופי הלא אינטואיטיבי שלה, ראו Parker, לעיל הערה 2, עמ' 282. ראו Parent, "A New Definition of Privacy for the Law", לעיל הערה 1, עמ' 328-327.

65 לאימוץ (גם של) המסקנה האמורה, למרות האופי הלא אינטואיטיבי שלה, ראו Parker, לעיל הערה 2, עמ' 283-282.

66 ראו הלן פרק שלישי, סעיף 3.

67 ראו באופן כללי M. P. Golding & W. A. Edmundson (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (Malden, MA: Blackwell, 2005), pp. 191-206.

68 ראו Gavison, "Privacy and the Limits of Law", לעיל הערה 17, עמ' 427; Parent, "Privacy, Morality, and the Law", לעיל הערה 1, עמ' 273.

אדם לוותר על פרטיותו, כשם שתפיסה מקובלת של "זכות קניין" ברכוש מסוים כוללת את האפשרות להשמיר את הרכוש.⁶⁹ כזכור, העמדה המקובלת היא אכן שאדם יכול לוותר על פרטיותו.⁷⁰ במילים אחרות, הנטייה להגדרה של פרטיות במונחים של שליטה עשויה לנבוע מחוסר הבחנה בין תפיסה מושגית ותפיסה נורמטיבית של פרטיות.

2. היבטים של פרטיות

בהמשך הפרק אנתח היבטים מרכזיים של מושג הפרטיות. הסקירה האמורה מוגבלת בשני מישורים: ראשית, היא אינה ממצה בהכרח את כל ההיבטים האפשריים; שנית, ישנה חפיפה בין חלק מההיבטים.

א. מידע אישי

ההיבט הכללי והבולט ביותר של מושג הפרטיות הוא תפיסת הפרטיות כמצב שבו מידע "אישי" על אדם אינו ידוע לאנשים אחרים.⁷¹ לפי היבטים משלימים של תפיסה זו, הגנה על פרטיות פירושה מניעת פרסום של מידע אישי כאמור,⁷² והפרה של פרטיות פירושה גילוי של מידע כאמור.⁷³ דוגמה להיבט האמור, במסגרת המשפט הנוהג בישראל, יש בכמה חלופות של הגדרת המושג "פגיעה בפרטיות" בחוק הגנת הפרטיות: האזנה אסורה על

69 ראו Moore, לעיל הערה 20, עמ' 116-217; הנ"ל, לעיל הערה 1, עמ' 372-374.

70 ראו לעיל פרק ראשון, סעיף 2.

71 ראו למשל Parent, "Privacy, Morality, and the Law", לעיל הערה 1, עמ' 269; Fried, "Privacy", לעיל הערה 1, עמ' 482; Parent, "A New Definition of Privacy for the Law", לעיל הערה 1, עמ' 306; Moore, לעיל הערה 20, עמ' 216-219.

72 ראו Pound, לעיל הערה 7, עמ' 362 (There is an interest based on the demand) which the individuals may make that his private personal affairs shall not be "laid bare to the world"; Posner, לעיל הערה 2, עמ' 393 (One aspect of privacy) (is the withholding or concealment of information).

73 ראו למשל Beardsley, לעיל הערה 29, עמ' 56, 70 (Selective disclosure constitute); Posner, לעיל הערה 2, עמ' 392-398 (One of the torts that is an aspect of privacy in United States constitutional law) (is 'disclosure of embarrassing private facts').

פי חוק, ⁷⁴ העתקת מסמך שלא נועד לפרסום, ⁷⁵ הפרה של חובת סודיות בנוגע ל"ענייניו הפרטיים של אדם" שנקבעה בדין⁷⁶ או בהסכם, ⁷⁷ "שימוש בידיעה על ענייניו הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר שלא למטרה שלשמה נמסרה"⁷⁸ ו"פרסומו של עניין הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם, או למצב בריאותו".⁷⁹ כדי לצקת תוכן לתפיסה שפרטיות פירושה היעדר נגישות למידע אישי, נדרשת תשובה על השאלה איזה מידע הוא אישי במובן האמור.⁸⁰ מכיוון שבסופו של דבר המטרה המרכזית היא לבחון את המשמעות הנורמטיבית של מושג הפרטיות, השאלה המעניינת היא אילו סוגים של מידע, אם ישנם כאלה, ראוי שייחשבו כפרטיים או אישיים במובן שיש שיקול בעד הסתרתם. התשובה על שאלה זו צריכה להינתן לאור ניתוח השיקולים בעד ונגד (הגנה על) פרטיות. לכן אין לענות על השאלה, איזה מידע נחשב פרטי, בהכרח רק לאור עמדתו של האדם הרלוונטי.⁸¹ כפי שנראה בהמשך, עמדה אחת שוללת לחלוטין את ערכה של פרטיות במובן האמור, תוך העלאת הטענה שדיעה היא תמיד בעלת ערך חיובי עצמאי, לרבות כאשר מדובר בהשגת מידע אישי, ולכן ערכה של פרטיות, ככל שהוא קיים, אינו נובע מהסתרה של מידע אישי כמטרה העומדת בפני עצמה.⁸²

74 חוק הגנת הפרטיות, סעיף 2 (1). להסדר המפורט ראו חוק האזנת סתר.

75 חוק הגנת הפרטיות, סעיף 2 (5).

76 חוק הגנת הפרטיות, סעיף 2 (7).

77 חוק הגנת הפרטיות, סעיף 2 (8).

78 חוק הגנת הפרטיות, סעיף 2 (9).

79 חוק הגנת הפרטיות, סעיף 2 (11).

80 לטענה שלא כל גילוי של מידע על אדם מהווה פגיעה בפרטיותו, המגובה בדוגמאות של גילוי מידע על סטודנט שלא למד למבחן או על אדם מסוים שאינו מעריך אדם אחר (ביחס לפרטיותו של האחרון), ראו Parker, לעיל הערה 2, עמ' 279. ראו גם את הטענה שהתשובה על השאלה אם גילוי של מידע מסוים על אדם פוגע בפרטיותו היא תלוית הקשר, שם, עמ' 279-280.

81 השוו לטענה שאין לקבל את התשובה האמורה משום שהיא אינה מתיישבת עם ההנחה, שיש הסכמה רחבה לגביה, שגם אדם האדיש לשאלה איזה מידע עליו ידוע לאחרים יכול לגלות מידע אישי על עצמו: Parent, "A New Definition of Privacy for the Law", לעיל הערה 1, עמ' 306.

82 R. G. Mayes & M. Alfino, "Rationality and the Right to Privacy", in: D. ראו Bonevac (ed.), *Today's Moral Issues* (Mountain View, CA: Mayfield, 2001,

לעתים מוצעים תנאים נוספים להיבט של הפרטיות המתמקד במידע אישי. לפי הצעה אחת מסוג זה, פרטיות היא מצב שבו מידע אישי שאינו מתועד (undocumented) אינו ידוע לאחרים. לעומת זאת גילוי מידע מתועד, למשל בעיתון, אינו מהווה פגיעה בפרטיות אף אם מדובר במידע אישי.⁸³ האינטואיציה העומדת בבסיס תנאי זה היא ברורה: הרצון שלא לתאר אדם הנחשף למידע אישי מתועד, שלאנשים רבים יש גישה קלה אליו, למשל בעיתון, כפוגע בפרטיות. אולם נראה כי תנאי זה מחטיא את המטרה, שכן הוא מיועד להתמודד עם שאלת ההצדקה של פגיעה בפרטיות או עם שאלת אחריותו של אדם לפגיעה בפרטיות, ולא עם השאלה העומדת על הפרק – עצם הפגיעה. סביר יותר לקבוע שחשיפת מידע אישי מתועד יכולה לפגוע בפרטיות אך לא כל פעולה הכרוכה בפגיעה בפרטיות – אף אם מדובר בפגיעה שאין לה הצדקה – היא פסולה או ראויה לגינוי, למשל כאשר אדם נחשף במקרה למידע אישי בעיתון בלי שעשה מאמץ מיוחד לגלותו. בנוגע לעצם הפגיעה, חשיפת מידע אישי מתועד יכולה לפגוע בפרטיות בשל כמה טעמים. ראשית, נראה כי דרישת התיעוד מבוססת על ההנחה שפרטיות היא שאלה של "הכול או כלום", בעוד שמדויק יותר לראות פרטיות כעניין של מידה. בפרט, יש דרגות שונות של "תיעוד" מידע. לכן פגיעה בפרטיות יכולה להתרחש גם עקב הגעתו של מידע מתועד (במובן מסוים) לידיעתו של אדם שלא ידע עליו קודם לכן. ולפיכך העובדה שמידע אישי מסוים מתועד במובן כלשהו, אינה שוללת את האפשרות של פגיעה בפרטיות. שנית, פגיעה בפרטיות יכולה להתרחש גם עקב הגעתו של מידע מתועד לאדם שכבר נחשף למידע זה בעבר, כמו בדוגמה של ראיית אדם בעירום. לכן התיעוד עצמו אינו שולל את אפשרות הפגיעה בפרטיות. ולבסוף, התנאי העוסק בתיעוד המידע עלול להוליך להבחנות שרירותיות, שכן השאלה איזה מידע הוא שמתועד עשויה להיות תלויה באמצעים טכנולוגיים שקיומם אינו בעל חשיבות מוסרית בהקשר הנידון.⁸⁴ לפיכך נראה שראוי להסתפק בתנאי המתייחס לאופיו האישי של המידע, כבסיס למרכיב האמור של פרטיות.

83–307, pp. (4th edition). להצגת עמדה זו ראו את הדיון בקשר שבין פרטיות

לאוטונומיה אישית, להלן פרק שלישי, סעיף 2.

83 ראו "Parent, 'Privacy, Morality, and the Law', לעיל הערה 1, עמ' 269; הנ"ל, "A New Definition of Privacy for the Law", לעיל הערה 1, עמ' 306, 308.

84 ראו Moore, לעיל הערה 1, עמ' 372; הנ"ל, לעיל הערה 20, עמ' 217–218.

ב. צפייה באדם

היבט קשור של מושג הפרטיות הוא צפייה באדם הנמצא במצב שנתפס כפרטי או אינטימי, ובכלל זה צפייה בגוף האדם,⁸⁵ למשל באדם עירום או באישה בזמן לידה,⁸⁶ או בהתנהגותו של אדם במקום הנתפס כפרטי, למשל בביתו.⁸⁷ הצעה רחבה יותר להגדרת פרטיות, כוללת את כל האפשרויות לחוש (sense) אדם באמצעות חמשת החושים: לא רק לראות אותו אלא גם לשמוע אותו, למשש אותו וכן הלאה.⁸⁸ בישראל כולל חוק הגנת הפרטיות חלופה ברוח דומה, ולפיה פגיעה בפרטיות עלולה להיווצר עקב "בילוש או התחקות אחרי אדם, העלולים להטרידו".⁸⁹

אפשר לראות את התפיסות האמורות כמשקפות היבטים של התפיסה הכללית של פרטיות, המתמקדת בהסתרת מידע אישי, שכן הצפייה באדם או הקליטה של מידע באמצעות החושים באופן כללי, מוליכה בהכרח למידע עליו, לכל הפחות בהיבט של התנהגותו בזמן מסוים. אולם נראה שיש לראות את ההצעות הללו כמשקפות היבט ייחודי, שכן המשמעות העיקרית של פעולות כאמור אינה נוגעת לעצם רכישת המידע אלא לקליטתו באמצעות החושים ובפרט לצפייה במידע.

ג. גוף האדם

הרחבה מתבקשת של התפיסה שצפייה באדם, ובפרט בגופו, מהווה פגיעה בפרטיותו, רואה בחיפוש בגופו של אדם פגיעה בפרטיותו. החשיבות המיוחדת להיבט זה באה לידי ביטוי במשפט הנוהג, בפרט במעמד החוקתי שיש לעתים להגבלות משפטיות על חיפוש, במיוחד חיפוש בגופו של

85 ראו למשל Moore, לעיל הערה 20, עמ' 216-219.

86 לתיאור של פסיקת פיצוי בארצות הברית במאה התשע עשרה, בהקשר של הרוגמה האחרונה, ראו Prosser, לעיל הערה 12, עמ' 389.

87 לטענות שצפייה באדם – בגופו, בהתנהגותו וביחסיו עם אחרים – היא פרדיגמה של פגיעה בפרטיות ראו Scanlon, לעיל הערה 20, עמ' 315; Van Den Haag, לעיל הערה 1, עמ' 151.

88 ראו Parker, לעיל הערה 2, עמ' 280-281.

89 חוק הגנת הפרטיות, סעיף 2 (1).

אדם. דוגמה בולטת היא החוקה של ארצות הברית, שכאמור אינה כוללת הגנה כללית על פרטיות אך כוללת איסור על חיפוש בלתי סביר או ללא צו מפורט, בין השאר בגופו של אדם.⁹⁰ בישראל קיבל היבט זה ביטוי במסגרת ההגנה החוקתית על הפרטיות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובעת בין השאר שאין לערוך חיפוש "על גופו ובגופו" של אדם.⁹¹

בישראל התעוררה בפסיקה מחלוקת בשאלה אם פעולה הכרוכה בשימוש בכוח כלפי גופו של אדם מהווה פגיעה בפרטיות במובן המיוחד למושג זה בחוק הגנת הפרטיות, בפרט לאור החלק האחרון של החלופה שלפיה "בילוש או התחקות אחרי אדם, העלולים להטרידו, או הטרדה אחרת" מהווים פגיעה בפרטיות.⁹² מחלוקת זו התמקדה פחות בניתוח כללי של מושג הפרטיות ויותר בשאלות: איזו פרשנות נאמנה יותר ללשונו ולרוחו של חוק הגנת הפרטיות, ומהו ההיקף הראוי של כלל הפסילה של ראייה שהושגה באמצעות חיפוש בלתי חוקי.⁹³ בכל הנוגע לניתוח של מושג הפרטיות באופן כללי, נטען שפעולה כאמור אינה מהווה פגיעה בפרטיות, מכיוון שההיבט הדומיננטי שלה הוא פגיעה בגוף ולא בפרטיות.⁹⁴ בפרט נפסק ברוב דעות שהשקיית אדם במי מלח במטרה לגרום לו להקיא, כדי לבחון אם בלע סמים, אינה מהווה פגיעה בפרטיות כמובנה בחוק הגנת הפרטיות (אף שהיא מהווה עברה פלילית אחרת: תקיפה).⁹⁵ עמדת המיעוט הייתה שפעולה כזאת מהווה פגיעה בפרטיות במסגרת החוק האמור.⁹⁶ במקרה אחר נפסק שניתוח שבוצע בניגוד לרצונו של אדם במטרה להציל את חייו, לאור ההערכה שיש בגופו שקיות סם העולות לגרום למותו, אינו מהווה פגיעה אסורה

90 ראו United States Constitution, Amendment IV
 91 חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 7 (ב).
 92 חוק הגנת הפרטיות, סעיף 2 (1).
 93 חוק הגנת הפרטיות, סעיף 32.
 94 ראו ד"ר 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 874-837 (1988), עמ' 857-853 (השופט אלון).
 95 ראו שם, עמ' 849-853 (השופט שמגר), 857-853 (השופט אלון), 860 (השופט ברק), 862-861 (השופט שלמה לויזן); בג"ץ 249/82 ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד לז(2) 436-393 (1983), עמ' 428-423 (השופט ברק).
 96 ראו שם, עמ' 874-862 (השופט ברק); בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, לעיל הערה 94, עמ' 420-414 (השופט ברק), עמ' 436-428 (השופט שיינבוים).

בפרטיות. לפי עמדה אחת, ככלל אסור לבצע טיפול רפואי ללא הסכמה, אף במקרים של הצלת חיים, אך יש לכלל זה חריגים וביניהם החריג של התנגדות הנובעת מטעם שאינו נוגע לבריאות.⁹⁷ לפי עמדה אחרת, אין לקבל את הכלל האמור – האוסר על טיפול רפואי ללא הסכמה – במצב של סכנה מידית וודאית לחיים או לנזק חמור לבריאות.⁹⁸ לא ברור אם הבסיס להחלטה האמורה היה היעדר פגיעה בפרטיות או פגיעה מוצדקת בפרטיות.⁹⁹ כאמור, הדיון במקרים אלו התמקד פחות במושג הכללי של פרטיות ויותר בשאלות אחרות. בכל הנוגע למושג הפרטיות, נראה שחיפוש בכוח בגופו של אדם כולל הן היבט של פגיעה בגוף והן היבט של פגיעה בפרטיות, ומידת הדומיננטיות של כל היבט תלויה בפרטים נוספים המשתנים בהתאם לסוג המצב.

ד. מרחב אישי

היבט בולט אחר של מושג הפרטיות הוא מרחבי: הגדרה של מקום או אזור שצפייה בו או חדירה אליו מהווה פגיעה בפרטיות.¹⁰⁰ הדוגמה הפרדיגמטית למרחב כזה היא בית המגורים.¹⁰¹ אולם ישנם גם מקומות אחרים שנהוג לראותם כפרטיים, כגון חדר במלון, חדר פרטי ברכבת או באנייה¹⁰² ותא שירותים ציבוריים.

97 ראו ע"פ 480/85 קורטאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 698-673 (1986), עמ' 682-688 (השופט ברק).

98 ראו שם, עמ' 695-698 (השופט בייסקי).

99 להבחנה זאת ראו לעיל פרק ראשון, סעיף 1.

100 ראו Prosser, לעיל הערה 12, עמ' 389 (One of the torts that is an aspect of privacy in United States constitutional law is 'intrusion upon the plaintiff's (seclusion or solitude)').

101 לקשר שבין פרטיות ובין קניין פרטי בכלל ובית מגורים בפרט ראו M. J. Radin, "Property and Personhood", *Stanford Law Review* 34 (1982), pp. 991-1002. ראו גם את הקישור בין מושג הפרטיות ובין האמרה "ביתו של אדם הוא מבצרו ובגדריו הוא זכאי לכך שניחו אותו לעצמו", ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס, פ"ד מט(3) 354-309 (1995), עמ' 353 (השופט ברק).

102 להטלת אחריות משפטית בגין חדירה לחדר מלון ותא שינה באונייה בארצות הברית ראו Prosser, לעיל הערה 12, עמ' 389.

היבט זה בא לידי ביטוי בקישור המקובל בין פרטיות ובין הגבלות משפטיות על הסגת גבול או על חיפוש במקומות כאמור. כך למשל, האיסור על חיפוש בלתי סביר או ללא צו מפורט חל בחוקת ארצות הברית גם על ביתו של אדם.¹⁰³ בגרמניה כולל חוק היסוד הוראה המגנה על פרטיות מקום המגורים,¹⁰⁴ והוראה זו פורשה כחלה גם על "מרחב מחייה אישי", שיכול לכלול למשל גם מקום עבודה.¹⁰⁵ בישראל כוללת ההגנה החוקתית על הפרטיות, בין השאר, גם הגנה על "רשות היחיד" של אדם מפני "כניסה",¹⁰⁶ ועל "רשות היחיד" של אדם מפני חיפוש.¹⁰⁷ בהקשר זה יש לציין גם שתי חלופות בחוק הגנת הפרטיות שלפיהן פגיעה בפרטיות עלולה להיווצר עקב "צילום של אדם כשהוא ברשות היחיד",¹⁰⁸ ועקב "פרסומו של עניין הנוגע [...] להתנהגותו [של אדם] ברשות היחיד".¹⁰⁹

התפיסה המרחבית משקפת היבט חשוב נוסף של מושג הפרטיות. עם זאת ברור שהיא אינה יכולה להיות ממצה. ראשית, ברור שהגדרה מרחבית אינה תנאי הכרחי של פרטיות, שכן אפשר לפגוע בפרטיותו של אדם מבחינה אחרת בכל אזור – לא רק באזור שסביר להגדירו כאישי, כמו בית מגורים, אלא אף באזור שהוא פומבי לפי כל תפיסה מתקבלת על הדעת – לדוגמה, על ידי גילוי מידע אישי עליו. שאלה אחרת היא אם סביר לראות כל כניסה לאזור אישי מובהק, כגון בית מגורים, כפגיעה בפרטיות, למשל כניסה לאזור של בית מגורים שאין בו היבט אישי, כגון חניון פרטי בזמן שהאדם אינו נמצא בכיתו. אם אין מקום לראות פעולה כזאת כפגיעה בפרטיות, ישנן שתי אפשרויות. אפשרות אחת היא שהגדרה מרחבית משקפת באופן מלא היבט של פרטיות, אך יש צורך להגדיר את האזור

103 ראו United States Constitution, Amendment IV

104 Basic Law of the Federal Republic of Germany, Art. 13

105 ראו Kommers, לעיל הערה 14, עמ' 335.

106 חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 7 (ב) ("אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו").

107 חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 7 (ג) ("אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם").

108 חוק הגנת הפרטיות, סעיף 2 (3).

109 חוק הגנת הפרטיות, סעיף 2 (11).

האישי שחדירה אליו מהווה פגיעה בפרטיות – בצורה מדויקת יותר, למשל באמצעות הבחנה בין אזורים אישיים ואזורים לא אישיים בבית מגורים. אפשרות שנייה היא שהגדרה מרחבית אינה מהווה אפילו תנאי מספיק של פרטיות, ויש להשלימה לאור גורמים אחרים, לא מרחביים.

מכל מקום, אף כי תפיסת הפרטיות כהיעדר נגישות למרחב אישי אינה ממצה את מושג הפרטיות, אין ספק שהיא משקפת היבט חשוב שלו. אולם בדומה לתפיסה הראשונה, של פרטיות כהיעדר נגישות למידע אישי, גם בנוגע לתפיסה של פרטיות כהיעדר נגישות למרחב אישי נדרשת תשובה על השאלה: איזה מרחב הוא אישי? ושוב, מכיוון שבסופו של דבר המטרה המרכזית היא לבחון את המשמעות הנורמטיבית של מושג הפרטיות, השאלה המעניינת היא אילו סוגים של אזורים ראוי שייחשבו כפרטיים או אישיים. לפיכך גם התשובה על שאלה זו צריכה להינתן לאור הניתוח הנורמטיבי של השיקולים השונים בעד פרטיות.

ה. חפצים אישיים

היבט אחר של מושג הפרטיות קשור לחפצים אישיים, כגון תיק אישי. בדומה להיבטים של מושג הפרטיות העוסקים בגוף ובמרחב האישי, גם ההיבט האמור בא לידי ביטוי בהגבלות משפטיות על חיפוש במשפט הנוהג, בפרט במישור החוקתי. כך למשל קובעת החוקה של ארצות הברית איסור על חיפוש בלתי סביר וללא צו מפורט, בין השאר במסמכים ובחפצים של אנשים.¹¹⁰ בישראל קיבל היבט זה ביטוי במסגרת ההגנה החוקתית על הפרטיות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שם נאסר על חיפוש ב"כלי" של אדם.¹¹¹

ו. נגישות לאדם

עמדה אחרת משלבת בין כמה היבטים של מושג הפרטיות, ובפרט אלו העולים מהסעיפים הקודמים במסגרת מושג הנגישות (access) לאדם. לפי עמדה זו, פרטיות של אדם פירושה הגבלת הנגישות של אנשים אליו בשלושה מובנים המשלבים היבטים תוכניים ומרחביים: ידיעת מידע על אדם, ללא הגבלה על

110 ראו United States Constitution, Amendment IV. להטלת אחריות בגין חיפוש בתיק
ראו Prosser, לעיל הערה 12, עמ' 389.
111 חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 7 (ג).

אופי המידע ודרכי השגתו (פרטיות במובן של "חשאיות"); תשומת לב אל אדם (פרטיות במובן של "אנונימיות"); קרבה פיזית אל אדם (פרטיות במובן של "כדידות"). כל ההיבטים של ההגדרה הכללית האמורה, בדומה לתפיסות אחרות של מושג הפרטיות, הם אפוא עניין של מידה, שכן נגישות בכל המובנים האמורים יכולה להיות בדרגות שונות, למשל מידע על אדם מסוים יכול להיות לא ידוע לאיש, ידוע למספר קטן של אנשים או למספר גדול של אנשים.¹¹² הגדרת הפרטיות במובנים האמורים של היעדר נגישות אמורה להיות שלמה, שכן היא מניחה כי ידיעה של כל מידע על אודות אדם, כל תשומת לב אל אדם וכל קרבה פיזית לאדם, מהווים פגיעה בפרטיות. אולם לפחות בנוגע למובן הראשון – נגישות כדיעת מידע על אדם – נראה שגם הגדרה זו מחייבת השלמה, כדי לזהות מידע שצריך להיחשב כנוגע לאדם במובן הרלוונטי, שכן ספק אם הגיוני לראות כל מידע שיש לו נגיעה כלשהי לאדם כמידע שידיעתו פוגעת בפרטיותו של אותו אדם.

התפיסה האמורה של פרטיות מוסיפה להיבטים הספציפיים שכבר הוזכרו – פרטיות כהסתרה של מידע אישי, כצפייה באדם וכמרחב אישי סגור – את הטענה שפרטיות נפגעת מעצם קיומה של תשומת לב ומעצם קיומה של קרבה פיזית. השאלה אם טענה זו נכונה צריכה להיבחן גם היא במישור הנורמטיבי, לאור השיקולים השונים בעד פרטיות, כדי לבחון אם הם חלים על פרטיות במובנים אלה. על התפיסה האמורה של מושג הפרטיות במונחים של היעדר נגישות נמתחה ביקורת, בנימוק שהיא אינה מבחינה בין פרטיות ובין אמצעים להשגת פרטיות (או אמצעים לפגיעה בפרטיות). לפי הביקורת האמורה, היעדר נגישות הוא אמצעי להבטחת פרטיות, כשם שנגישות היא אמצעי לפגיעה בפרטיות, אך לא פרטיות.¹¹³ ביקורת זו עשויה להיות נכונה ככל שהיא נוגעת לנגישות במובן של תשומת לב וקרבה פיזית, אך נראה שהיא אינה תקפה כשמדובר בנגישות במובן של ידיעת מידע על אדם (בכפוף, כאמור, לצורך בהגדרה מדויקת יותר של אופי המידע שידיעה שלו מהווה פגיעה בפרטיות). עם זאת כדי להכריע

112 ראו Gavison, "Privacy and the Limits of Law", לעיל הערה 17, עמ' 423, 428-436; Moore, לעיל הערה 1, עמ' 371.

113 ראו Parent, "Privacy, Morality, and the Law", לעיל הערה 1, עמ' 274-275.

בשאלת תוקפה של הביקורת האמורה, יש לפנות שוב לשאלה הנורמטיבית, אילו שיקולים תומכים במובנים שונים של פרטיות.

טענה אחרת שהועלתה נגד תפיסת הפרטיות כהיעדר נגישות היא שיש להבחין בין סוגים שונים של מגבלות על נגישות, שכן מגבלה נורמטיבית – מוסרית או משפטית – אינה מונעת בהכרח פגיעה בפרטיות.¹¹⁴ טענה זו נכונה אך אינה נוגעת להגדרה האמורה של נגישות, שכן היא עוסקת במובנים עובדתיים של נגישות – ידיעת מידע, תשומת לב וקרבה פיזית. אולם יש לציין שמגבלות נורמטיביות על נגישות עשויות להיות בעלות השפעה על נגישות במובן העובדתי, ככל שהן משפיעות על התנהגותם של אנשים.

ז. ה"זכות להיעזב במנוחה"

הגדרה ידועה של מושג הפרטיות שנועדה להצביע על הגנה על פרטיות כמכנה המשותף של מספר רב של הכרעות שיפוטיות בהקשרים שונים, בארצות הברית בסוף המאה התשע עשרה, רואה את ה"זכות לפרטיות" כ"זכות להיעזב במנוחה" ("the right to be let alone").¹¹⁵

תפיסה זו אינה ברורה, שכן אפשר לחשוב על מובנים שונים של "עזיבת אדם במנוחה". במובנה הרגיל הגדרה זו היא רחבה מדי, שכן אפשר לראות כמעט כל פגיעה באדם כנכללת במסגרתה, ולכן היא אינה מבחינה בין פרטיות ובין אינטרסים אחרים.¹¹⁶ לדוגמה, הגדרה זו כוללת פעולות כמו תקיפה, שעיקר משמעותן הוא הפגיעה הפיזית הכרוכה בהן ולא הפרה של פרטיות,¹¹⁷ וכן פעולות כגון גביית מס הכנסה, שאינן נראות כהפרה של פרטיות¹¹⁸ (בנוסף נטען

114 שם, עמ' 274.

115 למקורו של הביטוי ראו Warren & Brandeis, לעיל הערה 1, עמ' 195, 205. עם זאת יש לציין שמאמר זה אינו כולל הגדרה ברורה של המונח "פרטיות" ואזכור המונח "the right to be let alone" מועלה בו כבסיס לזכות לפרטיות, שאינו חייב להיות זהה לזכות עצמה.

116 ראו Gavison, "Privacy and the Limits of Law", לעיל הערה 17, עמ' 437-438.

117 ראו Thomson, לעיל הערה 1, עמ' 295; Parent, "Privacy, Morality, and the Law"; לעיל הערה 1, עמ' 271-272; הנ"ל, "A New Definition of Privacy for the Law", לעיל הערה 1, עמ' 321-322.

118 ראו Parker, לעיל הערה 2, עמ' 276.

גם שהגדרה זו היא צרה מדי, מפני שהיא אינה מכסה פגיעה בפרטיות באמצעות מכשירים טכנולוגיים ממרחק, שלכאורה אינה מפרה את זכותו של האדם הרלוונטי "להיעזב במנוחה".¹¹⁹ לכן השאלה היא אילו היבטים של "הזכות להיעזב במנוחה" נוגעים במיוחד לפרטיות.

ח. הפרעה לאדם

תפיסה דומה של מושג הפרטיות, שקיבלה ביטוי גם במשפט של ארצות הברית, עונה על השאלה מה מהווה פגיעה בפרטיות באמצעות המושג "חדירה" או "הפרעה" (intrusion) לאדם.¹²⁰ בדומה לרעיון של "עזיבת אדם במנוחה", גם התפיסה האמורה נראית רחבה מדי, שכן הפרעה לאדם אינה בהכרח פגיעה בפרטיותו (אם כי היא יכולה לכלול גם היבט כזה). לכן יש לבחון ביתר פירוט, אילו סוגים של הפרעה מהווים פגיעה בפרטיות.

ט. מעורבות של המדינה בחייו של אדם

תפיסה קשורה של מושג הפרטיות, מתמקדת בהגנה על אנשים מפני מעורבות המדינה בחייהם.¹²¹ הגדרה זו משקפת היבט בולט של תפיסת הפרטיות כ"זכות להיעזב במנוחה", המתמקד בפעולות של המדינה בלבד.

בדומה לרעיון הכללי של פרטיות כ"עזיבת אדם במנוחה", גם תפיסה זו נראית רחבה מדי, שכן כאמור, מעורבות בחייו של אדם – לרבות מעורבות של אדם הממלא תפקיד ציבורי במסגרת רשות של המדינה – אינה פוגעת בהכרח (רק או בעיקר) בפרטיות, אם כי היא יכולה לעתים לפגוע גם בפרטיות. יתר על

119 ראו Thomson, לעיל הערה 1, עמ' 295.

120 ראו למשל Scanlon, לעיל הערה 20, עמ' 315; Prosser, לעיל הערה 12, עמ' 389;

C. J. Friedrich, "Secrecy versus Privacy: 192-191", עמ' 55, Freund

The Democratic Dilemma", בתוך: Pennock & Chapman, לעיל הערה 1, עמ' 120,

"In the legal perspective, the problem of privacy is primarily that) 120-105 of protecting the private sphere against intruders, whether governmental or

Van Den Haag; "other לעיל הערה 1, עמ' 152.

121 ראו למשל Weinstein, לעיל הערה 20, עמ' 24-21; Hirshleifer, "Privacy: Its

Origin, Functions and Future", *Journal of Legal Studies* 9 (1980), pp. 649-664

(מופיע גם בתוך: Wacks, לעיל הערה 1, עמ' 278-263), עמ' 651, Henkin, לעיל

הערה 2, עמ' 1411.

כן, ההתמקדות בפעולותיו של נושא משרה ציבורית בלבד נראית שרירותית בכל הנוגע להיקפו של מושג הפרטיות. גם פעולה של אדם שאינו ממלא תפקיד ציבורי יכולה לפגוע בפרטיותו של אדם (אחר). אמנם ייתכן שפעולה של אדם הממלא תפקיד ציבורי, יוצרת באופן טיפוסי סכנה חמורה במיוחד של פגיעה בפרטיות (אם כי גם אדם שאינו ממלא תפקיד ציבורי, ובפרט בעל תפקיד במסגרת גוף פרטי כגון כלי תקשורת, יכול ליצור סכנה חמורה של פגיעה בפרטיות), אך נקודה זו אינה רלוונטית למשמעותו של מושג הפרטיות.

הסבר אפשרי לתפיסה של פרטיות כהגנה מפני מעורבות של אדם הפועל במסגרת רשות של המדינה, בכל הנוגע למשפט הנוהג בארצות הברית, הוא התפיסה המקובלת שם שהמשפט החוקתי מוגבל לבחינת פעולותיו של בעל תפקיד במסגרת רשות של המדינה (הממשל הפדרלי והמדינות השונות), להבדיל מפעולות של אדם שאינו ממלא תפקיד כזה (State Action Doctrine).¹²² מובן שתפיסה זו, אף אם היא מוצדקת, אינה יכולה לשמש בסיס להגדרה מוצלחת של מושג הפרטיות עצמו, להבדיל מהיקף ההגנה המשפטית ובפרט החוקתית עליו בשיטת משפט מסוימת.

י. החלטות אישיות

תפיסה מקובלת נוספת של מושג הפרטיות כוללת במסגרתו החלטות מסוימות של אנשים שנחשבות "אישיות" או "פרטיות" ושנטען כי אין להתערב בהן או להגבילן.¹²³

הביטוי הידוע ביותר של התפיסה האמורה במשפט הנוהג הוא שורה של פסקי דין של בתי המשפט בארצות הברית שבחנו את החוקתיות של הסדרים משפטיים שהטילו מגבלות על יכולתם של אנשים להחליט על עניינים מסוימים הנוגעים

122 ראו למשל: J. E. Nowak & R. D. Rotunda, *Constitutional Law* (St. Paul, MN: West, 1991, 4th edition), ch. 12

123 ראו למשל: Beardsley, "Privacy Is Not an Isolated Freedom", בתוך: Pennock & Chapman, *לעיל* הערה 1, עמ' 72 "A territory is staked out that is peculiarly our own. Its boundaries may be crossed by others only when we expressly invite them. Within these boundaries our own interests are sovereign, all initiative is ours, we are free to do our thing, insulated against outside influence and observation. This condition of insulation (we call privacy)".

לחיייהם, בעיקר החלטות בעלות חשיבות מיוחדת, בהסתמך על ההגנה החוקתית על פרטיות. הדוגמאות הידועות ביותר הן פסקי דין שבהם נקבע שהזכות החוקתית ל"פרטיות" מהווה שיקול חוקתי נגד חוקים המטילים הגבלות על שימוש באמצעי מניעה,¹²⁴ ביצוע הפלה (למשל, חוק הקובע שהפלה אסורה למעט כאשר הדבר דרוש לשם הצלת חיי האישה ההרה)¹²⁵ או סירוב לקבל טיפול רפואי מאריך חיים.¹²⁶ גם בספרות המשפטית נטען לעתים שנושאים אלה נכללים במסגרת מושג הפרטיות.¹²⁷

- 124 קביעה זו נעשתה ראשית בנוגע לזוגות נשואים, ולאחר מכן היא הוחלה גם על זוגות לא נשואים. ראו: *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965), pp. 482–483; ראו *Eisenstadt v. Baird* 405 U.S. 438 (1972), p. 453 ("If the right of privacy means anything, it is the right of the individual, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child")
- 125 *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973), pp. 152–153 ("The Constitution does not explicitly mention any right of privacy. In a line of decisions, however [...] the Court has recognized that a right of personal privacy, or a guarantee of certain areas or zones of privacy, does exist under the Constitution. In varying contexts, the Court or individual Justices have, indeed, found at least the roots of that right in the First Amendment [...] in the penumbras of the Bill of Rights [...] in the Ninth Amendment [...] or in the concept of liberty guaranteed by the first section of the Fourteenth Amendment [...] These decisions make it clear that only personal rights that can be deemed 'fundamental' or 'implicit in the concept of ordered liberty' [...] are included in this guarantee of personal privacy. They also make it clear that the right has some extension to activities relating to marriage [...] contraception [...] family relationships [...] and child rearing and education [...] This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or, as the District Court determined, in the Ninth Amendment's reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy")
- 126 *In The Matter of Quinlan* 355 A. 2nd 647 (1976), p. 663 ("The unwritten constitutional of privacy [...] is broad enough to encompass a patient's decision to decline medical treatment under certain circumstances")
- 127 E. J. Bloustein, "Privacy is Dear at Any Price: A Response to ראו למשל Professor Posner's Economic Theory", *Georgia Law Review* 12 (1978), pp.

בגרמניה נפסק שההגנה החוקתית על פרטיות כוללת, בין היתר, זכות של אדם להחליט על עמדותיו והתנהגותו בנוגע למין, ובפרט אם לקבל השפעה על עמדותיו והתנהגותו בנושא זה מאחרים.¹²⁸

נגד התפיסה האמורה נטען ששימושים אלה במונח "פרטיות" אינם מבחינים בין פרטיות ובין אינטרסים אחרים, ובפרט אינם מבחינים בין פרטיות מצד אחד, ובין חירות ואוטונומיה אישית מצד אחר. לדוגמה, למרות הקישור האינטואיטיבי של פרטיות לנושאים כמו הולדת ילדים והפלה, הסדרים משפטיים המגבילים את חופש ההחלטה על שימוש באמצעים למניעת הריון או להפסקתו נראים כפוגעים בחירות או באוטונומיה ולא בפרטיות.¹²⁹ השאלה אם ביקורת זו היא מוצדקת, צריכה להיבחן כאמור לאור השאלה אם שיקולים התומכים בהיבטים פרדיגמטיים של פרטיות תומכים גם במונח האמור. בפרט יש לבחון את הקשר שבין פרטיות ובין אוטונומיה. כפי שנראה בהמשך, ישנם אמנם טיעונים שלפיהם ערכה של פרטיות נגזר מתרומתה לאוטונומיה. אולם רק חלק מטיעונים אלה מבוססים על נימוקים שעשויים להיות רלוונטיים להגבלה של קבלת החלטות בנושאים אישיים.¹³⁰

יא. מטרידים

תפיסה אחרת של מושג הפרטיות, שאף היא באה לידי ביטוי בפסקי דין של בתי משפט בארצות הברית, מקשרת בין פרטיות ובין מטרידים כגון רעש או ריח לא רצוי, שיחות טלפון חוזרות ונשנות או משלוח דואר בלתי מוזמן. לעתים מוחלת

"If privacy is a loss of control) 291-290 עמ' 444-447; Parker over by whom one can be sensed, then to be forced to go through pregnancy, (childbirth and especially raising a child is a severe loss of privacy"

128 ראו Kommers, לעיל הערה 14, עמ' 502.

129 לתיאור ההסתמכות על המושג "פרטיות" בהקשרים אלה ולביקורת האמורה ראו

Gavison, "Privacy and the Limits of Law", לעיל הערה 17, עמ' 440-436; Gross,

לעיל הערה 32, עמ' 181-180; Parent, "Privacy, Morality, and the Law", לעיל

הערה 1, עמ' 285-283; הנ"ל, "A New Definition of Privacy for the Law", לעיל

הערה 1, עמ' 318-312; Henkin, לעיל הערה 2, עמ' 1429-1419.

130 ראו את הדיון בקשר שבין פרטיות לאוטונומיה אישית להלן פרק שלישי, סעיף 2.

התפיסה האמורה גם על מטרדים במקומות ציבוריים, ואף על שלטי פרסומת.¹³¹ גם תפיסה זו קושרה לרעיון הכללי של "עזיבת אדם במנוחה".¹³² בישראל כולל כאמור חוק הגנת הפרטיות חלופה שלפיה פגיעה בפרטיות עלולה להיווצר עקב "בילוש או התחקות אחרי אדם, העלולים להטרידו, או הטרדה אחרת".¹³³ חלופה זו רואה אפוא בהטרדה תנאי הכרחי, במסגרת החלופה האמורה. על התפיסה האמורה נמתחה ביקורת, שנראית מוצדקת, ולפיה היא אינה משקפת תפיסה מדויקת של פרטיות ואינה מבחינה בין פרטיות ובין האינטרס של אנשים להימנע מהטרדה במובנים האמורים.¹³⁴

יב. הצגת אדם באור מטעה

לעתים מקושר מושג הפרטיות לפרסום של פרטים על אדם, העלול לגרור יחס שלילי כלפיו. כך למשל, סיווג מקובל של היבטי ההגנה החוקתית על פרטיות בארצות הברית כולל חלופה של הצגת אדם באופן מטעה, למשל תיאור שגוי של פרטים על אדם או ייחוס שגוי של פעולה מסוימת לאדם, באופן שעלול לגרור יחס שלילי כלפיו.¹³⁵

נראה כי בצדק נטען שפרסום העלול לגרור יחס שלילי כלפי אדם מהווה פגיעה בשמו הטוב של אדם ולא בפרטיותו.¹³⁶

- 131 ראו Freund, לעיל הערה 55, עמ' 182-188. לפסיקה בארצות הברית המטילה אחריות בגין הטרדה טלפונית ראו Prosser, לעיל הערה 12, עמ' 391.
- 132 ראו למשל Beardsley, לעיל הערה 29, עמ' 56-59.
- 133 חוק הגנת הפרטיות, סעיף 2 (1).
- 134 לתיאור ההסתמכות על מושג הפרטיות בהקשרים אלה ולביקורת על כך ראו Gavison, "Privacy and the Limits of Law", לעיל הערה 17, עמ' 436-440; Parent, "Morality, and the Law", לעיל הערה 1, עמ' 284-285; הנ"ל, "A New Definition of Privacy for the Law", לעיל הערה 1, עמ' 322-323.
- 135 ראו למשל Prosser, לעיל הערה 12, עמ' 401-398; Freund, לעיל הערה 55, עמ' 191.
- 136 על העילה בארצות הברית ראו למשל Prosser, לעיל הערה 12, עמ' 400 ("The interest protected is clearly that of reputation for the Law", לעיל הערה 1, עמ' 323. על החלופה בחוק הגנת הפרטיות בישראל ראו ח' גנאים, מ' קרמניצר וב' שנוור, לשון הרע: הדין המצוי והדין הרצוי (ירושלים: המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הארי סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים והמכון הישראלי לרמוקרטיה, 2005), עמ' 184.

יג. שימוש בשמו או בדמותו של אדם לשם הפקת רווח

הסיווג האמור של היבטי ההגנה החוקתית על פרטיות בארצות הברית, כולל גם היבט של עשיית שימוש בשמו או בדמותו, למשל תמונתו, של אדם לשם הפקת רווח, למשל במסגרת פרסומת מסחרית.¹³⁷ בדומה לזה, בישראל כולל חוק הגנת הפרטיות חלופה של "שימוש בשם של אדם, בכינויו, בתמונתו או בקולו לשם רווח".¹³⁸

אולם נראה שהפגיעה העיקרית הכרוכה בשימוש בדמותו של אדם לשם עשיית רווח, אינה פגיעה בפרטיות אלא פגיעה באינטרסים אחרים, כגון חירות אישית, אוטונומיה אישית ואינטרס כלכלי.¹³⁹

פרק שלישי

שיקולים בעד פרטיות

הניתוח המושגי של פרטיות מחייב השלמה, לאור התשובה על השאלה הנורמטיבית, בדבר ערכה של פרטיות. בפרק זה אבחן אפוא שיקולים מרכזיים בעד פרטיות, כדי לבחון אם – או באיזו מידה – הם תומכים בהיבטים האמורים של מושג הפרטיות שהוזכרו בפרק הקודם (בלי לנסות לגבש רשימה ממצה של שיקולים כאלה).¹⁴⁰

חשוב להדגיש שהשאלה העומדת על הפרק בשלב זה היא: מהם השיקולים התומכים בהגנה על פרטיות במובן מסוים ובהיקף מסוים, ולא מהי המסקנה הכוללת בנוגע להיקף הפרטיות שיש הצדקה להגן עליה, שכן מסקנה זו תלויה גם בשיקולים נגד פרטיות שייבחנו בהמשך.

137 ראו למשל Prosser, לעיל הערה 12, עמ' 401-407; Freund, לעיל הערה 55, עמ' 190-191.

138 חוק הגנת הפרטיות, סעיף 2(6).

139 ראו למשל Prosser, לעיל הערה 12, עמ' 406-407; Parent, "A New Definition of Privacy for the Law", לעיל הערה 1, עמ' 324-325.

140 לסקירה מפורטת של שיקולים בעד פרטיות ראו Gavison, "Privacy and the Limits of Law", לעיל הערה 17, עמ' 440-456.

אחת השאלות הכלליות העולות היא כאמור אם השיקולים בעד פרטיות תומכים בתפיסה אחידה של פרטיות או בתפיסות שונות של פרטיות, התלויות במאפיינים אישיים של אנשים או במסגרת התרבותית שבה הם חיים. בפרט, כפי שציינתי, ייתכן שיש מקום להגדיר את התחום הפרטי לאור קונבנציות מסוימות.¹⁴¹

עם זאת יש לזכור שגם אם נכונה ההנחה שהגדרה של תחומים מסוימים כפרטיים חשובה יותר מאופיים של תחומים אלה, ייתכן שישנם יתרונות או חסרונות להגדרת תחומים שונים כפרטיים.

1. רווחה אישית

שיקול כללי בעד פרטיות מייחס חשיבות לפרטיות לאור תרומתה לרווחתם של אנשים, שכאמור אין מחלוקת על חשיבותה המוסרית. לפי טענה כללית אחת מסוג זה, פרטיות היא בעלת ערך בשל היותה תנאי לרווחה או לשגשוג של אדם, מפני שכל אדם זקוק לאפשרות של בידוד כאשר הוא נמצא במסגרת חברתית. לפיכך נטען שלא תיתכן מסגרת חברתית יציבה בהיעדר כללים שיקבעו מוסכמות בנוגע לאינטראקציה בין אנשים, בפרט בנוגע למצבים שבהם מפגש של אנשים הוא לגיטימי, ובהתאם בנוגע למצבים שבהם נדרשת הפרדה בין אנשים. כתמיכה לטענה זו מוזכרות ראיות אמפיריות שלפיהן במסגרת כל חברה אנושית מוכרת נקבעו כללים מסוג זה, ומוזכרות אף ראיות המצביעות על כך שגם בעלי חיים אחרים זקוקים לאפשרות להתבודד.¹⁴²

מנקודת מבט הפוכה, ברור שפגיעה בפרטיות יכולה לעתים לשמש בסיס לפעולה הפוגעת באינטרס של אדם, למשל גילוי של מידע על אדם יכול לשמש אמצעי למעקב מטריד אחריו או לסחיטה שלו.¹⁴³ נראה שברוח זו אפשר להבין

141 לאפשרות זו ראו לעיל במבוא, סעיף 2, ולהלן סעיף 2.

142 ראו Moore, לעיל הערה 20, עמ' 219-222; R. J. Pennock, "Introduction", בתוך: S. I. Benn, "Privacy, Freedom, and Respect for Persons", עמ' xiv-xiii, 1, Pennock & Chapman, (מופיע גם בתוך: Wacks, לעיל הערה 1, כרך 1, עמ' 281-306), עמ' 12-13; Freund, לעיל הערה 55, עמ' 196.

143 ראו McCloskey, לעיל הערה 1, עמ' 311-312.

את הטענה "ידע הוא כוח" – במובן שידע עשוי להיות אמצעי להשגת כוח, היכול לשמש למטרה ראויה או למטרה פסולה.¹⁴⁴

הטענות האמורות על הקשר שבין פרטיות לרווחה אישית, מצביעות על כך ששמירה על פרטיות יכולה לתרום לרווחתו של אדם בדרכים שונות. אולם בנוסחן הכללי, טענות אלו אינן תורמות תרומה ממשית להבנת חשיבותה המוסרית של פרטיות, כל עוד הן אינן מלוות בפירוט המסביר מדוע ובאילו דרכים דרושה הפרטיות לרווחה אישית.

יתר על כן, הדרכים שבהן שמירה על תחום פרטי יכולה לתרום לרווחה אישית הן מגוונות מאוד, וספק אם סביר לראות את כולן כמשקפות אינטרס ייחודי בפרטיות, הנבדל מהיבטים אחרים של רווחה אישית. לדוגמה, גילוי של מידע על אדם עלול לפגוע באינטרס כלכלי שלו וכך ברווחתו, אבל ספק אם יש לראות כל גילוי של מידע כזה כפוגע בהכרח באינטרס ייחודי בפרטיות.¹⁴⁵ לכן השאלה היא אם אפשר להצביע על היבטים ספציפיים יותר, בעלי מכנה משותף ייחודי ומשמעותי בנוגע לערכה של פרטיות, לאור תרומתה לרווחה אישית. כפי שנראה, טיעונים ספציפיים כאלה אכן מועילים בהקשרים שונים.

2. אוטונומיה אישית

קבוצה בולטת של טענות על ערכה של פרטיות מקשרת בין האפשרות של אדם לפעול במסגרת תחום פרטי ובין אוטונומיה אישית. ביטוי בולט לטענות אלה הוא הגדרת הפרטיות כשליטה על החלטות אישיות.¹⁴⁶ נקודת המוצא של טיעונים אלה היא ההנחה שיש ערך לאוטונומיה אישית ובפרט לחשיבה

144 ראו F. Schauer, "Reflections on the Value of Truth", *Case Western Reserve Law Review* 41 (1991), pp. 669–724 (מופיע גם בתוך: Wacks, לעיל הערה 1, כרך 2, עמ' 407–432), עמ' 713–717.

145 לדוגמאות שונות של הסתרת מידע שעשויה לשרת אינטרס של אנשים ולטענה שדוגמאות אלה אינן משקפות היטב את ערכה של הפרטיות ראו J. Rachels, "Why Privacy is Important", *Philosophy & Public Affairs* 4 (1975), pp. 323–333 (מופיע גם בתוך: Barendt, לעיל הערה 1, עמ' 11–21), עמ' 323–326.

146 ראו לעיל פרק 2, סעיף י.

עצמאית. אוטונומיה אישית עשויה להיות חשובה כערך עצמאי, כמרכיב מכונן של רווחה אישית או כאמצעי לקידום רווחה אישית.¹⁴⁷

הטענה הפשוטה ביותר הקושרת בין פרטיות ובין אוטונומיה אישית היא שפגיעה בפרטיות של אדם ללא הסכמתו, פירושה חוסר כבוד לבחירה שלו בנוגע לנושא זה. באופן כללי נטען שערכה של פרטיות נגזר מערך הכבוד לאדם כיצור אוטונומי, היכול לבחור את דרכו בחיים ובפרט לשמור על פרטיותו.¹⁴⁸ לפי גרסה מיוחדת של הטענה הכללית האמורה, פרטיותו של אדם נפגעת בשל פעולות כמו צפייה בו או איסוף מידע עליו – אם הוא מתנגד לביצוען ואף אם אינו מודע לביצוען – מכיוון שפעולות כאלה משפיעות על התנאים שבהם הוא בוחר כיצד לפעול וכיצד להוציא את החלטותיו לפועל, וכך משנות את המשמעות של בחירותיו ופעולותיו. הטענה היא שפרטיותו של אדם נפגעת בשל צפייה או איסוף מידע על גופו או על היבטים אחרים של חייו, שהם פרטיים לפי הקובציות המקובלות בתרבות הרלוונטית. לעומת זאת נטען שהתנגדות של אדם לצפייה או לאיסוף מידע אינה מספיקה, ונדרש שיהיה מדובר בצפייה בו או במידע אישי על אודותיו, לפי קריטריונים עצמאיים.¹⁴⁹

נראה שטענה זו מניחה את המבוקש: כבוד האדם, ובפרט הימנעות מצפייה או מאיסוף מידע המשנים את התנאים שבהם הוא פועל, יכולים להוות בסיס לשיקול נגד פגיעה בפרטיותו, כלומר נגד צפייה בו או איסוף מידע המוגדר כפרטי לפי קריטריונים עצמאיים (להבדיל מכל מידע שהוא מתנגד לאיסופו), רק אם מניחים שיש ערך לפרטיות.¹⁵⁰ אחרת אפשר לטעון אף את הטענה

147 לעמדות שונות בנוגע לערכה של אוטונומיה אישית באופן כללי ראו למשל M. Gibson, "Consent and Autonomy", in: M. Gibson (ed.), *To Breathe Freely: Risk, Consent, and Air* (Totowa, NJ: Rowman & Allanheld, 1985), pp. 141, 142; S. Scheffler, "The Role of Consent in Legitimation of Risky Activity" בתוך: Ronald Dworkin, *Life's Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom* (New York: Knopf, 1993) עמ' 224.

148 ראו Beardsley, **לעיל הערה 29**, עמ' 70 (what gives) "The norm of autonomy is [...] our obligation to respect another's right of selective disclosure its moral rationale".

149 ראו Benn, **לעיל הערה 142**, עמ' 8-13.

150 ראו J. H. Reiman, "Privacy, Intimacy, and Personhood", *Philosophy & Public Affairs* 6 (1) (1976), pp. 26-44 (מופיע גם בתוך: Barendt, **לעיל הערה 1**, עמ' 23-41), עמ' 38.

ההפוכה שכבוד לאנשים אמנם עשוי לעתים לכבד את פרטיותם, אך לעתים הוא עשוי לחייב דווקא גישה הפוכה, של בירור מידע לגביהם, למשל מתוך דאגה לאדם.¹⁵¹

א. אוטונומיה אישית וחשיבה עצמאית

סוג אחר של טענות מתמקד בחשיבותה של פרטיות לפיתוח אוטונומיה אישית ובפרט חשיבה עצמאית. לפי טענה אחת מסוג זה, פרטיות היא אמצעי חשוב לגיבוש אדם בעל זהות אישית ייחודית, הפועל באופן אוטונומי, והיא כוללת גם את הזכות לשלוט על מסירת מידע על גופו ומעשיו, שכן התנסות ביחס של כבוד כלפי פרטיותו של אדם דרושה לשם גיבוש תפיסה כזאת.¹⁵² טיעון זה תומך אפוא בכל פעולה שתורמת לגיבוש ולפיתוח הזהות האישית הייחודית והאוטונומיה של אנשים, ולא רק בפרטיות.¹⁵³ עם זאת ככל שהוא תקף, הוא מצביע גם על חשיבותה של פרטיות.

באופן ספציפי יותר נטען שתחום פרטי – המוגדר הן במישור המרחבי כאזור שבו יכול אדם להתבודד, והן במישור התוכני בנושאים מסוימים שעל אודותם אין לחקור – מאפשר תנאים המעודדים מחשבה עצמאית, שמהווה בסיס לאוטונומיה אישית ולהגדרה אישית ובפרט מקוריות ויצירתיות (individuality). תרומה זו של תחום פרטי נובעת מכמה גורמים: ראשית, תחום פרטי מאפשר שקט, וכך תורם לריכוז ומפחית את הסיכוי להסחת דעת באופן שתורם למחשבה עצמאית.¹⁵⁴ שנית, תחום פרטי מאפשר לאדם לדעת שהוא אינו חשוף לבחינה ולביקורת מצד אחרים, וכך מונע או מפחית לחץ והשפעה של אנשים אחרים, ולכן מעודד התנסות במחשבה או בהתנהגות שביטוי פומבי שלה עלול לגרום תגובה שלילית מסוגים שונים.¹⁵⁵ בדרכים אלה תורם תחום פרטי למחשבה,

151 לטענה זו ראו McCloskey, לעיל הערה 1, עמ' 312-313.

152 ראו Reiman, לעיל הערה 150, עמ' 39-44.

153 ראו Barendt, "Introduction", לעיל הערה 1, עמ' xiii.

154 ראו Weinstein, לעיל הערה 60, עמ' 101-104 (Some minimum grant of privacy) "for each person is morally necessary if only because contemplation is part of the (good life)".

155 להדגשת נקודה זו ולהצבעה על הקשר שלה לאוטונומיה אישית ראו Benn, לעיל הערה 142, עמ' 24-26; Simmel; לעיל הערה 123, עמ' 73-74; Johnson, לעיל

ללמידה ולהתנסות באופן עצמאי ויצירתי, ומפחית את הנטייה לקונפורמיות. בעקבות זאת תורם תחום פרטי לאוטונומיה – כמובן של חשיבה וקבלת החלטות אישיות תוך שקילה עצמאית.¹⁵⁶ כמו כן, בשל האפשרויות האמורות שיוצר תחום פרטי, מעודדת הפרטיות את האנשים לפתח כישורים מגוונים שלהם ולעצב ולשנות היבטים של זהותם.¹⁵⁷ אמנם אוטונומיה אינה מחייבת בידוד מוחלט או ניתוק מאנשים אחרים. להפך, אינטראקציה עם אנשים אחרים יכולה להיות, והיא בדרך כלל, רכיב מרכזי בגיבוש הזהות האישית של אנשים – באמצעות הכרת עמדות, נימוקים וניסיון של אנשים אחרים, ובאמצעות הזדהות עם אחרים או ביקורת על אחרים.¹⁵⁸ אכן, זהו אחד הטיעונים בעד חופש ביטוי.¹⁵⁹ לפיכך אוטונומיה מחייבת את שני המרכיבים: הן שקילה עצמאית שתחום פרטי יכול כאמור לעודדה, והן בחינה ציבורית.

נגד ההנחה שישנו קשר בין פרטיות ובין מקוריות או יצירתיות – להבדיל מקונפורמיות, שמהווה כאמור בסיס לקישור בין פרטיות ואוטונומיה אישית –

-
- הערה 2, עמ' 287-286, Moore; לעיל הערה 1, עמ' 372-373, Van Den Haag; לעיל הערה 1, עמ' 152, 168, Freund; לעיל הערה 55, עמ' 195-196.
- 156 לתרומה של פרטיות לאוטונומיה אישית ראו Gavison, "Privacy and the Limits of Law", לעיל הערה 17, עמ' 446-447, 449-450, Bloustein; לעיל הערה 127, עמ' 453, Moore; לעיל הערה 20, עמ' 216, 219-220, 222, Nagel; לעיל הערה 20, עמ' 17-16.
- 157 לתרומה של פרטיות להגדרה אישית ראו E. C. Baker, "Posner's Privacy Mystery and the Failure of Economic Analysis of Law", *Georgia Law Review* 12 (1978), 479 p; Simmel, לעיל הערה 123, עמ' 73-74, Gavison; לעיל הערה 2, עמ' 10 "It may well be [...] that a person cannot attain full self-identity without having)"; "some intimacy, and that intimacy, in turn, may require some inaccessibility Van Den Haag, לעיל הערה 1, עמ' 152.
- 158 ראו למשל Gavison, לעיל הערה 2, עמ' 10 ("The attainment of full personhood) may require public participation, public affirmation or some commitments or (relationships, or some forms of accountability")
- 159 J. Raz, "Free Expression and Personal Identification", *Oxford Journal of Legal Studies* 11 (1991), pp. 303-324 (מופיע גם בתוך: J. Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics* [Oxford: Clarendon Press, 1994, revised edition], chp. 7, עמ' 146-149, 153-160.

הועלו כמה טענות. ראשית, נטען כי מקוריות אינה בהכרח רצויה.¹⁶⁰ אולם אם נכונה ההנחה שאוטונומיה אישית היא בעלת ערך, אזי מקוריות רצויה במידה שהיא תורמת לאוטונומיה, ונראה שמקוריות אכן יכולה לתרום לאוטונומיה כשהיא מעלה על הפרק אפשרויות חדשות.

שנית, נטען כי פרטיות אינה תנאי הכרחי למקוריות.¹⁶¹ אולם גם טענה זו אינה משכנעת, שכן פרטיות יכולה להיות בעלת חשיבות למקוריות וכך לאוטונומיה, גם אם היא אינה מהווה תנאי הכרחי להן.

העמדה שפרטיות היא בעלת ערך בשל תרומתה לאוטונומיה אישית, בכך שהיא מאפשרת לאנשים לממש את יכולתם לחשיבה רציונלית ללא הפרעה, הוליכה לעתים לטענות יוצאות דופן על היקף (השיקול בעד) ההגנה הנורמטיבית הראויה על פרטיות. במילים אחרות, נטען שאם המטרה היא להגן על אפשרותו של אדם לחשוב ללא הפרעה, נגזרות מכך מסקנות המנוגדות לתפיסה המקובלת של פרטיות בנוגע להיקף השיקול בעד פרטיות. מצד אחד, הגישה האמורה מרחיבה מאוד את מושג הפרטיות בהיבט אחד, משום שלפיה כל הפרעה לאפשרות של חשיבה רציונלית פירושה פגיעה בפרטיות. במסגרת זו נכללת, ראשית, כל פגיעה פיזית באדם המהווה (גם) פגיעה בפרטיות, כי היא פוגעת לרוב גם באפשרות של חשיבה רציונלית – אם כי הפגיעה בפרטיות עשויה להיות שולית בחשיבותה בהשוואה לפגיעה הפיזית. בדומה, גם פעולות אחרות שמפריעות לחשיבה רציונלית כרוכות, לפי העמדה האמורה, בפגיעה בפרטיות, אף שלרוב אינן נתפסות כך, למשל דיבור בקול רם יכול להוות פגיעה בפרטיות אם הוא מפריע לאפשרות של חשיבה רציונלית. גם ביטוי הפוגע באדם בדרך שמערערת את אפשרותו לממש את יכולתו לחשיבה רציונלית, כמו ביטוי של הסתה לאלימות העלול לגרום לאדם לאבד את השליטה הרציונלית על התנהגותו, כרוך בפגיעה בפרטיות לפי העמדה האמורה. מצד אחר, הגישה האמורה מוליכה לתפיסה צרה מאוד של מושג הפרטיות בהיבט אחר, כי אם היא נתפסת כממצה אזי פעולה שאינה כרוכה בהפרעה לאפשרות של חשיבה רציונלית אינה פוגעת בפרטיות. בפרט לפי העמדה האמורה, פעולות שנתפסות לרוב כפרדיגמה של פגיעה

160 ראו Posner, לעיל הערה 2, עמ' 407.

161 שם.

בפרטיות – כגון צפייה או האזנה מרחוק המאפשרת השגת מידע אישי – אינן פוגעות בפרטיות כל עוד אינן יוצרות הפרעה לאפשרות של חשיבה רציונלית. השגת מידע אישי פוגעת בפרטיות, לפי העמדה האמורה, רק כאשר הדבר מפריע לחשיבה רציונלית. אמנם לעתים עצם הידיעה של אדם שהוא נתון לצפייה של אחר עשויה להוליך להפרעה כזאת, אך מאפיין זה אינו הכרחי.

לפי גרסה אחת של עמדה זו, השגת מידע (ידיעה) היא פעילות בעלת ערך חיובי עצמאי – שישנו לכן תמיד. בשל כך, ממשיך הטיעון, אין כל פסול בעצם השגת המידע – לרבות מידע מכל סוג על אנשים אחרים, כולל מידע שנהוג לכנותו "אישי". אמנם לעתים, השגת מידע כאמור היא בעלת תוצאות שליליות, בין השאר משום שהיא יכולה להיות אמצעי לקידום מטרות פסולות. אולם בכך אין שוני בין השגת מידע ובין פעולות אחרות שאין בהן כל פסול בפני עצמן אך יכולות לעתים להיות בעלות תוצאות שליליות. לכן לפי התפיסה האמורה, הגבלות על השגת מידע עשויות להיות מוצדקות לא משום שיש פסול בעצם השגת מידע אישי, אלא רק אם (ובמידה שבה) השגת מידע אישי עלולה להוליך לתוצאות שליליות שעולות על ערכה החיובי של הפעילות של השגת מידע. עמדה זו מוליכה להשלכות דומות לאלה של הטיעון הידוע שפרטיות פירושה "הזכות להיעזב במנוחה". אולם בעוד השלכות אלה נתפסות לרוב כמעידות על כך שהטיעון האמור שגוי – שכן ההשלכות האמורות נתפסות כרחבות מדי או צרות מדי – לפי העמדה האמורה אלה הן מסקנות סבירות. ואכן, התפיסה האמורה מציעה לאמץ גרסה מורכבת של "הזכות להיעזב במנוחה", שמתייחסת לאדם הנעזב במנוחה לא כמובן הביולוגי (human being) אלא כיצור המסוגל לחשיבה רציונלית (person).¹⁶²

יש לשים לב לכך שעמדה זו מבוססת על כמה הנחות לא מנומקות שאינן מובנות מאליהן, ובפרט על ההנחה שיש ערך עצמאי לחשיבה רציונלית ועל ההנחה שהשגת ידע היא כשלעצמה תמיד פעילות בעלת ערך, ללא תלות בהשפעותיה החיוביות או השליליות. הנחות אלה מוכרות כמובן, אך ספק אם הן נכונות. התפיסה המצביעה על הקשר שבין פרטיות לאוטונומיה אישית מהווה תמיכה נוספת במסקנה שהחשיבות של קביעת תחום פרטי מסוים חורגת מהחשיבות של זיהוי תחום ספציפי כפרטי, כך שתוכנו של התחום הפרטי יכול להיות, לפחות

162 ראו Mayes & Alfino, לעיל הערה 82, עמ' 307-312.

בחלקו, שרירותי או תלוי קונבנציה.¹⁶³ עם זאת התפיסה האמורה מצביעה גם על יתרונות וחסרונות של ראיית תחומים מסוימים כפרטיים. לדוגמה, לפי התפיסה האמורה חשוב במיוחד לקבוע תחום פרטי בהקשרים שבהם הוא יכול לאפשר התנסות בהתנהגות חריגה ובלתי מקובלת, במיוחד עבור אנשים שעלולים במיוחד להיות מושפעים מתגובות שליליות.

ב. אוטונומיה אישית, דמוקרטיה ופלורליזם

על בסיס הטענה שפרטיות חשובה לאור תרומתה לאוטונומיה אישית, נטען גם שפרטיות חשובה משום שהיא מעודדת יצירה וביסוס של משטר דמוקרטי. טענה זו נשענת על כך שלפחות לפי תפיסה מסוימת, דמוקרטיה מבוססת על ההנחה שיש ערך עצמאי להשתתפות של אנשים אוטונומיים בהליך הפוליטי. כמו כן נטען שלאור תרומתה לאוטונומיה אישית, הפרטיות חשובה לחברה פלורליסטית, בהנחה שיש ערך עצמאי או אינסטרומנטלי לחברה כזאת. לבסוף נטען שדמוקרטיה ופלורליזם תורמים לאוטונומיה אישית, כך שבין המטרות האמורות במישור האישי והציבורי ישנם קשרים הדדיים.¹⁶⁴

טענה זו מבוססת אפוא על שתי הנחות, הנוגעות לערכה של דמוקרטיה ולערכו של פלורליזם. ניתוח הנחות אלו חורג מגדר המאמר, אך יש לציין כי הן אינן מובנות מאליהן. כך למשל לפי תפיסה אחרת, השיקול המרכזי בעד (או נגד) דמוקרטיה נוגע לאיכות ההחלטות המתקבלות במסגרתה ולא לאוטונומיה אישית.

3. הרצון של אנשים בפרטיות

פרטיות חשובה פשוט משום שרוב האנשים מעוניינים בתחום פרטי, כלומר רוצים שפרטים מסוימים עליהם לא ייודעו לאנשים אחרים, או שהתנהגותם

163 טענה כזאת הועלתה בפרט בהקשר של התפיסה שפרטיות היא בעלת ערך בשל תרומתה למימוש האפשרות של חשיבה רציונלית, וכך לאוטונומיה, שכן ההשפעה של גורמים שונים על מימוש היכולת לחשיבה רציונלית עשויה להשתנות אצל אנשים שונים ובמסגרת תרבויות שונות. ראו שם, עמ' 312.

164 ראו "Privacy and the Limits of Law", Gavison, לעיל הערה 17, עמ' 450, 455-456.

במקום מסוים לא תהיה חשופה לצפייה של אחרים.¹⁶⁵ לפי עמדה זו, הפרטיות חשובה בשל היותה מרכיב של אוטונומיה אישית – האפשרות של אדם להחליט איזה מידע אישי לגלות לאיזה אנשים ומתי – ולאור ההסכמה הרחבה בדבר ערכה של אוטונומיה אישית, אם בשל חשיבותה העצמאית ואם בשל חשיבות הנגזרת מתרומתה לרווחה אישית.

רצונם של אנשים בפרטיות משמש לעתים בסיס לשיקולים נוספים בעד הגנה, ובפרט הגנה משפטית, על פרטיות. לדוגמה, בהיעדר הגנה על פרטיות או כשאין מספיק הגנה על פרטיות, אנשים שרוצים להגן על פרטיותם עשויים להימנע מפעולות בעלות ערך שיכולות לגרום לחשיפה של מידע אישי עליהם, למשל מסירת מידע לאנשים אחרים, כגון עורכי דין, רופאים וחברות עסקיות, בשל החשש שהאחרונים יעבירו את המידע לאנשים אחרים.¹⁶⁶ מאותן סיבות הם גם עשויים להימנע מקבלת משרות ציבוריות, תופעה שעלולה להפחית את היקפו של מאגר המועמדים הפוטנציאליים למשרות אלו, ובשל כך לפגוע באיכות הכישורים של נושאייהן.¹⁶⁷ כמו כן, בהיעדר הגנה משפטית על פרטיות או כשאין מספיק הגנה משפטית כזו, אנשים שרוצים להגן על פרטיותם עשויים להיאלץ לנקוט אמצעים אחרים, שעלותם יכולה להיות גבוהה, כדי למנוע גילוי ופרסום של מידע אישי עליהם או כדי לתקן את התוצאות השליליות של פרסום מידע כזה, למשל למנוע פגיעה בשמם הטוב עקב פרסום של מידע אישי עליהם, שהוא מדויק אך חלקי ולכן מטעה.¹⁶⁸

במסגרת השיקול האמור יש להגדיר פרטיות תוך התמקדות ברצונם של אנשים, כלומר לראות גילוי של מידע כפגיעה בפרטיות אם האדם שאליו מתייחס הפרסום מתנגד לגילוי. הגדרה זו של מושג הפרטיות היא אפוא תלויה מאפיין (רצון) אישי.

165 R. S. Murphy, "Property Rights in Personal Information: An Economic Defense of Privacy", *Georgetown Law Journal* 84 (1996), pp. 2381–2417 (מופיע גם בתוך: Barendt, לעיל הערה 1, עמ' 43–79), עמ' 2386–2387, 2393–2396, 2397–2399; McCloskey, לעיל הערה 1, עמ' 313.

166 R. S. Murphy, לעיל הערה 165, עמ' 2407–2416.

167 Nagel, לעיל הערה 20, עמ' 24–25; Gavison, "Privacy and the Limits of Law", לעיל הערה 17, עמ' 456. לדיון בהתנגשות בין השיקולים הנוגעים לחופש ביטוי ולפרטיות בהקשר זה ראו להלן פרק חמישי.

168 R. S. Murphy, לעיל הערה 165, עמ' 2400–2402.

א. רצון כקריטריון יסודי

עצם רצונם של אנשים בפרטיות, כמו עצם רצונם בנוגע לנושאים אחרים, הוא אפוא שיקול בעד הגנה על פרטיות. עם זאת התפיסה שערכה של פרטיות מבוסס על רצונם של אנשים בשמירה על תחום פרטי מקדמת את הבנת חשיבותה של פרטיות ועקב כך את קביעת גבולותיה המדויקים במידה מוגבלת בלבד, עקב כמה קשיים כלליים הנוגעים להסתמכות על רצונם של אנשים כערך יסודי או כבסיס לשיקול נורמטיבי יסודי. הקושי היסודי נוגע לחוסר הבהירות בעניין הבסיס שממנו נגזר רצונם של אנשים, בפרט בכל הנוגע לשמירה על פרטיות. קושי כללי זה משתקף בכמה קשיים ספציפיים, המהווים היבטים שונים שלו.

ראשית, נראה כי רצון של אדם אינו קריטריון יסודי – בפרט בנוגע למושג הפרטיות. התפיסה שרצונם של אנשים הוא הבסיס לערכה של פרטיות, מותירה את השאלה היסודית על ערכה של פרטיות ללא מענה, שכן היא אינה מסבירה מדוע אנשים מעוניינים לעתים בפרטיות. השאלה "למה אתה רוצה את הדבר הזה?" נראית שאלה הולמת לכל אדם ביחס לכל מטרה. קשה להעלות על הדעת מצב שבו השאלה האמורה, על הבסיס שממנו נגזר רצון כלשהו, אינה במקומה. דוגמה לתשובה כללית בולטת היא במונחים של רווחה אישית: לעתים קרובות אדם רוצה משהו משום שהוא מניח שהגשמת הרצון תשרת, בדרך כזאת או אחרת, את רווחתו או את רווחתם של אנשים אחרים. כמובן, לעתים יהיה קשה לאדם להסביר מדוע הוא רוצה משהו, או לשכנע אחרים שהגשמת רצונו אכן תשרת מטרה ברורה כלשהי, אך קשיים אלו אינם מצביעים על חוסר המשמעות של השאלה האמורה אלא רק על כך שהתשובה עליה היא לעתים מורכבת.

שנית, תפיסה זו אינה מצביעה על הייחוד של רצונם של אנשים, ככל שהוא נוגע לשמירה על פרטיות (להבדיל מרצונות אחרים של אנשים), כל עוד אין מצביעים על נימוק מסוים או על סוג מסוים של נימוקים שרלוונטיים במיוחד לרצון בפרטיות. נקודה זו קשורה לנקודה הקודמת: הקושי בזיהוי הייחוד של הרצון בפרטיות נובע מכך שהתפיסה האמורה אינה מבחינה בין טעמים שונים שיכולים לעמוד בבסיס הרצון לשמור על תחום פרטי. כאמור, לא סביר לראות כל התנגדות לגילוי מידע או לחשיפה של מרחב כמשקפים מטרה של הגנה על פרטיות, להבדיל מהגנה על אינטרסים אחרים.

קושי כללי אחר העולה ביחס לתפיסה שרצונם של אנשים הוא הבסיס לערכה של פרטיות, נובע מכך שרצונותיהם של אנשים הם לעתים לא רציונליים, אף במובן הצר של אינטרס אישי ורציונלית אינסטרומנטלית, או בלתי מוסריים; למשל, הרצון של אדם להסתיר תוכנית שלו לפגוע באחר (כאשר פגיעה זו אינה מוצדקת). השאלה אם (או מתי) יש שיקול בעד הגשמת רצון לא רציונלי או בלתי מוסרי של אדם היא מורכבת, וצריכה להיגזר מהתשובה על השאלה מדוע אוטונומיה אישית היא בעלת חשיבות מוסרית מלכתחילה. אולם בין שמייחסים לאוטונומיה ערך עצמאי ובין שמייחסים לה ערך הנגזר מתרומתה לרווחה אישית, עולה השאלה אם יש מקום להתחשב בכל רצון בלתי רציונלי ובפרט ברצון המבוסס על שיקולים בלתי ראויים.¹⁶⁹

(טענה אחרת נגד התפיסה המסבירה את ערכה של פרטיות ברצון של אנשים בפרטיות היא שתפיסה זו אינה מסבירה מדוע יש להעדיף את רצונו של אדם בפרטיות על פני רצונו של אחר לפגוע בפרטיותו של הראשון.¹⁷⁰ אולם טענה זו אינה מערערת על התפיסה שיש ערך לפרטיות – ויש טעם להגן עליה – אלא מצביעה על קיומו של טעם נגדי. בנוסף, ובלי לפנות לקריטריון אחר, אפשר להבחין בין רצונות לפי מידת העוצמה שלהם, וייתכן בהחלט שלעתים קרובות רצונו של אדם בפרטיות יהיה חזק יותר מרצונו של אחר לפגוע בפרטיותו של הראשון.)

לאור הקשיים האמורים, התפיסה הרואה ברצונם של אנשים את הבסיס למושג הפרטיות אינה תורמת להסברת המשמעות והחשיבות הנורמטיבית של פרטיות. הרצון של אנשים בפרטיות מחייב הבהרה, בכל ההיבטים האמורים, לאור שיקולים עצמאיים.

ב. רצון אישי ונוהג חברתי לגבי פרטיות

גישה הקרובה לזו שמתמקדת ברצונם של אנשים כבסיס למושג הפרטיות, מגדירה את התחום הפרטי לאור הנוהג החברתי המקובל, הנגזר מרצונם של רוב אנשים בחברה נתונה. לפי גישה זו יש לראות מידע כפרטי אם בחברה מסוימת

169 לטענה שיש רצונות בפרטיות שאין להתחשב בהם ראו Gavison, "Privacy and the Limits of Law", לעיל הערה 17, עמ' 442-443.

170 ראו שם, עמ' 442.

ובזמן נתון רוב האנשים מתנגדים לגילוי פומבי של מידע כזה עליהם (להבדיל מגילוי למספר מצומצם של אנשים, כמו חברים או בני משפחה).¹⁷¹ לאור הגדרתה של הגישה האמורה את הנוהג החברתי כנגזר מרצונם של רוב האנשים בחברה נתונה, נראה שגישה זו מבוססת ביסודה על רצונם של אנשים בפרטיות. מאפיין זה מתחדד במסגרת ההצעה שמידע ייחשב כפרטי אם נהוג להתנגד לגילוי פומבי או אם אדם מסוים מתנגד בפועל לגילוי של מידע זה עליו (אף על פי שרוב האנשים אינם מתנגדים לכך).¹⁷² שילוב כזה מצביע על ההנחה שהעיקר הוא רצונו של כל פרט, בעוד שהנוהג החברתי משמש רק אינדיקציה – הניתנת לכן להפרכה – לרצונו של אדם. בדומה להגדרה של פרטיות לאור רצונם של אנשים, גם הגדרה זו היא יחסית, אם כי הפעם גם במישור הקבוצתי ולא רק האישי.

בשל הקשר ההדוק בין תפיסה של פרטיות המתמקדת ברצונם של אנשים ובין הגדרה של מושג הפרטיות לאור הנוהג החברתי, לא מפתיע שהקשיים שעלו בעניין הגישה הראשונה מתעוררים גם בעניין הגישה האחרונה: עצם קיומו של נהוג חברתי שלפיו אין לגלות מידע מסוים, אינו מבהיר מדוע פרטיות היא בעלת ערך ומהו הייחוד באינטרס בפרטיות, ואינו מבחין בין טעמים שונים שיכולים לעמוד בבסיס נהוג חברתי של שמירה על תחום פרטי ובין נוהגים חברתיים רציונליים יותר ופחות. לפיכך גם תפיסה זו מחייבת בחינה של שיקולים עצמאיים שיכולים לעמוד בבסיס נהוג חברתי של שמירה על פרטיות.

4. בריאות נפשית

שיקול נוסף בעד פרטיות, המשקף היבט ספציפי חשוב של הקשר בין פרטיות ובין רווחה אישית, הוא שפרטיות חשובה כתנאי לשמירה על בריאות נפשית של אנשים. לפי טענה אחת, אנשים זקוקים לאפשרות של שמירה על תחושות ומחשבות שונות לעצמם, ולאפשרות לפעול בלי שיהיו חשופים לבחינה של

171 ראו Parent, "Privacy, Morality, and the Law", לעיל הערה 1, עמ' 269-270;
Parent, "A New Definition of Privacy for the Law", לעיל הערה 1, עמ' 306-307.
172 שילוב זה מוצע על ידי Parent, "Privacy, Morality, and the Law", לעיל הערה 1, עמ' 270.

אחרים, כדי לאפשר מחשבה והתנהגות שיש להן חשיבות לבריאותם הנפשית אך אינן מבוצעות לרוב בפומבי.¹⁷³

טענה זו מבוססת כמובן על הנחות עובדתיות מסוימות, אך ככלל היא נראית סבירה. נראה כי בדרך כלל אנשים יתקשו לתפקד כהלכה במצב שבו אין כל פרטיות, כמובן שכל המידע על התחושות והמחשבות של כל אדם ידוע לכל אדם אחר.¹⁷⁴ מובן שניתן לצפות להבדלים במידה שבה אנשים שונים זקוקים לפרטיות מטעם זה. מבחינה זו, מושג הפרטיות צריך להיות רגיש למאפיינים אישיים.

5. רגשות של אנשים

תפיסה קשורה נוספת מייחסת חשיבות לפרטיות, משום שלעתים קרובות חדירה לתחום אישי פוגעת, לפעמים פגיעה קשה, ברגשות של אנשים.¹⁷⁵ לעתים הגנה על רגשות חשובה כרכיב של רווחה אישית.

מעניין לציין את הטענה האמפירית שלפיה השאלה מה פוגע ברגשות של אנשים – בפרט בכל הנוגע לפגיעה בפרטיותם – עשויה להשתנות באופן הדרגתי אך משמעותי עם חלוף הזמן, כך שפגיעה בפרטיות שגרמה לפגיעה ברגשות בזמן אחד לא תפגע ברגשות בזמן אחר. טענה אמפירית זו שימשה בסיס לטענה הנורמטיבית שעדיף שאנשים מסוימים יישאו במחיר של פגיעה ברגשותיהם במשך תקופת ההסתגלות על פני המחיר של הגבלת חירותם של אנשים הפוגעים בפרטיות, בפרט באמצעות המשפט.¹⁷⁶ הן הטענה האמפירית והן

173 ראו ברוח זו Nagel, לעיל הערה 20, עמ' 16-17; Moore, לעיל הערה 20, עמ' 219-222.

174 לתיאור של עולם בדיוני שבו התודעה משותפת לכולם, כך שאין כל פרטיות ולא מייחסים כל ערך לפרטיות, ראו א' אסימוב, המוסד והארץ (תרגום: ע' לוטם, ירושלים: כתר, 1990), עמ' 25, 38-39.

175 ראו Pound, לעיל הערה 7, עמ' 362-363 (Another phase of the same interest) [the interest in mental comfort] is the demand which the individuals may make that his private personal affairs shall not be laid bare to the world. Publicity with respect to private matters of purely personal concern is an injury to personality. It impairs the mental peace and comfort of the individual and may produce suffering much more acute than that produced by a mere bodily injury"; Prosser, לעיל הערה 12, עמ' 392; Freund, לעיל הערה 55, עמ' 182, 186.

176 ראו McCloskey, לעיל הערה 1, עמ' 313-314.

הטענה הנורמטיבית האמורות נראות ככוללות גרעין נכון, אף כי ספק אם הן נכונות באופן גורף. נראה שהטענה האמפירית סבירה בנוגע לסוגים מסוימים של פגיעות בפרטיות, אך לא בנוגע לכל פגיעה בפרטיות. בדומה, הטענה הנורמטיבית האמורה אינה סבירה כטענה גורפת, שכן הנטייה של אנשים להסתגל לפגיעות בפרטיותם אינה שוללת את המחיר הכרוך בפגיעה ברגשותיהם עקב כך אלא רק מצמצמת אותו (מפני שהפגיעה בפרטיות עשויה להיעלם עם הזמן), ואין מקום להתעלם מהפגיעה האמורה במידה שבה (כל עוד) היא קיימת. פגיעה זו עשויה לשמש בסיס מוצק להגנה על פרטיות, כאשר מחיר ההגנה אינו עולה על מחיר הפגיעה ברגשות.

בדומה לטענה שערכה של פרטיות נובע מרצונם של אנשים בפרטיות, גם הטענה שערכה של פרטיות נובע מכך שפגיעה בה כרוכה לרוב בפגיעה ברגשותיהם של אנשים, מצביעה על שיקול חשוב בעד פרטיות – אך מקדמת במידה מוגבלת בלבד את הבנת חשיבותה של פרטיות, ובהתאם את הקביעה של גבולותיה המדויקים, שכן גם קריטריון זה אינו נראה כקריטריון יסודי. במילים אחרות, גם טענה זו מעלה את הקושי היסודי של חוסר הבהירות בעניין הבסיס לפגיעה ברגשות של אנשים בכל הנוגע לשמירה על פרטיות, ואת הקשיים הנגזרים ממנו: העובדה שרגשותיהם של אנשים נפגעים לעתים עקב חדירה לתחום פרטי אינה מסבירה מדוע פרטיות היא בעלת ערך, אינה מבהירה מהו הייחוד באינטרס בפרטיות, ואינה מבחינה בין מקורות שונים של פגיעה ברגשות. עם זאת התפיסה שערכה של פרטיות נובע מהפגיעה ברגשות, הכרוכה לעתים קרובות בפגיעה בפרטיות, מקדמת את הניתוח – בהשוואה לשיקול המבוסס על רצונם של אנשים – בכך שהיא מצביעה על טעם אחד שבגללו אנשים רוצים לעתים בפרטיות.

6. תגובה שלילית מצד אנשים

שיקול אחר מייחס ערך לפרטיות משום שהיא מאפשרת לאנשים לפעול בדרכים שונות בלי להיות חשופים לתגובה שלילית של אחרים, ובעקבותיה ליחס שלילי מצד אחרים שעשוי להתלוות לפעולות מסוימות. כאמור, שיקול זה הוא רכיב בתפיסה המצביעה על התרומה של פרטיות לאוטונומיה אישית, אך הוא משמש גם כשיקול עצמאי. תגובה שלילית ויחס שלילי כאמור יכולים להיות מסוגים שונים ומדרגות שונות – החל בבוז או גיחוך, המשך בדחייה של אנשים

ממעגלים חברתיים שונים, וכלה בפגיעה פיזית. בהתאם, תגובה שלילית ויחס שלילי עלולים לפגוע ברווחתו האישית של הפועל בדרכים שונות – פגיעה ברגשות, פגיעה באינטרס רכושי, ולעתים אף פגיעה פיזית.¹⁷⁷ שיקול זה עשוי לחול על סוגים רבים ומגוונים של מחשבה ושל התנהגות. הטענה שדיווח מדויק ומלא על מחשבותיו של כל אדם היה מוליך אותו לבית חולים לחולי נפש¹⁷⁸ היא אולי מוגזמת, אך ייתכן שיש בה גרעין של אמת. בפרט, השיקול האמור עשוי לחול הן על התנהגות ראויה או לפחות מותרת מבחינה מוסרית והן על התנהגות פסולה מוסרית (הדיכוטומיה הזו מטעה, שכן סביר יותר לראות את המוסריות או את חוסר המוסריות של פעולות כעניין של מידה.¹⁷⁹ אני מאמץ אותה למרות זאת, משום שהיא עוזרת בהדגשת היבטים שונים של הניתוח בהמשך).

התנהגות שאין בה פסול מוסרי עשויה להוליך לתגובה שלילית, בין שאדם מסוים חושב בטעות שהיא פסולה מוסרית ובין שאינו רואה אותה בעין יפה אף שאין הוא חושב שיש בה פסול מוסרי. בשני סוגי המצבים, פרטיות יכולה למנוע תגובה שלילית כאמור באמצעות הסתרת ההתנהגות העומדת על הפרק. התנהגות פסולה מוסרית עשויה כמובן להוליך לתגובה שלילית בשל אופייה הלא מוסרי, כמו גם בשל טעם אחר. לכאורה, כאשר היחס השלילי כלפי אדם עקב התנהגות מסוימת נובע מהנחה מוצדקת שההתנהגות האמורה היא פסולה, יחס זה ראוי ולכן אין טעם מוסרי בעד מניעתו, בפרט באמצעות שמירה על פרטיות. אכן, טענה ידועה, שתיבחן בהמשך, היא שפרטיות עשויה לשמש כאמצעי להסתרת התנהגות בלתי ראויה, בפרט כדי להימנע מתגובה שלילית כלפיה. טענה זו היא כמובן נכונה, אך יש לשים לב לשתי נקודות: ראשית, שימוש לרעה בפרטיות אינו שולל בהכרח את השיקול האמור בעד הגנה על פרטיות, אלא רק מצביע על שיקול נגדי שעשוי לגבור על השיקול בעד פרטיות.

177 לשיקול זה, ראו למשל Nagel, לעיל הערה 20, עמ' 3-4; Parent, "Privacy, Morality, and the Law", לעיל הערה 1, עמ' 276.

178 ראו את הציטוט מספרו של Georg Simmel המופיע בתוך: Nagel, לעיל הערה 20, עמ' 3-4.

179 R. Segev, "Sub-Optimal Justification and Justificatory Defenses", *Criminal Law & Philosophy* 4 (1) (2009), pp. 57-76

שנית, תגובה שלילית כלפי התנהגות בלתי מוסרית היא אמנם ראויה לעתים קרובות, ולפעמים אף בעלת חשיבות רבה כאמצעי להרתעה אישית וכללית מפני התנהגות כאמור, אך לא כל תגובה שלילית כלפי כל התנהגות בלתי מוסרית היא בהכרח מוצדקת, בעיקר כאשר אינה תורמת להרתעה אישית או כללית, כאשר התגובה עלולה לגרור תשומת לב להתנהגות הבלתי מוסרית ולהוליך לחיקוי שלה, וכאשר התגובה מוגזמת במובן מסוים.

7. מניעת קונפליקטים

לפי טענה קשורה נוספת, פרטיות – בפרט במובן של שמירה על דעות מסוימות של אדם לעצמו – משמשת אמצעי חשוב למניעת קונפליקטים בין אנשים שקשה להימנע מהם כאשר הדעות של אנשים על אחרים ידועות או פומביות. לעומת זאת כאשר דעות מסוימות אינן ידועות או לא מקבלות ביטוי פומבי, קל יותר להתעלם מהן לפחות במישור הפומבי, ובפרט במסגרת האינטראקציה בין אנשים. הימנעות מגילוי פומבי היא חשובה כאמצעי למניעת קונפליקטים אף כאשר כל האנשים המעורבים מודעים לקיומן של הדעות הרלוונטיות במידה כזאת או אחרת, שכן העובדה שדעות אלה אינן מובעות במפורש עשויה להקטין את הסיכוי של התייחסות אליהן וכך למנוע קונפליקטים מיותרים. לפי הטענה האמורה, גם אם קונפליקטים מסוימים אמנם חשובים כדרך להתמודדות עם נושאים שונים, קונפליקטים אחרים אינם משרתים כל מטרה ראויה ולעתים אף מולכים למבואות סתומים.¹⁸⁰

8. יחסים בין-אישיים

תפיסה אחרת מייחסת ערך לפרטיות לאור תרומתה ליצירה ולקיום של מערכות יחסים מסוימות בין אנשים. תפיסה זו מבוססת על ההנחה הסבירה שמערכות יחסים בין-אישיות מסוימות הן בעלות ערך – בין שזהו ערך עצמאי ובין שזה ערך שנגזר מתרומתן לרווחה אישית. לכאורה, הטענה שפרטיות היא בעלת ערך בשל תרומתה למערכות יחסים בין-אישיות, מייחסת לפרטיות ערך שנגזר מתרומתה לערך (העצמאי או

180 ראו Nagel, לעיל הערה 20, עמ' 10-15; Simmel, לעיל הערה 123, עמ' 73-74.

האינסטרומנטלי) של קיום מערכות יחסים בין-אישיות.¹⁸¹ אולם לעתים נטען שפרטיות היא בעלת ערך עצמאי – ולא אינסטרומנטלי – לאור תרומתה למערכות יחסים בין-אישיות, טענה המבוססת כנראה על ההנחה שפרטיות היא מרכיב מכונן, או לפחות תנאי הכרחי, של מערכות יחסים מסוימות.¹⁸²

טענה אחת מסוג זה על הקשר שבין פרטיות ובין מערכות יחסים בין-אישיות היא שמערכות יחסים מסוימות – כמו אהבה, ידידות ואמון – כרוכות מעצם טיבן בויתור (חלקי) על אפשרויות (זכויות) מסוימות, ובמיוחד בויתור מסוים על פרטיות (או על הזכות לפרטיות), שכן שיתוף בפרטים אישיים מעבר לנהוג כלפי זרים הוא חלק בלתי נפרד ממערכות יחסים כאמור. לפי טיעון זה, אופי הגילוי ומידתו משתנים בהתאם לאופייה של מערכת היחסים העומדת על הפרק. לכן, ממשיך הטיעון, יכולתם של אנשים לשלוט על המידע שיש לאנשים שונים עליהם מאפשרת להם ליצור ולקיים מערכות יחסים הכרוכות בגילוי מיוחד. אם כל המידע האישי (על כולם) היה ידוע לכולם, לא הייתה כל אפשרות למערכות יחסים מיוחדות. לעומת זאת אם לא הייתה לאנשים שליטה על הפצת מידע אישי (שלהם) לאנשים אחרים, לא הייתה להם אפשרות לבחור אילו מערכות יחסים ברצונם לנהל.¹⁸³

על טענה זו נמתחה ביקורת מכמה כיוונים. ביקורת אחת נוגעת להנחה שמערכות יחסים כאמור הן בעלות ערך. כאמור, קשה לחלוק על כך שמערכות יחסים מסוימות הן בעלות ערך, עצמאי או אינסטרומנטלי. אולם בנוגע לאמון בפרט, נטען שהוא אינו בעל ערך עצמאי אלא מהווה רק תחליף פחות טוב למצב שבו יש מידע מלא, ואז אין צורך באמון.¹⁸⁴

- 181 ראו למשל "Personality and Privacy", J. W. Chapman, בתוך: Pennock & Chapman, *Privacy*, לעיל הערה 1, עמ' 240-241 ("Privacy provides the moral context of medium in which arise the higher forms of personal relations").
- 182 לטענה מפורשת שפרטיות היא בעלת ערך עצמאי לאור היותה מרכיב הכרחי של מערכות יחסים בין-אישיות ראו "Privacy", Fried, לעיל הערה 1, עמ' 477.
- 183 ראו Rachels, לעיל הערה 145, עמ' 326-331; "Privacy", Fried, לעיל הערה 1, עמ' 477-484; הנ"ל, *An Anatomy of Values*, לעיל הערה 1, עמ' 140-142.
- 184 ראו Posner, לעיל הערה 2, עמ' 407-408.

קושי אחר שמעלה הטענה האמורה הוא שספק אם שיתוף במידע ייחודי הוא אכן תנאי הכרחי או מספיק לקיומן של מערכות יחסים אישיות כאמור.¹⁸⁵ ראשית, נטען ששיתוף במידע ייחודי אינו מהווה תנאי הכרחי לקיומן של מערכות יחסים אינטימיות, שכן מערכות יחסים כאלה יכולות להתבסס לא רק על שיתוף ייחודי במידע אישי אלא גם על שיתוף בחוויות, ערכים ושאיפות, ולכן הן יכולות להתקיים גם ללא פרטיות.¹⁸⁶ ברוח דומה נטען שמערכות יחסים אינטימיות נוצרות לא בשל עצם השיתוף במידע אישי אלא בשל עניין הדדי, במובן של רצון הדדי לחלוק חוויות משמעותיות ההופך את שיתוף המידע (במידה שבה הוא מתקיים) למשמעותי.¹⁸⁷ כחיוק לטענה שפרטיות אינה תנאי הכרחי למערכות יחסים אינטימיות, נטען שיחסי אהבה וידידות התקיימו גם בחברות שבהן מידת הפרטיות הייתה מוגבלת מאוד.¹⁸⁸ שנית, נטען ששיתוף במידע ייחודי אינו תנאי מספיק לקיומן של מערכות יחסים אינטימיות, כי ייתכן שלאנשים יהיה ידע הדדי נרחב האחד על האחר בלי שתהיה ביניהם כל מערכת יחסים אינטימית.¹⁸⁹

יש לשים לב לכך שהביקורת האמורה נוגעת רק לטענה שפרטיות מהווה תנאי הכרחי או מספיק לקיומן של מערכות יחסים אישיות. לעומת זאת, הטענה המתונה יותר, שפרטיות תורמת לעתים קרובות לקיומן של מערכות יחסים בין-אישיות, אינה חשופה לביקורת האמורה, שכן היא אינה מבוססת על ההנחה

185 ראו Johnson, לעיל הערה 2, עמ' 285.

186 ראו Parent, "Privacy, Morality, and the Law", לעיל הערה 1, עמ' 275.

187 ראו Reiman, לעיל הערה 150, עמ' 32-36; Parker, לעיל הערה 2, עמ' 286.

188 ראו Posner, לעיל הערה 2, עמ' 408. להכרה בתוקפה של הביקורת, ראו C. Fried, "Privacy: Economics and Ethics: A Comment on Posner", *Georgia Law Review* 12 (1978), p. 427 ("The right to privacy is a right that arises out of the convergent exercise of a number of other rights. My mistake in earlier writings was to miss this complex structure of the right to privacy, and that mistake led me to make the excessive and vulnerable claim that privacy is a necessary condition for love, trust and friendship")

189 ראו Gavison, "Privacy and the Limits of Law", לעיל הערה 17, עמ' 446, הערה 77.

שפרטיות היא תנאי הכרחי או מספיק לקיום ולפיתוח של מערכות יחסים בין-אישיות.

הצעה מתונה יותר ברוח זו היא שתנאי לקיומן של מערכות יחסים כאמור הוא "בעלות אישית", שמאפשרת לאנשים לשלוט על המידע עליהם, ואילו זכות לפרטיות היא אמצעי של אדם לשליטה כאמור.¹⁹⁰

הסבר אחר לקשר שבין פרטיות ובין קיום של מערכות יחסים בין-אישיות הוא שאינטימיות במובן של השתתפות מלאה במערכות יחסים מסוימות, אפשרית רק כאשר המשתתפים במערכת היחסים אינם נצפים על ידי אחרים, שכן צפייה (שהמשתתפים מודעים לה) משנה באופן מהותי את אופי ההתנהגות של המשתתפים, ובפרט שוללת את הספונטניות – את האפשרות של אדם ל"אבד" את עצמו במערכת היחסים – שהיא מרכיב מכונן יסודי של מערכת היחסים.¹⁹¹

פרק רביעי

שיקולים נגד פרטיות

המסקנה שיש חשיבות מוסרית לפרטיות, כלומר שיש שיקולים בעד (הגנה על) פרטיות, אינה מוליכה בהכרח למסקנה שיש לפעול לקידומה של (הגנה על) פרטיות, שכן עשויים להיות גם שיקולים נגדה שיש להתחשב גם בהם. בפרק זה אדון בשיקולים כאלה. גם כאן המטרה אינה למצות את הדיון בשיקולים

190 ראו Fried, לעיל הערה 188, עמ' 427 (These personal relations [...] depend on a secure sense of self, a sense that morally at least one is one's own man, and not the property of others, or even the community as a whole. Only if one is morally secure in this sense are personal relations possible. After all, I cannot be generous with what is not my own [...]) The right to privacy, then, falls into place as an artifact of this deeper system of rights, an artifact that arises when (these rights are invoked to control personal information"

191 ראו R. S. Gerstein, "Intimacy and Privacy", *Ethics* 89 (1978), pp. 76–81

אלה, אלא להתייחס בקצרה להיבטים בולטים של כמה שיקולים מרכזיים.¹⁹² וגם בהקשר זה, לעתים עשויה להיות חפיפה בין טיעונים. כמובן, ברומה לטיעונים (בדבר שיקולים) בעד פרטיות, גם הטיעונים נגד פרטיות מצביעים, אם הם תקפים, על שיקולים נגד פרטיות – להבדיל ממסקנה כוללת לגבי הצדקה של פרטיות או של הגנה על פרטיות. אפשר להבחין בין כמה סוגים של (טיעונים בדבר) שיקולים נגד פרטיות או בעד הגבלה של פרטיות. סוג אחד מייחס לפרטיות מאפיינים שליליים, כגון צביעות. סוג שני מצביע על השפעות שליליות של פרטיות, כגון ניכור. סוג שלישי עוסק באפשרות של שימוש לרעה בפרטיות כאמצעי להסתרה של מידע וכך לקידום של מעשה פסול, לרבות מעשה פסול בלתי חוקי (בפרט מעשה המהווה עברה פלילית). בהמשך אבחן כמה דוגמאות של כל אחד מסוגי השיקולים האמורים. סוג אחר של שיקולים מצביע על ערכים או אינטרסים שעלולים להתנגש עם השיקולים בעד פרטיות (בלי שנעשה בפרטיות שימוש לקידום מעשה פסול), כגון חופש הביטוי. התנגשות זו תידון בפרק הבא.

1. פרטיות כצביעות

פרטיות פירושה בין השאר הסתרה של מידע או הימנעות מחשיפה של מידע, למשל בנוגע למחשבות של אנשים. לפיכך היא מתוארת לעתים כאמצעי ל"צביעות". אולם טענה זו נגד הפרטיות כרוכה בשני קשיים. ראשית, ספק אם יש תמיד (ולכן בהכרח) שיקול נגד צביעות כמובן של הימנעות מגילוי האמת. לא נראה סביר שיש ערך חיובי עצמאי לגילוי מוחלט, או מנגד – פסול עצמאי בהסתרה או בגילוי חלקי. ספק אם יש שיקול עצמאי נגד שקר, כלומר שיקול גם נגד "שקר לבן" שאינו גורם נזק (אם השקר מזיק ברור שיש שיקול נגדו).¹⁹³ אולם גם אם התשובה על שאלה זו חיובית, לא סביר לקבוע שיש שיקול עצמאי נגד כל הסתרה של מידע ונגד כל גילוי חלקי, אף כאשר גילוי

192 לסיווג תמציתי של סוגים שונים של שיקולים העשויים להתנגש עם פרטיות ולטענות לגבי משקלם היחסי ראו Beardsley, לעיל הערה 29, עמ' 60.

193 לעמדה שיש שיקול עצמאי גם נגד שקר לא מזיק ראו למשל C. Fried, *Right and Wrong* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1978), p. 69

כזה הוא אפשרי (דרישה גורפת של גילוי אינה אפשרית, שכן אין אפשרות לגלות את הכול לכולם).

שנית, אף בהנחה שיש שיקול עצמאי נגד צביעות במובן האמור של הימנעות מגילוי, הסתרה של מידע אינה בהכרח צביעות אם ההנחה המשותפת של האנשים המעורבים היא שאנשים אינם מגלים את כל הפרטים על מחשבותיהם. ואכן, אין ספק שישנן נורמות התנהגות מקובלות שלפיהן אין מקום לגילוי מוחלט בהקשרים רבים, ולכן ממילא אנשים אינם מצפים על פי רוב לגילוי כזה. במובן זה, לא רק שפרטיות אינה כרוכה בצביעות אלא אף להפך, פרטיות מונעת את הצורך בצביעות בכך שהיא מוציאה נושאים מסוימים אל מחוץ לשיח בהקשרים שונים. לפיכך נטען אף שפרטיות מועטה יותר מוליכה לצביעות רבה יותר.¹⁹⁴

2. פרטיות, ניכור והיעדר אלטרואיזם

השערה אחרת שהועלתה היא שפרטיות עשויה להיות היבט או תוצאה של מאפיינים שליליים המיוחסים למסגרות חברתיות מודרניות, כגון ניכור בין אנשים והיעדר אלטרואיזם.¹⁹⁵ יש להעריך טענה זו בזהירות. סביר להניח שפרטיות פירושה בהכרח מידה מסוימת של ריחוק בין אנשים, במובן שאנשים אינם יודעים פרטים על אנשים אחרים. ואולם השאלה היא אם ריחוק במובן האמור הוא דבר שלילי בפני עצמו או מוליך לתופעות שליליות, ואם כן – באיזו מידה.

לפי טענה אפשרית אחת, העובדה שאנשים רבים בוחרים שלא לשתף אחרים בפרטים על חייהם היא שלילית. אולם בהיעדר הסבר נוסף, טענה זו מניחה את המבוקש.

ניכור והיעדר אלטרואיזם הם ללא ספק תופעות שליליות אם משמעותם היא היעדר התחשבות נאותה באחרים. לכן שאלה היא אם פרטיות עשויה להוליך להיעדר התחשבות נאותה באחרים. ברור שכאשר אנשים אינם יודעים על מצוקתם של אחרים, הם לא ייחלצו לעזרתם.¹⁹⁶ אולם ספק אם פרטיות היא מקור

194 ראו Nagel, לעיל הערה 20, עמ' 4-5, 14-15.

195 ראו Posner, לעיל הערה 2, עמ' 408.

196 לפי טענה אחרת, ככל שלאנשים יש ידיעה מוחשית או "חיה" (vivid) – להבדיל מ"חיוורת" (pale) – על מצוקתם של אחרים, כך רב יותר הסיכוי שהם ייחלצו לעזרתם,

מרכזי לחוסר ידיעה מסוג זה. בהקשר זה יש לזכור שבעולם שבו מספר האנשים הוא עצום, יכול כל אדם ליצור יחסים של היכרות מעמיקה רק עם מספר קטן של אנשים. כן יש לזכור שאנשים הזקוקים לעזרה יכולים לוותר על פרטיותם על ידי בקשת עזרה, ככל שבקשה כזו פוגעת בפרטיותם ביחס לאנשים מסוימים או באופן כללי.

3. שימוש לרעה בפרטיות כאמצעי לקידום מעשה פסול

שיקולים מסוג אחר נגד פרטיות נוגעים לאפשרות של שימוש בפרטיות כאמצעי לעשיית מעשה פסול, במיוחד מעשה פסול המהווה עברה פלילית.¹⁹⁷ לאחרונה התמקד הדיון בנושא זה בעיקר במעשי טרור, בעקבות הניסיונות להתמודד עם מעשים כאלה (בין השאר) בעזרת אמצעים הכרוכים בפגיעה בפרטיות.

במסגרת סוג זה של שיקולים יש להבחין בין שתי אפשרויות, המשקפות את ההבחנה הכללית בין מצבים שבהם אין קונפליקט בין אינטרסים מנוגדים ובין מצבים שבהם יש קונפליקט כאמור.¹⁹⁸ ראשית, ייתכן שהמעשה הפסול אינו משרת כל אינטרס בעל תוקף מוסרי ולכן אין כל שיקול התומך בו, בפרט לא שיקול הנוגע לפרטיות של הפועל. שנית, ייתכן שהמעשה הפסול משרת אינטרס תקף ולכן יש שיקול התומך בו, לרבות (לעתים) השיקול בעד הגנה על פרטיות הפועל, אך מעשה זה הוא כחשבון כולל בלתי מוצדק. לעתים קרובות נהוג להתייחס לפעולות הפוגעות באחרים ללא הצדקה כאל פעולות שאין כל שיקול בעדן, אך לעתים פעולות כאלה משרתות את האינטרס האישי של הפועל, שיש (תמיד או בדרך כלל) שיקול תקף בעד קידומו. לפיכך עולה השאלה אם אין לראות בכך שיקול בעד פעולות כאלה, אם כי אין זה בהכרח שיקול מכריע.

בהמשך הפרק אבחן שני סוגים בולטים של טיעונים ספציפיים יותר, בנוגע לשיקולים העוסקים באפשרות של עשיית שימוש לרעה בפרטיות לשם קידום מעשים פסולים.

ולהפך. אולם טענה זאת מתייחסת לאופי הידיעה ולא לעצם קיומה. לטענה זו ראו

S. Kagan, *The Limits of Morality* (Oxford: Clarendon Press, 1989), pp. 283–298

197 ראו Van Den Haag, לעיל הערה 1, עמ' 153–156.

198 ראו לעיל פרק ראשון, סעיף 1.

א. הביקורת הפמיניסטית

הטענה הבולטת ביותר נגד מושג הפרטיות, שהועלתה במסגרת הזרם הפמיניסטי, היא שמושג הפרטיות וההבחנה המקובלת בין תחום "פרטי" לתחום "פומבי" או "ציבורי", הוליקו להסתרה של דיכוי נשים בצורות שונות (באופן הבוטה ביותר – אך לא היחיד כמובן – בצורת אלימות כלפי נשים).¹⁹⁹ הגרסה מרחיקת הלכת ביותר של טענה זו יוצאת נגד עצם המושג "פרטיות", ובעקבות זאת נגד עצם ההבחנה המקובלת בין תחום "פרטי" לתחום "פומבי". גרסה מתונה יותר של הטענה האמורה מכירה בחשיבותו של המושג "פרטיות", ובחשיבות ההבחנה בין תחום "פרטי" ובין תחום "פומבי", אך יוצאת נגד תפיסות שונות של השאלה, מה צריך להיכלל במסגרת התחום ה"פרטי" ומה צריך להיכלל במסגרת התחום ה"פומבי".²⁰⁰

בהערכת הטענה האמורה חשוב להבחין בין שתי גרסאות אפשריות שלה. גרסה אחת של הטענה האמורה מצביעה על שיקול אפשרי נגד פרטיות או נגד הגנה על פרטיות – בכלל או בתחומים מסוימים שבהם יש בסיס להנחה שיש סכנה ממשית של ניצולה של פרטיות לרעה. שיקול כזה בוודאי קיים באופן עקרוני, ואין ספק שהוא אכן חל לעתים. עם זאת שיקול זה אינו בהכרח מכריע, שכן יש כאמור גם שיקולים בעד פרטיות, ולכן יש לבחון בכל מצב אילו שיקולים חזקים יותר. לעומת זאת גרסה שנייה של הטענה האמורה מצביעה על מסקנה שלפיה אין מקום לפרטיות או להגנה עליה – בכלל או בתחומים מסוימים, כפי שמשמע מחלק מהטיעונים האמורים נגד פרטיות. פרשנות זו אינה משכנעת, משום שאינה נתמכת על ידי הנימוקים האמורים. נימוקים אלה מצביעים על

199 C. A. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1989), p. 191 ("For women the measure of intimacy has been the measure of oppression. This is why feminism has had to explode the private"); A. L. Allen, "Privacy Isn't Everything: Accountability as a Personal and Social Good", *Alabama Law Review* 54 (2003), p. 1384

200 לניתוח טיעונים המועלים מנקודת מבט פמיניסטית בנוגע לפרטיות ובנוגע להבחנה בין תחום "פרטי" ל"פומבי", ובפרט להבחנה בין שתי הגרסאות האמורות של הביקורת הפמיניסטית נגד מושג הפרטיות, ולביקורת על הגרסה השוללת לחלוטין את התחום הפרטי ואת ההבחנה האמורה ראו Gavison, לעיל הערה 2, עמ' 2-3, 10-45.

שיקול נגד פרטיות או נגד הגנה עליה, אך אינם מבססים שיקול זה כמכריע בהכרח. אמנם סביר להניח ששיקולים אלה עשויים לגבור במצבים מסוימים על השיקולים בעד פרטיות, אם משום שבתחומים אלה הסכנה של ניצול הפרטיות לרעה משמעותית במיוחד, ואם מכיוון שהשיקולים בעד פרטיות בתחומים אלה אינם חזקים. כמו כן ייתכן ששיקולים אלה עשויים לתמוך בכלל משפטי שאינו מעניק הגנה לפרטיות בתחומים מסוימים שבהם השיקולים נגד פרטיות גוברים על השיקולים בעד פרטיות. אולם לא סביר להניח שהשיקול נגד פרטיות יהיה תמיד – בשל הסכנה של ניצול הפרטיות לרעה – חזק יותר מהשיקולים בעדה. מכל מקום, הנימוקים האמורים אינם מבססים אפשרות זאת.

ב. הביקורת הכלכלית

טענה שנייה, שהודגשה בעיקר מנקודת מבט כלכלית, היא שמכיוון שפרטיות מגבילה את הנגישות למידע שעשוי להיות רלוונטי להחלטות שונות, ואף מאפשרת הטעיה של אנשים, היא פוגעת לעתים באיכותן של החלטות.²⁰¹ לפי הטענה האמורה, תופעה זו נפוצה לאור כמה הנחות. ראשית, מטרתם של אנשים היא קידום האינטרס האישי שלהם. שנית, אנשים פועלים באופן רציונלי במובן האינסטרומנטלי, כלומר הם רציונליים בכל הנוגע לבחירת אמצעים להשגת המטרה של קידום האינטרס האישי שלהם. שלישית, אנשים יכולים לקדם את האינטרס האישי שלהם על ידי השגת מידע מסוגים שונים על אנשים אחרים. רביעית, גילוי מידע כזה עשוי לפגוע באינטרס האישי של האנשים שאליהם מתייחס המידע. לפיכך נטען שאנשים שואפים להסתיר פרטים מסוימים על עצמם ולגלות פרטים מסוימים על אחרים. לבסוף, מונח שהקריטריון הנורמטיבי (הבלעדי) הוא מקסום סכום העושר או האושר של כל האנשים. לאור הנחות אלה מוצע ככלל, לא להעניק לאנשים "זכות לפרטיות" לגבי מידע אישי (אך להעניק זכות מקבילה לפרטיות לארגונים).²⁰² ניתוח הטענה האמורה דומה לניתוח של ההתנגדות הפמיניסטית לפרטיות. הטענה סבירה לכל היותר, ככל שהיא מצביעה על שיקול אינסטרומנטלי החל לעתים נגד פרטיות, או נגד הגנה על פרטיות – בכלל או בתחומים מסוימים,

201 ראו למשל Posner, לעיל הערה 2, עמ' 395, 399.

202 ראו שם, עמ' 404.

למשל כאלה שיש בהם סכנה ממשית של ניצולה לרעה. אין ספק שפרטיות יכולה לשמש להסתרת מידע וכך להטעיה של אנשים, וכי ישנו לעתים שיקול נגד הטעיה כאמור. לעומת זאת הטענה האמורה אינה סבירה כשהיא מתיימרת לבסס מסקנה נגד פרטיות, כלומר שיקול נגד פרטיות שחל תמיד (ולא רק בדרך כלל), ובעיקר שיקול שהוא בהכרח מכריע, כלומר גובר תמיד על כל שיקול אחר שעשוי להתנגש אתו, כפי שעולה מההצהרה שאין מקום ל"זכות לפרטיות" בנוגע למידע אישי. כפי שראינו, ישנם טיעונים בדבר קיומם של שיקולים שונים בעד פרטיות. כאמור, יש מחלוקת על ההנחה שערכה של פרטיות הוא אינסטרומנטלי בלבד.²⁰³ אולם חשוב להזכיר שיש גם שיקולים בעד פרטיות, למשל כאלה הנוגעים לתרומתה של פרטיות לרווחה אישית, שאינם שנויים במחלוקת של ממש (והם מקובלים גם על גישות כלכליות סטנדרטיות). בפרט יש להתחשב בכך שאנשים מעוניינים לעתים קרובות בפרטיות לא במטרה להטעות אחרים, וכן יש להתחשב בסכנה שגילוי מידע אישי עלול לגרום לאנשים להימנע מפעילויות העשויות להוליך לגילוי מידע כזה.²⁰⁴ מכיוון שיש להתחשב גם בשיקולים בעד פרטיות, אין מקום להנחה גורפת שהשיקול נגד פרטיות גובר תמיד על שיקולים אלה. השאלה איך להכריע בין שיקולים שונים היא מורכבת, אך ראוי לציין בעניינה את הנקודות הבאות. ראשית, יש כידוע ביקורת על ההנחה שקריטריון ההכרעה המקובל במסגרת ניתוח כלכלי – כלומר, מקסום סכום האושר או העושר המצרפי – הוא קריטריון ראוי, ויש ביקורת רבה עוד יותר על ההנחה שזהו הקריטריון הבלעדי (ליתר דיוק, יש להבחין בין הביקורת הכללית יותר על התועלתנות²⁰⁵ לבין הביקורת הספציפית יותר נגד הגרסה הכלכלית של מקסום העושר).²⁰⁶

- 203 ראו למשל Bloustein, לעיל הערה 127, עמ' 429-453; Baker, לעיל הערה 157, עמ' A. D'Amato, "Comment: Professor Posner's Lectures on Privacy", 495-475 *Georgia Law Review* 12 (1978), pp. 497-504.
- 204 ראו Murphy, לעיל הערה 165, עמ' 2385-2387.
- 205 ראו למשל J. Rawls, *A Theory of Justice* (1971) (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999, revised edition), pp. 19-24; R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia* (New York: Basic Books, 1974), pp. 32-33.
- 206 R. Dworkin, "Is Wealth a Value?", in: *idem*, לעיל הערה 165, עמ' 206 *A Matter of Principle* (Cambridge, MA & London: Harvard University Press,

שנית, נטען כי אף אם מקבלים את הקריטריון האמור – מקסום סכום האושר או העושר המצרפי – לא מובן מאליו שפרטיות אינה יעילה במובן האמור, לאור קיומם של שיקולים תוצאתיים שונים בעדה ונגדה.²⁰⁷

פרק חמישי

פרטיות מול חופש ביטוי

שיקולים מסוג אחר נגד פרטיות נוגעים לאפשרות של התנגשות בין פרטיות ובין אינטרסים או ערכים אחרים. בפרק זה אדון בקצרה בכמה היבטים של סוג בולט של קונפליקט כזה: הקונפליקט שעלול להיווצר בין פרטיות ובין השיקולים בעד חופש ביטוי.²⁰⁸ האינטרס בחופש ביטוי עשוי להתנגש באינטרס בהגנה על פרטיות, משום שביטוי הוא אמצעי בולט לפגיעה בפרטיות, בעיקר באמצעות פרסום של מידע אישי על אנשים. קונפליקט זה הוא מורכב, הן בשל מורכבות המושגים פרטיות וחופש ביטוי והן בשל מורכבות ההשפעה ההדדית שלהם. למשל, אף שבדרך כלל יש התנגשות בין השיקול בעד חופש ביטוי ובין השיקול בעד הגנה על פרטיות, לעתים עשויה הגנה על פרטיות לתרום דווקא לחופש הביטוי (ולעתים גם לאינטרסים אחרים) בחשבון הכולל, משום שנכונותם של אנשים למסור מידע אישי עליהם צפויה לגדול בהקשרים מסוימים, ככל שההגנה על פרטיות רחבה יותר, ובפרט ככל שיאסרו העברה או פרסום של מידע אישי שנמסר למטרה מסוימת, כגון לבעל מקצוע (עורך דין או רופא למשל) או

1985), ch. 12; J. L. Coleman, "Efficiency, Utility and Wealth Maximization", in: *idem, Markets, Morals and the Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1988), ch. 4

207 לגבי הקריטריון של מקסום סכום העושר ראו Murphy, *לעיל* הערה 165, עמ' 2416-2417
P. H. Rubin, "Government and Privacy: A Comment on 'The Right of ;2417 Privacy'", *Georgia Law Review* 12 (1978), pp. 505-511

208 לשיקולים אלה ראו ר' שגב, *חופש הביטוי: הצדקות וסייגים* (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2008), פרק 3.

להכרה מסחרית.²⁰⁹ אמנם תרומה כזאת עשויה להיות צנועה אם המידע נמסר לאדם מסוים או לקבוצה קטנה של אנשים בלבד, אך היא עשויה להיות החלופה העדיפה בחשבון הכולל, אף במונחים של חופש הביטוי, אם האפשרות האחרת היא הימנעות מגילוי המידע בכלל.

בפרק זה אסתפק אפוא בכמה הערות קצרות על השיקולים הרלוונטיים בסוגי המצבים שבהם עשויה להיות הצדקה לפגיעה בפרטיות כדי להגן על האינטרס בחופש ביטוי.

1. פגיעה בפרטיות ונכונות הביטוי

פרטיותו של אדם עשויה להיפגע על ידי ביטויים המפיצים ברבים מידע אישי עליו. אחד המשתנים הרלוונטיים בהקשר זה הוא הסיכוי שהמידע האמור נכון. בהקשר זה אבחין בין שלושה סוגים של מצבים: מצבים שבהם ידוע בוודאות, לכל האנשים המשמיעים או שומעים את הביטוי הרלוונטי, שביטוי זה כולל מידע אמיתי; מצבים שבהם ידוע בוודאות, לכל האנשים המשמיעים או שומעים את הביטוי הרלוונטי, שהוא אינו נכון (שקרי); ומצבים שבהם יש חוסר ודאות בנוגע לאמיתות המידע הכלול בביטוי. מובן שהביטוי הנתון יכול להיות מורכב מחלקים שונים שכל אחד מהם שייך לקטגוריה אחרת. ייתכן למשל ביטוי שידוע בוודאות כי חלקו נכון וחלקו שקרי, ויש ספק בדבר נכונותו של חלק אחר שלו. כמו כן ייתכן שבנוגע לאותו חלק של הביטוי הנתון בספק, יהיה ידוע בוודאות לחלק מהאנשים המשמיעים או שומעים אותו שהוא אמיתי או שקרי, בעוד שמבחינתם של אחרים יהיה חוסר ודאות בנוגע לנכונותו (משום שאין בידם המידע שיש בידי הראשונים). מובן שבפועל יש כמעט תמיד חוסר ודאות, במידה זו או אחרת, בדבר נכונותם של ביטויים כאמור, כך שמבחינה דוקנית כמעט כל המצבים המציאותיים שייכים לקטגוריה האחרונה. ההבחנה בין שלושת סוגי המצבים האמורים, והדיון המקדים בשני סוגי המצבים הראשונים (הלא מציאותיים), שבהם ההנחה היא של ודאות מוחלטת, נועדו לפשט את הדיון

209 ראו את הדיון ברצונם של אנשים בפרטיות ובשיקולים בזכות פרטיות המבוססים עליו, לעיל פרק שלישי, סעיף 3.

באמצעות בידוד גורמים שונים, כרקע לניתוח השאלה המרכזית העוסקת במצב השכיח של חוסר ודאות.

א. פגיעה בפרטיות באמצעות ביטוי אמיתי

ברור שהשמעת ביטוי הכולל מידע אישי אמיתי על אדם עלולה לפגוע בפרטיותו. נכונותו של הביטוי רק מחדדת את הפגיעה.²¹⁰ מצד אחר, לעתים – אם כי לא תמיד – יש אינטרס חזק בהשמעה של ביטויים אמיתיים, לפחות בשל הערך האינסטרומנטלי שיש לידיעת האמת, כלומר תרומתה לרווחה של אנשים בסוגים מסוימים של מצבים (אם לידיעת האמת יש גם ערך עצמאי ואם לא). לכן הקונפליקט האפשרי בין האינטרס בהגנה על פרטיות של אדם ובין האינטרס בהתרת ביטוי הכולל מידע אישי אמיתי על אותו אדם, עשוי להיות משמעותי. דוגמה למצב שבו ישנו קונפליקט חד מסוג זה, ועולה השאלה אם לפרסם מידע, היא כאשר פרסום מידע על מחלה מידבקת של אדם עשוי למנוע אנשים נוספים מלהידבק במחלה.²¹¹

כדי להחליט איזה אינטרס צריך לגבור בכל קונפליקט ספציפי כאמור, יש לבחון את מידת חשיבותו של ההיבט הרלוונטי של כל אחד מהאינטרסים העומדים על הפרק. המשתנים הרלוונטיים בנוגע למידת הפגיעה בפרטיות, ובהתאם עוצמת האינטרס במניעת הפגיעה, תלויים בניתוח השיקולים בנוגע לערכה של פרטיות. המשתנים הרלוונטיים למידת החשיבות של פרסום הביטוי, ובהתאם עוצמת האינטרס בפרסומו, תלויים בניתוח השיקולים בדבר ערכם של סוגים שונים של ביטויים. למשל, משתנים רלוונטיים בדוגמה האמורה של גילוי מידע על מחלה מידבקת של אדם הם מידת החומרה של המחלה, המידה שבה היא מידבקת והאפשרות למנוע את התפשטותה בדרכים אחרות (לבד מאזהרה כללית) שאינן כרוכות בפגיעה דומה בפרטיות.

210 ראו למשל Warren & Brandeis, לעיל הערה 1, עמ' 218.
211 בניסוח אחר המתייחס לדוגמה דומה: ייתכן שמשוהו יהיה פרטי אך יהיה בו עניין ציבורי. ראו McCloskey, לעיל הערה 1, עמ' 308 "Something may still be in the area of privacy and yet relate to the general interest, for example, whether one (has venereal disease)".

ב. פגיעה בפרטיות באמצעות ביטוי לא אמיתי (שקרי)

שאלה מורכבת יותר היא אם פרטיותו של אדם עלולה להיפגע גם על ידי השמעת ביטוי המתייחס להיבטים אישיים של חייו, כאשר ידוע לכל האנשים המשמיעים או השומעים אותו שאינו אמיתי (שהוא שקרי). הספק נובע מכך שביטוי שאינו אמיתי לא כולל מידע אישי על אותו אדם במובן הדווקני. לפיכך, בהנחה שכל האנשים שעשויים לשמוע את המידע יודעים זאת (שאינו אמיתי), לא מדובר בפגיעה בפרטיות במובן האמור.²¹²

אולם הספק הראשוני האמור אינו בהכרח מדויק. שיקולים מסוימים התומכים בפרטיות עשויים לחול גם על ביטויים שידוע לכל האנשים הנחשפים אליהם שהם אינם נכונים. לפיכך, כדי לבחון אם תיתכן פגיעה בפרטיות עקב ביטוי שקרי, יש לבחון את השיקולים התומכים בפרטיות, שכאמור מכתיבים את היקפו של האינטרס בפרטיות.

חלק מהשיקולים נגד פגיעה בפרטיות אכן אינם חלים על מצב שבו כל האנשים המעורבים יודעים בוודאות שמידע המיוחס לאדם מסוים אינו נכון. כך למשל, אף שפגיעה בפרטיות פסולה בשל הפגיעה הנלווית לה ברגשותיו של האדם שאליו מתייחסים הפרטים (עקב חשיפתם), בכל זאת כאשר האדם הרלוונטי יודע שהמידע המיוחס לו אינו נכון ושכל השומעים האחרים של הביטוי מודעים לכך, סביר להניח שרגשותיו לא ייפגעו עקב פרסום הביטוי בכל הנוגע להיבט של פרטיותו (להבדיל מהיבטים אחרים, כמו למשל הידיעה שאדם אחר החליט לפרסם מידע שקרי לגביו).

לעומת זאת שיקולים אחרים נגד פגיעה בפרטיות חלים גם כאשר כל האנשים המעורבים יודעים בוודאות שמידע המיוחס לאדם מסוים אינו נכון. דוגמה לשיקול אפשרי שחל גם על ביטוי שקרי עולה מהטענה שאחד ההיבטים של פגיעה בפרטיות הוא משיכת תשומת לב אל אדם. בהנחה שמשיכת תשומת הלב היא בעצמה פגיעה בפרטיות – כלומר הפגיעה אינה רק אפשרות, הכרוכה

212 ראו למשל את ההערה שלהלן, בכפוף לכך שייתכן שיש להבינה כמתייחסת למצבים של חוסר ודאות: Parent, "Privacy, Morality, and the Law", לעיל הערה 1, עמ' 269, הערה 1 ("The spreading of falsehood or purely subjective opinions about a person does not constitute an invasion of his privacy. It is condemnable in the (language of libel or slander)").

במשיכת תשומת הלב, לגילוי מידע (אמיתי) על האדם – אזי שקר עשוי לפגוע בפרטיות, משום שהוא עשוי למשוך תשומת לב אל אדם.²¹³

בהנחה שביטוי שקרי עשוי לפגוע בפרטיות ולכן יש אינטרס להגבילו, עולה השאלה אם יש אינטרס בהתרת ביטוי שקרי כאמור. נראה שהתשובה על כך חיובית, משום שדומה כי חלק מהטעמים התומכים בחופש ביטוי חלים אף על ביטויים שידוע לכל המעורבים שהם אינם נכונים, למשל השיקול שלפיו התרת ביטויים תורמת לפורקן רגשות בדרך לא אלימה, ואולי גם השיקול שלפיו יש ערך בעצם השמעתם של ביטויים בנושאים ציבוריים, ללא תלות בתוכנם, בשל היותם חלק מההשתתפות בהליך הפוליטי.

לאורן של ההנחות האמורות עשוי להיווצר קונפליקט בין האינטרס בהתרת ביטוי שקרי, שעלול לפגוע בפרטיות, ובין האינטרס למנוע את השמעתו. עם זאת בניגוד לקונפליקט המקביל, העשוי להתעורר בנוגע לביטוי אמיתי, הקונפליקט בעניין ביטויים שקריים משמעותי פחות משני טעמים. ראשית, מכיוון שאף בהינתן ההנחות האמורות, רק חלק קטן יחסית מהשיקולים התומכים בהתרת ביטויים חלים על ביטויים שקריים, ורק חלק קטן מהביטויים השקריים עלולים לפגוע בפרטיות, אזי היקף האינטרסים העומדים על הפרק – בהתרת ביטויים כאלה ובהגבלתם לאור האפשרות שהם יפגעו בפרטיות של אנשים, בהתאמה – יהיה מצומצם יחסית, ולכן מספר הקונפליקטים בין האינטרסים האלה לא יהיה גדול. שנית, וחשוב עוד יותר, ההכרעה בקונפליקטים העשויים להיווצר בין האינטרסים האמורים לא תהיה לרוב בעלת חשיבות גדולה, משום שנראה כי ככלל, השיקולים העומדים על הכף במצבים כאלה אינם צפויים להיות בעלי חשיבות רבה, שכן הן האינטרס בהתרת ביטויים שקריים והן הפגיעה בפרטיות הכרוכה בהשמעה של ביטויים אלה – ובהתאם, האינטרס במניעתם מטעם זה – יהיו חלשים יחסית.

ג. פגיעה בפרטיות באמצעות ביטוי שיש חוסר ודאות בדבר אמיתותו לבסוף יש לבחון את השאלה אם ביטוי המתייחס להיבטים אישיים של חייו של אדם עשוי לפגוע בפרטיותו כאשר יש חוסר ודאות, לפחות מצד חלק מהאנשים המשמיעים או שומעים את הביטוי, בנוגע לאמיתות המידע הכלול בו.

213 ראו Gavison, "Privacy and the Limits of Law", לעיל הערה 17, עמ' 431-432.

שאלה זו היא בעלת חשיבות מעשית רבה, שכן במקרים רבים יש חוסר ודאות, בעיקר מצד השומעים, בנוגע לאמיתות הביטוי. חשיבות השאלה מתחדדת במיוחד עבור ביטויים הצפויים להגיע למספר רב של אנשים, בשל שתי הכללות: מצד אחד, כאשר שאר הגורמים הרלוונטיים שווים, הפגיעה הפוטנציאלית של ביטויים בפרטיות חמורה יותר ככל שהם צפויים להגיע למספר רב יותר של אנשים. מצד אחר, ככל שביטוי צפוי להגיע למספר רב יותר של אנשים, גדל הסיכוי שאצל רבים יותר יתעורר לפחות ספק בנוגע לאמיתות הביטוי. ההערכה האחרונה מבוססת על כמה הנחות שנראות סבירות. ראשית, ביטויים הנקלטים על ידי מספר רב של אנשים מופצים לרוב באמצעות כלי תקשורת רבי עוצמה, כמו עיתונים, ערוצי רדיו, רשתות טלוויזיה או אתרי אינטרנט פופולריים. ביטויים המושמעים בדרך זו אינם כוללים בדרך כלל ראיות מפורטות לאמיתות המידע, ואינם מאפשרים בחינה של אמיתות הביטוי. שנית, הדרך האחרת שבה יכולים ביטויים להגיע למספר רב של אנשים היא העברת מידע בשרשרת ארוכה מ"פה לאוזן". דרך זו לוקה לרוב בחסרונות האמורים של היעדר פירוט והיעדר אפשרות לבחינת אמיתות הביטוי, ובנוסף גם בחשש הידוע של עיוות המידע במהלך העברתו בין "חוליות השרשרת". לפיכך ביטויים בעלי תפוצה נרחבת, הכוללים מידע אישי על אודות אנשים, מחדדים את חשיבות השאלה על משמעותם הנורמטיבית.

ביטוי שמתייחס לחייו האישיים של אדם ושיש חוסר ודאות בנוגע לנכונותו, עשוי לפגוע בפרטיותו של אותו אדם משני טעמים. ראשית, לאור האפשרות שהביטוי אמיתי. כשיש חוסר ודאות בדבר נכונותו של ביטוי מסוים, יש סיכוי כלשהו שהוא אמיתי (בצד סיכוי משלים שאינו אמיתי), שהגיוני להתחשב בו בהתאם לגובה הסיכוי.²¹⁴ שנית, לאור המסקנה שחלק מהשיקולים בעד פרטיות חלים גם על ביטויים לא נכונים.

מצד אחר, עשוי להיות אינטרס בפרסום ביטוי שיש חוסר ודאות בדבר נכונותו, משני טעמים מקבילים: ראשית, לאור האפשרות שהביטוי אמיתי; ושנית, משום שכאמור, חלק מהטעמים התומכים בחופש ביטוי חלים גם על ביטויים שאינם נכונים.

214 לפירוט בדבר הדרך שבה ראוי לדעתי להתחשב בסיכויים, בתנאים של חוסר ודאות ראו R. Segev, "Justification, Rationality and Mistake: Mistake of Law is No Excuse? It Might be a Justification!", *Law & Philosophy* 25 (2006), pp. 31–79

לפיכך האינטרס בהתרת ביטויים המתייחסים להיבטים אישיים של חייהם של אנשים, שיש חוסר ודאות בדבר נכונותם, והאינטרס בהגבלתם של ביטויים כאלה לאור הפגיעה בפרטיות הכרוכה בהם – עשויים להתנגש. התנגשות כזאת עשויה להיות נפוצה, וההכרעה בה עשויה להיות חשובה, בהתאם לגובה הסיכוי המשוער שהביטוי הוא אמיתי. ככלל, ככל שהסיכוי האמור גבוה יותר כך הקונפליקט משמעותי יותר בשני המובנים האמורים של שכיחותו וחשיבותו, שכן הן האינטרס בהתרת הביטוי והן הפגיעה האפשרית בפרטיות, ובהתאם האינטרס בהגבלת הביטוי, יהיו לרוב נרחבים יותר וחזקים יותר. באופן כללי, ההכרעה בסוג זה של קונפליקט צריכה להיעשות לאור משקלם היחסי של השיקולים המתנגשים בכל סוג של מצבים, כלומר מידת הפגיעה הצפויה בפרטיות מול מידת החשיבות של סוג הביטויים העומד על הפרק.

2. פגיעה בפרטיות באמצעות ביטוי בנושא בעל חשיבות ציבורית

פגיעה בפרטיות עשויה להיות מוצדקת כאשר היא נעשית באמצעות ביטוי העוסק בנושא בעל חשיבות ציבורית, כלומר נוגע למספר רב של אנשים. לעתים קרובות יש אינטרס חזק בהתרת ביטויים מסוג זה, במיוחד (אם כי לא בהכרח רק) כשמדובר בנושאים העומדים להכרעה ציבורית, אף אם הם כרוכים בפגיעה בפרטיות.²¹⁵ לפיכך יש לשקול, בכל סוג של מצבים, את מידת החשיבות היחסית של השיקול בעד פרטיות לעומת השיקול בעד גילוי של מידע הפוגע בפרטיות.

חשוב לציין שהמושגים המקובלים בהקשר זה – "עניין ציבורי", "נושא ציבורי" ו"אישיות ציבורית" או "דמות ציבורית" – הם מטעים, שכן עוצמתם של השיקולים הרלוונטיים שהם משקפים היא עניין של מידה, ולכן אין מקום למתיחת קו חד בין נושאים שיש בהם "עניין ציבורי" ובין נושאים שאין בהם

²¹⁵ לצורך בחריג כזה להגנה משפטית על פרטיות ראו למשל Warren & Brandeis, לעיל הערה 1, עמ' 214-216. בישראל כולל חוק הגנת הפרטיות שני חריגים רלוונטיים: הראשון מתיר פרסום של אמת שיש בה עניין ציבורי, והשני מתיר פרסום ב"תום לב" המהווה הבעת דעה על התנהגותו של אדם בתפקיד ציבורי. ראו חוק הגנת הפרטיות, סעיפים 18 (3) ו-18 (2) (1).

עניין כזה, או בין אנשים שהם בגדר "אישיות ציבורית" או "דמות ציבורית" ובין אנשים שאינם כאלה.

כמה טענות שמועלות לפעמים בהקשר הנידון אינן משכנעות. באופן כללי, טענה גורפת שאין מקום להכרה ב"זכות הציבור לדעת" כשמדובר בנושאים פרטיים,²¹⁶ וכן טענה גורפת הפוכה שיש "זכות" כאמור – שתייהן אינן משכנעות. המונחים "זכות", "ציבור" ו"לדעת", ועקב כך המושג "זכות הציבור לדעת", אינם ברורים.²¹⁷ אולם כשם שאין מקום להנחה של "זכות" גורפת לדעת כל מידע פרטי, אף לא כל מידע פרטי הנוגע לנושאים בעלי חשיבות ציבורית, כך גם אין מקום להנחה ההפוכה. באופן כללי, בצד שיקולים התומכים לעתים בפרטיות, עשויים להיות גם שיקולים נגדיים התומכים בחופש ביטוי, גם בנוגע לביטויים שעלולים לפגוע בפרטיות. ההכרעה בין שיקולים מתנגשים כאלה צריכה להיעשות לאור משקלם היחסי בכל סוג של מצבים. הנחה גורפת, שהשיקולים בעד פרטיות צריכים תמיד לגבור על שיקולים נגדיים (כמו הנחה גורפת הפוכה), אינה סבירה.

טענה לא משכנעת דומה היא שחייהם של אנשים המושכים תשומת לב ציבורית אינם פרטיים.²¹⁸ כטענה אמפירית, שכל הפרטים על חייהם של אנשים כאלה ידועים ממילא לכל האנשים, זו כמובן טענה שגויה. כטענה נורמטיבית, שראוי להתיר כל פרסום על חייהם של אנשים כאלה, זו טענה שאינה מנומקת, שכן הגדרת חייהם של אנשים אלה כעניין ציבורי ולא פרטי אינה מהווה נימוק.

כפי שכבר ציינתי, איני חושב שיש ממש בטענות המקובלות שאנשים המושכים תשומת לב ציבורית ("דמויות ציבוריות"), ובפרט אנשים הממלאים תפקידים ציבוריים, מותרים על פרטיותם או נוטלים סיכון המצדיק פגיעה בפרטיותם (ככל שטענות אלו אמורות להוסיף לשיקול שיש אינטרס בהתרת ביטויים העוסקים באישי ציבור כשיש להם חשיבות לדיון הציבורי, להבדיל מהמחשת טיעון זה בלבד).²¹⁹

216 ראו Moore, לעיל הערה 1, עמ' 374-375.

217 לחוסר הבהירות של מושג זה ראו לעיל פרק שני, סעיף 1.

218 לטענה זו בפסיקה בארצות הברית ראו Prosser, לעיל הערה 12, עמ' 411.

219 ראו את הדיון בויתור על פרטיות, לעיל פרק ראשון, סעיף 2.

לעומת זאת יש שיקול שתומך בהגנה על פרטיותם של אנשים הממלאים תפקיד ציבורי, או ליתר דיוק – שיקול שתומך בקביעת כלל פומבי המעניק הגנה כזאת, בפרט באמצעות המשפט – והוא שהגנה כזאת עשויה לעודד אנשים לשקול את האפשרות של מילוי משרה ציבורית. כך יגדל מאגר האנשים שמוכנים למלא משרות ציבוריות, ובעקבות זאת תשתפר איכות הכישורים של ממלאי משרות ציבוריות.²²⁰

דוגמה בולטת להתנגשות בין האינטרס בהגנה על פרטיות של אדם ובין האינטרס בהתרה של ביטוי העוסק בנושא בעל חשיבות ציבורית היא מצב שבו יש אפשרות של פרסום פרטים הנוגעים להתאמה לתפקיד של אדם הממלא משרה ציבורית או מועמד למשרה ציבורית, למשל פרסום מידע שלפיו אדם הממלא משרה ציבורית חולה במחלה שעלולה להשפיע על תפקודו. פרסום כזה עשוי לפגוע בפרטיותו של בעל התפקיד, אך הוא גם עשוי להיות בעל חשיבות רבה כאמצעי להביא מידע הדרוש לאנשים שבידיהם האפשרות להעביר את נושא המשרה האמור מתפקידו (כאשר מדובר במשרה שהמינוי לה נקבע בבחירות כלליות, כמו חבר כנסת, מדובר לפחות בכל בעלי זכות הבחירה וכן באנשים נוספים העשויים להשפיע על ההחלטה בדרכים שונות).

כמו באופן כללי כך גם בכל קונפליקט מסוג זה, ההכרעה צריכה להיעשות לאור החשיבות היחסית של ההיבט הרלוונטי של כל אחד מהאינטרסים העומדים על הפרק. שוב, השיקולים הרלוונטיים למידת הפגיעה בפרטיות, ובהתאם עוצמת האינטרס למנוע את הפגיעה, תלויים בניתוח השיקולים בדבר ערכה של פרטיות; כשם שהמשתנים הרלוונטיים למידת החשיבות של פרסום סוג הביטויים הרלוונטי, ובהתאם עוצמת האינטרס בפרסומו, תלויים בניתוח השיקולים בדבר ערכו של סוג הביטוי הרלוונטי. למשל, המשתנים הרלוונטיים בדוגמה האמורה, של גילוי מידע על מחלה של אדם הממלא תפקיד ציבורי, הם מידת חשיבותו של התפקיד והמידה שבה עשויה המחלה להשפיע על אופן מילוי.

220 ראו את הדיון ברצון של אנשים בפרטיות, לעיל פרק שלישי, סעיף 3.

פרק שישי

פרטיות כמושג ייחודי

בעקבות הדיון במשמעותה ובחשיבותה של פרטיות, השאלה האחרונה שארון בה היא אם יש מכנה משותף בין ההיבטים השונים של מושג הפרטיות, או לפחות בין חלק מהם. במסגרת שאלה זו יש להבחין בין מכנה משותף מושגי – במובן של משמעות אחת להיבטים שונים של פרטיות – ובין מכנה משותף נורמטיבי – במובן של הצדקה אחת להיבטים שונים של פרטיות.

השאלה האמורה אינה בעלת חשיבות נורמטיבית. השאלה החשובה מבחינה נורמטיבית היא אילו שיקולים ישנם בעד ונגד הפעולות העומדות על הפרק, ולא אם יש מכנה משותף משמעותי יותר או פחות ביניהם. לפיכך אסתפק בכמה הערות קצרות בדבר השאלה האמורה.

במישור המושגי, נראה שהתיאורים השונים שהזכרתי בדבר המשמעות הכללית של פרטיות – פרטיות במובן של הסתרת מידע או של מרחב אישי סגור, ובאופן רחב יותר, פרטיות כהיעדר נגישות לאדם במובנים תוכניים ומרחביים שונים – אכן מצביעים על מכנה משותף משמעותי בין היבטים שונים של מושג הפרטיות. עם זאת, כפי שציינתי, נראה שתיאור שלם של מושג הפרטיות כולל כמה היבטים נפרדים – לפחות ההיבט התוכני-נושאי וההיבט המרחבי. בשל כך אין מכנה משותף מושגי אחד לכלל ההיבטים של מושג הפרטיות, אלא כמה מכנים משותפים לכמה קבוצות של היבטי הפרטיות.

התיאורים של משמעות מושג הפרטיות מצביעים רק על מכנה משותף מושגי, ואינם מצביעים בהכרח גם על מכנה משותף נורמטיבי בין היבטים שונים של מושג הפרטיות.²²¹ התשובה על השאלה אם יש מכנה משותף נורמטיבי בין היבטים שונים של מושג הפרטיות צריכה להיבחן לאור הניתוח של שיקולים שונים בעד פרטיות.

221 נראה לי שזו ההבחנה העומדת בבסיס הביקורת על התשובה של סקנלון (Scanlon) לטענה של תומסון (Thomson) שהזכות לפרטיות נגזרת מזכויות אחרות: הטענה של תומסון היא נורמטיבית, ולכן התשובה המושגית אינה מספקת. עם זאת הביקורת האמורה כוללת גם טענה נגד המעגליות של הגדרת הפרטיות שמציע סקנלון, בלי להפריד בצורה ברורה בין הטיעונים. ראו Reiman, לעיל הערה 150, עמ' 29.

בסופו של דבר, נראה שבדומה למסקנה בדבר המישור המושגי, גם במישור הנורמטיבי אין שיקול אחד המסביר באופן ממצה את ערכה של פרטיות, אך אפשר לזהות כמה שיקולים כלליים למדי המצביעים על כמה מכנים משותפים בין היבטים שונים של מושג הפרטיות, למשל תרומתה של פרטיות לפיתוח אוטונומיה אישית ומערכות יחסים בין-אישיות.

יש הטוענים שקיים מכנה משותף נורמטיבי אחד למושג הפרטיות. ברור זה נטען שפרטיות היא זכות יסודית וייחודית, משום שהיא משמשת בסיס לאוטונומיה אישית במובן של היכולת לחשיבה רציונלית, המתאפשרת באמצעות פרטיות.²²²

לפי עמדה שונה, אין מכנה משותף – מושגי או נורמטיבי – בין היבטים שונים של מושג הפרטיות. גרסה אחת של עמדה זו מנוסחת במונחים של זכויות, וכוללת שלוש טענות. ראשית, אין זכות כללית לפרטיות אלא ישנן כמה זכויות ספציפיות לפרטיות שאין להן מכנה משותף (לא ברור אם הכוונה למכנה משותף מושגי או נורמטיבי או שניהם). שנית, כל זכות לפרטיות נגזרת מזכות אחרת, בסיסית יותר, ולכן כל הפרה של זכות לפרטיות היא גם הפרה של זכות בסיסית יותר. לפי טענה זו, היבטים שונים של מושג הפרטיות נגזרים בעיקר משתי זכויות: הזכות של אדם על גופו – שממנה נגזר למשל אחד ההיבטים של הזכות לפרטיות: הזכות לא להיראות ולא להישמע – והזכות הקניינית של אדם על רכושו – שממנה נגזר למשל היבט אחר של הזכות לפרטיות: הזכות של אדם שאחרים לא יסתכלו על רכושו הפרטי (לפי העמדה האמורה, רוב האנשים מוותרים על הזכויות האמורות ברוב המצבים). ושלישית, במישור הנורמטיבי, הפסול בכל הפרה של זכות לפרטיות מתמצה בפסול בהפרה של הזכות הבסיסית יותר שממנה נגזרת הזכות הרלוונטית לפרטיות.²²³

222 ראו Mayes & Alfino, לעיל הערה 82, עמ' 310-312.
223 ראו Thomson, לעיל הערה 1, עמ' 313-314. השוו Posner, לעיל הערה 2, עמ' 420; Fried, לעיל הערה 188, עמ' 427 (The right to privacy is a right that arises out of the convergent exercise of a number of other rights [...] This is why the argument that I have some general right to control information about myself won't go through [...] if some information is obtained without violating some other right, I have not been wronged, showing in fact that the basis of the right (resides not in the information but in those other domains").

יש לשים לב לכך ששלוש הטענות האמורות הן עצמאיות במובן שאחת אינה מוליכה בהכרח לרעותה. ראשית, הטענה הראשונה – שאין זכות כללית לפרטיות אלא רק זכויות ספציפיות שונות לפרטיות, שאין להן מכנה משותף – אינה מוליכה בהכרח לטענה השנייה – שהזכויות האמורות נגזרות כולן מזכויות בסיסיות יותר. ייתכן שיש כמה זכויות שמשקפות היבטים שונים של מושג הפרטיות, ואין ביניהן מכנה משותף, אך הן – חלקן או כולן – אינן נגזרות מזכויות בסיסיות יותר. וגם להפך, ייתכן שערכה של פרטיות נגזר מערכים אחרים, אך השילוב של היבטים שונים של ערכים אלה יוצר מושג נורמטיבי ייחודי.²²⁴ כמו כן, הטענה השנייה – שהיבטים שונים של ה"זכות לפרטיות" נגזרים מזכויות אחרות, בסיסיות יותר – אינה מוליכה בהכרח לטענה השלישית – שהפסול שבהפרת זכות לפרטיות מתמצה בפסול שבהפרת הזכות הבסיסית יותר שממנה היא נגזרת. גם אם כל זכות לפרטיות וכל פגיעה בפרטיות נגזרות מזכות אחרת ומפגיעה בזכות אחרת בהתאמה, עדיין ייתכן שיש משקל עצמאי לפגיעה בפרטיות המצטברת לפגיעה האחרת, כך שהפגיעה המשולבת חמורה יותר מכל אחת מהפגיעות המרכיבות אותה בנפרד.

בסופו של דבר, השאלה על סבירות העמדה האומרת שאין מכנה משותף בין היבטים שונים של ה"זכות לפרטיות", תלויה בהיבט מרכזי שבו היא אינה ברורה. האם היא שוללת את קיומו של מכנה משותף, מושגי ונורמטיבי, אחד בין כל היבטים של מושג הפרטיות, או את קיומו של כל מכנה משותף, מושגי או נורמטיבי, בין כמה היבטים של מושג הפרטיות? חוסר הבהירות האמור הוא מרכזי. כאמור, בעוד שהאפשרות הראשונה היא הגיונית, האפשרות האחרונה אינה נראית סבירה.²²⁵

מעבר לכך, נימוקים שונים שעליהם מבוססת הטענה שאין מכנה משותף בין היבטים שונים של מושג הפרטיות, מעלים קשיים ספציפיים. בפרט, העובדה

224 ראו Reiman, לעיל הערה 150, עמ' 28. ברוח זו נטען למשל שפרטיות עשויה להיות מבוססת על היבטים מיוחדים של זכויות לחירות ולקניין (כשם שהזכות לקניין רוחני היא סוג מיוחד של זכות קניין). ראו Moore, לעיל הערה 20, עמ' 217, 219.

225 לביקורת כללית על עמדות "רדוקציוניות" של מושג הפרטיות, ובפרט על העמדה האמורה, ראו Gavison, "Privacy and the Limits of Law", לעיל הערה 17, עמ' 467-460; Parent, "Privacy, Morality, and the Law", לעיל הערה 1, עמ' 278-280.

שפגיעה בפרטיות כרוכה לרוב – או תמיד – בפגיעה באינטרסים אחרים, אינה אומרת בהכרח שהאינטרס בפרטיות נגזר מאינטרסים אחרים. ייתכן שכמה אינטרסים שונים ייפגעו במקביל. אמנם אם פגיעות מקבילות בזוג אינטרסים הן נפוצות, הדבר מהווה אינדיקציה שאחת מהן נגזרת מהשנייה, אך זו אינדיקציה בלבד הניתנת להפרכה, למשל באמצעות הצבעה על קשר עקבי שאינו מקרי בלבד בין שני אינטרסים שונים, שאינו שולל את ייחודם.²²⁶

בנוסף, נטען שקיומן של פגיעות מקבילות בפרטיות ובאינטרסים אחרים מתיישבת לא רק עם ההנחה שהאינטרס בפרטיות נגזר מהאינטרסים האחרים אלא גם עם ההנחה ההפוכה – שהאינטרסים האחרים נגזרים מהאינטרס בפרטיות.²²⁷ טענה זו אמנם נכונה במישור הלוגי, אך מבחינה נורמטיבית סביר יותר להניח שאינטרסים שיש הסכמה רחבה בנוגע לעצמאותם הם הבסיס לאינטרס השנוי יותר במחלוקת (האינטרס בפרטיות) ולא להפך.

סיכום

מטרתו של מאמר זה הייתה לבחון טיעונים בולטים בדבר המשמעות המושגית והחשיבות הנורמטיבית של מושג הפרטיות. ניתוח הטענות השונים מצביע על מורכבותו של מושג זה בשני המישורים הקשורים – המושגי והנורמטיבי – ועל קיומן של מחלוקות כמעט בכל היבט של מושג זה. המורכבות של מושג הפרטיות והמחלוקת הנוצרת בעקבותיה מחייבות נקיטת משנה זהירות בעת העלאת טיעונים בנוגע למושג זה והערכתם. השלב הראשון הנדרש לאור אי-הבהירות של מושג הפרטיות צריך להיות הבהרת משמעותם של טיעונים שונים בנוגע אליו. אולם השאלה החשובה בסופו של דבר היא אילו שיקולים ישנם בעד ונגד פרטיות, ובפרט בעד ונגד הגנה משפטית על פרטיות, וכיצד יש להכריע ביניהם ובין שיקולים נוגדים כאשר יש כאלה.

226 למשל, התפיסה שפרטיות פירושה שליטה על המידה שבה אדם יכול להיקלט בחושיהם של אחרים מוליכה למסקנה שצפויה חפיפה משמעותית (אם כי לא בהכרח מלאה) בין הגנה על פרטיות ובין הגנה על אינטרסים אחרים, כגון הגנה מפני תקיפה והסתת גבול. ראו Parker, לעיל הערה 2, עמ' 291-292.
227 ראו Reiman, לעיל הערה 150, עמ' 27.



פרטיות תמורת "תהילה"
אובדן הפרטיות בתכניות הטלוויזיה בישראל
בשנים 2005-2010

עמית לביא-דינור, יובל קרניאל

א. מבוא

החידושים הטכנולוגיים הבלתי פוסקים בתחום התקשורת – כמו נגישות רשת האינטרנט, הופעתן של הרשתות החברתיות, תפוצתם של מכשירים סלולריים עם מצלמה וריבוי מצלמות המותקנות בכל מקום במרחב הציבורי – הביאו לשינוי גדול במשמעות ובהיקף הציפייה הסבירה לפרטיות, ומכאן גם בהיקפה של הזכות לפרטיות הנובעת ממנה. יש הטוענים שהפרטיות מתה או לפחות גוססת.¹ לשידורי הטלוויזיה בערוצי השידור הפופולריים יש משקל כבד בנושא זה, משום שהם משקפים ומעצבים את מושגי החברה וערכיה, לרבות מעמדה והיקפה של הפרטיות בחברה המודרנית. השידורים לא רק חודרים לפרטיות של אדם זה או אחר, הם גם מעבירים לנו מסר חשוב על היקפה של הפרטיות ועל היחס המקובל והראוי בין המרחב הפרטי לבין המרחב הציבורי, ובכך הם עוזרים לשקף ולעצב את מושגי הפרטיות המשתנים.²

במאמר זה נציג וננתח כמה תופעות חדשות של חדירה לפרטיות, המחריפות את הטשטוש בין המרחב הציבורי לבין המרחב הפרטי בשידורי הטלוויזיה

1 נ' אחיטוב, עולם ללא סודות: על חברת המידע הפתוח (תל אביב: עם עובד, 2002); R. Whitaker, *The End of Privacy: How Total Surveillance is Becoming a Reality* (New York: New Press, 1999)

2 A. Lavie-Dinur & Y. Karniel, "Sacrificing Privacy for the Sake of Fame: How Television is Helping to Erode Privacy in Israel", *Exploration in Media Ecology (EME)*, *The Journal of Media Ecology Association* 7 (4) (2008), pp. 255–270

בישראל בשנים האחרונות. כן נבחן את מה שנובע מטשטוש זה ואת הסכנות והיתרונות הגלומים בכך לפרט ולחברה. לדעתנו התופעות החדשות המוצגות כאן הן חלק ממגמה של אובדן פרטיות בשידורי הטלוויזיה. משמעותה של מגמה זו היא לא רק פגיעה בפרט הנחשף בשידורים, אלא שינוי עמוק במשמעות ובמשקל שאנו נותנים לערך הפרטיות. ערך זה שהיה בעבר חשוב ונתפס כראוי לכבוד ולהגנה, הופך למטבע עובר לסוחר, למושג המשנה את פניו ומפנה מקום לחשיפה אישית ולחדירה למרחב הפרטי, כמעט ללא גבולות.

ב. הפרטיות בשידורי הטלוויזיה

התפתחות אמצעי תקשורת המונים, הופעתם של ז'אנרים חדשים בשידורי הטלוויזיה, וכניסתה של טכנולוגיה אינטראקטיבית חדשה המשפיעה גם על תכני השידור בטלוויזיה, יצרו והעצימו מצב שבו מתרחשת פלישה הדדית בין שני מרחבים: הפרטי והציבורי. הטלוויזיה, שהיא מרחב פומבי וציבורי, פולשת אל סלון ביתנו הפרטי; ובה בעת אנשים פרטיים חושפים את חייהם האינטימיים בטלוויזיה ונכנסים אל המרחב הציבורי. במקרים אחרים חושפים שידורי הטלוויזיה את חייהם הפרטיים של אנשים בניגוד לרצונם, ולפעמים אפילו ללא ידיעתם. טשטוש התחומים, הגבולות והמרחבים מתעצם ומעמיק מעשור לעשור. האצ'בי³ טוען שמאמצע שנות התשעים החל בארצות הברית ובאנגליה זרם חושפני ואישי יותר בז'אנר תכניות האירוח. תכניות כמו אלה של ריקי לייק וג'רי ספרינגר התמקדו בדילמות מחיי היומיום ונמנעו מלעסוק בנושאים חברתיים וציבוריים שהוצגו עד אז אצל מנחי תכניות אחרים. מוקד תכניות האירוח החדשות הוא סביב קונפליקטים אישיים, משפחתיים, זוגיים, חבריים וכדומה. לטענת אילוז,⁴ תכניות אלה נוגעות בעניינים שגרתיים וב"תכל'ס" של חיי היומיום, ובכך הן מציעות אמיתות ארעיות ופרגמטיות המתאימות להיגיון המקוטע של חיי היומיום. פלישת תחומים אלה אל המרחב הציבורי חשפה את חיי היומיום של אנשים פרטיים

- I. Hutchby, "Confrontation as a Spectacle: The Argumentative Frame of the Ricki Lake Show", in: A. Tolson, (ed.), *Television Talk Shows: Discourse, Performance, Spectacle* (London: Lawrence Erlbaum Associates Publishers, 2001) 3
- E. Illouz, "The Shadowy Realm of the Interior: Oprah Winfrey and Hamlet's Glass", *International Journal of Cultural Studies* 2 (1) (1999), pp. 109–131 4

ואנונימיים – אך "אמיתיים", חיים ונושמים – כ"מופע מרהיב" שבו מוצגת מציאות שאינה שגרתית ואפורה אלא דרמטית, אינטנסיבית או נחשקת.

החיים הפרטיים, חיי הנפש במסגרת יחסים אינטימיים, הם הנושא החם ביותר של דרמות הטלוויזיה בעשור האחרון. התכנית המצליחה "בטיפול", ששודרה בערוץ 3 בכבלים בשנת 2005, עסקה ישירות בטיפול פסיכולוגי הנוגע בצנעת החיים האישיים. דרמות כאלה מחליפות את העיסוק (שהיה מקובל בעבר) בדרמות פוליטיות או בסדרות משטרה, בתי משפט או בתי חולים, המתנהלות ברובן בתחום הציבורי, העוסקות בדרך כלל בנושאים בעלי אופי ציבורי, והמורחקות מ"המציאות" באמצעות שחקנים המשחקים תפקיד על פי תסריט ואינם חושפים (בדרך כלל) את פרטיותם שלהם.

כניסת תכניות המציאות לשידורי הטלוויזיה בישראל, מתחילת העשור הראשון של המאה העשרים ואחת, העצימה את הטשטוש והעמיקה את התחושה שהקהל צופה ב"אנשים אמיתיים" ולא בשחקנים, ב"מצבים אמיתיים" לא מבוימים ובשגרת חיים "אמיתית". המצלמה, החודרת ומשתפת את הצופים בפרטים הקטנים והחושפניים של בני הבית, מגבירה את המתח שבין הסקרנות ה"טבעית" וההצצה לבין המבוכה בשל הפלישה. ריבוי תכניות המציאות עמעמם וכמעט שמחק את תחושת אי-הנעימות הכרוכה בהצצה, ונוצרה לגיטימציה ואפילו אדישות לתופעה. חדירת המרחב הפרטי אל המרחב הציבורי, בטלוויזיה המסחרית, טשטשה בין התחומים (הפרטי והציבורי) ויצרה גם טשטוש רגשי שהעמיק את תחושת הכלבול של הצופים. מצד אחר, טוענת פריסבי,⁵ תכניות המציאות משרות אווירה חיובית על הצופים באמצעות העצמה רגשית. הן מציגות מראה להתבוננות עצמית שבאמצעותה יכולים הצופים לצפות במגוון מצבים מחיי היומיום, המשקפים באופן כזה או אחר את חייהם. במחקרים שנעשו על תכניות המציאות באירופה, נמצא שדרך הצפייה במשתתפים לומד הצופה על התנהלות החיים. הצפייה מאפשרת לצופים להעניק משמעות והיגיון לחייהם.⁶

C. Frisby, *Reality Television Has Positive Impact on Viewers* (Columbia: University of Missouri, 2003) 5

נ' אלפנט-לפּלר, סקירה משווה בנושא תכניות מציאות (ירושלים: הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, 2003): www.rashut2.org.il 6

ג. הזכות לפרטיות

הזכות לפרטיות, המוגנת גם בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,⁷ ובחוק הגנת הפרטיות,⁸ נחשבת בעשרות השנים האחרונות כזכות אדם חשובה ובסיסית. זוהי הזכות של כל אדם לשמור ולהגן על זהותו ועל מתחם הגנה מסביב לגופו, מחשבותיו, רגשותיו, סודותיו הכמוסים, אורח חייו ומעשיו האינטימיים הנעשים בצנעה או ברשות הפרט. הפרטיות מאפשרת לאדם להגן על האוטונומיה שלו, לבחור ולשלוט בחלקים של המתחם הפרטי שאליהם הוא מאפשר גישה לאחרים, וכן להחליט על ההיקף, האופן והעיתוי של החשיפה.⁹ המשפט הישראלי אימץ הגדרה רחבה של מושג הפרטיות כ"אינטרס היחיד שלא להיות מוטרד בצנעת חייו על ידי אחרים",¹⁰ אך הכיר בכך שהיקפה של הזכות עמום ומשתנה בהתאם למציאות המשתנה.¹¹

לפרטיות ולאוטונומיה של הפרט יש משקל קריטי ביכולתו של אדם לשמור על זהותו, לקיים יחסים של אהבה, קרבה ואמון עם הסובבים אותו, ולגבש זהות פוליטית וציבורית.¹² אובדן הפרטיות נחשב בעבר כאסון ושיוך לחברה הטוטליטרית הבלתי אנושית. הדוגמה הבולטת ביותר היא ספרו של אורוול "1984",¹³ המצייר עולם ללא פרטיות שבו נרמס האדם על ידי האח הגדול – שהוא בעצם טלוויזיה ומנגנון אפל וטוטליטרי המפעיל אותה. את מושג "האח הגדול" (Big Brother) אימצה תכנית המציאות הראשונה שנוצרה בהולנד.¹⁴ שם זה מסמל היום, עם קורטוב של אירוניה, חוויה דמוקרטית דווקא, חופשית ומעצימה, הנוצרת בעקבות הרצון העז המלווה

7 חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב-1992.

8 חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

9 A. M. Froomkin, "The Death of Privacy?", *Stanford Law Review* 52 (2000), p. 1461

10 ז' סגל, "הזכות לפרטיות מול הזכות לדעת", עיוני משפט ט (1983), עמ' 175; ע"א 1211/96 מפרק אדקום נ' נשיונל קונסלטנטס, פ"ד נב (1) 481, עמ' 499.

11 בג"ץ 2481/93 דיינ נ' וילק, פ"ד מח (2) 456.

12 ר' גביוון, "הזכות לפרטיות ולכבוד", בתוך: א' סברסקי (עורכת), זכויות האדם בישראל (תל אביב: האגודה לזכויות האזרח בישראל, 1988), עמ' 61.

13 ג' אורוול, 1984 (תרגום: ג' אריור, תל אביב: עם עובד, 1972).

14 R. Dorfman, "The Future of Reality Television?", *Exquisite Corpse*, Cyber Issue 11 (2002): www.corpse.org/issue_11/critiques/dorfman.htm (אוחזר ב-27.8.2007).

בהסכמה לכאורה של המשתתפים בסדרה "האח הגדול" לחשיפה אישית קיצונית, הכרוכה בחיים מול המצלמה. אנשים רבים מכל שכבות הציבור, ולא רק צעירים, נאבקים על הזכות להשתתף בתכנית, להצטלם ולהופיע בשידור, וכך למסור את פרטיותם על מזבח האלים החדשים: החשיפה והפרסום. אחת הביקורות המרכזיות על "האח הגדול" היא שהתכנית מעודדת בקרב צעירים את המחשבה שניתן בקלות להפוך למפורסמים ועשירים: מספיקה ההשתתפות בתכנית והחשיפה. המשתתפים "מוכרים" את פרטיותם תמורת תהילה; למעשה, הפרס האמיתי בתכנית המציאות אינו הפרס הפורמלי הניתן לזוכה – אלא התהילה. פנטזיית הכוכבות השלובה עם חשיפה מקסימלית היא המוקד, התשוקה והתכלית.¹⁵ הסלבריטאות היא פרס המוענק למוכנים "להתפשט" בפרהסיה.¹⁶ החשיפה החדשה מסמנת גם את אבדן הבושה. אבדן הבושה הוא חלק מתהליך רחב יותר שיש הרואים בו מגמה רצויה. בתהליך זה אנו מקבלים זה את זה וגם את השונה והאחר – במסגרתו אנו חווים השתחררות מכבלים של שמרנות, ביישנות, מסורתיות ושליטה פטריארכלית.

הזכות לפרטיות, כמו מושג הפרטיות עצמו, היא מושג יחסי, תלוי תרבות, חברה, זמן ומקום. המשפט ובתי המשפט מתייחסים לזכות לפרטיות בהתאם למושגים המקובלים בחברה, או יותר נכון בהתאם לציפיות הסבירות של האדם בנוגע לפרטיותו.¹⁷ ציפיות סבירות אלה משתנות תדיר ונתונות למשא ומתן במעין שוק של סחר בפרטיות. הן נתונות גם למניפולציה שנעשית על ידי גורמים בעלי כוח והשפעה.

מול התביעה לפרטיות עומדים ערכים ואינטרסים חברתיים כבדי משקל, ובראשם הערכים של זכות הציבור לדעת ושל חופש הביטוי, הכוללים היום גם את חופש המידע, חופש העיתונות והצילום, ואפילו את זכות ההצצה והצפייה באחרים.¹⁸ יש לציין שלהגנת הפרטיות קמו גם מתנגדים, הטוענים שהזכות

15 אלפנט-לפלר, לעיל הערה 6.

16 M. B. Holbrook, "The Millennial Consumer in the Texts of Our Times: Exhibitionism", *Journal of Macromarketing* 21 (2001), pp. 81–95

17 S. B. Spencer, "Reasonable Expectations and the Erosion of Privacy", *San Diego Law Review* 39 (2002), p. 843

18 C. Calvert, "Revisiting the Voyeurism Value in the First Amendment: From the Sexually Sordid to the Details of Death", *Seattle University Law Review* 27 (2004), p. 721

לפרטיות היא לא יעילה ורק מעלה את מחיר המידע שעשוי להיות חיוני להחלטות אישיות וחברתיות ראויות.¹⁹ הגנה רחבה מדי על הפרטיות משמעה גם פגיעה בחופש הביטוי ובחופש זרימת המידע, ומאפשרת לבעלי הכוח והשררה להסתיר מעיני הציבור התרחשויות חשובות שראוי היה שיהיו פומביות.

בהמשך המאמר אנו עוסקים בכמה תופעות בשידורי הטלוויזיה בישראל, בשנים 2005–2010, הנוגעות לחשיפה של אנשים פרטיים – ולא לחשיפה של אנשי ציבור המשרתת אינטרסים דמוקרטיים וציבוריים. חשיפת פרטיותם של אנשי ציבור, כגון מצב בריאותו של ראש הממשלה, היא מובנת מאליה בחברה דמוקרטית.²⁰ החשיפה שבה אנו עוסקים כאן, הנוגעת למשתתפים בתכניות טלוויזיה, אינה נובעת מאינטרס ציבורי מובהק ולכן היא מבטאת שינוי עמוק יותר בדרך שבה אנו מעריכים את מושג הפרטיות ובחשיבות שאנו מייחסים לצורך להגן על הפרטיות.

ד. אובדן פרטיות בשידורי הטלוויזיה

סביב התופעה של שינוי מושג הפרטיות בשידורי הטלוויזיה, והופעת יחסי גומלין חדשים בין המרחב הציבורי למרחב הפרטי, אנו מזהים שלושה מצבים ומגמות חדשים:

1. סביבת ריאיון החודרת לפרטיות.
2. פרטיות תמורת פרסום.
3. הסכמה לכאורה של המשתתפים.

נדון בהם כסדרם:

1. סביבת ריאיון החודרת לפרטיות

בשנים האחרונות אפשר לראות כיצד מתפתח סגנון חדש ושונה של ריאיון טלוויזיוני. הסגנון החדש מתאפיין בנימה יותר אישית ואינטימית מבעבר, עד

19 R. A. Posner, "The Right of Privacy", *Georgia Law Review* 12 (1978), p. 393
20 ע' לביא-דינור וי' קרניאל, "הזכות לדעת מול הצורך בנחמה – עיתונאים ורופאים בין פרופסיונאליות לפטרייזם: סיקור מחלתו של ראש הממשלה אריאל שרון בעיתונות הכתובה", *מסגרות מדיה* 3 (2009), עמ' 83–123.

טשטוש עמוק בין המראיין למרואיין. תהליך זה עובר בהדרגה לראיונות שבהם המראיין והמרואיין נחשפים יחדיו, וממשיך עד למצב שבו המראיין והמרואיין הם אותו אדם – המשתתף מצלם ומראיין את עצמו.

המראיין והמרואיין נחשפים יחדיו

בראיונות מסוג זה המראיין אינו יוצר גבול בינו לבין המרואיין אלא מבצע פעולה הפוכה: הוא משוחח עמו בסגנון אישי וחברי שנותן תחושה של אינטימיות ביחסים. הוא הופך את עצמו לחלק מהסביבה הטבעית של המרואיין, והריאיון מקבל אופי של שיח פרטי שבו מתבטלות כל המחיצות. סגנון זה בא לידי ייצוג בתכנית הראיונות "שעות אמיתיות" עם צופית גרנט ששודרה בערוץ 10 בשנת 2005. בתכנית נפגשת המראינת עם המרואינים מחוץ לאולפן, במפגש הנושא אופי חברי. מעין בילוי משותף של חברים קרובים. באחת התכניות נראית צופית כשהיא מגיעה לביתה של המרואינת אגם רודברג – שחקנית, דוגמנית וסלבריטאית. היא נכנסת לחדרה הפרטי של אגם ומנהלת עמה שיחה על אביה המת ועל הפרידה מהחבר. סגנון השיח אינו של ריאיון אלא של שיחה פרטית הנערכת בין שתי חברות טובות וקרובות. בשלב מסוים נשכבת המראינת על המיטה וממשיכה לנהל את השיחה כששפת גופה מקרינה שחרור מוחלט ותחושת גינוחות ביתית. תחושת הריאיון שלנו (הצופים) נעלמת, ומחוזקת ההרגשה שאנו צופים (ומציצים) בחברות ותיקות בעלות קשר קרוב ויחסים עמוקים. בפועל, פער השנים בין המראינת למרואינת הוא של דור והפגישה בין השתיים מתקיימת רק לצורך הריאיון. שם התכנית (שעות אמיתיות) מחדד את הפרדוקס, והמצב החד-פעמי, השרירותי והמאולץ, של הריאיון נתפס כמשקף יחסים "אמיתיים" ומהלך זמן "אמיתי".

אמצעי נוסף שמעמיק את תחושת טשטוש התפקידים והמרחבים נוצר על ידי קיום הראיונות מחוץ לאולפן בסביבה טבעית או ידידותית למרואיין. המראיין מגיע לביתו של המרואיין, משתלב מיד בסביבה, מרגיש בה נוח והופך במהלך התכנית לחלק ממנה. החדירה לחיי המרואיין אינה רק דרך השאלות והאינפורמציה שהוא מספק אלא גם בחדירה אל המרחב הפרטי והפיזי שלו. בריאיון אחר של צופית גרנט, שבו היא פוגשת את הזמרת מאיה בוסקילה, נכנסות השתיים לחברות קרובות למועדון ספא, מתפשטות, נעטפות במגבות ויושבות יחד בסאונה לשיחת בנות. בשלב זה מתעניינת גרנט בשאלה: האם

השריים של בוסקילה הם אמיתיים? היא שולחת יד לגעת בהם וממהרת לדווח לצופים כי אכן כך הדבר. אינטימיות מזויפת, שחודרת למרחב הפרטי והופכת אותו לציבורי.

סביבת ריאיון החודרת לפרטיות מוצגת גם בתכנית "לימוזינה עם גיל ריבה". גיל ריבה הוא עיתונאי שערך וכתב במשך שנים טור רכילות פופולרי ב"עיתון של המדינה" "ידיעות אחרונות". בתכנית זו הוא מזמין את אורחיו השונים ל"לימוזינה" שלו ומשוחח עמם במהלך הנסיעה. הלימוזינה היא מקום פרטי מובהק, ולכן האסוציאציה היא של רכב שבו נמצא הסלבריטי "רגע לפני" שהוא יוצא אל אור המצלמות. המסר המועבר הוא ברור: אני כאן אתך לפני היציאה אל המרחב הציבורי, אני כאן אתך במרחב הפרטי. במהלך הריאיון יושבים השניים, המראיין והמרואיין, על אותו מושב אחורי במכונית, בקרבה פיזית רבה המבטאת כשלעצמה חדירה למרחב פרטי ומובילה לא אחת למגע פיזי בין השניים, וללטיפות שיוזם המראיין.

ראיונות חדשים אלה מתאפיינים בסגנון של שיח אישי בין שני חברים אינטימיים, ולא של ריאיון ציבורי שמטרתו חשיפה מוגבלת של דעות או רעיונות של המרואיין על ידי המראיין. המראיין הופך לחלק מהסט והנימה, הטון והשיח מקבלים סגנון אישי המטשטש ואף מבטל את הפער שבין המראיין למרואיין. מהפך סגנוני זה משנה את מהות המושג "ריאיון" ומעביר את הדגש מהמונולוג החושפני המוכר לדיאלוג האינטימי החדש, וכל זאת במסגרת מרחב פומבי חדש שהוא בעצם המרחב הפרטי שנחשף למצלמה. אם המרואיין אינו מרגיש בנוח בתנאים החדשים, אין לו ברירה אלא לשבור את הכלים, להפסיק את הריאיון וללכת לדרכו, הכול נוכח המצלמות המתעדות את ה"חרפה". כך בדיוק קרה לזמרת זהבה בן שניסתה לשים גבולות וקטעה ריאיון עם גיל ריבה כאשר זה שאל שאלות חודרניות.

פן נוסף של טשטוש תחומים מתרחש בראיונות שבהם המראיין המנוסה פוגש מרואיין שאינו סלבריטאי או איש ציבור ואינו מורגל להופיע בתקשורת. בראיונות מסוג זה לא מתרחשת חשיפה הדדית אלא מניפולציה של חשיפה הדדית. המראיין המתוחכם והמנוסה מייצר חשיפה אישית חלקית ומבוקרת שלמעשה היא רק חשיפה לכאורה. לעומתו נמצא המרואיין בסביבה שאינה מוכרת לו, עם כללי משחק משתנים ונוזלים, וחשיפתו היא חסרת שליטה ובקרה. הוא נגרר בחוסר ניסיונו לאמירות מביכות או להתנהגות אינטימית שמועצמת

במדיה. מצב הכוחות הלא שוויוני גורם להולכת שולל, והמרואיין מתפתה להאמין שנוצרה אצל המראיין התעניינות רגישה ואמיתית בו וברגשותיו. בפועל, ביום שאחרי הוא כבר לא קיים עבור המראיין, ונותרה רק חשיפתו המביכה. דוגמאות בולטות לכך היו בראיונות האינטימיים של גיל ריבה עם הרוצחת אביבה גרנות ועם אשתו של יגאל עמיר.

גם כאשר העילה לריאיון או הנושאים שהביאו לקיומו הם ציבוריים ומקובלים, הריאיון נעשה אינטימי וחודרני. הריאיון החדש שואף לחשוף משהו מפרטיותו של האדם המרואיין, ואינו מסתפק עוד בעמדותיו הציבוריות המוצהרות. תופעה זו היא חלק ממגמה שבה מוקד העניין הוא דמותו, אופיו ומנהגיו של האדם הפרטי ולא אידאולוגיות, עמדות או ערכים. מגמה זו מאפשרת לציבור הצצה אינטימית העונה על יצר המציצנות. לפעמים היא תורמת לזכות הציבור לדעת ולהכרת נושאים בעלי חשיבות ציבורית, אך במקרים אחרים היא באה על חשבון העיסוק הענייני ומסיטה את תשומת הלב מהעקרונות לאינטימיים.

באוקטובר 2010 עלתה לשידור תכניתה של גלית גוטמן "כטבעת זו". בתכנית מראיית גוטמן זוגות נשואים החווים משברים, ובמקביל היא יושבת מול פסיכולוג ומשוחחת על משבר הנישואין שלה. תמהיל התכנית הוא שילוב של החשיפה הפרטית שלה ושל הראיונות עם הזוגות. בכל פרק בתכנית מוצג משבר זוגי אחר: בגידה, קשיים כלכליים, משבר גיל הארבעים, חיים עם הורים ולידת הילד הראשון. בשיחתה עם הפסיכולוג גוטמן מתמודדת עם סיפורה האישי: פרידתה מבעלה וחזרתה אליו. הסדרה קופצת מהיות גוטמן מרואינת/ מטופלת להיותה מראיית השואלת את הזוגות שאלות פרטיות ואינטימיות על המשברים שלהם. הצופים זוכים להצצה כפולה: הצצה לחייה הפרטיים של גוטמן המראיית ולחייה הזוגות המרואינים.

גוטמן עצמה היא סלבריטאית – היא דוגמנית, מנחת ריאליטי ("הדוגמניות") ומנחת שעשועון ("משחק מקדים"). גוטמן המראיית חושפת ונחשפת בכל אחד מהפרקים. תפקיד המראיין והמרואיין מיטשטש והציפייה של הצופים כפולה: הצצה לחיי זוגות אנונימיים החווים משבר, במשולב עם הצצה לחיים האישיים של המראיית הסלבריטאית גוטמן. כדי להציג את הסדרה ואת הזוגות מוכרת המראיית גוטמן את הפרטיות שלה, ומשלבת את סיפורה האישי בסיפורם של המרואינים. סדרה דוקומנטרית זו הופכת את מנחת התכנית לחלק מרכזי ממנה והמרואינים הופכים לתפאורה. גוטמן הסלבריטאית היא שמעניינת את הציבור,

ודרך תהליך החשיפה שלה והרצון שלה להבין את הקשיים שעמם היא מתמודדת היא פוגשת זוגות אחרים ושואלת אותם את השאלות המעניינות אותה, ובכך מעמיקה את התובנות הפרטיות שלה. הזוגות משמשים תפאורה לטיפול הנפשי שהיא עוברת. תשומת הלב של הסדרה מופנה אל המראינת ולא אל המרואיינים. סדרה זו מקצינה את טשטוש התחומים בין מראיין-מרואיין והופכת את המראיין למרכז תשומת הלב הצילומית והציבורית.

המרואיין והמרואיין הם אותו אדם

סדרת הדוקו-ריאליטי "מחוברות" ששודרה ב-2009, ו"מחברים" ששודרה ב-2010 בהוט 3, יצרו פורמט חדש של מראיין/ מרואיין. ב"מחוברות" הופיעו חמש נשים וב"מחברים" חמישה גברים; כל אחת מהדמויות צילמה את עצמה ביומן וידאו אינטימי החושף אותה ואת סביבתה. המשתתפים בסדרה מוצגים בסביבתם הטבעית – בביתם, בית הוריהם, בעבודה – ותוך כדי שיחה והתנהלות שגרתית בתוך סביבתם הם פונים למצלמה ומדברים אליה/ אלינו. שי גולדן, אחד ממשתתפי "מחברים" ועורך "מוסף הארץ" נחשף בכתבה אישית שבה הוא כתב: "האדם מאחורי המצלמה הוא גם האדם שמלפניה – המתעד הוא גם המתועד".²¹ בפורמט זה מטושטשים לחלוטין הגבולות בין המראיין למרואיין, הדמויות נחשפות במלואן למצלמה וגוברת תחושת האותנטיות של הצילומים (אף שיש עריכה לכל פרק). חלק מגיבורי התכנית חושפים את נשותיהם, ילדיהם, הוריהם ומאפשרים הצצה חודרנית במיוחד לחיי הזוגיות והמשפחה. המראיין, שהוא גם המרואיין, אינו מאפשר מרחק בין שואל השאלות והמשיב. הזווית הנוספת, הצדדית של המראיין נעלמת, והמרואיין הוא נותן הפרשנות היחיד. הוא חושף את חייו ובה בעת מפרש אותם עבור הצופה דרך הפריזמה שלו. בסדרות אלה הפך התיעוד האישי לתת-ז'אנר בתכניות הראיונות.

2. פרטיות תמורת פרסום

אחד התהליכים המאפיינים את תכניות המציאות הוא העמקת החשיפה עד להפשטה מוחלטת של המשתתפים, גופנית ונפשית כאחד. הכניסה אל התחום

הפרטי נעשית יותר ויותר חודרנית. בתכנית המציאות "האח הגדול" עוקבות מצלמות 24 שעות ביממה אחר דיירי הבית ואינן משאירות מקום או רגע פרטי. עריכת התכנית נכנסת יותר ויותר לתחומים האינטימיים של המשתתפים. התוצאה היא שפרטיות היחיד מתאיידת. במקרים רבים מדובר בויתור מרצון על הפרטיות בתמורה ל"תהילה" הגלומה בפרסום.

במקרים אחרים הרצון לזכות בחשיפה וב"תהילה" הגלומה בפרסום חזק עד כדי כך שאנשים מסכימים גם לשידור של אירועים שתועדו בלי ידיעתם וללא הרשאה מראש. קיימים גם נושאים אחרים שבהם החשיפה היא כפויה, הפרסום אינו רצוי, והפגיעה בפרטיות מוסכרת בזכותו של הציבור לדעת ובאינטרס הציבורי. נעסוק בהם לפי הסדר.

מעקב נסתר

יש תכניות שבהן פולשת המצלמה ללא אישור מראש של המשתתף. אופייניות לסגנון זה הן תכניות "המצלמה הנסתרת". תכניות אלה הפכו לפופולריות מכיוון שהן חושפות את המשתתף במלוא מערומיו. הנאת הצופים נובעת מהיכולת לצפות בתהליך חד-סטרי שבו מוליכים שולל את המשתתף ומכוונים אותו כלפי התגובה המועדפת. לרוב התגובות נעות מרגשות הפתעה, בלבול ומבוכה – עד כעס, ככי ואף אלימות. הצפייה ביכולת לשלוט בנסיבות וליצור הנעה רגשית אצל האחר – מחדדת אצל הצופים את תחושת הבקרה על חייהם. מודעות הצופה, לעומת חוסר המודעות של המשתתף, מגבירה את תחושת השליטה שיש לנו על אחרים. בה בעת היא גם מגבירה בנו את תחושת הביטחון והשליטה על חיינו. נוסף על כך מתוגמל אצל הצופים צורך בסיסי אחר – המציצנות. ההנאה מהתכנית נובעת גם מהתגובות האותנטיות של המשתתף בסיטואציה המבוזמת (ללא ידיעתו). לצופים נפתח צוהר שדרכו הם צופים במתרחש ללא ידיעתו וללא הסכמתו מראש של השחקן הראשי. המודעות של הצופים, מול ההונאה של הנצפים מעצימה, את המתח הקומי של המצבים הנוצרים.

יגאל שילון, יוצר תכנית המתיחות הוותיקה באמצעות המצלמה הנסתרת "פספוסים", הפיק את אחת מתכניות המציאות המקומיות הראשונות: "המופע של סטיב". התכנית נעשתה בהשראת הסרט "המופע של טרומן" וכיכב בה שחקן אנונימי בשם סטיב. כמו בסרט גם במופע של סטיב מקיפות את הגיבור

מצלמות 24 שעות ביממה ללא ידיעתו אך תוך שיתוף פעולה עם סביבתו הקרובה. החדירה לחייו הפרטיים נעשית ללא רשותו אך בהסכמת קרוביו: אשתו, הוריו וחבריו הטובים. ההסבר והלגיטימציה לפלישה החודרנית ולהונאה המתמשכת נבעו מההנחה שבסופו של התהליך תעזור החשיפה לסטיב לפרוץ את מעגל האנונימיות ולהפוך לכוכב-שחקן מוכר. החדירה לחייו של סטיב כמו החדירה לחייו של טרומן – ללא ידיעתם או אישורם – מבטאת ומסמלת את כוחה של התקשורת לחדור לפרטיות וליצור תיעוד פומבי שלה, ואף יותר מכך: גם לעצב, לנהל, לשנות ולהשפיע. מאז "המופע" סטיב עצמו נעלם ונשכח כמו כוכבי ריאליטי אחרים. הפריצה לא התממשה, אך זכותו הבסיסית לצנעה ופרטיות כבר הופרה. גם המסר הסימבולי הועבר ונקלט: כולנו חשופים למצלמות וכל העולם במה. במהלך התכנית התבצע הליך מרומז של "פיתוי": שחקנית צעירה ויפה ששיחקה לצדו של סטיב בתכנית טלנובלה (ששימשה סיפור כיסוי ל"מופע") פיתתה אותו, והפיתוי כמעט שעבר את הגבול והעמיד את הגיבור בסיכון של בגידה באשתו לאורך של המצלמות הנסתרות. המעניין הוא שכל סביבתו של סטיב נתנה יד לביצוע ההונאה, לרבות אשתו המסורה. כל אלה לא ראו בפרטיותו של סטיב ערך המצדיק סירוב להזדמנות להיחשף בערוץ 2, או ערך המצדיק ויתור על הסיכוי להפוך לסלבריטאי או לכוכב. העסקה היא פשוטה: פרטיות תמורת פרסום. זו העסקה הבסיסית ביותר שעליה מבוססות תכניות מציאות רבות. ויש קופצים רבים. המחיר המשולם בעסקה זו – ויתור על הפרטיות – הוא גבוה במיוחד, שכן המשתתפים משלמים אותו במלואו, במזומן ובמקום. התמורה, בדמות פרסום ותהילה, נמצאת מאחורי מסך של אי-ודאות, אי-שם בעתיד, ובמקרים רבים נשאר הקרבן בלי פרטיות ובלי תהילה.

חשוב להדגיש שמבחינה משפטית הסכמת הקרובים, לרבות האישה, אינה מכשירה את הפגיעה בפרטיות. כדי לשדר את התכנית היה צורך לקבל בדיעבד את הסכמתו של סטיב עצמו. עובדה היא שגם הסכמה זו הושגה בהמשך. מפיקי התכנית ויוצריה מבינים היטב את נפשם של המשתתפים (או הקרבנות). אלה יהיו מוכנים למכור את פרטיותם, או להכשיר בדיעבד את הפגיעה בהם, הכול תמורת הסיכוי להפוך לכוכבים.

חשיפה כפויה

ישנן תכניות שבהן נשללת לחלוטין זכות ההסכמה של הפרט והוא נאלץ להיחשף בעל כורחו. דוגמה לכך היא ז'אנר תכניות המציאות על שוטרים, פושעים ותפיסת רמאים ושרלטנים. בתכניות אלה מוצגים מרדפים, מאסרים וראיונות עם קרבנות.²² אופן הייצוג מתבסס על צילומים בהילוך אטי, סצנות שחוזרות שוב ושוב וקריינות דרמטית. ההיבט האודיו-חזותי הוא המרכיב החשוב ולא הסיפור. תכניות אלה הן הבניית ייצוג המשטרה: המבנה הנרטיבי של האירועים מעוצב על ידי המפיק ולא על ידי קצין המשטרה, ועריכת המרדפים והמאסרים מתבססת על הרצון לספק לצופים חוויה ריגושית מועצמת.²³ בארצות הברית מוצגת בז'אנר זה התכנית הפופולרית COPS ובבריטניה Police, Camera, Action! בתכניות אלה נעשה שימוש בצילומי מעקב, מרדפים ומאסרים של חשודים וקרבנות – ללא רשותם.²⁴ לצורכי בידור מנצלת התכנית את חוסר מזלם ומצוקתם של אנשים, ופוגעת פגיעה קשה בפרטיותם. העילה לפגיעה בפרטיות היא הקשרה של התכנית – הקשר של חוק וסדר, שבו הצגת פושעים ותפיסתם לעיני המצלמה הן לגיטימיות ואף משרתות את האזרח. כמו במקרה של סטיב, שבו הפרסום והסלבריטאיות היו התמורה והלגיטימציה לפלישת המצלמה, גם כאן יש תמורה לפגיעה בפרטיות: טובת האזרח היא שעומדת כביכול בבסיס החשיפה. החשיבות הציבורית בחשיפת הפשע ותפיסת האחראים לו מעניקים הכשר לאקט המבוצע. אך בה בעת המצלמה המתעדת את האלימות פולשת ללא רשות לפרטיות היחיד ומבצעת אף היא פעולה אלימה. אך פעולה זו אינה נתפסת כאלימה, בגלל הפרשנות המוערפת של חוק וסדר שאותה מקדמת התכנית. פרשנות זו מבטלת את ההתייחסות אל הנאשם או הקרבן כבעלי זכות לפרטיות.

A. Fetveit, "Reality TV in the Digital Era: A Paradox in Visual Culture", *Media, Culture and Society* 21 (1999), pp. 787–894

R. Andersen, "Reality TV and Criminal Justice", *The Humanist* 54 (1994), pp. 8–14

P. Mason, "The Thin Blurred Line: Reality Television and Policing", in: R. Tarling (ed.), *Selected Papers from the 2002 British Criminology Conference*, Keele (Keele: British Society of Criminology, 2003)

בישראל עלה בשנים האחרונות גל של תכניות כמו "בשידור חוקר" של רפי גינת, "שומר מסך" של אמנון לוי, "יצאת צדיק" ו"מה אתם הייתם עושים" של חיים הכט. המשותף לתכניות אלה הוא הניסיון ל"תפוס את הנבל". בדרך למטרה הראויה הזו מגוללת התכנית, באמצעות מצלמה נסתרת ודרך של חדירה בוטה לפרטיות, סיפורים פורנוגרפיים כמעט. חלק מהם גובלים בפורנוגרפיה ממש: רופא או מטפל המלטף באופן מיני ובמרמה את אבריה האינטימיים של תחקירנית התכנית, או שיחזור של אונס אכזרי המוצג כביכול כדי לסייע ללכוד את האנס. בתכנית התחקירים "שומר מסך", ששודרה בערוץ 10, נערך באחת התכניות תחקיר על הטרדות מיניות של אמהות חד-הוריות על ידי חוקרים של הביטוח הלאומי. בתחקיר זה חדרו המצלמות עם חוקרי הביטוח הלאומי אל ביתה וחייה של אישה (התכנית הקפידה לטשטש את תווי פניה) ונוצרה התמזגות בין החדירה לפרטיות שמבצע הביטוח הלאומי עצמו בשם החוק, ובין החדירה לפרטיות של המצלמה בשם הרייטינג. התכנית "בשידור חוקר", של ערוץ 2, לא היססה לשלוח תחקירנית צעירה (שגם זהותה טושטשה) לרופא על מנת שזה יבצע בה לעיני המצלמה מעשים מגונים. גם כאן התמזגה החדירה לפרטיות שביצע הרופא עם זו שביצעה התכנית, הן בחדירה לפרטיות הרופא והן בחדירה לפרטיות הצעירה, התחקירנית, אף שזו שיתפה פעולה עם התכנית. בנושאים אחרים הפורנוגרפיה נרמזת בלבד: הצצה אל גנבים קטנים בחנויות באמצעות מצלמות האבטחה של העסקים, הצצה אל מטפלות הצועקות או סותרות לתינוקות שתחת טיפולן, והצצה אל אנשי מקצוע כמו שרברבים או חשמלאים המרמים עקרות בית תמימות וגובים 300 שקל עבור החלפת נורה או חידוש החיבור של חוט חשמל שנותק.

אכן, פשיעה חמורה מצדיקה הוקעה פומבית בזמן צפיית שיא בערוץ של המדינה. המסר של תכניות אלה ברור: המצלמה, גם אם היא נסתרת, נמצאת בכל מקום. פוטנציאלית, אין מרחב שאינו פומבי וציבורי. בתכנית "מה אתם הייתם עושים" של חיים הכט, ששודרה בשנת 2009, המצלמה הנסתרת מפילה אנשים בפח כדי לבדוק את תגובתם ולראות אם התנהגותם מוסרית ועד כמה הם מוכנים להתגייס למען הזולת. הכט ביים סיטואציות כמו: גבר בבר המנסה להשקות בחורה בסם אונס, חייל בורד הישן על ספסלים בגינה ציבורית, גבר אלים כלפי אשתו וכדומה, ובחן מבעד למצלמה מי מוכן לעזור ל"קרבתנות המסכנים". האנשים שנרתמו לעזרה זכו למחמאות מצד הכט על נכונותם להסתכן ולהירתם

למען הזולת. כאן החדירה לפרטיות אינה רק במובן הפיזי או העוברתי, אלא גם במובן האיידאולוגי-הערכי. באמצעות המצלמה המתעדת דילמות מוסריות אנו חודרים אל האישיות, אל האופי, אל שיקול הדעת וסולם הערכים של האדם הפרטי, עובר האורח. כל זה נעשה למטרות שעשוע, בידור והטפת מוסר. המעניין הוא שהכט הצליח לקבל בדיעבד הסכמה מהמשתתפים שצולמו, גם מאלה שנחשפו בקלונם ולא עמדו בסטנדרט שהציב הכט לאזרחות טובה. כמעט את כולם הצליחה ההפקה לשכנע שיסכימו לשידור.

חשיפה מרצון לאור הזרקורים

בתכניות המציאות העכשוויות בישראל מוצגת מציאות חריפה ושונה ממה שתואר עד כה – מציאות המודעת לנוכחות המצלמה ומבקשת את קרבתה. המשתתפים מזמינים את המצלמה להיכנס בגלוי אל חייהם ולתעד את המרחב הפרטי. תיעוד זה דומה למטפורה המפחידה של "האח הגדול" העוקב אחר חיינו. אך בניגוד למושגי השליטה בחלשים באמצעות הפחד, המעקב כאן הוא מתוך רצון ובחירה,²⁵ מעקב ההופך בתכניות המציאות, כפי שמסביר אנדרז'ביק, לחוויה מברדרת ואפילו תרפויטית.²⁶ המעקב אינו נעשה רק בטלוויזיה אלא בכל אורחות חיינו.²⁷ בעידן הטכנולוגי אנו רוצים לקבל שירותים והטבות במהירות ויעילות, ובתמורה אנו מוכנים לוותר על פרטיותנו ולמסור מידע אישי. לכן איננו קרבנות כמו באח הגדול אלא משתתפים פעילים מרצון ביצירתה וצמיחתה של חברת המעקב. כך הדבר ברשת האינטרנט, באתרים של מסחר אלקטרוני,²⁸ בבלוגים²⁹ ובתכניות המציאות בטלוויזיה. הזמנת המצלמה לחיינו הופכת אותה

J. Wong, "Here's Looking at You: Reality TV, Big Brother, and Foucault", 25
Canadian Journal of Communication Inquiry 26 (4) (2001), pp. 487–501

מרק אנדרז'ביק הוא חוקר אמריקני המתמקד בז'אנר תכניות המציאות. הוא מצוטט
אצל אלפנט-לפלר (לעיל הערה 6) כמי שמצביע על הצורך בהגנה של רגולטור.

M. Poster, *The Mode of Information* (Chicago: University of Chicago Press, 27
(1990)

'י און ואח', פרטיות בסביבה הדיגיטלית (עורכים: נ' אלקין-קורן ומ' בירנהק, חיפה:
המרכז למשפט וטכנולוגיה, 2005).

L. J. Gurak, "The Psychology of Blogging: You, Me, and Everyone in Between", 29
American Behavioral Scientist 52, 1 (2008), pp. 60–68

מגורם פסיבי שמטרתו לתעד לגורם אקטיבי שמשפיע בנוכחותו על השיח ועל היחסים. בקונפליקטים פוליטיים משפיעים אופני הצילום והדיווח של התקשורת על הסיפור ועל מסגרת המדיה שאותה רוצים הצדדים בסכסוך לקדם.³⁰ לאופן הייצוג יש השפעה על המתרחש ועל קביעת הפרשנות המועדפת של הקונפליקט בעיני הקהל.³¹ קונפליקטים מוצגים בתקשורת באופן היוצר רושם שהם קצרי טווח ושקל יחסית לפתור אותם.³² גם קונפליקטים בינאישיים מוצגים בתכניות המציאות ככאלה.³³ קונפליקטים בין המתמודדים, בסוגיות הנוגעות לעולמם הפרטי, באים על פתרונם באמצעות תחרות קצרה שבה מוכתר מנצח. תכניות המציאות מייצרות עבורנו עולם שבו הזמן הדרוש ליישוב סכסוכים אינטימיים הוא לא יותר מעונת שידור אחת.

למציאות הטלוויזיונית יש השלכות במציאות האמיתית, וכאשר התקשורת האלקטרונית מנסה להראות לקהל מה "באמת" קורה, היא לעתים קרובות משנה את מה שמתרחש.³⁴ כאשר המצלמה מופיעה בזירה פוליטית וציבורית היא משפיעה על האירועים,³⁵ ואין סיבה להניח שכניסת המצלמה לחיים האישיים לא תיצור מציאות חדשה ותשפיע על הדינמיקה ביחסים. ברוב המקרים המשתתפים

G. Wolfsfeld, *Constructing News About Peace: The Role of the Israeli Media in the Oslo Peace Process* (Tel Aviv: The Tami Steinmetz Center for Peace Research, 1997) 30

A. A. Cohen, & G. Wolfsfeld, *Framing the Intifada: People and Media* (New Jersey: Ablex Publishing Corporation, 1993) 31

A. A. Cohen, H. Adoni, & C. Bantz, *Social Conflicts and Television News: A Cross-National Study of Presentation and Perception* (London: Sage Publication, 1990) 32

מ' ניגר וא' יוסמן, אשליית הבחירה הדמוקרטית: כיצד משיגות תכניות המציאות את שיתוף הפעולה של הצופים (סדרת אגרתא, חוברת 3, תל אביב: מכון חיים הרצוג לתקשורת חברה ופוליטיקה, אוניברסיטת תל אביב, 2005). 33

J. Meyrowitz, *No Sense of Place: The Impact of Electronic Media on Social Behavior* (New York: Oxford University Press, 1985) 34

באירועי האנתיפאדה, למשל, הוגברו האלימות וההסתה עם כניסת המצלמות לזירה. כניסת ערוץ שידור לכנסת (בעבר ערוץ 33 והיום ערוץ 99) גרמה להארכת רשימת חברי הכנסת הרוצים לנאום בימים שבהם מתקיימים הצילומים. 35

מסכימים לכאורה לוותר על הפרטיות, בלי שנתנו את דעתם במלואה למשמעות שיש לחדירת המצלמה לחייהם הפרטיים. המשמעות יכולה להיות גם התערבות של ממש ביחסים ובחיים עצמם, לא רק חשיפתם לעין כל.

בתכנית המציאות "רצים לדירה", ששודרה בערוץ 2 (טלעד, 2004–2005), נבחרו כמה זוגות שהתמודדו עם משימות שונות שהוטלו עליהם על ידי ההפקה. בפרק הסיום זכה בדירה הזוג שהפגין לכל אורך הדרך זוגיות חזקה ושוררת, והצליח להשלים ראשון משימות שונות. המצלמה עקבה אחרי הזוגות, חדרה לחייהם וליוותה תהליכים דינמיים ואינטימיים שנוצרו ביניהם. בעקבות הלחץ של המשימות, אווירת המתח והתחרות, התקשו הזוגות להעריך מראש כיצד יגיבו ואיזו השפעה תהיה להתנהגותם בתכנית על חייהם הפרטיים.

מעצם טבעה המצלמה חודרת, והעריכה ממקדת עוד יותר. התוצאה היא הבלטת הקיצוני, הלחוץ והזועם שבכל התרחשות בשטח. בסדרה, ובסדרות דומות כמו "סוף הדרך" (רשת, 2004–2005), תועדו בשנים האחרונות ריבים קשים, זוגיות שנהרסה ואף אלימות בין משתתפי התכנית שגררה תלונה במשטרה. למציאות הטלוויזיונית יש השלכות במציאות האמיתית. היחסים בין בני זוג אינטימיים "בשידור חי", במצבי לחץ קשים, אינם דומים ליחסים הלא פומביים ביניהם במרחב הפרטי. המצלמה מבליטה תגובות ואף מוציאה אותן מהקשרן, וכך מייצרת מציאות חדשה שבה שולטים כללי עריכה של סלקציה וקומפוזיציה, דינמיקה ודרמה, ריגוש והעצמה. בה בעת, המציאות החדשה הנוצרת בעקבות החדירה הפולשנית של המצלמה משפיעה על הדינמיקה הזוגית. המצלמה מצטרפת כקודקוד נוסף ביחסים ונוצר משולש המורכב מזוג ומצלמה. כל אחד מהקודקודים משפיע על האינטראקציה הנרקמת. המצלמה, שלכאורה מטרתה רק לתעד ובמקרים רבים היא כאילו נסתרת ואינה מתערבת, הופכת לאובייקט "נוכח" שמשפיע על היחסים, חודר למודעותם של המשתתפים ומשנה את המציאות הפרטית שלהם. כך הופך המרחב הפרטי למרחב ציבורי.

תכניות המציאות החודרניות משפיעות גם על תכניות ותכנים אחרים המשודרים בטלוויזיה. דוגמה לכך היא ז'אנר שעשועי האהבה שבו משדכים המנחים בין מועמדים שונים. תכנית כזו – "משחק מקדים" בהנחיית גלית גוטמן – שודרה בשנת 2006 בערוץ 10. בתכנית פונה המנחה לבני הזוג הקודמים של המועמדים לשידוך וחוקרת אותם על עברם. אחת השאלות שהיא מפנה ל"אקסים" היא: "כיצד היו ביצועי המיטה של המועמד". דרך

נוספת ללמוד על האופי וההרגלים של המועמדים היא לשלוח מצלמה לארונות הבגדים ולחדר השינה שלהם, להציג את תחתוני החוטיני של המתמודדות ולברוק בפומבי את הדיווח החודשי מחברת האשראי שלהם כדי ללמוד על הרגלי הצריכה או הבזבזנות שלהם. כל אלה ממחישים כי חלה תפנית עמוקה ביחסים שבין מנחה-משתתף בישראל, ומתרחשת חציית גבולות. מה שנחשב עד לא מזמן כלא מקובל בז'אנר, כשייך לתחום הפרטי, חשוף היום להצגה במשחק הטלוויזיוני ואפשר לחקור ולשאול עליו. משתתף שמעוניין בשירוך בטלוויזיה חייב לחשוף את עצמו ללא כל הגנה; העצמת החיטוט והחשיפה מבטלת למעשה כל זכות בסיסית של המשתתף לפרטיות.

פעולת החיטוט הזאת יכולה להיתפס כמציצנות או כחשיפה פורנוגרפית, כפי שמציע בודריאר.³⁶ החטטנות שנכפית על המשתתפים דומה לצילום תקריב של פעילות מינית בסרטי פורנו. דריי טוען ש"כמו במרבית צורות הפורנוגרפיה המערבית, אנשים אמיתיים, משתתפי תכניות המציאות, חושפים את עצמם – או את ההשתקפות של עצמם – לפני קהל המוני בלתי נראה, ולעתים קרובות זו חשיפה אינטימית של מה שבדרך כלל נתפס כפרטי".³⁷ אצלנו כצופים, מסבירה ברקן,³⁸ התעצם בעשור האחרון הרצון לצפות בפורנו "אותנטי" שבו מככבים אנשים רגילים בעלי מראה שגרתי, ולא שחקנים יפים וחטובים. התקפת הדימויים הזוהרים של התקשורת היא שיצרה לטענתה את אותה משיכה למראה הארצי, והעמיקה את הרצון לצפות בעצמך דרך האחר. שיתוף הפעולה של משתתפים רבים עם ביטול המרחב הפרטי מלמד על תהליך עמוק שאותו עוברים חלקים בחברה. רבים מוכנים, בקלות יחסית, לוותר על המרחב הפרטי למען חשיפה בטלוויזיה, או למען הסיכוי למצוא בן זוג ולזכות בפרס של סוף שבוע בחוץ לארץ. העסקה היא אותה עסקה: פרטיות תמורת פרסום והצלחה. המחיר, שנראה היום נמוך וזעום, נחשב בעבר – במושגים שמרניים – לפגיעה גסה בפרטיות ובאוטונומיה של הפרט או לחשיפה שכרוכה בבושה גדולה. היום כבר אין בושה,

- J. Baudrillard, *The Ecstasy of Communication* (New York: Semiotext(e), 1988) 36
 J. Deery, "Reality TV as Advertainment", *Popular Communication* 2 (1) (2004), 37 pp. 1–20
 R. Barcan, "In the Raw: 'Home-Made' Porn and Reality Genres", *Journal of Mundane Behavior* 3 (1) (2002), pp. 87–109 38

ואנשים צעירים רבים שמחים לדבר בטלוויזיה על "ביצועים" במיטה או לסקור עם המנחה את פירוט הרכישות שלהם בכרטיס האשראי. זו ערות ברורה לפיחות בערכה ובמשקלה של הזכות לפרטיות. חלק ניכר מההנאה בעונה השנייה של "האח הגדול" בבריטניה נבעה מהמתח המיני ששרר בבית. השאלה, שמתחה את גבולות המקובל בטלוויזיה, הייתה מי מהמשתתפים ייתפס בעין המצלמה עסוק בפעילות מינית. אחד האלמנטים המעניינים של תכנית המציאות הוא האופן שבו מוגדרים ונחקרים גבולות הפעילות המינית. הגרסה הקונבנציונאלית – סקס בחדר השינה עם האורות כבויים – אינה בהישג ידם של חברי הבית ולכן, תחת עיני המצלמה, מפורשות מחדש פעילויות שונות כמיניות.³⁹ בעונה הרביעית של "האח הגדול" בישראל, יותר מבכל עונה אחרת עד כה, נוצרה דינמיקה זוגית ומינית בין כמה משתתפים. לאתר יוטיוב הועלה סרטון שבו נצפים שני משתתפים, ליהיא ועתי, חולקים בלילה את אותה מיטה וזוים מתחת לשמיכה. הסרטון עורר סערה ברשת ודיון על גבולות המותר והאסור במסגרת היחסים בין השניים, וגם דיון על האתיקה של שידור תכנים מיניים בתכניות לכל המשפחה. עונת שידור זו העצימה את החדירה לפרטיות המינית ומתחה את גבול המקובל על הצופים עד לטשטוש בין פורנוגרפיה ליחסים אישיים.

דוגמה נוספת לאותה תופעה הוצגה בתכנית המציאות "אימא מחליפה" (קשת, 2005-2009). בתכנית זו, המבוססת על פורמט אנגלי, מתחלפות ביניהן שתי אמהות וכל אחת מהן עוברת למשך שבוע לחיות עם משפחתה של השנייה. המצלמה חודרת אל שני הבתים, או יותר נכון אל שתי משפחות, ומלווה את התהליך מקרוב. בשלב זה ההחלפה נעצרת בחדר המיטות, אבל הרעיון שאותו מקדמת התכנית הוא ברור – גם קשרי דם בין הורים לילדים הם כרי שינוי וניתנים – אם צריך – להחלפה.⁴⁰ האובדן המוחלט של פרטיות בתכנית

J. E. McGrath, *Loving Big Brother: Performance, Privacy and Surveillance Space* (London & New York: Routledge, 2004) 39

בז'אנר הפרסומת אנו נחשפים כבר זמן רב למושגי החלפה מדומים; מוצרים אינם מעניקים לנו רק תועלות פרטיות או חומריות – הם מעניקים לנו יחסים. המוצרים מנהלים מערכות יחסים עם בני אדם ומספקים לנו מגוון איכותי: חברתיות, אישיותיות, מוסריות, ארוטיות, רומנטיות ורגשיות. "אימא מחליפה" מעמיקה תפיסה זו ומחדדת את ההנחה שיחסים הם חפצים ולכן ניתנים תמיד להמרה, לשינוי או להחלפה, בכלל זה קשרים בין הורים וילדים.

"אימא מחליפה" אינו חושף בעצם שום דבר מיוחד. לאנשים, ובמקרה זה לבני המשפחות, אין היום דבר "פרטי", "מיוחד" או "אינטימי" שיש להגן עליו ולמנוע את חשיפתו לעיני ציבור הצופים. על פי התכנית נראה שאורח החיים מתמצה בצריכה: קניות בסופר, ביקור בקניון ואכילה מול הטלוויזיה בסלון.⁴¹ בספרו המפורסם "הלם העתיד" ניבא אלווין טופלר⁴² את המצב הזה, וטען שבחברה הצרכנית המבוססת על צריכת מוצרים חד-פעמיים קיים חשש שסגנון זה ישפיע על צורת החשיבה וההתנהגות. קלות השימוש, החלפה והזריקה של מוצרים תהפוך לקלות בלתי נסבלת של שימוש, החלפה וזריקה של יחסים אנושיים. תרבות השימוש החד-פעמי, טוענת קזין,⁴³ שונה מתרבות העבר שבה מה שהתקלקל לא נזרק או הוחלף אלא תוקן. תרבות הצריכה תורמת לכך שיותר ויותר אנשים זונחים מסגרות המקדשות את מערכת היחסים הנבנית בהדרגה לטובת יחסים זמניים המספקים פתרונות בזק. הערך המרכזי בתרבות העכשווית שלנו הוא ייצור מוצרים זולים שקל לשאתם, פשוט להפיצם ואין בעיה להחליפם. ערך זה ממומש לא רק בחפצים אלא גם במערכות יחסים. המשמעות היא ירידה בערכים של אינטימיות, סודות אישיים, מערכות יחסים ופרטיות, ועלייה בערכים של חומרנות, רכושנות וצרכנות. תהליך זה משרת היטב את הטלוויזיה המסחרית, שמקור פרנסתה הוא הפרסום ומטרתה היא הגברת הצריכה. החברה הצרכנית המודרנית כבר הגשימה את נבואתו של טופלר וניתן לראות שהתכנית "אימא מחליפה" מעמיקה את משמעותה: בתרבות "השתמש וזרוק" אפילו האימהות אינה קשר ערכי ומחייב. להפך, זה מצב נזיל שכל אחת יכולה לבצעו והדגש

41 המבקרת אריאנה מלמד היטיבה לתאר את התופעה: "אימא מחליפה" היא תכנית שנועדה לספק את יצר ההצצה לחייהם של אנשים 'רגילים'. אנשים רגילים גם מדברים מדי פעם על תקוות וחששות והשקפת עולם, אנשים גם מדברים מדי פעם עם ילדיהם – אבל אמהות, בליל אמש בערוץ 2, לא היו 'אנשים'. אמהות היו רק עוד סל כביסה שצריך לרוקן, עוד פח אשפה שצריך למלא, עוד דלי של מים שצריך לשפוך. לא נרשם אפילו רגע אחד של כבוד או הערכה לנשים בתפקידן כאמהות, או לנשים בכלל. הנהניתם? אם כך, כנראה שמגיע גם לכם לקבל אימא – סליחה, מכונה – להחלפה". ראו א' מלמד, "כביסה, ספונג'ה, שניצלים", Ynet, 10.11.2005: www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3167107,00.html

42 א' טופלר, הלם העתיד (תרגום: י' שדה, תל אביב: עם עובד, 1972).

43 א' קזין, במרחק הליכה: חיבור על תרבות הצריכה (תל אביב: כבל, 2004).

הוא על אופן התפקוד. כאשר התפקוד לקוי קיימת הזכות לבחור אלטרנטיבה אחרת. התכנית משתמשת במושגים פונקציונליים של תועלות ורווחים בהקשר של מושגים מוחלטים. הורות היא מצב ביולוגי נתון, אך כאן היא מקבלת משמעות חדשה המנוגדת למהותה וגורמת לאיבודה. ערעור מושג ההורות, באופן כה שגרתי ופשוטני, ממעיט בערך הזהות הייחודית וההגדרה העצמית של היחיד. אבדן הפרטיות הוא גם החפצה של האדם, הפשטתו מכל ערך וייחוד ופגיעה בכבוד האדם. לא מדובר רק בהצצה ובחדירה לפרטיות, אלא גם באובדן משמעותה של הפרטיות.

המסר ברור: כל המשפחות, שמחות או אומללות, הן אותו הדבר. ההבדלים הם פונקציונליים וקלים בלבד, ולכן אין טעם להסתיר או לשמור על פרטיות. אפשר, ואולי אפילו כדאי, לנהל את החיים לאור הזרקורים והמצלמות. דווקא אור הזרקורים הוא המוסיף לחיינו משמעות, ערך והנאה. החשיפה והיעדר הפרטיות מחליפים את הבושה, ומאפשרים לחשוף לעיני ציבור רחב מיעוטים, מוגבלויות ותופעות שבעבר נחשבו לחריגות. כך למשל בתכנית האח הגדול, המשודרת בהצלחה גדולה מאז שנת 2008, השתתפו מיעוטים ובעלי מוגבלויות וכן הומוסקסואלים, לסבית, חירש, גמד, חולה בתסמונת טורט. כל אלה חושפים את התופעות שהם מייצגים ונותנים להן בכך לגיטימציה. אל מול ביקורת תרבותית חריפה, הרואה בתכניות המציאות מוצרי תרבות נמוכים התורמים להשחתה של המרחב הציבורי, המעודדים מציצנות ומטשטשים גבולות בין מציאות ומניפולציה, יש הטוענים שבאמצעות עידוד הנראות של מיעוטים, תכניות המציאות עשויות לתרום להעצמה של קבוצות מוחלשות, לדמוקרטיזציה של המרחב הציבורי ולקידום ערכים פלורליסטיים ורב־תרבותיים.⁴⁴

אפשר לראות שערך הפרטיות מאבד את חשיבותו בחברה וקרנו יורדת. בה בעת עולה ערכה של החשיפה האישית וגדל הרצון להיות "מפורסם" ולהופיע בטלוויזיה. הוויתור על הפרטיות נתפס כמחיר נמוך ששווה לשלמו תמורת התהילה. דוגמה מובהקת לכך הן תכניות המציאות "כוכב נולד" שמועבר בהן

J. Dovey, *Freakshow: First Person Media and Factual Television* (London: 44 Pluto Press, 2000); S. Holmes & D. Jermyn, *Understanding Reality Television* (London: Routledge, 2004)

המסר הברור והגלוי שהחשיפה היא היא ההצלחה: ככל שהתקשורת חודרת וחושפת יותר רגעים פרטיים מחיך, כך מובן שאתה נמצא בשלבי המהפך והמעבר מאדם רגיל לידוען.⁴⁵ מעמד של כוכב משמעותו חשיפה אינטנסיבית של החיים הפרטיים, ולכן איבוד הפרטיות היא מטרה נכספת המסמלת בכיורור את מוטיב ההצלחה.

הרצון לחשיפה גדל והרצון לפרטיות מתבטל. ערכים חדשים מחליפים את הישנים, מוצרים חדשים מחליפים את המיושנים וכוכבים חדשים מחליפים את הוותיקים. בעידן התקשורת האלקטרונית הקהל ממצה את הכוכבים במהירות, וערכים של נאמנות, התפתחות והעמקה נעלמים; ערכים מנוגדים הופכים למשלימים ומצבים בינאריים מתמזגים ומשתלבים; "אינטימיות פומבית" כבר אינה סתירה לשונית אלא ייצוג ממשי.

3. הסכמה לכאורה של המשתתפים

משתתפי תכניות הטלוויזיה החושפניות הם אנשים מבוגרים המסכימים לכאורה מראש לפגיעה בפרטיותם תמורת יתרונות הפרסום, התהילה וההופעה בטלוויזיה, או פרס אחר בעל שווי כספי. בחלק מהמקרים מדובר בהסכמה מראש להשתתפות בתכנית, ובמקרים אחרים מדובר בהסכמה בדיעבד לשידור קטעים שצולמו במצלמה נסתרת. אולם הסכמה זו של המשתתפים לפגיעה בפרטיותם אינה תמיד הסכמה של ממש. כאשר ההסכמה ניתנת מראש אין המשתתפים יודעים, ברוב המקרים, מה בדיוק צפוי להם בהמשך התכנית. במקרים רבים מתרחשת במהלך התכניות, בהפתעה, פגיעה או חדירה בוטה אל התחום הפרטי – מעבר לציפיות המשתתפים והצופים בבית. במקרים אחרים המשתתפים אינם יכולים להעריך נכונה את ההשפעה שתהיה לשידור עצמו ולחשיפה פומבית בהיקף ארצי.

בפרומו לתכנית הדוגמניות 2, ששודר בינואר 2006 בערוץ 10, נאמר כך: "הן כל כך יפות, כל כך סקסיות... כל כך לא יודעות מה מחכה להן". זה המסר העיקרי. לכאורה כל המשתתפות הסכימו להשתתף בתכנית ובחשיפה הכרוכה בה, אך בניגוד, למשל, להסכמה מדעת בתחום הרפואי (הסכמה לטיפול

J. Holmes, " 'Reality Goes Pop!': Reality TV, Popular Music, and Narratives of Stardom in Pop Idol", *Television & New Media* 5 (2) (2004), pp. 147-172

רפואי מסוים), המפיקים אינם נדרשים לומר למשתתפות מראש מה יקרה להן ומהם הסיכונים. להפך, ברור שהסיכונים אינם ידועים וברור שתתרחש פגיעה בפרטיות, אף שלא ידועים היקף החדירה ועוצמתה. בתנאים אלה של חוסר ידיעה, המשתתפות נדרשות להסכים מראש לכל מה שיתרחש.

החדירה הפולשנית בשידור חי, שהופכת ליותר ויותר חסרת גבולות, יוצרת תהליך מעגלי שבו הצופה מרגיש כנצפה, הפולש מרגיש כנפולש. אנו צופים במשתתפים ובחדירה לחייהם, ובה בעת אנו מרגישים כיצד חדירה זו פולשת אל חיינו שלנו. פאוורס ופוסטמן⁴⁶ כתבו מאמר ששמו "האם אתם צופים בטלוויזיה או שהטלוויזיה צופה בכם?" והתכוונו למושגי הרייטינג: בזמן שאנו צופים בטלוויזיה אנו גם נצפים על ידי חברות הסקרים שבודקות נתונים סוציו-דמוגרפיים של הצופים כדי למכור לנו סחורות באמצעות הפרסומות. אפשר להתאים את התובנה הזו לענייננו ולומר שכאשר אנו צופים בתכניות המציאות אנו צופים גם בעצמנו. בתכניות אלו אנו צופים באנשים רגילים כמונו, ולא בשחקנים, ורמת ההזדהות שלנו גוברת. וכאשר מתבצעת חדירה לפרטיותם של המשתתפים מעבר להסכמתם, מתבצעת למעשה פלישה גם לפרטיותם של הצופים, מעבר להסכמה הנורמטיבית המקובלת. ראייה לכך ניתן לראות בתכנית המציאות "הדוגמניות", ששודרה לראשונה בשנת 2005 בערוץ 10. בתכנית זו התמודדו צעירות על הזכות להיות דוגמנית ועברו תהליך של לימוד המקצוע תוך כדי סינון וניפוי של מי שאינה מתאימה. התכנית זכתה לביקורת ציבורית ולתחושות קשות של אי-נוחות אצל צופים רבים. התחרות בין הבנות כללה היכרות אינטימית בין הבנות, הכשרתן, צילומן בערום חלקי ושליחתן למשימות שונות, בהן פיתוי ומציאת חן בעיני גברים שונים מהמקצוע כמו צלמים וסוכנים מחוץ לארץ. הביקורת הופנתה כלפי האלימות המילולית וההשפלה הפומבית של הבנות בשידור, וכלפי הפגיעה המתמשכת בכבודן כנשים וכבני אדם. חבר השופטים לא היסס לכנות את הבנות בכינויים מעליבים כמו חזירה (פיגי), סוסה, שמנה וכדומה. חלק גדול מהבנות הגיעו במהלך התכנית לדמעות. נראה היה שהתכנית חרגה מהציפיות של המשתתפות ושל הצופים ופגעה ברגשות. בכל זאת הפלישה לפרטיות

S. Powers & N. Postman, *How to Watch TV News* (New York: Penguin Books, 46 1992), pp. 1-9

המשתתפות בתכניות אלה אינה "חסרת גבולות", וכשהיא עוברת גבול מסוים היא גוררת תגובות של מבוכה וכעס מצד הצופים. התגובות נובעות מהחדירה הסמלית והפוטנציאלית – ללא רשות – לחייהם שלהם, ומהתחושה הברורה שגם המשתתפות לא ציפו ולא הסכימו מראש לאירועים אלה.

תגובות דומות של תדהמה, ואפילו של כעס, מלוות משתתפים וצופים גם בתכנית כמו "יצאת צדיק", המעמידה אנשי מקצוע אל עמוד הקלון לאחר שנתפסו ברמאות של לקוחות, וגם בתכנית כמו "אימא מחליפה". הצופים נמשכים אל ההצצה, אך עם ההנאה עולה גם תחושת אי-נוחות בשל החדירה הבוטה אל החיים הפרטיים וטשטוש הגבול בין העולם הפרטי לציבורי. כל דבר בחיינו יכול להיחשף לעין כול באמצעות המצלמות, שהרי אם הכול מותר בטלוויזיה, גם אנחנו חשופים לביקורת אינטימית וקטלנית וגם המרחב הפרטי שלנו נמצא בסכנה. גם אותנו אפשר להחליף מחר כמו אותן אימהות שהוחלפו ב"אימא מחליפה". גם אלינו יכול פתאום להיכנס דרור רפאל (מהצמד שי ודרור) עם צוות צילום של התכנית "מישהו בבית?" ולחשוף לעיני כול את הפיז'ומה הבלויה, הספה עם הכתמים והמטבח המבולגן עם הכלים המלוכלכים בכיור. השכן שמסרב לפתוח את הדלת לשעשועון המשודר בערוץ 10 ומחלק כסף ומתנות תמורת החדירה לבית, דווקא הוא נתפס כחריג, כמעט כתימהוני, המקדש את פרטיותו באופן תמוה ולא נורמטיבי.

נראה כי כאשר מדובר בפגיעה בפרטיות אנו מסתפקים בהסכמה לכאורה ולא דורשים הסכמה מדעת. המשתתפים בתכניות המציאות ובשעשועונים המבוססים על חדירה לפרטיות אינם יודעים מראש מה יתרחש ואף לא דורשים לדעת. הפגיעה בפרטיותם נעשית בכוונה על ידי ההפקה, אך הם בדרך כלל אדישים לכך ואף מקבלים זאת בהבנה ובקבלה. רובם חותמים בקלות על מסמך המאשר להפקה לשדר את הדברים, ועוברים לסדר היום על העובדה שצולמו בלי רצונם ולפעמים בלי ידיעתם.

מבחינה משפטית לא ברור אם הסכמה כללית ולא מפורטת יכולה להיחשב כהסכמה של ממש, המבטלת את הפגיעה בזכות לפרטיות. אך מבחינה ערכית ברור שיש כאן ביטוי לערך הנמוך שמייחסים רבים מהמשתתפים לפרטיות. אנו מוכנים לוותר על ערך הפרטיות ויתור גורף ומראש, בלי להתעמק במשמעות ובפרטים.

ה. מסקנות וסיכום

מושג הפרטיות וערך הפרטיות הם תלויי תרבות, חברה, מקום וזמן. הפרטיות היא השתקפות הציפיות הסבירות של החברה בנוגע למרחב הפרטי של כל אדם. בעולם פתוח וחופשי, שבו טכנולוגיות חדשות מאפשרות זרימה של מידע, ישנה ירידה בערך הפרטיות ובכוחה המצמית של הבושה. אנשים אינם מתביישים לחשוף את עצמם באמצעות המדיה. אנשים משוחחים בקולי קולות על עניינים אישיים ואינטימיים בטלפון הנייד במקומות ציבוריים, וכמאזינים בעל כרחם הם חשופים לשיחות דומות של זרים מוחלטים היושבים לידם באוטובוס או בבית הקפה. בחיפוש מהיר ומיומן באינטרנט אפשר להגיע למידע אישי מגוון על אנשים רבים.

שידורי הטלוויזיה המסחרית הפופולרית מציגים לפנינו מראה לא מחמיאה על היקף המרחב הפרטי בעולם הטכנולוגי, המהיר והפוסט-מודרני. מרחב זה מצומצם ונמצא תחת מתקפה מתמדת; עוד מעט וייעלם כליל. מצלמות נסתרות מאיימות לצלם אותנו כמעט בכל רגע. המראיין יכול להגיע אלינו הביתה, לצלם את ארון הבגדים שלנו ולהזמין אותנו לרחצה משותפת בג'קוזי או לישיבה בסאונה עם מגבת בלבד לגופנו. תכניות המציאות מציגות את המציאות האינטימית לראווה. יחסים בין אנשים הם נושא לחשיפה, למעשה הם הבידור החדש המושך ביותר – גם היחסים האינטימיים.

מציאות זו נשענת לכאורה על הסכמת המשתתפים, ולכן אין בה בהכרח פגיעה בזכות המשפטית לפרטיות. אך היא מסמנת מגמה (או אופנה) חדשה: הוויתור שלנו כחברה על המרחב הפרטי ועל הגבולות בין המרחב הציבורי לבין זהותו של האדם והאוטונומיה שלו. בחלק מהמקרים דומה שאין הסכמה של הפרט לכל מרכיבי החדירה לפרטיות או שההסכמה מאולצת ולא אמיתית, ויש כאן לכאורה גם הפרה של הזכות החוקתית והמשפטית לפרטיות. להבדיל מהתחום הרפואי, שבו נדרשת הסכמה מודעת לכל טיפול רפואי, דווקא בתחום שידורי הטלוויזיה לא מקובל לדרוש או לקבל הסכמה מודעת, והמשתתפים אינם מקבלים בדרך כלל פירוט מדויק מראש על היקף הפגיעה בפרטיות, משמעויותיה וסכנותיה. התוצאה היא שגם משתתף שמסכים מראש להיחשף, מוצא את עצמו נגרר לחשיפה לא מבוקרת. המשתתפים מתקשים להעריך נכונה את המשמעות וההשלכות של החדירה לפרטיות. השלכות אלה נוגעות לזהות העצמית ממש,

ליחסים אם האנשים הקרובים ביותר, המשתנים בעקבות החשיפה, וגם לתגובה הציבורית שאינה תמיד חיובית.

החדירה לפרטיות כרוכה בטשטוש גבולות של מותר ואסור ביחסים בין זרים, וטשטוש כללים של משפט ואתיקה ביחסים בין המינים. היא עלולה להביא לחרדה בכל הנוגע להתנהגות המקובלת בחברה, ולבלבול בשאלות: מהם גבולות האני? מהם היחסים המקובלים בין זרים? ומהי יכולתי לעצב את זהותי כמו ידי ולעצור את התערבותם של אחרים? החדירה לפרטיות יכולה לגלוש אל מעבר לצפוי, ובמקרים רבים היא נתפסת על ידי הקרבן כסוג של הטרדה ואפילו כמעשה מגונה. התחושה היא של חילול וזיהום המרחב האישי.

אין ספק שאנו עומדים מול תופעה שמחייבת המשך מחקר ולימוד, ושמשמעותה היא ירידת ערכו ואף אבדנו של מושג הפרטיות כפי שהכרנו אותו במאה שעברה. מושג זה מוחלף במושגים חדשים של זהות, אוטונומיה ומרחב, הנגזרים מהמגמה החדשה שמכתיבה המדיה: "אינך נצפה" משמעותו "אינך קיים". אנו חיים בחברה שבה כולם יכולים לחשוף ולהיחשף, וכמעט כולם רוצים – ואף חשים ראויים – להופיע בפומבי במרחב הציבורי, כלומר בטלוויזיה או לפחות באינטרנט. לחשיפה אין היום קריטריונים מבחינים: מצלמות האינטרנט אינן סלקטיביות ואף הטלוויזיה אינה מציגה רק מומחים, אנשי ציבור בולטים וסלבריטאים אלא גם אנשים "פרטיים", גם כאשר הם חריגים או עם מוגבלויות – לרבים יש היום הזדמנות ואפשרות להיות נוכחים, ולחשוף את עצמם בפומבי. בשל הפופולריות של תכניות המציאות מתחלק זמן המסך בצורה שווה כמעט בין אנשי מקצוע ואנשי ציבור מפורסמים מצד אחד, לבין אנשים רגילים ופרטיים מצד אחר. כשכל אחד יכול להופיע ולרכז סביבו תכנית שלמה, וכשהמרחב הפרטי חשוף לעין כל, משתנות גם הציפיות והדאגות של החברה. בחברה הפוסט־מודרנית מוחלפת הדאגה מפני חדירה לפרטיות בדאגה מפני חוסר עניין בפרט, שעלול לגרום לאי־חשיפה ולא־חדירה לפרטיות. האם לצד הזכות לפרטיות הגיעה שעתה של הזכות לחשיפה?

ניתוח המגמות והתופעות במאמר זה מלמד שבחברה בכלל, ובתקשורת בפרט, ערך הפרטיות משנה את גבולותיו ואת תכניו, מאבד מחשיבותו וקרנו יורדת. בד בבד עולה ערכה של החשיפה האישית בתקשורת וגדל הרצון להיות "מפורסם" ולהופיע בטלוויזיה – גם במחיר אבדן הפרטיות.

בין צדיק לעמיר

הפרת הפרטיות ותצלומים מבזים ומשפילים בתא כלא וברשות הרבים

בנימין שמואלי

א. תקציר

הפרה אסורה של פרטיותו של אדם, לפי חוק הגנת הפרטיות, מתקיימת בחדירה לרשות היחיד שלו אבל גם, בנסיבות מסוימות, כאשר הוא נמצא ברשות הרבים. ברשות היחיד כוללת הפרת הפרטיות, בין היתר, את צילומו או את פרסום תצלומו של אדם, אף אם התצלום אינו מנציח בהכרח מצב של כיוזי או השפלה של המצולם. הפרת הפרטיות מתקיימת גם ללא פרסום התצלום. לעומת זאת תצלום של אדם ברשות הרבים יכול להיחשב להפרת הפרטיות רק אם פורסם, ורק בנסיבות שבהן עלול הפרסום להשפילו או לכזותו. בשני סוגים אלה של הפרת הפרטיות עוסק חיבור זה.

הסוגיה תידון דרך שני מקרי מבחן שהגיעו לדין בערכאות. המקרה האחד הוא פרסום תצלומים מכלאו השמור של יגאל עמיר, רוצחו של ראש הממשלה רבין, במסגרת סרט שעמד להיות משודר בערוץ 10 לרגל יום השנה התשיעי לרצח. פרסום זה עמד במרכז דיון משפטי בנושא פרסום תצלומים של אסיר, שלטענתו מבזים ומשפילים אותו משום שהם מנציחים אותו בתחתוני בוקסר ובגופייה. לטענתו של עמיר מדובר בצילומים ברשות היחיד, שכן תא הכלא הוא רשות היחיד; לחלופין מדובר ברשות הרבים, אך התמונות משפילות שכן פרסומן אינו הולם אדם חרדי כמוהו. עמיר הגיש בקשה לצו מניעה נגד שידור הסרט. המשיבים טענו כי בפרסום התצלומים כחלק מהסרט יש משום עניין

* תודתי לתהילה שוורץ אלטשולר ולאביעד הכהן על הערות טובות ומועילות. שלמי תודה לשירן גבאי, יעל זיגל ושמואל מרום על העזרה במחקר.

ציבורי ותועלת ציבורית, ולא סיפוק צורכי רכלנות גרידא. פרסומם נעשה כדי לזכור, להזכיר ולזעזע את אמות הסיפים, וכדי שמקרה דומה של רצח פוליטי לא יחזור בשנית. המקרה האחר עסק באדם חרדי, מנשה צדיק, שחילק תשמישי קדושה בדוכן ברחוב, וצולם כשמאחוריו כרזה פרובוקטיבית של אישה חשופה. הצילום פורסם בעיתון "הארץ", למרות הבטחה מפורשת של הצלם שלא לעשות שימוש בתצלום. צדיק טען כי התצלום, שבוצע ברשות הרבים, משפיל ומבזה אותו כאדם חרדי, והוא תבע פיצויים בגין הפרת הפרטיות.

החלטות בתי המשפט בשתי הפרשיות הללו תיבחנה באור ביקורתי ובכמה מישורים, לאור כמה וכמה עניינים המשותפים לשתי העתירות. בין היתר יידונו הסוגיות האלה: בהנחה שכלאו של אסיר הוא כביתו, האם הוא מהווה גם מבצרו מפני חדירה לפרטיות? האם כלא נחשב לרשות היחיד או לרשות הרבים? האם לצורך כך יש להבחין בין אסיר הכלוא עם עוד אסירים לבין אסיר המוחזק בבידוד, ובין תא כלא מסורג לתא שאינו מסורג? האם פרסום של תצלום המנציח מצב קיים ברשות הרבים יכול לכזות ולהשפיל את המצולם, או שאין לו (למצולם) להלין אלא על עצמו? באיזו מידה התצלומים שנעשו בשני המקרים הם מבזים ומשפילים? באיזו מידה יש בהם עניין ציבורי אמיתי? האם שידור מסחרי שיש לו לכאורה אינטרס ציבורי, אך הוא נעשה למטרות רווח, ייחשב לעוולה של הפרת הפרטיות? מהי השפעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על הסוגיות הללו?

הדיונים בסוגיות אלה יובילו להצעת כמה הצעות, שבבסיסן הניסיון להגיע לאיזון ראוי ומושכל.

ב. מבוא: על הזכות לפרטיות

האיסור על פגיעה בפרטיות, לפי חוק הגנת הפרטיות,¹ מגן – לפי הגישה הוותיקה והמפורסמת ביותר – על הזכות "להיעזב במנוחה" (The right to be let alone).²

1 חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ס"ח תשמ"א, 128 (להלן "החוק", או "חוק הגנת הפרטיות").

2 S. D. Warren & L. D. Brandeis, "The Right to Privacy", *Harvard Law Review* 4 (1890), p.193. למרות ביקורות רבות על הגדרת הזכות לפרטיות על ידי וורן וברנדייס כזכות "להיעזב במנוחה", זו עדיין ההגדרה הפופולרית ביותר. לביקורות על הגדרה זו

יש הרואים בפרטיות דווקא משום זכות להגנת "אינטרס פרטי מובהק של נושא הזכות להגן על ה'אני' שבו מפני חדירתה של החברה לתחום הפרטי", בבחינת פרטיות כגישה;³ ויש הרואים את הזכות כנגזרת של שליטה או אוטונומיה.⁴

- J. J. Thomson, "The Right to Privacy", in: R. Wacks (ed.), *Privacy* (Aldershot: Dartmouth, 1993), vol. 3; D. J. Solove, *Understanding Privacy* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2008), pp. 17–18
- 3 ר' גביון, "איסור פרסום הפוגע בפרטיות: הזכות לפרטיות וזכות הציבור לדעת", *זכויות אזרח בישראל: קובץ מאמרים לכבוד חיים ה' כהן* (ירושלים: האגודה לזכויות האזרח בישראל, תשמ"ב), עמ' 178; R. Gavison, "Privacy and the Limits of Law", *Yale Law Journal* 89 (1980), p. 421 – access – דהיינו זכותו של אדם להגביל את הנגישות אליו מבחינת חשאיית המידע, יכולתו להישאר אנונימי ויכולתו להיות ללא קרבה פיזית לאחרים. בהקשר זה ראו גם J. Rachels, "Why Privacy is Important", in: F. D. Schoeman (ed.), *Philosophical Dimensions of Privacy: An Anthology* (Cambridge: Cambridge University Press, 1984), p. 290
- 4 גישה זו שואפת להקנות לאדם שליטה על עצמו, על עניינים הנוגעים לו ועל המידע הקשור אליו. ראו למשל, A. F. Westin, "The Origins of Modern Claims to Privacy", *Privacy and Freedom* (London: Bodley Head, 1967) (מופיע גם אצל Schoeman, *Philosophical Dimensions of Privacy: An Anthology* [3rd edition], New York: Aspen Publishers, 2009), p. 45
- L. Lessing, *Code Version 2.0*, עמ' 7; Westin, *Privacy and Freedom*, עמ' 56; L. Lessing, *Code Version 2.0*; Westin, *Privacy and Freedom*, עמ' 7; P. M. Schwartz, "Internet Privacy and the State", *Connecticut Law Review* 32 (2000), p. 815; S. Livingstone, "Taking Risky Opportunities in Youthful Content Creation: Teenagers' Use of Social Networking Sites for Intimacy, Privacy and Self-Expression", *New Media Society* 10 (3) (2008), p. 404
- את שתי התפיסות הללו כדיומות ראו Solove, *עיל הערה 2*, עמ' 25. לסקירת גישות שונות לתפיסת הזכות לפרטיות ראו שם; וכן Solove & Schwartz, *עיל הערה 3*, עמ' 51-44
- E. Bloustein, "Privacy as an Aspect of Human Dignity", *New York University Law Review* 39 (1964), p. 962; H. Gross, "The Concept of Privacy", *New York University Law Review* 42 (1967), p. 34; C. Fried, "Privacy", *Yale Law Journal* 77 (1968), p. 475; T. Gerety, "Redefining Privacy", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 12 (1977), p. 234
- J. Q. Whitman, "The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty", *Yale Law Journal* 113 (2004), p. 1151

ייתכן גם שהאנונימיות של אדם – זכותו להישאר בצל ולא להיחשף אף בשמו ובתמונתו – היא גישה נוספת, עצמאית או שזורה בגישות הקיימות,⁵ ועל כל פנים נקודה זו של אנונימיות תהא חשובה במיוחד לסוגיות הנידונות בחיבור זה.⁶ ההגנה על הפרטיות הוזכרה גם בשורה של אמנות,⁷ וביניהן בסעיף 8 (1) לאמנה האירופית לזכויות האדם,⁸ הקובע כי “Every one has the right to

להסבר על הגישות שונות לתפיסת הפרטיות ולניסיונות שונים להגדיר פרטיות ראו R. Wong, “Privacy: Charting Its Developments and Prospects”, in: M. Klang & A. Murray (eds.), *Human Rights in the Digital Age* (London: Cavendish Publishing, 2005), p. 147; B. Shmueli & A. Blecher-Prigat, “Privacy for Children”, *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 42 (Spring 2011), p. 759 מ' בירנהק, מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה (רמת גן: הוצאת אוניברסיטת בר-אילן, תשע"א). להסבר על עמימותה של הזכות ראו שם, עמ' 37-38. להסבר גישות הפרטיות השונות ולדיון בשאלה אם פרטיות כשליטה משמעה “פרטיות קניין” ראו שם, עמ' 57-163. לקריאה לנטוש אפשרות לקבלת תפיסה אחת לפרטיות ראו Solove, לעיל הערה 2, עמ' 45. לשאלה מה משמעות המונח “פרטיות” והמונח הקשור בו – “הזכות לפרטיות” – עקב היותו רכיב-משמעי ולא ברור (“השאלה המושגית”), להבחנות בין פגיעה בפרטיות לפגיעה בזכות לפרטיות, להבחנות בין התפיסות השונות של הפרטיות ולהגעה למסקנה שפרטיות היא למעשה “בידור”, וכן לדיון בספקות בקשר לאיזונים הראויים בין השיקולים בעד פרטיות ונגדה (“השאלה הנורמטיבית”), ראו ר' שגב, “פרטיות: משמעותה וחשיבותה”, בספר זה. להרחבה על הפרטיות כתפיסה (concept) ועל הפרטיות כזכות (right) ראו גם Solove & Schwartz, לעיל הערה 3, עמ' 39.

5 בירנהק, לעיל הערה 4, עמ' 305-336; Solove & Schwartz, לעיל הערה 3, עמ' 42-43.

6 אין הכוונה בחיבור זה להכריע בין הגישות השונות לתפיסת הפרטיות. להפך – אנסה ליישב בין הרעיונות וההצעות של כל הגישות. בענייננו לגישת הפרטיות כשליטה תהיה משמעות מיוחדת, שכן אי-הענקה של כל פרטיות שהיא, בייחוד לאסיר, משמעה למעשה שאין לאסיר כל שליטה על חייו (כמעט בכל צורה שהיא) בעת היותו אסיר. גם במקרה האחר שהחיבור יעסוק בו תהיה לשליטה דומיננטיות. שם דווקא יש לנפגע בפרטיותו שליטה על הכניסה למצב שהביא לידי אותה פגיעה. על כל זאת להלן.

7 למשל סעיף 12 להכרזה האוניברסלית על זכויות האדם משנת 1948 וסעיף 17 לאמנת האו"ם בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות. לסקירת אותן אמנות ראו ד' לוין, “צנעת הפרט וסקרנות הציבור”, בתוך: י' תמיר וא' הירש (עורכים), ספר תמיר (תל אביב: בורסי, תש"ס), עמ' 167.

8 “The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950”, in: I. Brownlie & G. S. Goodwin-Gill (eds.),

”respect for his private and family life, his home and his correspondence”
נוסף על כך, הוראת סעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד)
קובעת כי זכות האדם לפרטיות ולצנעה היא זכות יסוד חוקתית.⁹
הזכות לפרטיות מוכרת גם במקורות העבריים מקדמת דנא. פרופ' נחום
רקובר¹⁰ עמד על הזכות הזאת בהזכירו את הכתוב: ”כי תשה ברעך משאת מאומה
לא תבא אל ביתו לעבט עבטו; בחוץ תעמד והאיש אשר אתה נשה בו יוציא אליך
את העבוט החוצה”.¹¹ רקובר מסביר כי ניתן לראות בפסוק זה הכרה בעקרון
משפטי, ולא רק מוסרי, של כיבוד פרטיותו של האדם: גם אם אותו אדם חייב
כספים – לנושה אסור להיכנס לביתו.¹² כאן יש לציין גם את דבריו המפורסמים
של בלעם, המשבח את עם ישראל בדברים ואומר: ”מה טבו אהליך יעקב
משכנתך ישראל”.¹³ על כך כותב רש”י על אתר (על יסוד מדרש): ”על שראה
פתחיהם שאינן מכוונין זה מול זה”, דהיינו על צניעותם וכיבודם זה את פרטיותו
של זה. גם בתלמוד נאסר היזק ראייה, המתבטא באיסור אפילו על האפשרות
בלבד להסתכל לתוך רשות היחיד של הזולת, על ידי פתיחת חלון לשם ואף
לחצר משותפת,¹⁴ וכך גם נפסק בשולחן ערוך.¹⁵ החרם המפורסם שהטיל רבנו

-
- Basic Documents on Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2010 [6th
edition]), p. 331. סעיף זה היה הבסיס להכרה בזכות לפרטיות גם בדין האנגלי. ראו
22 UKHL [2004] *Campbell v. MGN Ltd.* וראו בירנהק, לעיל הערה 4, עמ' 281-282.
9 ראו דברי השופט ברק בע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס, פ"ד מט (3) 309 (1995);
ע"פ 5026/97, 2963/98, 3191/98 גלעם נ' מדינת ישראל, תק-על 99 (2) 1149 (1999);
א' הלם, דיני הגנת הפרטיות (תל אביב: פרלשטיין-גינזור, 2003), עמ' 355-384.
10 נ' רקובר, ”ההגנה על צנעת הפרט במשפט העברי”, הפרקליט כו (תש”ל-תשל”א),
עמ' 563; הנ”ל, ההגנה על צנעת הפרט (ירושלים: מורשת המשפט בישראל, 2006).
11 דברים כד, י-יא. על זכות זו ראו בהרחבה מ' אלון, כבוד האדם וחירותו בדרכי ההוצאה
לפועל: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית (ירושלים: מאגנס, 2000), בייחוד עמ'
52-67.
12 רקובר, ”ההגנה על צנעת הפרט במשפט העברי”, לעיל הערה 10, עמ' 569. הדבר
נלמד גם מהגנה כללית שלפיה אין להיכנס לבית החבר כלל אלא אם כן ירשה לו
להיכנס (מדרש לקח טוב, פסיקתא זוטרתי לויקרא א, א).
13 במדבר כד, ה.
14 בבלי, בבא בתרא נט, ב. נוסף על כך, שניים החולקים חצר משותפת – עליהם לעשות
מחיצה גמורה ביניהם מחשש לראייה.
15 שולחן ערוך, חושן משפט קנז, א.

גרשום מאור הגולה, המזכיר את סעיף 2 (5) לחוק הגנת הפרטיות ואת סעיף 7 לחוק היסוד, מצביע על כך שפתיחת מכתב של חבר ללא נטילת רשותו נחשבה למעשה כה חמור עד כי זכתה לעונש החברתי החמור ביותר.¹⁶ הזכות לפרטיות היא קודם כל זכות של אדם ולא של מקום,¹⁷ ולנושא זה תהיה משמעות לעניינים שיידונו בחיבור זה.

ובכל זאת, עם היותה של זכות זו זכות יסוד חשובה, יש לאזנה עם זכויות וערכים אחרים; שכן היא אינה מוחלטת.¹⁸ האיזון בין חופש הביטוי וזכות הציבור לדעת לבין הזכות לפרטיות הוא איזון אופקי, וזאת על פי מבחן התועלת הציבורית. בין האיסור על פרסום הפוגע בפרטיות לבין האיסור על פרסום הפוגע בשמו הטוב של אדם קיימת מידה רבה של חפיפה, אולם כל אחד מהאיסורים מגן על אינטרסים מסוג שונה. חוק איסור לשון הרע¹⁹ מגן על אינטרס הפגיעה בשם הטוב מול אינטרס חופש הביטוי,²⁰ אף כי רב גם המשותף בין החוקים, כפי שיידון להלן.

16 תקנות רבנו גרשום מופיעות גם בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, חלק ד (דפוס פראג), סימן א סעיף כב: "חרם שלא לראות בכתב חברו ששולח לחברו בלא ידיעתו". על כך יש להוסיף מקורות נוספים, כגון משלי יא, יג, שם החכם מכל אדם מגנה גם גילוי סוד: "הולך רכיל מגלה סוד ונאמן רוח מכסה דבר". למקורות נוספים ראו למשל פסקה 9 לפסק דינו של המשנה לנשיא אלון בד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837 (1988).

17 פסקה 21 לפסק דינו של הנשיא ברק בבג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי (טרם פורסם, 14.5.2006), על פי *Katz v. U.S.*, 389 U.S. 347 (1967), שם נקבע (עמ' 361) כי מכיוון שהפרטיות היא זכות של אדם ולא של מקום, יש לקבוע מבחן דו-שלבי שהשלב הראשון בו הוא ציפייה סובייקטיבית (של הנפגע הפוטנציאלי) לפרטיות, והשלב השני הוא מוכנותה של החברה להכיר בציפייה זו כסבירה.

18 עניין נחמיאס, לעיל הערה 9, עמ' 353; ת"א (מח' ת"א) 1285/89 צוקרמן נ' צים חברת השיט הישראלית בע"מ (לא פורסם, 14.12.1999); דב"ע נר/260-3 אלפריח נגד מנכ"ל המוסד לביטוח לאומי, פד"ע ל 543 (1997): "הזכות לפרטיות הינה זכות יחסית, כמו כל זכות יסוד, יש לאזן אותה עם זכויות יסוד אחרות, כגון זכות הציבור לדעת וזכות העובד לשמור על זכויותיו הקנייניות"; ד' חי, ההגנה על הפרטיות בישראל (ברקן: מילגה, 2006), עמ' 45-54.

19 חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, ס"ח תשכ"ה, 240 (להלן: חוק איסור לשון הרע).
20 על ההבדלים העיקריים בין הזכויות המוגנות באותם חוקים ראו ר' גביון, זכויות אדם בישראל (תל אביב: משרד הביטחון, תשנ"ד), עמ' 116-121.

עוולת הפגיעה בפרטיות מוגדרת בחוק הגנת הפרטיות במישורים שונים. בחיבור זה אדון באחד המישורים הללו – צילום או פרסום תצלומי של אדם. סעיף 2 (3) לחוק מגדיר עוולה של חדירה לפרטיות כ"צילום אדם כשהוא ברשות היחיד". לצורך עוולה זו די בצילום עצמו ברשות היחיד של האדם כדי שתקום עוולה. אין צורך שהצילום ינציח דווקא מצב של ביזוי או השפלה של המצולם ואין גם צורך בפרסום התצלום: החדירה לרשות היחיד של המצולם וצילומו הם כשלעצמם פגיעה המקימה עוולה של חדירה לפרטיות. לעומת זאת נקבע בסעיף 2 (4) לחוק כי עוולה של הגנת הפרטיות היא גם "פרסום תצלום של אדם ברבים בנסיבות שבהן עלול הפרסום להשפילו או לבזותו". כאן, כאשר צולמה תמונה של אדם ברבים ולא ברשות היחיד שלו, אזי כדי שהמעשה יהווה עוולה כלפי המצולם יש לפרסם את התמונה,²¹ ועל כך יש להוסיף יסוד חשוב של נסיבות המצביעות שהפרסום עלול להשפילו או לבזותו.²² מכאן שכאשר קיימת מחלוקת אם תצלום שפורסם הוא למעשה צילום ברשות היחיד או תצלום של אדם ברבים, או שהסיטואציה יכולה להתפרש לכאורה גם ככזו וגם ככזו, יהיה עדיף לנפגע לטעון שמדובר בצילומו ברשות היחיד, שאז לא יצטרך להוכיח את פרסום התצלום, ושהצילום עלול להשפילו ולבזותו, אלא יוכל להראות כי עצם הצילום לבדו מהווה עוולה.²³ אולם גם אם הנתבע יטען שמדובר ברשות הרבים, ידו לא תהא בהכרח על העליונה, שכן אז יוכל הנפגע להוכיח שפרסום התצלום משפיל או מבזה אותו.

21 הלם, לעיל הערה 9. והשוו ע"פ (י"ם) 8995/04 ע"פ 9023/05 מדינת ישראל נ' אברגון (לא פורסם, 16.2.2005).

22 בדומה למבחנים לעוולה ולעברה של לשון הרע לפי סעיף 1 לחוק איסור לשון הרע. בהצעת חוק הגנת הפרטיות נכתב "בנסיבות שבהן עלול הפרסום להביאו במבוכה", שהוא כנראה מבחן קל יותר ואולי גם סובייקטיבי (אם כי ניתן לפרשו כמכוון לאדם הסביר). על כל פנים המחוקק בחר לבסוף בגישה אחרת, מכיוון שהגישה המקורית יכולה הייתה להיות בבחינת "גזרה שאין הציבור יכול לעמוד בה" (הצעת חוק הגנת הפרטיות, התש"ם-1980, ה"ח 1453, עמ' 206). וראו הלם, לעיל הערה 9, עמ' 93.

23 יצוין כי בהצעת החוק גם עצם הצילום ברשות הרבים באותן נסיבות נחשב לעוולה, ולא רק פרסום התצלום. להרחבה ולאסמכתאות ראו חי, לעיל הערה 18, עמ' 229; הלם, לעיל הערה 9, עמ' 93.

סוגיה זו נידונה בשנים האחרונות משני היבטים שונים. היבט אחד הוא שאלת פרסום תמונות של אסיר בכלאו בבגדים תחתונים כהפרת הפרטיות בכלל, ועניין היותו של תא כלא רשות יחיד או רשות הרבים בפרט. מדובר בפרסום תצלומים מכלאו השמור של יגאל עמיר, רוצחו של ראש הממשלה רבין, במסגרת סרט ששודר בערוץ 10 לרגל יום השנה לרצח. במרכז הפרשיה עמד פרסום תצלומים של האסיר, שלטענתו מבזים ומשפילים אותו משום שהם מנציחים אותו בתחתוני בוקסר ובגופייה. לטענתו של עמיר, תא הכלא הוא רשות היחיד; לחלופין מדובר ברשות הרבים אך התמונות משפילות אותו, שכן פרסומן אינו הולם אדם חרדי כמוהו. עמיר הגיש בקשה לצו מניעה נגד שידור הסרט. המשיבים טענו כי בפרסום התצלומים כחלק מהסרט יש משום עניין ציבורי ותועלת ציבורית, ולא סיפוק צורכי רכלנות גרידא. פרסומם נעשה כדי לזכור, להזכיר ולזעזע את אמות הסיפים, וכדי שמקרה דומה של רצח פוליטי לא יחזור בשנית.

ההיבט האחר הוא פרסום צילום ברשות רבים מובהקת – רחוב – בנסיבות העלולות השפיל ולבזות. מדובר באדם חרדי, מנשה צדיק, שעמד ברחוב ליד דוכן של תשמישי קדושה, וצולם כשמאחוריו כרוזה של אישה חשופה בתנוחה מגרה. הצילום פורסם בעיתון "הארץ", למרות הבטחה מפורשת של הצלם (העצמאי) שלא לעשות שימוש בתצלום. צדיק טען כי הצילום, אף שבוצע ברשות הרבים, משפיל ומבזה אותו כאדם חרדי, ולכן תבע פיצויים בגין הפרת הפרטיות.

סוגיות אלה מערבות שאלות לגבי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ושאלות של איזונים בתוך חוק הגנת הפרטיות.²⁴ פרשיות עמיר וצדיק כמקרי מבחן, בצירוף מקורות נוספים, ישמשו לבחינת הסוגיות. ההחלטות באותן פרשיות, בערכאות השונות, ייבחנו באור ביקורתי ובכמה מישורים. בין היתר תידונה הסוגיות האלה: בהנחה שכלאו של אסיר הוא כביתו, האם הוא מהווה גם מבצרו מפני חדירה לפרטיות? האם כלא נחשב לרשות היחיד או לרשות הרבים? האם לצורך כך יש להבחין בין אסיר הכלוא עם עוד אסירים לבין אסיר המוחזק בבידוד, ובין תא כלא מסורג לתא שאינו מסורג? האם פרסום של תצלום המנציח מצב

24 לז היו שומעים בסרט הנ"ל את עמיר מדבר ולא רק רואים תצלומים שלו במסך הבקרה, ייתכן שהמקרה היה מעורר שאלות גם על פי חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979. להרחבה לעניין חוק זה לעומת חוק הגנת הפרטיות ראו חי, לעיל הערה 18, עמ' 621-818.

קיים ברשות הרבים יכול לבזות ולהשפיל את המצולם, או שאין לו (למצולם) להלין אלא על עצמו? באיזו מידה התצלומים שנעשו בשני המקרים הם מבזים ומשפילים? באיזו מידה יש בהם עניין ציבורי אמיתי? האם שידור מסחרי שיש לו לכאורה אינטרס ציבורי, אך הוא נעשה למטרות רווח, ייחשב לעוולה של הפרת הפרטיות? מהי השפעת חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו על הסוגיות הללו?

בפרק ג להלן תתוארנה ההחלטות בפרשיות יגאל עמיר נ' ערוץ 10 ומנשה צדיק נ' עיתון "הארץ" כמקרי מבחן לפרסום תמונות משפילות בתא כלא וברשות הרבים. בפרק ד אבחן את סוגיית פרסום תמונות מבזות ומשפילות שצולמו ברשות הרבים כהפרת הפרטיות. אבחן בייחוד אם תא כלא (מסורג ושאינו מסורג) מהווה "רשות הרבים" לצורך חוק הגנת הפרטיות, ואם לאסיר קיימת רשות יחיד משלו. בפרק ה תיבחן השאלה אם פרסום בטלוויזיה מסחרית או בעיתון מהווה שידור למטרות רווח בהתאם לסעיף 2(6) לחוק. בפרק ו תיבחן ההגנה המרכזית בנסיבות העניין – באיזו מידה תצלומים מהסוג שבוצעו יש בהם עניין ציבורי אמיתי. בפרק ז אבחן את הפגיעה בפרטיות לפי חוק הגנת הפרטיות מול חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לעניין הסוגיות הנידונות. בפרק ח אציע פתרונות לדילמות ואיזונים ראויים במישורים שונים. בפרק ט אסכם.

ג. פרסום תמונות משפילות בתא הכלא וברשות הרבים

1. פרשת יגאל עמיר נ' ערוץ 10 כמקרה מבחן א': בקשת צו מניעה נגד שידור תמונות של אדם בכלאו בכגדים תחתונים

בשנת 2004 נידונה לפני השופט כרמל בבית המשפט המחוזי בירושלים עתירתו של האסיר המפורסם יגאל עמיר, רוצחו של ראש הממשלה יצחק רבין, נגד ערוץ 10, הכתב נתן זהבי ושירות בתי הסוהר.²⁵ עמיר עתר לקבלת צו מניעה זמני מכוח חוק הגנת הפרטיות, שיאסור על ערוץ 10 ועל זהבי, שהכיין כתבה לערוץ, לשדר צילומים שלו מתאו בכלא איילון במסגרת משדר טלוויזיה. מדובר בסרט בשם "מכתב אישום", שעמד להיות משודר בערוץ 10 לרגל יום השנה התשיעי להירצחו של ראש הממשלה יצחק רבין (נובמבר 2004), ועסק באפשרות של

25 בש"א (י"ם) 7499/04 עמיר נ' ערוץ 10, תק-מח 2004 (4) 1145 (2004).

רצח פוליטי נוסף בישראל נוכח קריאות הסתה מוגברות בתקופה שלפני אותו משרד. זהבי סקר בכתבה את האירועים שקדמו לרצח, ההפגנות וההתבטאויות של גורמים שונים נגד ראש הממשלה המנוח, ראיונות עם אנשים מקצוות שונים של הקשת הפוליטית, התבטאויות נגד אריאל שרון, ראש הממשלה ששימש בתפקיד ביום השידור המיועד, וסקירת קורות משפחת רבין בשנים האחרונות.

עמיר לא עמד במרכזו של הסרט, שאורכו היה 35 דקות. עמיר מופיע בסרט כארבע דקות ברוטו, שבהן ישנם מעברים בין צילומי התא ועמיר לבין זהבי הנמצא בחדר הבקרה עם מפקד הכלא ומראיין אותו. בעת הריאיון רואים מבעד למוניטור תמונות מהמתרחש בתאו של עמיר. מדובר בתא סגור שאינו מסורג אלא בנוי קירות בטון מכל צדדיו, ובו מותקנות במעגל סגור מצלמות טלוויזיה של שירות בתי הסוהר, המשדרות את המתרחש בתא למוניטור במשך עשרים וארבע שעות ביממה, למעט איזור השירותים והמקלחת שם נשמרת פרטיותו המוחלטת של האסיר. בעוד זהבי מקבל הסברים על תנאי מאסרו של עמיר ואופן האבטחה – לרבות כיצד היא מתבצעת באמצעות טלוויזיה במעגל סגור, ורשת תקשורת פנימית הנספחת אליה ומאפשרת גם התקשרות קולית עם עמיר – נעה המצלמה בין המוניטורים לבין זהבי ומנהל הכלא. משך הזמן נטו שבו נצפה עמיר היה פחות משתי דקות. עמיר נראה בחדר כשעמו רופא הכלא (שלא בזמן בדיקה) ואיש שב"ס. הוא נראה יושב סמוך לשולחן ומתפלל, ופותח את המקרר ומוציא דברי מאכל. בית המשפט קבע כי התמונות מחדרו של עמיר הן רקע, תפאורה בלבד לריאיון, אם כי אינן זניחות.

עמיר ביקש לאסור בצו על שידור התמונות שצולמו בכלאו. כן התבקש בית המשפט לאסור על שירות בתי הסוהר האחראי על האסיר, בצו מניעה זמני, לצלם תמונות נוספות של העותר בתוך תאו שבכלא איילון. דבר השידור הקרוב נודע לעמיר דרך קדימונים ("פרומואים") ששודרו בערוץ 10 בימים שלפני הגשת העתירה, שבהם נראה עמיר לטענתו בתוך תאו כשהוא לבוש תחתוני בוקסר וגופיה. לטענת עמיר, הוא אדם חרדי והקרנת תמונות מעין אלו ברכים תגרום לו להשפלה ותבזה אותו. נוסף על כך, לטענתו פרסום תמונותיו נעשה אך ורק לשם בצע כסף, מה שמהווה הפרת הפרטיות. תגובת המשיבים בפן העובדתי הייתה שעמיר לא צולם בתאו בכגדיו התחתונים לגופו אלא בשעה שהיה לבוש בחולצה בעלת צווארון ושרוולים ובמכנסיים קצרים. כן נטען כי

הוא נראה כדקתיים בלבד במהלך תכנית שאורכה הכולל כשלושים וחמש דקות. משהובררו לעמיר טענות המשיבים, הקשיח את דרישותיו ותבע שלא לשרר את תמונותיו מתאו כלל.

בית המשפט המחוזי קבע את גדר המחלוקת המשפטית כך: אם מדובר בצילום אדם שהוא ברשות היחיד, לפי סעיף 2 (3) לחוק, שאז בכפוף להגנות שבסעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות לא ניתן לצלם כל סוג של תמונה שלו, וודאי שאין לפרסמה ולשררה גם אם אינה משפילה ומבזה כלל; ואם מדובר בפרסום תצלומו של אדם ברבים, בנסיבות שבהן הפרסום עלול להשפילו או לבזותו כאמור בסעיף 2 (4) לחוק – כך או כך יש לדון גם בשאלה אם למשיבים עומדת הגנת סעיף 18 (3) אם ימצא שיש בפגיעה משום עניין ציבורי המצדיק אותה בנסיבות העניין.

בית המשפט המחוזי התחבט בשאלה אם תאו של עמיר – כאמור תא כלא שאינו מסורג – הוא רשות יחיד או רשות רבים, וקבע:

התשובה לכך תלויה, לעיתים, בהקשר ובשימוש שנעשה באותה רשות: שימושו של אדם בחדר במלון אותו שכר הופך אותו חדר לרשות היחיד בשעת השימוש. מנגד, שהות אסיר בתא הנתון לביקורת, להגבלות ולשינויים יכול שיהא רשות היחיד אם יעמידו את התא, למשל, לרשות האסיר לשם התייחדות. יושם לב כי בהתאם ולצורך חוק האזנת סתר, תשל"ט–1979, תא מעצר או תא בו מוחזק אסיר מהווים, לפי הוראת סעיף 8 (1) (ג) "רשות הרבים" [...] כאמור, השימוש וההקשר ב"רשות" ישליכו על סיווגה כרשות יחיד או רשות רבים, וכאמור רשות היחיד, לצורך חוק הגנת הפרטיות, אינה אמורה לכלול אך ורק את ד' אמות ביתו של הנפגע, המקום בו הוא מתגורר, המצוי, אם לא בבעלותו, כי אז לפחות בחזקתו. מן הראוי להעניק למושג זה משמעות רחבה שתהלוך את מעמדה החוקתי של הזכות לפרטיות. מעמד זה משליך על הזכות גם במובנה האופקי דהיינו הזכות תשתרע על פני יריעה רחבה. מכאן, יש לערוך את האיזון המתאים. מאחר שכאמור מסקנתי היא כי התא, בשימוש היומיומי והרגיל שעושה

בו המבקש מהווה רשות הרבים ואין בצילומים כדי להשפילו או לבזותו, כי אז אין לאסור את שידור הצילומים.²⁶

בית המשפט הוסיף כי גם אם התא מהווה רשות היחיד, המבחן הראוי הוא הבחינה אם קיים טעם המצדיק פגיעה בפרטיות המבקש כדי לספק את האינטרס הציבורי למידע. בית המשפט מנתח את הגנת סעיף 18 (3) לחוק – עניין ציבורי – דרך אמירות קודמות בפסיקה, בעיקר בעניין לשון הרע, שלפיהן פרסום שיש בו עניין ציבורי הוא פרסום שיש בו תועלת לציבור, בין שיש בו כדי לתרום לגיבוש דעת קהל בעניין מסוים, בין שיש בו כדי לשפר אורחות חיים ובין שיש בו כדי לדווח על הליכים משפטיים פומביים שיש בהם כדי להוות עניין לציבור; כל זאת להבדיל מפרסום שיש בו אך ורק כדי לספק מזון לסקרנים או למלא יצר של רכלנים. קיימים מצבים שבהם פרסום הנוגע לפרט עשוי להביא גם תועלת לציבור ולקדם אינטרס ציבורי, אך במקרה כזה יש לערוך איזון בין האינטרסים הנוגדים תוך התחשבות בגורמים שונים ושיקלולם, ויש להימנע מפגיעה בפרט כשאין בכך צורך אמיתי למען קידום אינטרס ציבורי.²⁷

בית המשפט הדגיש כי קיימת חובה לשמור על זכויות העותר בלי קשר למעשה שעשה, אך לא ניתן לנתק זאת מאותו אירוע מרכזי של רצח ראש ממשלה, המשליך על כל תושבי המדינה ומביא לידי קיומה של חשיבות ביצירת ובשידור סרט תיעודי המצייר את הרקע למעשה, את הפקת הלקחים ממנו ואת הסקת המסקנות. בית המשפט רואה אפוא אינטרס ציבורי בשידור אותו סרט תיעודי, כדי שהדברים לא יישנו. בית המשפט ממשיך ומדגיש כי –

בהקשר זה יש לזכור, באשר לטענת המבקש בדבר היותו חרדי (אף שאיני סבור כי בנסיבות אלה זכויותיו של אדם חרדי לפרטיות גדולות מאדם שאינו חרדי), כי נקבע שבהתנגשות שבין חופש הביטוי ולבין רגשות דתיים, ידו של חופש הביטוי על העליונה,

26 שם, פסקה 6.

27 זאת על פי הפסיקה בפרשות האלה: ע"א 213/69 חברת חשמל נ' הארץ, פ"ד כג (2) 87, 91 (1969); ע"א 439/88 רשם מאגרי מידע נ' ונטורה, פ"ד מח (3) 808 (1994); ע"א (י"ם) 1003/96 בן חורין נ' לוי, תק-מח 98 (1) 1667 (1998).

אלא אם כן הפגיעה ברגשות הדתיים היא קרובה לוודאי ומדובר בפגיעה "ממשית וקשה".²⁸

מכל האמור לעיל מגיע בית המשפט למסקנה כי יש לדחות את העתירה:

כאמור, המדובר במקום המהווה רשות הרבים, וכאמור, גם אם אנקוט גישה לפיה השימוש וההקשר הפכו את התא לרשות היחיד, הרי, באיזון הכולל, ומכל הטעמים אשר בוארו לעיל, ובעיקרם העובדה שצילומי המוניטור בו נראה המבקש בחדרו הינם משניים למפגש שנערך בכלא בין המשיב 2 [זהבין] לבין מנהל הכלא, בהתחשב בכך כי המבקש לבוש בבגדים [ככל הנראה הכוונה: לבוש בבגדים גם אם תחתונים, ובלבד שאינו עירום] ואין הצפייה באותם צילומים גורמת להשפלתו, ביזויו או פגיעה אחרת בכבודו, בהתחשב בעובדה שלטענה בדבר יצירת הסרט לשם רווח כספי לא בא כל בסיס וצפייה בסרט מפריכה טענה זו, ובהתחשב בהלכות שנקבעו לעניין מתן צווי מניעה זמניים הבאים להגביל את חופש הביטוי, ומאחר שבקטעים שצולמו אין מאומה שיפגע בכבודו של המבקש המסקנה היא כי דין הבקשה להידחות.²⁹

עמיר הגיש ערעור לבית המשפט העליון. הערעור נדחה לקונית על ידי השופט עדיאל מטעמים של אי-היעתרות לבקשת צו מניעה אלא במקרים נדירים:

דין הבקשה להדחות. אינני רואה מקום, במסגרת זו, להתייחס לפרטי הנמקתו של בית המשפט קמא [...] עולה, לכאורה, שצילומי המבקש בתאו בוצעו בניגוד להנחיות שירות בתי הסוהר, דבר המחייב, כשלעצמו, בדיקה, ועל פניו נראה כי אינו תקין. אולם, לעניין הבקשה שלפני אני סבור שהשיקול העיקרי בעניין זה נעוץ בהלכה "שככלל, סעד מניעתי נגד פרסום צפוי לא יינתן אלא

28 כ"א עמיר נ' ערוץ 10, לעיל הערה 25, פסקה 6.

29 שם, פסקה 7.

במקרים נדירים ובהתקיים צידוקים כבדי משקל לתתו" (בג"ץ 2888/97 יעקב נוביק ואח' נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו ואח' פ"ד נא (5) 193). בהתחשב בשיקול זה ולאור התרשמותו של בית המשפט המחוזי, אשר צפה בסרט, כי הצילומים בהם מדובר אינם מבזים או משפילים את המבקש, לא שוכנעתי שהמקרה הנוכחי נופל במסגרת אותם מקרים נדירים אשר מצדיקים מתן צו האוסר על פרסום מוקדם של השידור.³⁰

2. פרשת מנשה צדיק נגד עיתון "הארץ" כמקרה מבחן ב': תביעה לפיצויים בגין פרסום תמונת אדם בנסיבות מביכות ברשות הרבים

בפרשת צדיק נ' עיתון "הארץ" דובר במקרה של אדם חרדי עטור זקן ופאות שצולם בשנת 2002 בתל אביב בקרבת דיזנגוף סנטר, ליד דוכן תשמישי הקדושה שלו, כשהוא מעיין בספר קודש על רקע פוסטר ענק של נערה פשוטת רגליים הלבושה בלבוש מינימלי (מכנסונים קטנים והדוקים) וחלק מישבנה חשוף, וגבר מסתכל מבעד לרגליה. צדיק, שניסה להפיץ תשמישי קדושה בכוונה במקומות "חילוניים" מובהקים, היה נחרץ בהתנגדותו לתצלום. הוא אף רדף אחרי הצלם – אלכס ליבק, צלם עצמאי שלאחר מכן גם זכה בפרס ישראל על צילומיו – ורצה לשבור את מצלמתו. ליבק הבטיח לו שהצילום ישמש למטרות פרטיות בלבד. לבסוף ליבק, למרות הבטחתו לצדיק, מכר את התמונה לעיתון "הארץ" וזו פורסמה ב"מוסף הארץ" במדור "הארץ שלנו", המביא תמונות מהווי המדינה. היה ברור שלא מדובר ב"פוטומונטאז'" והדבר גם לא נטען. היה גם ברור כי המצלמה הנציחה מצב מתמשך ולא חד-פעמי או אקראי. כמו כן היה ברור שלא מדובר בחיבור מלאכותי בין צדיק לבין פוסטר שהיה תלוי בסמוך לו, כי אם בפוסטר שצדיק עמד ממש בחזיתו, ושנשקף לכל מי שעשוי היה להתבונן על צדיק מכל זווית אפשרית. אפרט על הדיון בכל שלוש הערכאות, שכן הייתה בהן הגעה לתוצאות שונות ודיון בסעיפי חוק שונים שכולם קשורים לסוגינתו ומצריכים ליבון.

30 רע"א 9700/04 עמיר נ' ערוץ 10, תק"ש 2005 (3) 23888 (2005).

בשנת 2004 הגיש צדיק תביעה לבית משפט השלום בתל אביב נגד עיתון "הארץ", עורכו (לשעבר) חנוך מרמרי, עורך המוסף (לשעבר) אודי אשרי והצלם אלכס ליבק.³¹ התביעה התבססה גם על חוק איסור לשון הרע, בהנחה ש"צילום" נחשב לפרסום לאור סעיף 2 לאותו חוק, ושהפרסום משפיל ומבזה את התובע החרדי בציבור החרדי שאליו הוא משתייך, ציבור השומר בקנאות על אורח חיים צנוע ואינו מתבונן באישה חשופה הנקרית בדרך – כל זאת לאור סעיף 1 לאותו חוק והפסיקה מכוחו. הטענה מכוח חוק איסור לשון הרע נדחתה לאור הגנת סעיף 14 לאותו חוק – אמת בפרסום והעניין הציבורי שב"תיעוד היסטורי" של מצלמה הנכנסת להיכן שלא כל אחד יכול להכניס את עינו, כדברי בית המשפט. אין מדובר בצילום תועבה ואין הוא שקול לאמירות שיש בהן כוונות אנטי-דתיות, כפי שהתובע ניסה לטעון. בית המשפט קבע שהתצלום שיקף נכונה את מראהו של צדיק ואת מקום הימצאו, שבו כאמור שהה זמן לא מבוטל ולא בפעם הראשונה לצורך הקמת דוכן וחלוקת ספרי קודש לציבור החילוני. הצילום שיקף אפוא, לדברי בית המשפט, את האמת לאמיתה. באמצעות אמנות הצילום זוכה הציבור הרחב לחזות במו עינו בתיעוד חיי היום יום, על גוניהם השונים. המיוחד בתמונה שבה מדובר, אליבא דבית המשפט, הוא שהיא משקפת ניגוד בין שיא החילוניות לבין שיא הדתיות והמפגש ביניהם במהלך החיים בארץ – מה שמהווה עניין ציבורי. האכסניה שבה פורסמה התמונה היא מדור תרבותי, המציג באורח קבע תמונות אותנטיות המדגישות את רבדיה השונים והייחודיים של החברה הישראלית, ויש בו עניין לציבור.

אולם התביעה נידונה גם ובעיקר דרך חוק הגנת הפרטיות. הטענה שהפרטיות הופרה לפי סעיף 2 (6) לאותו חוק, שכן היה מדובר בפרסום למטרת רווח, נדחתה. בית המשפט קבע שהעיתון לא פרסם את התמונה למען השגת רווח אלא מדובר ב"פרסום פובליציסטי" בטור תרבותי/ אמנותי שבא להביע רעיון ולהראות תמונות מהווי הארץ, כשם שכתבה במלל עשויה להביע. בית המשפט קבע כי העובדה שהצלם קיבל תשלום מהעיתון עבור התמונה אינה מעלה או מורידה בהקשר זה.

31 ת"א (שלום ת"א) 199509/02 צדיק נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ, תק-של 2004 (1) 3130 (2004).

בית המשפט קבע כי הייתה לתובע שליטה, הוא עשה את כל פעולותיו מתוך רצייה מוחלטת ובחר היכן להעמיד את דוכנו, ואף שהה שם שלא בפעם הראשונה. אך הוא קיבל את התביעה בעילה שלפי סעיף 2 (4) לחוק – "פרסום תצלום של אדם ברבים בנסיבות שבהן עלול הפרסום להשפילו או לבזותו". התובע שייך לציבור החרדי שבקרב תמונות פרובוקטיביות כאלה, המנוגדות באופן חריף להשקפת העולם החרדית ולאורח החיים החרדי, עלולות להשפיל או לבזות אותו ולעשותו ללעג ולקלס.

טענות הגנה של "מעשה של מה בכך" נדחו לאור סעיף 6 לחוק, וטענות הגנה של תום לב נדחו לפי סעיף 18. סעיף 18 (2) (א) לחוק רואה כהגנה מקרה שבו "הנפגע לא ידע ולא היה עליו לדעת על אפשרות הפגיעה בפרטיות". כאן הצלם ידע על אפשרות זו, לאור התנגדות התובע לצילום. סעיף 18 (2) (ב) לחוק רואה הגנה במקרים שבהם "על התובע חובה חוקית, מוסרית, חברתית או מקצועית לפרסם". כאן לא היה צורך להזהיר את הציבור ולכן ההגנה אינה רלוונטית. גם טענת הגנה לפי סעיף 18 (2) (ה) – "הפגיעה נעשתה בדרך של צילום או פרסום תצלום שנעשה ברשות הרבים ודמות הנפגע מופיעה בו באקראי" – לא התקבלה, שכן דמותו של צדיק אינה מופיעה בתצלום באקראי, אלא היא הדמות המרכזית בתצלום. בית המשפט קבע כי לו היה התובע מופיע בתמונה זו בין אברכים רבים אחרים בתפילה המונית בכותל או בחתונה של בן אדמו"ר בבני ברק, סעיף ההגנה היה מתמלא. לבסוף קבע בית המשפט שגם הגנת סעיף 18 (3) לחוק – עניין ציבורי – אינה מתקיימת, ושיש להיזהר בהיקש אפשרי בין ההגנות של עניין ציבורי בחוק הגנת הפרטיות ובחוק איסור לשון הרע, שכן כאן יש צורך בעניין ציבורי בעצם הפגיעה – צורך המצדיק את הפרסום, והדבר לא הוכח במקרה זה ואין להסיקו גם מעצם קיום עניין ציבורי בעצם הפרסום.

לצדיק נפסקו בבית משפט השלום פיצויים בגובה 30,000 ש"ח בגין הפרת הפרטיות, אך נקבע לו גם אשם תורם לפי סעיף 68 (א) לפקודת הנזיקין בשיעור של שליש (10,000 ש"ח), נוכח העובדה שבחר להתייצב דווקא בצמוד לחלון הראווה המציג את הפוסטר הענק וכך גרר עצמו במודע לזירת הסיכון, שכן אין מניעה ליישם אשם תורם גם בפגיעה לפי חוק הגנת הפרטיות. התובע ידע באיזה איזור הוא מציב את דוכנו (דיזנגוף סנטר בתל אביב – כאמור, מעוז ה"חילוניות") והיה צריך לבחון את העמדתו בסביבה הולמת יותר.

הנתבעים ערערו לבית המשפט המחוזי בתל אביב בטענה שלא היה בצילום כדי להשפיל את צדיק, בפרט כאשר מדובר בפעולה וולונטרית שאותה הוא מבצע מרצונו ולא באופן אקראי; הם טענו כי עומדת להם הגנת סעיף 18 (3) הנ"ל, שכן יש צורך ב"מינימום של סיבולת שעל בני החברה לשאת בה על מנת שעקרון חופש הביטוי יקיים כהלכה", ולכן אין למנוע פרסום המתעד את שיגרת חיי המדינה על כל רבדיה וניגודיה.³² הנתבעים טענו כי מדובר בתצלום אמנותי נטול זיקה לאישיותו של צדיק. צדיק מצדו ערער על האשם התורם שנפסק לו, ועל דחיית התביעה בעילת לשון הרע, וטען שאין בפרסום תמונת אדם פרטי משום "תועלת לציבור". נוסף על כך טען צדיק שהשאלה אם צילום מהווה אמנות שנויה במחלוקת עזה.

גם בית המשפט המחוזי ראה בשאלת הפרת הפרטיות את מרכז הפרשה, וגם הוא דחה את התביעה לפי חוק איסור לשון הרע. בית המשפט לא קבע מסמרות בשאלת קיומו או אי-קיומו של סעיף 2 (4) לחוק הגנת הפרטיות – פרסום ברשות הרבים בנסיבות משפילות או מבזות – שכן קבע, בניגוד לפסיקתו של בית משפט השלום, שהגנת סעיף 18 (3) התקיימה. לדבריו, הגנת הסעיף דומה במהותה לזו של סעיף 14 לחוק איסור לשון הרע, כפי שעולה גם מלשון הצעת החוק.³³ אמנם נוסח הסעיפים שונה – חוק איסור לשון הרע עוסק רק בפרסומים ואילו חוק הגנת הפרטיות עוסק גם בדרכים אחרות של הפרת הפרטיות, כגון בילוש והאזנה – אך לדידו של בית המשפט אין לקבל את פרשנות בית משפט השלום שיש להפריד בין הפרסום לבין הפגיעה, ושאינן די בכך שבפרסום יהיה עניין ציבורי, אלא יש צורך בעניין ציבורי גם בפגיעה עצמה. לדבריו, הפרסום הפוגע והפגיעה חד הם. לפיכך, במקרה של פרסום פוגע, יש לבחון אם הפרסום לא היה כוזב, ואם דרישה זו מתמלאת אזי יש לבחון את קיומו של "עניין ציבורי", ולבחון אם הוא גובר בנסיבות העניין על הזכות לפרטיות.³⁴

32 ע"א (מח' ת"א) 1974/04, 1978/04 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' צדיק, תק-מח 2006 (2) 10293 (2006), פסקה 5.

33 שם, פסקה 7, על פי הצעת חוק הגנת הפרטיות, ה"ח התש"ם, 209, ועל פי ההלכה הפסוקה העומדת על זיקות גומלין בין סעיפים אלה. לאסמכתאות ראו שם, פסקה 7.

34 זאת על פי פסק הדין בעניין ונטורה, לעיל הערה 27, עמ' 827, ופסקה 36 לפסק דינה של השופטת ארבל בע"פ 11793/05 חברת החדשות הישראלית בע"מ נ' מדינת ישראל, תק-על 2006 (2) 62 (2006).

בית המשפט המחוזי קבע כי אכן היה בפרסום משום "עניין ציבורי", שכן הפרסום תורם לשיח הציבורי בעניין חברתי מרכזי, ואין להיזקק לשאלת סיווגו של הצילום כ"אמנות", שכן לשאלה זו אין השלכה על ההכרעה בנידון. בית המשפט הדגיש את הרציונל של הגנת הפרטיות, שהוא הגנה על אוטונומיית הפרט מפני חדירה פוגענית לצנעתו, גם באמצעים טכנולוגיים.³⁵ לבסוף אמר בית המשפט, כי בעניין דנן אין מדובר בצילום אדם ברשות הרבים בנסיבות שבהן הוא "מתכנס אל תחום הפרט", שאז יכול להיות רלוונטי סעיף 2 (4), שכן צדיק עצמו ביקש להפיץ את כתבי הקודש במרכזים חילוניים, וביניהם דיזנגוף סנטר. הוא שבחר מרצונו החופשי את מיקום הרוכן שבו חולקו הספרים לציבור החילוני, ולאחר שהיה אמור להיות מודע לסביבה על כל מרכיביה. הוא שהה באותו מקום גם בעבר, והצילום תיעד מצב מתמשך ולא מצב רגעי של תקלה או היעדר שליטה. לפיכך קיבל בית המשפט את הערעור של הנתבעים, וקבע כי:

בנסיבות האלה, כאשר מדובר במי שמבקש לקיים דיאלוג עם הציבור, ובחר בטכניקה של עיר כמקום הראוי מבחינתו לפעולתו, ברור כי אין מדובר בהגנה על מי שמבקש להעזב לנפשו, וכי מידת הפגיעה בפרטיות היא מוגבלת ביחס. שיקופה בתצלום של אותה מציאות, שהמשיב אחראי על "העמדתה", אינה נמנית על הגרעין הקשה של הפגיעות שלמניעתן מכוונת הוראת סעיף 2 (4) לחוק. משקלו הממשי של חופש הביטוי ושל האינטרס הציבורי מצד אחד, לעומת עצמתה המוגבלת של הפגיעה בפרטיות (בהנחה שפגיעה כאמור אכן קיימת), מביאים אותנו לידי המסקנה כי ידם של העניין הציבורי וחופש הביטוי על העליונה, וכי עומדת למערערים הגנת סעיף 18 (3) לחוק הגנת הפרטיות.³⁶

צדיק הגיש בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון וזו נידונה כערעור.³⁷ הוא חזר על טענותיו, וכן הדגיש כי אין בפרסום עניין ציבורי המצדיק את הפגיעה

35 זאת על פי פסקה 41 לפסק הדין ברע"פ 9818/01 ביטון נ' סולטן, פ"ד נט (6) 554 (2005).

36 ע"א הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' צדיק, לעיל הערה 32, מתוך פסקות 11-12.

37 רע"א 6902/06 צדיק נ' הוצאת עיתון "הארץ", תק-על 2008 (3) 2522 (2008).

בפרטיות, שכן הוא אדם פרטי והצילום לא נעשה במסגרת אירוע ציבורי כלשהו. לשיטתו, אין הצדקה להעדפת חופש הביטוי בנסיבות הללו ובית המשפט המחוזי לא איזן כהלכה בין הפגיעה בפרטיות לבין העניין הציבורי. כן טען כי בעקבות הבטחתו של ליבק שלא יפרסם את התמונה – הבטחה שהופרה – נתקיימה פגיעה בפרטיות גם במובן של "הפרה של חובת סודיות לגבי ענייניו הפרטיים של אדם, שנקבעה בהסכם מפורש או משתמע", לפי הוראת סעיף 2 (8) לחוק.

המשיבים טענו כי אין מדובר בפרסום מבזה או משפיל, כך שהפרסום אינו נכנס בגדר סעיף 2 (4) לחוק, וגם סעיף 2 (8) אינו מתקיים, שכן הפרסום אינו נוגע ל"ענייניו הפרטיים" של צדיק, שבחר לחלק ספרי קודש במקום שהוא נחלת הכלל, וכן כלל לא נכרת הסכם בין הצדדים. הם הודו כי ייתכן שליבק שגה כאשר אמר לצדיק, מתוך מצוקה ופחד, שהתמונות יהיו לשימושו האישי בלבד, וייתכן שהיה בכך טעם לפגם, אך אין במשגה זה כדי להוסיף או לגרוע מעילות התביעה של המבקש. הם הוסיפו שגם אם נפגעה פרטיותו של צדיק, מתקיימת במקרה זה הגנת סעיף 18 (3) לחוק – עניין ציבורי.

בית המשפט העליון קיבל את הערעור של צדיק ופסק לטובתו. הוא נשען לצורך זה על הפרת הסכם סודיות לגבי ענייניו הפרטיים של אדם, בעקבות ההבטחה שנתן ליבק לצדיק. לדברי בית המשפט, מדובר בהחלט בהסכם שלפיו התחייב הצלם שלא לפרסם ברבים את צילומו של המבקש על רקע תמונת הקיר האמורה. חובת הסודיות שהופרה נוגעת ל"ענייניו הפרטיים" של צדיק – מונח שאינו מוגדר בחוק אך נידון בפסיקה ועל ידי מלומדים, ובית המשפט העליון מפרשו בהרחבה אגב פנייה לדעות בפסיקה ובספרות.

בעניין ונטורה³⁸ נבחנה השאלה אם יצירת מאגר מידע של אנשים ותאגידים שמסרו המחאות ללא כיסוי מהווה פגיעה בפרטיות לפי סעיף 2 (9) לחוק, הדין במצב שבו נעשה שימוש בידיעה על "ענייניו הפרטיים של אדם" שלא למטרה שלשמה נמסרה. השופט גבריאלי כך פירש שם בהרחבה את המונח "עניינים פרטיים" וקבע כי מדובר בכל מידע הקשור לחייו הפרטיים של אותו אדם,

38 עניין ונטורה, לעיל הערה 27.

לרבות שמו, כתובתו, מספר הטלפון שלו, מקום עבודתו, זהות חבריו, יחסיו עם בן זוגו ויתר חברי משפחתו וכדומה. השופטת טובה שטרסברג-כהן פירשה זאת בצורה מצמצמת יותר – תלוית הקשר, עובדות והמטרה שלשמה נדרשת הפרשנות – וציינה כי לעתים כל פרט בפני עצמו לא יהווה "עניינו הפרטי" של אדם, אך צירוף מספר פרטים והאינפורמציה המתקבלת מהם יהוו עניין שכזה. הלם³⁹ תומך בפרשנות הרחבה למונח, בהבחינו בין מידע הנוגע ל"צנעת הפרט" לבין מסגרת רחבה יותר של מידע שהיא בבחינת "ענייניו הפרטיים של אדם". לדבריו, חוק הגנת הפרטיות אינו אוסר על אדם לפרסם מידע הנוגע ל"ענייניו הפרטיים" של אדם אחר, אלא מטיל איסור כזה על קבוצת אנשים מסוימת ומוגדרת שיש לה מעין "יחסים מיוחדים" עם מוסרי המידע: מי שמכוח דין חייב להימנע מהפרסום (סעיף 2 (7)); מי שמכוח הסכם חייב להימנע מהפרסום (סעיף 2 (8)); ומי שעושה שימוש במידע למטרה שונה מהמטרה שלשמה נמסר לו המידע (סעיף 2 (9)). יחסים מיוחדים כאלה מטילים, לדעת הלם, נטל רב יותר על מקבל המידע שלא לחשוף נושאים הנוגעים לפרטיו האישיים של מוסר המידע. לכן לדעתו, בגדר המונח "ענייניו הפרטיים של אדם" יש לכלול גם מידע המצוי "במעגל החיצוני" של פרטיות האדם, ובו גם פרטי זיהוי והתקשרות וכן פרטים אישיים וייחודיים לאדם.

על פי בית המשפט העליון בעניין צדיק, צילום החושף את זהותו של אדם (ובענייננו גם את עיסוקו) נכלל בוודאי ב"ענייניו הפרטיים" לפי כל גישה שהיא. בית המשפט קובע כי צילום של אדם נכלל ב"ענייניו הפרטיים", שכן יש בו פרטי זיהוי ופרטים ייחודיים לאדם, והאיסור על פרסומם של עניינים אלה מוצדק לאור "היחסים המיוחדים" המתקיימים כאן, כלומר התחייבותו של הצלם שלא לפרסם את הצילום. גם לפי הגישה המצמצמת יותר קובע בית המשפט, כי בהנחה שצילום של אדם אינו מהווה בהכרח ובכל הנסיבות חלק מ"ענייניו הפרטיים", הצילום של צדיק – שבאמצעותו ניתן לזהות אותו, את השתייכותו המגזרית, את מיקומו ואת עיסוקו דאז – הוא צירוף פרטים המהווה "עניין פרטי" בהקשר הספציפי. לפיכך, קובע בית המשפט, הייתה כאן הפרת הפרטיות לאור סעיף 2 (8) לחוק.

39 הלם, לעיל הערה 9, עמ' 121-126.

מכאן עובר בית המשפט לבחון את התקיימות ההגנה שבסעיף 18 (3). הוא סבור כי בית המשפט המחוזי, בנסותו לאזן בין חופש הביטוי והאינטרס הציבורי בפרסום לבין הזכות לפרטיות, לא נתן משקל ראוי למרכיב המרכזי המייחד את המקרה דנן – קיומה של הבטחה מצדו של ליבק שלא לפרסם את הצילום. אף שההבטחה איננה שוללת מניה וביה את תחולתה של ההגנה, היא משליכה על מהות האינטרסים הציבוריים המעורבים ועל נקודת האיזון הראויה ביניהם. בין אותם אינטרסים ציבוריים: השמירה על העיקרון שלפיו "הבטחות יש לקיים"; השמירה על הגינות עיתונאית; ועניינה של העיתונות לקיים יחסי גומלין פוריים עם מקורותיה. כל אותם אינטרסים ציבוריים מחלישים את כוחו של "העניין הציבורי" שבפרסום הפוגע בפרטיות. בית המשפט לא השתכנע במקרה זה בקיומו של "עניין ציבורי" המצדיק את הפרת ההבטחה ואת הפגיעה בפרטיות. לפיכך הוא לא דן בטענות שלפיהן נתקיימה בענייננו פגיעה בפרטיות גם לפי סעיף 2 (4), אך ציין בדעת רוב⁴⁰ כי אלמלא ההבטחה שניתנה לצדיק – והופרה – ידו של צדיק הייתה על התחתונה, שכן חופש הביטוי היה גובר על הפגיעה בפרטיותו (וגם על הפגיעה בשמו הטוב לפי חוק איסור לשון הרע).

באשר לפיצויים, פנה בית המשפט העליון לפסק דינו של בית משפט השלום, שהעמיד את סכום הפיצוי על סך של 30,000 שקלים והפחית שלישי בגין אשם תורם, מכיוון שצדיק בחר למקם את דוכנו בסמוך לכרזה הפרובוקטיבית. אשם תורם זה אינו נוגע לעניין ההסכמה שנכרתה בין צדיק לליבק, ולפיכך לאור הנמקת פסק הדין של בית המשפט העליון – בשונה מזו של השלום – לא היה עוד מקום להפחתת סכום הפיצוי.

40 דעתם של המשנה לנשיאה השופט אליעזר ריבלין והשופט יוסף אלון, שהסכים לדעתו. השופט אשר גרוניס בחר שלא להביע דעתו בעניין זה.

ד. פרסום תמונות מבזות ומשפילות שצולמו ברשות הרבים כהפרת הפרטיות

1. מהי רשות הרבים לצורך חוק הגנת הפרטיות?

האם דוכן מכירה או חלוקה ברחוב מהווה "רשות הרבים"?

לכאורה דוכן מכירה או חלוקה ברחוב, בייחוד במקום כה הומה ליד דיזנגוף סנטר בתל אביב, מהווה רשות הרבים ולא רשות היחיד לצורך חוק הגנת הפרטיות; כך בפשטות.⁴¹

אולם צדיק טען בתביעתו בבית משפט השלום כי מדובר במעין צילום ברשות הפרט, הנכנס בגדר סעיף 2 (3), "צילום אדם כשהוא ברשות היחיד", ומכאן כאמור שעצם הצילום מהווה הפרת הפרטיות, אף אם התצלום אינו מבזה או משפיל.⁴² בכך ניסה התובע להסתמך על הלכות ופרשנויות שלפיהן לעתים

41 באחת הפרשיות הגדיר בית המשפט המחוזי, על דרך השלילה, לא "רשות הרבים" אלא "מקום ציבורי" כ"מקום אשר לציבור או לחלק ממנו זכות גישה אליו". ראו ת"א (מח' ת"א) 667/97 עמר נ' רשות הדואר, דינים מחוזי לב (6) 857, 861 (1999). להלן נראה שלענייננו הגדרה זו אינה מקרמת. להגדרות שונות ל"רשות היחיד" בהתאם לחוקים שונים ובכלל ולשוני בינה לבין רשות הרבים ראו הלם, לעיל הערה 9, עמ' 83-91, והאסמכתאות הרבות שם. המסקנה היא שלבד ממקרים מובהקים המהווים רשות יחיד או רשות רבים, המונח "רשות יחיד" מתפרש בכל חוק לפי נסיבותיו. לעניין הפרטיות: מדובר בזכותו של אדם ולא של מקום, מה שמקשה עוד יותר על קביעת מבחן מסוים קשיח. ראו לעיל הערה 17.

42 יצוין כי באחדות מן המדינות נקבע שגם פרסום תצלומו של אדם ברשות הרבים ללא הסכמתו, גם שלא בנסיבות משפילות הנצרכות לפי החוק הישראלי אלא סתם כך, יכול להקים עוולה של פגיעה בפרטיות, שהיא למעשה פגיעה בזכות האוטונומית של אדם לקבוע את השימוש שייעשה ברמותו. ראו לגבי קנדה - *Les Editions Vice* *Versa v. Aubry* [1998] 1 SCR 591. מצד אחר יש לציין כי על פי הפסיקה בישראל, צילום אדם ברשות היחיד מהווה עוולה של הפרת הפרטיות רק אם מדובר בצילום של אדם, ולא בצילום של חפצים ברשות היחיד שלו. אין צורך גם להיכנס לתוך רשות היחיד כדי לבצע את הצילום. ראו חי, לעיל הערה 18, עמ' 189, והאסמכתאות שם.

צילום ברשות הרבים ייחשב כצילום ברשות היחיד, לאור נסיבותיו המיוחדות, כאשר לאדם המצוי ברשות הרבים אין שליטה על הקורות אותו שם, כגון כשנפגע בתאונה או נפל ברחוב ואיברים מוצנעים שלו מתגלים.⁴³

אכן היו מקרים שבהם בתי המשפט היו מוכנים להכיר בצילום ברשות הרבים כצילום ברשות היחיד לצורך בחינת הפרת הפרטיות, כגון במדינת אלבמה, שם תבעה אישה שביקרה בקרקס וצולמה כאשר שמלתה התנופפה ברוח,⁴⁴ ובמקרה אחר צולמה אישה בקליפורניה בעת חילוזה מרכב בעקבות תאונת דרכים.⁴⁵ אך דומה שבענייננו יסוד השליטה צריך להיות מרכזי. במקרים שבהם נקבע כי צילום ברשות הרבים כמוהו כרשות היחיד, היה מצב שלאדם לא הייתה שליטה עליו, כגון באותם שני מקרים מהפסיקה האמריקנית. אך בעניין צדיק הייתה לצדיק עצמו שליטה על המתרחש. הוא קבע את דוכנו ליד הכרזה מרצונו, ולא בפעם הראשונה. לכן נראה שאין להשוות בין המקרים ויש לקבוע בפשטות שמדובר ברשות הרבים. משכך יש להוכיח שהפרסום היה משפיל ומבזה, ואין עוולה בעצם הצילום עצמו, כפי שהיה המצב אילו דובר ברשות היחיד.

- 43 הדבר מתאים בייחוד לראיית הפרטיות כעניין של שליטה או של גישה. ראו למשל גביוון, לעיל הערה 3. לדיון ולהצעת חוק מפורשת בנידון שלא עברה בכנסת ראו הלם, לעיל הערה 9, עמ' 94-95.
- 44 גם הלם, לעיל הערה 9, עמ' 94-95; סיפא C Comment of Restatement (Second) (1977) § 652B, Torts, שיידון להלן לאחר הערה 79.
- 45 *Shulman v. Group W Productions, Inc.*, 955 P.2d 469 (Cal. 1998). במקרה זה נפגעו אם ובנה בתאונת דרכים והיה צורך לחלץ אותם באמצעות ניסור המכונית. למקום הגיע צוות חדשות. הצוות צילם כל העת את האם בעודה מחולצת מתחת להריסות המכונית ועד הגיעה לחדר המיון. היא נשארה משותקת מהתאונה. לאחר כמה ימים שודר הקטע בחדשות והתובעת הייתה המומה מכך שהפרו את פרטיותה באופן כה ברוטלי לשם עשיית רווח. היא ובנה תבעו את מפרסמי התמונות. בית המשפט הפעיל את מבחן הציפייה של הנפגעים לפרטיות ברגע שכזה (ראו לעיל הערה 17) ואת שאלת זכאותו של אדם לפרטיות בשיחותיו עם הצוות הרפואי שלו וקבע כי הצילומים בזמן החילוצים, על כל הלחץ המתלווה אליהם, הם חדירה גסה לפרטיותו של אדם.

האם תא כלא (מסורג ושאינו מסורג) מהווה "רשות הרבים"? האם לאסיר קיימת רשות יחיד משלו?

בכל חוק יש לפרש את המושג "רשות היחיד" על פי תכלית אותו החוק ובאופן המגשים אותה.⁴⁶

בית הדין האירופי לזכויות האדם קבע שלכל אדם נתונה חירות למרחב מחיה פרטי משלו, ולא רק בבית ממש אלא גם בבית מגורים זמני, כל זאת כחלק מהזכות לפרטיות.⁴⁷ דומה שכלא מקיים זאת. אבל האם רלוונטית בכלל פרטיות בכלא – מקום בו סוהרים פותחים מכתבים של אסירים, אסירים מנוטרים בכל שעות היממה, נעשים חיפושים בתאם ולמעשה אין להם שום פינה לעצמם? בית המשפט העליון של ארצות הברית קבע בשנת 1974 שלא כל הזכויות (של אסיר) לפרטיות, מכוח החוקה, נעצרות בשערי הכלא.⁴⁸ אך למעשה יש להיזהר בהשוואה, שכן הזכויות הללו הוגבלו מאז בארצות הברית במידה רבה מאוד.⁴⁹ העיסוק בפרטיות של אסיר בפסיקה האמריקנית טובב בעיקר סביב

46 הלם, לעיל הערה 9, עמ' 83. לגישות שונות בעניין ראו שם, עמ' 84-91. והשוו גם ע"א 546/78 בנק קופת עם בע"מ נ' הנדלס, פ"ד לר (3) 57, 61 (1980).

47 *Gillow v. United Kingdom* [1986] EHRR 193
48 *Wolff v. McDonnell*, 418 U.S. 539 (1974), שם נקבע (בעמ' 555-556) בין היתר: "[T]hough his rights may be diminished by the needs and exigencies of the institutional environment, a prisoner is not wholly stripped of constitutional protections when he is imprisoned for crime. There is no iron curtain drawn between the Constitution and the prisons of this country". כמו כן נקבע שיש לאסיר זכות לפרטיות כחלק מההליך ההוגן והאמונה בחירות לפי תיקונים 5 ו-14 לחוקה. כך למשל נקבע שהזכות להינשא היא חלק מהזכות לפרטיות ואין להגביל בה את האסיר. ראו L. S. Branham, *The Law and Policy of Sentencing and Corrections in a Nutshell* (St. Paul, MN.: West, 2010), p. 363

49 לסקירה ראו שם, עמ' 363-375. הוזהרות בהשוואה היא מכיוון שיש הטוענים כי המשפט האירופי מכיר בכל סוגי ההגנה על הפרטיות וכי אדם שמגיע מהמשפט הקונטיננטלי לארצות הברית נפעם ממידת חוסר ההגנה על הפרטיות בארצות הברית בהשוואה לאירופה. ראו: J. Q. Whitman, "The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liability", *Yale Law Journal* 113 (2004), p. 1151 כללית בין ההגנה על פרטיות בארצות הברית לעומת ההגנה באירופה ולהנחיות של

הפרטיות (הצרה בדרך כלל) לעניין חיפושים בתאים, לקיחת בדיקות לגילוי איידס ו-DNA ושמירת פרטיותם של חולים או נשאי איידס;⁵⁰ סביב שאלת הזכות

J. R. Reidenberg, "Restoring Americans' Privacy ראו OECD in Electronic Commerce", *Berkeley Journal of Law & Technology* 14 (1999), p. 771. סולוב ושוורץ (Solove & Schwartz), לעיל הערה 3, עמ' 999 סבורים כי יש להכיר בכך שמשני עברי האוקיינוס האטלנטי קיימות שתי תרבויות שונות בתפיסת הפרטיות וההגנה עליה. הסיבה הבסיסית להבדל היא שארצות הברית עדיין שרויה, מבחינת התפיסה, במאה השמונה עשרה: הפרטיות היא החופש מפני חדירה של המדינה לחיי האזרח – לעומת התפיסה החדשה של האירופים שלפיה ביתו של האדם הוא מבצרו ויש להגן על פרטיותו של האדם מפני חדירה אליה בידי כל הגורמים. הם מסבירים (שם, עמ' 1000) כי תפיסת הפרטיות בארצות הברית סובבת סביב מושגי החירות בעוד אירופה עוסקת במושגי הכבוד והאצילות, שהם מושגים רחבים מאוד. להצבעה על ההבדלים בראייה היסטורית ראו גם C. J. Bennett, *Regulating Privacy: Data Protection and Public Policy in Europe and the United States* (Ithaca: Cornell University Press, EPIC (Electronic Privacy International Center) & Privacy International, *Privacy and Human Rights: An International Survey of Privacy Laws and Developments* (2006) ראו למשל *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (1979), שם עלתה שאלת יישום הפסיקה בפרשת *Katz* (לעיל הערה 17) לגבי המבחן הדו-שלבי המבוסס על ציפייה סבירה סובייקטיבית ואובייקטיבית, הרלוונטי גם לבתי כלא. בפועל צומצמה הזכות לפרטיות בבתי הכלא בארצות הברית, שכן המסקנה הייתה שאסיר אינו יכול לצפות שפרטיותו תישמר בתאו במקרים כאלה. כך גם לעניין חיפוש על גופם ובגופם של אסירים, הכולל חיפוש בנקביהם לפני מפגשים עם מבקרים אף אם אין חשש לשלום המבקר. הצעות לחיפושים במגלי מתכות וכיוצא באלה נדחו מן הטעם שהם אמינים פחות מבדיקות פיזיות. ראו *Branham*, לעיל הערה 48, עמ' 360; 517 *Hudson v. Palmer*, 468 U.S. (1984). פסק הדין בעניין *Hudson* צועד בדרך דומה במקרה של הריסת רכוש של אסיר במהלך חיפוש, אם כי הוא אולי נחרץ פחות מאשר פסק הדין בעניין *Bell* ומותר זכות מסוימת לאסיר. ראו גם *Branham*, לעיל הערה 48, עמ' 359. וראו גם שם, עמ' 356-357, שם מודגש כי על מנת שתהיה ציפייה "סבירה" לפרטיות מצדו של אסיר, יש להראות שהציבור מוכן להכיר בלגיטימיות של אותה ציפייה שלו. הפסיקה האמריקנית לא הכירה בפגיעה ברכושו של האסיר במסגרת חיפוש בתא כהפרת הפרטיות, משום שהחיפוש נועד לשם הגנה על הציבור ומהרגע שהאסיר נכנס לכלא, תאו והציוד בו שייכים לבית הכלא. עם זאת הפסיקה לא קבעה שלא תהיה כל הגנה לאסיר מפני פגיעה ברכושו, בהתאם לתיקון 4 לחוקה האמריקנית, אך היישום ייעשה במסגרת תביעה אזרחית. הערכאות הנמוכות חלוקות בשאלה זו. לעניין חיפוש סמים ראו גם

50

להרות בכלא;⁵¹ וסביב השאלה של שמירת סוהרים על אסירים ממין שונה, בעיקר סוהרים גברים המחפשים בכלא של נשים⁵² או הנחשפים לאסירות עירומות⁵³ – הכול לפי פרשנות שלפיה תיקון 4 לחוקה האמריקנית, העוסק בפרטיות בבתים, מכתבים וכיוצא בזה, אינו חל על תאי כלא ואסירים אינם יכולים לצפות

-
- D. C. Goring, “Supreme Court Review: Fourth Amendment — Prison Cells: Is There a Right to Privacy?: *Hudson v. Palmer*, 104 S. Ct. 3194 (1984)”, *Journal of Criminal Law & Criminology* 75 (1984), p. 609; M. R. Gardner, “Hudson v. Palmer: ‘Bright Lines’ but Dark Directions for Prisoner Privacy Rights”, *Journal of Criminal Law & Criminology* 76 (1985), p. 75; R. C. Scherer, “Substantive Rights Retained by Prisoners”, *Georgetown Law Journal* 84 (1996), p. 1465. לשם השוואה: גם בקנדה נקבע שכאשר נערך חיפוש בתאו של אסיר יש לו ציפייה נמוכה לפרטיות בתאו. ראו *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78 (1987); *Weaterall v. Canada* [1991] 1 FC 85 פסק הדין צועד בדרך דומה, אם כי לגבי מקרה שבו היה מדובר בעניינים שאינם חוסים תחת תיקון 4 לחוקה. פסק הדין השפיע על הפסיקה לעניין גילוי נשאי אידס ועוד. ראו G. H. Loeb, “Protecting the Right to Informational Privacy for HIV-Positive Prisoners”, *Columbia Journal of Law & Social Problems* 27 (1994), p. 269. הדין בגילוי העובדה שאסיר חולה באיידס כהפרת פרטיות וכגילוי שילווח אותו גם לאחר תקופת כליאתו. לעניין בדיקות רפואיות השוו בירנהק, לעיל הערה 4, עמ’ 279-281, והאסמכתאות שם; *Jones v. Murray*, 16 962 F.2d 302, 307, 60 USLW 2677 (1992), לעניין בדיקות DNA.
- R. Guidice Jr., “Note: Procreation and the Prisoner: Does the Right to Procreate Survive Incarceration and Do Legitimate Penological Interests Justify Restrictions on the Exercise of the Right”, *Fordham Urban Law Journal* 29 (2002), p. 2277 51
- K. E. Jackson, “The Legitimacy of Cross-Gender Searches and Surveillance in Prisons: Defining an Appropriate and Uniform Review”, *Indiana Law Journal* 73 (1998), p. 959; N. P. Crifo, “Every Breath You Take, Every Move You Make: Protecting the Privacy of New Jersey’s Female Prisoners by Requiring Same-Sex Guards”, *Women’s Rights Law Reporter* 27 (2006), p. 165 52
- T. A. Miller, “Surveillance: Gender, Privacy & The Sexualization of Power in Prison”, *George Mason University Civil Rights Law Journal* 10 (2000), p. 291. כן ראו *Hudson v. Palmer*, לעיל הערה 50; וכן Branham, לעיל הערה 48, עמ’ 364-375, והאסמכתאות שם. בקנדה, לעומת זאת, הובע חשש שהרבר יביא להתעללות מינית. ראו שם, עמ’ 370. 53

שפרטיותם תישמר בכלאם לעניינים האמורים,⁵⁴ אלא במקרים מסוימים בלבד של מעקב אלקטרוני אחר שיחות של אסירים, אם הייתה לאסיר אינדיקציה שפרטיותו לא תופר.⁵⁵

בענייננו, הצילומים בתאו של האסיר עמיר מתבצעים לצורכי ביטחון ומניעת פשיעה,⁵⁶ אך לא כן הדבר לגבי פרסומם ברבים. החלטותיהן של הערכאות בעניין עמיר, שלפיהן תא הכלא שלו הוא רשות הרבים, מטרידות. האומנם אין לאסיר כזה, הכלוא בתא לא מסורג, כל פרטיות פרט לשימושו במקלחת ובשירותים? האם אין לו כל מרחב מחיה שהוא רק שלו? ואם כך הדבר בכל זאת, ועמיר היה יודע שכך הוא ושתמונתו עלולות להיות מועברות לגורמים מסחריים לצורך פרסומן, הרי יש להניח שהיה מתלבש במקלחת או בשירותים ולא בתא. נראה שהעברת תמונתו של אסיר (המצולם רק לצורכי ביטחון) בתאו לידי גורמים מסחריים לשידור, אף שיש עניין ציבורי בשידור, פורצת את הציפייה לפרטיות בתא.

54 בהשלכה, כאמור, מההלכה הכללית בפרשת *Katz*, לעיל הערה 17. לענייננו ראו גם *Jones v. Murray*, לעיל הערה 50, עמ' 306-307 ("With the person's loss of liberty upon arrest comes the loss of at least some, if not all, rights to personal privacy (otherwise protected by the Fourth Amendment)". לגישה מרחיבה יותר, המנסה להשוות פרטיות של אסיר לפרטיות בחברה בכלל, ראו *Faison v. Parker*, 823 F. Supp. 1198 (E.D. Pa. 1993). בערכאות הנמוכות יש שניסו לדלות זכות לפרטיות של אסיר לא מכוח תיקון 4 לחוקא אלא דווקא מכוח תיקון 8 לחוקא. ראו *Branham*, לעיל הערה 48, עמ' 364.

55 ראו *State v. Calhoun*, 479 So. 2d 241 (Fla. 4th DCA 1985). בפסק הדין נדחתה הגישה של הערכאה הראשונה שלפיה אין לאסיר גם במצב כזה כל פרטיות שכן אין לו כל ציפייה לפרטיות *State v. Calhoun*, 10 Fla. L.W. 2176 (Fla. 4th DCA Sept. 27) (1985). נקבע כי המשטרה טיפחה באותו מקרה את הציפיות של האסירים לפרטיות שיחתם ולכן נוצרה ציפייה כזו. ראו *So. 2d at 243 479*. על הסוגיה בכללותה ראו K. M. Haynes, "Note: Constitutional Law—Electronic Surveillance in Prison: Are any Constitutional Rights Violated?—*State v. Calhoun*, 479 So. 2d 241 (Fla. 4th DCA 1985)", *Florida State University Law Review* 14 (1986), p. 319 לשם השוואה: בית הדין האירופי קבע כי פיקוח על התכתבות של אסירים מהווה פגיעה בפרטיות לפי סעיף 8 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם, פרט למקרים מסוימים של שמירה על הסדר הציבורי ומניעת פשיעה. ראו הלם, לעיל הערה 9, עמ' 32-33.

כאשר מדובר בתמונה של אסיר בחצר הכלא, ניתן עדיין לומר שמדובר ברשות הרבים, וכך נקבע בישראל⁵⁷ ובארצות הברית.⁵⁸ גם כאשר הסוגיה היא דיבור של אסיר עם סוהרים בשטחים היותר ציבוריים בכלא, נראה שאין מדובר ברשות היחיד,⁵⁹ אם כי אין להחיל זאת על דיבור בעניינים אישיים, ענייני בריאות וכיוצא באלה. כאשר מדובר בתא הכלא עצמו המצב מורכב יותר. תא כלא שאינו מסודג, כתאו של עמיר, דומה לטעמי לבית יותר מאשר לרשות הרבים.

אפילו לפי המבחנים האמריקניים המצמצמים, התולים את פרטיות האסיר בצפייה הסבירה שלו לפרטיות במקרים מעין אלה, דומה כי ההלכה בפרשת עמיר אינה ראויה. אפשר לטעון שאסיר אינו יכול לצפות לפרטיות, לא בשטחים הציבוריים יותר של הכלא ואף לא בתאו, כשיש חשש לסכנה המצריך פגיעה בפרטיותו, כגון לצורך חיפוש סמים או ראיות מחשירות ואולי אף לעניין מחלות מידבקות ומסוכנות. לכן צילומו של עמיר על ידי השב"ס, שנועד לצורכי ביטחון, הוא הפרה הגיונית של פרטיותו. אך שידורם של הצילומים בטלוויזיה, בייחוד כאשר הוא מצולם בכגדיו התחתונים, כבר אינו נכנס בגדר אותו חשש לסכנה, וכאן יש לעמיר ציפייה לקבל פרטיות ולא-פגיעה בזכויות יסודיות שלו, המגנות כאמור על אדם ולאוו דווקא על מקום.

ראינו כי בית המשפט המחוזי עשה שימוש בסעיף 18 (1) (ג) לחוק האזנת סתר, שם נקבע שתא מעצר הוא רשות הרבים. גם אם מדובר בתא כליאה – לא מעצר – מסודג, ייתכן שניתן להשתמש ביתר קלות בהגדרה זו מחוק האזנת סתר. אך גם כאן דומני שלעניין חוק הגנת הפרטיות ופרסום תצלומו של אדם בכגדיו התחתונים ברבים, קשה לומר שאף תא מסודג מהווה רשות הרבים ממש. מדובר בביתו של אדם לעניין פרטיותו. בית זה אמנם שקוף לחבריו האסירים האחרים ולסוהרים, הרואים אותו מתלבש שם, אך לא כלפי כל אדם, שאחרת ניתן היה להשוות את מצבו של האסיר לאדם המתלבש ברשות הרבים ממש.

57 בר"ע (מח' ת"א) 1376/02 יפת נ' ידיעות אחרונות בע"מ (לא פורסם, 26.3.2006);
 רע"א 3788/06 יפת נ' ידיעות אחרונות בע"מ, תק-על 2007 (2) 4211 (2007).
 58 *Huskey v. National Broadcasting Company, Inc.*, 632 F. Supp. 1282 (1986)
 59 כך עולה מהחלטותיהן של הערכאות השונות בע"א (מח' ת"א) 1588/05 פחימה נ' שירות בתי הסוהר (החלטה מיום 19.7.2005); ובערעור: רע"ב 8827/05 פחימה נגד שירות בתי הסוהר (טרם פורסם, 10.4.2006).

ייתכן שיש לדמות זאת לחדר בפנימייה. כאן יוזכר כאמור כי מטעמים אלה נמתחה בארצות הברית ביקורת קשה על כך שסוהרים שומרים על אסירים ממין שונה.⁶⁰ קל וחומר כשמדובר בפרסום התמונות לכלל הציבור. ייתכן שיש לפנות כאן לדבריו של בית משפט השלום בפרשה אחרת, שלפיהם מספיק שאין מדובר ברשות הרבים ושהיה סירוב לצילום כדי להקים עוולה.⁶¹

אולם אף אם מדובר ברשות הרבים, אין זה אומר בהכרח שניתן לפרסם את התצלומים, במיוחד כשאין לאותו אדם רשות יחיד משלו ומרחב מחיה פרטי.⁶² דומה כי לאסיר צריכה להיות איזושהי פרטיות, גם אם פחותה מאשר לאדם בביתו, זאת לפי כל גישה שהיא לתפיסת הפרטיות. אם הנחה זו נכונה, בראש ובראשונה צריך האסיר לזכות בפרטיות לגבי עניינים בסיסיים כגון פשיטת בגדים ולבישתם או סודיות רפואית (אי-דיון בענייניו הרפואיים בקול).

לזו היו שומעים את עמיר מדבר באותו סרט, ולא רק רואים תצלומים שלו במסך הבקרה, ייתכן שהמקרה היה נכנס גם לגדרו של חוק האזנת סתר.⁶³ נסיבות כאלה היו מדגישות את האבסורד שבראיית תא הכלא כרשות הרבים, שכן אז ייתכן ששיחות שעמיר היה מנהל בעניינים פרטיים היו נחשבות לשיחה ברשות הרבים, שאף אם פרסומה פוגע בפרטיותו, אין מדובר בהאזנת סתר אם התנאים

60 ראו לעיל הערות 52 ו-53.

61 באותה פרשה דובר בצילום בלובי של בניין: "צילום אדם ללא הסכמתו ברשות היחיד, הוא עוולה לפי סעיף 2 (3) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ואף עברה לפי חוק זה כשהדבר נעשה במזיד. אין צורך שתהיה זו רשות היחיד של האדם המצולם ושלו בלבד. חוק הגנת הפרטיות 'מסתפק' בצמד המילים 'רשות היחיד' וזו כוללת על פי כללי הפרשנות גם את 'רשות היחידים'. די אפוא בכך שהמקום שבו צולם אדם ללא הסכמתו, אינו רשות הרבים". ראו ק"פ (שלום ת"א) 107/98 ד"ר שיפר נ' רון, תק-של 2002 (3) 1, 8 (2002).

62 והשוו גביוון, לעיל הערה 3, עמ' 201: "אין זה נכון לומר כי כל פעולה במקום ציבורי היא ויתור על פרטיות. גם לגבי התנהגות במקומות ציבוריים יש גורמות חברתיות הקובעות כי לגבי סוגי התנהגות מסוימים הנוהג המקובל הוא להתעלם מן ההתנהגות ולא 'לתפוש' את האדם בעובדה שהוא נמצא במקום ציבורי. מטרת ההתעלמות הזאת, בעיקר במקומות בהם קשה למצוא מקומות פרטיים, היא לשמור מידה מסוימת של ספונטניות בהתנהגות".

63 ראו לעיל הערה 24.

באותו סעיף 8 (1) מתקיימים ובהם במפורש "מקום בו מוחזק אותה שעה עצור או אסיר" – הגדרה רחבה שלא כוללת רק את הזמנים שבהם הוא מובל ברכב משטרתי או ביטחוני.⁶⁴

לפיכך לדעתי היה צורך לקבוע בעניין עמיר שתא כלא, בייחוד אם אינו מסורג, נחשב לרשות היחיד ולא לרשות הרבים, ולו לעניינים מסוימים כנשוא העתירה, ולפיכך עצם צילום תמונות בו מהווה פגיעה בפרטיות, גם אם אין מדובר בפרסום משפיל ומבוזה. כל עוד מדובר בצילום לצורכי ביטחון, יש להניח שלא ניתן לתבוע את שירות בתי הסוהר.⁶⁵ אך הרשות לצפייה בו ולצילומו צריכה להיות לשירות בתי הסוהר בלבד.⁶⁶ ההיתר לשרד חומר כזה בתקשורת, ועוד בערוץ מסחרי, מתמיה ונראה כפגיעה בפרטיות, גם אם האינטרס הכללי הדומיננטי של שידור הסרט הוא ציבורי. תוצאה ראויה יותר היא שלצורך חוקים מסוימים, כגון חוקי ביטחון או האזנת סתר, תא הכלא ייחשב לרשות הרבים, אך לצורך הגנת הפרטיות והוצאת החומר לידיעת הציבור בכללותו (ולא לצורכי שירות בתי הסוהר) ייחשב תא הכלא לרשות היחיד, ולא ניתן יהיה לפרסם תמונות שצולמו בתא אלא לצורכי ביטחון היכן שהדבר מותר ממש ובמפורש בחוק.⁶⁷

64 להרחבה בעניין רשות הרבים לעניין חוק האזנת סתר ראו חי, לעיל הערה 18, עמ' 750-752.

65 במקרה של עמיר – מכיוון שמדובר באסיר מסוכן שיש חשש שיעביר מסרים החוצה וגם שיתנכלו לו או שיברח, ועל כן הוא שמור בתא מבודד ולא מסורג – הפסיקה הסכימה לעמדת שירות בתי הסוהר שיש צורך לצפות בו במצלמות עשירים וארבע שעות ביממה. ראו ע"א (מח' ב"ש) 7675/96 עמיר נ' שירות בתי הסוהר, תק"מח 96 (3) 175 (1996); רע"ב 3172/99 עמיר נ' שירות בתי הסוהר, דינים עליון נו 641 (1999); ע"א (מח' ב"ש) 2888/02 עמיר נ' שירות בתי הסוהר, דינים מחוזי לג (2) 527 (2003).

66 אם כי בית המשפט העליון קבע כי הצילומים ככל הנראה לא היו חוקיים. ראו בטקסט המצוטט (מתוך ההחלטה של בית המשפט העליון) לעיל ליד הערה 30.

67 השו"נ פלסר, "זכות האסיר לפרטיות והפעלת שיקול-דעת שיפוטי בחברה דמוקרטית", הסניגור 94 (2005), עמ' 6, המדייק מן המילים "בפסקה זו" בחוק האזנת סתר – שם נכתב כאמור בסעיף 18 (1) כי "רשות הרבים" לעניין פסקה זו היא "מקום שבו מוחזק אותה שעה עצור או אסיר" – שהדברים נכונים דווקא לעניין אותה פסקה ולא בכלל, ולכן ההשלכה של בית המשפט מחוק זה היא מוטעית, מה עוד שהיה צורך לפנות

לפיכך תוצאה ראויה היא שאת מפרסמי הצילומים ניתן לתבוע בגין הפרת הפרטיות אף אם אין מדובר בתמונות משפילות ומבזות. על אחת כמה וכמה כאשר מדובר בפרסום צילום האסיר בבגדיו התחתונים (במקרה כזה מובן שאין זה אומר שדין התביעה היה להתקבל מטעם זה בלבד, אלא שהיה מקום לבחון אם ההגנות מתקיימות).

תא כלא, בוודאי כזה שאינו מסורג, צריך להיחשב אפוא לביתו של האסיר (ודווקא עוד יותר באשר לאסיר השפוט למאסר עולם), ולמעשה למבצרו בכל הקשור להגנה מפני חדירה לפרטיות, ולו לאותם עניינים רגישים הקשורים לכבוד האדם והמציגים את האסיר כחסר שליטה מינימלית על פרטיותו וחיו. בפסיקה אכן נקבע כי חדירה לביתו של אדם נחשבת לקשה מכול, ככל שמדובר בחדירה לפרטיות. כאן במיוחד קיימת פגיעה קשה באוטונומיה של אדם. אמנם אסיר, במעשיו קודם מאסרו הגביל כמו ידיו את האוטונומיה שלו, אך אין הצדקה להותירו ללא כל אוטונומיה ושליטה, ולאפשר לכלל הציבור את הגישה לתמונותיו גם במצבים אינטימיים ומוצנעים. כך למשל דבריו של הנשיא ברק, המסכם כמה וכמה פסיקות קודמות בעניין חשיבות שמירת הפרטיות, במיוחד בביתו של אדם:

הזכות לפרטיות – כמו הזכות לכבוד האדם אליה היא קשורה בקשר הדוק – מבוססת על האוטונומיה של הפרט (ראו ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526, 570). "הכרה בפרטיות היא ההכרה באדם כפרט אוטונומי הזכאי לייחוד אל מול האחרים. ייחוד זה הוא המאפשר לאדם להתבצר באישיותו כבעלת משמעות הראויה לכיבוד" (השופט ח' אריאל בפרשת גלעם). "עניינה של זכות הפרטיות הוא [...] באינטרס

לדבריו לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] ולא לחוק זה. פלטר גם פונה למטרותיו של חוק האזנות סתר ומעלה משם מטרה של הבטחת ביטחון הציבור בהתייחסות לשיחותיהם של אסירים ועצירים כאל שיחות ברשות הרבים (שם). השוואה זו מעניינת, כי גם צילמו של עמיר במעגל סגור נעשה אך ורק מטעמים של ביטחון. מכל טעם אחר, כולל עניין ציבורי בשגרת יומו, היה צורך לקבוע כאמור שתא הכלא הוא רשות היחיד דווקא.

האישי של האדם בפיתוח האוטונומיה שלו, במנוחת נפשו, בזכותו להיות עם עצמו ובזכותו לכבוד ולחירות" (השופט א' ריבלין בע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד, פ"ד נח(4) 314, 347). הפרטיות נועדה לאפשר לפרט "תחום מחייה" שבו הוא הקובע את דרכי התנהלותו, בלא מעורבותה של החברה. בתחום זה האדם הוא עם עצמו. זו "הזכות להעזב לנפשו" (the right to be left alone) [...] בכל הנוגע לביתו של אדם, הפרטיות מבטיחה את "זכותו של אדם לנהל את אורח החיים שבו הוא חפץ בדלת אמות ביתו, בלא הפרעה מבחוץ. ביתו של אדם הוא מבצרו, ובגדריו הוא זכאי לכך כי יניחו אותו לעצמו, לפיתוח האוטונומיה של הרצון הפרטי שלו [...] מבחינה זו, הזכות לפרטיות היא בין השאר [...] הגבלה על נגישותם של אחרים אל היחיד [...] הזכות לפרטיות נועדה, על כן, להבטיח כי אדם לא יהא שבוי בביתו, ולא יהא אנוס לחשוף עצמו בביתו להפרעות שאין הוא רוצה בהן. בכך מהווה הזכות לפרטיות את תחילתה של החירות [...] הזכות לפרטיות מותחת את הקו בין הפרט לבין הכלל, בין 'האני' לבין החברה. היא משרתת מתחם אשר בו מניחים את הפרט לנפשו, לפיתוח 'האני' שלו, בלא מעורבות של הזולת" (פרשת דיין, עמ' 470-471) [ההדגשה שלי].⁶⁸

68 בג"ץ פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי, לעיל הערה 17. כן ראו עניין גלעם, לעיל הערה 9, פסקה 12 לפסק דינו של השופט אריאל: "עוצמת הפגיעה ורמתה נמדדת בענייננו בדרך ובמקום בו בוצעה, קרי, חדירה לביתו של אדם, מקום בו הוא מצפה לממש את ה'אני' האוטונומי שלו, בד' אמותיו, בהן הוא רשאי לעשות כרצונו ללא הפרעה ובמקום המבטא במידה רבה את עצמיותו; עד שהוא הופך, כמעט, לחלק בלתי נפרד ממנו [...] בעניין גלעם אמנם אין המערער מגיע עד למיטת בני הזוג [כמו בשני הערעורים האחרים באותו עניין שבהם צולמו בני זוג כשהם עירומים במיטה], אולם עדיין עצם הכניסה לבית וצילום ידירת המתלונן, באמצעות הבאת שוטר לסיוע, בטענות שווא, מהווה פגיעה חמורה בנסיבות בהן התרחשה הפגיעה". ת"א (מח' חיפה) 375/91 אלבו נ' אבואזי, תק"מח 95 (1) 725 (1995).

אם כן, גם לאסיר יש צורך בחירות מסוימת, מינימלית, העולה מכבוד האדם שלו. המחוקק קיבל למעשה תזה זו בהגדרו עוולה של הגנת הפרטיות בעצם צילומו של אדם ברשות היחיד, גם אם אין בתמונות משום ביזוי או השפלה כלל (וניתן היה לצלם את עמיר, לצורך הסרט האמור, לבוש ובסיטואציות אחרות), מה שאין כן לגבי פרסום תצלום של אדם ברשות הרבים.

ודוק, אם אין לאסיר כל רשות יחיד, לכאורה מותר לצלמו בכל עת, מכיוון שלפי סעיף 2 (4) רק פרסום התצלום ברשות הרבים בנסיבות שבהן הדבר עלול להשפילו או לבזותו נכללים בגדר עוולה, משמע שרק הפרסום עלול להוות עוולה ולא עצם הצילום. אמור מעתה: אם ניתן אישור מיוחד לשירות בתי הסוהר לצלם אסיר ביטחוני עשרים וארבע שעות ביממה, והדבר מהווה (יש להניח) הגנה מפני עוולה, אזי הדבר נכון לגבי צילום כל אסיר ואסיר כמעט בכל מצב, בהיותו נתון ברשות הרבים! גם זו תוצאה קשה, ועל אחת כמה וכמה שאם התמונות ישודרו, לא יהיה כמעט מצב שבו יהיה בהן כדי להשפיל ולבזות את המצולם (אלא אם כן – יש להניח – הוא עירום ממש או ששומעים בסרט בפירוש פרטים אודות מחלה שלו וכיוצא באלה), לאור מה שנקבע בפרשת עמיר לגבי אותן תמונות מביכות.

אותה פרשנות בפסיקה הישראלית והאמריקנית, שלפיה לעניין פרטיות מדובר בזכות של אדם ולא של מקום,⁶⁹ צריכה אפוא לקבל משנה חשיבות לעניין אסיר. אם תאו של אסיר – אפילו תאו הלא מסורג – אינו מקום בו מגיעה לו פרטיות בעניינים מינימליים נצרכים, היכן יוכל לקיים את זכות האדם של הפרטיות, שאינה תלויה בהכרח במקום?

2. תצלומים בדוכן המכירה ובכלא

קיימות דעות שלפיהן צפייה באדם היא למעשה פגיעה בפרטיותו, והדבר כולל גם צפייה בגופו ובהתנהגותו של אותו אדם.⁷⁰

69 שגב, לעיל הערה 4; in: J. R. Pennock & J. W. Chapman (eds.), *Nomos XIII : Privacy* (1971), p. 151; T. Scanlon, "Thomson on Privacy", *Philosophy & Public Affairs* 4 (1975), p. 315

70 ראו לעיל הערה 41.

תמונה שמבצעת דה-הומניזציה לאדם, הנוטלת ממנו את רגעי האינטימיים, את כבודו – היא תמונה שפרסומה ברבים מהווה הפרה של סעיף 2 (4) לחוק הגנת הפרטיות.⁷¹

ובכל זאת, התמונות המצולמות בשני המקרים דינן צריך להיות שונה באופן עקרוני. בעניין צדיק המצב שונה בתכלית מזה שבפרשת עמיר. אמנם כאן וגם כאן היה מדובר בצילומים שנערכו בניגוד לרצונו של המצולם, אך בעניין צדיק ברי שמדובר ברשות הרבים ממש.⁷² למעשה כל הערכאות הסכימו, ובצדק,

71 הלם, לעיל הערה 9, עמ' 95.

72 בדרך כלל ברשות הרבים אין פגיעה בפרטיות אלא אם מדובר בתמונות מבזות ומשפילות. פגיעה בפרטיות שיכולה להתרחש ברשות הרבים היא "בילוש או התחקות אחרי אדם, העלולים להטרידו, או הטרדה אחרת", על פי סעיף 2 (1) לחוק הגנת הפרטיות. בפסיקה האמריקנית נקבע כי עצם איסוף המידע על אדם אינו מעמיד עילת תביעה. זו מתגבשת רק אם המידע שנאסף על האדם הוא חסוי ומעשהו של האוסף היה חודרני במיוחד. התובע חייב להוכיח שהפעולה הייתה בעלת אופי חודרני במיוחד ושהמידע שפורסם אינו נגיש לאנשים אחרים. ראו *Nader v. General Motors Corp.*, 255 N.E.2d 765 (N.Y. Ct. App. 1970). באותו מקרה (כתב שהתבטא בהריפות נגד התנהלות ג'נרל מוטורס התלונן שהחברה החלה לעקוב אחריו בפומבי, לשלוח לו נערות שיפתו אותו, לדבר עם חבריו, וכיוצא בזה) לא התקבלה התביעה, ברעת הרוב, שכן המידע שפורסם ונאסף היה ידוע לאנשים אחרים והאיסוף נעשה בשטחים ציבוריים – ברשות הרבים. סטנדרט זה נקבע למעשה בריסטייטמנט האמריקני: Restatement (Second) of Torts § 652B (1977): "One who intentionally intrudes, physically or otherwise, upon the solitude or seclusion of another or his private affairs or concerns, is subject to liability to the other for invasion of his privacy, if the intrusion would be highly offensive to a reasonable person". רלוונטי במיוחד לענייננו הוא Comment C. האומר: "The defendant is subject to liability under the rule stated in this Section only when he has intruded into a private place, or has otherwise invaded a private seclusion that the plaintiff has thrown about his person or affairs. Thus there is no liability for the examination of a public record concerning the plaintiff, or of documents that the plaintiff is required to keep and make available for public inspection. Nor is there liability for observing him or even taking his photograph while he is walking on the public highway, since he is not then in seclusion, and his appearance is public and open to the public eye". אם המעקב נעשה לצורך הפחדה ואיום, הוא יכול להוות פגיעה לא סבירה בפרטיות ולכן להוות בסיס לאחריות. ראו *Summers v. Bailey*, 55 F.3D 1564 (11th Cir. 1995).

שמכיוון שצדיק קבע את דוכנו באותו מקום ולא בפעם הראשונה, נראה שאין לו להלין אלא על עצמו, אף אם אין התמונות מבזות או משפילות אותו. הייתה לו שליטה מלאה על המצב – הוא יכול היה שלא להעמיד את הדוכן באותו מקום. כך גם נקבע על ידי בית המשפט בפרשה אחרת, חשובה מבחינת הגנת הפרטיות – פרשת אלוניאל – שם התובע הוא שהכניס את עצמו לנסיבות המצב שלטענתו מהווה הפרת פרטיותו.⁷³

“הצלתו” של צדיק באותו מקרה הייתה ההבטחה של הצלם שלא לפרסם את התמונה, כפי שקובע בית המשפט העליון. למעשה, כאשר אדם מגדיר בהסכם עניין מסוים כסודי, הוא קובע בכך בעצמו שהעניין הוא אכן פרטי.⁷⁴ בענייננו יש לעיין אם ההסכם חוקי ולא נכרת למעשה תחת לחץ – האיום של צדיק לשבור את מצלמתו של ליבק. אך אם ההסכם חוקי, למעשה תוכנו הוא הסכמתו של ליבק שהצילום לא יפורסם, ולכן למעשה ליבק קבע בעצמו, בהתנהגותו, שפרסומו של התצלום למרות ההבטחה המפורשת יהווה הפרת הפרטיות מכוח סעיף 2 (8).

אך אף אם מדובר בביזוי והשפלה, מהו המבחן לכך? האם מבחן אובייקטיבי של השפלה וביזוי בעיני כלל הציבור או מבחן סובייקטיבי של הציבור שעמו

73 ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד, פ"ד נח (4) 314 (2004). והשוו ההסדר במשפט האמריקני, שם לפי ה- Restatement (Second) of Torts §652E (1977) מי שמפרסם או מאפשר פרסום של ידיעה על אדם אחר המתארת אותו באור שלילי יהיה חשוף לתביעה בגין חדירה לפרטיות אם מתקיימים התנאים האלה: (1) האור השלילי שמושא הפרסום הוצג בו ייראה פוגעני במיוחד לאדם סביר; או (2) המפרסם ידע על ההצגה באור שלילי או היה רשלני בחוסר באכפתיות שלו מההצגה השלילית של מושא הפרסום. דומני שמקרה צדיק לא היה נכנס לגדר הסעיף ולכן לא היה מאפשר פיצויים גם בדין האמריקני, לפחות לפי נקודה זו. לדיון ראו Solove & Schwartz, לעיל הערה 3, עמ' 196-198. כן ראו D. L. Zimmerman, "False Light Invasion of Privacy: The Light that Failed", *New York University Law Review* 64 (1989), p. 452, שם טוענת המחברת כי יש לאפשר פיצוי רק במסגרת השמצה ואין לאפשר עוולה של הצגה באור שלילי. לקבלה עקרונית של סייג זה ראו *Renwick v. News and Observer Publishing Co.*, 312 S.E.2d 405 (NC 1984); *Lake v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 582 N.W.2d 231 (MN 1998). חי, לעיל הערה 18, עמ' 204.

נמנה אותו אדם – כאן הציבור החרדי? יש לבחון את הדברים לפי מבחן שנקבע בפסיקה, בהיקש מחוק איסור לשון הרע, כפי שנעשה מפעם לפעם. לפיכך יש להחיל כאן את אותו מבחן לדיבור "עלול להשפילו ולבזותו" שנקבע לעניין דומה בסעיף 1 לחוק איסור לשון הרע.⁷⁵ שם, לאחר שינוי ההלכה, נקבע בסוף שנות השמונים של המאה העשרים כי המבחן לכך הוא מבחן סובייקטיבי של "הציבור שעמו נמנה הנפגע"; דהיינו הזכות מופרת רק אם בקרב אותו ציבור מסוים הדבר עלול להשפילו ולבזותו, במובחן מהציבור הכללי ובמובחן גם ממבחן סובייקטיבי עוד יותר של השפלה וביזוי בעיני הנפגע עצמו.⁷⁶ האם כך פעל בית המשפט בעניין צדיק?

זכור, בית המשפט המחוזי עבר מיד לבחון את ההגנות ולא דן בסעיף 2 (4). בית המשפט העליון בחן חלופה אחרת בסעיף 2 – סעיף 2 (8) ולא סעיף 2 (4). לפיכך נותר לבחון את פסק דינו של בית משפט השלום. זה אכן פוסק כי פרסום התצלום ברבים הציג את צדיק בקרב המגזר שבו מתנהלים חייו כאדם שאינו מקפיד על כללי הצניעות ואינו מדיר רגליו מסביבה מופקרת, ולכן יש בפרסום התצלום ברשות הרבים כדי להשפילו ולבזותו במובן סעיף 2 (4). בית המשפט פסק, בצדק, כי אין צורך בעדות מיוחדת על מנת לקבוע כי פרסום תמונתו של אדם חרדי בסביבת צילום פרובוקטיבית בעלת רמזים מיניים אכן עלול להשפילו ולבזותו. דומה שזו תוצאה ראויה.

75 "לשון הרע היא דבר שפרסומו עלול להשפיל אדם בעיני הבריות או לעשותו מטרה לשנאה, לבוז או ללעג מצדם; לבזות אדם בשל מעשים, התנהגות או תכונות המיוחסים לו [...]". ראו הלם, לעיל הערה 9, עמ' 96-98. וראו שם, עמ' 97, גם לגבי המצב הדומה בארצות הברית. על חוק איסור לשון הרע ככלי עזר פרשני לחוק הגנת הפרטיות ראו חי, לעיל הערה 18, עמ' 91-97. להיקש בין החוקים ראו למשל עניין גלעם, לעיל הערה 9, פסקה 9 לפסק דינו של השופט אריאל; הלם, לעיל הערה 9, עמ' 93, הערה 109, ועמ' 97-98.

76 ראו ע"א 466/83 שאהה נ' דרריאן, פ"ד לט (4) 734 (1986); וכן ע"א 809/89 משעור נ' חביבי, פ"ד מז (1) 1 (1992), לעומת ההלכה הקודמת שבדקה את העניין מול הציבור בכללותו, למשל ת"א (מח' ת"א) 144/55 ידין נ' צד בע"מ, פ"מ יא 202. לעניין החלת מבחן כזה גם לפי חוק הגנת הפרטיות ראו חי, לעיל הערה 18, עמ' 233.

נבחן זאת גם לעניין עמיר. כזכור, אם מדובר בתא כלא כרשות היחיד, אין צורך שהתמונות יהיו מבזות או משפילות לצורך הפרת הפרטיות. אולם אם מדובר בכל זאת בתא כלא כרשות הרבים, האם התצלומים של עמיר בכגדיו התחתונים הם אכן מבזים או משפילים? בית המשפט המחוזי בוחן זאת דרך נושא הפגיעה ברגשות דתיים:

בהקשר זה יש לזכור, באשר לטענת המבקש בדבר היותו חרדי (אף שאיני סבור כי בנסיבות אלה זכויותיו של אדם חרדי לפרטיות גדולות מאדם שאינו חרדי) כי נקבע שבהתנגשות שבין חופש הביטוי ולבין רגשות דתיים, ידו של חופש הביטוי על העליונה, אלא אם כן הפגיעה ברגשות הדתיים היא קרובה לוודאי ומדובר בפגיעה "ממשית וקשה": בג"צ 1514/01 יעקב גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה, פ"ד נ"ה (4) 267.⁷⁷

אך לא זו הבדיקה היחידה או אף המרכזית שהיה צורך לבצע כאן. כאמור, היה צורך לבחון אם הפרסום נתפס כמשפיל או פוגע בעיני הציבור שעמו מנמה עמיר – ציבור דתי או חרדי. אכן אין פריווילגיה מיוחדת לאדם חרדי, אך דווקא במבחן שנקבע לעניין זה – לעניין סעיף 1 לחוק איסור לשון הרע, כפי שפורש על ידי הפסיקה ורלוונטי גם לעניין הגנת הפרטיות – עשוי להיות הברזל במבחן. צילום אדם בתחתוניו לגופו בלבד, כמו במקרה סדאם חוסיין שפורסם כך בעיתונות העולמית בשנת 2005 בתאו בכלאו,⁷⁸ בוודאי יכול להשפילו ולבזותו בעיני כל ציבור שהוא, לא רק ציבור דתי. לעומת זאת צילום גבר ללא חלק עליון של לבושו, אך כשהוא לבוש במכנסיים, לא בהכרח עלול לפגוע בו ולבזותו. בארצות הברית נדחתה תביעה של אדם שצולם ברשות הרבים כשרוכסן מכנסיו פתוח,⁷⁹

77 ראו בש"א עמיר נ' ערוץ 10, לעיל הערה 25. והשוו ד' סטטמן, "פגיעה ברגשות דתיים", בתוך: מ' מאוטנר, א' שגיא ור' שמיר (עורכים), רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית (תל אביב: רמות, תשנ"ח), עמ' 133.

78 ראו למשל "סדאם חוסיין יתבע מפרסמי תמונתו", 20.5.2005:

<http://news.walla.co.il/?w=/2/718749>

79 *Neff v. Time Inc.*, 406 F. Supp. 858 (1976)

אך הריסטייטמנט מדבר במפורש על תמונת אדם בבגדים תחתונים. סעיף 652B יוצר את המסגרת הבסיסית, ו-Comment C לאותו סעיף מבהיר כי בדרך כלל ברשות הרבים אין הטלת אחריות בשל פגיעה בפרטיות, אולם מסייג זאת:

652B. Intrusion Upon Seclusion

One who intentionally intrudes, physically or otherwise, upon the solitude or seclusion of another or his private affairs or concerns, is subject to liability to the other for invasion of his privacy, if the intrusion would be highly offensive to a reasonable person.

Comment C: Even in a public place, however, there may be some matters about the plaintiff, such as his underwear or lack of it, that are not exhibited to the public gaze; and there may still be invasion of privacy when there is intrusion upon these matters.⁸⁰

מכאן שאף אם תא הכלא של עמיר הינו רשות הרבים, כאשר מדובר בצילום אדם בבגדיו התחתונים יש בכך משום הפרת הפרטיות. הסעיף כבר מניח אפוא שצילום אדם בבגדיו התחתונים, גם ברשות הרבים, נחשב למבזה ומשפיל בכל מקרה. המבחן כיום בישראל הוא כאמור מבחן הציבור הספציפי שעמו נמנה אותו אדם. אם אכן עמיר אדם חרדי, אזי פרסום תצלומו בבגדים תחתונים בלבד

80 Restatement (Second) of Torts § 652B (1977). לסעיף בחוק הקובע כי אין לצלם אדם במקום שבו הוא מצפה באופן סביר לפרטיות מפני צילום – כאשר הצילום הוא בלתי הולם, מצלם אותו עירום או נוגע באיבריו המוצנעים (לא נכתב שם דבר על בגדים תחתונים) – ראו 18 U.S.C. § 1801 Video Voyeurism Prevention Act. לדיון C. Calvert, “Revisiting the Voyeurism Value in the First Amendment: From the Sexually Sordid to the Details of Death”, *Seattle University Law Review* 27 (2004), p. 731, המסביר כי הסעיף נועד לשמור על כבודו או מעמדו של אדם באמצעות מניעת חדירה פוגענית לפרטיותו במקום ציבורי.

עלול גם עלול להשפילו ולבזותו בעיני הציבור שעמו הוא נמנה,⁸¹ ולדעתי – למרות אותה פסיקה אמריקנית, ובהתאם לסטנדרט הכללי בריסטייטמנט – אותה תוצאה אפשרית גם לגבי ציבור חילוני כמו לגבי כל ציבור שהוא. האם התוצאה הייתה שונה אילו היו מצלמים ומפרסמים את תמונתו של רב ידוע או כהן דת של דת אחרת (כגון מנהיג תנועה אסלאמית), הכלוא בבית הכלא, בבגדיו התחתונים או בבגדים קצרים או אף ללא חולצה?! ואם היו מפרסמים כך את תמונתו של פוליטיקאי, שר לשעבר היושב בכלא או שופט? או סתם עבריין אחר שאינו רוצחו של ראש ממשלה? כשמדובר באדם דתי, לא כל שכן! לטעמי, אף שידור בטלוויזיה של אסיר כלשהו בבגדים תחתונים לצורך כתבה העוסקת למשל בצפיפות בבתי הכלא, צריך להיחשב לפי סעיף 2 (4) לחוק לנסיבות שבהן עלול הפרסום לבזות ולהשפיל את האסיר.⁸²

יצוין גם כי עיסוקו של בית המשפט המחוזי, בפרשת עמיר, במשך שידור התמונות (שנטען כי הן מבזות ומשפילות) – רק כשתי דקות מסרט שאורכו 35 דקות – אינו מובן. אם התמונות הללו עלולות לבזות ולהשפיל והן נראות בבידור, אפילו לכמה שניות, אין בכך שחלקן הכולל בסרט הוא קטן כדי להכריע לכיוון פרסומן או אי-פרסומן. מספיקות כמה שניות כדי להשפיל או לבזות, אף אם מדובר בחלק קטן מתוך סרט.

81 לדעתי אף אם חלק גדול מציבור זה אינו צופה בטלוויזיה כלל, יש לדון במשמעות המונח "חרדי" והגדרתו. ראו דברי השופט ברק (שלהם הסכימו שאר השופטים) בפסקות 4 ו-5 לפסק דינו בבג"ץ 4346/92 מעלה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מו (5) 590 (1992). דיון נרחב בעניין זה חורג ממסגרת החיבור.

82 השוו פלסר, לעיל הערה 67, עמ' 5, הדין במקרים של אסירה דתייה נשואה המצולמת ללא כיסוי ראש לראשה, או גבר החובש בדרך כלל פאה נכרית המצולם בלעדיה. לדעתי, כאמור, אף יותר מכך: דווקא צילום אדם בבגדיו התחתונים יוכל לבייש ולפגוע בכל אדם, קל וחומר באדם דתי-חרדי. השוו גם דוגמאותיו של לוינ, לעיל הערה 7, עמ' 184, שלפיהן גם בעת זעזועים במשק ושביתות לא ראוי לפרסם ברבים מידע או תצלומים המציגים את מצוקתו של חולה המתייסר בכאביו וסובל מהזנחה מבישה, מכיוון שיש לשמור על כבוד החולה ועל צניעותו אפילו לנוכח העניין הציבורי של הדגשת מצוקת שירותי הרפואה – מה שבוודאי מהווה "עניין ציבורי" כמשמעותו בסעיף 18 (3) לחוק. כך גם לגבי תמונות נפגעי תאונות דרכים, אף שהזעזוע יכול להיות "עניין ציבורי" ולסייע למלחמה בתאונות הדרכים. וראו לעיל.

ה. הפרסום בטלוויזיה מסחרית או בעיתון הפועלים למטרת רווח

סעיף 2 (6) לחוק הגנת הפרטיות רואה כהפרת הפרטיות מצב שבו הפרסום נעשה למטרות רווח. הרווח לא חייב להיות כלכלי. מדובר בכל מקרה שבו נעשה "שימוש בשם אדם, בכינויו, בתמונתו או בקולו, לשם רווח". אין צורך להצביע על רווח בפועל, אלא די בכך שיוכח שמטרת הפרסום הייתה לשם רווח.⁸³ על ההפרה לפי סעיף זה לגרום לאובדן האינטימיות ולנזק נפשי,⁸⁴ והיא מבוססת למעשה על עשיית עושר ולא במשפט.⁸⁵

הפסיקה והספרות מחפשות בדרך כלל, לצורך הסעיף, פרסום מסחרי כגון פרסומת, ולא שידור תעודה או כל תכנית שהיא בערוץ מסחרי.⁸⁶ הפרשנות בחלק מהמקרים היא שהופרה למעשה הזכות של ידוען לפרסום, דהיינו שהוא היה מפרסם את הדברים בהסכמה וגובה על כך תשלום, וכעת, בפרסום ללא הסכמתו (ומן הסתם ללא תשלום לו), הופרה זכותו זו.⁸⁷ אך לדידי בכל זאת קשה עד מאוד ביטולה בהינף יד של טענתו של עמיר כי השידור העתידי בערוץ 10 הוא למעשה שידור למטרות רווח, שכן בכל זאת מדובר בהפרה של הזכות לפרטיות (ולאו דווקא הזכות לפרסום). אמנם בית המשפט המחוזי קבע כי יש אינטרס ציבורי בשידור והוא אינו נעשה למטרות רווח כספית. אך לא ברור שזו צריכה להיות התוצאה מניתוח הרציונל של סעיף 2 (6) לחוק. הסרט היה מיועד לשידור ושודר בערוץ 10, שהוא ערוץ מסחרי החי וניזון

83 הלם, לעיל הערה 9, עמ' 108; ת"א (שלום ת"א) ברקוביץ' נ' עיתונות מקומית בע"מ, דינים שלום יב 365, 367-368.

84 פסק דינו של השופט ריבלין בעניין אלוניאל, לעיל הערה 73.
85 שם.

86 חי, לעיל הערה 18, עמ' 234-248; הלם, לעיל הערה 9, עמ' 113; W. L. Prosser, "Privacy", *California Law Review* 48 (1960), pp. 401-407 (מופיע גם אצל W. A. Parent, "A New Definition of Privacy", *Wacks, Privacy*, vol. 1 עמ' 47); "A New Definition of Privacy for the Law", *Law & Philosophy* 2 (1983), pp. 324-325 (מופיע גם אצל Wacks, *Privacy*, לעיל הערה 2, כרך 1, עמ' 23).
87 חי, שם, עמ' 236-239.

מפרסומות וממתן חסויות. לפיכך, גם אם יש לסרט חשיבות ציבורית, אין להתעלם מכך. ייתכן שנתון זה היה בעל חשיבות אפילו אם היה הסרט מיועד לשידור בערוץ ציבורי, בייחוד אם גם בו משודרות חסויות, אף שאינו ערוץ מסחרי. כדי לקבוע אם אותו שידור בערוץ מסחרי הוא אכן שידור "למטרות רווח", לדעתי יש לבחון מה הייתה מטרתו הדומיננטית של השידור. אולם גם שידורים שיש בהם אינטרס ציבורי "סובלים" מהמטרה הכללית של ערוץ מסחרי, שהיא הרווח. במקרה של הכתבה דנן ברור שהיה לכתבה גם אינטרס ציבורי (על כך יהיה דיון נפרד להלן), אך הייתה לה, בהקשר רחב ולו כמטרת לוואי, גם מטרה של רווח. כאמור, אין צורך בהוכחה בפועל שהשידור המסוים הגדיל את רווחי הערוץ.

במיוחד קשה הדבר אם תא הכלא מהווה בכל זאת רשות היחיד, כפי שטענתו לעיל. ראו לעניין זה את דבריה של השופטת איילה פרוקצ'יה, בשבתה בבית המשפט המחוזי בירושלים:

ההנחה בבסיס החוק [סעיף 2 (6)] היא, כי תמונתו של האדם, המשקפת את דמותו ותדמיתו, היא מקנייניו הפרטיים של האדם ושייכת לצנעת פרטיותו. מותר לעשות שימוש בה, רק אם הדבר משרת אינטרס ציבורי מיוחד הגובר על אינטרס הפרטיות. ואכן, אין מקריות בכך שהמחוקק בחר להגביל את האיסור על השימוש בתמונה למטרה מסחרית דווקא, שכן השאיר אפשרות פתוחה להשתמש בתמונת אדם למטרות לגיטימיות אחרות הקשורות בחופש הביטוי ובהן מתן מידע לציבור. זאת בהנחה שהתמונה לא הושגה בדרך של צילום האדם בהיותו ברשות היחיד ושאינו בפרסומה כדי לבזותו ולהשפילו. בדרך זו מצא המחוקק לאזן בין אינטרס ההגנה על פרטיות היחיד לבין אינטרס הציבור בחופש הביטוי וזרימת המידע החופשי.⁸⁸

88 ת"א (מח' י"ם) 11049/90 רופ נ' "און" הנדסה מיוזג אוויר (1973) בע"מ, פ"מ נד (4) 500 (1995).

אם עמיר מהווה "דמות ציבורית" הוא יכול לתבוע מכוח הסעיף, וסיכויי לעניין זה טובים עוד יותר מאלה של אדם אנונימי.⁸⁹ הגנת סעיף 18 (3) – "עניין ציבורי" – שייכת פחות במקרה כזה.⁹⁰ כאן יש לציין את דעת השופט משה טלגם בפרשת עמר,⁹¹ שהיא אולי יוצאת דופן לעומת פסיקות אחרות, בכך שלא הטיל אחריות על רשות הדואר שהשתמשה בתמונת אדם לצורך מכירת ספר ("ספר הדיוור הישיר השלם"), מתוך כך שאותו אדם אינו אישיות ציבורית מפורסמת ולכן אינו מסייע ממילא למכירת הספר. הוא קבע כי "אין חולק כי מטרת הספר לעודד שווק והפצה, ובכך להגדיל את רווחי הנתבעת, אך לא הוכח כי הדבר נעשה על ידי תמונת התובע או בעזרתה".⁹² כאן ייתכן שתמונתו של עמיר, שהוא אדם ידוע, ששודרו כאמור גם בקדימון (פרומו), מטרתן הייתה להגביר את הצפייה בסרט באותו ערוץ מסחרי, כך שאפילו לדעת השופט טלגם מטרת התמונות הייתה הגדלת רווחי ערוץ 10.

גם בעניין צדיק קבע בית משפט השלום שהעיתון לא פרסם את התמונה למען השגת רווח, אלא מדובר ב"פרסום פובליציסטי" בטור תרבותי/אמנותי שבא להביע רעיון ולהראות תמונות מהווי הארץ, כשם שכתבה במלל עשויה להביעו, ושעצם העובדה שהצלם קיבל משכורת עבור התמונה אינה מעלה או מורידה בהקשר זה. אולם כאשר פרסום התמונה הוא למטרת פרסום העיתון והגדלת תפוצתו סעיף זה מתמלא,⁹³ ולא ברור מדוע כאן לא נתפס פרסום תצלומו של צדיק ככזה שנועד להשגת רווח ומכירה מוגברת של העיתון, אף שהתצלום לא פורסם במסגרת פרסומת אלא במסגרת מדור בעיתון, ומדוע התשלום לליבק אינו מהווה אינדיקציה לכך. גם אדם פרטי שאיננו ידוען יכול לטעון להפרת הזכות

- 89 עניין רופ, שם; ת"א (שלום ת"א) 47611/00 קורנפיין נ' רשת שוקן בע"מ (לא פורסם, 27.2.2002); הלם, לעיל הערה 9, עמ' 110. לבחינת ההגנה כלפי אדם פרטי מול דמות ציבורית ראו חי, לעיל הערה 18, עמ' 246-248. לבחינה אם מדובר ב"דמות ציבורית" ראו להלן הערה 103. לביקורת על ההגנה הרחבה מדי לדמויות ציבוריות ראו ז' סגל, "הזכות לפרטיות למול הזכות לדעת", עיוני משפט ט (1983), עמ' 189.
- 90 הלם, לעיל הערה 9, עמ' 241-242.
- 91 עניין עמר, לעיל הערה 41.
- 92 שם, עמ' 110.
- 93 כגון בעניין ברקוביץ', לעיל הערה 83.

בנקודה זו.⁹⁴ לכאורה, כאן ניתן לומר שיישום גישתו של השופט טלגם בעניין עמר תביא לאי-הטלת אחריות בנקודה זו,⁹⁵ שכן צדיק אינו אדם מפורסם ותמונתו אינה מסייעת למכירת העיתון. אולם לדעתי ההפך הוא הנכון; צדיק משמש כנציג – הוא מייצג חברה חרדית, וכנציג כזה של האוכלוסייה החרדית לגווייה, המעומתת בצילום עם ישראל החילונית, הוא יכול מאוד לסייע למכירת העיתון. האם היה בשני המקרים "אינטרס ציבורי מיוחד" הגובר על סעיף 6 (2) ועל חלופות אחרות של חרירה לפרטיות המצויות בסעיף 2 לחוק ורלוונטיות לשתי הפרשיות? על כך בפרק ו.

ו. ההגנה: העניין הציבורי בפרסום תצלומים כגון אלו שבוצעו בשני המקרים

על הגדרת המונח "עניין ציבורי" בסעיף 18 (3) לחוק הגנת הפרטיות, וההבחנה בינו לבין המונח "עניין לציבור", עמד פרופ' זאב סגל כשקבע שלא די בכך שהפגיעה נוגעת לעניין ציבורי, אלא שצריך להיות ברור שבפגיעה עצמה קיים עניין ציבורי, ובידיעת הפרסום יש משום תועלת לציבור ולא רק סיפוק צורכי סקרנות ורכילות. רק אז "הבחירה בחלופת ה'עניין הציבורי' תביא להפחתת הפגיעה בפרטיות מטעמי זכות הציבור לדעת בהשוואה לפגיעה שהייתה אפשרית לו די היה בקיומו של 'עניין לציבור' כדי להצדיק את הפגיעה".⁹⁶ לדבריו, הטוען לקיומה של ההגנה בסעיף 18 (3) הוא זה שיצטרך לשכנע את בית המשפט כי העניין הציבורי חייב אותו לפגוע בפרטיותו של הזולת.⁹⁷ ומוסיף השופט דב לוין במאמרו, כי עניין ציבורי הוא לא רק עניין ומידע שבפרסומו יש משום תועלת

94 השופטת פרוקצ'יה בעניין רופ, לעיל הערה 88; ת"א (של' ראשון לציון) 7059/01 סגל נ' פרג', תק-של 2002 (3) 281 (2003). ראו דיון אצל חי, לעיל הערה 18, עמ' 246-248.
95 עניין עמר, לעיל הערה 41, עמ' 110. ראו דיון לעיל ליד הערה 91.
96 ז' סגל, "חופש העיתונות והזכות לפרטיות", חופש העיתונות: בין מיתוס למציאות (תל אביב: פפירוס, תשנ"ו), עמ' 119. להסכמה עם הנוסח שנבחר ראו מ' נגבי, חופש העיתונות בישראל: ערכים בראי המשפט (ירושלים: מכון ירושלים לחקר ישראל, 1995), עמ' 119; לוין, לעיל הערה 7, עמ' 183.
97 סגל, לעיל הערה 96. וראו גם הלם, לעיל הערה 9, עמ' 232-234, לעניין החשיבות שבגיבוש דעה בעניין בעל משמעות ציבורית. והשוו דברי בית המשפט בתמ"ש (ת"א)

לציבור, אלא גם "תועלת למדינה, כמדינה שומרת חוק, שמשטרה תקין ושזכויות היסוד של האדם בה מאוזנות ומוגנות".⁹⁸

בעניין לוי נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ התייחס בית המשפט לרציונל של סעיף 18 (3).⁹⁹ השופטת מרים נאור, בשבתה בבית המשפט המחוזי בירושלים, קובעת שמדובר במבחן "שתכליתו לאזן בין הזכות לפרטיות לבין זכויות וערכים אחרים". מהם אותם ערכים אחרים? פרופ' רות גביון מסבירה כי אף שהזכות לפרטיות היא זכות יסוד, לעתים היא נסוגה מפני ערכים אחרים לאחר ביצוע איזון בין ערכים מתנגשים, וביניהם חשיבותה של מטרת הפרסום, רלוונטיות המידע והצורך לפרסמו ברבים; וככל שהפגיעה חמורה יותר, יש לדרוש מובהקות גדולה יותר של עדיפות של הצורך בפרסום על כל המשתנים האלה.¹⁰⁰

תחילה לפרשת עמיר בהקשר זה. בכל הכבוד הראוי, אין כל תועלת לציבור וכל "עניין ציבורי", לפי סעיף 18 (3), להראות את עמיר דווקא בבגדיו התחתונים. לא זה מה שיסייע לצופים ללמוד את הלקח שלא לחזור על המעשה הנפשע שעשה עמיר. כפי שקובע בית המשפט בעניין ונטורה, "השאלה שיש לברר לצורך קיומה של הגנת סעיף 18 (3) לחוק אינה אם יש לציבור אינטרס במידע, אלא האם יש טעם המצדיק את הפגיעה בפרטיות של אדם בכדי לספק את האינטרס הציבורי האמור".¹⁰¹

לפיכך הגנת "עניין ציבורי" לפי סעיף 18 (3) בפרשת עמיר אינה משכנעת, ולא ברור כלל שהמשיבים הצליחו להרים את נטל השכנוע המוטל עליהם באשר להגנה זו; כך שבאותה פרשה העתירה הייתה צריכה להתקבל באופן עקרוני, לאור קיומה של פגיעה בזכות לפרטיות שאין הגנה מפניה, אם כי ייתכן שניתן היה להגיע לפתרון ביניים, כפי שאציע בהמשך. גם אם באופן כללי יש עניין ציבורי בשידור הסרט, אין כל עניין ציבורי בשידור תמונות של עמיר בבגדיו

62620/97 נתניהו נ' נויבורגר, תק-מש 98 (1) 1, 3 (1998); ע"א 1928/93 רשות

ניירות ערך נ' גבור סברניה מפעלי טקסטיל בע"מ, פ"ד מט (3) 177 (1995).

98 לוי, לעיל הערה 7, עמ' 183.

99 ת"א (מח' יים) 1408/99 לוי נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ, תק-מח (1)2001

3337 (2001).

100 גביון, לעיל הערה 3, עמ' 215. כן ראו עניין ונטורה, לעיל הערה 27.

101 שם, עמ' 827.

התחתונים.¹⁰² אפשר היה להציג תמונות של עמיר ממקומות ומזמנים אחרים בתוך הכלא, ואם היה צורך עיתונאי מובהק בתמונות דווקא מתא הכלא ודווקא מהתקופה האמורה, אפשר היה להביא תמונות שבהן הוא לבוש לגמרי, והיו בנמצא תמונות לא מועטות כאלה – אחרי ככלות הכול הוא מצולם במשך עשרים וארבע שעות ביממה וניתן היה לבחור תמונות יותר עדינות, כפי שאכן נעשה בחלקים אחרים של הסרט. למען הגשמת חופש הביטוי וזכות הציבור לדעת, כמו גם העניין הציבורי שבשידור סרט המנסה למנוע רצח נוסף של ראש ממשלה, אין מרוויחים דבר מהצגת הרוצח בבגדים תחתונים; זו נראית פגיעה העולה על הנדרש בזכויות האדם. אף אם עמיר נחשב ל"דמות ציבורית", ולו לצורך האירוע הנידון של רצח ראש הממשלה ושל הסרט לזכרו (מה שהגיוני אך מצריך עיון).¹⁰³ גם אז לא ברור כלל שניתן היה לפגוע כך בפרטיותו.

102 זאת לפי כל גישה שהיא באשר להגנה המקבילה בסעיף 14 לחוק איסור לשון הרע, גם לפי גישתו של השופט אליעזר ריבלין בשכתו בבית המשפט המחוזי בבאר שבע, ת"א (מח') ב"ש 530/85 מדינה נ' יבין, פ"מ תשמ"ו (2) 427, 434 (1986). השופט ריבלין סבור שכאשר הפרסום הפוגע הוא חלק קטן מתוך פרסום גדול, קיימים שני מבחנים אפשריים ל"עניין ציבורי". המבחן האחד הוא בחינת הפרסום כולו, והמבחן האחר, הטבעי יותר, הוא מתן פירוש מרחיב ל"עניין ציבורי" גם כאשר בוחנים את אותו חלק בפרסום שהוא העילה לתביעה. המבחן הראשון מתאים יותר, לדעת השופט ריבלין, במקרים קיצוניים שבהם אף שהקטע במחלוקת הוא שולי בהשוואה לפרסום כולו, יש בו צורך להגברת האפקטיביות של הביטוי. דומני שבעניין עמיר, תמונותיו בבגדיו התחתונים אינן מגבירות את האפקטיביות של הביטוי, ואף אם מרחיבים את בחינת העניין הציבורי דווקא לגביהן, דומה שאין בהן עצמן כל עניין ציבורי שהוא, להבדיל למשל מתנאי הכליאה של עמיר. לגבי עניין אחר דומה – הדומיננטיות של הקטע המהווה לשון הרע בתוך מכלול הפרסום – ראו ההלכה בד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב (3) 337 (1978).

103 למבחנים בשאלה מהו "דמות ציבורית", ראו ע"א 1104/00 אפל נ' חסון, פ"ד נו (2) 607 (2002); סגל, לעיל הערה 89, עמ' 194; הנ"ל, "חופש העיתונות והזכות לפרטיות", לעיל הערה 96, עמ' 121; חי, לעיל הערה 18, עמ' 519-523; Solove & Schwartz, לעיל הערה 3, עמ' 193-196. גם אם עמיר הוא אכן "דמות ציבורית", הגנת סעיף 18 (3) לא תעמוד למשיבים אם אין "עניין ציבורי" בפרסום, וכאן כאמור, לדעתי, אין כל עניין ציבורי בפרסום הקטע האמור דווקא. השוו לוי, לעיל הערה 7, עמ' 183; עניין ונטורה, לעיל הערה 27. על הזכות לפרטיות של אנשי ציבור ראו הלם, לעיל הערה 9, עמ' 238-242. לענייננו רלוונטי במיוחד פסק הדין בעניין בן חורין, שם ראה בית המשפט במי שמחזיק באידאולוגיה קיצונית כ"איש ציבור". ת"א (מח' נצ') 18845/94

האם יש צורך לראות את הפרסום כולו כמכלול וכמקשה אחת? בעניין עמיר ראה בית המשפט את הסרט כולו כמכלול, בבחינת "הכול או כלום", ובכל הכבוד הראוי לא כך היה צריך לעשות. ישנם מקרים שבהם ניתן וצריך לבחון את הפרסום לא כמכלול אלא כאוסף של פריטים שונים (אמנם מחוברים ביניהם), שיש לבדוק מה מהם מהווה עניין ציבורי ומה לא. גם אם הכתבה בכללותה היא בעלת עניין ציבורי, הדבר עשוי להיות נכון לגביה באופן כללי, אך ייתכן שחלק מהתמונות והסצנות שבה אינן בעלות עניין ציבורי. שידור התמונות של עמיר בבגדים תחתונים מהווה סיפוק יצר המציצנות, הא ותו לא, ואין בו כל עניין ציבורי. היה צורך לבחון את התמונות מעוררות המחלוקת כשלעצמן, כאי בודד בתוך הפרסום הכולל, ולהכריע לגביהן. אם לגבי התמונות הספציפיות לא מתעורר עניין ציבורי, אזי גם אם בפרסום הכולל יש עניין ציבורי, יש לשקול שלא להעניק את הגנת סעיף 18 (3) על החדירה לפרטיות באותן תמונות – שכן בסופו של דבר גם התמונות הללו משודרות ואין להתעלם מכך; זאת אם לא בוחרים בפתרון ביניים. כאמור לעיל, ולצורך ההשוואה, אם בכתבה על צפיפות בבתי הכלא – כתבה שיש בה משום עניין ציבורי ללא ספק – המשודרת למשל בחדשות ערוץ 2 או 10, רואים אסיר בבגדים תחתונים, במיוחד אם הדבר נעשה ללא הסכמתו ואם ניסה להוציא צו מניעה נגד השידור, יש להכריע כי חלק זה של הכתבה אינו בעל עניין ציבורי.

באשר לעניין צדיק, כאן פרסום התמונה נראה כעניין ציבורי, כפי שנקבע בערכאה השנייה והשלישית, ונראה שאין אפשרות "לפרק" את הפרסום, המהווה מקשה אחת. אולם גם באשר למקרה זה אציע להלן פתרון ביניים, שיתאים לא רק למקרים שבהם ניתנה הבטחה שלא לפרסם, כבמקרה צדיק.

בן חורין נ' סנטהאוז, תק-מח 98 (2) 3501, 3503 (1998), וכן כל אותם מקרים שבהם האדם הוא אדם פרטי אך הוא קשור במאורע חריג (הלם, לעיל הערה 9, עמ' 242-243. רוב הדוגמאות שהלם מביא שם מינוריות הרבה יותר מרוצח של ראש ממשלה). אכן, אם עמיר אינו "דמות ציבורית", ייתכן מאוד שהוא בגדר מה שסגל מכנה (לעיל הערה 89) "אדם פרטי המעורב במאורע חריג", גם בלי שנתכוון לכך. גם כאן, אף אם מעמדו ככזה מזכיר מעמד של "דמות ציבורית", נראה שאין כל תועלת בפרסום תצלומיו הנ"ל של עמיר. נוסף על כך, היו שהדגישו כי ל"דמויות ציבוריות" ניתן ליחס הסכמה, לפחות מכללא, לפרסומים על חייהן. ראו גביון, לעיל הערה 3, עמ' 201; W. L. Prosser, *A Handbook of the Law of Torts* (St. Paul, MN: West, 1971 [4th edition]), pp. 820-823. כאן ברור שאין הסכמה – עמיר התנגד במפורש ומראש לפרסום.

ז. פגיעה בפרטיות לפי חוק הגנת הפרטיות מול חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

אמנם קיים חוק ספציפי של הגנת הפרטיות, אך אין לשכוח כי הגנת הפרטיות עוגנה גם כערך יסודי בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁰⁴ סעיף 7 לחוק היסוד, שכותרתו "פרטיות וצנעת הפרט", קובע למעשה כי זכות האדם לפרטיות ולצנעה היא זכות יסודי חוקתית: "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו; אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו [...] אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו".¹⁰⁵ מדובר בזכות שהיא גם חלק מהזכות לכבוד.¹⁰⁶ נראה כי הערך המוגן על פי חוק היסוד רחב יותר מזה של החוק הספציפי. סעיף 2 לחוק היסוד קובע כי "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם". סעיף זה רחב מאוד. במקרה שהפרסום עלול לפגוע בכבוד מי שמופיע בפרסום, ייתכן שהסעיף מופר גם בלי קשר לחוק הגנת הפרטיות, וגם אם חוק זה עצמו אינו מופר.¹⁰⁷ לענייננו, דומה כי במקרים רבים פרסום של

104 חי, לעיל הערה 18, עמ' 57-70. דיון בזכות בחוק הגנת הפרטיות מול הזכות לפרטיות בחוק היסוד, מעבר לסוגיות הנידונות כאן, חורג ממסגרת החיבור הנוכחי.

105 ראו עניין גלעם, לעיל הערה 9: "פרטיותו של אדם היא כבודו וגם קניינו [...] זכות זו מהווה את אחת מזכויות היסוד של האדם בישראל. היא אחת החירויות המייצבות את אופיו של המשטר בישראל, משטר דמוקרטי והיא אחת מזכויות העל המבססות את הכבוד והחירות להן זכאי אדם כאדם, כערך בפני עצמו" (וראו לעניין זה גם את דבריו של הנשיא ברק בבג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים ואח', פ"ד מח' (2) 456 (ועמ' 470). כן ראו דברי השופט ברק בעניין נחמיאס, לעיל הערה 9: "ביסוד גישתי זו מונח הצורך להגן על הזכות החוקתית לפרטיות [...] הזכות לפרטיות היא זכותו של האדם. היא מהחשובות שבזכויות האדם. עמדה זו אינה בעלת אופי פורמאלי [...] היא מתבקשת מהחשיבות החוקתית של הזכות. היא נועדה למנוע פגיעה בזכות חוקתית אלא כשהדבר נדרש, ולא מעבר למידה הדרושה [...] הזכות לפרטיות איננה מוחלטת". על חוק הגנת הפרטיות מול סעיף 7 לחוק היסוד ראו לוין, לעיל הערה 7, עמ' 172-176. להרחבה ראו הלם, לעיל הערה 9, עמ' 355-384.

106 עניין גלעם, לעיל הערה 9; גביוון, לעיל הערה 20, עמ' 113.

107 ראו סגל, לעיל הערה 96, עמ' 134. לדעת סגל, מכיוון שהזכות לפרטיות שבחוק היסוד רחבה מזו שבחוק, ניתן לבסס תביעה מכוח זכות היסוד לפרטיות גם במקרים שהזכות מוגבלת לפי החוק.

אדם – כל אדם ולא רק אסיר – בבגדיו התחתונים, או בכל סיטואציה מביכה דומה, עלול להשפילו ולבזותו ולכן לפגוע פגיעה אנושה בכבודו כאדם, אף אם הוא הנאלח במושעים.

אין בכוונתי להיכנס כאן לדיון העמוק בשאלה אם ניתן לתבוע בגין עוולות חוקתיות,¹⁰⁸ אך אם הדבר אפשרי אין מניעה לתבוע גם בגין הפגיעה בפרטיות ובכבוד במקרה של פרסום תמונות מביכות לפי חוק היסוד. ייתכן גם להשתמש בכך כמשקל כבד על כפות המאזניים בדיון בצו מניעה בעניין הפרת הפרטיות, ולהכביד את משקל האינטרס של הנפגע בפרטיותו אל מול הגנות אפשריות כגון עניין ציבורי.¹⁰⁹ במיוחד צילום אדם בבגדיו התחתונים, כגון בעניין עמיר – עוד יותר מאשר פרסום צילום, כגון בעניין צדיק, שהוא שיקוף מצב ברשות הרבים, אף אם מדובר בנסיבות שעלולות להשפילו ולבזות – עלול להוות פגיעה קשה מדי בזכות אדם. דומה כי סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ("פסקת ההגבלה") חתר לכך שפגיעה כזו לא תוכל להתקיים למרות קיומו של חוק בניהון – כאן חוק הגנת הפרטיות, על ההגנות שבו.¹¹⁰ לפיכך דומה שחוק היסוד צריך

108 ראו ד' ברק-ארז, עוולות חוקתיות: ההגנה הכספית על הזכות החוקתית (תל אביב: בורסי, 1993), בעיקר עמ' 184-192. אמנם רובו של הדיון נוגע באפשרות הפרט לתבוע בתביעה נזיקית על פי חוקי היסוד את רשויות השלטון דווקא, אך דומה שאין מניעה לבסס גם תביעה דומה נגד פרטים אחרים אם זכויות היסוד אכן נפגעות על ידי אותו פרט. לעניין זה ראו שם, עמ' 197. זוהי מסקנתו המרכזית של פרופ' ברק בהעלותו מודלים שונים לתחולת חוק היסוד במשפט הפרטי ובהעדיפו את "מודל התחולה העקיפה". ראו א' ברק, "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי", בתוך: י' זמיר (עורך), ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (ירושלים: האוניברסיטה העברית בירושלים, 1993), עמ' 163; כן ראו את דבריו של ברק בע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו (2) 464, 530 (1992).

109 אם כי האיזון החוקתי משתרע גם על קביעת האחריות עצמה וגם על היקפן של ההגנות המנייות בחוק הגנת הפרטיות, כך שיש להניח שהוא חל גם על חופש הביטוי האמנותי בהצגת תמונות. ראו עניין עמיר, לעיל הערה 25, פסקה 8; ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ פ"ד נח (3) 558 (2004). וראו להלן ליד הערה 111. לבחינת פרסום שמטרתו אמנותי לעומת הגנת הפרטיות בדין האמריקני, ראו Solove & Schwartz, לעיל הערה 3, עמ' 218.

110 השוו לויז, לעיל הערה 7, עמ' 174.

להכביד ידו על תוצאה של שידור תמונות כמו אלה שפורסמו בעניין עמיר, למרות חופש הביטוי האמנותי.¹¹¹

אשווה בזהירות את ענייננו לעניין גואטה, שם היה מדובר בהפשטת אדם מבגדיו ברשות הרבים לעיני עוברים ושבים לצורך חיפוש משטרתי, דבר האסור אף כשאותו אדם אינו מתנגד לכך.¹¹² באותו מקרה חשד שוטר באדם שיש על גופו סמים. החשוד אמר מיוזמתו לשוטר, "תעשה חיפוש חופשי". השוטר פקד על החשוד להתפשט וזה עשה כן. הסמים בצבצו מבין ישבניו. המשנה לנשיא בית המשפט העליון מנחם אלון קבע כך:

הדעת נותנת, והשכל הישר מחייב, כי גם כאשר מדובר בחיפוש חיצוני על גופו של אדם, עדיין מקום יש לקבוע ולדרוש כי התנאים והנסיבות שבהם נערך חיפוש כזה – במיוחד כאשר מדובר בהפשטת אדם מבגדיו וחיפוש בחלקים המוצנעים שעל גופו – יהיו כאלה שלא יפגעו בכבודו ובצנעתו, אלא במידה מועטת, ככל האפשר, לפי נסיבות כל מקרה ומקרה [...] ודוק. לא כל פגיעה בכבוד האדם, כלולה היא במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. דרך משל, פגיעה בכבודו של אדם מכובד, שראוי הוא, לפי מעמדו, לשבת במקום בו יושבים בני מעמדו, ולא בין פשוטי עם, יכול ופוגע הוא בכבודו מבחינה חברתית (אם אכן כך הוא!), אך אין בכך משום ביזוי וביוש צלם האלוקים שבו, ואין "פגיעה" כגון זו כלולה כל עיקר במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. על פגיעה שיש בה משום ביזוי וביוש צלם האלוקים שבאדם, כגון עריכת חיפוש בגופו והפשטת לבושו של אדם ברבים, מצאנו הקפדה יתרה בעולמה של הלכה [ההדגשה שלי].¹¹³

111 שגם הוא מוכר כזכות יסוד. ראו למשל בג"ץ 102/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 20.8.2008).

112 כש"פ 2145/92 מדינת ישראל נ' גואטה, פ"ד מו (5) 704 (1992).

113 שם, מתוך פסקות 11 ו-22. לעניין כבוד האדם אין אדם יכול למחול על כבודו, וזאת לפי גישת המשפט העברי שאומצה על ידי המשנה לנשיא אלון בפרשה הנ"ל. לפי הדין העברי חיפוש כזה הוא בבחינת ביזוי "כבוד הבריות", כלומר כבוד האדם שנברא בצלם. ראו שם, פסקות 13-18.

יש להקפיד בכגון דא גם בעולם המשפט הכללי. קל וחומר בענייננו, כשעמיר אינו מסכים ומגלה דעתו שהוא מתנגד נחרצות לכך, אף שלא צולם עירום לחלוטין. אמנם בעניין גואטה הוריד גואטה גם את תחתוניו, אך הדבר נעשה בהסכמה,¹¹⁴ ובעניין עמיר התמונות החשופות פורסמו ברבים – ממש קבל עם ועדה, בשידור טלוויזיה, במובן מסוים באופן פומבי יותר אפילו מאשר ברחוב – ללא הסכמה. לא הייתה גם כל נחיצות בפרסום אותן תמונות, שלא כמו הנחיצות הכללית הביטחונית של חיפוש על חשוד בעבירות סמים.

ה. הצעת פתרונות לדילמות ולאיוזנים ראויים

1. ההבדל בין הגנת הפרטיות לבין איסור לשון הרע לעניין צו מניעה: שאלת ה"אל-חזור"

המבחנים לקבלת צו מניעה בגין הפרה צפויה של הזכות לפרטיות, כמו בגין לשון הרע, נוקשים יותר מקבלת תביעה לפיצויים בגין הפרת הפרטיות. הרציונל לצמצום מתן צווי מניעה בלשון הרע ובהגנת הפרטיות הוא היכולת לתבוע פיצויים לאחר הפרסום לפי אותם סעיפים ממש.

לעניין איסור לשון הרע נקבעו בעניין אבנר¹¹⁵ שני חריגים חלופיים למקרים נדירים, שבהם יינתן צו האוסר על הפרסום: 1. בפרסום אין עניין לציבור; 2. בית המשפט השתכנע שהגנתו של המפרסם הינה הגנת סרק. לעניין זה קבע בית

¹¹⁴ "ולא זו אף זו. דברים שאמרנו בענין אופן ביצוע החיפוש ענינם כאשר לא ניתנה הסכמתו של מי שנערך עליו החיפוש. אך נראה לי, כי גם כאשר ניתנת הסכמה כאמור, עדיין אין פירושו של דבר כי הכל פרוץ ומותר. העובדה שמדובר בזכויות יסוד של פגיעה בכבודו של אדם ובצנעת הפרט יש בה כדי לחייב, גם כאשר החיפוש נערך בהסכמה, לשמור על מידה סבירה של הגינות כדי שלא לרמוס את כבוד האדם שבגופו נערך החיפוש, ואת פרטיותו, כאשר הדבר אינו מתבקש, ואינו הכרחי, לצורך החיפוש. כך עולה, ראשית לכול, ממקורות מורשת ישראל שעמדנו עליהן. יסוד היסודות לעקרון-העל של כבוד האדם הוא שהאדם נברא בצלם אלוקים, ומכוח תפיסת עולם זו, גם הוא עצמו מצווה הוא לשמור על כבודו, שהרי פגיעה בכבודו היא פגיעה בצלם האלוקים, ועל כך מצווה כל אדם, ואף האדם המבזה את עצמו". שם, פסקה 23 לפסק דינו של השופט אלון.

¹¹⁵ ע"א 214/89 אבנר נ' שפירא, פ"ד מג (3) 840, 869-870 (1989). לאסמכתאות נוספות לאחר פרשה זו ראו חי, לעיל הערה 18, עמ' 562-563, הערה 90.

המשפט העליון בעניין רשת תקשורת,¹¹⁶ שהמבקש את הצו נדרש לרף גבוה במיוחד – עליו להראות לא רק שהוא בעל סיכויים טובים לזכות בתביעה נגד המפרסם (שם בתביעת לשון הרע), אלא גם שהמפרסם לא יוכל להעלות בתשובה לכך כל טענת הגנה של ממש. שתי הערכאות בעניין עמיר (עניין צדיק אינו רלוונטי לנושא של צו מניעה) החליטו שהמקרה – של הגנת הפרטיות, כמו של לשון הרע – אינו נכנס לגדר שני החריגים הללו, שכן הגנת סעיף 18 (3) מתקיימת.

אולם ייתכן שבמקרה דנן היה מקום למחשבה נוספת בשאלה אם המשיבים הצליחו להוכיח שהגנתם אינה הגנת סרק, וכן בשאלות נוספות שנידונו בסעיפים הקודמים, ביניהן חומרת הפגיעה וכן עצם הפגיעה בזכות החוקתית. כאן ברצוני להדגיש דווקא נקודה שלפיה הפרסום הפוגע בפרטיות הוא למעשה נקודת אל-חזור, מכיוון שהפך לנחלת הכלל וגם תביעה לפיצויים כבר לא תסייע בנקודה זו. בלשון הרע המצב שונה, שכן שם הטלת אחריות על הנתבע בתביעה (גם אם נדחתה קודם לכן בקשה לצו מניעה או כלל לא הוגשה מלכתחילה) מזככת את התובע-הנפגע,¹¹⁷ וישנם כלים נוספים כגון סעדים של פרסום התנצלות והכחשה. פרסום תמונותיו של עמיר בבגדיו התחתונים לא יירפא דרך פסיקת פיצויים בתביעה אפשרית מאוחרת, שכן התמונות כבר שודרו ולעניין אין כל תקנה – אי-אפשר ליישם את המטרה הנזיקית החשובה מכול של "השבת המצב לקדמותו". התיקון כבר לא ייעשה, וגם מטרת ההרתעה מחוויירה במקרה כזה.¹¹⁸

116 ע"א 10771/04 רשת תקשורת והפקות 1992 בע"מ נ' אטינגר, פ"ד נט (3) 308 (2004), פסקה 10 לפסק דינה של השופטת ביניש.

117 הלם, לעיל הערה 9, עמ' 273-274; חי, לעיל הערה 18, עמ' 559-560. לגישה אחרת, שלפיה אין הבחנה בעניין זה בין לשון הרע להגנת הפרטיות, ראו ש' אלמוג, "פרסום דברי רכילות מול הזכות לפרטיות במשפט הישראלי", בתוך: א' בן-זאב וא' בן-זאב (עורכים), רכילות (תל אביב: הקיבוץ המאוחד, 1993), עמ' 73. על העקרונות הכלליים במתן צווי מניעה זמניים בגין הפרת הפרטיות ראו הלם, לעיל הערה 9, עמ' 276-277; חי, לעיל הערה 18, עמ' 559-560.

118 לדיון מרוכז במכלול המטרות של דיני הנזיקין ראו ע' הרמן, מבוא לדיני נזיקין, (תל אביב: המכון למחקרי משפט וכלכלה, 2006), עמ' 3-12; ב' שמואלי, "קליעה למטרה: הצעת תפיסה פלורליסטית חדשה למטרות דיני הנזיקין המודרניים", משפטים לט (2009), עמ' 233, G. L. Williams, "The Aims of the Law of Tort", *Current Legal*.

אין בכך כדי לומר שבעניין עמיר היה בהכרח מקום לקבל את צו המניעה ולמנוע את שידור הסרט. להלן, בסעיף 2, אציע איזון עדין יותר שניתן היה להציע כפתרון ביניים, אף שבתי המשפט אינם ממהרים לקבל בקשות לצווי מניעה. אך יש בכך כדי לומר שההשוואה האוטומטית למדי בנקודה זו, בין הגנת הפרטיות לבין לשון הרע בכלל ולעניין צווי מניעה בפרט, צריכה להישקל שנית לאור אותה נקודת "אל-חזור" דווקא בפגיעה בפרטיות.

פועל יוצא של ההצעה הוא הצורך להתגמש בבדיקת "עניין ציבורי" אף בדיונים בצווי מניעה, ולו לעניין הפרת הפרטיות בהשוואה ללשון הרע. לפיכך יש להגמיש במעט את ההלכות הכלליות המקובלות, שלפיהן בית המשפט אינו מתערב בצווי מניעה אלא במקרים נדירים, כפי שקבעו גם בתי המשפט בערכאות השונות בפרשת עמיר. כעת אציע הצעה קונקרטית כיצד לעשות כן במקרה כגון זה של עמיר.

2. פתרון ביניים למקרה כגון עמיר: השמטת הקטעים הבעייתיים

כהמשך ישיר של הצורך להתגמש לעניין צווי מניעה בעניין הגנת הפרטיות, שנידון בסעיף הקודם, אעלה כאן הצעה לפתרון ביניים למקרה כגון עמיר. דרישתו הראשונה של עמיר הייתה להוציא מהסרט את הקטע הקצר שבו הוא נראה לכוש בכגדיו התחתונים. הא ותו לא. הוא הקשיח את עמדותיו מאוחר יותר כשערוץ 10 סירב לעשות כן. כאמור, בתי המשפט מונחים לתת צוויים למניעת פרסום (לעניין לשון הרע) ביד קפוצה ובצמצום רב, בעיקר אם לא ניתן להצביע על הגנת סרק של המשיב. אך איזון ראוי בין הזכויות היה מביא להחלטה להותיר את כל שאר הקטעים שבהם עמיר מופיע ולהוציא רק את הקטע הקצר שבו הוא נראה לכוש בכגדים תחתונים, אף אם לא ברור שההגנה היא הגנת סרק (לדידי, כאמור, אין עניין ציבורי באותן תמונות, אף אם יש עניין כזה בסרט בכללותו). אפשרית כאן אפוא דרך ביניים, שאינה קיצונית לשום כיוון, ולא היה מקום לדון בסוגיה רק לפי שתי חלופות אפשריות – פרסום מלא או גניזת הפרסום כולו. השמטת אותם קטעים לא הייתה פוגעת כהוא זה בסרט ובאינטרס הציבורי

Problems 4 (1951), p. 138; W. P. Keeton et al., *Prosser and Keeton on Torts* (St. Paul, MN: West, 1984 [5th edition]), pp. 20–26

לשדרו, כדי להתריע מפני הרצח הפוליטי הבא, בייחוד כאשר תמונתו של עמיר לא עמדה במרכז הסרט, לא מבחינת הנושא ולא מבחינת אורך אותם קטעים בהשוואה לאורך הסרט כולו. יש כאן סיפוק של יצר מציצנות ותו לא. בכל זאת מדובר בזכות חוקתית, כאמור, ואף שחופש הביטוי גם לו מעמד גבוה, ניתן היה לפגוע בפרטיות במידתיות מסוימת, אם בכלל, על ידי שידור שאר הקטעים. לעניין זה ראו דבריה של פרופ' גביוון:

אין זה תמיד נכון שפרסום האמת ברבים הוא הדבר הנכון לעשותו: כאשר פרסום כזה גורם לפגיעה של ממש, וכאשר אין לפגיעה זו טעם מצדיק בכך שהיא חיונית או חשובה למניעת נזק לציבור, טוב יהיה להימנע מפרסום כזה. על כל אדם העוסק בפרסומים, שצפוי כי תהיה בהם פגיעה בפרטיותו של אדם, לקחת בחשבון את הפגיעה הצפויה, ולנסות לצמצמה או למונעה.¹¹⁹

כאמור, כאן אפילו לא מדובר במניעה של שידור כל הקטעים שבהם מופיע עמיר, אלא רק באלה שבהם הוא מצולם בבגדיו התחתונים.

יש להשוות לעניין זה את נושא השמטת הקטע בדבר בגידת חנה סנש¹²⁰ במחזה על חייה, שלדעת השופטים לא היה פוגע ברצף המחזה שהוצג על חייה, ולכן היווה פתרון ביניים בין איסור על הצגת המחזה כולו לבין ההיתר להציג את הקטע הפוגעני והמהווה, לדעת משפחתה של סנש, משום לשון הרע. כן מזכיר הדבר מקרה שנגמר לבסוף בפשרה: סרט האנימציה לילדים "שֶׁרֶק 2" דוֹבֵב לעברית, וברוֹ-שיח בין שתי דמויות מצוירות מוזכר הביטוי "לעשות לו מעשה דוד ד'אור שם למטה". הדוֹ-שיח מרמז להתלבטות אם לערוך מעשה סירוס ולצורך כך הומשל הדבר לקולו הגבוה של הזמר דוד ד'אור. הזמר הגיש בקשה לצו מניעה נגד שידור הסרט, בטענה שהסרט עומד להנציח לו דמות ותדמית של אדם מסורס ולהפוך את דמותו ללעג ולקלס. הסרט עלול ליצור מטבע לשון חדשה, וכל אימת שאדם ירצה לדבר על סירוס הוא עלול לומר: "לעשות

119 גביוון, לעיל הערה 3, עמ' 219.

120 בג"ץ 6143, 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג (3) 817 (1994).

דוד ד'אור". הבקשה הוגשה לבית המשפט לאחר שד'אור הגיש בקשה לחברות הרלוונטיות (נח תקשורת שבשליטת יורם גלובוס, המפיצה והמקרינה של הסרט בישראל, ו"אולפני אל רום 2000", שדיכבה את הסרט בעברית) ולא נענה. ד'אור הוסיף כי בהקדמות שכבר היו הקהל התגלגל מצחוק בקטע הרלוונטי. הצדדים התפשרו על הורדת הקטע הרלוונטי וד'אור הסכים שלא להגיש בקשה לצו מניעה נגד שידור כל הסרט המדובר. התביעה נמחקה.¹²¹

תוצאה דומה ניתן לראות במקרה קל יותר לכאורה ממקרה עמיר, שבו צולם אדם לכוש בבגדיו. בפרשת לוי¹²² היה מדובר בכריית חול בלתי חוקית. במסגרת הכנת הכתבה נכנס צוות הצילום של חברת החדשות של ערוץ 2 למבנה לא חוקי וצילם שם את אחד התובעים בתנוחה של שכיבה, אף שהיה לכוש בכגדים. גם שם נטען כי יש בכך משום עוולה של הפרת הפרטיות על פי סעיפים 2 (3) ו-2 (4) לחוק. גם שם טענה ההגנה לקיומו של סעיף 18 (3), לאור נושא כריית החול הלא חוקית והמבנה הלא חוקי שבו שהה התובע, המהווים עניין ציבורי שהביא לשידור הכתבה. השופטת מרים נאור טענה שגם אם יש עניין ציבורי בשידור הכתבה, אפשר היה לא להכניס את הקטע האמור לתוכה; וגם אם יש עניין ציבורי בצילום, הנסיבות אינן מצדיקות את הפגיעה:

הכניסה למבנה היביל וצילומו של התובע בו הינן בגדר פגיעה בפרטיות כאמור באלטרנטיבות שונות המנויות בסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981. מתאימות לענייננו כמה

121 ד'אור קיבל אפשרות לפיצול סעדים, המאפשרת לו להגיש תביעה לפיצויים, שכן הסרט הוקרן כמה וכמה פעמים לפני אותה פשרה, וכאמור המשיבים לא נענו לבקשתו קודם שפנה לבית המשפט. ראו י' דנון, "דוד ד'אור מבקש צו מניעה נגד שרק 2: בדיבוב העברי, חיתוך אשכים נקרא 'לעשות לו דוד ד'אור'", 11.7.2004: www.globes.co.il/news/article.aspx?did=813436; י' דנון, "שרק 2' לא יורד מהאקרנים: תביעתו של דוד ד'אור נמחקה לאחר השמטת שמו מהסרט", 12.7.2004: www.globes.co.il/news/article.aspx?did=813696. לפי הכתבה מדובר בהליך ת"א (מח' ת"א) 1966/04, שנידון לפני השופט יהודה זפט, אך לאור מחיקת התביעה ההחלטה אינה נמצאת במאגרים.

122 עניין לוי, לעיל הערה 99.

אלטרנטיבות: [...] האלטרנטיבה המנויה בסעיף 2 (3) – "צילום אדם כשהוא ברשות היחיד"; לגבי שידור התמונה שצולמה במבנה היביל מתאימה האלטרנטיבה שבסעיף 2 (4) – "פרסום תצלומו של אדם ברבים בנסיבות שבהן עלול הפרסום להשפילו או לבזותו". לעניין זה, יש להדגיש את העובדה שבצילום נראה התובע מס' 1 כשהוא נח במשרד. עצם פרסום תמונתו של אדם בתנוחת שכיבה, להבדיל מאשר ישיבה או עמידה במשרד, עלול להשפילו או לבזותו [...] הנתבעים טוענים, בין השאר, להגנה כאמור בסעיף 18 (3) לחוק, המורה: "בפגיעה היה עניין ציבורי המצדיק אותה בנסיבות העניין [...]". אף שקבעתי שבצילום שידור הכתבה היה עניין ציבורי, אין זו דעתי לגבי שידור תמונתו של התובע. המבחן הקבוע בהגנה הוא מבחן שתכליתו לאזן בין הזכות לפרטיות לבין זכויות וערכים אחרים [...] אני מוכנה לקבל שהיה עניין ציבורי בעובדה שהתובע 1 היה במבנה היביל ביום 15.6.98, וזאת כחלק מהעניין הציבורי הכללי בנושא הכתבה. אולם, לשם הגשמתו של עניין ציבורי זה, לא היה זה מן המידה לשדר את תמונתו של התובע בתנוחה בה צולם. ניתן היה להזכיר בכתבה בלא צילום את העובדה שהתובע 1 היה במשרד. ניתן היה גם לארוב לתובע 1 עד שיצא מן המבנה ולצלמו שלא ברשות היחיד. לא היה טעם מספיק המצדיק את הפגיעה בפרטיות כדי לספק את האינטרס הציבורי לדעת את עובדת נוכחותו של התובע 1 במבנה היביל [...] דרגת הפגיעה בפרטיות בענייננו אינה דומה, למשל, לעובדות נשוא ע"פ 5026/97 ג'ק גלעם נ' מדינת ישראל [...] אינה דומה מידת המבוכה שנגרמה על ידי חוקרים פרטיים שנכנסו לבית המתלוננת (באותה פרשה) ותעדו בצילום את המתלוננת ואדם נוסף עירומים במיטה, למידת הפגיעה שנגרמה לתובע 1, שהיה במשרד, אומנם בתנוחת שכיבה – אך בבגדים. בכל זאת, עצם הצילום בנסיבות כאלה אין בו כדי להצדיק "בנסיבות העניין" (כלשון סעיף 18 (3)) את הפגיעה בפרטיות, ובפרט כשהדברים הופיעו בכתבה.

אני סבורה שההגנה לפי סעיף 18 (3) – אינה עומדת לנתבעים
בנסיבות העניין [ההדגשות שלי].¹²³

אם צילום של אדם לבוש לגמרי בתנוחת שכיבה, כאשר הכתבה כולה עוסקת בעניין ציבורי, מספיק לצורך הוצאת העניין מגדר הגנת סעיף 18 (3) ולקביעה כי מדובר בעוולה של חדירה לפרטיות (אף שאמנם היה מדובר שם ברשות היחיד או לפחות ברשות שאינה רשות הרבים), על אחת כמה וכמה כשמדובר בפרסום תמונתו ברבים של מי שצולם בבגדים תחתונים. בייחוד כך הוא כשמדובר באדם חרדי, וכשלדעתי מדובר גם כאן ברשות שאינה רשות הרבים לצורך העניין, והסרט עומד על מכונו מבחינת מטרת שידורו והאינטרס הציבורי שבו באותה מידה בדיוק גם ללא שידור אותן תמונות.

אמת, בתי המשפט ציינו בפסיקותיהם לגבי צווי מניעה כי בית המשפט אל לו למלא תפקיד של צנזור;¹²⁴ אך כאן, אם על פניו אין לגבי התמונות האמורות כל הגנה ואין בהן כשלעצמן עניין ציבורי, אזי יש לשקול להורות על השמטתן כל עוד אין ההשמטה פוגעת ברצף השידור ובתוכנו. הדבר קריטי בעניין הגנת הפרטיות עוד יותר מאשר בעניין לשון הרע, שכן כפי שצוין בסעיף הקודם, לגבי לשון הרע תמיד אפשר לנסות להחזיר את הגלגל אחורה ו"לנקות שם" דרך תביעה נזיקית לאחר הפרסום, תביעה שתוצאותיה יתפרסמו ואולי תצורף לה גם התנצלות והכחשה; לעומת זאת לגבי הגנת הפרטיות, במקרים רבים אין כל טעם מעשי בתביעה הנזיקית.

123 שם, מתוך פסקות 72 ו-77. והשוו *Dietemann v. Time, Inc.*, 449 F.2d 245 (9th Cir. 1971), שם נתבע עיתון על שצילם את התובע פעמיים ותיאר אותו כשרלטן שהפעיל עסקים ללא רישיון. התמונות צולמו במצלמה נסתרת ללא הסכמתו של התובע וכך גם נעשתה הקלטה של שיחה בינו לבין מטופלת שלו ללא ידיעתו. התובע, שרברב במקצועו, טען שהוא רופא מומחה והציע טיפולים לחולים. העיתון פנה לאיגוד לבריאות הציבור והעביר להם את המידע. התובע טען שהמעקב חדר לפרטיותו במקום שבו הוא יכול לצפות לפרטיות, משום שהוא תיחם ובודד את עצמו מסביבתו במשרדו. העיתון טען שהתיקון הראשון לחוקה מאפשר לו לאסוף מידע חדשתי ולעשות את עבודתו בעודה נשענת על פסיקה קודמת בנידון. בית המשפט לא קיבל את טענת ההגנה וקבע כי קבלת הטענה פותחת פתח רחב מדי לפגיעה במרחבו הפרטי של אדם. 124 עניין אבנרי, לעיל הערה 115.

אין בכך כדי לומר שיש ליצור בהכרח שרשרת הלכות נפרדות לגבי חוק הגנת הפרטיות. חוק הגנת הפרטיות נשען בחלקים גדולים שלו על חוק איסור לשון הרע, וההלכות הקשורות בו ניתנו באופן מסורתי אגב הישענות והיסמכות על חוק איסור לשון הרע; והדבר טבעי לאור הליכי החקיקה, שנצמדו במקרים רבים לאלה של חוק איסור לשון הרע שנחקק כחמש עשרה שנה קודם לכן. אך יש להיות רגישים בכל זאת להבדל שבין החוקים, ולאפשר תוצאות ביניים שאינן "הכול או כלום". בין שידור מלא של הכתבה לבין צנזורה באופן מלא יש בכל זאת אפשרות ליצור פשרות מאוזנות במקרים המתאימים, ומקרה עמיר היה לדידי בהחלט מקרה מתאים לכך. לפיכך אומר בפה מלא, שהחלטה מאוזנת כזו דווקא במקרה כגון עמיר הייתה מבטאת פשרה מאוזנת בין הבקשה השנייה של עמיר, להשמיט את כל הצילומים שנעשו בתאו, לבין עמידתם האיתנה של המשיבים על הרצון לשרר את כל הקטעים כולם.

חלופה טובה פחות, אך טובה יותר מזו שנבחרה בפועל, היא לטשטש את הקטעים הרלוונטיים הללו (למשל את גופו של עמיר, להבדיל מראשו) אם הם כה חשובים לסרט מבחינת הצבעה על שגרת יומו של הרוצח.¹²⁵ חלופה זו רלוונטית ומתאימה גם ובעיקר למקרה כגון צדיק, כפי שנראה בסעיף הבא.

3. פתרון ביניים בטרם פרסום למקרה כגון צדיק:

טשטוש פני המצולם

בעניין לשם רצה עיתון לפרסם תמונות של מתלוננים לגבי עברה. אותם מתלוננים צולמו ברשות הרבים ונראה היה שהתמונות עלולות להשפיל ולפגוע בהם. בית המשפט קבע כי אף שנתקיימה ההגנה שבסעיף 18 (3) ויש בתמונות משום עניין ציבורי, ראוי לפרסמן על דרך של הצמדת פס שחור על עיני המצולמים כדי שיהיה קשה עד בלתי אפשרי לזהותם:

125 ראו פלסר, לעיל הערה 67, עמ' 7. כן ראו ת"פ (מח' נצרת) 306/98 מדינת ישראל נ' לשם, תק-מח 98 (3) 4762 (1998), שם נידונה הצעה דומה לעניין הצבת פס שחור על גבי תצלומים של אנשים.

לדעתי, אפשר לעשות שימוש בהגנה לפי סעיף 18 (3) שעניינה עניין ציבורי המצדיק את הפרסום בנסיבות העניין. אין ספק, לדעתי, כי העניין הציבורי במקרה זה גובר על הזכות לפרטיות ובלבד שהפגיעה הנגרמת מכך לא תחרוג מהנדרש באופן סביר בנסיבות העניין. יחד עם זאת, לצורך סיפוק העניין הציבורי, אין צורך שפרסום התמונות יעשה במלואן, דהיינו, שתמונותיהם של המתלוננים תתפרסמה באופן שניתן לזהותן. בית המשפט חייב לשקול שיקולים אלה כאשר הוא נעתר לבקשה מסוג זו שבפני שכן, אם ברור שהפרסום יהווה עברה או עוולה – אין מקום להתירו. לדעתי, אם יתפרסמו התמונות כאשר עיניהם של המתלוננים מוסתרות על ידי פס שחור באופן שלא ניתן לזהותם – יבואו לידי סיפוק, ככל האפשר, הן זכותם של המתלוננים להגנה על פרטיות והן זכותו של הציבור לדעת את פרטי המעשה, ככל האפשר, במלואם. מכל האמור לעיל, הנני נעתר לבקשה ומאפשר לעיתונאי המבקש לפרסם את תמונותיהם של המתלוננים כפי שהוגשו לבית המשפט בתנאי שיודבק פס שחור על עיניהם של המתלוננים בשתיים מתוך שלוש התמונות ובמצב זה יצלם אותם העיתונאי ויפרסם אותן וכן בתנאי ששמותיהם של המתלוננים, כפי שנכללו בגזר הדין, לא יתפרסמו בצמוד לתמונות, או יחד איתן.¹²⁶

בעניין יפת¹²⁷ ביקש צלם לצלם את האסיר המפורסם דאז אריה דרעי בחצר כלא מעשיהו, כאשר הוא מסב לשולחן בחצר הכלא עם אסירים אחרים. האחרונים לא היו אלא "תפאורה", אלא שאחד מהם ביקש להסתיר ממכריו את הרשעתו הפלילית וישיבתו בכלא, וטען כי נגרמה לו פגיעה בגין הפרסום בעמודו הראשון של עיתון "ידיעות אחרונות". בית המשפט המחוזי קבע כי הרשעתו הפלילית של אדם אינה יכולה להיחשב כעניינו הפרטי, שכן הזכות לפרטיות

126 עניין לשם, שם.

127 עניין יפת, לעיל הערה 57, החלטות בבית המשפט המחוזי ובבית המשפט העליון.

נסוגה מפני עיקרון הפומביות, וההגנה על פרטיותו של עבריינין היא מצומצמת ביחס להגנה על פרטיותו של אדם נורמטיבי. בית המשפט העליון ערך דיון נרחב בזכות היסוד מול פסקת ההגבלה שבחוק היסוד וקבע לבסוף, אגב דחיית העתירה, שלעיקרון הפומביות משקל רב יותר מאשר לזכות לפרטיות. בית המשפט העליון מסכים כי הרשעתו הפלילית של אדם אינה יכולה להיחשב כעניינו הפרטי, ולפיכך המידע שפורסם הוא נחלת הכלל ועניינו של הציבור לדעת. על הזכות לפרטיות לסגת, כפי שנקבע בבית המשפט המחוזי, מפני עיקרון הפומביות, שכן מדובר בזכות יחסית שאינה מוחלטת וההגנה על פרטיות עבריינין מצומצמת מההגנה על פרטיות אדם נורמטיבי. התצלום בוצע בבית הסוהר, שהוא ברשות הרבים, וממילא אין לדברי בית המשפט עילה לתביעת פיצויים לפי חוק הגנת הפרטיות. בית המשפט סיכם שלא נמצאו במקרה זה נסיבות מיוחדות המצדיקות חריגה מעקרון פומביות הדיון, על אחת כמה וכמה מחופש הביטוי.¹²⁸

פרופ' מיכאל בירנהק הציע במקרים מעין אלה לטשטש את פניהם של האסירים.¹²⁹ לטעמי, הצעתו מאוזנת ומהווה פתרון ראוי יותר מלכתחילה. אין בכך כדי לומר שאין חשיבות בצילומם של אותם אסירים בנסיבות העניין, אלא שאין חשיבות כזו כאשר הם משמשים רק כמעין ניצבים, והעניין המרכזי אינו ההרשעה של אסיר כזה או אחר מאלה ששימשו כניצבים בתמונה. אין הם חשובים מבחינת זהותם, אלא רק בהיותם שם, ולכן פתרון זה הגיוני והוגן.

כך גם קבע לאחרונה בית משפט השלום בחיפה בעניין ש.ח.¹³⁰ כשפסק שעצם הקרנת סרטון – שבו נראה התובע, מתדלק בן מיעוטים, נפגע בעת ביצוע שוד בתחנת הדלק שבה עבד ואינו מגיב לשודדים – לא הייתה בבחינת הפרת פרטיותו ולשון הרע; אך אי טשטוש פניו מהווה עוולה של הפרת הפרטיות ולשון הרע, בייחוד כשניתן היה לטשטש בנקל וללא פגיעה באינטרס

128 עניין יפת בבית המשפט העליון, לעיל הערה 57, בין היתר לאור דברי השופט חשין בע"א 5185/93 היועץ המשפטי נ' מרום, פ"ד מט (1) 318 (1994).

129 בירנהק, לעיל הערה 4, עמ' 74.

130 ת"א (שלום חי) 600209/08 ש.ח. נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ (פורסם בנבו, 26.6.2011).

הציבורי שבשידור הסרטון – האינטרס של מתן אפשרות לציבור לסייע בלכידת השודדים. זה מקרה המתאים לקביעה, שאף שהצילום בוצע ברשות הרבים הרי הוא כצילום שבוצע ברשות היחיד, וכאן כאמור הדרך להוכחת הפגיעה על פי החוק פשוטה יותר.¹³¹

יצוין כי תוצאות פסיקות אלה עולות בקנה אחד עם תיקון שהתקבל לאחרונה לחוק הגנת הפרטיות. ב-5 באפריל 2011 נוסף סעיף 2 (א4) לחוק הגנת הפרטיות, ולפיו פגיעה בפרטיות היא גם:

פרסום תצלומו של נפגע ברבים שצולם בזמן הפגיעה או סמוך
לאחריה באופן שניתן לזהותו ובנסיבות שבהן עלול הפרסום
להביאו במבוכה, למעט פרסום תצלום בלא שהיות בין רגע
הצילום לרגע השידור בפועל שאינו חורג מהסביר באותן נסיבות;

131 ראו לעיל ליד הערות 43-45. וכך קבע בית המשפט בעניין ש.ח., פסקה 22: "במהלך הסרט רואים את התובע למשך כמה שניות, יושב על הרצפה, מגונן בידיו על ראשו כשנזרק עליו סולם ובקטעים אחרים השודדים חובטים בו. יש להניח כי רוב הצופים בשידור יחישו חמלה ואמפטיה לתובע במצבו הקשה כשליכם יוצא אליו. עם זאת, יש מי שיביט על התובע בעין ביקורתית כמי שספג השפלה, לא התגונן ובכך לא שמר על כבודו העצמי וגבריותו". התובע, בן מיעוטים, מעיד בתצהירו כי לאחר שידור הכתבה הוא החל לסבול מלעג ובוז של סביבתו הקרובה. בכפר בו מתגורר, מכרים פנו אליו ואל הוריו ופרטו את שראו בסרט תוך זלזול בו, בחולשותיו ובעובדה כי לא התגונן. לעניין זה נקבע בפסיקה כי פרסום יחשב משפיל גם אם נחשב כזה רק ע"י המגזר המסויים בו מתנהלים חיי הנפגע. ראו ע"א 466/83 אג'מ'אן שאהה נ' דרדריאן פ"ד לט(4) 734, בעמ' 746 בו: 'החברה בישראל מאגדת בתוכה פסיפס של קבוצות אוכלוסין בעלות תפיסות עולם ואורחות חיים שונים ומגוונים מן ההיבט הלאומי, הדתי והעדתי. סביר איפוא לגרוס, כי מידת הסובלנות, המאפינת משטר דמוקרטי, מחייבת פרישת הגנה גם על מי שנפגע על-ידי פירסום כוזב בקרב המיגזר או החוג שבו מתנהלים חיי, ולא דווקא בקרב החברה בכללותה' " (ההדגשה במקור). ראו גם הלם, לעיל הערה 9, עמ' 95, הסבור כי דוגמה לתמונה משפילה יכולה להיות צילום של פצוע טראומה, אדם גוסס או קורבן להתעללות. אמנם פגיעה של אדם שנפצע בפגיעה אינה פגיעה בשמו הטוב, אך היא יכולה לפגוע בפרטיותו.

לעניין זה, "נפגע" – מי שסבל מפגיעה גופנית או נפשית עקב אירוע פתאומי ושפגיעתו ניכרת לעין.¹³²

גם מקרה כגון צדיק הוא מקרה קלסי ומתאים לכך, כמו כל אותם מקרים וכמו המקרה נושא התיקון לחוק. לכאורה צדיק הוא נושא התמונה עצמה, כמו במקרה לשם. אולם כבמקרה יפת הוא גם מעין ניצב אף שהתמונה מתמקדת בו, שכן אין חשיבות לשמו הפרטי ולו עצמו כאדם פרטי, אלא דווקא למגזר שאותו הוא מייצג – המגזר החרדי. בהנחה שאכן ישנו עניין ציבורי בשידור התמונה במדור "הארץ שלנו", המראה את הניגודיות הגמורה בין היהודי החרדי העומד ליד דוכן תשישי הקדושה שלו לבין הפוסטר הפרובוקטיבי, ניתן היה להשיג אותה תוצאה בדיוק לו מראש היה העיתון בוחר לפרסם את התמונה כאשר פניו של צדיק מטושטשות, או כאשר פס שחור מודבק על עיניו. האינטרס הציבורי וחופש האמנות לא היו נפגעים כהוא זה, שהרי העניין הציבורי לא היה בצדיק עצמו, כאדם פרטי, אלא בניגודיות שבין הרקע החילוני לבין אדם חרדי – וגם טשטוש או פס שחור על העיניים עדיין היה מותר לקורא את היכולת להבחין שמדובר באדם חרדי (עטור זקן ופאות ולבוש כאדם חרדי), בלי להביא לפרסום מעשי של זהותו ופגיעה כה קשה ב"ענייני הפרטיים" בקרב הציבור שבו הוא חי.¹³³ אנשים המכירים את צדיק באופן אישי ויודעים כי זה האזור שבו הוא מעמיד את דוכנו, עדיין היו יכולים לזהותו, אולם לא כך כאשר לכלל הציבור שעמו הוא נמנה והמעגל הרחוק יותר של מכריו בקהילה, שאולי לא היו מזהים אותו. לחלופין, ניתן היה לפנות לצדיק (לו אפשר היה לאתרו) ולבקש את רשותו המפורשת לפרסום פניו הלא מטושטשות.

132 בדברי ההסבר להצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון 11), ה"ח 358, מ"ג בינואר 2011, נכתב כי הסעיף נועד לאזן בין הזכות לפרטיות לבין זכות הציבור לדעת ולקבל מידע, בייחוד במצבי אסון שבהם נחשפים הרוגים ונפגעי הלבם וחרדה במצב פיזי או נפשי קשה, אך דומה שהסעיף מתאים מאוד אף לענייננו. מובן שסעיף זה לא היה רלוונטי לפסקי הדין המוזכרים כאן, שבכולם המעשים אירעו לפני תיקון החוק ואף פסקי הדין ניתנו לפני כן. יוער כי התיקון לחוק התקבל עם ירידת המאמר לדפוס.

133 כאמור, צילום החושף את זהותו של צדיק, ובענייננו גם את עיסוקו באותה עת, נכלל בוודאי ב"ענייני הפרטיים" לפי כל גישה שהיא מאלה שהוצגו לעיל. ראו לעיל בטקסט ליד הערה 38.

בית המשפט העליון של ארצות הברית פסק כי בניגוד לנבחר ציבור, אין לאדם פרטי גישה לאמצעי התקשורת ואין לו דרך ממשית לשלול את הפרסום הצפוי, ועל כן קיים הבדל בין אדם פרטי הזקוק לסיוע של המערכת המשפטית במאבקו לבין דמות ציבורית.¹³⁴ במקרה דנן צדיק הוא אדם פרטי, והוא זקוק לסיוע המערכת אפילו אם עמד שם מיוזמתו וב"אשמתו", בייחוד כאשר אין חשיבות לתמונתו הספציפית אלא לתמונה של כל חרדי באשר הוא, תוצאה שהייתה מושגת על ידי טשטוש פניו או השמת פס שחור על עיניו בתמונה המתפרסמת.

4. בחינת הדומיננטיות של מטרת השידור המסחרי לצורך החלטה אם הוא נעשה למטרות רווח

לעניין סעיף 2 (6) לחוק הגנת הפרטיות, הרואה פרסום לשם כוונת רווח כהפרת הפרטיות אך למעשה רוקן מתוכן לגבי השידור והפרסום בעיתון בפסקי הדין בפרשיות עמיר וצדיק, מוצע בזאת להיעזר במבחן של דומיננטיות. דהיינו, מחד גיסא יש להתייחס בחשדנות לכל העברת תמונות לערוץ מסחרי דווקא, תהא מטרת השידור אשר תהא, מכיוון שהשידור מוחזק כשידור למטרות רווח, ולכן מהווה עוולה לפי סעיף 2 (6) לחוק; אך מאידך גיסא יש לכרוך בכל זאת מהי תכלית השידור הדומיננטית, כאשר ברקע תעמוד כל הזמן העובדה, שגם אם יש בשידור עניין ציבורי עדיין מדובר בערוץ מסחרי. במילים אחרות, אין לפסול בהכרח את היותו של שידור בעל עניין ציבורי, גם כשהוא משודר בערוץ מסחרי, אם בדיקה לגבי הדומיננטיות של הכתבה המשודרת מצביעה על כך שעיקר שידורה נועד למטרות ציבוריות ולא מסחריות; אך החזקה תהיה בכל זאת שמדובר בשידור למטרות רווח ושמדובר בעוולה לפי סעיף 2 (6) לחוק, והערוץ המסחרי הוא שיצטרך להפריכה.

134 פסק דינו של השופט פאוול בעניין *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974), שם בית המשפט העליון החיל לראשונה את הגנת התיקון הראשון לחוקה כלפי טענות ללשון הרע שהועלו בידי אנשים פרטיים.

ט. סיכום

פסקי הדין בערכאות השונות בפרשיות עמיר וצדיק, והחלטות נוספות במקרים דומים, הביאו עמם כמה הרהורים ותובנות לגבי חוק הגנת הפרטיות בכלל, ולגבי פרסום צילום ברשות הרבים כנסיבות העשויות להיחשב כמשפילות או מבזות, וכן לגבי זכויות של אסירים בפרט. הלן ניסנבאום גרסה כי הימצאות אדם בזירה הציבורית, דהיינו ברשות הרבים, אין משמעה בהכרח שהאינטרס של אדם לשמירת פרטיותו נשלל ונעלם כאיננו.¹³⁵ זהו קו מנחה לדיון הנורמטיבי הראוי במקרים שנידונו בחיבור זה.

אולם יש לתהות אם תא כלא אכן צריך להיחשב לרשות הרבים, ואם כיום יש לאסיר איזושהי רשות יחיד משלו. הדבר משליך, בין היתר, על השאלה המשפטית אם ניתן לצלם אסיר כמעט בכל מצב ללא שהדבר ייתפס כעוולה – ודווקא הפרסום עלול להיות אסור, או שמא יש לקבוע כי גם לאסיר רשות היחיד שלו שבה אסור לצלמו. לדעתי היה צורך לקבוע שתא כלא, בייחוד כזה שאינו מסורג, הוא רשות היחיד ולא רשות הרבים, ולו לעניינים מסוימים כנשוא העתירה בעניין עמיר, ולפיכך עצם צילום תמונות בו מהווה פגיעה בפרטיות, גם אם לא מדובר בפרסום משפיל ומבזה.

הוצע לעיל לפעול בדרך של "מבחן דומיננטיות" לגבי מידת העניין הציבורי או המסחרי שבכתבה. אם הכתבה משודרת בערוץ מסחרי החזקה תהיה שיש בה משום שידור למטרות רווח ולכן היא מהווה עוולה. כמו כן הודגש כי לעניין חוק הגנת הפרטיות, ואפילו לגבי בקשות לצווי מניעה לפי החוק המתקבלות בדרך

H. Nissenbaum, "Protecting Privacy in the Information Age: The Problem of Privacy in Public", *Law & Philosophy* 17 (1998), p. 559. המחברת מותחת ביקורת על כך שבעידן הטכנולוגי איבדנו, כחברה, את המשמעות האמיתית של הזכות לפרטיות, במיוחד בזירה הציבורית, ובחלק מכך אנו אשמים בעצמנו, למשל בגלל הרשתות החברתיות שבהן אנו נחשפים זה לעיני זה ומוסרים פרטים על עצמנו (מה שלא רלוונטי, כמובן, לשני המקרים שבבסיס חיבור זה). טענתה היא שאם נתבונן בנושא מזווית פילוסופית, נוכל לחזור לשורשים ולהציע הגנה רחבה יותר על הזכות לפרטיות. קרי, הסתובבותו של אדם בזירה הציבורית אינה צריכה בהכרח להוות עילה לביטול זכותו לפרטיות. לדעתה של ניסנבאום, ההגנה על הפרטיות צריכה לחול אפילו על מידע שאינו אישי במיוחד.

כלל רק באופן נדיר, לא יהיה נכון לבחון את הפרסום כמכלול וכמקשה אחת. אם מדובר בשידור של כתבה ונטען כי חלק מהתמונות שבה משפילות ומבזות, יש לבחון אותן ככאלה, ואם נטענת הגנה של עניין ציבורי יש לבדוק אם היא חלה על התמונות הספציפיות ולא דווקא על הכתבה בכללותה. לצורך כך ולצורך מקרים דומים יש להגמיש אף את המבחנים הנוקשים לקבלת צווי מניעה – ולו לגבי הגנת הפרטיות, שם פרסום השידורים מהווה "אל-חזור", בשונה מלשון הרע. לפיכך יש לאפשר במקרים המתאימים שידור ללא קטעים מביכים ומשפילים שאינם חוסים כשלעצמם, להבדיל מהכתבה כולה, תחת אחת ההגנות בחוק, כגון עניין ציבורי, בייחוד אם חלקם של אותם קטעים קטן מבחינת הזמן ומבחינת מקומם בנושא הכתבה. במקרים המתאימים יש לטשטש גוף או פנים, או לשים פס שחור על העיניים.

הודגש גם כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו פותח חזית נוספת בהיותו מעגן את הזכות לפרטיות במסגרת ערכי היסוד בצורה שאולי רחבה יותר מזו המעוגנת בחוק הגנת הפרטיות, ובהיותו מעגן גם את כבוד האדם כערך יסוד – שני ערכים שייכתן שניתן מכוחם לתבוע עצמאית, מכוח חוק היסוד, אם נפגע אדם עקב שידור תמונות מביכות שלו. לכל הפחות צריכים ערכים אלה לשמש להגברת המשקל של הזכות לפרטיות מול חופש הביטוי וזכות הציבור לדעת, אפילו בבקשות לצווי מניעה, בעיקר אם ללא הקטעים הפוגעים או בטשטושם אפשר להגיע לאותן תוצאות ללא הפרת הפרטיות.

שופט בית המשפט העליון אליהו מציא מציין באחת מעתירות האסירים כי –

עלינו לזכור ולהזכיר, שכבוד האדם של האסיר הוא ככבודו של כל אדם. המאסר פוגע בחירותו של האסיר, אך אסור שיפגע בכבוד האדם שלו. זכות יסוד היא לאסיר שכבודו לא ייפגע ועל כל רשויות השלטון מוטלת חובה לכבד זכות זו וכן להגן עליה מפני פגיעה (ראה: בש"פ 7223/95 מדינת ישראל נ' רוטשטיין [טרם פורסם], מפי השופט אור). יתר על כן: פגיעה בכבוד האדם של אסיר פוגעת לא רק באסיר, אלא גם בדמותה של החברה. יחס אנושי לאסירים מהווה חלק מנורמה מוסרית-אנושית שמדינה דמוקרטית מצווה לקיימה. ומדינה הפוגעת בכבוד אסיריה, מפרה את חובתה, המוטלת עליה כלפי כלל אזרחיה ותושביה, לכבד את

זכויות היסוד של האדם. יפים לכאן דברי השופט ברק בפרשת יוסף: "אכן, המאסר מחייב שליילת חופש, אך אין בו כדי להצדיק, מעצם מהותו, פגיעה בכבוד האדם. ניתן לקיים מאסר שישמור על כבוד האדם של האסיר. חומות הכלא אינן צריכות להפריד בין האסיר לבין צלם האנוש [...] בית סוהר אסור לו שייהפך למכלאה, וחדר האסיר אסור לו שייהפך לכלוב. עם כל הקשיים הכרוכים בדבר, חברה מתורבתת חייבת לשמור על רמה אנושית מינימאלית של תנאי מאסר. לא נהיה אנושיים אם לא נבטיח רמה אנושית לאסירים שבחברתנו" (בג"ץ 540/84 יוסף נ' מנהל בית הסוהר המרכזי ביהודה ושומרון, פ"ד מ (1)567, עמ' 573).¹³⁶

כן ראו את דבריו הנוקבים של השופט מישאל חשין באותה פרשה:

בהיכנסו אל כלא מקפח אדם את חירותו. את חירותו מקפח אדם – את כבודו אין הוא מקפח. כבודו של אדם יהיה עמו באשר ילך ויבוא, וכבודו בכלא ככבודו אל מחוץ לכלא [...] ובמקום שבעל סמכות יפגע ללא הצדק בכבודו של אסיר – בכבודו כאדם – יאמר בית המשפט את דברו צלול וברור [...] אדם, כל אדם, נושא את זכויותיו החוקתיות בצקלוננו, ובאשר ילך שמה תלכנה זכויותיו אף הן. גם בהיכנסו כאסיר אל בית הכלא אין אדם מתנצל את זכויותיו החוקתיות מעליו, והרי זכויותיו ממשיכות לשכון בצקלוננו. בה בעת, לא הרי זכויותיו החוקתיות של אדם בתוככי בית הכלא כהרי זכויותיו החוקתיות חוצה לבית הכלא. כוחן של הזכויות החוקתיות בתוככי בית הכלא אינן ככוחן חוצה לבית הכלא, מטעם זה שבתוככי בית הכלא עליהן לשרות עם אינטרסים שהם כבדים וחזקים מהאינטרסים המקבילים להם חוצה לבית הכלא. משל למה דומות הן הזכויות החוקתיות, לקרן אור המשוטטת לה חופשייה בחלל והיא הזכות החוקתית בטוהרתה.

136 ע"א 4463/94, רע"ב 4409/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ (4) 136, 156-157 (1996). וראו גם גביוון, לעיל הערה 20, עמ' 113-115.

עוד היא משוטטת כך חופשייה בחלל, נתקלת קרן האור במסך
 העומד כמכשול בדרכה. בעוברת דרך המסך נחלש כוחה של קרן
 האור, וכוחה לאחר המסך אינו ככוחה לפני המסך.¹³⁷

כך לגבי אסיר, אפילו אסיר כמו יגאל עמיר שביצע פשע כה קשה. לא ייתכן
 שלאסיר לא תהיה כל פרטיות לפי כל אחת מהגישות, אפילו המצמצמות,
 להבנת אותה זכות. לא ייתכן שלא תהיה לו שליטה, ולו מזערית, על חייו, ולא
 אוטונומיה הקשורה לצורכי אדם בסיסיים, אף אם הוא עבריין ואפילו עבריין
 "כבד". לא ייתכן שכל פרט כמעט הקשור לחייו יהיה נגיש לפרסום ברבים באין
 מפריע. גם אסיר צריך לעתים להיעזב לנפשו. זהו מקרה קלסי שבו יש ליישם
 את התפיסה שהפרטיות היא קודם כל של אדם ולא דווקא של מקום,¹³⁸ על אחת
 כמה וכמה כאשר האסיר מצולם בכגדיו התחתונים.

עמדנו גם על הצורך לקבל את תביעתו של צדיק, אך גם כאן "סוף מעשה
 במחשבה תחילה" – הוצע במקרים דומים עתידיים לכסות בפס שחור את עיני
 המצולם או לטשטש את תמונתו, שכן אם קיים עניין ציבורי בתמונות כאלה,
 הוא אינו מצדיק כהוא זה השחרת פניו של צדיק בעיני הציבור שעמו הוא נמנה,
 וניתן היה להשיג אותה תוצאה תוך אותו טשטוש, שיתיר עדיין בכירור את
 הרושם שמדובר באדם חרדי. תיקון חקיקה שעבר לאחרונה עולה בקנה אחד עם
 הצעה זו.

כך דבריה של פרופ' גביון, שהחשיפה וההתערטלות שעליהן היא מדברת
 מקבלות בענייני צדיק ועמיר משנה חשיבות:

137 עניין גולן, לעיל הערה 136, מתוך פסקות 3 ו-6 לפסק דינו של השופט חשין. והשוו
 למשל דברי השופט אלון בבג"ץ 114/86 וייל נ' מדינת ישראל, פ"ד מא (3) 477
 (1987), בייחוד עמ' 490, לעניין זכותו של האסיר לכבוד ולשלמות הגוף והנפש בעניין
 עתירתו לצאת לחופשה כדי לקיים מצוות "פרו ורבו"; דברי המשנה לנשיא אלון בש"פ
 3734/92 מדינת ישראל נ' עזאזמי, פ"ד מו (5) 72 (1992), ראו למשל עמ' 79-81
 ו-85, לעניין שמירת כבוד האדם גם אם הורשע ברין, כמשפט הכללי והעברי, ואפילו
 אם נגזר דינו למוות, וזאת – לעניין עונש שאינו עונש מוות – לא רק לאחר ריצוי
 העונש אלא גם בעת ריצוי העונש.

138 ראו לעיל הערה 17.

פרסום באמצעי התקשורת, בעיקר כשהוא נוגע לעניינים אישיים ואינטימיים, לוקה תמיד בחד-ממדיות עלובה, אף כאשר כל המידע מדויק לחלוטין. קורבנות של פרסומים כאלה מתלוננים על תחושה של עלבון ובושה הנובעת מתחושה של היחשפות והתערטלות בפומבי [...] הרגשות אלה [...] קשורות לדברים כמו הדימוי העצמי של הפרט, והיכולת שלו לחוש אמון, חירות, בטחון וכבוד.¹³⁹

"מה ששנוא עליך אל תעשה לחברך", גרס הלל הזקן לאותו גוי שבא להתגייר ורצה ללמוד את כל התורה כולה על רגל אחת, "זו כל התורה כולה".¹⁴⁰ לפי חלק מהדעות הדברים מכוונים גם כלפי רשע גמור.¹⁴¹ הפשט אדם מבגדיו נתפסת על ידי הדין העברי כביוש גדול וכפגיעה קשה בכבוד האדם שנברא בצלם, אף אם מדובר בעברייני.¹⁴² רוב בני האדם לא היו רוצים שיצלמו אותם בבגדיהם התחתונים וישררו את התמונות בקדימונים ובסרט בערוץ מסחרי לכל בית ישראל ללא הסכמה, במיוחד כאשר הדבר אינו נצרך למעשה, וזאת באמתלה של שידור ללא מטרת רווח כספי ושל חשיבות ציבורית ממדרגה ראשונה. "ואידך זיל גמור".¹⁴³

139 גביוון, לעיל הערה 3, עמ' 191.

140 בבלי, שבת לא, א.

141 ב' שמואלי, "על משפט, מוסר ואהבת הזולת: למהותו של הכלל 'ואהבת לרעך כמוך' בדין העברי והכללי", הרצאה בקונגרס העולמי למדעי היהדות, האוניברסיטה העברית בירושלים, 2.8.2005.

142 למקורות בנידון ראו דברי השופט אלון בעניין גואטה, לעיל הערה 112, פסקות 18 ו-22 לפסק דינו.

143 בבלי, שבת לא, א.



אנונימיות ואינטראקטיביות באינטרנט

הזכות לפרטיות כמושג רב-ממדי

יאיר עמיחי-המבורגר, אורן פרז

1. מבוא

ההתפתחות המואצת של רשת האינטרנט בשנים האחרונות, המהווה חלק בלתי נפרד מהחיים בעולם המודרני, הביאה לטשטוש הגבולות בין הפרטי לציבורי ומציבה אתגר לתפיסת הפרטיות. על רקע המציאות המשתנה מבקש מאמר זה לבחון מחדש את הזכות לפרטיות, מתוך ראייה עדכנית המבקשת לשים דגש לא רק על עולם הדוקטרינה המשפטית, אלא גם על המציאות הטכנולוגית שבמסגרתה מתרחש דיון זה ועל ההתפתחויות בתחום חקר הפסיכולוגיה של השימוש באינטרנט. במאמר זה נטען כי התפיסה המשפטית הקלסית של הזכות לפרטיות אינה תואמת עוד את מציאות החיים המתהווה, וכי יש צורך בתפיסות עשירות יותר של מושג הפרטיות, המתאימות יותר לממצאי המחקר הפסיכולוגי כמו גם למציאות הטכנולוגית העכשווית. עוד נראה כי כיום מתפתחות מערכות טכנולוגיות שמחליפות למעשה את ההסדרה המשפטית, ולמרות כסותן הטכנולוגית ה"ניטרלית" הן יוצרות הלכה למעשה מארג של הסדרים נורמטיביים. בישראל הזכות לפרטיות נתפסת כזכות חוקתית המשתרעת "על זכותו של אדם לנהל את אורח החיים בו הוא חפץ בד' אמות ביתו, בלא הפרעה מבחוץ. ביתו של אדם הוא מבצרו, ובגדריו הוא זכאי לכך כי יניחו אותו לעצמו, לפיתוח האוטונומיה של הרצון הפרטי שלו".¹ מבחינה זו, הזכות לפרטיות מהווה בין

* המחברים מבקשים להודות לשרית חתוכה, דורון נגרין ועתי קוה על עזרתם המסורה באיסוף חומר למחקר זה.

1 פסקה 16 לפסק דינו של המשנה לנשיא ברק בבג"ץ 2481/93 יוסף דיין נ' ניצב יהודה וילק ו-5 אח', פ"ד מח (2) 456 (1994).

השאר "הגבלה על נגישותם של אחרים אל היחיד"². הזכות לפרטיות "מותחת את הקו בין הפרט לבין הכלל, בין 'האני' לבין החברה. היא מסרטטת מתחם אשר בו מניחים את הפרט לנפשו, לפיתוח 'האני' שלו, בלא מעורבות של הזולת"³. בית המשפט העליון הדגיש גם כי הזכות לפרטיות מהווה מגן מפני "כוחה העודף של המדינה" – היכולת לעשות שימוש לרעה במידע הרב שהמדינה אוגרת אודות אזרחיה.⁴

יישומה של התפיסה החוקתית של הזכות לפרטיות למרחב האינטרנטי מעורר מספר שאלות הן במישור המושגי הן במישור הנורמטיבי, כפי שנראה להלן. ראשית, בעולם הווירטואלי של הרשת, המרחב שאליו מתייחסת הזכות המשפטית לפרטיות אינו מוגבל עוד למרחב הפיזי של "הבית". הוא נמתח באופן רב-ממדי אל מתחמים נוספים המסורטטים ומוגדרים מחדש ברשת (בהתאם להתפתחויות טכנולוגיות שונות). שנית, נקודת המוצא של הדיון המשפטי היא בדרך כלל קיומו של "איום" על הפרטיות ועל האוטונומיה של הפרט. זהו גם בדרך כלל היחס של המשפט לאינטרנט ולמאגרי מידע ממוחשבים.⁵ אלא שכפי שנראה להלן, האינטרנט יצר קונפליקט ביחס לרעיון הפרטיות. מחד גיסא, מראשית דרכו האינטרנט נכרך עם רעיון האנונימיות, מתוך תפיסה שמוסד האנונימיות מסייע למימוש האוטונומיה של הרצון הפרטי. מושג האנונימיות⁶

- 2 ר' גביוון, "איסור פרסום הפוגע בפרטיות: הזכות לפרטיות וזכות הציבור לדעת", זכויות אזרח בישראל: קובץ מאמרים לכבוד חיים ה' כהן (ירושלים: האגודה לזכויות האזרח בישראל, תשמ"ב). ראו גם לעיל הערה 1.
- 3 ראו פסק הדין בעניין דיין, לעיל הערה 1, עמ' 470.
- 4 פסקה 2 לפסק דינו של השופט גרוניס בבג"ץ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים ואח', תק"על 2004 (2) 1065 (2004).
- 5 ראו חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, ס"ח תשמ"א, עמ' 128, פרק ב: הגנה על הפרטיות במאגרי מידע.
- 6 A. Pfitzmann & M. Köhntopp, "Anonymity, Unobservability, and Pseudonymity—A Proposal for Terminology", *Designing Privacy Enhancing Technologies* (Berlin: Springer, 2001), pp. 1–9
למושג האנונימיות: "Anonymity is the state of being not identifiable within a set of subjects, the *anonymity Set*"

מזוהה עם רעיון הפרטיות, מאחר שאנונימיות – אי-היכולת לזהות את פרטיו של הגולש המשתתף בחיי הרשת – מונעת מעקב וחדירה למתחם האישי של הגולש המסוים. בכך מסייעת האנונימיות להגן על זכותו של אדם לפרטיות. מאידך גיסא, כפי שנראה בהמשך, יכולתו של הפרט לממש את מאווייו ואת האוטונומיה שלו במרחב האינטרנטי תלויה, בהקשרים רבים, בויתור על הפרטיות (ועל האנונימיות). במובן זה, העיקרון של כיבוד האוטונומיה של הפרט מחייב דווקא גמישות בתחימת גבולותיה של הזכות לפרטיות. הגנה דווקנית מדי על הזכות לפרטיות יכולה לפגוע ביכולתו של הפרט לממש את האוטונומיה שלו.

לבסוף, התפיסה החוקתית של הזכות לפרטיות⁷ מעמידה את המדינה כשחקן מפתח במשחק ההגנה על הפרטיות, הן כמי שאמונה על ביצור רעיון הפרטיות הן כאויבת הגרולה של הפרטיות. אלא שבעידן האינטרנט שתי הנחות אלה אינן נכונות. האויב הגדול של הפרטיות אינו בהכרח המדינה אלא שחקנים פרטיים שונים, החל במייקרוסופט, פייסבוק וגוגל, עבור בספקי אימייל דוגמת 012 סמייל ונטוויז'ן, וחברות דוגמת Amazon ו־eBay, וכלה – להבדיל – בהאקרים הפועלים באופן עצמאי. גם מי שאמון על הגנת הפרטיות אינו עוד המדינה לבדה, באמצעות מערכות אכיפת החוק שלה, אלא גם שחקנים פרטיים שונים המשפיעים בדרכים מגוונות על יכולתו של הגולש להגן על פרטיותו. העובדה שהאינטרנט הוא מרחב גלובלי, בעוד שמערכת אכיפת החוק מבוססת עדיין על בסיס לאומי-טריטוריאלי, מוסיפה נדבך לחולשת המשפט במתן פתרונות לדילמת ה"פרטיות".

מאמר זה יבקש לסרטט מחדש את גבולותיה של הזכות לפרטיות באינטרנט, וידון בדיאלוג המורכב שבין מרכיב האינטראקטיביות והגמישות האינטרנטית לבין מוסד האנונימיות. ייבחנו גם מודלים משפטיים וטכנולוגיים המבקשים לתת מענה לצרכים המנוגדים לכאורה של הגולש, החפץ לממש את האוטונומיה שלו ברשת.

7 חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 7 (א) ("כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו").

2. דילמת הפרטיות באינטרנט: בין אינטראקטיביות לאנונימיות

א. כללי

הגלישה באינטרנט מהווה מקום מפגש בין ממשק תקשורת גמיש ואינטראקטיבי לבין תחושת האנונימיות המלווה את האדם בשהותו בחלקים נרחבים במרחב האינטרנטי. האינטרנט מאפשר לגולש לבטא את העדפותיו בבחירת תכנים ובעיצוב הסביבה האינטרנטית. תכונות ייחודיות אלה הופכות את האינטרנט למדיום בעל פוטנציאל ייחודי, שאינו קיים באינטראקציה פנים מול פנים ובמדיות אלקטרוניות ותיקות יותר (טלוויזיה, טלפון). רשת האינטרנט מאפשרת לגולש לבחור שלא להסגיר את פרטיו האישיים, לבחור בשם כינוי ואף לגלוש בשם בדוי. מרכיב זה יוצר עבור הגולש סביבה הנתפסת בעיניו כמוגנת. הגולש תופס את ההגנה האינטרנטית ככזאת השומרת על פרטיותו ומאפשרת לו להשתחרר ממסכות שעטה על עצמו בחיי היום יום מפאת לחצים חברתיים, ולבטא את ה"אני האמיתי" שלו באופן המשוחרר ביותר.

קיים מתח מובנה בין האינטראקטיביות והגמישות (malleability) של המרחב האינטרנטי ובין מוסד האנונימיות. השחקנים הפועלים ברשת – החל בספקי תוכן דוגמת financial times, חנויות דיגיטליות כמו Amazon, חברות של שירותים חברתיים כמו פייסבוק וג'ימייל, ואף המדינה במופעה האינטרנטי כספק מידע לאזרח⁸ – מסוגלים להעניק לגולש הספציפי סביבה אופטימלית המותאמת לצרכיו ולמבנה האישיות שלו. שירותים אלו מקבלים ערך מוסף גדול יותר ככל שהגולש יגלה יותר מידע על עצמו. אולם ככל שהאדם חושף יותר מידע על עצמו כך הוא מגדיל את הסיכון לפגיעה באנונימיות ובפרטיות שלו.

ב. מבנה הקונפליקט וביטוייו השונים

רשת האינטרנט היא מערכת מבוססת מחשבים בעלת זיכרון אינסופי, תגובה מהירה, ויכולת ריבוד (באמצעות Hyperlinks), המאפשרת לכל גולש ליצור

תבנית גלישה ייחודית שתתאים להעדפותיו (התכניות והצורניות). ניתן להדגים יכולת זו של האינטרנט לעצב חליפה מותאמת-גולש בהתבוננות במספר אתרים בולטים. דוגמה טובה היא אתר הקניות אמזון (Amazon). האתר, שהחל את דרכו ב-1995 כאתר המוכר מיליוני ספרים באמצעות הרשת, הרחיב מאז את מכירותיו למוצרים רבים ומגוונים לצד הספרים. באמזון עושים מאמץ גדול ללמוד את הלקוחות שלהם, על מנת להציע להם את החבילה המסחרית האופטימלית. ברגע שקנית באמזון פעם אחת ומסרת את פרטיך האישיים, כשתחזור לאתר תזוהה כלקוח חוזר, האתר יפנה אליך בשמך הפרטי, יציע לך ספרים על פי פרופיל הרכישות הקודמות שלך, יאפשר לך לבדוק את סטוס ההזמנות שלך ואף לכתוב ביקורות על הספרים שקראת.⁹ אמזון, כמו כל אתר מסחרי, מבקש לשכנע אותך למסור פרטים אישיים רבים ככל האפשר, על מנת שיוכל להעניק לך שרות אופטימלי (וכמובן להשיא את רווחיו). באמצעות הטכנולוגיה האמורה, חנות הספרים הגדולה ביותר בתבל מבקשת להעניק ללקוחותיה שירות אישי יותר מזה שהם יכולים לקוות לקבל בחנות הספרים השכונתית. דוגמה נוספת היא אתר החדשות של גוגל – Google News. שירות זה מאפשר לגולשים לעצב את תכני החדשות הנצפים בהתאמה אישית, ולבחור הן את נושאי החדשות הרלוונטיים הן את אופן הצגתם.¹⁰

העובדה שאתרי אינטרנט שונים בישראל ובעולם (כגון אמזון וגוגל, ובישראל סטימצקי או וואלה שופס) שומרים מידע עדכני על אודות הפרופיל של הגולש, מעוררת תהיות וחששות בדבר מחויבות אתרים אלה להגן על פרטיותו של הגולש, כפי שזו באה לידי ביטוי במדיניות הפרטיות של האתר. כך למשל, מדיניות הפרטיות של אמזון מאפשרת ללקוחות גמישות רבה בקביעת היקף הפרטים שיימסרו לחברה.¹¹ עם זאת בררות המחדל של אמזון מכתיבות במידה רבה את כמות המידע שתועבר לידי אמזון, ולכן הסכנה היא שגם אותם לקוחות

- 9 מסך הפתיחה של Amazon מברך את לקוחותיו החוזרים (ואותי א"פ ביניהם) בתחילת הגלישה בברכה הבאה: Hello, Oren Perez. We have recommendations for you: ההמלצות נשענות כאמור על ניתוח דפוסי הרכישה בעבר.
- 10 הממשק של גוגל מאפשר לך לבחור את תמהיל המקורות והתכנים, ואף לעצב את אופן ההצגה. ראו news.google.com/?pog=false
- 11 ראו www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?nodeId=468496

שאינם מעוניינים בתועלות הכרוכות בחשיפת המידע הפרטי יעשו זאת, פשוט בשל המאמץ הקוגניטיבי הנדרש על מנת לשנות את אופן האינטראקציה עם אמזון.¹²

למערכת האינטרנט יתרון נוסף, בכך שהיא מאפשרת ליצור התאמה ברמת תצורת הממשק ועיצוב האופן שבו ייראה ויפעל העולם הווירטואלי של הגולש. ליכולת טכנולוגית זו יש משמעות רבה, מאחר שכפי שהראה עמיחי-המבורגר בכמה מחקרים, לאנשים בעלי דפוסי אישיות שונים יש העדפות שונות ביחס לממשק שבו הם עובדים (למשל כמות הקישוריות, טקסט מול גרפיקה, צבע, גודל אותיות ועוד). במחקר חלוצי בדקו עמיחי-המבורגר, פיין וגולדשטיין¹³ מהי העדפת הגולשים לכמות הקישורים באתר על פי הממד האישיותי של הצורך בסגירות. ממד הצורך בסגירות קוגניטיבית¹⁴ משקף הברדל בין אנשים המתקשים ביצירת סגירות, הנמנעים ככל האפשר מבחירה בין אלטרנטיבות בתהליך קבלת ההחלטות ומעדיפים מצבים עמומים על פני הסגירות שבקבלת החלטות, לבין אנשים החשים איום במצבים עמומים ומרגישים צורך להכריע בין אלטרנטיבות קיימות. החוקרים מצאו שאנשים בעלי צורך גבוה בסגירות יעדיפו אתר עם מעט קישורים על פני אתר מרובה קישורים, בעוד שאנשים בעלי צורך נמוך בסגירות יעדיפו אתר מרובה קישורים על פני אתר ממועט קישורים.

12 מדיניות הפרטיות של אתר "סטימצקי ספרים" קובעת בדומה, שהחברה שומרת לעצמה את האפשרות לעשות בפרטי הלקוח השמורים בידה שימוש בדרך של הצעה, באמצעות דיורר ישיר, של כל מוצר או שירות שלדעתה יכולים לעניין את המשתמש, בהתאם לפילוח המידע המצוי אצלה על אודות הרכישות שביצע אותו לקוח. זאת ועוד, סטימצקי אף שומרת לעצמה את האפשרות להעביר את המידע לצדדים שלישיים, על מנת שגם הם יוכלו לפנות אל המשתמש ולהציע לו שירותים ומוצרים נוספים.

13 Y. Amichai-Hamburger, A. Fine, & A. Goldstein, "The Impact of Internet Interactivity and Need for Closure on Consumer Preference", *Computers in Human Behavior* 20 (2004), pp. 103–117

14 A. W. Kruglanski & T. Freund, "The Freezing and Unfreezing of Lay-inferences: Effects on Impression Primacy, Ethnic Stereotyping, and Numerical Anchoring", *Journal of Experimental Social Psychology* 19 (1983), pp. 448–468

היכולת של ספקי שירות, החל באמזון וכלה באתר הממשלה ובספקי מידע אוניברסיטאיים, להתאים את הסביבה האינטרנטית למשתמש, מחייבת מסירת אינפורמציה לאתר – בין באופן וולונטרי ובין באופן עקיף. האתר איננו יכול להתאים את עצמו למשתמש אם זה נותר זר לחלוטין. מסירת אינפורמציה אישית כרוכה בויתור מסוים על הפרטיות. כך למשל, העדפות ביחס לתכנים מלמדות על נטיותיו האישיות של הגולש (הוא מעדיף פילוסופיה או ספרות פורנוגרפית). יצירת ממשק אינטרנטי תואם אישיות מחייבת ויתור קיצוני יותר על הפרטיות. הגולש יצטרך למלא שאלוני אישיות שיאפשרו למערכת לחשוף את דפוס האישיות הרלוונטי ולהתאים את הממשק לדפוס זה, או לחלופין לאפשר למערכת ללמוד על העדפותיו אלה בדרך ממוכנת.¹⁵ מסירת המידע האמור מהווה לכאורה ויתור על פרטיות (לפחות כלפי ספק השירות). עם זאת היא תאפשר לגולש לממש את האוטונומיה שלו בצורה מלאה יותר.

הגמישות והאינטראקטיביות האינטרנטית יכולה לשרת גם פונקציות ציבוריות. אורן פרז¹⁶ מציע מודל לרמוקרטיה אלקטרונית, שבו תכונת הגמישות והאינטראקטיביות האינטרנטית יוצרת מצע לשיח ציבורי טוב יותר. ראשית, הגמישות האינטרנטית מאפשרת לממשלה להציג מידע באופן התואם את הצרכים, דפוסי העניין והפרופיל הפסיכולוגי של כל אזרח ואזרח. שנית, האינטראקטיביות האינטרנטית מאפשרת לממשלה, ואף לאזרחים, לקיים ביניהם דיאלוג על אודות עניינים שעל סדר היום הציבורי, כאשר סביבת הדיון ואופיו נקבעים באופן אינדיבידואלי עבור כל משתמש. עם זאת המעבר מסביבת עבודה קשיחה לסביבה גמישה ואינטראקטיבית, מחייבת את האזרח לחשוף פרטים נוספים על אישיותו, ולהרחיב עוד יותר את המידע הרב שהמדינה ממילא מחזיקה על אודותיו. לאינטראקטיביות ולגמישות האינטרנטית בהקשר זה יש ערך מוסף ככלי להגשמת ערכי הדמוקרטיה.¹⁷

15 P. Germanakos, et al., "Realizing Comprehensive User Profile as the Core Element of Adaptive and Personalized Communication Environments and (Systems)", *The Computer Journal* 52 (2009)

16 O. Perez, "Electronic Democracy as a Multi-dimensional Praxis", *North Carolina Journal of Law & Technology* 4 (2003), p. 275

17 במובן זה הם מאפשרים גם את הגשמת האוטונומיה הפוליטית של הפרט.

נראה שאחד היתרונות הגדולים הגלומים באינטרנט הוא יכולתו ליצור דיאלוג עם הגולש, ובאמצעות המידע הניתן על ידי הגולש, לעצב בהתאמה את הממשק האינטרנטי בממדיו הוויזואליים (כמות קישוריות, צבע, צפיפות פונטים, גרפיקה מול טקסט וכולי) ובתוכן (מוזיקה: ג'ז או קלסי, חדשות: ספורט או פוליטיקה וכולי). בצורה כזאת הופך האינטרנט ממדיה מנוכרת ולא אישית לכלי היכול ליצור עבור המשתמש חווית גלישה אישית וייחודית. יכולתו של האינטרנט ליצור סביבת עבודה אינדיבידואלית באה לידי ביטוי ראשוני כבר עכשו, אך נראה שבעתיד יכולת זו צפויה להשתפר עוד במידה ניכרת.

אנונימיות

לאנונימיות פנים רבות. בהקשר של רשת האינטרנט, להיות אנונימי פירושו להיות בלתי ניתן להשגה (unreachable), עלום שם. האנונימיות נבחנת באופן יחסי ומידתי – לשלוח דואר אלקטרוני לפלוני או ללוח מודעות מקוון בלי ששם השולח יופיע במסר הנשלח, להשתתף בקבוצות צ'ט או בפורום או במשחק בלי שהזהות תיודע למשתתפים האחרים, לבקר בכל אתר ברחבי הרשת בלי להזהרות.¹⁸ אנונימיות איננה מושג דיכוטומי – קיום או היעדר. העובדה שמידע אישי נחשף איננה פוגעת בהכרח בתחושת האנונימיות של הפרט.¹⁹ מכאן שהיקף הזכות נגזר מרצון הפרט והאוטונומיה שלו להחליט איזה מידע הוא מעוניין לחשוף.

מחקרים מוקדמים בפסיכולוגיה הראו שאנשים הסבורים שזהותם לא תתגלה הרשו לעצמם התנהגויות שלא היו מבצעים במצב שבו הם מזוהים. במחקר שדה של זימברדרו²⁰ הוצבו שתי מכוניות כשמכסה המנוע שלהם פתוח בתחום ציבורי. במקרה אחד המכונית הוצבה ליד אוניברסיטת סטנפורד בקליפורניה, בפאלו

18 ראו פסקה 27 לפסק דינו של השופט עמית, ר"ע (מחוזי חי') 850/06 מור נ' ידיעות אינטרנט מערכות אתר YNET – מערכת הפורומים (פורסם בנוב, 22.4.2007).

19 K. Y. A. McKenna, A. S. Green, & M. J. Gleason, "Relationship Formation on the Internet: What's the Big Attraction?", *Journal of Social Issues* 58 (2002), pp. 9–32

20 P. G. Zimbardo, "The Human Choice: Individuation, Reason, and Order versus Deindividuation, Impulse, and Chaos", in W. J. Arnold & D. Levine (eds.), 1969

אלטו (Palo Alto) – עיירה קטנה ושלוחה. במקרה השני ליד אוניברסיטת ניו יורק, בלבה של שכונת גריניץ' ויליג' הצפופה. הרכב שהוצב ליד אוניברסיטת סטנפורד לא ניזוק כלל; ביום השלישי ניגש אורח לרכב וסגר את מכסה המנוע מיוזמתו, וכך נשארה המכונית ללא פגע. לעומת זאת הרכב שהוצב בניו יורק נבזז כמה דקות לאחר שהוצב; לאחר כשלושה ימים לא נשאר ברכב כמעט דבר (פרט לחלקים שאינם ניתנים לפירוק). התוצאות אישרו את השערת החוקרים שאנשים הגרים במקום קטן יחוו הזדהות גדולה יותר ומחויבות כלפי הקהילה ויבטאו זאת בהתנהגות חיובית ונורמטיבית יותר; ולעומת זאת אנשים הגרים בכרך הגדול לא יחוו הזדהות, ודפוס ההתנהגות שלהם יבטא פחות מעצורים (ולכך נוסף גם הסיכוי הנמוך יותר לזיהוי בעיר הגדולה). מוסד האנונימיות האינטרנטי נתפס אף הוא, בראשית דרכו של האינטרנט, כיוצר מצב של שחרור מנורמות חברתיות וכמעודד התנהגויות לא נורמטיביות.

עמיחי-המבורגר וכן ארצי²¹ טענו שהשפעות ההתנהגותיות של מוסד האנונימיות אינן ברורות ואינן ניתנות לצפייה אפרירית. יש גולשים שמוסד האנונימיות האינטרנטי "ישחרר" אלמנטים שליליים באישיותם, ויש כאלה שהאנונימיות תביא לידי ביטוי אלמנטים חיוביים באישיותם. האלמנטים החיוביים והשליליים באים לידי ביטוי באופן שונה ברשת האינטרנט: אלמנטים שליליים יבואו לידי ביטוי, למשל, כתוקפנות מילולית בצ'אטים ובפורומים;²² ואלמנטים חיוביים יבואו לידי ביטוי בהתנהגות פרו-חברתית, כפי שנמצא בפורומים ממוקדי עזרה.²³ מחד גיסא האנונימיות האינטרנטית משחררת את

Nebraska Symposium on Motivation, vol. 27 (Lincoln, NE: University of Nebraska Press, 1970), pp. 237–307

Y. Amichai-Hamburger & E. Ben-Artzi, "Loneliness and Internet Use", 21
Computers in Human Behavior 19 (2003), pp. 71–80

N. Malamuth, D. Linz, & M. Yao, "The Internet and Aggression: Motivation, 22
Disinhibitory, and Opportunity Aspects", in Y. Amichai-Hamburger (ed.), *The Social Net: Understanding Human Behavior in Cyberspace* (New York: Oxford University Press, 2005), pp. 163–190

L. Sproull, C. A. Conley, & J. Y. Moon, "Prosocial Behavior on the Net", in 23
Amichai-Hamburger, *The Social Net* (לעיל הערה 22).

הגולש מהסנקציות הנלוות לשבירת ה"כבלים" ההתנהגותיים להם כפופה החברה המודרנית, ומאידך גיסא היא מעניקה לנותן העזרה תחושת שליטה ומאפשרת לו להגיב ולהגיש עזרה שאולי לא היה נותן באינטראקציה פנים אל פנים. האנונימיות האינטרנטית מאפשרת לאדם לבטא רבדים פסיכולוגיים עמוקים באישיותו. רוג'רס, הדוגל בגישה הפסיכולוגית ההומניסטית, הציע שהאני האמיתי הוא החלק האותנטי הפנימי באדם, המהווה את הכוח המזווכז והחיובי הגלום בו השואף להגיע לביטוי. אין פלא שמחקרים איששו את יכולת האינטרנט להוות מקום ייחודי לביטוי ה"אני האמיתי" של האדם. מקנה, גרין וגלסון²⁴ טענו, בהתבסס על מושג ה"אני האמיתי" הרוג'ריני, שיש אנשים שקל להם יותר לבטא את האישיות שלהם באמצעות רשת האינטרנט ולא בקשרי פנים אל פנים קונבנציונליים. הם מצאו שלאנשים בעלי חרדה חברתית ולאנשים בודדים יש נטייה למקם את האני האמיתי שלהם באינטרנט. על פי התאוריה הרוג'רינית, היכולת לבטא את האני האמיתי נתפסת כחיונית ביותר לשמירת בריאותו הפסיכולוגית של האדם, ואנשים המתקשים בביטוי האני האמיתי נוטים לסבול מבעיות נפשיות שונות. מסיבה זו נועד הטיפול הקליני לאפשר את הביטוי של האני האמיתי. החשיבות של ביטוי האני האמיתי, בגישתו של רוג'רס, מרגישה את חשיבותו של המרחב האינטרנטי עבור כל אותם אנשים שמרחב זה מהווה עבורם מקום מועדף לביטוי האני האמיתי.

במחקרם של המבורגר וכן ארצי²⁵ נמצא שנשים נירוטיות (חסרות יציבות אמוציונלית) ואינטרוברטיות (מופנמות) השתמשו באינטרנט לצרכים חברתיים הרבה יותר מנשים לא נירוטיות (יציבות אמוציונלית) ואקסטרוברטיות (מוחצנות). החוקרים טענו שנשים נירוטיות ואינטרוברטיות, המאופיינות בחסך חברתי בחיי היום יום, השתמשו באינטרנט ככלי מפצה. לעומת זאת בקרב גברים לא נמצאו הבדלים בין אינטרוברטים לאקסטרוברטים. החוקרים הסבירו את ממצאיהם בכך שלנשים, בהשוואה לגברים, יש מודעות עצמית גבוהה יותר

24 ראו Green, & Gleaso McKenna, „לעיל הערה 19, עמ' 9-32.
 25 Y. Amichai-Hamburger & E. Ben-Artzi, "The Relationship between Extraversion and Neuroticism and the Different Uses of the Internet", *Computers in Human Behavior* 16 (2000), pp. 441-449

וכן יכולת טובה יותר לקבלת תמיכה חברתית. מסיבה זו השכילו נשים כבר מימיו הראשונים של האינטרנט להשתמש בו ככלי מפצה. עמיחי-המבורגר²⁶ טוען שעתה, כשהכלים החברתיים של האינטרנט הפכו לנחלת הכלל, גם גברים הסובלים מחסכים חברתיים יפגינו מודעות לקבלת פיצוי חברתי באמצעות האינטרנט.

עמיחי-המבורגר, וינפל ופוקס²⁷ השתמשו בשאלון "האני האמיתי" של מקנה, המאפשר ללמוד על מיקום האני האמיתי (במפגש פנים אל פנים או באינטרנט), והצליבו אותו עם שאלון אישיותי המלמד על מיקומו של האדם ברצפים של אינטרוברטיות-אקסטרוברטיות ונירוטיות-חוסר נירוטיות. הם מצאו, בהתאמה להשערותיהם, שאנשים נירוטיים ואינטרוברטיים נטו למקם את האני האמיתי שלהם באינטרנט. חיבור כל הממצאים יחדיו מאפשר לנו ליצור פרופיל של סוגי אישיות העשויים להעדיף את הביטוי העצמי דרך הרשת על פני מפגש פנים אל פנים. באוכלוסייה רחבה זו נמצאים אנשים נירוטיים, אינטרוברטיים, בודדים חברתית ובעלי חרדה חברתית.

במיפוי מערכות יחסים באינטרנט נמצא שבחלק גדול של המקרים, המתקשרים יוצרים מערכות קשר עמוקות ורציניות. עומק זה בהתקשרויות באינטרנט קיים לצד מרחבים תקשורתיים אינטרנטיים רדודים ובסיסיים. אהרון בן זאב²⁸ מציין שהאנונימיות האינטרנטית מאפשרת את החשיפה הרבה ביותר לאחר, מכיוון שהאדם איננו חושש מתוצאות חשיפה זו, בעוד שבמפגשי פנים אל פנים הצורך להיפתח נבלם על ידי החשש מנתינת אמון מוקדם מדי בצד השני. רשת האינטרנט, באמצעות מוסד האנונימיות, מאפשרת לאדם לבטא רבדים אותנטיים באישיותו, ובכך היא יכולה לתרום לרווחתו ולביטוי האני האמיתי שבו. זאת ועוד, היכולת לסיים את האינטראקציה בכל רגע יוצרת מצב שבו

Y. Amichai-Hamburger, "Personality and the Internet", in Amichai-Hamburger, 26
The Social Net (לעיל הערה 22).

Y. Amichai-Hamburger, G. Wainapel, & S. Fox, "On the Internet No One 27
Knows I'm an Introvert: Extroversion, Neuroticism, and Internet Interaction",
Cyberpsychology and Behavior 2 (2002), pp. 125–128

A. Ben-Ze'ev, "Detachment: The Unique Nature of Online Romantic 28
Relationships", in Amichai-Hamburger, *The Social Net* (לעיל הערה 22).

אנשים מרשים לעצמם להיפתח ולחשוף פרטים אינטימיים, מכיוון שהשליטה ביכולת הניתוק גורמת להם להרגיש מוגנים.

המגרשים האינטרנטיים שבהם נשמרת האנונימיות עשויים להיות מועדפים עבור מי שיש לו עכבות חברתיות. סביר להניח שבעל הקשיים החברתיים יכול לפצות את עצמו, בסיטואציה האנונימית, על תסכול חברתי מתמשך שהוא חווה מחוץ לאינטרנט. אחת הקהילות המעניינות שבהן נשמרת האנונימיות היא קהילת עורכי הוויקיפדיה – האנציקלופדיה האינטרנטית החופשית. קהילה זו, שהיא אנונימית במהותה, מספקת חלק גדול מערכי הוויקיפדיה. גולשים אלו מנווטים את האנציקלופדיה הגדולה בתבל ומשמים כעורכים שלה. אחד המאפיינים הייחודיים של קהילה זו הוא שתרומתם של העורכים חסויה לחלוטין. הקורא של הוויקיפדיה אינו נחשף לשמם והם בכחינת גיבורים עלומי שם. במחקר של עמיחי-המבורגר, למדן, מדיאל וחיית²⁹ בוצעה השוואה ברמה האישיותית בין עורכי הוויקיפדיה השונים. נמצא שעורכי הוויקיפדיה מתאפיינים בכך שהם "חיים ברשת" – הם חווים את החוויות המשמעותיות שלהם ברשת ומרגישים שהם יכולים לבטא את עצמם באינטרנט טוב יותר מאשר מחוץ לאינטרנט. בהיבט האישיותי נמצא שעורכי הוויקיפדיה נוטים להיות סגורים ומופנמים, והם חשים אי-נעימות במצבים חברתיים – זאת בהשוואה לקבוצת ביקורת של גולשי אינטרנט באופן כללי. מכאן שרבים מעורכי הוויקיפדיה משתמשים בסביבת הוויקיפדיה,³⁰ ובאנונימיות שהיא מעניקה, כמדיום לפיצוי וביטוי עצמי.

מגרש מעניין נוסף הוא מגרש הצ'אטים. במרבית הצ'אטים מתאפשרת אנונימיות, ולכן ניתן להניח שהם יתנו יתרון לאדם המופנם, שירבה להשתמש בהם יותר מהמוחצן. ואכן צוות חוקרים בראשות לוואיג'י אנולי³¹ מצא קשר

Y. Amichai-Hamburger, N. Lamdan, R. Madiel, & T. Hayat, "Personality Characteristics of Wikipedia Members", *CyberPsychology and Behavior* 11 (2008), pp. 679–681

www.wikipedia.com 30

L. Anolli, D. Villani, & G. Riva, "Personality of People Using Chat: An On-Line Research", *CyberPsychology and Behavior* 8 (2005), pp. 89–95

גבוה בין אנשים המשתמשים שימוש מסיבי בצ'אטים ובין תכונות אישיות של מופנמות וסגירות. החוקרים הסבירו את התוצאות בכך שמופנמים נוטים לראות במגרש האינטרנטי מקום לביטוי עצמי ופלטפורמה ליצירת קשרים חברתיים. מגרש אנונימי מרתק נוסף, שגם בו ייתכן יתרון לגולש בעל העכבות החברתיות, הוא משחקי הפנטזיה. דן וגונדנגו³² חקרו משחקי וידאו שבהם השחקן בוחר את הדמות המייצגת אותו במשחק, המכונה אוטאר (Avatar). ברוב משחקי הפנטזיה יש למשתתפים יכולת לעצב את האוטאר שלהם, והנחת החוקרים היתה שעיצוב זה ימצא כקשור בין היתר במבנה אישיותם. החוקרים מצאו שהמופנמים אכן השקיעו בעיצוב האוטאר יותר המוחצנים.

נוכחנו אפוא שאדם בעל עכבות חברתיות משתמש בשלושת המגרשים האנונימיים – ויקיפדיה, צ'אט ומשחק הפנטזיה – כמגרש לפיצוי עצמי. אין ספק שמגרשים אינטרנטיים מוגנים אלו מהווים עבורו מגרש מועדף לביטוי עצמי. מגוף הידע שסקרנו נראה בבירור שפגיעה במוסד האנונימיות עשויה לפגוע במרחב המוגן, המאפשר תהליכים פסיכולוגים שהם חשובים לביטוי העצמי ולתחושת ההעצמה של האדם.

במהלך השנים האחרונות חלה עלייה בשימוש ברשתות חברתיות שבהן האדם מזוהה. עמיחי-המבורגר, קפלן ודורפציון³³ בדקו כיצד יתנהגו מופנמים ומוחצנים המשתמשים ברשתות חברתיות וכיצד יתנהגו אלה שלא משתמשים ברשתות אלו. בין משתמשי הרשת החברתית, נמצא שהמוחצנים השתמשו בשימושים החברתיים של האינטרנט (צ'אטים, פורומים) יותר מאשר המופנמים. לעומת זאת בקרב גולשים שאינם משתמשי הרשת החברתית, התמונה היתה הפוכה – המופנמים עשו שימוש בממשקים החברתיים של האינטרנט יותר מהמוחצנים. התוצאות הללו מצביעות על שני דגמים שונים של שימוש

R. A. Dunn & R. E. Guadagno, "My Avatar and Me: Gender and Personality Predictors of Avatar-self Discrepancy", *Computers in Human Behavior* 28 (2012), pp. 97–106

Y. Amichai-Hamburger, H. Kaplan & N. Dorpatcheon, "Click to the Past: The Impact of Extroversion by Users of Nostalgic Website on the Use of Internet Social Services", *Computers in Human Behavior* 24 (2008), pp. 1907–1912

באינטרנט: בקרב המשתמשים ברשתות חברתיות התגלה דפוס של שימור הזהות החברתית. גולשים אלה, בין שהם מופנמים ובין שהם מוחצנים, קיבעו למעשה את זהותם הישנה, מכיוון שבעת הגלישה ברשת החברתית הם נפגשו בדרך כלל עם חברים שהכירו אותם היטב מהעבר ומההווה, ולכן הם התקשו ליצור פרסונה חדשה גם מחוץ למגרש של הרשת החברתית. אדם מופנם הגולש ברשת החברתית יתקשה מאוד להציג פתאום דגם התנהגותי מוחצן. לעומת זאת כאשר נבחנו גולשים שלא השתמשו ברשת החברתית, נצפה דפוס התנהגות אחר לגמרי. המופנמים בקרב הגולשים נכנסו לעולם אינטרנטי חדש, עולם שבו היו מוגנים באופן מוחלט וש אפשר להם "להמציא" עצמם מחדש, להתנסות בחוויות חברתיות חדשות, להשתחרר מן הכבלים של זהותם החברתית שמחוץ לאינטרנט ולבטא את עצמם היטב במגרש האינטרנטי החברתי.

במחקר של עמיחי-המבורגר וויניצקי³⁴ יצאו החוקרים תיגר כנגד הנחת העבודה הדיכוטומית של מוחצנים ולמופנמים יש יכולת לבטא את עצמם טוב יותר בסביבות אינטרנטיות ספציפיות השונות זו מזו. במחקר זה נבדק הקשר בין אישיות הגולש ובין התנהגותו בפייסבוק. אחד הממצאים המעניינים במחקר היה שלעומת הדומיננטיות של המוחצן בפעילות החברתית ברשת הפייסבוק, אנשים מופנמים משקיעים בבניית הפרופיל שלהם יותר מאשר אנשים מוחצנים. ההשקעה המרובה בבניית הפרופיל באה לידי ביטוי בכמות המידע הרבה שסיפק הגולש המופנם על תחומים אישיים מגוונים כמו פעילויות, תחומי עניין, סוגי מוזיקה אהובה, תכניות טלוויזיה פופולריות, ספרים אהובים ועוד. הפרופיל בפייסבוק הוא מצד אחד כלי שמייצג את המשתמש, וכאשר הוא מיוחד הוא אמור להוות מקור משיכה לאנשים מסביב. מצד אחר, בתוך המגרש הכללי של פייסבוק העיסוק וההשקעה בפרופיל הוא מוגן יחסית, מכיוון שאינו יוצר עבור המופנם מתח מובנה כמו שיוצרת האינטראקציה בזמן אמת כאשר הוא מזוהה. השקעה זו בפרופיל מראה שגם במגרש החברתי המזוהה, עדיין קיימת למופנם אפשרות מסוימת להפוך את האינטרנט למגרש מפצה.

Y. Amichai-Hamburger & G. Vinitzky, "Social Network Use and Personality", 34 *Computers in Human Behavior* 26 (2010), pp. 1289–1295

על איומי הפרטיות באינטרנט

הטכנולוגיה שמאפשרת לגולש להגשים בצורה שלמה יותר את העדפותיו ברשת, מאפשרת גם איסוף פרטים על אודותיו ללא הסכמתו. המכשיר הטכנולוגי המרכזי בתחום המעקב אחר הגולש הוא ה"עוגייה" – קובץ שנשלח על ידי שרת האינטרנט למחשב המשתמש, ומאפשר מעקב ורישום של פעילות המשתמש באתר. העוגייה מאפשרת צבירת מידע מגוון, כגון שם המשתמש, סיסמה, כתובת דואר אלקטרוני, תוכן הקניות שביצע הגולש והעדפות כלליות. בפעמים הבאות, כאשר ייכנס המשתמש לאתר הספציפי, המידע שבעוגייה ייטען לשרת האינטרנט ויתבטא בתוכן דף האינטרנט המוצג למשתמש (עם זה יש לזכור שהעוגייה אינה יכולה לקרוא מידע הנמצא בתוך הכונן הקשיח של המחשב). אתרים רבים שותלים לגולשים עוגיות. כל עוגייה קשורה לאתר ספציפי ואוגרת מידע על פעולותיו של הגולש באתר.³⁵

שינוי בהגדרת הפרטיות, שעורר סערה, הוא הודעתה של גוגל על עדכון מדיניות הפרטיות באתר. מרגע כניסת השינויים לתוקפם (מרץ 2012), גוגל יכולה להשתמש במידע האישי שהוזן על ידי המשתמש ולהצליבו בין שלל השירותים שהיא מספקת.³⁶ בגוגל טוענים שהשירות בהכרח יטיב עם המשתמש וישפר את השירות, ושאינ מדובר בפגיעה בפרטיות. בנוסף, על מנת להמשיך ולהשתמש בשירותים של גוגל, אין למשתמש מנוס אלא לקבל על עצמו את

35 גם בתי המשפט מודעים לטכנולוגיה האמורה. ראו פסק דינו של השופט מגן אלטוביה, ה"פ 506/06, מתאים לי רשת אופנה נ' קרייזי לייז ואח' (פורסם בבנו, 31.7.2006), עמ' 10.

36 כך קובעת המדיניות של גוגל (נכון ל-13 במאי 2012): "We use the information we collect from all of our services to provide, maintain, protect and improve them, to develop new ones, and to protect Google and our users. We also use this information to offer you tailored content – like giving you more relevant search results and ads. We may use the name you provide for your Google Profile across all of the services we offer that require a Google Account. In addition, we may replace past names associated with your Google Account so that you are represented consistently across all our services. If other users already have your email, or other information that identifies you, we may show them your publicly visible Google Profile information, such as your name and photo"

המדיניות.³⁷ ארגונים כמו CNIL ו-EPIC ביקשו להקפיא את השינויים, בטענה ששינוי המדיניות ואיסוף המידע עומדים בניגוד לחוקי האיחוד האירופי.³⁸

הזכות לפרטיות כמושג רב-ממדי

בין שני הממדים של האינטרנט – אינטראקטיביות ופרטיות – ישנו מתח בעל משמעות קריטית, מאחר שלשניהם יש חשיבות בממד הפרטי, הציבורי והכלכלי (לאינטראקטיביות יש ערך כלכלי רב). השאלה היא אם המתח בין שני ממדים אלה יוצר משחק סכום אפס, שבו בחירה באחד הממדים מחייבת ויתור על השני, או שניתן למצוא הסדרים היוצרים איזון סביר בין שני הממדים. על מנת לתת מענה לשאלה זו עלינו לבחון מחדש את משמעות מושג הפרטיות על רקע המציאות האינטרנטית העכשווית, וכיצד הוא מתקשר למושג האינטראקטיביות. האיום על הפרטיות בסביבה האינטרנטית, כמו גם המציאות החדשה שהאינטרנט יוצר, הביאו לכתיבה ענפה של מאמרים המציעים דרכי מחשבה חדשות על הזכות לפרטיות, שאינן נצמדות בהכרח לאופן שבו עוצב מושג הפרטיות בכתיבה שקדמה לעידן האינטרנט. בדברים שיובאו שלהלן נוכל לתת ביטוי חלקי בלבד לכתיבה ענפה זו.

במאמר מכונן הגדירה רות גביוזן³⁹ את הזכות לפרטיות, כזכות הנובעת מהגבלת הנגישות של אנשים אחרים לפרט. חוסר הנגישות מורכב, על פי גביוזן, משלושה אלמנטים מצטברים: סודיות, אנונימיות ונבדלות,⁴⁰ ועל מנת לבדוק האם נפגעה הזכות לפרטיות יש לבחון כל אלמנט בנפרד. Solove מבקר את הגישה המצמצמת של גביוזן ומבקש להגדיר את הזכות לפרטיות באופן רחב, הכולל את חופש המחשבה, השליטה של אדם בגופו, ההגנה על החדירה

37 הסכמת הגולש נדרשת רק ביחס לשימושים נוספים: “We will ask for your consent before using information for a purpose other than those that are set out in this Privacy Policy”

ראו www.infolawgroup.com/2012/02/articles/eu-1/european-criticism-for-googles-new-privacy-policy; וכן www.telegraph.co.uk/technology/google/9133222/Googles-privacy-policy-branded-too-vague.html; וכן www.haaretz.co.il/captain/net/1.1654698

39 R. Gavison, “Privacy and the Limits of Law”, *Yale Law Journal* 89 (1980), p. 421
40 שם, עמ' 433-434.

לכיתו של אדם, השליטה של אדם במידע על עצמו, החופש ממעקב, ההגנה על המוניטין וההגנה מחיפוש ומחקירה.⁴¹ אך Solove גם עומד על הקושי להגדיר את מושג הפרטיות, שהוא מושג מופשט ואוניברסלי. לדידו, ראוי להבין את מושג הפרטיות על ידי בחינה ספציפית, קונטקסטואלית ודינמית.⁴²

במאמר אחר מצביע Solove על סוג חדש של בעיות הנוגעות לפרטיות – בעיות מבניות שהתעוררו בעולם המודרני והטכנולוגי.⁴³ הוא מכנה בעיות אלו בשם בעיות "ארכיטקטיות", וטבען הוא שהן אינן מתרכזות בפגיעה הישירה אלא בסיכון עתידי. Solove מונה ארבע קטגוריות של פעילות פוגעת:

1. **איסוף מידע.** לדעת Solove ידיעה של אדם שיש עליו מעקב עשויה לגרום לו לשנות את התנהגותו או לצנזר את עצמו, דבר המעיד על בעיה מבנית.

2. **שימוש במידע.**⁴⁴ Solove מציין בהקשר זה חמישה תתי-נושאים: (א) צבירה של מידע: ליקוט מידע וריכוזו במקום אחד, המאופיין בנגישות יתרה, עשוי לעלות כרי פגיעה בפרטיות; (ב) זיהוי: בעוד צבירת מידע על אודות אדם יוצרת זהות של "אדם דיגיטלי", הזיהוי הולך צעד אחד קדימה ומקשר בין האדם הדיגיטלי ובין הזהות האמיתית של האדם; (ג) חוסר ביטחון: גניבת זהות היא עבירה שהולכת ותופסת מקום נרחב בימינו, אולם לרוב אחסון מידע בצורה שעשויה להביא לחוסר ביטחון לא ייחשב כפגיעה בפרטיות; (ד) שימוש משני: הפחד מפני שימוש משני דומה לזה שנובע מחוסר ביטחון – חוסר ודאות, תחושה של פגיעות וחוסר ידיעה; (ה) מניעה: כאשר נמנעת מאדם היכולת להיות שותף בשימוש במידע על עצמו, ישנה לדעת Solove פגיעה בפרטיות.

3. **הפצה של מידע.**⁴⁵ בהקשר זה מעוגנים שלושה תתי-נושאים: (א) הפרת חשאיות; (ב) גילוי מידע; (ג) חשיפת מידע. ההבדל בין חשיפה לבין גילוי הוא שבגילוי אנו חושפים מידע חדש על אודות האדם, שאותו הוא אינו מעוניין

D. J. Solove, "Conceptualizing Privacy", *California Law Review* 90 (2002), p. 1087 41

שם, עמ' 1130-1128. 42

D. J. Solove, "A Taxonomy Of Privacy", *Pennsylvania Law Review* 154 (2006), 43

pp. 487-488

שם, עמ' 525-507. 44

שם, עמ' 535-524. 45

לחשוף. בחשיפה אנו חושפים מידע שחונכנו לחשוב שעליו להישאר מוסתר (עירום, טראומה) החשיפה מהווה פגיעה, שכן אנו מחונכים להאמין שיש להסתיר דברים אלו מטעמי כבוד האדם. Solove מתייחס גם לנושאים נוספים, כגון הנגישות למידע. לצד הנגישות למידע, שהופכת קלה יותר, גוברת גם היכולת של אנשים לעשות שימוש לרעה במידע.

4. **חדירה לרשות.**⁴⁶ קטגוריה זו מתחלקת לשניים: (א) חדירה ללא רשות: פגיעה זו הוכרה על ידי בתי המשפט רק כאשר מדובר באדם הנמצא בביתו או במקום מבודד, אך לדעת Solove יש להכיר בפגיעה גם כאשר מדובר ב"ריחוק" ולא בבידוד מוחלט; (ב) התערבות בהחלטה: התערבות בהחלטות הנוגעות לנושאים מסוימים, שנתפסים כפרטיים (מיניות, הבאת ילדים לעולם).

לסיכום, לדעת Solove ההתמודדות עם דילמת הפרטיות בעולם האינטרנט, וכן שאלת הסיווג, לא תמיד יהיו פשוטות, ועל כן, לשם בחינה נכונה של הזכות, הכרחי להבין את היחסים בין הקטגוריות השונות ולהפעיל איוונים ראויים.

Benliel מציע חלוקה אחרת של הקטגוריות לפרטיות.⁴⁷ הוא טוען שאת המונח פרטיות ניתן לחלק לקטגוריות הבאות: (א) פרטיות הנוגעת לגוף האדם; (ב) פרטיות כתחום המאפשר לאדם לנהל תקשורת חופשית; (ג) פרטיות בנוגע למידע; (ד) פרטיות בנוגע לטריטוריה. על מנת להדגים את טיעוניו מציע Benliel לבחון את מושג הסייברספייס תוך אנאלוגיה למושג הפרטיות הטריטוריאלית. לטענתו, כניסה לאתר בסייברספייס כמוה ככניסה לאתר בעולם הפיזי. לדידו יש להחיל את החוק החל על חדירה למרחב פרטי טריטוריאלי גם על המרחב הסייברספייסי בשינויים המתחייבים, שלא כמו המצב היום, שבו ההסדרה הנורמטיביות בסייברספייס תלויה ברובה ברגולציה עצמית ובהסדרה באמצעות טכנולוגיה.

התמה המשותפת לכל הכותבים שצוינו לעיל, היא הטענה שהזכות לפרטיות מורכבת ממספר רבדים. ממילא טיעון זה מאפשר מצב שבו ויתור על אלמנטים מסוימים, או עוצמת ההגנה בחלק מהאלמנטים המרכיבים את הזכות, אינם

46 שם, עמ' 553-560.

47 D. Benliel, "Law, Geography and Cyberspace: The Case of On-line Territorial Privacy", *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 23 (125) (2005), pp. 126-130

מהווים הפרה טוטלית של הזכות לפרטיות ושל ערכי היסוד העומדים בבסיסה (כבוד האדם, הזכות לאוטונומיה).

פרטיות ואנונימיות באינטרנט: עיון נוסף

הזיקה בין מושג הפרטיות ומושג האנונימיות מחייבת עיון נוסף. אנונימיות, כפי שצוין לעיל, is the state of being not identifiable within a set of subjects. אנונימיות יכולה להבטיח פרטיות, במובן זה שהיא מונעת מעקב וחדירה למתחם האישי של גולש מסוים. עם זאת אנונימיות אינה שקולה לפרטיות בכמה מובנים. ראשית, ויתור על האנונימיות אין פירושו ויתור על הזכות לפרטיות. למשל, הסכמה לדבר בפורום אינטרנטי תוך שימוש בשם האמיתי של הגולש, אין פירושה הסכמה לחשוף פרטים נוספים על אותו גולש. שנית, גם אם נניח עולם שבו דרישת האנונימיות תקיים בדיוקנות, לא תהיה בכך משום הסכמה לחשוף פרטים על אודות הגולש, גם אם מובטח לו שלא ניתן יהיה לקשור פרטים אלה עמו. היינו, אנשים יכולים לעמוד על זכותם לפרטיות, ולתבוע שלא יפורסמו פרטים על אודותם (למשל, העדפות תרבותיות, פרטים בריאותיים, פרטים משפחתיים) גם אם יובטח להם שלא ניתן יהיה לכרוך ביניהם לבין המידע האמור.

נוסף על כך, גם ההנחה שמוסד האנונימיות האינטרנטי מעניק למשתמש חיסיון מוחלט, ובמובן זה יכול להגן באופן מושלם על פרטיותו, אינה נכונה. ההנחה שהגלישה האינטרנטית מאפשרת הגנה מושלמת על האנונימיות היא נאיבית ואינה משקפת את הטכנולוגיה השולטת ברשת היום. נוסף על המעקב באמצעות עוגיות, כל גלישה באינטרנט משאירה עקבות ברמות כתובת ה-IP של הגולש. תוכנות מתוחכמות יכולות לעקוב אחרי גולש באמצעות כתובת ה-IP שלו. ניתן להימנע מכך על ידי שימוש במחשב שכתובת ה-IP שלו אינה מוגדרת בדרך הרגילה, או לגלוש ממחשב ציבורי. מרבית הגולשים אינם מתוחכמים דיים על מנת להסתיר את טביעות אצבעותיהם הווירטואליות (כתובת ה-IP), וממילא ניתן לעקוב אחריהם בכל רגע.

לבסוף, קיים לדעתנו פער בין הניסיון להגדיר את הזכות לפרטיות ואת הזכות לאנונימיות במושגים אבסולוטיים, ובין עולם הצרכים וההעדפות של משתמשי האינטרנט. דפוס ההתנהגות באינטרנט מצביע על האפשרות שאנשים אינם תובעים או מצפים שהאינטרנט יעניק להם אנונימיות ופרטיות מוחלטת. במידה רבה הפרופיל המדויק של הציפייה של הגולש היא פונקציה של הפרופיל

הפסיכולוגי שלו ושל הסיטואציה האינטרנטית הספציפית שבגדרה הוא פועל. קיימים סוגי משתמשים שמבקשים להישאר אנונימיים מרגע כניסתם לאינטרנט ועד רגע יציאתם. אולם יש גם כאלה שעשויים להסכים להסרת האנונימיות שלהם מול האתר, אבל לא מול הגולשים האחרים. כך לדוגמה, גולשים רבים יראו בחיוב טכנולוגיה המאפשרת לאתרים צרכניים או חדשתיים להציע להם תכנים (וממשק) על פי העדפותיהם, בכפוף לכך שהמידע לא יימסר לאנשים שעבורם הם מבקשים להיות אנונימיים. אחד המשתנים המרכזיים בהגדרת האנונימיות האישית עשוי להיות גיל הגולש. גולשים מבוגרים נוטים לדרוש הגדרת פרטיות קשוחה בהרבה ממה שמבקש הדור הצעיר.⁴⁸ המרחב האינטרנטי יכול להכיל אם כך ריבוי של הגדרות לאנונימיות ולפרטיות.

האינטראקטיביות האינטרנטית והפגיעה בפרטיות

האינטראקטיביות של רשת האינטרנט מאפשרת להתאים את האתר לצרכיו של הגולש הן בפן של מאפייני האתר (הממשק) הן בפן של פרופיל התוכן שאותו אתר מציע. לתכונה טכנולוגית זו, בצד הפוטנציאל החיובי שלה, קיים גם אספקט שלילי – הפגיעה בפרטיותו של הגולש. ראוי בשלב זה לחזור ולהבהיר את היקפו של האיום. הטכנולוגיה של למידת העדפות הלקוח וההתאמה האישית של המוצר (או השירות) ללקוח הספציפי אינם דברים חדשים שנולדו עם האינטרנט. טכנולוגיה זו משקפת שיטת שיווק הקיימת גם בעסקים חוץ-אינטרנטיים, החל בבית הקפה השכונתי וכלה בבוטיק התיקים בקניון. גם בבית הקפה השכונתי לומדים המנהל והמלצר את דפוסי ההתנהגות של הלקוחות הקבועים (קפוצ'ינו, הרבה קצף, חזק וכולי) ופועלים בהתאם. ללימוד דפוסי הביקוש של הלקוחות הקבועים יתרונות משמעותיים לשני הצדדים: בית הקפה מחזק כך את הקשר עם לקוחותיו הקבועים ומבטיח את שביעות רצונם, וממילא מגדיל את הסיכוי שהם יחזרו אליו (ואולי יספרו עליו לחבריהם); והלקוח מרגיש "בבית" ונהנה מטיפול מיוחד.

48 פרנסקי מבחין בין ילידי דור המחשב, Digital Natives, שנולדו וגדלו לתוך תרבות האינטרנט, ובין המהגרים הדיגיטליים, Digital Immigrants, שלא גדלו בסביבה טכנולוגית כזאת. ראו M. Prensky, "Digital Natives, Digital Immigrants", *On the Horizon* 9 (5) (2001), pp. 1–6

על מנת להבין לעומק את איום הפרטיות הטמון באינטראקטיביות של האינטרנט, יש לעמוד על ההבדל בין האינטרנט ודוגמת בית הקפה. בין שני המצבים קיים הבדל גדול ובסיסי. הטכנולוגיה הקיימת באינטרנט מאפשרת ריכוז מידע וחיבור בין מקורות מידע בהיקפים וקצבים שלא קיימים בעולם החוץ-אינטרנטי. בבית הקפה המידע מצוי בראשו של המלצר ואולי בפתק קטן במטבח המציין את העדפותיהם של הלקוחות הקבועים. המידע אינו אגור במאגר אלקטרוני ולכן לא ניתן לשתף בו אחרים או ל"גנוב" אותו, והוא אף חשוף לאבדן (המלצר עזב). באינטרנט האתרים משרתים מיליוני לקוחות וכל המידע מאוחסן בקבצים אלקטרוניים שיכולים לעבור מיד ליד בשברירי שנייה. ריכוז המידע שמתאפשר על ידי הטכנולוגיה המודרנית חושף את הלקוח האינטרנטי לסיכונים שלא היו קיימים בסביבה הטרם-אינטרנטית.

הערכת איום הפרטיות שגלום בטכנולוגיות אינטראקטיביות מחייבת גם הבחנה בין איסוף מידע פסיבי לאיסוף מידע אקטיבי. איסוף מידע פסיבי מתייחס לאיסוף מידע על אודות הלקוח באמצעות מעקב אחרי התנהגותו ובחירותיו (למשל, רישום הרכישות שביצע באתר אמזון). איסוף מידע אקטיבי מתייחס ללימוד באמצעות אינטראקציה ישירה עם הלקוח (שאלון למשל). בעוד שאיסוף מידע אקטיבי הוא וולונטרי, איסוף מידע פסיבי נעשה בדרך כלל ללא הסכמה מפורשת הלכה למעשה (לעתים ההסכמה מושגת באופן שאינו משקף את רצונותיו של הלקוח – חוזה אחיד עם התניות מוסתרות).⁴⁹

3. מתאוריה למעשה: קווים לעיצוב מדיניות ההגנה לפרטיות ברשת

א. האתגר הרגולטורי

מציאת פתרון ראוי בהיבט הפרטי והציבורי לקונפליקט שבין פרטיות, אנונימיות ואינטראקטיביות, הוא סבוך. מהתיאור שניתן לעיל ברור שכל פתרון אבסולוטי

49 לעתים הטכנולוגיה מאפשרת איסוף מידע גם ממבקר באתר שאינו "לקוח" במובן המקובל של המונח.

שיעדיף פן מסוים של הקונפליקט – מתוך תפיסה היררכית של זכויות וערכים (למשל, האוטונומיה של הפרט או הסדר הציבורי) – הוא בעייתי, מאחר שיפגע בערכים ובאינטרסים אחרים. כך למשל, הסדר שיעניק הגנה אבסולוטית לאוטונומיה של הפרט עשוי לפגוע ביכולתו של הפרט למסוד מידע על עצמו, וכפועל יוצא מכך לפגוע בתועלת שהוא יכול להפיק מהאינטרנט כמכשיר למימוש האוטונומיה. להסדר המקדש את מוסד האנונימיות וערך הפרטיות עשויות להיות גם השפעות חברתיות שליליות. לעומת זאת הסדר המאפשר גמישות בהגנת הפרטיות עלול להיות מנוצל לרעה על ידי גורמים ממשלתיים ופרטיים.

היכולת של המשפט לתת מענה לסוגיית הפרטיות מוטלת בספק. ראשית, הסדרה משפטית של רשת האינטרנט אינה פשוטה, מאחר שהאינטרנט הוא רשת גלובלית. ככזו, הסדרתה מחייבת שיתוף פעולה בינלאומי הן ביצירת ההסדר הנורמטיבי הן ביצירת התשתית לאכיפתו. יצירת שיתוף פעולה כזה אינה פשוטה במערכת בינלאומית, שהיא עדיין ברובה אנרכית – ללא מרכז פוליטי ומשפטי מובהק. יתר על כן, מערכת המשפט היא מערכת שמרנית ומדודה, המתקשה להתמודד עם התפתחויות טכנולוגיות מהירות.

שנית, למשפט יש נטייה להשתמש במתווים דיכוטומיים על מנת להגן על זכויות. כך למשל, ההתייחסות של הפסיקה הישראלית לדילמת הפרטיות מבוססת על הרעיון של "ביתו של אדם הוא מבצרו". הזכות לפרטיות מעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כפי שמופיע בסעיף 7: "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חיו". דיני הגנת הפרטיות נועדו לאפשר לאדם לממש את זכותו לאוטונומיה. אולם כפי שצוין לעיל, תפיסה אבסולוטית של מושג הפרטיות לוקה בחסר בכמה מובנים. ראשית, היא אינה מתייחסת עוד לעובדה שהאינטרנט סרטט מחדש את המרחב האישי הכולל היום, למשל, גם מידע המוחזק בשרתי "ענן", שמהפך המוחשי לא ברור כלל שניתן למקמם בנקודה פיזית ברורה. שנית, העמדה האבסולוטית מתעלמת מהעובדה שהמרחב האינטרנטי יוצר קונפליקט פנימי במונחים של ערך האוטונומיה: בהיבטים מסוימים ויתור כלשהו על הפרטיות (והאנונימיות) בשימוש באינטרנט יכול לאפשר הגשמה מלאה יותר של האוטונומיה של הפרט, ואילו בהיבטים אחרים מימוש האוטונומיה מחייב דווקא שמירה על הפרטיות באמצעות הבטחת האנונימיות של המשתמש. לבסוף,

התפיסה החוקתית של הזכות לפרטיות, המעמידה את המדינה כשחקן מפתח במשחק ההגנה על פרטיות הן כמי שאמונה על ביצור רעיון הפרטיות הן כאויבת הגדולה של הפרטיות, מתעלמת מהמשקל הגדול של שחקנים פרטיים ברשת. השימוש המשפטי בחריגים מבוססי הסכמה, השואבים את כוחם מעקרונ חופש החוים, מעורר אפוא סימני שאלה ביחס לגיטימיות שהוא יכול להקנות לפגיעה אפשרית בפרטיות, כאשר נלקחים בחשבון החסכים הקוגניטיביים של אנשים הפועלים ברשת. חוק הגנת הפרטיות הישראלי,⁵⁰ למשל, מגדיר את הפגיעה בפרטיות כהפרה של חובת סודיות לגבי ענייניו הפרטיים של אדם, שנקבעה בהסכם מפורש או משתמע (סעיף 2(8)), ושימוש בידעה על ענייניו הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר שלא למטרה שלשמה נמסרה (סעיף 2(9)). ניתן לפרש הוראות אלה כאוסרות, למשל, העברה של מידע על העדפותיו של אדם בין אתרי אינטרנט שונים, ואפשר אפילו לראות בהן איסור על ליקוט מידע פסיבי (מהסוג שנעשה על ידי אמזון). אלא שהוראות אלה ניתנות להחרגה אם העברת המידע נעשתה לפי הסכם מפורש או משתמע, או שהשימוש במידע נעשה לצורך המטרה שלשמה נמסר. החרגה זו מאפשרת לבעלי אתרים לכלול הוראות מתאימות במדיניות הפרטיות שלהם – מדיניות שמעטים הם המעיינים בהוראותיה.

הפער בין הפרדיגמה החוזית לבין יכולתם של משתמשים לממש את העדפותיהם, באה לידי ביטוי מובהק בשינויים שחלו במדיניות הפרטיות של פייסבוק לאורך השנים. פייסבוק, המשמשת למעלה מ-800 מיליון בני אדם בכל רחבי העולם,⁵¹ היא רשת הפתוחה לשימוש עבור כל בעל מחשב (או טלפון חכם) בעולם. בררת המחדל שהיתה נהוגה בפייסבוק בראשית דרכה היתה שכל המשתמשים נגישים למידע שמעלה משתמש פייסבוק פלוני. ב-2006 השיקה

50 חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

51 newsroom.fb.com/content/default.aspx?NewsAreaId=22. ראו באופן כללי H. R. Lipford, A. Besmer, J. H. R. Lipford Watson, A. Besmer, & J. Watson, "Understanding Privacy Settings in Facebook with an Audience View", 1st Conference on Usability Psychology and Security, 2008; D. Boyd & E. Hargittai, "Facebook Privacy Settings: Who Cares?", *First Monday* 15 (2010), pp. 13–20

פייסבוק את ה-News Feed – עמוד אינטרנט המרכז בצורה נוחה את כל המידע והפעילות בפייסבוק של חבריו של כל משתמש ברשת.⁵² בעקבות התנגדותם של הצרכנים ליישום החדש, אפשרה פייסבוק למשתמשים להגדיר מראש את סוג המידע שיפורסם עליהם ב-News Feed של חבריהם.⁵³ בדצמבר 2009, בעקבות סדרת שינויים נוספת שביצעה פייסבוק במערכת, נשלחה לכל משתמשי הרשת הודעה שהופיעה מיד עם התחברותם לאתר וביקשה מהם "לשקול מחדש" את הגדרות הפרטיות שלהם עבור פעולות שונות שאותן הם מבצעים ברשת.⁵⁴ שתי האפשרויות היחידות שהופיעו היו חשיפת המידע כלפי כולם, או שימור ההגדרות הישנות. זאת ועוד, צרכני הרשת לא היו רשאים להשתמש במערכת עד שלא השיבו ל"הודעה" זו. מאחר שבררת המחדל הסומנה היתה חשיפת המידע לכולם, נוצר מצב שבו רבים אישרו אותה בלי להתעמק בתוכנה, ובכך למעשה הפכו את המידע עליהם לחשוף ונגיש הרבה יותר מאשר היה לפני כן.

כשפייסבוק הותקפה על מהלך זה היא טענה להגנתה כי בעקבותיו 35 אחוזים מהמשתמשים שלפני ההודעה לא ביצעו שינויים בהגדרות הפרטיות שלהם עשו, זאת בעקבותיה.⁵⁵ מה שהחברה לא חשפה הוא שיעור האנשים שמעולם לא שינו את בררת המחדל. פייסבוק המשיכה במגמה של הרחבת שירותי השיתוף, ובחודש אפריל 2010 הציגה שני שירותים חדשים: האחד, אפשרות לעדכן מידע בנוגע למערכות היחסים הרומנטיות של משתמשיה; והשני, ממשק לשיתוף מידע מאתרי אינטרנט אחרים בדף הפייסבוק – לדוגמה, קישור לידיעה מאתר חדשות בפרופיל האישי. בד בבד קמה מחאה של עיתונאים, אנשי ציבור וארגונים שונים כנגד הפגיעה בפרטיות, והמסר שלה היה: "אל תסמוך על פייסבוק". כתוצאה

D. Boyd, "Facebook's Privacy Trainwreck: Exposure, Invasion, and Social Convergence", *Convergence* 14 (1) (2008), pp. 13–20

P. Meredith, "Facebook and the Politics of Privacy", *Mother Jones* (September 14, 2006): motherjones.com/politics/2006/09/facebook-and-politics-privacy (אוחזר ב־9.7.2010).

blog.facebook.com/blog.php?post=391922327130 54

D. Boyd, "Making Sense of Privacy and Publicity", *SXSW-Interactive* (Austin, Texas, March 13, 2010): www.danah.org/papers/talks/2010/SXSW2010.html (אוחזר ב־9.7.2010).

מהלחץ עליה, פישטה פייסבוק את דף הגדרות הפרטיות והפכה אותו לנגיש יותר (אך במקביל צמצמה את האפשרויות להגביל את התוכן).⁵⁶ כשנה לאחר מכן, באוגוסט 2011, פרסמה פייסבוק שורת עדכוני פרטיות חדשים לטובת המשתמשים, שקיבלו שליטה גדולה יותר על המידע האישי שאותו הם חולקים.⁵⁷ הדבר נעשה ככל הנראה במסגרת התחרות עם הרשת החברתית המתחרה "גוגל פלוס". נראה שקברניטי החברה הבינו שהמשתמש מחפש לא רק ממשק נוח, אלא גם מערכת שתאפשר לו להגן על פרטיותו, וכן שהוא יכול לעזור את פייסבוק בקלות לטובת אלטרנטיבה טובה אחרת אם לא יקבל מענה לצרכיו.

ב. הסדרה באמצעות טכנולוגיה

החלל הנורמטיבי והמבוכה המשפטית שתוארו לעיל הותירו כר נרחב להתערבות טכנולוגית. במידה רבה, היקף השימוש בממד האינטראקטיבי של האינטרנט (עיצוב הסביבה האינטרנטית), ומידת ההגנה על האנונימיות, תלויים בטכנולוגיות השונות שפועלות ומסדירות את הרשת. פתרון טכנולוגי יכול לאפשר התמודדות עם הבעיה שמדיניות הפרטיות של חלק גדול מהאתרים אינה גלויה לעין ויש בה לעתים עמימות רבה. סוג אחר של פתרון הוא הסדרה טכנולוגית. היתרון של הסדרה טכנולוגית הוא שהיא לא כפופה למגבלות המשפט: היא אינה מחייבת הסכמה בינלאומית במובנה המשפטי – היינו באמצעות אמנה וחקיקה – ויש לה גם סיכוי טוב יותר לעמוד בקצב הפיתוח של הטכנולוגיה שאותה היא מבקשת להסדיר. אולם הסדרה טכנולוגית מעוררת מספר שאלות. ראשית, היא מעוררת חשש לניגוד עניינים. למשל, האם ניתן למנוע השתלטות על טכנולוגיית ההסדרה מצד גורמים שיש להם עניין בחדירה לפרטיות הצרכנים משיקולים מסחריים. שנית, הסדרה טכנולוגית מבוססת באופן כללי על תפיסת הצרכן כבעל יכולת לבחור ברמת הפרטיות המתאימה לו ולזהות את מאפייני הסביבה האינטרנטית שבה הוא פועל (למשל, בהיבט של הגנת האנונימיות ומרחב הפרטיות). אלא

D. Fletcher, "How Facebook is redefining privacy", *Time* (May 20, 2010): 56
www.time.com/time/business/article/0,8599,1990582,00.html (אוחזר ב־9.7.2010)
<http://blog.facebook.com/blog.php?post=10150251867797131> 57

שהנחה זו היא בעייתית ככל שהיא מתעלמת מההטיות והחסכים הקוגניטיביים של אנשים הפועלים ברשת.

P3P (Platform for Privacy Preferences) הוא סטנדרט טכנולוגי שפותח בשיתוף פעולה בין מספר חברות,⁵⁸ על מנת לתת מענה לבעיית הפרטיות. P3P צמח על רקע כישלונם של הסטנדרטים הטכנולוגיים הראשוניים שעסקו בפרטיות (PET), שהיו מאוד לא נוחים לשימוש. הרעיון המרכזי מאחורי הסטנדרט החדש P3P הוא שהלקוח האינטרנטי ינהל משא ומתן מול האתר על מידת הפרטיות שלו. התהליך מורכב משלושה שלבים בסיסיים: (1) הודעה (notice): האתר יודיע לגולש בצורה ברורה על מדיניות הפרטיות שלו; (2) בחירה (choice): האתר יציע לגולש כמה אפשרויות בנוגע לדרכי השימוש במידע שיימסר; (3) משא ומתן (negotiation): הרשאה מפורשת על ידי הגולש, בהסתמך על בחירה, המאפשרת את העברת המידע וסיפוק השירות.⁵⁹ הסטנדרט P3P מבוסס על שני עקרונות: שקיפות ובחירה. על האתר להצהיר בצורה ברורה מה המדיניות שלו ביחס לשמירה על מידע (למשל, ביחס להעברה לצדדים שלישיים) והלקוח צריך להכריע אם מדיניות זו מקובלת עליו. מדיניות הפרטיות של האתר תצהיר (1) איזה מידע ייאסף; (2) מה ייעשה עם המידע; (3) כמה זמן יישמר המידע; (4) איזה שימוש ייעשה במידע ולמי הוא יועבר; (5) הפעולות שיינקטו על מנת להגן על המידע. תהליך הבחירה מצדו של גולש יכול להיעשות באופן "ידני" או בצורה אוטומטית על ידי שימוש בתוכנה. מרבית הרפדפנים החדשים תומכים ב-P3P. הם מאפשרים לגולש להגדיר רמת פרטיות, להשוות בין הגדרות המשתמש להצהרות האתר ולאשר או לדחות את ההתקשרות.

פיתוח טכנולוגי נוסף הוא Ghostery,⁶⁰ תוסף המיועד לגולשים באתרים מסחריים. Ghostery מאפשר למשתמש להיות מעין "בלש" ולהתחקות אחר הגדרות הפרטיות של האתר. Ghostery מתריע על שירותי המעקב הכלולים

58 הסטנדרט הטכנולוגי P3P פותח על ידי חברות מובילות, ובתוכן American Express,

American Online, Ericsson, Hewlett Packard, Microsoft

N. Ashrafi & J.-P. Kuilboer, "Privacy Protection Via Technology: Platform for

Privacy Preferences (P3P)", *International Journal of E-Business Research* 1 (2)

(2005), p. 56

60 www.ghostery.com/about 60

באתר, נותן רשימה שמית של רשתות פרסום, בעלי אתרים וחברות אחרות המעוניינות בפרטי המשתמש, וכן מאפשר להימנע מהזנת תסריטי המעקב ואף לחסום אותם בצורה סלקטיבית.

פיתוח טכנולוגי שמעניק לגולש נוחות רבה יותר בניהול מדיניות הפרטיות שלו הוא ציפור הפרטיות של AT&T.⁶¹ הגולש מוריד את התוכנה והיא מפעילה צלמית (Icon) שיושבת בראש הדפדפן בצד שמאל. הציפור מאפשרת לגולש לבחור בשלושה סטנדרטים של פרטיות: גבוה, בינוני ונמוך. כאשר מדיניות האתר תואמת את העדפותיו של הלקוח תתקבל ציפור בצבע ירוק. כאשר המדיניות סותרת את העדפותיו של הגולש תתקבל ציפור אדומה. העדפות הפרטיות מחולקות לארבע קטגוריות שונות של מידע: (1) בריאות; (2) מידע עסקי; (3) מידע אישי מוגדר שנמסר על ידי הגולש; (4) מידע אישי המושג ממעקב אחר התנהגות הגולש. הגולש מגדיר את העדפות הפרטיות שלו לגבי כל אחת מקטגוריות אלו, וכאשר הוא מגיע לאתר שאינו מתאים להעדפותיו, ביכולתו להחליט שלא להמשיך בגלישה. באופן מפתיע, חלק גדול מהחברות שאימצו מדיניות של הגנה על הפרטיות (P3P) מקיימות גם מדיניות של מעקב אחרי הרגלי הגלישה של לקוחותיהן, על מנת לקדם את האינטרסים העסקיים שלהן (מיקוד השיווק).⁶² חוסר הבנה של תוכנת ה-P3P, המבוססת על שקיפות ובחירה, עשוי להוביל להנחה שבארגונים שאימצו את התקן קיימת גם מדיניות מרסנת ביחס להחירה לפרטיות. אך אין זה בהכרח כך.

דוגמה נוספת לטכנולוגיה שיכולה לסייע בשמירה על הפרטיות היא יישום בשם PrivetString.⁶³ הממשק, המעוצב בצורה דומה לפייסבוק והמבוסס על החברים הקיימים בחשבון הפייסבוק של המשתמש, מאפשר לייחד שיחות, תמונות וקישורים עבור קבוצות ספציפיות של חברים, כך שרק הם (ולא כל חברי המשתמש בפייסבוק) יוכלו להיות שותפים לכך. עוד אפשרות מעניינת היא להשמיד, תוך תזמון מראש, פרסומים ותגובות. כלומר, ניתן לקבוע לפרסום מסוים תאריך ושעה שבהם הוא יימחק מהרשת. מובן ששום דבר ממה שמתפרסם או נידון ב-PrivetString אינו נחשף בפייסבוק.

61 ראו www.privacybird.org

62 ש.ם.

63 privetstring.com

לכאורה מציעה ההסדרה הטכנולוגית של הפרטיות פתרון מעניין לקושי שבהסדרה משפטית של בעיה חוצה גבולות. אלא שהמודל של שקיפות ובחירה, שעליו מבוססות המערכות הטכנולוגיות הקיימות היום בשוק, הוא בעייתי במספר מובנים. ראשית, מודל השקיפות מניח שהמשתמש יכול לפענח את מדיניות הפרטיות של האתר בו הוא מבקר. הנחה זו מפוקפקת נוכח העמימות של מסמכי המדיניות והקושי הקיים לעתים לאתר מסמכים אלו באתרים השונים. טכנולוגיות כמו ציפור הפרטיות של AT&T יכולות לשפר את פני הדברים בכך שיתרגמו את מסמכי המדיניות של האתרים לסקלה פשוטה להבנה. אולם טכנולוגיה זו מצויה בראשית דרכה, והתאימות בינה לבין הרשת עדיין נמוכה. גם הנחת הוולונטריות מעוררת קשיים רבים. היא מניחה שיש למשתמש מערכת העדפות ברורה ביחס לפרטיות, ושהוא יוכל לממש אותה ביחס לכל אתר ואתר שבו הוא מבקר. גם כאן יכול לסייע מיכון של תהליך הבחירה, והטכנולוגיות שתוארו לעיל מהוות צעד ראשון בכיוון זה. אלא שגם כאן התאימות בין התוכנות לבין הרשת נמוכה. ונוסף על כך לא ברור שההבניה הממוכנת של העדפות הפרטיות אכן עונה על תפיסות אוניברסליות בדבר ההגנה על האוטונומיה של הפרט.

4. סיכום

ההתמודדות עם דילמת הפרטיות באינטרנט מעוררת קשיים רבים. ראשית, כפי שהראינו לעיל, תפיסות דיכוטומיות של הזכות לפרטיות אינן מתאימות למבנה המורכב של הזכות לפרטיות, כמו גם לדפוסי ההתנהגות של אנשים ברשת, המעידים על כך שלאנשים יש עניין בויתור מסוים על הזכות לפרטיות בקונטקסטים שונים. שנית, לאנשים שונים עשויות להיות העדפות שונות בדבר ההגנה על הפרטיות, כפועל יוצא של מבנה האישיות שלהם. הסדרה ראויה של ההגנה על הפרטיות מחייבת אם כך לתת מענה שיהיה רגיש למורכבותה של דילמת הפרטיות, ויהיה גמיש מספיק על מנת לתת לדילמה זו מענה אופטימלי. לכאורה הדרך הראויה לעשות זאת היא באמצעות מערכת נורמטיבית־טכנולוגית, שתהיה רגישה לצרכים השונים של הגולש בסביבות שונות ותותאם למבנה האישיות שלו. אלא שקיימים מכשולים רבים בפני הסדרה של הזכות לפרטיות ברשת – הן באמצעות המשפט הן בדרכים טכנולוגיות. הסדרה נורמטיבית באמצעות המשפט מעוררת בעיות רבות, הן בשל הגלובליות של הרשת הן בשל חוסר היכולת

של המשפט להתמודד עם מערכות טכנולוגיות מתקדמות ומשתנות.⁶⁴ הסדרה משפטית המבוסס על תפיסות חוזיות של הסכמה יכולה להיות בעייתית בגלל התעלמות מכשלים קוגניטיביים, ואילו הסדרה בעלת אופי פטרנליסטי דווקא יכולה להיות בעייתית מאחר שהיא עלולה למנוע את הגמישות הראויה בתחומים היקף הזכות לפרטיות בהקשרים אינטרנטיים שונים. אשר להסדרה טכנולוגית, גם כאן הבעיות הן רבות. בעיה אחת היא הפער בין האינטרס העסקי לאינטרס של הגולש. כלל לא ברור שהשוק מסוגל לייצר מערכת טכנולוגית שתיתן מענה ראוי לצרכים של הגולש (ושל החברה), מאחר שהאינטרסים הכלכליים של חברות אינם תואמים בהכרח את אלו של הפרטים והחברה.⁶⁵ שנית, פתרונות טכנולוגיים שמשאירים בידי הגולש את היכולת לעצב את סביבת הפרטיות שלו, חשופים לאותם כשלים קוגניטיביים שצוינו לעיל בהקשר של חופש החוזים. הם נותנים בידי החברות המסחריות הפועלות בזירה האינטרנטית את האפשרות לעצב כללי פרטיות – באמצעות ברורות מחדל וממשקים עמומים (שאינם נבחנים על ידי הגולשים) – התואמים את האינטרסים הכלכליים שלהן ולא בהכרח את האינטרסים של הגולשים. הבנת האינטרסים המעורבים, והקשיים הכרוכים במתן מענה להגנה על הפרטיות בסביבה האינטרנטית הנוכחית – המאופיינת בדיאלוג מתמשך בין אנונימיות ואינטראקטיביות – יוצרת בסיס לחשיבה על פתרונות אפשריים וטובים יותר לדילמה זו.

64 על חוסר יכולת זו עמד בית המשפט העליון, רע"א 4444/07 רמי מור נ' ברק אי.טי.סי. החברה לשירותי בוק בינלאומיים בע"מ [1995] (פורסם בנבו, 25.3.2010), חוות דעתו של השופט אדמונד לוי; וכן בית המשפט המחוזי, עת"מ (ת"א) 45606-10-10 איגוד האינטרנט הישראלי נ' שחר איילון ניצב מפקד מחוז תל אביב [2012] (פורסם בנבו, 2.4.2012).

65 במישור העסקי קיים מתח מובנה בין הרצון של חברות אינטרנטיות ללקט מידע רב ככל האפשר על צרכיו והעדפותיו של הלקוח (רצון הכרוך בפגיעה מובנית בפרטיות), מול הרצון לייצר סביבה אינטרנטית אמינה ובטוחה שתניע גולשים לבצע (למשל) עסקאות ברשת.



טרור ופרטיות

הצעה לחשיבה מחודשת על הכלים להתמודדות עם פעילות טרור באינטרנט

עמיר פוקס

1. מבוא

היום, בעיצומה של מהפכת המידע, כמעט כל פעולה שאנו עושים מותרת אחריה עקבות דיגיטליים המאפשרים לתעד את חיינו. כרטיסי אשראי, גלישה באינטרנט, שימוש בטלפון נייד וכרטיסי מועדון לקוחות – שקשה אם לא בלתי אפשרי להתנהל בלעדיהם בעולם המודרני – מאפשרים ללמוד על העדפותינו, לשמור זאת במאגרי מידע עצומים ולהצליב את המידע עם מידע קיים או חדש. כך ניתן ליצור עלינו פרופיל מפורט, ללא ידיעתנו ובלי שנדרשנו לתת לכך את הסכמתנו.¹

מקור מרכזי להשגת מידע עלינו הוא רשת האינטרנט, שהשימוש בה הפך בשנים האחרונות לחלק משגרת חייהם של יותר ממיליארד בני אדם ברחבי העולם. האפשרויות האינסופיות שמציעה הרשת, נוחות השימוש בה, עלותה הנמוכה, היותה אינטראקטיבית, שוויונית, בינלאומית ואנונימית – כל אלה סייעו להפיכתה לסוג תקשורת ייחודי ואטרקטיבי. בצד יתרונותיה של הרשת, יש לה גם חסרונות: היא מאפשרת לאנשים להסתיר את זהותם ומספקת במה נוחה למבקשים לבצע עברות פליליות ולתכנן פעולות טרור או לעשות כל מעשה בלתי חוקי אחר. מעטים הופתעו כאשר לאחר הפיגוע במגדלי התאומים, בספטמבר 2001, התברר שארגון אל-קאעדה השתמש ברשת לצורך תכנון הפיגוע.

1 D. Solove, "Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy", *Stanford Law Review* 53 (2001), p. 1394

שירותי הביטחון ברחבי העולם הבינו את הצורך להשתמש ברשת האינטרנט כדי להתחקות אחר גורמים כאלה ולמנוע מהם לבצע את מעשיהם. במהרה התבררו להם היתרונות העצומים הגלומים בטכנולוגיות המידע החדשות, דבר שהוביל לשינוי שיטות העבודה. למשל, חלק ניכר מהמידע שנאסף בעבר באמצעות מודיעין אנושי – כולל מרגלים, משתפי פעולה וחקירת חשודים – אפשר לאסוף היום באמצעים אלקטרוניים. החוקרים יכולים להישאר במשרדם ובאמצעות מערכות מחשב מתוחכמות ותוכנות חדישות לאסוף חומר מודיעיני רב מרחבי העולם, בהשקעה נמוכה של משאבים וכוח אדם.

איסוף המידע המודיעיני ברשת עשוי להיות בעייתי מנקודת הראות של זכויות האדם. להבדיל מחקירה פלילית ומאיסוף המידע הנחוץ לה, המידע המודיעיני נוגע לא פעם לאנשים שאינם חשודים בדבר ושמעולם לא הורשעו בעברה על החוק. המידע נאסף בהנחה שהוא עשוי לשמש בעתיד למניעת עברות, אף על פי שאין כל ודאות בכך. איסופו כרוך בדרך כלל בפלישה לחיי הפרט לאורך תקופה ממושכת. הטכנולוגיות החדשות העומדות היום לרשות שירותי הביטחון מחמירות את סכנת הפגיעה בזכויות האדם, ובעיקר את סכנת הפגיעה בזכות לפרטיות. זאת, בין השאר, בשל הגישה הקלה שהן מספקות לכמויות אדירות של מידע ובשל היכולת לשמור מידע זה לתקופות ממושכות. נוסף על כך, איסוף מידע דרך רשת האינטרנט נעשה באמצעות סריקה של כל ההודעות והמסרים העוברים בה, ולכן על מנת לאתר הודעת דואר אלקטרוני בעלת מידע מודיעיני חיוני, יש צורך בסריקה של אלפי הודעות אחרות של אנשים תמימים שהמידע בנוגע אליהם אינו נחוץ לשירותי הביטחון.² מציאות זו, המאפשרת פלישה לחייהם של מיליוני אזרחים תוך פגיעה בפרטיותם, מעלה את הצורך לדון בסמכויות המוענקות לשירותי הביטחון לשימוש בטכנולוגיות אלה. האם בשל הסכנות הביטחוניות שאתן הם נאלצים להתמודד, יש לתת להם יד חופשית בניצול הטכנולוגיות, או שיש להטיל עליהם הגבלות חמורות כדי להבטיח את השמירה על זכויות האדם? השאלה הנידונה במאמר זה היא שאלת האיזון הראוי בין צורכי הביטחון של המדינה לבין החובה להגן על הזכות לפרטיות של אזרחיה ותושביה. למרות שטטוש הגבולות הפיזיים בעולם האינטרנט, מאמר זה אינו עוסק בשאלות

L. Tien, "Privacy, Technology and Data Mining", *Ohio Northern University Law Review* 30 (2004), pp. 391–392

נוספות הקשורות לפעולות של שירותי הביטחון, כמו איסוף מידע מחוץ לגבולות המדינה או מידע הנוגע לאזרחים זרים בשטחה.

יש לציין ששאלת פרטיותם של גולשי רשת האינטרנט נחשבת לתחום חדש יחסית, שטרם הוסדר בצורה כוללת על ידי החקיקה והפסיקה, ועל כן קיימת סכנה שרשויות הביטחון ינצלו את המצב לרעה וייפגע אינטרס הפרטיות של האזרחים. השאלה שאבקש להתמקד בה היא: האם התמודדות מול הטרור באמצעות רשת האינטרנט (להלן "הרשת") מעלה נימוק חדש ובעל משקל שביכולתו להסיט את נוסחאות האיוון שהיו מקובלות עד לעשור הנוכחי (טרם הופעת הרשת כאמצעי תקשורת נפוץ וזמין) בין הזכות לפרטיות לבין ההגנה על ביטחון אזרחי המדינה? הביקורת על חדירת רשויות הביטחון לפרטיות הגולשים ברשת מתבססת, במידה רבה, על ניתוח התפיסות ארוכות הימים של איוון בין הזכות לפרטיות לבין ההגנה על ביטחון המדינה, כפי שבאו לידי ביטוי בכללי האזנת הסתר לשיחות טלפון, וכן במידה פחותה, בכללי החיפוש בבתים ובחצרות. לפי כללים אלה אין לסרוק מידע (שיחות טלפון, תכתובות דואר אלקטרוני), לבחון אותו ולפקח עליו ללא חשד ספציפי מוקדם, והדרך היחידה להאזין לשיחות טלפון או לעקוב אחרי תכתובות דואר אלקטרוני היא בעקבות חשד ספציפי כלפי אדם, מכשיר טלפון או כתובת דואר אלקטרוני. השאלה העיקרית היא אם איוון זה, שמקורו בכללים המסורתיים, רלוונטי גם בעידן הטרור באינטרנט, או שמא נכנסו למשוואה משתנים שמחייבים שקילה מחודשת. בבחינת השאלה יש להביא בחשבון כמה נתונים:

- ראשית, התפשטות הטרור הבינלאומי בעולם בעשור האחרון הגיעה לממדים חדשים ומבהילים, ובעיקר התעצמה השפעתו של הטרור על תהליכים בינלאומיים. בעבר נתפס הטרור כאיום בלתי אסטרטגי, פסיכולוגי, אך בעקבות פיגועי 11 בספטמבר וגל הג'האד העולמי במדינות רבות נוספות – וכן באזורנו בעקבות התחזקות החיזבאללה ושליטת החמאס ברצועת עזה – ברור שהטרור הפך לאיום ממשי ומוחשי על הדמוקרטיות המערביות.
- שנית, רשת האינטרנט מתפשטת ותופסת נפח גדול והולך בחייהם של רוב אזרחי העולם המערבי (וחלק גדול מאזרחי שאר העולם). יישומים שונים מאפשרים לבצע פעולות רבות (איסוף מידע, קיום תקשורת) שלא ניתן היה לבצען בעבר ללא השקעה רבה של זמן וכסף. בהתאם, גם ארגוני הטרור עושים שימוש אדיר מימדים ברשת.

- **שלישית**, ההתקדמות הטכנולוגית המהירה של רשת האינטרנט מאפשרת מעקב פולשני והדוק על חיי האזרחים, באופנים ובהיקף שלא היו אפשריים בעבר.

לאחר הצגה כללית של הזכות לפרטיות, יתמקד המאמר ב"מאזן האימה" הזה שבין ההתקדמות הטכנולוגית של הרשת והיתרונות שהיא מספקת לארגוני הטרור, ובין היכולות החדשות שהרשת מאפשרת לרשויות המדינה במלחמתן בטרור. בסעיף 5 להלן נבחנו נימוקים חדשים בעד שינוי האיזון הקיים. הם מצדיקים, לטעמי, חשיבה מחודשת על נוסחאות האיזון המסורתיות, ואולי אפילו יצדיקו בעתיד פגיעה קשה יותר בפרטיות האזרחים ביחס למה שהיינו מורגלים אליו בעבר, בעידן שקדם לכניסת רשת האינטרנט לחיינו.

2. הזכות לפרטיות

א. הגדרתה וחשיבותה של הזכות לפרטיות

בסרט "מלאכים בשמי ברלין" הולך לו המלאך בספרייה הציבורית ושומע את מחשבותיהם של הקוראים. כל הדאגות, השמחות והחרדות של האנשים נודעות לו ואין להם כל אפשרות להסתירן ממנו. כל שעליו לעשות כדי לגלות את המידע הכמוס ביותר של האנשים שסביבו הוא לעבור לידם. מנגד עומד רובינזון קרוזו, סמל הברידות האולטימטיבי. הוא חי על אי בודד, אין אדם בעולם שמתעניין בו ולשום אדם אין מושג על מעשיו, על מקום הימצאו או על מחשבותיו. שתי דוגמאות אלה ממחישות את מורכבותה של הזכות לפרטיות. שלא כמו זכויות אדם אחרות, הזכות לפרטיות אינה בהכרח במיטבה ככל שיש לנו יותר ממנה. היעדר מוחלט של פרטיות ייחשב על ידי רוב הציבור כלא רצוי וכפוגע בדיוק כמו פרטיות מוחלטת.³ הזכות מתקיימת בתוך מתחם אפשרויות שעל גבולותיו לא שוררת הסכמה. היקפה של הזכות לפרטיות נתון במחלוקת בספרות וכמעט

3 R. Gavison, "Privacy and the Limits of Law", *Yale Law Journal* 89 (1980), p. 440; E. Gross, "The Struggle of a Democracy against Terrorism—Protection of Human Rights: The Right to Privacy versus the National Interest—the Proper Balance", *Cornell International Law Journal* 37 (2004), p. 34

כל מאמר העוסק בה מתייחס לקושי להגדרה. ברוח הוועדה להגנה מפני פגיעה בצנעת הפרט, בראשות השופט יצחק כהן, נקבע כי "זהו אחד המונחים המשפטיים שאיננו ניתן להגדרה מדויקת".⁴ לדעת פרופ' סולוב, "נראה שפרטיות מתייחסת להכול, ולכן נראה שהיא מתייחסת לכלום".⁵

היעדרה של הגדרה מדויקת לזכות לפרטיות יכול להיחשב למפתיע בהתחשב בשימוש הרב הנעשה בזכות זו בעולם המשפט, ובהסתמכות עליה כדי להצדיק שורה של איסורים וזכויות בתחומים שונים: הדין הפלילי מגן מפני פגיעה בגופו של אדם, דיני הנזיקין מגנים מפני הסגת גבול, דיני לשון הרע מגנים מפני פגיעה בשם הטוב וחוק האזנת סתר אוסר על ציתותים ללא צו מיוחד. חוק הגנת הפרטיות מרחיב את ההגנה על הזכות וקובע שורה של איסורים בנוגע לחשיפת מידע על אדם, מעקב אחריו ועוד.⁶ גם במשפט האמריקני מופיעה הזכות לפרטיות בהקשרים שונים, ובית המשפט העליון הסתמך עליה כדי לקבוע את הזכות החוקתית לסרב לחיפושים לא סבירים, את הזכות לבצע הפלות ולקבל החלטות בנושאים כמו נישואין, גידול ילדים וחינוך, ואת זכותם של אזרחים לא למסור מידע לרשויות ממשלתיות.⁷

אחת הסיבות לקושי שבהגדרת הזכות לפרטיות היא שהמונח "פרטיות" סובייקטיבי במהותו. אנשים שונים מגדירים אחרת מהי פרטיות, מה מאיים על תחושת הפרטיות שלהם ומהו היקף ההגנה על הפרטיות שראוי לדרוש מהמדינה. יש מי שרואים במסירת מידע על משכורתם השנתית פגיעה בפרטיות, אחרים ינדבו מידע זה בשמחה ויוסיפו את עלות השיפוץ שערכו לאחרונה בביתם; יש

4 דין וחשבון הוועדה להגנה מפני פגיעה בצנעת הפרט (יו"ר: שופט בית המשפט העליון, יצחק כהן), 1976, עמ' 1.

5 D. Solove, "A Taxonomy of Privacy", *University of Pennsylvania Law Review* 154 (2006), p. 479. להתייחסות לקשיים בהגדרת הזכות ראו שם, עמ' 478-480, וההפניות המובאות שם.

6 לדוגמאות נוספות ראו י' און ואח', פרטיות בסביבה הדיגיטלית (בעריכת נ' אלקין-קורן ומ' בירנהק, חיפה: המרכז למשפט וטכנולוגיה, אוניברסיטת חיפה, 2005), עמ' 2-1.

7 U. S. Department of Defense, *Safeguarding Privacy in the Fight against Terrorism: Report of the Technology and Privacy Advisory Committee*, March 2004, (להלן: דוח TAPAC), p. 21.

אנשים שמנהלים בקולי קולות שיחות פרטיות בטלפון הנייד באמצע בית קפה, אחרים רואים בכך חשיפה לא ראויה.

הגדרת המונח "פרטיות" תלויה גם בחברה ובמקום. למשל, אזרחי ישראל מקבלים בטבעיות את בדיקת חפציהם האישיים בכניסה למקומות ציבוריים, אולם הניסיון להנהיג מדיניות דומה בלונדון, בעקבות סדרה של פצצות שהוטמנו במוקדי בילוי במרכז העיר, נתקל בהתנגדות חריפה. גם הנהגת תעודות זהות אלקטרוניות עברה בישראל כמעט בלי דיון ציבורי, בעוד שבארצות הברית ובבריטניה נתקל הרעיון במחאה ציבורית גורפת. ההבדלים התרבותיים בהתייחסות לזכות לפרטיות בולטים עוד יותר מאז ספטמבר 2001. בארצות הברית מתקיימים דיונים סוערים בתקשורת ובאקדמיה בנוגע לסמכויות שראוי לתת לשירותי הביטחון, שחלקן פוגעות בזכות לפרטיות. במסגרת דיון זה מועלות הצעות חוק בקונגרס, מוגשות עתירות לבתי המשפט והתקשורת עוסקת בכך באופן אינטנסיבי. דיון כזה כמעט שאינו מתנהל בישראל והוא קיים במידה פחותה במדינות אירופה. הגדרת המונח "פרטיות" תלויה גם באפשרויות הפגיעה בפרטיות, בייחוד על ידי השלטון. הטכנולוגיות הקיימות היום מאפשרות פגיעה בדרכים שבעבר לא היה אפשר לחזות אותן, ולכן גם לא הייתה התייחסות להגבלתן.

בספרות אפשר למצוא הגדרות רבות לזכות לפרטיות. בין ההגדרות הוותיקות ישנה זו שניסחו שופטי בית המשפט העליון האמריקני וורן וברנדייס, ולפיה זוהי זכותו של אדם "להיעזב לנפשו" (the right to be left alone).⁸ מאז ניתנה הגדרה זו לפני כ-120 שנה, הועלו הצעות רבות להגדרות מרחיבות יותר.

פרופ' גביזון, למשל, מגדירה את הזכות במונחים של גישה, המתבטאת בשלושה עניינים: האחד הוא הגישה הפיזית לגוף האדם או למקום פרטי; השני קשור למידע על האדם, לשימוש בו או לפרסומו; השלישי קשור לשמירה על האנונימיות של האדם. לטענת פרופ' גביזון, שלושה גורמים נבדלים אלה – בדירות, סודיות ואנונימיות – יוצרים יחד הגדרה מורכבת של מושג הפרטיות.⁹

S. D. Warren & L. D. Brandeis, "The Right to Privacy", *Harvard Law Review* 4 8
(1890), p. 193

Gavison, לעיל הערה 3, עמ' 428-429. 9

אחרים מעדיפים להגדיר את הזכות לפרטיות במונחים של שליטה, כולל יכולתו של אדם לשלוט על המידע הקשור אליו ועל איכותו, וכן על האפשרות של אחרים להגיע אליו ועל הדרכים שבהן מידע אישי עליו הופך לפומבי.¹⁰

פרופ' סולוב טוען, לעומת זאת, שהמונח "פרטיות" מורכב מכדי שהגדרה בודדת תוכל להכיל אותו. הניסיונות לעשות זאת הסתיימו תמיד בהגדרות מעורפלות ורחבות, אשר ביטלו את מורכבות המונח ופגעו באינטרסים שעליהם אמורה הזכות לפרטיות להגן. הוא מעדיף, במקום זאת, לדון בסוגי הפעולות הפוגעות בפרטיות, בלי לנסות להגדיר במדויק את היקפה של הזכות.¹¹ אני מסכים עם כיוון זה. היעדרה של הגדרה מדויקת אינו מפחית מחשיבותה של הזכות. הכרה בה זכות עצמאית ונפרדת חיונית כדי להבטיח שהיא תיכלל בכל איזון שייעשה בין אינטרסים שונים וכדי להבהיר שזוהי זכות הראויה להגנה. הכרה כזו חשובה במיוחד בהתחשב בעובדה שברוב המקרים של המקרים עומדים מול הזכות המעורפלת לפרטיות אינטרסים ברורים ונוקשים – כמו שיקולי ביטחון והזכות לחופש ביטוי – אשר גוברים עליה בנקל.¹²

על אילו אינטרסים נועדה הזכות לפרטיות להגן ומדוע חשוב שהמדינה תגן על הפרטיות? החסרונות של ההגנה על זכות זו ברורים. אם הכול יהיה גלוי וידוע, יהיו חיינו במידה רבה קלים יותר. הפשע והטרור יופחתו באופן משמעותי, שכן יהיה קל יותר לתפוס עבריינים ולסכל פיגועים. העולם יהיה מקום בטוח יותר וניתן יהיה להפנות את המשאבים המושקעים היום במניעת סכנות (שאתן נאלצים שירותי הביטחון להתמודד) למקומות מועילים יותר לחברה, כמו חינוך, תרבות ואתרי נופש. כמו כן, ביטול ההגנה על הפרטיות יאפשר להסיר את ההגבלות הקיימות היום על זכויות אחרות – למשל על חופש הביטוי ועל חופש העיתונות – בשל הצורך לשמור על צנעת הפרט. ניתן יהיה להסיר את ההגבלות מעל מאגרי מידע ולאפשר נגישות חופשית לכמויות אדירות של נתונים לקהל הרחב, דבר שעשוי לסייע לגורמים מסחריים ולהביא לצמיחה כלכלית.¹³

10 להסבר על גישה זו ראו Gross, לעיל הערה 3, עמ' 31. לסקירת הגישות השונות ראו ז' סגל, "הזכות לפרטיות למול הזכות לדעת", עיוני משפט ט (1983), עמ' 175.

11 ראו Solove, לעיל הערה 5, עמ' 485-486.

12 ראו Gavison, לעיל הערה 3, עמ' 459-467.

13 שם, עמ' 443-444. ראו גם Gross, לעיל הערה 3, עמ' 33.

אין להבין מזה שהצורך בפרטיות נובע דווקא מהרצון לאפשר את ביצועם של מעשים לא חוקיים או אפילו לא מוסריים, אף שאין ספק שהפרטיות מקלה על הסתרתם. הזכות גם אינה נובעת מהרצון להסתיר מאחרים מידע חיוני. גם כאשר אנו מתנהלים בחיי היומיום שלנו, בפעולות שגרתיות, אנו זקוקים למרחב שבו פעולותינו אינן גלויות לאחרים. אם אדם יציץ לביתנו כאשר אנו סועדים ארוחת ערב או צופים בטלוויזיה, נחוש תחושת חוסר נוחות גם אם אותו אדם אינו מאיים עלינו ואין לנו דבר להסתיר. הזכות לפרטיות נגזרת מתפיסת הפרט כיצור אוטונומי והיא נדרשת כדי לאפשר לכל אדם את החירות לפעול כראות עיניו.¹⁴ בהקשר זה כתבה חנה ארנדט:

לחיים המתנהלים אך ורק בפומבי, בנוכחות אחרים, היינו קוראים רדודים. אף שניתן לראותם, חיים אלה מאבדים את התכונה של התרוממות מקרקע אפלה יותר, החייבת להיוותר מוסתרת שמא תאבד מעומקה האמתי והלא-סובייקטיבי.¹⁵

הפרטיות חיונית גם כדי לאפשר לנו לבטא חלקים מחיינו שאנו מסוגלים לממש רק כאשר אנו לבד, כמו יצירת קשרים עם אנשים קרובים, כולל קשרים אינטימיים. יצירת מרחב החסום בפני העולם החיצוני והקמת חיץ בין האדם לבין אחרים מאפשרות לאדם לפעול בלי חשש מביקורת, שיפוט או בושה. השחרור מתגובותיהם של אחרים מאפשר מגוון פעולות רחב שהחברה מבקשת לעודד. הפרטיות מאפשרת לאנשים להתפתח, לחקור, להתנסות בחוויות חדשות, כולל כאלה שעלולות להביא לכישלונות. היא מאפשרת לאדם להתרכז, ללמוד, ליצור, לכתוב ולהירגע.

הזכות לפרטיות חשובה לא רק לפרט, חברה פתוחה ודמוקרטית תתקשה להתקיים ולהתפתח בלעדיה. חברה המכירה בזכותם של חבריה להתקיים גם בנפרד, מכירה בזכות להיות שונה ובחובתה להגן על כך. חברה כזו היא פתוחה יותר, סובלנית יותר ומעניינת יותר. היא מכילה מגוון דעות – עיקרון חיוני לכל

14 ראו Gavison, לעיל הערה 3, עמ' 442-450; און ואח', לעיל הערה 6, עמ' 11-12.
15 מתוך Hannah Arendt, *The Human Condition*, מצוטט אצל Solove, לעיל הערה 5, עמ' 555.

משטר דמוקרטי – ומאפשרת לאנשים לגבש דעות עצמאיות. נוסף על כך, היא שומרת על שורה של זכויות אדם אחרות, למשל חופש הביטוי, שכן אנשים לא יחששו לומר את שעל ליבם גם אם דעותיהם אינן מקובלות. חברה כזו מקיימת חופש אקדמי ובכך מרחיבה את הידע ומעודדת יצירת התארגנויות חדשות, גם כאלה התומכות בעקרונות שאינם בקונצנזוס.¹⁶

ב. הסכנות לפרטיות כתוצאה מאיסוף המידע והשימוש בו

הזכות לפרטיות אינה מוחלטת ולעתים היא נסוגה מפני אינטרסים אחרים או זכויות אחרות. לפני שנבחן את ההצדקות לשימוש בשיטות איסוף המידע החדשות, יש לבחון את הפגיעה הנובעת מהן, ואת ההשלכות של השימוש בהן על החברה כולה ועל כל אחד מהפרטים בה. היחס לפגיעה ולהשלכותיה עשוי להשתנות בהתאם לאפשרויות הטכנולוגיות העומדות לרשותנו. האפשרויות הקיימות היום להצלבת מידע המאוחסן במאגרים שונים, הופכת מידע סתמי כמו שם, כתובת או מספר תעודת זהות לבעל משמעות, שכן ניתן לקשור אותו למידע נוסף שנאגר על אותו אדם במאגרים אחרים וכך ללמוד עליו הרבה מעבר לפרט המידע הסתמי.

אופי הדיון בסכנות הנובעות מאיסוף המידע קשור כמובן לאופן שבו מוגדר המונח "פרטיות". יש מי שמציינים כסכנה את עצם העובדה שמידע עצום על אודותיהם נאגר אצל גורמים ממשלתיים, שכן הם רואים בכך פגיעה בפרטיות. אחרים מתקשים להבין את הבעיה הכרוכה בכך. הדיון שלהלן יתמקד בסכנות העיקריות שהוזכרו בספרות, ושלגביהן שוררת הסכמה.

הדיון בספרות מתמקד בשני דימויים עיקריים – האחד עוסק בשאלת איסוף המידע והשני בשימוש שנעשה בנתונים שנאספו. הדימוי הנפוץ ביותר, המתמקד באיסוף המידע, הוא של "האח הגדול" בספרו של ג'ורג' אורוול "1984". הספר מתאר חברה שהפרטים בה נתונים למעקב מתמיד ולשליטה מוחלטת. האנשים נדרשים לפעול ואף לחשוב בדרך אחת שקבע השלטון, וכל סטייה מדרך זו גוררת ענישה חמורה. הממשלה שולטת על כל ההיבטים של חיי היומיום באמצעות ביטול מוחלט של הפרטיות. אמנם המעקב אינו מתקיים כל הזמן,

16 Gavison, לעיל הערה 3, עמ' 455-456; Gross, לעיל הערה 3, עמ' 33; דוח TAPAC, לעיל הערה 7, עמ' 2.

אולם האפשרות להיות נתון למעקב לא פוסקת, ולעולם אין אדם יכול לדעת מתי צופים בו. חיילים מסתובבים ברחובות, מסוקים טסים בשמים – ובכל בית קיים מתקן המכונה Telescreen, שדרכו יכולה הממשלה להביט אל המתרחש בדלת אמותיו של כל אדם בכל רגע.

הטלסקרין דומה למתקן פיקוח שתיאר ג'רמי בנת'ם בשנת 1791, ה-Panopticon. מתקן זה יכול להכיל אסירים, חולי נפש או כל קבוצה אחרת שמבקשים לשלוט בה. המתקן הוא בצורת טבעת ובמרכזו מגדל עם חלונות. בתוך הטבעת ישנם תאים ובכל תא אדם אחד. המתקן מאפשר לעומדים במגדל לצפות בכל רגע באנשים שבתאים, בלי שאלה יוכלו לדעת מתי מתבוננים בהם ומתי לא. עצם הידיעה שמעקב כזה אפשרי מספיקה כדי להבטיח ציות מוחלט לכללים. כך מתאפשרת שליטה מלאה בלי צורך להפעיל כוח.¹⁷

אפשר לטעון שאיסוף מידע בלתי מבוקר דרך רשת האינטרנט יכול להביא – בשל הדרך שבה הוא מתבצע – להשגת שליטה דומה. מידע על הגולשים יכול להיאסף בכל רגע בלי שנמסר להם על כך ובלי שהם יודעים אילו פרטים על אודותיהם נשמרים ולאיזה צורך הם משמשים. כתוצאה מכך עלולים הגולשים לצנזר את דבריהם, להימנע מהתנסויות חדשות ולנהוג ככלל כפי שהם סבורים שמצופה מהם, גם אם אין להם כל כוונה לעבור על החוק. תוצאה זו מכונה בספרות "אפקט מצנן", והיא מתייחסת לפעולות חוקיות שאנשים יימנעו מלעשותן בשל החשש שאחרים צופים בהם, מתעדים אותם ומפרשים באופן מוטעה את כוונותיהם. האפשרות שהמידע ייאסף והידיעה שהמדינה עוסקת בכך עלולות לפגוע באינטרסים שעליהם נועדה להגן הזכות לפרטיות. הסכנה אינה רק לכל אחד מהפרטים אלא גם לחברה בכללותה; היא תתקשה ליצור סביבה פתוחה וסובלנית ועלולה להפוך לקונפורמיסטית ומפוזרת. בשל השלכות אלה נחשבו תמיד המעקבים לכלי של שליטה חברתית והשלטת נורמות הרצויות בעיני השלטון.¹⁸

17 Solove, לעיל הערה 1, עמ' 1414-1415. להתייחסות למתקן זה, ראו M. Foucault, *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*, trans. A. Sheridan (New York: Vintage Books, 1977), pp. 195-228

18 התייחסות ל"אפקט המצנן" ראו אצל Solove, לעיל הערה 5, עמ' 532; G. Horn, "Online Searches and Offline Challenges: The Chilling Effect, Anonymity and the New FBI Guidelines", *New York University Annual Survey of American*

הדימוי השני מתייחס לסכנות המובנות בטכנולוגיות החדשות ומתמקד בשימוש שנעשה במידע שנאסף. לטענת פרופ' סולוב, שהציג דימוי זה, המטפורה של האח הגדול מתמקדת בתפיסה אחת של הפרטיות שבמרכזה ניצב אלמנט הסודיות. לפי תפיסה זו, הפרטיות נחוצה כדי לאפשר לאדם להסתיר מפני אחרים מידע הקשור בו וכדי למנוע מבוכה, פגיעה במוניטין וכדומה. אולם התמקדות בתפיסה זו של הפרטיות בלבד, מונעת הגנה על הפרט מפני פגיעות אחרות שעלולות להיגרם כתוצאה מהשימוש שנעשה במידע שנאסף עליו. להבהרת סכנות אלה מציע פרופ' סולוב דימוי חלופי – העולם המתואר בספרו של קפקא "המשפט". ק' עומד למשפט בלי שיידע מדוע ובלי שגורם רשמי כלשהו יטרח להסביר לו משהו. המנגנון הביורוקרטי אדיש לחלוטין לשימוש שנעשה במידע ולשגיאות שעלולות להיות בו, ולאזרחי המדינה אין כל אפשרות לברר את הסיבות שעמדו בבסיס החלטות הנוגעות בהם.¹⁹ המדינה המתוארת בספר "המשפט", טוען פרופ' סולוב, משקפת את הבעיות הנובעות מאגירה של כמויות אדירות של נתונים ואחסונם במאגרי מידע לתקופות בלתי מוגבלות. אנשים מאבדים את השליטה על המידע הקיים עליהם, הם אינם יודעים למי יש גישה אליו, ובשל כך אין להם כל אפשרות להבין את ההחלטות המתקבלות בענייניהם. מצב זה עלול לעורר תחושות של חוסר אונים ולגרום לאנשים לוותר מראש על כל ניסיון להשפיע על חייהם. החברה נהפכת לביורוקרטית, שרירותית ואטומה. על פי הדימוי של "האח הגדול", האנשים יודעים לפחות שאם ינהגו לפי הכללים יעזבו אותם הרשויות לנפשם. על פי הדימוי של "המשפט", לעומת זאת, הפרט נותר בלי כל יכולת להשפיע על מצבו.²⁰

שני דימויים אלה – של האח הגדול ושל העולם הקפקאי – מבהירים את ההשלכות של מתן סמכויות בלתי מוגבלות לשירותי הביטחון בכל הקשור לאיסוף מידע ושימוש בו. היום אפשר מבחינה טכנית להצליב מידע ולשמור כמויות אדירות של נתונים, וכך לאסוף מידע אפקטיבי רב על הגולשים באינטרנט

Law 60 (2005), pp. 765–766; K. Taipale, "Technology, Security and Privacy: The Fear of Frankenstein, the Mythology of Privacy and the Lessons of King Ludd", *Yale Journal of Law and Technology* 7 (2004–2005), pp. 146–148

19 Solove, לעיל הערה 1, עמ' 1398–1399.

20 שם, עמ' 1421–1423.

וליצור פרופיל מפורט שלהם. ההנחה היא שפרופיל כזה משקף את האמת על אודותיהם.²¹

ככל שקיימים יותר נתונים וככל שקל יותר לגשת אליהם, גובר הפיתוי להסתמך עליהם באופן עיוור לצורך קבלת החלטות על חייהם של הפרטים. אולם עליית חשיבותם של הנתונים הנאספים ושל הפרופילים המבוססים עליהם יוצרת שתי בעיות: ראשית, המידע שנאגר יכול להיות מוטעה, לא מעודכן או מיוחס לאדם בטעות, אולם לאותו אדם אין כל דרך לדעת זאת, וגם כאשר נודע לו על כך אין לו דרך לתקן זאת. שנית, גם אם הנתונים מדויקים אין באפשרותם לתפוס את כל מורכבות החיים האנושיים ולהכיל את האדם שמאחוריהם. הם מסוגלים לתפוס רק את פני השטח אך לא להסביר שינויים והתפתחויות.²² המידע העצום שנאסף והיעדר הגישה (של האזרחים) אל הנתונים שנאספו יוצרים שילוב שמבכיר כיצד יכולה להתרחש פגיעה בפרטיותו של אדם גם אם הוא פועל בהתאם לחוק ואין לו דבר להסתיר.

3. רשת האינטרנט ושירותי הביטחון

א. מקורות חדשים וטכנולוגיות חדשות

רשת האינטרנט מעמידה לפני שירותי הביטחון אפשרויות עצומות לאיסוף מידע על אנשים. פעולות שבעבר דרשו השקעות עצומות של זמן וכסף נעשות היום בלחיצת מקש. מה הופך את איסוף המידע ברשת להליך כה פשוט? רשת האינטרנט בנויה כך שבכל פעם שאנו גולשים בה או שולחים דואר אלקטרוני, אנו מותירים אחרינו שובל של רסיסי מידע, מעין עקבות דיגיטליים החושפים פרטים רבים עלינו. כמעט כל פעולה שלנו מגלה מידע נוסף שיכול להיות בעל ערך רב לשירותי הביטחון. שליחת דואר אלקטרוני, גלישה באינטרנט והורדת קבצים – כל הפעולות האלו נרשמות במחשב ובשרתים האחראים על התקשורת. להבדיל משיחות טלפון רגילות, שם נותר תוכן השיחה רק בזיכרוןם של הדוברים, שיחות המתנהלות ברשת האינטרנט מתועדות במלואן – ולא רק

21 שם, עמ' 1424-1429; רוח *TAPAC*, לעיל הערה 7, עמ' 42.

22 שם, עמ' 36-38.

תוכנן מתועד, מתועדים גם פרטים כמו מועד ביצוע השיחה, השרתים שהעבירו אותה, המחשבים שדרכם היא נעשתה וכדומה. שירותי הביטחון יכולים לאסוף את המידע הקיים כבר ממילא, בניגוד למצב בעבר שבו היה צורך להגיע פיזית לבתיים של אנשים, למקומות עבודתם, לסניפי הבנק שלהם ולחבריהם כדי לאסוף עליהם מידע.²³

רשת האינטרנט היא אמצעי תקשורת זול ונגיש למגוון רחב של אנשים. משתנים כמו גבולות גאוגרפיים, שכבה כלכלית, גיל או השכלה משחקים בה תפקיד שולי. נוסף על כך, בשל האשליה שניתן להסתתר ברשת מאחורי זהויות בדויות, גולשים עשויים לגלות פרטים על עצמם במחשבה שהם לא יקושרו אליהם. מאפיינים אלה מאפשרים לשירותי הביטחון גישה לכמויות מידע עצומות.²⁴ את המידע שנאסף אפשר לשמור במאגרי מידע לתקופות ממושכות ולהצליב אותו עם מידע קיים או עם מידע חדש הממשיך להגיע. הטכנולוגיות הקיימות מאפשרות לאתר תבניות התנהגות ולמצוא בתוך הנתונים הקשרים שבני אדם לא יוכלו לגלות לבדם.²⁵

רשת האינטרנט מבוססת על תקשורת בין מחשבים הנעשית באמצעות שליחה וקבלה של "חבילות". כל חבילה מכילה "כותרת חבילה", המכוונת את החבילה ליעדה וכוללת מידע בנוגע לכתובת האינטרנט של הנמען, כתובת האינטרנט של השולח (IP address) ומידע בנוגע לסוג החבילה (חלק מעמוד אינטרנט, חלק מתמונה וכו'). כאשר "החבילה" מגיעה ליעדה, המחשב שקיבל אותה "משליך" את הכותרת ו"פותח" את ההודעה המקורית, הכוללת את תוכן ההודעה.

מבנה זה עומד בבסיסה של אחת ההבחנות המרכזיות שעליהן בנויים החוקים הנוגעים להגנת הפרטיות באינטרנט – ההבחנה בין מידע המהווה תוכן לבין מידע שאינו תוכן. למשל, בנוגע לדואר האלקטרוני, ההודעה עצמה ושורת הנושא ייחשבו למידע שהוא תוכן, ואילו שאר הפרטים שב"כותרת החבילה" –

23 Solove, לעיל הערה 1, עמ' 1394; א' אינהורן ואח', לוחמה בטרור בזירת המידע (בעריכת נ' אלקין-קורן ומ' בירנהק, חיפה: המרכז למשפט וטכנולוגיה, אוניברסיטת חיפה, 2002), עמ' 53-54.

24 לסקירה מפורטת של מאפייני הרשת ראו און ואח', לעיל הערה 6, עמ' 19-24.

25 Tien, לעיל הערה 2, עמ' 394-395; דוח IAPAC, לעיל הערה 7, עמ' 4-5.

בהם פרטים על הנמען, השולח, מועד שליחת ההודעה וגודלה – ייחשבו למידע שאינו תוכן.²⁶ ההבחנה בין שני סוגי המידע מיטשטשת כאשר מדובר בגלישה רגילה באינטרנט, והשאלה מהו מידע של תוכן טרם הוכרעה באופן חד-משמעי בשיטות המשפט השונות.²⁷

התפיסה המקובלת ברוב שיטות המשפט היא שמידע שהוא תוכן ראוי להגנה רבה יותר, שכן קריאתו נחשבת לפגיעה חמורה יותר בזכות לפרטיות. לכן ייתכן שגישתם של שירותי הביטחון למידע זה תוגבל, והם יאלצו להסתפק במידע הנמצא ב"כותרת החבילה". אולם גם מידע זה מאפשר ללמוד רבות על הגולשים. כך ניתן ללמוד על רשימת אנשי הקשר שלהם, על תדירות הקשר אתם ועל זמני הגלישה. כמו כן, רשימה של כתובות IP שהתבקשו ממחשב מסוים תאפשר ללמוד על הדרך שבה אדם גולש באינטרנט. רשימה של כתובות ה-URL (Uniform Resource Locators), המציינות את המיקומים המדויקים ברשת שאליהם הגיע הגולש, תגלה את החיפושים שהוא ביצע ואת העמודים שאותם קרא.

הגישה למידע זה יכולה להיעשות בשתי דרכים: שירותי הביטחון יכולים לפנות לספקי השירות ולדרוש מהם ישירות מידע על המנויים שלהם. ספקי השירות מחזיקים במידע רב הכולל גם פרטים אישיים של המנויים – כתובת, מספר טלפון, זמני גלישה, דרכי תשלום ואף מספר כרטיס האשראי או מספר חשבון הבנק. נוסף על כך, ספקי השירות שומרים בשרתים שלהם, אם כי לתקופות מוגבלות, העתק מכל הפעולות שעשו המנויים ברשת, כולל תוכן של הודעות הדואר האלקטרוני.

כדי להגיע למידע בזמן אמת, על שירותי הביטחון "לצותת" לכל התנועה העוברת דרך השרת של ספק השירות ולאחר את התקשורת המתבקשת. ציתות לקו מאפשר לסרוק את תנועת החבילות העוברות דרך נקודה זו ברשת, והוא נעשה באמצעות תוכנות המכונות "רחרחניות". אחת ההשלכות העיקריות של טכנולוגיה זו על הזכות לפרטיות היא שמעקב באינטרנט יהיה תמיד כרוך

O. Kerr, "Internet Surveillance Law after the USA Patriot Act: The Big Brother that Isn't", *Northwestern University Law Review* 97 (2003), pp. 611–615

27 שם, עמ' 644–647. ראו גם D. Solove, "Reconstructing Electronic Surveillance Law", *George Washington Law Review* 72 (2004), pp. 1287–1288

בבחינה של כל התנועה הזורמת דרך נקודה מסוימת ברשת, כולל זו של אנשים תמימים שאינם חשודים בדבר.²⁸

שירותי ביטחון ברחבי העולם מיהרו להבין את היתרונות הגלומים ברשת האינטרנט. חלק מהשיטות והתוכנות הנמצאות בשימוש אינן ידועות לציבור, כך שלא ניתן לדעת את היקף השימוש בטכנולוגיות החדשות. עם זאת מפרסומים שונים ניתן ללמוד על כמה מהתוכנות הנמצאות היום בשימוש ברחבי העולם.

הדוגמה הידועה ביותר היא התוכנה שנמצאת בשימוש ה-FBI בארצות הברית, המכונה The Carnivore. זו תוכנה רחרחנית המסוגלת לעקוב אחר התקשורת העוברת דרך ספק שירות מסוים. התוכנה מאפשרת לאסוף שני סוגים של מידע: מידע שאינו תוכן – כתובות דואר אלקטרוני של הנמען ושל אנשי הקשר שלו וכתובות IP; ומידע תוכן – הודעות הדואר עצמן, תוכנם של עמודי אינטרנט שנקראו וכדומה. השימוש בתוכנה זו אפשרי רק לאחר שה-FBI פנה לבית המשפט וקיבל צו שבו הגדיר השופט את סוג המידע שמפעילי התוכנה מוסמכים לאסוף. התוכנה מכיילת לפי קביעת השופט, והמידע המבוקש נשמר לצורך ניתוח מאוחר יותר.²⁹ יש הטוענים שהתוכנה דווקא מחזקת את ההגנה על הפרטיות, שכן היא מחייבת הגדרה מדויקת של המידע המבוקש.³⁰ מנגד, ארגוני זכויות אזרח טוענים שהתוכנה פוגעת בפרטיות הרבה מעבר לנדרש. כך למשל נטען על ידי American Civil Liberties Union (ACLU) שהתוכנה מאפשרת פגיעה רחבה בזכויות, שכן שהדבר היחיד המונע מהממשלה לקרוא את כל הדואר האלקטרוני העובר דרך השרת הן ההוראות שהיא עצמה כתבה.³¹

28 Kerr, לעיל הערה 26, עמ' 649-651.

29 ראו T. McCarthy, "Don't Fear Carnivore: It Won't Devour Individual Privacy", *Missouri Law Review* 66 (2001), pp. 834-837. ראו גם איינהורן ואה', לעיל הערה

23, עמ' 57-58; Gross, לעיל הערה 3, עמ' 38.

30 Kerr, לעיל הערה 26, עמ' 648.

31 ראו למשל J. Stanley & B. Steinhardt, *Bigger Monster, Weaker Chains: The Growth of an American Surveillance Society* (New York: ACLU Publication, January 2003) (להלן: רוח ACLU), p. 8.

דוגמה נוספת היא תוכנה בשם "אשלון" (Echelon) המופעלת בשיתוף פעולה של כמה מדינות (ארצות הברית, אנגליה, קנדה, אוסטרליה וניו זילנד). התוכנה אוספת דואר אלקטרוני, שיחות טלפון ותקשורת אלקטרונית אחרת באמצעות עמדות המפוזרות בעולם. היא מסוגלת לקלוט כמויות אדירות של מידע – כשלושה מיליארד תשדורות אלקטרוניות ביום. היא פועלת באמצעות תוכנות רחרחניות המפקחות על התשדורות העוברות ברשת, מאתרות תשדורות בעלות ערך מודיעיני ושומרות אותן.³²

רעיון אחר – השאפתני ביותר שהועלה עד היום – מגולם בתוכנה The Total Information Awareness System (TIA) שהדיון עליה התעורר בארצות הברית לאחר הפיגוע במגדלי התאומים בספטמבר 2001. תוכנה זו נועדה לשלב את כל מאגרי המידע המוחזקים בידי הסוכנויות הממשלתיות עם מאגרי מידע של חברות פרטיות. הצלבת המידע אמורה להיעשות באמצעות מערכת שסורקת, מרכיבה ומעבדת נתונים אישיים של כל הפרטים בתוך ארצות הברית וגם מחוץ לה, כדי לגלות תבניות, להעלות השערות, לדווח ולהזהיר מפני התנהגות חשודה. כתוצאה מביקורת ציבורית על השימוש בנתונים של אזרחים אמריקנים, החליט הקונגרס ביולי 2003 להפסיק את העברת הכספים לפיתוחה. עם זאת הותר מימון תוכנות דומות שלא עלו לדיון ציבורי, אף שהן מעלות שאלות דומות בנוגע לזכות לפרטיות של אזרחים ותושבים אמריקנים.³³

ב. אתגרים חדשים ו"אוקיינוס המידע"

הרשת נותנת בידי שירותי הביטחון כלים רבים להתחקות וללמוד על הפעולות וההרגלים של המשתמשים בה; התוכנות המתקדמות מעניקות יכולת לחדור אל צנעת הפרט ואל פרטיות האזרחים, שרובם תמימים לחלוטין. עם זאת, כפי שאציג

32 שם, עמ' 8-9. ראו גם איינהורן ואח', לעיל הערה 23, עמ' 55.

33 התייחסות לזה ראו בדוח TAPAC, לעיל הערה 7, עמ' 1-5; J. Rosen, "The Naked Crowd: Balancing Privacy and Security in an Age of Terror", *Arizona Law Review* 46 (2004), p. 610n; G. Hosein, *Threatening the Open Society: Comparing Anti-Terror Policies and Strategies in the U.S. and Europe* (Privacy International Report, 2005), pp. 10-13

בהמשך, הופעת רשת האינטרנט בחיינו לא הפכה את עבודת רשויות הביטחון לקלה יותר. אף על פי שכל הפעולות ברשת אינטרנט משאירות "טביעת אצבע" והכול מתועד, הניסיון לברור מתוך ים המידע הזה את המידע שעשוי לסכל טרור משול למציאת מחט בערמת שחת. לעומת זאת גורמי הטרור יכולים לעשות שימוש קל ויעיל באינטרנט לשם השגת מטרות רבות,³⁴ שבעבר היו כרוכות בסיכון של חשיפה, בהוצאות כספיות, או שהיו בלתי אפשריות כלל. לכן, אף שמקובל להציג את השימוש באינטרנט על ידי רשויות הביטחון כאמצעי "נוח" להשגת מידע על פעילי הטרור, המציאות מורכבת הרבה יותר. גם גורמי הטרור עברו לשימוש באינטרנט, שתפס את מקומם של אמצעי התקשורת האחרים (כגון שיחות טלפון), אך עובדה זו מקשה ולא מקלה על הרשויות לעקוב ולאתר את פעילי הטרור בזמן אמת. כמו כן, ארגוני הטרור שינו את המבנה שלהם בצורה שמקשה עוד יותר על ניצול הרשת לשם מעקב אחריהם. על כך אפרט להלן בסעיף 8ב.

4. השימוש באינטרנט על ידי גורמי הטרור

השימוש שעושים גורמי הטרור באינטרנט הוא בעל אופי מגוון ונוגע לתחומים שונים; במידה רבה הוא חופף להשתלטות הרשת על כל תחומי החיים בעולם האזרחי, המסחרי, הממשלי והצבאי. ניתן לחלק את השימוש שעושים ארגוני הטרור ברשת לשלושה תחומים עיקריים:³⁵

- שימוש ברשת כאמצעי תקשורת המונים: לשם תעמולה והפצת מידע.
- שימוש אינסטרומנטלי: תקשורת בין פעילים ובין גופים בארגון, איסוף מודיעין, גיוס פעילים וכספים ועוד.
- שימוש ישיר: טרור באמצעות הרשת (cyber terrorism).

G. Weiman, *Terror on the Internet* (Washington, DC: United States Institute of Peace Press, 2006), p. 30 34
שם, עמ' 25. 35

א. שימוש ברשת כאמצעי תקשורת המונים

בעשור האחרון כמעט כל ארגוני הטרור משתמשים באינטרנט באינטנסיביות, כתחליף לאמצעי תקשורת ההמונים. לרשת יש יתרונות רבים עבור ארגוני הטרור ביחס לאמצעי התקשורת הקונבנציונליים:³⁶

- הרשת אינה מצונזרת או מפקחת, וניתן להעביר בה כל מסר שהארגון מעוניין בו.
 - המידע ברשת נגיש בחינם לכל אדם בכל מקום בעולם ובכל עת, בלי תלות בשעות שידור.
 - ניתן להעלות ברשת מדיה מגוונת: טקסטים, תמונות, סרטים ומוזיקה, שיכולים להעצים את המסר וליצור אפקט תעמולתי חזק, למשל: שידור הוצאות להורג.³⁷
 - הרשת מאפשרת הפצת מידע בצורה אינטראקטיבית: כל אדם יכול לחפש ולמצוא את המידע שמעניין אותו, ליצור קשר עם אנשי יחסי הציבור של הארגון ולקבל תשובות ספציפיות לשאלות המטרידות אותו.
- היום כמעט כל ארגון טרור מפעיל אתר אינטרנט. חלק מאתרים אלה קמים ונופלים ומחליפים כתובות בקצב מהיר ביותר, כך שה"מרדף" אחריהם והמלחמה בהם הופכים לחסרי סיכוי כמעט. האתרים של ארגוני הטרור מכילים את ה"אני מאמין" של הארגון וכן תמונות וסרטי תעמולה. אתרים של ארגונים רבים מעבירים גם מסרים שונים ומגוונים – ואף סותרים – המיועדים לקהלים שונים. המסרים האופייניים הם מסוגים אלה:³⁸
- הצגת הארגון כנרדף וכקרוב והצנעת פעילות הטרור שלו במטרה לשכנע צדדים שלישיים בצדקת המאבק ובהפיכת הארגון ללגיטימי.
 - התגאות והתפארות בפעילות הטרור של הארגון באמצעות קבלת אחריות לביצוע פיגועים על ידי הארגון, וכן שימוש בסרטים ובתמונות המכוונים לציבור התומכים של הארגון.

36 שם, עמ' 26-30.

37 שם, עמ' 26.

38 שם, עמ' 55-57.

- הפחדה ואיומים בפעולות ובפיגועים נוספים בעתיד, המכוונים כלפי הציבור או המדינה שבהם נלחם הארגון.

הרשת מהווה אפוא כר נוח ביותר להפצת מסריו של הארגון, הן כלפי הציבור התומך בו וכלפי קהלים אובייקטיביים והן כלוחמה פסיכולוגית בציבור שהוא יעד להפחדה. ארגון טרור, כפי שמשמע גם מהמילה הלועזית terror, מבקש לזרוע פחד ואימה ולהשיג באמצעות זאת מטרות מגוונות. לצד השימוש בפיגועי טרור משמשים אמצעי התקשורת כלי להעצמת מסר ההפחדה שמעביר הארגון.³⁹ אולם בעוד שבכלי התקשורת הלגיטימיים עלולה הפצת מסרי הארגון לעבור ביקורת ואימות נתונים, ולעתים גם צנזורה כלשהי, באתר האינטרנט של הארגון אפשר לעוות את המציאות ולהציג נתונים בצורה הנוחה לארגון, לכלול מסרי שנאה ולהסית לפעולות טרור נוספות.

ב. שימוש אינסטרומנטלי

בדומה לארגונים אזרחיים לגיטימיים, ארגוני הטרור משתמשים באינטרנט גם ככלי עבודה יומיומי. לאינטרנט יש שני יתרונות ייחודיים עבור ארגוני הטרור:

- **אנונימיות.** ניתן להשיג מידע ולתקשר באמצעות האינטרנט באופן אנונימי יחסית, תוך החלפת כינויים וכתובות, שימוש ב"אינטרנט קפה" וכדומה. עם זה יש לזכור שקשה לשמור על אנונימיות מוחלטת לאורך זמן תוך שמירה על עלויות נמוכות ושימוש נוח ברשת.

- **נגישות זולה.** האינטרנט הוא אמצעי נגיש בכל שעה, מכל מקום ובמחיר זול. בעבר השמירה על קשר בין תאי פעילות מרוחקים של ארגוני טרור, הממוקמים במדינות העוינות את הארגון, הייתה קשה ויקרה (עלות שיחות בינלאומיות, שליחת שליחים ואיגרות). לעומת זאת השימוש ברשת הוא זול, נגיש ומהיר.

להלן יפורטו שימושים אינסטרומנטליים שונים שעושים ארגוני טרור ברשת.

תקשורת בין פעילים⁴⁰

דואר אלקטרוני. תחליף זול, נוח ובטוח לטלפון. הדואר האלקטרוני נגיש בכל מקום בעולם (אין צורך להחליף מספרים תוך כדי תנועה או להחזיק במכשיר סלולרי, המסגיר את מיקום הדובר), אפשר להשתמש בו מ"אינטרנט קפה" וקל להחליף כתובות במהירות (לעומת מספרי טלפון). כמו כן, הוא מאפשר הפצת מסרים לכמות גדולה של מכותבים בפעולה אחת (באמצעות רשימות תפוצה מוכנות מראש), במהירות ובלחיצת מקש, בלי צורך לערוך התקשרויות רבות.

תוכנות מסרים מידיים. תוכנות המקלות על קיום דר-שיח ורב-שיח, וכן על תכנון, תיאום ופתרון בעיות על ידי יצירת קשר מהירה והתכתבות בין פעילים. ניתן להשתמש בתוכנות אלה ברקע של עבודה אחרת במחשב, לדעת בכל עת מי מאנשי הקשר מחובר לרשת וליצור קשר מידי.

חדרי צ'ט ופורומים.⁴¹ באתרים רבים של ארגוני הטרור קיימת אפשרות של שימוש בפורום (שיחות פומביות בין משתמשי האתר), בצורה זו או אחרת. כדי להשתתף בפורום אין צורך בכתובת דואר אלקטרוני, וכדי לקרוא אותו אין צורך בכינוי, סיסמה או שם משתמש. באמצעות יישומים אלה ניתן להעביר מסרים למספרים עצומים של קוראים ומשתמשים, בצורה מהירה ויעילה. נוסף על כך, פורומים שונים של פעילי ארגון אל-קאעדה ושל ארגונים אחרים צצים ומשנים כתובות במהירות בתוך אתרים מסחריים קיימים, המאפשרים פתיחת פורומים באופן חופשי (למשל יאהו). פורומים אלה מעלים תמונות, מסיתים נגד אויבי הארגון ועונים על שאלות בתחום ההלכה הדתית.

הפצת מסרים פומביים, לרבות הוראות הפעלה, באמצעות העלאת כרוזים לאינטרנט.⁴² אחת הדרכים של ארגון הטרור להפיץ מסרים לפעילים שעמם הוא לא מקיים קשר רציף היא באמצעות כרוזים שמועלים לאתר האינטרנט. לעתים המסר שבכרוזים מרומז או סמוי, אך לעתים הוא גלוי, למשל הקריאה הברורה באתרי אל-קאעדה להוציא לפועל פיגועים נגד ארצות הברית. במבט ראשון זו

40 שם, עמ' 114.

41 שם, עמ' 130.

42 שם, עמ' 115.

נראית כאמירה כללית, אך עבור תאים רדומים הנמצאים במקומות נידחים היא עלולה להיות טריגר מוסכם לתחילת הוצאתו לפועל של פיגוע.

הפצת מידע בקרב הארגון, וכן בין ארגונים ובקרב "קהיליית הטרור", באמצעות העלאת מידע וקבצים לרשת.⁴³ המידע מועלה לאתרי האינטרנט הגלויים של הארגון, ולעתים הוא מופץ באמצעות תוכנות שיתוף קבצים לכל דורש. דוגמאות לשימושים כאלה: "המדריך לטרוריסט" שניתן להורדה באתר החמאס, מדריכים לגבי גיוס סוכנים, זיוף מסמכים, התקנת חגורות נפץ וכולי. במידה מסוימת, האפשרות להעביר קבצים ארוכים ומפורטים ברשת – הכוללים תמונות, תרשימים וסרטים – יכולה לשמש תחליף לתכנית אימונים במחנה מסודר שדורשת מדריכים, מקום, הסעה (או הטסה) ושהייה של פעילים. מחנה אימונים וירטואלי שכזה אכן הוקם לאחר הריסת המחנות האמיתיים באפגניסטן על ידי ארצות הברית.⁴⁴ מובן שאין בכך תחליף מלא לקורס מעשי, אך מדובר בדרך קלה ויעילה של שיתוף והפצת ידע שנצבר.

איסוף מודיעין

הרשת היא כר נוח לאיסוף מידע מודיעיני ולהעברת מידע מגוון בין פעילים ובין גופים שונים.

איסוף מידע ממקורות גלויים ברשת.⁴⁵ ברשת האינטרנט אפשר למצוא מפות של ערים ותצלומי אוויר שמספקות תוכנות חינוכיות רבות. כמו כן ניתן ללמוד על לוחות זמנים של רכבות, טיסות או אוטובוסים, שעות פתיחה וסגירה של מקומות ציבוריים וכדומה. נוסף על כך, ניתן לאתר תצלומים של מקומות שונים, חלקם אפילו באמצעות מצלמות רשת שנמצאות באופן מקוון באתרים ציבוריים, וכך להשיג מודיעין לקראת פעולה עתידית. באופן דומה אפשר ללמוד ממקורות גלויים על דרכי הרכבת פצצות ומטענים, הכנת חומרי נפץ והפעלת כלי נשק שונים. הרשת אף יכולה לאפשר השגת מידע על אנשים ספציפיים, כולל תמונות ופרטים נוספים.

43 שם, עמ' 127.

44 שם, עמ' 126-127.

45 שם, עמ' 112.

עוד מקור מידע גלוי גדול ברשת הוא היישום Google Earth המספק תמונות לוויין מפורטות של כל מקום בכדור הארץ. בתמונות אלה ניתן גם לקבל מידע על גובה כל נקודה מעל פני הים, וכן נקודת הציון הגיאוגרפית המדויקת שלה. לפי דיווחים מחקירתו של אחד המחבלים שהשתתפו בפיגוע במומבאי בנובמבר 2008, החוליה עשתה שימוש בתצלומי לוויין ובמכשירי GPS כדי לנווט ברחובות העיר. בעקבות זאת הוגשה תביעה לבית המשפט בהודו, להורות למפעילי האתר לטשטש תמונות של נקודות רגישות במומבאי. בהקשר זה יש לציין שחוליית הטרור במומבאי היא דוגמה ל"חוליית הטרור של המאה העשרים ואחת"⁴⁶: החוליה הייתה מצוידת במכשירי טלפון סלולרי ולוויני, ב-GPS ובמכשירי בלקברי המאפשרים גלישה קלה באינטרנט. בזמן הפיגוע היו חברי החוליה בקשר עם מפעיליהם בפקיסטן שהעבירו להם עדכונים מהתקשורת ועודדו אותם להמשיך בפעולה.⁴⁷

ניתן לומר אפוא, באופן כללי, שכשם שאפשר היום לערוך מחקר על כל נושא שעולה על הדעת ולאסוף מידע כמהירות באמצעות הרשת, כך גם פעילי הטרור יכולים לאסוף מודיעין ולחקור כל נושא העולה על דעתם בצורה דומה. איסוף מידע ממקורות שאינם גלויים. פעילי טרור יכולים להשיג מידע חסוי באמצעות פריצה לאתרים ממשלתיים או למחשבים פרטיים, וכן למאגרי מידע שאינם נגישים לציבור.

שימוש ברשת לקראת פיגועים

אפשר לעשות ברשת גם שימוש אקטיבי ממשי, בפעולות המכניות את הפיגוע. לעתים הרשת היא שמאפשרת את הפיגוע עצמו, כמו בפעולה שביצעה המחבלת אמנה מונא שפיתתה באמצעות צ'ט ברשת את הנער אופיר רחום שייפגש עמה בירושלים, וכך נחטף רחום לרמאללה ונרצח.⁴⁸ דוגמה אחרת לשימוש ברשת לקראת פיגוע היא רכישה מקוונת של כרטיסי טיסה על ידי מחמד עטא, מפקד

46 ראו http://technology.timesonline.co.uk/tol/news/tech_and_web/the_web/article5311241.ece

47 ראו סיכום האירוע על ידי מכון ראנד: www.rand.org/pubs/occasional_papers/2009/RAND_OP249.pdf, עמ' 7.

48 Weiman, לעיל הערה 34, עמ' 133.

פיגועי ספטמבר 2001 בניו יורק. בשנת 2009 פרסם השב"כ אזהרה לאזרחי ישראל מפני ניסיונות גיוס שמבצעים ארגוני הטרור באמצעות רשתות חברתיות כגון facebook. החשש היה שהארגונים ינסו ליצור קשר ולפתות ישראלים לצאת לפגישה עסקית בחוץ לארץ, ושם יחטפו אותם או ינסו לגייסם.⁴⁹

גיוס פעילים וכספים

גיוס פעילים. השלב הראשוני, החדרת מוטיבציה ושכנוע פעילים פוטנציאליים להתגייס לארגון, נעשה באמצעות תעמולה שמתנהלת על גבי האתר של הארגון. כמו כן, גולשים שיוצרים קשר ומתעניינים באתר מקבלים פנייה אישית ממנהלי האתר, וכך נוצר הקשר הראשון בין הארגון לגולש.⁵⁰

גיוס כספים. גיוס כספים לארגוני הטרור נעשה בחלקו הגדול על ידי תרומות. פרסום חשבונות הבנק, השכנוע ושווק הארגון נעשים באמצעות אתרי האינטרנט. מפעילי האתרים מזהים גולשים שחשים אהדה כלפי הארגון ומציעים להם לתרום באמצעות תכתובות דואר אלקטרוני, בדרך כלל על ידי ארגון מתווך שפועל באופן חוקי ומציג את עצמו כבעל מטרות הומניטריות (לדוגמה, קרן שמימנה פעולות של החמאס והייתה ממוקמת בטקסס).⁵¹ בחלק מהאתרים מופיעים מסרים שבהם הארגון מתפאר בהישגיו ולעתים אף מנסה לפרט את "מחיר" הפיגועים. באתר החמאס מופיע צלאח שחאדה (ראש הזרוע הצבאית של החמאס בעזה שחוסל על ידי ישראל ביולי 2002) ומפרט את מחיר כלי הנשק והפיגועים, מתוך מטרה לעודד את תומכי הארגון להשתתף בהוצאות ולתרום.⁵²

ג. שימוש ישיר

את השימוש הישיר ברשת ניתן לחלק לשני אופנים: טרור וירטואלי ממש, ותקיפת מחשבים.

49 ראו לדוגמה הדיווח על אזהרת השב"כ באתר הארץ: www.haaretz.co.il/hasite/spages/1086342.html

50 Weiman, לעיל הערה 34, עמ' 118-120.

51 שם, עמ' 135.

52 שם, עמ' 117.

טרור וירטואלי

המונח טרור וירטואלי מתייחס לתחום שהוא לפי שעה איום שטרם יצא לפועל.⁵³ מדובר בפעולות שיבוצעו באינטרנט באופן ישיר (פיגוע באמצעות המקלדת). פיגועים כאלה עלולים לגרום נזקים לתשתיות חיוניות (אנרגיה, תחבורה) וכתוצאה מכך עלולה להיגרם אף פגיעה קשה בחיי אדם (למשל עקב שיתוק צמתים מרומזרים, שיתוק השליטה במטוסים וברכבות וכדומה). תוצאה נלווית חשובה של האיום בטרור כזה היא הפחד הפסיכולוגי הקשה של אזרחים ושל רשויות, והתחושה ששום דבר אינו מוגן ובטוח.

עד היום טרם נרשם ולו פיגוע אחד כזה, אך הנושא תופס תשומת לב תקשורתית רבה בגלל הפחד הפסיכולוגי מפני הלא נודע ובשל סיבות כלכליות – לחברות רבות שמוכרות טכנולוגיות של אבטחת מידע יש אינטרס להעצים את החשש מפני סכנה זו.⁵⁴ אולם יש להכיר בכך שלעתיד לבוא מדובר בסכנה אמיתית. בביצוע פעולת טרור וירטואלית הסיכון ל"תוקף" הוא מינימלי, משום שניתן לתקוף ממרחק עצום, ולעומת זאת פוטנציאל הסכנה הוא אדיר. עם זאת נראה שנכון להיום טרם התפתחו בקרב ארגוני הטרור היכולות הדרושות לבצע טרור וירטואלי רחב היקף.

תקיפת מחשבי רשויות

אפשר להצביע על אופן פעולה נוסף שבו משתמשים פעילי הטרור באינטרנט – "הצפה" של מחשבי הממשלה והרשויות בהודעות ופניות, באופן שמקשה על פעולתם או אף מפיל את אתרי האינטרנט שלהם. סוג זה של שימוש באינטרנט, שבניגוד לסוג הקודם לא נשאר תאורטי בלבד, אינו גורם לתוצאות הרות אסון אלא מהווה מטרד בלבד ועלול לגרום גם לנזק כספי. כמו כן קשה להפריד, במקרה זה, בין טרוריסטים לבין האקרים "חובבים" ואנרכיסטים שונים, המשתמשים במתקפות על אתרי הממשלה כדי להביע מחאה או כדי להטריד.

53 שם, עמ' 148.

54 שם, עמ' 150.

5. לחימה בטרור באמצעות האינטרנט

הלחימה בטרור באמצעות האינטרנט מתמקדת בשני ראשים: התמודדות ישירה מול אתרי האינטרנט של ארגוני הטרור; ואיסוף מודיעין, בעיקר באמצעות יירוט המסרים הנשלחים באינטרנט ופענוחם.

א. התמודדות ישירה מול אתרי האינטרנט של הארגונים השונים

אחת הדרכים המרכזיות להתמודד עם הלוחמה הפסיכולוגית ופרסומי ארגוני הטרור היא סגירת אתרי האינטרנט שלהם.⁵⁵ לא אתמקד בדרך פעולה זו, שכן היא איננה קשורה בסוגיית הפגיעה בפרטיות אלא בסוגיות של חופש הביטוי. עם זאת הדיון בהמשך יושפע מהעובדה שדרך פעולה זו הוכחה כחסרת יעילות. אתרי האינטרנט שנסגרים חוזרים וקמים במהירות בכתובות אחרות. נוסף על כך, ישנן מדינות שתומכות בטרור במישרין או בעקיפין (ולענייננו, הן אינן מוכנות לפעול לסגירתם של אתרים המאוחסנים בשרתים בשטחן). כך גם לגבי פורומים שונים שנפתחים ונסגרים בקצב מהיר ביותר, אפילו על גבי אתרים של ספקים לגיטימיים (כמו יאהו).⁵⁶ לכן דרך הפעולה של סגירת אתרים או נטרולם היא לא יעילה גם בלי להיכנס לשאלת ההצדקה של פעולות כאלה בשל סוגיות של חופש הביטוי.

ב. התמודדות מודיעינית עם הטרור באינטרנט

כפי שפורט לעיל, פותחו בשנים האחרונות יכולות אדירות למעקב וליירוט תקשורת של פעילי טרור. עם זאת יש להפריד בין שתי קבוצות עיקריות של אמצעים ויכולות ולבחון כל קבוצה בנפרד מבחינת המצב המשפטי הקיים או הרצוי.

מעקב אחר כתובות דואר אלקטרוני חשודות

דרך חשובה לאיסוף מודיעין באמצעות האינטרנט היא המעקב אחר כתובות דואר אלקטרוני חשודות.⁵⁷ ההיקף ומידת ההרמטיות (המידה שבה אפשר ליירט את תכתובות הדואר האלקטרוני מהכתובת החשודה) שניתן להשיג במעקב אחר

55 שם, עמ' 193.

56 שם, עמ' 29.

57 שם, עמ' 182.

כתובות דואר אלקטרוני אינם גלויים לציבור. עם זאת מדובר ביכולת פשוטה לניתוח מנקודת המבט של הגנת הפרטיות, משום שמבחינה רעיונית כמעט שאין הבדל בין מעקב אחר כתובת דואר אלקטרוני חשודה, המתבצע בעקבות חשד קונקרטי כלפי המשתמש בה, ובין מעקב אחר מספר טלפון חשוד (למעט הסוגיה של דואר שנקרא שכמפורט להלן באשר לדין המצוי, נתפס לפחות בתחילת התפתחות הדין כחיפוש ולא כהאזנת סתר). מכיוון שכך, ראוי שתהיה שקילות בין הכללים שמופעלים באשר להאזנות סתר לטלפונים, ובין הכללים שיישמו לגבי מעקב אחר כתובות דואר אלקטרוני. מובן שאפשר שלא להסכים עם הכללים הקיימים היום באשר להאזנות סתר בישראל. אולם סוגיה זו מעניינת פחות בעיניי, שכן אין חידוש גדול בטכנולוגיה של הדואר האלקטרוני לעומת הטלפון, ככל שאנו עוסקים במעקב אחר כתובת אינטרנט ספציפית, החשודה בקשר לפעילות טרור. כל דיון בהצדקת האיוונים בקשר להאזנות סתר לטלפונים יהיה רלוונטי גם לגבי האינטרנט, ובמידה שווה כמעט לחלוטין.

תוכנות "רחרחניות"

בשונה ממעקב ספציפי אחר כתובות דואר אלקטרוני חשודות, תוכנות "רחרחניות" (Carnivore) מתחברות לספקית אינטרנט ועוברות על כל התעבורה שלה. כלומר, הבדיקה כאן היא מקפת ואינה מתבססת על חשד קונקרטי במשתמש מסוים. לתוכנות מסוג זה יש יכולות מגוונות, אך המכנה המשותף לכולן הוא שניתן לשלוף באמצעותן חומר שמעניין את רשויות האכיפה לא רק לפי כתובות מסוימות של דואר אלקטרוני, אלא לפי תוכן התכתובות או נתונים נוספים.⁵⁸ בחלק מהתוכנות מדובר גם על הצלבה של חומרים ממקורות שונים – נתוני גלישה של המשתמש (לפי כתובת ה-IP שלו), אתרים שהוא גולש אליהם, חיפושים שהוא מבצע, רכישות שעשה באמצעות הרשת, קשריו, פורומים שבהם הוא משתתף וכולי. מדובר בכלי שמאפשר לרשויות להגדיר תנאים לוגיים שלפיהם יתקבל חומר מסוים המעורר חשד – לפי תוכנו, קשריו, מאפייני הגלישה או נתונים רבים אחרים.⁵⁹ לדוגמה, ניתן לבחון תכתובות שבהן מאוזכרים כמה רכיבים המשמשים

58 שם, עמ' 184-185.

59 Tien, לעיל הערה 2, עמ' 393-396.

לייצור חומרי נפץ, בשילוב עם נתוני גלישה חשודים כגון גלישה לאתרי ארגוני טרור, השתתפות בפורומים אסלאמיים קיצוניים וכדומה.

לדעתי, התוכנות הרחרחניות הן שמעלות את השאלה המרכזית שעל הפרק – כלומר את ההתלבטות שמולה עומדות היום החברות הדמוקרטיות. בדרך-השיג מטרות ביטחוניות של מניעת טרור, מציבות התוכנות האלה איום על הזכות לפרטיות. איום זה בא לידי ביטוי בכמה אופנים:

אגירת מידע. כדי שייווצר בסיס הנתונים שבו יכולה התוכנה לחפש ולהצליב מידע על פי תנאים לוגיים שונים, יש הכרח להקליט ולשמור את כל התעבורה בספקית האינטרנט (ולשם הגברת היעילות, יש לשמור את הנתונים מכמה ספקים לאורך זמן מסוים, ולהצליב את המידע). המשמעות המידית היא שגם כל התעבורה (תכתובות דואר אלקטרוני) של המשתמשים התמימים, שאינם חשודים בדבר, מוקלטת ונשמרת. עצם קיומו של בסיס נתונים כזה, שממנו אפשר לדלות מידע על כל גולשי האינטרנט באשר הם, הוא כשלעצמו פגיעה בפרטיות, ולטענת ארגוני זכויות האדם מדובר בפגיעה חמורה ביותר.⁶⁰ היקף המידע המצטבר על כלל האוכלוסייה הוא עצום, וחלקו הוא מידע המתייחס לגרעין הקשה של הפרטיות – מידע אינטימי ממש. כמו כן יש כאן בעיה עם התפיסה הפרוצדורלית הנוכחית שלפיה לא ניתן לבצע חיפוש או האזנות סתר בלי שקיים סוג כלשהו של חשד שבעקבותיו מבצעים את החיפוש או את האזנת הסתר.⁶¹

False Positive. מתוחכמות ככל שיהיו, התוכנות המדוברות עלולות להניב מפעם לפעם (וייתכן שאף בתדירות גבוהה) תוצאות שגויות. במילים אחרות, לעתים אנשים תמימים או תכתובות דואר אלקטרוני תמימות יזוהו בטעות כחשודים, בשל שימוש אקראי במילים מחשירות או בשל גלישה תמימה לאתרים מחשידים (למשל לשם צרכים אקדמיים), בצורה שתפעיל את התנאים הלוגיים המוגדרים בתוכנה (מובן שהתוכנות אמורות להיות מתוחכמות מספיק כדי למנוע תוצאות שגויות כאלה). גם אם נניח ששירותי הביטחון לא ימשיכו לעקוב אחרי המשתמשים שהתוכנה עלתה על עקבותיהם בטעות – כבר היו מפעילים אנשיים שקראו את המידע עליהם כדי לקבל את ההחלטה שמדובר

60 Weiman, לעיל הערה 34, עמ' 227.

61 Tien, לעיל הערה 2, עמ' 398.

במשתמש תמים. הפגיעה החמורה בפרטיותו של הגולש התמים כבר נגרמה. הבעיה מתחדדת כמובן בשל נטייתם של שירותי הביטחון שלא לקחת סיכונים. אין זה מובן מאליו שהם יקיימו את תנאי "המצב הרצוי" ויחדלו לעקוב אחרי המשתמש התמים שנתפס ברשת.

קשיי פיקוח. בעיה קשה בשימוש בתוכנות הרחרחניות היא הקושי האינהרנטי לפיקוח של גורם חיצוני על השימוש בתוכנה בידי הדרג המבצע.⁶² בניגוד למצב בהאזנות סתר, בין בטלפון ובין בדואר אלקטרוני, שם מוגדר בבירור מה החשד ומה הנזק שצפוי להיגרם לאינטרס הפרטיות, כאשר מתבקש שימוש בתוכנות רחרחניות המצב שונה בתכלית. התנאים הלוגיים שאמורים לזהות את ה"גולש החשוד" הם מורכבים ביותר. יתרה מזו, יש להגמישם ולשנותם כל העת כדי להתאימם לתמונת המצב המודיעינית. כדי להשיג פיקוח אפקטיבי (למשל על ידי בית משפט) יהיה על הדרג המבצעי להסביר ולפרט את אופן הפעולה של התוכנה לפני בית המשפט, שיכולתו להבין את פעולת התוכנה היא מוגבלת. נוסף על כך, לשם יעילות העבודה עם התוכנה חייב הגורם המפקח לאפשר שיקול דעת מסוים לגורם המבצעי לשנות ולאלתר בהפעלת התוכנה, שכן אחרת לא יתאפשר מתן מענה למציאות המודיעינית המשתנה.

החשש הוא שבסופו של דבר לא יושג פיקוח אפקטיבי של גורם מפקח (בית משפט, שר הביטחון וכדומה). בגלל מורכבות המערכת, הקושי לצפות את כמות המידע הרלוונטי ואיכותו, והצורך בגמישות, יזכו מפעילי התוכנה לשיקול דעת נרחב בהפעלתה, ויש סכנה שהשימוש יהיה מוגזם ואולי אף ינוצל לרעה.

Profiling. בהפעלת סינון מידע על פי "מאפיינים חשודים" קיים סיכון אינהרנטי שהתוכנות יישמשו לביצוע מעקב אחרי אוכלוסיות מיעוט "חשודות" על בסיס אתני/ דתי/ תרבותי, פרקטיקה המכונה profiling. פרקטיקה זו פוגעת בשוויון ומהווה למעשה אפליה פסולה כלפי מגזרים חשודים. יש לציין שגם אם השימוש בתוכנות נעשה בתום לב, מעצם העובדה שהיום עיקר הטרור הגלובלי הוא אסלאמי, עלולה להיות נטייה לראות כחשוד כל משתמש אינטרנט אסלאמי הגולש לאתרים אסלאמיים, ומכאן קצרה הדרך ל-profiling.

D. J. Solove, "Electronic Surveillance Law", *George Washington Law Review* 62 72 (2004), pp. 1269–1270

6. מגבלות משפטיות על איסוף מודיעין – המשפט הישראלי

א. הזכות לפרטיות

הזכות לפרטיות מוזכרת במשפט הישראלי בהקשרים רבים, אף שערך היום לא הוגדרה בחוק או בפסיקה באופן מדויק. המשנה לנשיא (כתאורו אז) אהרן ברק התייחס לשאלת היקפה של הזכות בבג"ץ דייין:

הזכות החוקתית לפרטיות משתרעת בין השאר – ובלא כל ניסיון להקיף את הזכות על כל היבטיה – על זכותו של אדם לנהל את אורח החיים בו הוא חפץ בד' אמות ביתו, בלא הפרעה מבחוץ. ביתו של אדם הוא מבצרו, ובגדריו הוא זכאי לכך כי יניחו אותו לעצמו, לפיתוח האוטונומיה של הרצון הפרטי שלו [...] הזכות לפרטיות נועדה על כן, להבטיח כי אדם לא יהא שבוי בביתו, ולא יהא אנוס לחשוף עצמו בביתו להפרעות שאין הוא רוצה בהן [...]. זכות הפרטיות מותחת את הקו בין הפרט לבין הכלל, בין "האני" לבין החברה. היא משרטטת מתחם אשר בו מניחים את הפרט לנפשו, לפיתוח "האני" שלו, בלא מעורבות של הזולת.⁶³

הזכות לפרטיות עוגנה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ההכרה בה כזכות חוקתית מחייבת שכל פגיעה בה תיעשה אך ורק לפי התנאים שנקבעו בפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד, כלומר "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". חוק היסוד אינו מאפשר ביטול חוקים שהיו קיימים במועד כניסתו לתוקף ואשר התירו במפורש פגיעה בזכות לפרטיות, גם אם הם אינם עומדים בתנאים של פסקת ההגבלה.⁶⁴

63 בג"ץ 2481/93, יוסף דייין נ' ניצב יהודה וילק ר-5 אח', פ"ד מח (2), 456, עמ' 469-470.

64 ראו סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם זאת קבע בית המשפט כי יש לפרש חוקים קיימים ברוח חוקי היסוד.

בשנת 1981, עוד בטרם הפכה הזכות לפרטיות לזכות חוקתית, חוקקה הכנסת את חוק הגנת הפרטיות שקבע שפגיעה בזכות היא עברה פלילית ועוולה אזרחית. החוק אינו מגדיר את היקף הזכות ובמקום זאת מונה 11 מעשים שייחשבו לפגיעה בפרטיות, כולל מעקב אחרי אדם העלול להטרודו, האזנה אסורה על פי חוק, צילום אדם ברשות היחיד, הפרה של חובת סודיות לגבי ענייניו הפרטיים של אדם ועוד. החוק אינו חל על רשויות הביטחון – המשטרה, אגף המודיעין בצה"ל, המשטרה הצבאית, השב"כ והמוסד – בכל הנוגע ל"פגיעה שנעשתה באופן סביר במסגרת תפקידם ולשם מילוי".⁶⁵

חוק הגנת הפרטיות אינו מגביל איסוף של מידע, אולם פרק ב בו עוסק במאגרי מידע וקובע חובת רישום שלהם. גם בנושא זה ההגנות על הזכות לפרטיות אינן חלות על פעולות של שירותי הביטחון. למשל, החוק קובע כי רשם מאגרי המידע ינהל פנקס שיהיה פתוח לציבור, ובו יירשמו כל מאגרי המידע. כאשר המאגר שייך לרשות ביטחון, רק זהות בעל המאגר ומטרות הקמתו יהיו גלויים, ואילו סוגי המידע, דרכי קבלתו ומהותו ייוותרו חסויים. נוסף על כך, החוק מעגן את זכותו של כל אדם לעיין במידע הקיים עליו במאגרי המידע, אולם זכות זו אינה חלה על מאגרי מידע של רשויות הביטחון, וממילא מתבטלת גם הזכות לתקן את המידע אם הוא מוטעה.⁶⁶ שירותי הביטחון גם פטורים מההגבלות המוטלות על גופים ציבוריים אחרים בנוגע לקבלת מידע הנדרש להם ולהעברת המידע שהם אוספים. סעיף 23 ב לחוק קובע שהם רשאים לקבל ולהעביר מידע באופן חופשי, כל עוד הדבר נחוץ לצורך מילוי תפקידם ולא נאסר במפורש בחוק.

סמכות כזו עוגנה למשל בחוק השב"כ, המעגן את סמכות השב"כ לקבל נתונים מספקי האינטרנט "למעט תוכן שיחה כמשמעותו בחוק האזנת סתר", אולם כולל כתובות דואר אלקטרוני, מספרי טלפון וכדומה – אם ראש הממשלה קבע שהנתונים נחוצים לשב"כ לצורך מילוי תפקידיו. השימוש במידע ייעשה בהיתר מיוחד מראש השב"כ, לאחר שמצא שהדבר נחוץ לצורך מילוי תפקידיו השב"כ. בהיתר יפורטו "ככל הניתן" פרטי המידע הנדרש, המטרה לה הוא נחוץ

65 חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, סעיף 19.

66 שם, סעיפים 12 ו-13.

ופרטי מאגר המידע שבו הוא מופיע. כל היתר יכול להינתן לתקופה של שישה חודשים, הניתנת להארכה. דיווח על היתרים כאלה יינתנו אחת לשלושה חודשים לראש הממשלה וליועץ המשפטי לממשלה, ואחת לשנה לוועדת הכנסת לענייני השב"כ.⁶⁷

ב. הגבלות על איסוף מידע

האם חוקים העוסקים בביצוע חיפושם והאזנות על ידי שירותי הביטחון מעניקים הגנות רחבות יותר לזכות לפרטיות? שני חוקים עוסקים באיסוף מידע הנחשב לתוכן. הראשון הוא פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) המסדירה תפיסת מסמכים, והשני הוא חוק האזנת סתר המסדיר עריכת האזנות בזמן אמת.

פקודת סדר הדין הפלילי

חיפוש במחשב חייב להיעשות מכוחו של צו חיפוש שניתן על ידי שופט בית משפט השלום. צו כזה יינתן, בין השאר, כאשר החיפוש נחוץ לצורכי חקירה, משפט או הליך אחר, או כאשר לשופט יש יסוד להניח שהחפץ משמש לביצוע פעולות לא חוקיות. צו המתיר חיפוש במחשב חייב לציין במפורש את ההיתר לחדור למחשב, את תנאי החיפוש ואת מטרותיו. החוק מציין שקבלת מידע מתקשורת בין מחשבים במהלך החיפוש לא תיחשב להאזנת סתר.⁶⁸

רף ההוכחה הנדרש מרשויות אכיפת החוק המבקשות צו החיפוש הוא נמוך. הן אינן נדרשות לפרט את טיב החומר שאותו הן מחפשות, ודי שיציינו בבקשה שעל צו החיפוש לכלול היתר להדירה למחשב. החוק אינו דורש שהחיפוש יהיה האמצעי האחרון, לאחר שאמצעים אחרים לא השיגו את המטרה. החוק גם אינו מנחה את השופט לגבי השיקולים שעליו להתחשב בהם טרם אישור הבקשה או לגבי האיוונים שהוא נדרש לעשות.⁶⁹

67 סעיף 11 לחוק שירותי הביטחון הכללי, תשס"ב-2002.

68 סעיפים 23 ו-23א לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (נוסח חדש) תשכ"ט-1969. ראו גם אינהורן ואח', לעיל הערה 23, עמ' 85.

69 נ' קוזלובסקי, המחשב וההליך המשפטי: ראיות אלקטרוניות וסדרי דין (תל אביב: לשכת עורכי הדין בישראל, 2000), עמ' 64-65.

דרך פוגענית פחות להשגת חומר הנמצא במחשב מופיעה בסעיף 43 לפקודה. כאשר המידע נמצא אצל צדדים שלישיים, כמו למשל אצל ספקי שירות אינטרנט, אפשר לדרוש מהם ישירות את המידע וכך להימנע מהצורך לחפש בכל המסמכים במחשב ולהיחשף לפריטי מידע רבים שאינם נחוצים לחקירה.⁷⁰

חוק האזנת סתר

חוק האזנת סתר מסדיר האזנות לשיחות הכוללות שיחות בטלפונים רגילים וניידים, במכשירי קשר ובפקסים, וכן תקשורת בין מחשבים.⁷¹ החוק קובע איסור כללי שלפיו האזנה לשיחה ללא הסכמת מי מבעלי השיחה היא עברה פלילית שדינה חמש שנות מאסר. לאיסור זה נקבעו כמה חריגים.

החריג הראשון מתייחס להאזנה לשיחות שנעשו ברשות הרבים. האזנה כזו אינה דורשת היתר מיוחד כל עוד היא נעשית על ידי מי שהוסמך לכך "מטעמים של ביטחון המדינה" או "לשם מניעת עברות או גילוי עבריינים". "רשות הרבים" מוגדרת בחוק "מקום שאדם סביר יכול היה לצפות ששיחותיו יישמעו ללא הסכמתו" – מבחן אובייקטיבי.⁷² בתקנות נקבע שהסמכה כזו יכולה להינתן גם בדיעבד, אם לא הייתה אפשרות אחרת.⁷³

החריג השני מתייחס להאזנות לשיחות שנעשות ברשות הפרט. על פי החוק, בשני מקרים בלבד תותר האזנת סתר: למטרת מניעת עברות וגילוי עבריינים ולמטרת ביטחון המדינה. כאשר ההאזנה נעשית לצורכי אכיפת חוק רגילה, היא חייבת להיות מאושרת על ידי נשיא בית משפט מחוזי או סגנו. צו כזה יינתן רק אם השופט שוכנע, "לאחר ששקל את מידת הפגיעה בפרטיות", שהדבר דרוש לצורכי חקירה או למניעת עברות מסוג פשע. הצו חייב לציין, אם הפרטים ידועים, את שם האדם לו מותר להאזין או את זהות הקו לו מאזינים ואת מקום השיחות. כן יפורטו בצו דרכי ההאזנה. כל צו יינתן לתקופה של עד שלושה חודשים, הניתנת להארכה. בכל חודש על מפכ"ל המשטרה לדווח ליועץ

70 שם, עמ' 62.

71 סעיף 1 לחוק האזנת סתר, תשל"ט-1979.

72 שם, סעיף 8. ראו בעניין זה גם Gross, לעיל הערה 3, עמ' 60.

73 תקנה 2 לתקנות האזנת סתר, תשמ"ו-1986.

המשפטי לממשלה על מספר ההיתרים שניתנו ופעם בשנה על השר לביטחון פנים לדווח לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת על מספר הבקשות שהוגשו ומספר ההיתרים שניתנו, כולל מספר האנשים ומספר הקווים שלהם התיירו האזנה.⁷⁴ במקרים דחופים, כאשר מפכ"ל המשטרה משוכנע שלא ניתן לדחות את ההאזנה עד לקבלת צו משופט, הוא רשאי להתיר האזנת סתר לתקופה שלא תעלה על 48 שעות. היועץ המשפטי לממשלה רשאי לבטל היתר זה ושופט בית משפט מחוזי יכול לאשר אותו בדיעבד.⁷⁵

האזנה מטעמים של ביטחון המדינה נעשית על סמך אישור של ראש הממשלה או שר הביטחון, לבקשת ראש השב"כ או ראש המודיעין הצבאי, ללא צורך בהליך שיפוטני. גם בהיתר זה צריך לציין את זהות האדם לו הותרה ההאזנה, או את זהות הקו ואת מקום השיחות. כן יש לפרט את דרכי ההאזנה.⁷⁶ אישור כזה ניתן אף הוא לתקופה של עד שלושה חודשים, הניתנת להארכה. אחת לשלושה חודשים על שר הביטחון לדווח ליועץ המשפטי לממשלה על היתרים שניתנו לפי החוק, ופעם בשנה יימסר דיווח על מספר ההיתרים שניתנו לוועדה משותפת של ועדת חוקה, חוק ומשפט וועדת חוץ וביטחון, היושבת בדלתיים סגורות.⁷⁷ במקרים דחופים יכולים ראש השב"כ או ראש אגף המודיעין של צה"ל להתיר האזנה כזו לתקופה של עד 48 שעות והיועץ המשפטי לממשלה, שר הביטחון או ראש הממשלה רשאים לבטל היתר זה.⁷⁸

אף שאין כלל ביקורת שיפוטית על האזנות סתר מטעמי ביטחון המדינה, בהיבט אחד לפחות – כפי שראינו – החוק מקשה על רשויות האכיפה: לא ניתן (אלא על פי פרשנות יצירתית של חוק האזנת סתר) להפעיל תוכנה המסננת דואר אלקטרוני לפי תוכן. עם זה מובן שהחוק מקל מאוד על השגת היתרי האזנות סתר ספציפיות, שכן אין כל צורך בפיקוח ובאישור של בית המשפט אלא בהוראה של הרשות המבצעת עצמה (שר הביטחון וראש הממשלה).

- 74 סעיף 6 לחוק האזנת סתר, תשל"ט-1979.
 75 שם, סעיף 7.
 76 שם, בסעיף 4 (ב).
 77 שם, סעיף 4.
 78 שם, סעיף 5.

יש לציין שחלק גדול מהמידע – שאינו תוכן של דואר אלקטרוני – שבו משתמשות התוכנות הרחרחניות לשם איתור ומעקב אחרי גולשים חשודים, הוא כזה שהרשויות יכולות לקבלו מחברות האינטרנט ומבזק בלי להיות כפופות לחוק האזנת סתר, כמפורט להלן.

ג. חוק נתוני תקשורת

בסוף שנת 2007 נחקק חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), תשס"ח-2007. חוק זה זכה לכינוי המפוקפק "חוק האח הגדול" (להלן: חוק נתוני תקשורת). החוק רלוונטי לשאלת הפגיעה בפרטיותם של משתמשי האינטרנט, אך כפי שיוסבר להלן, הוא אינו מתיר סינון והאזנת סתר על פי תוכן של תכתובות דואר אלקטרוני, ולכן לא שינה את המצב המשפטי הבסיסי בשאלה שבה מתמקד מאמר זה.

החוק מאפשר לרשויות האכיפה לקבל, לפי עילות כלשהן, נתונים ממאגרי מידע (של חברות התקשורת) לשם גילוי עברות ועבריינים ולהצלת חיי אדם. הנתונים כוללים איכון של טלפונים סלולריים, פירוט שיחות (כולל איתור מספרי היעד והמקור) ונתונים של מנויי/ משתמשי אינטרנט (מספרי תעודות זהות, כתובות). דרך המלך לקבלת המידע היא על ידי צו של שופט בית משפט שלום, אם כי במקרים דחופים של מניעת עברות מסוג פשע או הצלת חיי אדם, ניתן לקבל נתונים גם לפי בקשת שוטר בלבד, באישור קצין מוסמך (בדרגת סגן ניצב ומעלה שהוסמך לכך על ידי המפכ"ל). כמו כן, המשטרה רשאית לקבל מחברות התקשורת את "ספר הטלפונים" המלא שלהן ועוד נתונים כלליים על הרשת.

חשוב להבין שהחוק מאפשר היום לרשויות החוקרות נגישות רחבה מאוד לנתוני תקשורת. יש לצרף לכך את העובדה שבימינו נתוני תקשורת – אף שאינם תוכן – מגלים פרטים רבים שנחשבים לפרטיים מאוד: עם מי אנו מדברים, איפה היינו, מהם הרגלי הגלישה שלנו, מי הם אנשי הקשר שלנו וכולי. עם זאת יש לציין שחוק זה אינו מאפשר למשטרה לסנן תכתובות דואר אלקטרוני לפי תוכן. בדומה לצווי האזנות הסתר, גם החומר שמועבר לפי חוק נתוני תקשורת הוא לגבי אדם ספציפי, מנוי אינטרנט או מספר טלפון.

ככלל, ראיות שהושגו על ידי האזנת סתר בניגוד לתנאים שנקבעו בחוק לא יהיו קבילות כראיה בבית המשפט. החוק מאפשר חריגים לכלל זה לפי חוק האזנת סתר או – כאשר מדובר בפשע חמור – לאחר שבית המשפט דן וקבע שהן יהיו קבילות, לאחר ששוכנע כי "הצורך להגיע לחוק האמת עדיף על הצורך להגן על הפרטיות".⁷⁹

ד. איזה חוק חל על איזה סוג של מידע?

ההבחנה בין חיפוש לבין האזנת סתר אינה תמיד ברורה. הבעיה העיקרית נוגעת למעמדו של דואר אלקטרוני שטרם נקרא על ידי הנמען: האם קריאתו תיחשב להאזנת סתר או שיש צורך בהליכים לפי פקודת סדר הדין הפלילי? אין מחלוקת על הקביעה שבדרכה לשרת של הנמען ההודעה מוגנת על ידי חוק האזנת סתר. כן אין מחלוקת על הקביעה שלאחר שההודעה נקראה על ידי הנמען, רשויות אכיפת החוק יוכלו להסתפק בצו חיפוש רגיל לצורך קריאתה. השאלה מתעוררת רק בנוגע לזמן שבו ההודעה ממתינה על ספק השירות של הנמען.⁸⁰ יש לציין שבכל מקרה שאלה זו איננה רלוונטית לגבי השימוש בתוכנות רחחניות, שאמורות לסנן על פי תוכן ולא על פי צו ספציפי, בין של חיפוש ובין של האזנת סתר.

בישראל עמדה שאלה זו במרכזם של שני פסקי דין. בעניין בדיר הורשעו שלושה אחים בהאזנת סתר אסורה לאחר שנקבע שהם האזינו להודעות בתאי טלפון קוליים.⁸¹ בעניין נטוויז'ן⁸² פנתה המדינה לבית משפט השלום, והוא אישר את בקשתה לצו חיפוש. הצו הורה לחברת נטוויז'ן להעביר לצה"ל, לצורך חקירה סמויה שהוא ניהל, את כל הודעות הדואר האלקטרוני הנמצאות בתיבות של ארבעה מנויים של החברה וכן את כל ההודעות שיגיעו למנויים אלה בשישים הימים שמיום מתן הצו. נטוויז'ן ערערה על ההחלטה וטענה, בין השאר, שאין הבדל בין תא קולי לתא דואר אלקטרוני ולכן המדינה מציגה שתי עמדות סותרות. למעשה, המדינה "ביקשה להרשיע את הנאשם [בעניין בדיר] בפעולה

79 שם, סעיף 13.

80 למחלוקת זו ראו קוזלובסקי, לעיל הערה 69, עמ' 95-96.

81 ת"פ 40250/99 (מחוזי ת"א), מדינת ישראל נ' מונדרין בן קאסם בדיר ואח' (2001).

82 בש"פ 98606/00 (מחוזי ת"א) נטוויז'ן נ' צה"ל (2000).

שלדעת פרקליטת המדינה אינה מהווה לכאורה האזנת סתר אסורה.⁸³ כן טענה נטוויז'ן שהעברת הודעות שטרם התקבלו אצלה דורשת אף היא צו לפי חוק האזנת סתר. הערעור נדחה ונטוויז'ן ערערה למחוזי בטענה, בין השאר, שפסיקת בית משפט השלום מייתרת את חוק האזנת סתר.⁸⁴

עוד בטרם נידון הערעור שינתה פרקליטת המדינה דאז ערנה ארבל את המדיניות הרשמית. לפי המדיניות החדשה, תפיסת דואר אלקטרוני שטרם הגיעה לשרת של ספק האינטרנט מחייבת צו לפי חוק האזנת סתר. לעומת זאת, כדי לקרוא דואר אלקטרוני הנמצא אצל ספק השירות די בצו חיפוש של בית משפט שלום.⁸⁵

באפריל 2003, במסגרת ערעור לבית המשפט העליון, חזרה בה המדינה מאישומם של האחים בדיר בהאזנת סתר אסורה והסכימה לזכותם.⁸⁶ בית המשפט העליון נמנע מלנקוט עמדה בנוגע לחוק שיש להחיל על מקרים כאלה, כך שבדומה למצב בארצות הברית – שאלה זו טרם הוכרעה על ידי בתי המשפט.

שאלה נוספת מתעוררת בנוגע לציתות לשיחות המתנהלות ברשת האינטרנט (צ'טים). בעניין זה נקבע כי כאשר השיחה נגישה לציבור הרחב, "קליטת המידע על ידי רשויות החקירה אינה משום האזנת סתר ואינה זקוקה להיתר. שכן בנסיבות אלה אין לומר כי קמה לאדם ציפייה סבירה ששיחותיו לא תישמענה, וניתן אף לומר כי הפך את כל שומעיו הפוטנציאליים לשותפים לשיחה".⁸⁷ אולם כלל זה מתעלם מכך שהציפייה לפרטיות אינה נוגעת לתוכנם של הדברים, שלגביהם

83 ראו עו"ד חיים רביה, "תיק בדיר: פסיקה עקרונית, מחייבת שיקול מחודש של מדיניות הפרקליטות בנושא האזנה לדואר אלקטרוני", 11.9.2001:
www.law.co.il/articles/criminal-law/2001/09/11/172

84 לדיון בטענות הערעור ראו במאמרו של מי שייצג את נטוויז'ן בהליכים אלה, עו"ד חיים רביה, "ההגנה על הפרטיות בדואר אלקטרוני בישראל", 23.4.2000:
www.law.co.il/articles/privacy/2000/04/23/42

85 עו"ד חיים רביה, "לא ידו הארוכה של החוק", 27.6.2000:
www.law.co.il/articles/privacy/2000/06/27/40

86 ע"פ 10343/01 מונדר בדיר נ' מדינת ישראל, תק-על 2003 (2), 649.

87 קוזלובסקי, לעיל הערה 69, עמ' 90-91.

ברור לגולשים שהם נקראים על ידי אנשים רבים אחרים. הציפייה לפרטיות קשורה דווקא לכך שלא ניתן לזהותם ולקשר את הדברים אליהם. אנונימיות זו היא המאפשרת להם להתבטא בחופשיות ולומר דברים שהיו נמנעים מהם לו זהותם הייתה גלויה.

ה. פיקוח על שירותי הביטחון

במסגרת איסוף המידע פטורים היום שירותי הביטחון כמעט מכל ביקורת חיצונית. כתוצאה מכך, הציבור אינו יכול לדעת כיצד מנצלים שירותי הביטחון את הסמכויות הנרחבות שהוענקו להם בחוק. אי-אפשר לדעת איזה סוג של מידע נמסר להם מספקי השירות, באיזו תדירות, לאילו מטרת הוא משמש ולאיזה תקופות נשמר מידע זה. לא ידוע כמה האזנות סתר מבצעים שירותי הביטחון בכל שנה, ובעיקר אי-אפשר לדעת אם שירותי הביטחון עומדים בדרישות המינימליות שהחוק מציב לפניהם.

חובות הדיווח בחוק הן מינימליות ומתמצות במסירת דיווחים תקופתיים כלליים וסודיים ליועץ המשפטי לממשלה ולוועדות בכנסת. לגורמים אלה לא הוענקו כל סמכויות ביקורת או אכיפה, ולא ברור מהן דרכי הפעולה העומדות לפניהם כאשר הם סבורים ששירותי הביטחון חרגו מסמכותם.

7. משפט משווה

א. המשפט האמריקני

ההגנה החוקתית על הזכות לפרטיות

הזכות לפרטיות אינה מעוגנת במפורש בחוקה האמריקנית, אולם בית המשפט העליון האמריקני קבע שהסעיפים הקיימים, ובעיקר התיקון הרביעי לחוקה, מגנים עליה. תיקון זה אוסר על חיפוש לא סביר ועל הוצאת צו חיפוש כללי, בדומה לזה שהתיר לפני הכרזת העצמאות האמריקנית למלך הבריטי ולנציגיו להיכנס לכל בית שיחפצו, בכל עת שימצאו לנכון, בלי שיהיה להם חשד ספציפי על פשע שהתבצע או עומד להתבצע. בתי המשפט האמריקניים פסקו שחיפוש כזה פוגע בזכות לפרטיות. על מנת שהחיפוש יהיה חוקי, עליו להיעשות בכפוף

לצו בית משפט אשר יגדיר את היקפו. הצו יינתן רק לאחר שהממשלה הראתה עילה מסתברת שבוצע פשע ושהמידע המבוקש חיוני לצורך החקירה, או שסביר שעומד להתבצע פשע והמידע חיוני לצורך מניעתו.⁸⁸

בתחילה שימש התיקון הרביעי לצורך הגנה על הפרטיות רק בתוך ביתו של אדם, ובית המשפט העליון פירש את המונח "חיפוש" כמצריך כניסה פיזית לשטח פרטי או כאשר מדובר בחיפוש על גופו של אדם. אולם ככל שהתפתחו טכנולוגיות המעקב התברר כי תפיסה זו צרה מדי והיא מאפשרת פגיעה יחסית נרחבת בזכות לפרטיות. לכן ב-1967 הרחיב בית המשפט העליון את ההגדרה של "חיפוש" וקבע מבחן כפול: מבחן סובייקטיבי – האם הייתה ציפייה של האדם לפרטיות? ומבחן אובייקטיבי – האם ציפייה זו היא סבירה? רק בהתקיים שני תנאים אלה תידרש הממשלה לקבל צו חיפוש מבית המשפט. על בסיס מבחן זה נקבע שיש צורך בצו לצורך ציתות לשיחות טלפון, אף שהדבר אינו כרוך בכניסה פיזית לשטחו של אדם.⁸⁹

עם זאת בית המשפט העליון פירש את המבחן פירוש מצומצם וקבע שכאשר אדם מסר מידע כלשהו לצד שלישי, לא יכולה להיות לו עוד ציפייה סבירה לפרטיות, ולכן אין צורך בצו חיפוש לצורך השגת המידע. על בסיס עיקרון זה קבע בית המשפט, למשל, כי התיקון הרביעי אינו מונע מהרשויות לפנות לחברות הטלפון ולקבל מהן נתונים על כל מספרי הטלפון שחויגו ממכשיר מסוים, שכן הלקוח כבר מסר להן מידע זה לצורך קבלת השירות. בדומה, בית המשפט קבע כי רשומות פיננסיות אינן מוגנות תחת התיקון הרביעי שכן אדם מסר את המידע לבנק.⁹⁰

הלכה זו מצמצמת באופן ניכר את ההגנה של החוקה על הזכות לפרטיות באינטרנט. כל המידע שמסרו המנויים לספקי השירות, כולל מידע הנדרש לצורך קבלת השירות, יכול להיות מועבר לרשויות בלי צורך בצו חיפוש. הממשלה יכולה לקבל מידע זה בלי קשר לשאלות כגון: עד כמה נרחבת החדירה

88 לדיון בדרישות התיקון הרביעי ראו Rosen, לעיל הערה 33, עמ' 611; Tien, לעיל הערה 2, עמ' 400-402.

89 *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967)

90 לסקירה של פסקי הדין השונים לפי הלכה זו ראו דוח IAPAC, לעיל הערה 7, עמ' 23; Solove, לעיל הערה 1, עמ' 1435-1437.

לפרטיות? האם מסירת המידע הייתה רצונית? מהו המידע החדש המתגלה על האדם כתוצאה מהצלבת המידע הקיים אודותיו? הלכה זו גם שוללת את ההגנה על המידע, כאשר הצד השלישי נדרש למסור אותו בניגוד לרצונו ובניגוד להבטחתו שלא לעשות בו שימוש אחר (מלבד השירות המסופק).⁹¹

ההגנה בחוק על הזכות לפרטיות

ההגנה החוקתית המוגבלת שהעניק בית המשפט העליון האמריקני לזכות לפרטיות הביאה את הקונגרס לחוקק חוקים בניסיון לספק בכל זאת הגנה כלשהי. שני חוקים עוסקים בתקשורת אלקטרונית: החוק הראשון – The Electronic Communications Privacy Act (ECPA), משנת 1986 – נועד להסדיר את גישתן של רשויות אכיפת החוק למידע במסגרת חקירות פליליות. השני – The Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA), משנת 1978 – מסדיר איסוף של מודיעין חוץ. באוקטובר 2001, לאחר הפיגוע במגדלי התאומים, חוקק הקונגרס את ה־Patriot Act שבמסגרתו נעשו בחוקים אלה שינויים שהרחיבו את סמכויות שירותי הביטחון. חלק ניכר משינויים אלה לא היו קשורים כלל לפיגוע, וחלקם אף נדחו בעבר על ידי הקונגרס בשל הפגיעה הנרחבת שלהם בזכויות האדם.⁹²

חוקים אלה, שייסקרו להלן, נתונים לביקורת קשה בשל פגיעתם הנרחבת בזכות לפרטיות ובשל הסמכויות הנרחבות שהם מעניקים לשירותי הביטחון.⁹³ אולם גם התומכים בעקרונות הכלליים שנקבעו בהם מבקרים אותם בטענה שהם מיושנים ואינם מתאימים להתפתחויות הטכנולוגיות של השנים האחרונות.

Electronic Communication Privacy Act (ECPA)

החוק מורכב משלושה חלקים. חלק אחד – The Stored Communication Act – מגן על הזכות לפרטיות בתקשורת מאוחסנת. שני החלקים האחרים –

O. Kerr, "A User's Guide to the Stored Communications Act, and A Legislator's Guide to Amending It", *George Washington Law Review* 72 (2004), pp. 1209–1212; וכן Rosen, לעיל הערה 33, עמ' 615.

P. Swire, "The System of Foreign Intelligence ;1277 עמ' 27, לעיל הערה 27, Solove 92 Surveillance Law", *George Washington Law Review* 72 (2004), p. 1311

93 ראו, למשל, דוח ACLU, לעיל הערה 31.

The Pen Register Statute ו־ The Wiretap Act – מגנים על הזכות לפרטיות בתקשורת בזמן אמת. כתוצאה מחלוקה זו, תקשורת העוברת ברשת כפופה לחוקים שונים. הסיבה העיקרית לחלוקה זו היא האמצעים השונים הנדרשים כדי להשיג את המידע. כדי להגיע לתקשורת ניחת יש לפנות לספק השירות על מנת שיאתר את המידע הנדרש במחשבים שלו. לעומת זאת השגת תקשורת בתנועה היא תהליך מתמשך הדרוש התקנה של תוכנה מרחרחת המותקנת על המחשב של ספק השירות.⁹⁴

חוק האזנת סתר (The Wiretap Act)

החוק אוסר על צד שלישי, כולל רשויות אכיפת החוק, ליירט תקשורת פרטית בין שני צדדים אלא בהתקיים אחד החריגים המנויים בחוק. החוק חל על כל סוגי התקשורת והוא אוסר על האזנה בכל מקום – בביתו של אדם, בעבודה, במשרדי ממשלה, בבית הכלא או באינטרנט. על פי החוק, בקשה לצו האזנה תוגש רק לאחר שניתן לה אישור בדרג גבוה בתוך משרד המשפטים. בית המשפט יאשר את הצו רק אם השתכנע שיש probable cause (יסוד סביר/ עילה מסתברת) שפשע בוצע, מבוצע או עתיד להתבצע, וששיטות חקירה אחרות שפוגעות פחות בזכויות האדם לא יביאו להשגת אותה מטרה. החוק כולל רשימה של פשעים שבגינם ניתן לבקש צו כזה, וב־Patriot Act הוספו לרשימה עברות נוספות. במהלך ביצוע הצו, על רשויות אכיפת החוק לוודא שהאזנה לתקשורת שאינה רלוונטית היא מינימלית, ויש להפסיק את ביצוע ההאזנה מיד לאחר שהושגה המטרה. כל צו מוגבל לתקופה של שלושים יום. במקרים שבהם מפרה הממשלה את החוק, היא תיקנס והראיות שהושגו בניגוד לחוק ייפסלו.⁹⁵

על אף תנאים מחמירים אלה, בתי המשפט כמעט שאינם מסרבים לבקשות לצווי האזנה שהוגשו על פי חוק זה. בין 1968 ל־2002 אישרו בתי המשפט

94, Kerr, לעיל הערה 91, עמ' 1231-1232.

95 U.S. Department of Justice, Computer Crime and Intellectual Property Section (Criminal Division), *Searching and Seizing Computers and Obtaining Electronic Evidence in Criminal Investigations*, July 2002, § IV.D.3 (להלן: DOJ Manual). ראו גם Solove, לעיל הערה 27, עמ' 1282; McCarthy, לעיל הערה 29, עמ' 844.

29,250 ציתותים (9,238 במסגרת חקירות פדרליות ו-19,322 במדינות) וסירבו רק ל-32 בקשות. מאז 1980 גדל מספר הבקשות בהתמדה.⁹⁶

The Pen Register Statute

חוק זה נועד לספק הגנה מסוימת לנתוני תקשורת, כמו רשימת מספרי טלפון שחויגו, אך ספק אם מטרה זו מושגת. על פי החוק, על הממשלה להשיג צו משופט פדרלי כדי לקבל את המידע. הצו יינתן אם הרשויות הוכיחו שהמידע שהן מבקשות רלוונטי לחקירה פלילית שהן מקיימות. בית המשפט אינו אמור לבצע בחינה עצמאית של העובדות, ולכן קשה לראות כיצד יכולה הממשלה להיכשל בבקשה מסוג זה. צו לפי החוק יינתן לתקופות מתחדשות של שישים ימים. הפרה של החוק על ידי הממשלה לא תביא לפסילת הראיות, והתרופה היחידה היא תביעה פלילית.⁹⁷

במסגרת השינויים שנעשו ב-Patriot Act הורחב החוק גם לרשת האינטרנט, אם כי היו שופטים שפירשו כך את החוק עוד לפני כן. היום מאפשר החוק לרשויות לקבל מידע בזמן אמת על כל הכתובות שאליהן שלח אדם דואר אלקטרוני, הכתובות שמהן קיבל דואר, כתובות ה-IP שביקש – כל זאת בלי שקיים נגדו חשד כלשהו וכמעט ללא ביקורת שיפוטית.⁹⁸

The Stored Communications Act (SCA)

פסיקת בית המשפט העליון שלפיה התיקון הרביעי אינו מגן על מידע המאוחסן במחשבים של ספקי השירות אפשרה לממשלה להשיג מידע זה כמעט בלי הגבלות. נוסף על כך רשאים ספקי השירות, בהיותם גוף פרטי, למסור לממשלה כל מידע שהם חפצים בלי הגבלות. כדי לסתום לקונות אלה ולספק לגולשים הגנה מסוימת על פרטיותם נחקק חוק זה. הוא קובע שורה של כללים סבוכים

96 דוח *TAPAC*, לעיל הערה 7, עמ' 27.

97 *DOJ Manual*, לעיל הערה 95, סעיף IV.C. ראו גם Solove, לעיל הערה 27, עמ' 1289-1289; Kerr, לעיל הערה 26, עמ' 632.

98 סעיף 216 ל-Patriot Act. לדיון בהשלכות של הרחבת החוק, ראו דוח *ACLU*, לעיל הערה 31, עמ' 9; Kerr, לעיל הערה 26, עמ' 633-634.

המגבילים את סמכות הממשלה לדרוש מספקי השירות למסור להם מידע ואת סמכותם של ספקי השירות למסור לממשלה מידע על מנייהם.⁹⁹ תחולתו של החוק מוגבלת. ההגנה שלו משתרעת רק על מידע המאוחסן באופן זמני על ידי ספק השירות במהלך העברת המידע. למשל, הודעות דואר אלקטרוני שכבר נקראו על ידי הנמענים אינן מוגנות על ידי החוק. מאחר שרוב האנשים נוהגים לשמור עותק מהודעות הדואר שלהם אצל ספק השירות גם לאחר קריאתן, החוק מאפשר למעשה לממשלה לגשת לתקשורת רבה עם מעט מאוד הגבלות.¹⁰⁰

ההגנה שמעניק החוק לזכות לפרטיות פחותה באופן משמעותי מזו שמעניק לה חוק האזנת הסתר. על פי החוק, הממשלה יכולה לבקש מבתי המשפט סוגים שונים של צווים שיאפשרו לה גישה למידע הנמצא אצל ספק השירות. העיקרון המנחה הוא שככל שאינטרס הפרטיות גדול יותר, השגת הצו דורשת רף הוכחה גבוה יותר. הגנה משמעותית, הדורשת הוכחה של עילה מסתברת, ניתנת רק לדואר אלקטרוני שטרם נקרא על ידי הנמען ואשר מאוחסן על המחשב של השרת במשך פחות מ-180 ימים. עבור כל מידע אחר יכולות הרשויות לבקש צווים מנהליים שהשגתם קלה וכרוכה בדרך כלל רק בהצהרתן לפני בית המשפט שקיים בסיס סביר להאמין שהמידע יהיה רלוונטי לחקירה פלילית. מידע כזה כולל נתונים אישיים על המנוי, כגון: שם, כתובת, מספר טלפון, היסטוריית תשלומים, סוגי השירות שבהם השתמש וכתובות דואר אלקטרוני שאליהן שלח הודעות. ה-Patriot Act הרחיב את הרשימה והוסיף גם רשומות בנוגע למועדי הגלישה ומשכם, כתובות אינטרנט זמניות, מספרי חשבונות בנק ומספרי כרטיסי אשראי.¹⁰¹ החוק גם מגביל את יכולתם של ספקי שירות ציבוריים למסור מידע לממשלה. ספקים פרטיים, כמו מקומות עבודה או אוניברסיטה, חופשיים לכאורה למסור כל מידע שהם חפצים. אולם החוק מונה את המקרים שרק בהם יוכלו ספקים ציבוריים לגלות מרצונם מידע לממשלה, למשל כאשר מדובר במקרה חירום ויש

99 *DOJ Manual*, לעיל הערה 95, סעיף III.A.

100 שם, סעיף III.B. ראו גם Solove, לעיל הערה 27, עמ' 1283.

101 *DOJ Manual*, לעיל הערה 95, סעיפים III.C ו-III.D. ראו גם Solove, לעיל הערה

27, עמ' 1283-1284, Kerr; לעיל הערה 91, עמ' 1218-1220.

בידיהם ראיות לפשע, או כאשר הם נתקלים בתמונות פורנוגרפיות של ילדים. נוסף על כך, הם חופשיים למסור מידע שאינו תוכן לגורמים לא-ממשלתיים.¹⁰² לממשלה אין כמעט תמריצים לפעול לפי החוק. ראיות שהושגו בניגוד לחוק יהיו קבילות בבתי המשפט בהליך פלילי, והקנסות נמוכים.

סיכום ECPA

אף שלכאורה מדובר בשלושה חוקים נפרדים המסדירים מצבים שונים, במציאות ההבחנה ביניהם אינה תמיד קלה, בין השאר בשל העובדה שהחוק נחקק לפני התפתחות האינטרנט והדואר האלקטרוני, וההבחנות הקבועות בו אינן הולמות סוג תקשורת זה.

למשל, ההגדרה של "יירוט" בחוק האזנת סתר אינה חד-משמעית, ולכן היקף תחולתו של החוק אינו ברור. הודעת דואר אלקטרוני אינה נשלחת ישירות לנמען. היא מפורקת ליחידות קטנות המועברות ברשת דרך מחשבים שחלקם מאחסנים אותן למשך אלפיות של שנייה. השאלה היא אם תקשורת המאוחסנת בדרכה לנמען נחשבת עדיין "בתנועה" לצורך חוק האזנת סתר. שאלה זו לא נענתה באופן ברור בפסיקה האמריקנית. ביוני 2004 קבע בית משפט פדרלי לערעורים שקריאת דואר אלקטרוני שממתין לנמען על השרת של ספק השירות לא נחשבת להאזנת סתר, שכן הדואר נמצא במצב נייח ולכן לא מדובר ביירוט. החלטה זו גררה גל מחאות, בטענה שהיא מייתרת את חוק האזנת סתר ומאפשרת לרשויות לצותת לדואר אלקטרוני תוך התעלמות מחוק זה. באוגוסט 2005, בדיון נוסף שהתקיים בעניין, ניתן פסק דין שדחה את הטענה שלא מדובר בהאזנת סתר, אולם הפסיקה נמנעה מלקבוע הלכה חד-משמעית בשאלה זו.¹⁰³

בעיה נוספת היא ההפרדה בין מידע שהוא תוכן, הזוכה להגנה משמעותית יותר בחוק, לבין נתוני תקשורת הזוכים להגנה סמלית בלבד. הפרדה זו אינה תמיד ברורה, בעיקר כשהיא מתייחסת לרשימת אתרי האינטרנט שאליהם גלשו

102 *DOJ Manual*, לעיל הערה 95, סעיף Kerr, III.E; לעיל הערה 91, עמ' 1220-1222.
103 נושא זה נידון בפסק הדין *United States v. Councilman*, 373 F.3d 197 (1st Cir. (2004). להתייחסות לפסק הדין ולדיון נוסף, ראו Kerr, לעיל הערה 91, עמ' 1232; Solove, לעיל הערה 27, עמ' 1279-1280.

ממחשב מסוים ומונחי חיפוש שהקיש המשתמש במנועי חיפוש מאותו מחשב.¹⁰⁴ השאלה אם מידע כזה נחשב לתוכן טרם הוכרעה, והסכנה היא שהממשלה תעדיף במקרים כאלה לבחור בהליך המקל אתה, וכך תגבר הפגיעה בזכות הפרטיות.¹⁰⁵ פסק דין משמעותי נוסף – עניין וורשאק¹⁰⁶ – נוגע לפרשנותו של ה-SCA. החוק מאפשר למדינה לקבל בצו, בהקשר לחקירה פלילית, פירוט נתונים מחברות המחזיקות במידע דיגיטלי. יש לציין שהמבחנים לקבלת צו מקלים הרבה יותר מאשר צווי חיפוש בביתו של אדם או צווי האזנת סתר, והם מקבילים למבחנים של השגת ראיות המצויים בידי צד שלישי, שלגביהם ישנה חוקה של ויתור על פרטיות. לאחר שהתברר לוורשאק שהמדינה קיבלה מספקי האינטרנט שלו חומר אודותיו, שכלל אף את תוכנו של התכתבויות הדואר האלקטרוני, הוא דרש סעד הצהרתי שיאסור על המדינה לעשות זאת בעתיד. בית המשפט הכריע שלמרות שתוכן הדואר האלקטרוני אכן מוחזק בידי צד שלישי, הזכות והציפייה לפרטיות גוברת, בדומה לשיחות טלפון או מכתבים, ולכן צו לפי ה-SCA לא יכול לכלול תוכן של דואר אלקטרוני.

נקודה רלוונטית היא כי במענה לטענת המדינה שספקי האינטרנט עורכים "ממילא" סריקות ממוחשבות על תכתובות הדואר האלקטרוני – למציאת וירוסים, דואר זבל (ספאם) וכן למציאת פורנוגרפיית ילדים – הבחין בית המשפט בין פרקטיקה זו ובין העברת התוכן עצמו למדינה. בית המשפט ציין שסריקות אלה דומות לסינון הלגיטימי על ידי פקידי הדואר שנועד לאתר הבילות החשודות כמכילות חומרי נפץ או סמים ואינו מתייחס לתכנים של דברי הדואר. בהכרה של בית המשפט בפרקטיקה זו יש לדעתי משום כרסום בהבחנה המוחלטת בין תוכן לנתוני תקשורת, בעיקר בכל האמור לגבי פורנוגרפיית ילדים. שכן מדובר בשימוש בתוכנה אוטומטית שעוברת על כל נפח התקשורת ומאותרת את אותן תמונות שללא ספק הן חלק מתוכן ההתקשורת. עם זאת קיים הבדל מסוים בין מעבר על תמונות לבין מעבר על מלל, בעיקר בהתייחס לכמות המידע שעוברת פיקוח.

104 ראו לעיל, סעיפים 6 ג-ד על אודות גישת המשפט הישראלי.

105 ראו Solove, לעיל הערה 27, עמ' 1287-1288; Gross, לעיל הערה 3, עמ' 74-75.

106 *Warshak v. United States*, no. 06-4092 (6th cir. 18.6.07)

The Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA)

איסוף מודיעין זר שונה באופיו ובמטרותיו מזה הנעשה לצורך חקירה פלילית. במקרה הראשון, הרשויות לא יוכלו להוכיח את קיומה של עילה מסתברת, שכן לא התרחש פשע. איסוף המידע נעשה לצרכים מניעתיים ולתקופות ממושכות. מטעמים אלה הבהיר בית המשפט העליון האמריקני כי ההגבלות שקבע בנוגע לתיקון הרביעי אינן חלות כאשר איסוף המידע נעשה לצורכי מודיעין. קביעה זו אפשרה לשירותי הביטחון לפעול כמעט ללא הגבלה, מכוח סמכותו הכללית של הנשיא להורות על איסוף המידע.¹⁰⁷

ב-1972 התייחס בית המשפט העליון לראשונה לנושא זה וקבע שלמרות ההבדלים, גם כאשר המידע נאסף לצורכי מודיעין יש צורך בצו של שופט, אם כי ייתכן שבנסיונות חריגות ניתן יהיה לוותר עליו. השופטים נמנעו מלקבוע את הסטנדרטים שבהן תידרש הממשלה לעמוד לצורך קבלת צו כזה, והעדיפו לקרוא לקונגרס לחוקק חוק שיעגן סמכות זו.¹⁰⁸ אך בטרם הספיק הקונגרס לחוקק את החוק, נחשפה פרשת ווטרגייט. ועדת צ'רץ', שהוקמה על ידי הסנאט כדי לחקור את הפרשה, פרסמה את מסקנותיה ב-1976. הנתונים שהופיעו בדוח חשפו את ההיקף העצום של פעילות שירותי המודיעין. למשל, ל-FBI היו תיקים על למעלה מחצי מיליון אזרחים ובשנת 1972 לבדה נפתחו 65,000 תיקים חדשים. כ-300,000 אנשים קוטלגו במערכת המחשב של ה-CIA וכ-100,000 אזרחים אמריקנים היו נתונים למעקב של המודיעין הצבאי. בין האנשים שהיו נתונים למעקב של גופים אלה היו חברי אופוזיציה, שופטי בית המשפט העליון, מרצים באוניברסיטאות, סופרים, חברי המפלגה הקומוניסטית, חברי התנועה לזכויות האזרח ומתנגדי המלחמה בווייטנאם. ג'ון סטיינבק, ארנסט מינגווי, צ'רלי צ'פלין, מרלון ברנדו, מוחמד עלי, אלברט איינשטיין, נשיאים וחברי קונגרס – הופיעו ברשימות. שירותי המודיעין השתמשו בנתונים שאספו, בין השאר, כדי להשפיע על מעסיקים לפטר עובדים, ליזום חקירות של מס הכנסה או להביך אנשים לפני משפחתם. הוועדה מצאה שכל הנשיאים השתמשו בסמכותם להורות

107 Swire, לעיל הערה 92, עמ' 1312-1313.

108 *United States v. U.S. Dist. Court (Keith)*, 407 U.S. 297 (1972). וראו התייחסות

לפסק הדין אצל Swire, לעיל הערה 92, עמ' 1314-1315.

על איסוף מידע מסוג זה, גם כאשר לא הייתה כל ראייה לפעילות לא חוקית ואף על פי שלא נשקפה כל סכנה לביטחון הלאומי. הוועדה המליצה על הפרדה בין איסוף מודיעין זר לבין איסוף מודיעין הקשור לביטחון הפנימי של ארצות הברית וקבעה שיש להגביל את סמכותם של שירותי המודיעין בכל הנוגע להאזנות ולמעקבים אחרי אזרחי ארצות הברית.¹⁰⁹

זה הרקע לחקיקתו של FISA אשר מסדיר איסוף של מודיעין זר בתוך גבולות ארצות הברית. החוק מתיר לצותת למי שהוגדר "כוח זר" או "סוכן זר". בזמנו כללה ההגדרה את כל המדיניות הקומוניסטיות, אולם היא הייתה רחבה דיה כדי לכלול גם כל ממשלה זרה אחרת וכן ארגונים העוסקים בטרור בינלאומי. ביצוע ההאזנה כרוך בהשגת צו מבית משפט מיוחד שהוקם מכוח החוק ובו יושבים 11 שופטים פדרליים. הצו יינתן אם הוכח לפני השופטים שאיסוף המודיעין הוא מטרת החקירה, וכי קיימת עילה מסתברת להאמין שהאדם לו מבקשת המדינה לצותת הוא "כוח זר" או "סוכן זר". גם אם הראיות שהושגו דרך צו כזה ישמשו בשלב מאוחר יותר בהליך פלילי, הנאשם לא יוכל לראותן או לנסות להפריך אותן (הוא רק יידע על קיומן, והשופט יראה אותן במעמד צד אחד).¹¹⁰ כל צו ניתן לתקופה של תשעים יום, הניתנת להארכה. הדיון בבית המשפט המיוחד מתקיים בדלתיים סגורות ובמעמד נציגי הממשלה בלבד. אם נדחית הבקשה רשאית הממשלה לערער על ההחלטה לפני בית משפט מיוחד לערעורים, שהוקם אף הוא מכוח החוק.¹¹¹ בין 1979 ל-2002 אושרו 15,247 צווים.¹¹² בשנים אלה נדחו רק בקשות ספורות לצווים.

כדי להבטיח שהחוק לא ישמש מסלול עוקף ונוח לחוק האזנת הסתר, המחייב את הרשויות בחקירות פליליות ומציב לפנייהן דרישות מהותיות שהן עלולות להתקשות לעמוד בהן, נקבעו נהלים מחמירים שאסרו על העברת מידע שהושג דרך FISA לגורמים העוסקים בחקירות פליליות, אלא במקרים ספציפיים, ורק אם הושגו כאשר המטרה הראשונית הייתה איסוף מודיעין ולא

109 ראו Solove, לעיל הערה 27, עמ' 1273-1277; Swire, לעיל הערה 92, עמ' 1315-1320.

110 שם, עמ' 1323.

111 ראו Rosen, לעיל הערה 33, עמ' 613; Swire, לעיל הערה 92, עמ' 1320-1323.

112 דוח TAPAC, לעיל הערה 7, עמ' 28.

חקירה פלילית. בהתבסס על כלל זה, ובידיעה שהחומר המושג דרך החוק משמש לצרכים מוגבלים, הורחבה תחולתו בהדרגה. כך, בית המשפט המיוחד קיבל את בקשות הממשלה גם כשהמטרה העיקרית הייתה אמנם איסוף מודיעין – אך לא הייתה זו המטרה היחידה. הקונגרס הרחיב את החוק גם לחיפושים בבתים, ליומני דואר וטלפון ולרשומות מסוגים רבים, כמו למשל רשומות של שכירת רכב.¹¹³ בעקבות הפיגוע במגדלי התאומים נעשו שני שינויים משמעותיים בנוגע לחוק. הראשון נעשה במסגרת ה-Patriot Act שקבע בסעיף 218 שבית המשפט יכול לאשר האזנות לפי החוק בכל מקרה שבו איסוף המידע המודיעיני הוא "מטרה משמעותית" של החקירה, במקום המטרה היחידה כפי שנדרש קודם. השינוי השני, שנעשה בידי היועץ המשפטי ג'ון אשקרופט במרס 2002, ביטל את האיסור על העברת מידע שהושג על פי חוק זה מגופי המודיעין לגופים העוסקים בחקירות פליליות. ההנחיות החדשות מתירות העברה חופשית של מידע בין שני הגופים.¹¹⁴ במאי 2002 קבע בית המשפט המיוחד שהוקם מכוח החוק שההנחיות הללו אינן חוקיות ויש לבטלן. לראשונה מאז נחקק החוק השתמשה הממשלה בזכותה לערער על החלטת בית המשפט לבית משפט מיוחד לערעורים, וזה קבע בנובמבר 2002 שההנחיות תקפות. השופטים קבעו, בעקבות הערעור, שהמשמעות של הרחבת החוק ב-Patriot Act היא שניתן להשתמש במידע גם לצורכי אכיפת חוק רגילה. הם אף הרחיקו וקבעו שספק אם בעבר, לפני שינוי החוק, היה צורך בקיומה של הפרדה כזו, המבוססת על דיכוטומיה מוטעית בין חקירות פליליות רגילות לבין חקירות של גופי המודיעין וטענו שמעולם לא היה צורך לפרש כך את FISA.¹¹⁵ לפי טענת בית המשפט לערעורים, לא ברור כיצד אמורה המדינה להשתמש במידע שאותו היא אוספת אם לא בהליכים פליליים.¹¹⁶ פסיקה זו והרחבת תחולתו של החוק היו נתונים לביקורת. בין השאר נטען שהשינוי שנעשה ב-Patriot Act מאפשר את הרחבת החוק גם לחקירות שהן

113 Swire, לעיל הערה 92, עמ' 1325-1329.

114 לסקירת ההנחיות ראו שם, עמ' 1335.

115 In re All Matters to Foreign Intelligence Surveillance (FISC Decision), 218 F. Supp. 2d 611 (2002). לניחוח פסק הדין ראו Swire, לעיל הערה 92, עמ' 1337;

Solove, לעיל הערה 27, עמ' 1290.

116 Swire, לעיל הערה 92, עמ' 1337.

בעיקרון פליליות ושיכולות להסתיים בכתבי אישום. אולם תביעה פלילית אינה יכולה להתבסס על ראיות שהושגו בחשאי והנאשם אינו יודע עליהן. החלת הכללים המקלים של FISA על מקרים מעין אלה מאפשרת לממשלה לעקוף את הדרישות של החוקה ושל החוק. בסיס נוסף לביקורת היה היעדר הגדרה ברורה בחוק עבור "סוכן זר". אפשר לטעון שסוחרים העובדים עבור קרטל סמים מקולומביה גם הם "סוכנים זרים". אך מה לגבי "המאפיה הרוסית"? ככל שתורחב הפרשנות של "סוכן זר" גם למקרים פליליים, יתייתר הצורך בחוק האזנת הסתר וההגנות שבתיקון הרביעי ייעלמו. הרחבת הסמכויות עלולה להפוך את FISA לכלי העיקרי לאיסוף מידע, והעובדה שההליכים מכוחו מתנהלים במעמד צד אחד בלי פיקוח חיצוני משמעותי מחזקת את החשש שמספר האזנות לפי החוק יתרחב ושהמצב יחזור לזה שהיה לפני שנחשפה פרשת ווטרגייט. ואכן, בשנת 2003 עלה לראשונה מספר צווי החיפוש תחת FISA על אלה שהוצאו לצרכים של חקירה פלילית רגילה.¹¹⁷

האזנות לפי צו נשיאותי של הנשיא ג'ורג' וו' בוש

בעקבות חשיפה של הג'ורג' טיימס בדצמבר 2005¹¹⁸ התברר שהנשיא ג'ורג' וו' בוש הורה, בחשאי, לרשות הביטחון הלאומית (NSA) לבצע האזנות ללא צו לשיחות ולתכתובות דואר אלקטרוני היוצאות מארצות הברית ונכנסות אליה (שיחות ותכתובות של אזרחי ארצות הברית עם מדינות זרות). ההאזנות היו לאנשים "המקושרים לאל-קאעדה" או קשורים לארגוני טרור, כחלק מהמלחמה בטרור לאחר פיגועי 11 בספטמבר. נראה שהפרקטיקה הודלפה לעיתון עקב ספקות שהתעוררו בקרב אנשי NSA באשר לחוקיות המהלך. לאחר החשיפה

117 לטענות אלה בנוגע לפסק הדין, ראו דוח *ACLU*, לעיל הערה 31, עמ' 9; Swire, לעיל הערה 92, עמ' 1354-1355; Solove, לעיל הערה 27, עמ' 1290; D. Jonas, "The Foreign Intelligence Surveillance Act through the Lens of the 9/11 Commission Report: The Wisdom of the Patriot Act Amendments and the Decision of the Foreign Intelligence Surveillance Court of Review", *North Carolina Central Law Journal* 27 (2005), p. 95

J. Risen & E. Lichtblau, "Bush Lets U.S. Spy on Callers Without Courts", *NY Times*, December 16, 2005, p. 1

בתקשורת ספג הממשל ביקורת חריפה מצד מלומדים רבים שטענו כי תכנית המעקב של הנשיא בוש איננה חוקית. משרד המשפטים פרסם מצדו חוות דעת משפטית מנומקת, שמגנה על חוקיות התכנית, ולאחר מכן התפרסמו כמה ניירות עמדה סותרים של שני הצדדים. אלה, בתמצית, טענות משרד המשפטים האמריקני בדבר חוקיות הוראת הנשיא:

- הנשיא הגדיר את פעולות ההאזנה שעליהן הורה כ"חיוניות לביטחון הלאומי". על הנשיא מוטלת חובה להגן על ארצות הברית מפני התקפה. החוקה, בסעיף ב פסקה 2, מעניקה לנשיא את הסמכות להיות מפקד הצבא (The President shall be Commander in Chief of the Army and Navy of the United States). מכאן – לפרשנותו של משרד המשפטים – נובעת סמכותו להפעיל את האמצעים הנחוצים להגנה על המדינה מפני איומים מן החוץ. לטענת משרד המשפטים, הסמכות הטבועה בחוקה מחוזקת על ידי החוק שהתקבל בקונגרס ב-18 בספטמבר 2001 המסמיך את הנשיא להשתמש בכוח כדי להגן על ארצות הברית מפני טרור בינלאומי: Authorization for the Use of Military Force (AUMF)¹¹⁹.
- חוות הדעת של משרד המשפטים מתייחסת גם לחוק המסדיר האזנות לגורמי חוץ: Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA). החוק אוסר על כל האזנה שנעשית שלא בהתאם אליו אלא אם היא מותרת בחוק ספציפי אחר. לטענת משרד המשפטים, AUMF מסמיך את הנשיא לבצע האזנות סתר שלא על פי הכללים שנקבעו ב-FISA. ביצוע האזנות ללא צו הוא, לטענת המשרד, חלק אינהרנטי מהפעלת כוח צבאי.¹²⁰
- לטענת משרד המשפטים, כדי שלא יתעוררו סוגיות חוקתיות של פגיעה בסמכויות הנשיא לפי החוקה, יש לפרש את ה-AUMF כפי שמשרד המשפטים מבקש לפרשו.¹²¹

D. Cole & M. Lederman, "The National Security Agency's Domestic Spying Program: Framing the Debate", *Indiana Law Journal* 81 (2006), pp. 1381–1384

120 שם, עמ' 1395.

121 שם, עמ' 1400.

ואלה, בתמצית, טענותיהם של המלומדים שתקפו את החוקיות של הוראת הנשיא:

- FISA נחקק בעקבות הרצון המפורש שהביע הקונגרס להגביל את הסמכות הכללית של הנשיא או של כל רשות אחרת, והוא מקפל בחובו את האיזון העדין שבין פרטיות לבין הצורך בביטחון לאומי. FISA שולל כל אפשרות של האזנה ללא צו (שניתן על ידי בית משפט שמקים החוק, על סמך ראיות לחשד מבוסס), למעט חריג מוגדר של האזנה בזמן מלחמה, למשך חמישה עשר ימיה הראשונים של המלחמה. טענת משרד המשפטים, ש-AUMF כולל הרשאה משתמעת לחרוג מ-FISA, אינה משכנעת כלל וכלל, שכן AUMF לא מזכיר כלל האזנות, לא כל שכן האזנות ללא צו. רק הרשאה ברורה וספציפית בחוק הייתה יכולה להעניק לנשיא סמכות לחרוג מ-FISA. חריג ה"מלחמה" מדבר בעד עצמו – אפילו הכרזה רשמית של הקונגרס על מלחמה (המלחמה בטרור בעקבות פיגועי ספטמבר 2001 לא לוותה בהכרזה כזו) מעניקה סמכות לביצוע האזנות ללא צו רק למשך חמישה עשר ימים. האם סביר שחוק שאיננו עוסק במלחמה שהוכרזה רשמית, כדוגמת AUMF, יעניק לנשיא סמכות נרחבת יותר מאשר הכרות מלחמה פורמלית?¹²²
- באשר לטיעון הסמכות ה"טבועה" והכללית של הנשיא טוענים המלומדים שמעולם לא נאמר שסמכות זו היא בלתי מוגבלת לחלוטין. ברור שלקונגרס יש סמכות להגבילה, וכך עשה כאשר חוקק את FISA. אין בכך שום סוגיה חוקתית באשר לסמכות הנשיא בחוקה, שכן לא נאמר שזוהי סמכות שאינה ניתנת להגבלה, וגם אין לפרשה ככזו.¹²³
- פרשנות יצירתית ל-AUMF, כפי שמבקש משרד המשפטים לעשות, מעלה סוגיות חוקתיות כבדות, שכן פגיעה כזו בפרטיות, ללא איזונים ובלמים כפי שנעשה ב-FISA, סותרת את התיקון הרביעי לחוקה.¹²⁴ על כן

122 שם, עמ' 1415-1416.

123 שם, עמ' 1420.

124 התיקון הרביעי מגן מפני חיפוש או כניסה שרירותיים למרחביו הפרטיים של אדם ללא חשד סביר וקונקרטי נגדו.

מתחייבת על אחת כמה וכמה פרשנות שאינה מרחיבה את משמעותו של AUMF.¹²⁵

מבחינה פרקטית נפתר לבסוף הוויכוח הציבורי לאחר שלושה עשר חודשים. בינואר 2007 הכריז משרד המשפטים האמריקני כי מעתה ואילך תיפסק ההאזנה ללא צווים, וכי בית המשפט המיוחד שהוקם לפי FISA ידון בבקשות להאזנות שבוצעו מאז הוראת הנשיא ללא צו בנוהל מזורז.¹²⁶ יש לשים לב שכל הדיון שלעיל אינו בשאלה מהו הדין הרצוי או האידאלי, אלא מהו הדין הקיים והאם הנשיא, בהוראתו, עבר על החוק. שני הצדדים לא טענו שהחוקה אינה מאפשרת חקיקת חוק אחר, פוגעני יותר מ-FISA. הדיון גם לא התמקד בשיקולי היעילות מחד גיסא ובפגיעה בפרטיות מאידך גיסא. עם זאת הוויכוח העקרוני, הנוגע לאיזון בין הזכות לפרטיות ובין הביטחון הלאומי, בצבץ מתחת לפני השטח.

יש לציין שאין מידע מוצק על האופן שבו פעלה התכנית של NSA. ויטס טוען בספרו כי ככל הנראה NSA עברה על כמויות גדולות של תקשורת (שיחות והתכתבויות) בצורה ממוכנת ואיתרה התקשוריות חשודות על פי דפוסי תקשורת וייתכן שגם על פי התכנים¹²⁷ – בתנאי שלפחות אחד מהצדדים להתקשורת היה מחוץ לארצות הברית. ויטס מציין שלפי תחושתו פעלה התוכנה באופן סביר יחסית. הוא מסתמך על כך שהיא הוצגה בפירוט לקונגרס, וזה אישר את פעולתה ותיקן למענה את FISA.¹²⁸

ב. האיחוד האירופי

סעיף 8 לאמנה האירופית לזכויות האדם מעגן את הזכות לפרטיות וקובע כי לכל אדם יש זכות לכיבוד חייו הפרטיים וחיי משפחתו. סעיף 8(2) מאפשר למדינות להגביל זכות זו, אולם רק כאשר הדבר נעשה בהתאם לחוק וכאשר הפגיעה

125 Cole & Lederman, לעיל הערה 119, עמ' 1421.

126 E. Lichtblau & D. Johnston, "Court to Oversee U.S. Wiretapping in Terror Cases", *NY Times*, January 18, 2007

127 B. Wittes, *Law and the Long War* (London: Penguin Press, 2008), p. 236

128 שם, עמ' 245.

נדרשת לצורך הגנה על אינטרסים של ביטחון לאומי, שלום הציבור, כלכלה יציבה, בריאות ומוסר הציבור וזכויות של אחרים.

בית המשפט האירופי לזכויות אדם קבע, בשונה מהפסיקה בארצות הברית, כי סעיף זה מתייחס גם להגנה על מידע אישי של אזרחים, כולל הגנה על נתוני תקשורת. כן קבע בית המשפט שמעקב אחר אזרחים יכול להיעשות רק כל עוד הסמכויות לכך עוגנו בחוק מפורט, המאפשר לאזרחים לדעת מתי הם עלולים להיות נתונים למעקב. על החוק לקבוע ביקורת שיפוטית עצמאית ולא להסתפק באישור של הדרג המבצע, וכן להבטיח שהפגיעה לא תהיה מעבר לנדרש ושהיישום לא יהיה שרירותי.¹²⁹

חיזוק להגנה על פרטיותם של אזרחים ועל מידע הנוגע להם ניתן בכמה דירקטיבות שחוקק האיחוד האירופי, אם כי עם השנים נשחקה הגנה זו כאשר נטען שהמידע נחוץ לצורכי ביטחון. בשנת 1995 אימץ האיחוד את הדירקטיבה Data Protection Directive, שמטרתה המוצהרת הייתה לשפר את זרימת המידע בין מדינות האיחוד על ידי יצירת כללים אחידים בנוגע לשמירה על פרטיות נתונים. הדירקטיבה חלה על המגזר הפרטי, והיא מחייבת מדינות להבטיח את הזכות לפרטיות בכל הקשור ל"עיבוד מידע", מונח הכולל איסוף, עיבוד, שינוי, שימוש, העברה ומחיקה של מידע אישי. סעיף 3 לדירקטיבה קובע שהיא לא תחול בכל מקרה שבו עיבוד המידע נעשה לצורכי ביטחון המדינה, כולל חוסנה הכלכלי וצרכים הקשורים למשפט הפלילי.¹³⁰ בין השאר, מדינות האיחוד נדרשות להבטיח את דיוק הנתונים, למנוע שימוש בהם למטרות אחרות מאלה שלשמן נאספו ולהודיע לאנשים על כל שימוש שנעשה במידע הנוגע אליהם. הדירקטיבה דורשת שתניתן לאנשים אפשרות להתנגד להכללתם במאגרי מידע ולשימוש במידע עליהם, אולם היא כוללת רשימת חריגים ארוכה ומעורפלת שמחלישה אפשרות זו באופן משמעותי.¹³¹

129 הלכות אלה נפסקו בכמה פסקי דין: *Klass v. Germany* (1978); *Malone v. UK* (1984); *Kruslin v. France* (1990); *Kopp v. Switzerland* (1998)

130 Data Privacy Directive, Council Directive 95/46/EC, 1995

131 S. Salbu, "The European Union Data Privacy Directive and International Relations", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 35 (2002), pp. 668–673

ראו גם Gross, לעיל הערה 3, עמ' 87.

על מנת להבטיח את ההגנה על הנתונים נאסר על מדינות להעביר מידע על אזרחיהן למדינות שאינן מעניקות הגנה זהה לנתונים. ארצות הברית, שאינה מעניקה הגנה למידע אישי כנדרש בדירקטיבה, הגיעה להסכם עם האיחוד האירופי שיאפשר העברת נתונים בתנאים מסוימים, אולם ההליך שנקבע הוא לא פורמלי ומתבסס על התחייבות של חברות אמריקניות שהן ישמרו על הזכות לפרטיות כנדרש.¹³²

ב-1997 אימץ האיחוד האירופי דירקטיבה נוספת - Data Protection-Telecommunication Directive. דירקטיבה זו מתייחסת לתחומים שנותרו לא מוגנים בדירקטיבה של 1995, והיא מטילה הגבלות נוספות על ספקי שירות של טלפונים ניידים, טלוויזיה דיגיטלית ומערכות טלקומוניקציה נוספות. הדירקטיבה מגבילה את הגישה לחשבונות, מחייבת שטכנולוגיה של זיהוי המתקשר תאפשר גם חסימה של המספר, דורשת מתן אפשרויות לחסימת שיחות ומגבילה את רשימת הפרטים שמותר לספקים לכלול במרשם הלקוחות.¹³³ גם דירקטיבה זו אינה חלה על עיבוד נתונים לצורכי ביטחון המדינה.

ביולי 2002 חוקק האיחוד את הדירקטיבה Electronic Communication Privacy Directive, שהחליפה את הדירקטיבה מ-1997.¹³⁴ דירקטיבה זו מרחיבה עוד את ההגנה על מידע אישי בתקשורת אלקטרונית בהקשר של גופים פרטיים ומסחריים. עם זאת עיקר חשיבותה נעוץ בקביעה בסעיף 6 בנוגע לחובתם של ספקי השירות למחוק את נתוני התקשורת לאחר שאין להם עוד צורך בהם. זו ההתייחסות הראשונה לנושא שמירת הנתונים (data retention) על ידי ספקי השירות, נושא שהוא מהבוערים ביותר באירופה בשנים האחרונות. ספקי השירות נוהגים למחוק את נתוני התקשורת של לקוחותיהם לאחר שהם לא זקוקים להם יותר לצורך מתן השירות או לכל צורך פנימי אחר כמו חיוב הלקוחות.

132 Salbu, לעיל הערה 131, עמ' 675-684.

133 A. B. Munir & S. H. M. Yasin, "Retention of Communications זוראו בדירקטיבה", *John Marshall Journal of Computer and Information Data: A Bumpy Road Ahead*, Gross, *Law 22* (2004), p. 732, לעיל הערה 3, עמ' 88.

134 Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council Concerning the Processing of Personal Data and the Protection of Privacy in the Electronic Communications Sector (2002)

בדרך כלל אין לנתונים אלה כל שימוש מסחרי, ולצרכים של שיווק ומחקר די בדוגמאות של מידע אנונימי.¹³⁵ עם זאת מאחר שנתוני תקשורת יכולים לגלות מידע ניכר על אדם, מעוניינים שירותי הביטחון וגורמי אכיפת חוק בשמירתם. היו אפוא מדינות שביקשו לכלול בדירקטיבה סעיף שיאפשר להן לכפות על ספקי השירות לשמור את נתוני התקשורת של כל לקוחותיהם לתקופות ממושכות. רוב מדינות האיחוד התנגדו בתקיפות להכללת סמכות כזו בשל הפגיעה בפרטיות. אולם זמן קצר לאחר הפיגוע במגדלי התאומים שינו חלק מהמדינות את עמדתן. למרות התנגדות הפרלמנט האירופי התקבל בסופו של דבר סעיף 15(1) המתיר למדינות לאמץ חקיקה שתדרוש מספקי שירות לשמור ולאחסן נתוני תקשורת של מנוייהם. הגבלות אלה של הפרטיות יתקבלו רק אם הן נחוצות, הולמות ופרופורציונליות בחברה דמוקרטית לצורך הבטחת ביטחון המדינה וביטחון הציבור; וכן בתחום הפלילי – למניעה, לחקירה, לגילוי ולתביעה.¹³⁶

יש לציין שבשנת 2006 אימץ פרלמנט האיחוד האירופי דירקטיבה (24/2006/EC)¹³⁷ המחייבת את מדינות האיחוד האירופי לחוקק חוקים שיחייבו ספקי שירותי תקשורת לאחסן מידע הנוגע לשיחות טלפון ותכתובות דואר למשך שישה חודשים לפחות (ובמקרים מסוימים עד שנתיים). על הנתונים לכלול מידע שיאפשר לזהות את המשתמש, נתוני זמן השיחה ומשכה. מידע זה אמור להיות נגיש (במקרים המתאימים) לגורמי המשטרה במדינות. דירקטיבה זו הייתה נחוצה, משום שלפני שנחקקה היו ספקיות התקשורת במדינות רבות חייבות למחוק כל מידע ממאגריהן לאחר שלא היה בו עוד שימוש לצורכי ההתחשבות עם הלקוחות.¹³⁸

- 135 ראו Munir & Yasin, לעיל הערה 133, עמ' 731; Gross, לעיל הערה 3, עמ' 88.
- 136 לדיון בנושא זה ראו M. Birnhack & N. Elkin-Koren, "The Invisible Handshake: The Reemergence of the State in the Digital Environment", *Virginia Journal of Law and Technology* 8 (2003), p. 92. ראו גם Munir & Yasin, לעיל הערה 133, עמ' 731-734; Gross, לעיל הערה 3, עמ' 88.
- 137 הטקסט המלא מופיע באתר: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:105:0054:0063:EN:PDF>
- 138 F. Bignami, "Privacy and Law Enforcement in the European Union: The Data Retention Directive", *Chicago Journal of International Law* 8 (2007), pp. 233-255

דירקטיבה זו, כמו כל חקיקה באיחוד האירופי, כפופה לאמנה האירופית לזכויות אדם (ECHR), המגנה על הזכות לפרטיות. על כן הפגיעה בפרטיות יכולה להיעשות רק באמצעות חוק, לשם תכלית ראויה ותוך שמירה על מידתיות.¹³⁹ לאחר דיונים ארוכים ותיקון ההצעה המקורית צומצמה מסגרת הזמנים של איסוף המידע, הועלתה חומרת העברות שלגביהן מותר לאסוף מידע, והוכנסו אמצעים לשמירה על סודיות המידע ולהגבלת השימוש בו למטרות הדירקטיבה בלבד. נוסף על כך, על המדינות לדווח אחת לשנה לאיחוד האירופי על איסוף המידע ועל מספר הפעמים שנעשה במידע שימוש.¹⁴⁰

יש לציין שוב שבדומה לחוק נתוני תקשורת הישראלי, גם הדירקטיבה האירופית איננה משנה את המצב הבסיסי שלפיו לא ניתן להקליט ולסגן חומר על פי תוכנו ללא חשד כלפי אדם, טלפון או דואר אלקטרוני ספציפי. לכן אינני מוצא לנכון להרחיב בנקודה זו. עם זאת חשובה ההבנה שבכל הקשור לנתוני תקשורת, המוסכמה מאז ומעולם היא שיש פחות אינטרס של פרטיות בנתונים אלה לעומת התוכן. הגישה הרווחת היא של נכונות גוברת והולכת לאפשר לגורמי הביטחון לשמור ולהשתמש בנתוני תקשורת במסגרת חקירות של פשיעה, ולא דווקא פשיעה הקשורה לטרור.

גרמניה

בגרמניה אומץ בשנת 2007 חוק ברוח הדירקטיבה משנת 2006. החוק מחייב ספקי שירות לשמור נתוני תקשורת כאמור, כולל כתובות שבהן ביקרו המשתמשים. נגד החוק הוגשו עתירות רבות, ובית המשפט החוקתי בגרמניה טרם פסק סופית בנושא. עם זאת בהחלטה שהתקבלה ב־19 במרס 2008 הגביל בית המשפט את תחולת החוק באופן זמני עד ההחלטה הסופית על חוקתיות החוק. ההגבלה אומרת שהחוק יחול רק על חקירות של פשע חמור, כהגדרתו בחוק הפלילי הגרמני (ולא על חקירה של כל פשע).

139 שם, עמ' 242.

140 שם, עמ' 252.

שוודיה

ביוני 2008 קיבל הפרלמנט השוודי חוק שלפיו מותר לממשלה, ללא צו שיפוטי, לעקוב באופן גורף אחר דואר אלקטרוני ושיחות טלפון (אם כי רק בתווך פיזי של עורקי תקשורת בינלאומיים, ולא בתוך שוודיה), תוך סינון המידע לפי מילות מפתח ותנאי חיפוש. בהנמקה ל"שאלות נפוצות" באתר האינטרנט של ממשלת שוודיה מוסבר הצורך בחוק בהגנה על ביטחונה של שוודיה מפני מלחמות, טרור, התקפות ממוחשבות והפצת נשק לא קונבנציונלי. להלן טענות נוספות שמעלה הממשלה השוודית להגנה על היישום, שלטענתה פגיעתו בפרטיות היא מינימלית:¹⁴¹

- השימוש בחוק ייעשה רק למטרות "הגנה" ולא למטרות משטרטיות.
- כל חומר שייאסף ואינו קשור לאיומים על הביטחון יימחק.
- תנאי החיפוש ינוסחו כך שהפגיעה בפרטיות תהיה מינימלית.
- לגבי כל אישור תיעשה שקילה אם התועלת עולה על הנזק הצפוי לפרטיות ואם אין אמצעי פוגעני פחות.
- מסרים בין אדם לעורך דינו יימחקו מהמאגר.
- יקום גוף פיקוחי ("מועצה להגנת הפרטיות") שיוכל להורות על הפסקת האיסוף ומחיקת מידע. תפקיד המועצה הוא לבדוק שהחוק מנוצל רק למטרות שלמענו נועד.
- תיעשה הפרדה ברורה בין איסוף על פי החוק הרלוונטי, שמכוון רק לאיומים חיצוניים ולענייני ביטחון, לבין חקירה משטרטית אחרת. מודגש בכירור שהחוק לא נועד למלחמה בפשע.
- יוקם גוף מעין שיפוטי שיאשר שימוש בחוק.
- תמונה ועדה פרלמנטרית לפיקוח על איסוף המידע על פי החוק.

141 מתוך אתר הממשלה השוודי. יש לציין שאין בנמצא תרגום אנגלי מלא של החוק השוודי: Signal Surveillance Act. ראו www.sweden.gov.se/sb/d/10941/a/110692#110692

החוק גרר מחאה חריפה והפגנות נגד הפגיעה בפרטיותם של אזרחי שוודיה.¹⁴² בעקבות זה עוכבה כניסת החוק לתוקף עד סוף שנת 2009, אך בסופו של דבר החוק נכנס לתוקף.

בריטניה

ברחבי בריטניה מוצבות יותר מארבע מיליון מצלמות. בריטי ממוצע מצולם כשלוש מאות פעם ביום. מאז 1994 הקצה משרד הפנים לצרכים אלה כ-78 אחוזים מהתקציב למניעת פשע. השימוש במצלמות החל בשנות התשעים בתגובה לשורה של פצצות שהטמין ה-IRA, אולם הן מעולם לא שייעו במאבק שניהלה הממשלה נגד הארגון ובמהרה הן שימשו לצרכים אחרים. היום הן משמשות בעיקר לגביית תשלום ממכוניות הנכנסות למרכז לונדון.¹⁴³ דוגמה זו מצביעה רק על אחת מהסמכויות הנרחבות הניתנות לרשויות אכיפת החוק ולרשויות אחרות בבריטניה. סמכויות הציתות, המעקב ואיסוף המידע בבריטניה הן מהמרחיקות לכת בעולם המערבי, ולא רק בהקשר של המאבק בטרור.

באוקטובר 2000 נכנס לתוקף בבריטניה חוק זכויות האדם שעיגן את האמנה האירופית לזכויות האדם בחוק המקומי. בכך ניתנה לזכות לפרטיות, המופיעה בסעיף 8 לאמנה האירופית, מעמד מחייב במשפט הבריטי, והתאפשרה קבלת תרופות להפרתה בתוך מערכת המשפט המקומית.¹⁴⁴ להלן יפורטו שני חוקים בריטיים העוסקים בסמכויותיהן של רשויות אכיפת החוק בכל הנוגע לאיסוף מידע על אזרחי המדינה ולשימוש במידע זה.

The Regulation of Investigatory Powers Act (RIPA)

באוקטובר 2000 נכנס לתוקף בבריטניה חוק חדש – The Regulation of Investigatory Powers Act (RIPA). מטרתו המוצהרת הייתה להתאים את

142 ראו דיון באתר www.usatoday.com/news/world/2008-06-18-3616058072_x.htm

143 Rosen, לעיל הערה 33, עמ' 609-610. ראו גם מסמך שפרסם ארגון Liberty, ארגון בריטי לזכויות האזרח, *Nothing to Hide, Nothing to Fear? Privacy v. Government*, סתיו 2003: www.liberty-human-rights.org.uk

144 אפשר גם לפנות לבית הדין האירופי לזכויות האדם, לאחר מיצוי הסעדים במערכת המקומית.

המעקבים והציתותים להגבלות החדשות שמטיל חוק זכויות האדם ולהרחיב את יכולתן של הרשויות לאסוף מידע בסביבה הדיגיטלית.¹⁴⁵ החוק קובע שני הסדרים – אחד לאיסוף מידע מסוג תוכן והשני לאיסוף מידע מסוג נתוני תקשורת שאינם תוכן. גישה למידע הנחשב תוכן, כמו שיחות טלפון ודואר אלקטרוני, מוסדרת בפרק הראשון של חלקו הראשון של החוק. האזנה למידע כזה תאושר בעקבות בקשה של שירותי הביטחון או המודיעין משר בממשלה – בדרך כלל שר הפנים או שר החוץ. הצו יינתן אם השר מאמין שההאזנה נחוצה לצורך אחת משלוש המטרות המוזכרות בחוק: ביטחון המדינה, מניעה וגילוי של פשע חמור או הבטחת חוסנה של הכלכלה הבריטית. על השר להיות משוכנע שהוצאת הצו היא פרופורציונלית להשגת המטרה ושלא ניתן להשיג את המטרה בדרכים אחרות.¹⁴⁶ סעיף 12 של החוק מאפשר לשר לכפות על חברות טלפון וספקי שירותי אינטרנט יכולת טכנית שתאפשר ביצוע ציתותים בכל פעם שהרשויות ידרשו זאת מהן. ספקי השירות מחויבים לאפשר את ביצוע הציתות בתוך זמן סביר מרגע שהתבקשו ולהעביר לרשויות מידע בזמן אמת. איסוף נתוני התקשורת מוסדר בפרק השני של חלקו הראשון של החוק. נתונים אלה כוללים מידע מזהה בנוגע לאדם, יומנים של שיחות שנעשו ושהתקבלו, משך השיחות, שעת ההתקשרות, כתובות דואר אלקטרוני של נמענים, גודל הודעות הדואר, אתרי אינטרנט שבהם ביקרו הגולשים ועוד. החוק אף מונה את רשימת הגופים הרשאים לקבל נתונים אלה. כדי להשיג את הנתונים די שאדם העובר באחד מגופים אלה, ואשר הוסמך לכך, קבע שהם נחוצים לאחת המטרות המנויות בחוק ושקבלתם היא פרופורציונלית. רשימת המטרות היא ארוכה ומעורפלת: ביטחון המדינה, מניעת פשע, חוסנה הכלכלי של המדינה, הגנה על בריאות הציבור, גביית מיסים, בטיחות הציבור ועוד. באישור הפרלמנט ניתן אף להרחיב את רשימת המטרות.¹⁴⁷

C. Hirsch, "Policing Undercover Agents in the United Kingdom: Whether the Regulation of Investigatory Powers Act Complies with Regional Human Rights Obligations", *Fordham International Law Journal* 25 (2002), p. 1315. ראו גם Birmhack & Elkin-Koren, לעיל הערה 136, עמ' 77.

146 סעיף 5 ל-RIPA.

147 סעיפים 21-25 ל-RIPA. ראו הסבר על החוק באתר האינטרנט של משרד הפנים הבריטי: www.homeoffice.gov.uk. להתייחסות לחוק ראו Gross, לעיל הערה 3, עמ' 82-83.

ביוני 2002 ביקש משרד הפנים הבריטי להרחיב את רשימת הגופים המוסמכים לקבל נתוני תקשורת לפי החוק, אך בשל ביקורת ציבורית נאלץ המשרד למשוך את ההצעה. שנה לאחר מכן הועלתה הצעה דומה לפני הפרלמנט, והפעם אושרה ההצעה. משרד הפנים הצדיק את הוספת חלק מהגופים לרשימה בטענה שממילא הם מקבלים נתונים אלה, וראוי לעגן זאת בצורה מסודרת בחוק.¹⁴⁸ היום כוללת הרשימה לא רק את גופי המודיעין והחקירות, אלא גם 61 סוכנויות ומחלקות ממשלתיות, בהן מועצות מקומיות, סוכנויות לאיכות סביבה ופקחי בריאות.¹⁴⁹ החוק הסדיר הקמת טריבוניל מיוחד לדיון בתלונותיהן של אזרחים הסבורים שזכויותיהם נפגעו מכוח החוק. אולם הסמכויות שניתנו לטריבוניל מוגבלות. עם זה יש לו סמכות שיפוט בלעדית ואין אפשרות לערער על החלטותיו.¹⁵⁰ מספר התלונות שהוגשו לטריבוניל הוא נמוך. בשנת 2009 התקבלו 157 פניות חדשות, החקירה לגבי 58 מתוכן הסתיימה, וכן הסתיימה חקירת 67 מתוך 75 מקרים שנותרו משנת 2008. 107 מקרים הועברו לדיון ב־2010. מקרה אחד הוכרע לטובת המתלונן, ובסך הכול היה זה המקרה הרביעי שבו נקבע שהייתה הפרה של RIPA.¹⁵¹

החוק היה נתון לביקורת בטענה שהוא מעניק סמכויות רבות מדי לרשות המבצעת, בלי ביקורת שיפוטית. האזנות לשיחות טלפון ולדואר אלקטרוני נעשות על בסיס אינטרסים רחבים ומעורפלים, הניתנים לפרשנות רחבה של השר. הסמכויות לקבלת נתוני תקשורת כמעט שאינן מוגבלות והן ניתנו לגופים שאינם אמונים על שמירת הפרטיות ואינם יודעים לבצע חקירות. נוסף על כך,

148 Explanatory Memorandum to the Regulation of Investigatory Powers (Communications Data). ראו גם התייחסות במסמך של ארגון Liberty, לעיל

הערה 143.

149 Regulation of Investigatory Powers (Communications Data) Order 2003. ראו בנושא זה Hosein, לעיל הערה 33, עמ' 39.

150 סעיפים 65-70 ל־RIPA. ראו Hirsch, לעיל הערה 145, עמ' 1324-1327.

151 Report of the Interception of Communications Commissioner for 2010 (Commissioner: The Rt. Hon Sir Paul Kennedy), Presented to Parliament by the Prime Minister pursuant to section 58 (6) of the Regulation of Investigatory Powers Act 2000. ראו www.official-documents.gov.uk/document/hc1011/hc03/0341/0341.pdf

אין כל הגבלה על התקופה שבה מותר לגופים המנויים בחוק לשמור על נתוני התקשורת שקיבלו. עוד נטען שהחוק מיושם באופן חשאי, דבר המסביר את מספר התלונות הנמוך לפני הטריבוונל.¹⁵²

The Anti-Terrorism Crime and Security Act

זמן קצר לאחר הפיגוע במגדלי התאומים חוקק הפרלמנט הבריטי חוק חדש – The Anti-Terrorism Crime and Security Act. חלק 11 של החוק (סעיפים 102-107) עוסק בין השאר בחובתם של ספקי השירות לשמור את נתוני התקשורת גם לאחר שכבר אין להם צורך בנתונים. בריטניה היא המדינה האירופית הראשונה שעייגה סמכויות כאלה בחקיקה מקומית.

החוק מסמיך את שר הפנים לנסח Code of Practice שיסדיר את חובתם של הספקים לשמור על נתוני התקשורת כאשר הרבר נחוץ לצורכי ביטחון המדינה או למטרת מניעה או חקירה של פשעים הקשורים ישירות או בעקיפין לביטחון. חובה זו אינה חלה על מידע הנחשב לתוכן התקשורת. כמו כן, החוק מסמיך את השר להגיע להסכמים עם ספקי התקשורת בנוגע לאופן שמירת הנתונים. החוק הוא וולונטרי ואי-ציות לו אינו יכול לשמש עילה להעמדה לדין פלילי או לנקיטת הליכים אזרחיים נגד ספקי השירות. אולם סעיף 104 מאפשר לשר לכפות על הספק לשמור נתונים לתקופה מוגבלת אם השר משוכנע שהדבר נחוץ לצורך אחת המטרות שצוינו לעיל. סעיף 106 של החוק מאפשר לשר לקבוע הסדרים להשתתפות בעלויות שמירת המידע.

במרס 2003 פרסמה הממשלה טיוטת חוק שלפיה שמירת הנתונים דרושה לצורך המלחמה בטרור. החוק – שהתקבל בפרלמנט – קובע תקופות קצובות לשמירה על נתונים לפי מהותם. למשל, נתונים מזהים של המנוי – כגון שם, תאריך לידה, חשבונית, שיטות תשלום, פרטי כרטיס אשראי וכתובת דואר אלקטרוני – יש לשמור למשך שנה. נתונים כגון כתובות דואר אלקטרוני שאליהן שלח המנוי הודעות וקיבל מהן הודעות, וכן מועדי שליחתן וקבלתן,

152 ביקורת כזו ראו למשל באתר האינטרנט של ארגון Justice, מארגוני זכויות האזרח המובילים בבריטניה: www.justice.org.uk. ראו גם Hirsch, לעיל הערה 145, עמ' 1329-1330.

יש לשמור לתקופה של שישה חודשים. מידע על כתובות אינטרנט שבהן ביקר המנוי יש לשמור למשך ארבעה ימים בלבד.¹⁵³

ארגונים לזכויות האזרח בבריטניה התנגדו לחוק. ההתנגדות העקרונית כוונה לעצם יצירת מאגר מידע אישי של מיליוני אנשים שאינם חשודים בדבר. העובדה שמאגר כזה עשוי לסייע בעתיד לרשויות אכיפת החוק אינה יכולה, לטענת הארגונים שהתנגדו לחוק, להצדיק סמכויות כה גורפות לשמירת נתונים ולשימוש בלתי מוגבל בהם.¹⁵⁴

נוסף על הבעיות בחוק עצמו, השילוב שלו עם ההוראות של RIPA עורר דאגה בנוגע לשימוש שיכול להיעשות בנתונים שיישמרו מכוחו. אמנם החוק מחייב שהנתונים יישמרו רק לצורכי ביטחון, אולם הגישה אליהם מוסדרת על ידי RIPA, וחוק זה מתיר גישה נרחבת לנתוני התקשורת על ידי שורה של רשויות ולמגוון מטרות שבינן לבין ביטחון אין כל קשר.¹⁵⁵

8. טיעונים להתרת פגיעה מסוימת בזכות הפרטיות

בסעיף זה ייבחנו כמה טיעונים המבקשים להוכיח, כי נקודת האיזון בין הזכות לפרטיות לבין ההגנה על ביטחון המדינה, כפי שבאה לידי ביטוי בחוק האזנת הסתר בישראל וברוב מדינות העולם, ראויה לבחינה מחודשת בעקבות הופעת "הטרור החדש" – לפחות בכל הקשור למעקב אחרי השימוש שעושים ארגוני הטרור באינטרנט. כאמור, בהיעדר שינוי במצב הקיים, שלפיו נדרש חשד ספציפי כתנאי למעקב הפוגע בפרטיותו של אדם, אי-אפשר להשתמש בתוכנות "דחרחניות" (שבוחנות את כל התעבורה גם ללא חשד ספציפי) לחיפוש וסינון תכנים של תכתובות דואר אלקטרוני, תוכנות מסרים מידיים ותוכנות מסרים אחרות, או להצלבת מידע זה עם נתוני גלישה וכדומה.

153 זמנים אלה מפורטים בנספח א של הקוד. ראו www.opsi.gov.uk/si/si2003/draft/5b.pdf.

154 לסקירה מרוכזת של ההתנגדויות מטעם הארגונים השונים ראו Munir & Yasin, **לעיל** הערה 133, עמ' 740-749.

155 **שם**, עמ' 737-738; Hosein, **לעיל** הערה 33, עמ' 39; Justice, *Access to Communications Data by Public Authorities*, Justice Briefing, 2002

א. הטרור התעצם ונעשה מסוכן יותר

טיעון מרכזי שמועלה לעתים על ידי אנשי רשויות הביטחון וגורמים נוספים הוא שעוצמתו של הטרור של ימינו היא גדולה והוא מאיים יותר בהשוואה לטרור בעבר. נטען כי הטרור של היום מהווה סיכון על עצם קיומן של המדינות הדמוקרטיות, ולכן יש לשנות את האיזון הקיים בין פגיעה בפרטיות לבין שמירה על הביטחון.

מחד גיסא יש להכיר בעובדה שארגונים כגון אל-קאעדה מציבים אתגרים חדשים לדמוקרטיות באשר הן. כמו כן, מלחמת לבנון השנייה (בקיץ 2006) הייתה דוגמה ליכולתו של ארגון טרור (חזבאללה) להזיק ולפגוע במדינה שלמה, באזרחיה ובביטחונה. ניצחון חמאס בבחירות ברשות הפלסטינית, ולאחר מכן כיבוש רצועת עזה בידי המנגנון הצבאי שלו, מדגימים את הכוח הרב שיכול להיות לארגוני טרור. מאידך גיסא יש לזכור שפגיעותי האווירניים של ארגון אל-קאעדה ברחבי העולם לא פגעו או איימו בשום שלב על עצם קיומן של ארצות הברית, בריטניה או ספרד.

נקודה נוספת היא הסכנה שנשק לא קונבנציונלי יגיע לידיהם של ארגוני טרור. סכנה זו, שטרם ברורה הקונקרטיים שלה, היא גורם שיש להביאו בחשבון בגלל פוטנציאל ההרס העצום של הנשק הלא קונבנציונלי. יש לציין כי קיימת טענה שגם אם הסיכוי שארגוני טרור יוכלו לעשות שימוש בנשק גרעיני הוא נמוך, הסבירות לשימוש בנשק ביולוגי אינה מבוטלת. ועדה שמינה הקונגרס האמריקני העריכה שקיימת סבירות כי עד שנת 2013 ייעשה שימוש בנשק לא קונבנציונלי בהתקפת טרור במקום כלשהו בעולם.¹⁵⁶ לאור זה גדלה מאוד החיוניות של המניעה המוקדמת (לעומת התגובה העונשית המאוחרת).

דרך אחרת (שבה נוקט ויטס) היא להציג את הטענה כך: המשטר החוקי הישן בארצות הברית (שלפיו נחקק FISA) הושפע מהניצול לרעה של מנגנוני המודיעין בשנות השבעים של המאה הקודמת, ויצא מנקודת הנחה שמתן סמכויות מעקב נרחבות לממשלה מהווה סיכון גדול לציבור, יותר מכל איום שהממשלה תצטרך

156 ראו ד' פרידמן, "מניעת תפוצה וטרור של נשק השמדה המונית: דו"ח ועדה של הקונגרס האמריקני", מבט על 84, 10.12.2008, אתר המכון למחקרי ביטחון לאומי:

www.inss.org.il/heb/research.php?cat=98&incat=&read=2407

להתמודד אתו באמצעות אותן סמכויות. אולם לדעתו של ויטס, הנחה זו אינה תקפה עוד לאחר אירועי 11 בספטמבר. כאשר מאזן האיזונים השתנה, גם האיזון בין האינטרסים הנוגדים צריך להשתנות בהתאם.¹⁵⁷

עם זאת ברור שאין להעניק לרשויות הביטחון כוח בלתי מוגבל, ובכך לתת משקל מוחלט להגנה על הביטחון ולהתיר פגיעה בפרטיות. אם מחיר ההגנה על הדמוקרטיה יהיה רמיסה מוחלטת ובלתי מפקחת של הזכות לפרטיות (למשל על ידי מעקב אחרי גלישת כל האזרחים ברשת, תוך הכנת תיק מודיעיני ממוחשב על כל גולש), ייחצה הקו המבדיל בין מדינה דמוקרטית למדינה אוטוריטרית. אי לכך ברור שגם מול איזומי הטרור החדשים חשוב להביא בחשבון את הזכות לפרטיות. הפגיעה בה אינה יכולה להיות מוחלטת. לכן, גם בהנחה שהטיעון בדבר התעצמות הטרור תקף ונדרש איזון שונה בין ביטחון להגנה על הפרטיות, לא נובעת מכך בהכרח הצדקה להפעלת תוכנות רחרחניות, שכן הפעלתן של אלה היא למעשה האזנת סתר לאזרחים תמימים שאין לגביהם חשד כלשהו.

ב. שינוי המבנה של ארגוני הטרור

מפרסומים שונים עולה שהמבנה של ארגון הטרור המודרני שונה מהמבנה של ארגוני הטרור הישנים. מאפייניו המבניים של ארגון הטרור החדש הם אלה:¹⁵⁸

- אופיו אינו טריטוריאלי אלא בין-מדינתי ורב-מדינתי.
- אין מדינה ספציפית שמפעילה את הארגון, ולכן קשה לצפות את מעשיו, לשלוט בו או לדכאו באמצעות הפעלת לחץ על אותה מדינה.
- הארגון יכול להסתגל ולהתאים עצמו לשינויים מהירים בנסיבות.
- מבנה הארגון "נוזלי" וגמיש הרבה יותר מבעבר. ארגוני טרור ישנים היו בנויים בצורת פירמידה היררכית ברורה (בדומה לארגונים אזרחיים או צבאיים גדולים) של מפקדות, מועצות ותאים אזוריים, הכפופים למפקדות כלליות וגופים מנהלתיים. לעומתם ארגוני טרור מודרניים, כדוגמת אל-קאעדה, מאופיינים במבנה "שטוח" – תאים רבים הפזורים ברחבי העולם,

Wittes 157, לעיל הערה 127, 227-228.

Weiman 158, לעיל הערה 34, עמ' 21.

ללא מפקדות וללא פיקוד היררכי ברור.¹⁵⁹ התאים מקיימים קשרים ארעיים עם תאים אחרים וארגונים אחרים, אך לא בצורה מסודרת ולא על בסיס קבוע. המנהיגים אינם נותנים פקודות מפורשות אלא מפרסמים ברשת מידע נגיש בצורה אנונימית. המוטיבציה הראשונית למבנה זה היא הצורך במידור מודיעיני של כל חוליה ממפקדיה ומהסובבים אותה. בצורה זו, חשיפה של תא אחד אינה גורמת לחשיפת תאים אחרים או מפקדות. כמו כן, כל תא שנחשף ניתן להחלפה במהירות בשל הגמישות הרבה של הארגון ואי-התלות שלו במפקדים. מוטיבציה נוספת היא שבאמצעות המבנה הזה נפתח כרחב ליוזמות ולפעולות עצמאיות במידה רבה, כלומר המבנה מאפשר ומעודד גידול וריבוי פעילות טרור בלי לשאת בסיכונים הרגילים הכרוכים בגידול כזה (בעיקר סיכוני חשיפה).

האינטרנט הוא אמצעי התקשורת האידאלי למבנה זה של ארגון הטרור המודרני: האופי הגמיש והפומבי של הרשת מאפשר קיומם של תאים שונים, הפועלים באופן סמי-עצמאי ומסתפקים בהנחיות כלליות באמצעות פרסומים וכתובים המתפרסמים באינטרנט.¹⁶⁰ כמו כן, היכולת להחליף כינויים ולשמור על קשר שאינו היררכי בין התאים קלה הרבה יותר באמצעות הרשת – למשל באמצעות פורומים שונים ותוכנות מסרים מידיים. הטרור הבינלאומי החדש, החוצה גבולות ומקיים קשרים בין ארגונים שונים, מושפע ישירות מהפשטות של יצירת קשר בינלאומי בעידן האינטרנט. אפשר לטעון שה"אבולוציה" שעוברים ארגוני הטרור מושפעת ישירות מקיומה של רשת האינטרנט, וייתכן שהרשת היא אחת הסיבות לשינוי שעוברים היום ארגוני הטרור.

שינוי המבנה הארגוני של הטרור מקשה מאוד על עבודת המודיעין. ארגון מסודר, שבו ההוראות יורדות בסדר היררכי ברור, הוא קל יותר לפיקוח, להבנה, לחשיפה ולמעקב לשם התרעה וסיכול. בעידן של ארגון הטרור הישן אפשר היה לעקוב אחרי פעילי הטרור באמצעות מעקב אחר המפקדות ושרשרת הפיקוד (למשל באמצעות מספרי טלפון או כתובות דואר אלקטרוני ספציפיים) ועל ידי כך לספק תמונת מצב של הארגון ולתת התרעה על פיגוע עתידי במקרה הצורך.

S. Shavit, "Contending with International Terrorism", *Journal of International Security Affairs* 6 (2004), p. 65

Weiman 160, לעיל הערה 34, עמ' 25.

ארגון הטרור החדש, שאינו פועל בצורה היררכית, מקשה מאוד על מעקב מסודר. יש לעקוב בו-זמנית אחרי תאים שונים – שאינם פועלים בתיאום מלא, שאינם מקבלים הוראות ישירות ושיכולים להיות "רדומים" לאורך שנים. לעתים המאפיין החשוד ביותר של תא כזה יהיה דווקא גלישה לאתרי אינטרנט של הארגון (לשם קבלת הנחיות כלליות בפרסומי הארגון), או העובדה שהתא אוסף מודיעין חשוד באינטרנט, מקיים קשר רופף עם תאים אחרים (לפי תוכן ההתקשרויות), מגייס כספים וכולי.

אפשר לטעון אפוא שהיום, כשמבנה הארגונים "שטוח" ולא היררכי, מתחייב שינוי בגישה המסורתית כדי לאפשר מעקב מודיעיני יעיל אחרי ארגון הטרור. השיטה המתבססת על מעקב לפי מספרי טלפון או כתובות דואר אלקטרוני ספציפיות, המשמשות פעילים החשודים בטרור, אינה יעילה עוד. כדי לזהות ולהתריע על קיומם של תאים הפועלים כמעט באופן עצמאי, ייתכן שיש לעקוב אחר הרגלי גלישה בשילוב עם מעקב אחר תכתובות דואר אלקטרוני לפי תוכן. בכל אופן, גם אם אין זו בהכרח הדרך היעילה היחידה לעקוב אחרי ארגון הטרור החדש, יש לשים לב ששינוי המבנה של ארגוני הטרור פגע ביעילותו של המעקב המסורתי. מתחייבת אפוא מחשבה חדשה והכרחי לשקול את שינוי נוסחאות האיזון שהיו קיימות בעבר לגבי האזנות סתר. גם אם יוכרע לבסוף שהפגיעה החמורה בפרטיות – הכרוכה בשימוש בתכונות החרחניות – אינה מוצדקת, תהיה הכרעה זו מבוססת על מודעות למחיר הכרוך בה ועל מוכנות לשאת במחיר זה. על כל פנים, אין הצדקה לקבל כמוכנות מאליהן את נוסחאות האיזון הישנות.

ג. שינוי אופי התקשורת

השימוש המגוון שעושים ארגוני הטרור באינטרנט (כמפורט לעיל) מהווה אתגר גדול לרשויות אכיפת החוק. לעומת איסוף המודיעין המסורתי ואמצעי התקשורת האחרים, האופי הגמיש והאנונימי של הרשת הפך את התוכנות החרחניות לדרך היעילה ביותר ליירט תקשורת, מסיבות אלה:

- בניגוד למספרי טלפון, שהחלפתם כרוכה בזמן וכסף ולעתים היא מוגבלת מבחינה טכנית, הדואר האלקטרוני הוא משאב שנחשב היום כבלתי מוגבל. חברות רבות מספקות דואר אלקטרוני בחינם ואינן מגבילות את מספר הכתובות למשתמש. למעשה, ניתן להחליף כתובות ללא כל הגבלה. מעבר

לכך, בניגוד למספר טלפון המשמש משתמש ספציפי או מספר מצומצם של משתמשים, דואר אלקטרוני יכול להיות קיבוצי ולשמש משתמשים רבים בפניות שונות של העולם.

- התקשורת באמצעות צ'טים ופורומים – שגם הם אינם דורשים שם קבוע של משתמש ספציפי – מספקת לארגוני הטרור כלי יעיל ומהיר שלא היה קיים בעבר.
 - ההתקשורת באמצעות פרסום כרוזים פומביים ברשת, גלויים או חסויים, מאפשרת העברת מסרים בלי להפנותם ישירות אל כתובת ספציפית. הדרך היחידה "ליירט" מסר כזה היא באמצעות מעקב אחר המתפרסם באתרי האינטרנט של ארגוני הטרור, וכן מעקב אחר גולשים שנכנסים לאתרים אלה.
- בניגוד לאמצעי התקשורת הישנים, התקשורת באינטרנט הופכת את יחידת הקצה (מכשיר הטלפון, כתובת הדואר האלקטרוני) לפחות קבועה ומזוהה, ולכן קשה יותר לעקוב אחרי התקשורת ולאתרה. כדי ליירט תקשורת של פעילות חשודה אין מנוס מזיהוי הפעילות החשודה על סמך תוכנה החשוד, ואי־אפשר להסתפק בזיהוי יחידת הקצה המשויכת למשתמש החשוד.

ד. שינוי טכנולוגיית ההאזנה

יש אפוא מקום לחשיבה מחדש על כללי ההאזנה הקיימים, ובעיקר על הדרישה שכל צו האזנה יהיה ספציפי, לגבי אדם או מספר טלפון מסוים. הרציונל העומד מאחורי כללים אלה הוא הגבלת הרשויות מפני האזנות רחבות מדי, העלולות לגרום פגיעה חמורה מדי בפרטיות. אך יש לזכור שכללים אלה עוצבו בעבר, כאשר אמצעי ההקלטה וההאזנה היו שונים לחלוטין.

ניתן לדמיין מצב (שעם ההתקדמות הטכנולוגית, ייתכן שהוא אינו רחוק) שבו אפשר להאזין לכל שיחות הטלפון שמתקיימות; מעבר לכך, כל שיחות הטלפון נסרקות (סריקה ממוחשבת) ונשלפות מתוכן רק שיחות בעלות תוכן פלילי חמור, או שיחות של בני אדם ספציפיים שהמערכת יודעת לזהות את קולם. אילו הייתה בידינו מערכת כזו, ששיעור ההצלחה שלה כמעט מושלם, ייתכן שעיצוב הכלל המשפטי לגבי צו ההאזנה היה אחר. במצב זה אפשר היה לעצב שני סוגים של צווי האזנה: צו האזנה המאשר להאזין לאדם ספציפי (בכל מספר טלפון שבו המערכת מזהה את קולו) וצו האזנה המאשר להאזין לכל

שיחה שבה נמצא תוכן חשוד על פי משוואות (המגדירות מהו חומר חשוד) שאושרו על ידי בית המשפט. מובן שצווים כאלה צריכים להיות מגובים במעקב אחר השיחות שעולות מתוכן כדי לוודא שאין בהן שיעור גבוה של שיחות תמימות. אילו הייתה מערכת כזו עובדת ביעילות, רשויות האכיפה היו מקבלות כיסוי טוב יותר של הפעילות הפלילית, וגם מבחינת הפגיעה בפרטיות ייתכן שהיה בכך יתרון.

נחזור מהדמיון למציאות. במצב הנוהג היום, שלפיו ההאזנה היא לקווים ספציפיים, התוצאה הבלתי נמנעת היא ששיחות פרטיות רבות של בני משפחה, עמיתים לעבודה ואחרים מוקלטות ונשמעות על ידי רשויות האכיפה. במצב הדמיוני שתואר למעלה רק השיחות הרלוונטיות ביותר היו מוקלטות, נשמרות ונשמעות. לו היינו חיים במצב דמיוני זה (שכאמור אפשר שהוא קרוב), ייתכן מאוד שהאיון היה מעוצב בצורה שונה. אך משום שבזמן שעוצבו הכללים, אמצעי ההאזנה וההקלטה של הרשויות היו מוגבלים למספר קווים ולא היה אפשר לבצע סינון מכני אלא רק על ידי בני אדם, הדרך היחידה להגביל את הרשויות משרירותיות הייתה להגבילן להאזנה לקווים ספציפיים, על פי חשד נגד אדם ספציפי.

נוסחאות האיון הקיימות מתאימות אפוא, עדיין, להאזנה לטלפונים. אך יש לבדוק אותן שוב באשר להאזנה לרשת האינטרנט. ראשית, יש לשים לב שמגבלת האגירה, ההקלטה, והסינון לפי תוכן של דואר אלקטרוני (ואף יותר מזה של פרטי גלישה אחרים) כמעט שלא קיימת, לעומת המגבלה הקיימת לגבי שיחות טלפון. התעבורה ברשת עוברת בצורת טקסט, ולכן אגירתה פשוטה הרבה יותר. מעבר לכך, האפשרות לשלוף ידיעות לפי תוכן כבר איננה דמיונית אלא קיימת במציאות. נוסף על כך, בעוד שזיהוי על פי קול הוא מסובך ודורש משאבים עצומים, זיהוי גולש לפי חתימה, סגנון הכתיבה או "לחיצת ידיים" וירטואלית (חתימה, סיסמה) הוא פשוט הרבה יותר. מכאן שבאינטרנט ניתן לעצב כלל איון אחר שאינו מגביל את רשויות האכיפה לפי יחידת הקצה דווקא (כתובת הדואר האלקטרוני), אלא מאפשר לה "עוגנים" אחרים – לפי תוכן או לפי זיהוי המשתמש בדרך אחרת.

אפשרות נוספת להציג טיעון זה היא להרהר בשאלה עד כמה החיפוש באמצעות מחשב אכן פוגע בפרטיות. כאמור, כמעט כל הודעת דואר אלקטרוני

שלנו עוברת סינון ממוחשב לאיתור "דואר זבל", ואנו לא רואים בכך פגיעה בפרטיות. כאשר תוכנה עוברת על הודעות הדואר שלנו ומאתרת רק את ההודעות החשודות בטרור, הפגיעה בפרטיות היא פחותה מאשר בהאזנה הקלסית.¹⁶¹ האיזון הישן היה מבוסס על כך שכדי להאזין יש צורך באדם שיישב וישמע שיחות או יקרא התכתבויות ויברור את החומר החשוד. ויטס משווה את פעולת התוכנה החדשה (הרחרחנית) לפעולת ההשוואה של DNA שנמצא בזירת פשע עם מאגר ה-DNA הקיים אצל רשויות האכיפה. לכאורה כל האנשים הכלולים במאגר עוברים סוג של חקירה (אפשר להשוות את זה למסדר זיהוי המוני), ובכל זאת איננו רואים כל בעיה בכך. עם זאת יש כמובן הברדל, מבחינת הפגיעה באינטרס הפרטיות, בין קריאת תוכן התקשורת ובין נתוני DNA.

כדי לאפשר לרשויות שימוש בתוכנות הרחרחניות, נהיה חייבים להתגבר על הבעיות העיקריות שהועלו כנגדן: ה-*false positive* וקשיי הפיקוח על הרשות, כולל האפשרות של ניצול התוכנות לשם *profiling*, וכן עניין "המדרון החלקלק" – המעבר משימוש בתוכנה למניעת טרור לשימוש בה לשם מניעת פשיעה באופן כללי. אם נצליח לנטרל קשיים אלה, ייתכן שאפשר יהיה, בהקשר של האזנה לאינטרנט, להמליץ על השימוש בתוכנות אלה.

ה. תוכן התקשורת מול נתוני התקשורת

כפי שפורט לעיל, בכל הקשור ל"נתוני תקשורת" קיים בעולם קונצנזוס שפרטיותו של אדם היא אינטרס חלש לעומת אינטרס הפרטיות שלו בתוכן ההתקשורת. גם בעבר המשטרה הייתה יכולה לקבל פירוט של שיחות טלפון, ובשנים האחרונות היא יכולה לקבל אף מיקומים של טלפונים סלולריים, ללא צורך לעמוד בתנאי חוק האזנת סתר. בהמשך לאותו קו, ההפרדה בין תוכן לנתוני תקשורת היא שהולידה את המגמה שכל מה שאיננו תוכן – ובימינו: פירוט ההתקשרויות והקשרים בדואר האלקטרוני, וגם נתוני הגלישה באינטרנט – כפוף לסטנדרטים אחרים, מקלים הרבה יותר. עם זאת לדעתי מוטב לחשוב שנית על הבחנה זו

161 Wittes, לעיל הערה 127, עמ' 249-250.

ולשאול עד כמה היא מהותית ואם באמת יש הבדל תהומי, מבחינת הפגיעה באינטרס הפרטיות, בין נתוני התקשורת לבין תוכן ההתקשורת.

בימינו – באמצעות נתוני התקשורת – ניתן לדעת עם מי דיברנו, מתי דיברנו והיכן היינו. באמצעות נתוני הגלישה ניתן לדעת פרטים רבים על עיסוקנו המקצועי, עיסוקינו בשעות הפנאי, העדפות ותחביבים, רכישות שאנו מבצעים, מטרות ותנועות שאנו מזדהים אתן, אתרים שבהם אנו רשומים ושיכולים להצביע על הזדהות פוליטית, על מצב בריאותי, על קשיים אישיים ועוד. באמצעות נתוני התקשורת של הדואר האלקטרוני אפשר ללמוד את שמותיהם של חברינו ובני משפחתנו.

לדעתי, אף שההבדל בין תוכן לבין נתוני תקשורת איננו חסר משמעות, יש לחשוב שניתן אם הבדל זה מצדיק גישה כל כך מתירנית לגבי נתוני התקשורת מחד גיסא, וגישה כל כך שמרנית וזהירה לגבי התוכן (כאשר אין חשד ספציפי) מאידך גיסא.

ברור שטיעון זה אינו מצדיק כשלעצמו את השימוש בתוכנות רחרחניות ואת הסינון לפי תוכן. ייתכן שהמסקנה מביקורת זו היא שיש דווקא להילחם בהרחבת הגישה של רשויות הביטחון לנתוני התקשורת. בלי להרחיב בעניין זה, משום שלא זה הנושא שבו אני מתמקד, אומר רק שחוק נתוני תקשורת הישראלי הוא בהחלט רחב ופוגע יותר מדי בזכות הפרטיות – בעיקר בשל העובדה שהוא מופעל לגבי עברות רבות מדי, כולל עברות עוון (כאשר ניתן צו שופט) ועברות פשע קלות (כל עברת פשע), אף ללא צו של שופט.

עם זאת הטיעון יכול גם להצדיק חשיבה מחודשת על "קדושת" התוכן מול חילול נתוני התקשורת. ייתכן שדווקא ההגנה החזקה על תוכן ההתקשורת היא שהולידה את הצורך לפגוע קשות בפרטיות בכל הקשור לנתוני התקשורת. לכן טיעון זה יכול לחזק גישה האומרת שבמקביל להקשחת התנאים המאפשרים קבלת נתוני תקשורת באופן כללי, ייתכן שיש לאפשר באופן מוגבל ומפוקח את השימוש בסינון על פי תוכן על מנת לתת לרשויות כלי אפקטיבי במלחמתן בטרור.

9. סיכום והמלצות

א. הערה על הרלוונטיות הטיעונים לגבי ישראל

האם הטיעונים שהועלו במאמר זה רלוונטיים לישראל ולמאבקה בטרור? הרי הטיעון לגבי מבנה ארגוני הטרור והשימוש שעושים הארגונים באינטרנט מבוסס בעיקר על ארגון אל-קאעדה ולא על ארגוני הטרור הפלסטיניים או חזבאללה. המענה לשאלה זו מחולק לכמה רבדים.

ראשית, יש לציין שגם ארגוני הטרור הפלסטיניים וחזבאללה, שעמם מתמודדת ישראל באופן תדיר, מקיימים פעילות ענפה ברשת האינטרנט, בהיקף הולך וגובר. הטיעונים באשר להתעצמות הטרור ומשמעותו האזורית וכן הטיעון לגבי השינוי באמצעי ההאזנה תקפים אף הם לגבי ארגונים אלה. יוצא אפוא שהטיעון היחיד שאיננו רלוונטי לגבי ישראל הוא שינוי המבנה הארגוני, שתקף בעיקר לגבי ארגוני הג'האד העולמי ובראשם אל-קאעדה. אכן יש בכך כדי להחליש את הטיעון, ככל שמדובר בישראל.

שנית, חשוב לזכור שגם ארגון אל-קאעדה שם לו כמטרה אסטרטגית את הפגיעה בישראל. ארגון זה מצהיר תדיר, בכלל זה על ידי מנהיגיו אוסאמה בן לאדן ואימן אל-ט'ואהרי, על הצורך להילחם ולפגוע בישראל (בציונים-ביהודים). במסמך ההקמה שלו נקרא הארגון "החזית העולמית האסלאמית למאבק בצלבנים וביהודים", וכמה פיגועים אף בוצעו בפועל נגד מטרות ישראליות, בהם הפיגוע במומבסה בשנת 2002 והפיגוע המשולב בשנת 2004 בסיני ובטאבה. כמו כן סוכלו מספר התארגנויות שכוונו כנגד תיירים ישראלים, ובהם התארגנות בטורקיה. ככל שאיום הג'האד העולמי על ישראל ייהפך למוחשי וקונקרטי יותר, ייתכן שהטיעונים שהועלו בעד שימוש בתוכנות רחרחניות יכריע את הכף אל מול הפגיעה בפרטיות הנובעת משימוש זה. בכל אופן, מטרת הטיעונים היא לקבוע שהאיזון הקיים היום בין פרטיות להאזנות אינו מקודש, ואפשר להשתחרר ממנו כאשר הנסיבות מצדיקות זאת.

שלישית, גם אם יתברר שהשינוי המחשבתי שאני מציע אינו רלוונטי לישראל, עדיין הטיעון שהוצג תקף כשלעצמו לגבי מדינות הרואות עצמן כנפגעות מהג'האד העולמי – בראשן ארצות הברית, הודו ומדינות אירופה. המאמר מעלה טיעון תאורטי שאין הכרח להפעילו בהקשר הישראלי דווקא.

ב. סיכום הטענה: הצורך בשקילה מחדש של האיזון המסורתי בין פרטיות לבין ביטחון

הטענה העיקרית שאותה ביקשתי להעלות במאמר היא שיש מקום לחשיבה מחודשת על נקודת האיזון בין הזכות לפרטיות לבין צורכי הביטחון, ככל שמדובר במניעת מעשי טרור. אין פירוש הדבר שכל הנעשה בימים אלה הוא מוצדק (בעיקר ככל הקשור לחקירות שאינן קשורות בטרור, למשל על פי חוק נתוני תקשורת), ולכן אני סבור שראוי לבקר ואף להצר את צעדיהן של הרשויות במקרים המתאימים.

עם זאת שילוב הטיעונים שהצגתי – התעצמות הטרור, השינוי במבנה הארגוני של ארגוני הטרור, והשינוי במאפייני התקשורת ובאמצעי ההאזנה – מחייב מחשבה על איזון חדש בין ההגנה על הביטחון לבין הזכות לפרטיות. לדעתי, בעתיד הקרוב תיאלץ ישראל ככל הנראה לאמץ את המסקנה שסינון על פי תוכן באמצעות תוכנות רחרחניות הוא הכרחי, למרות הפגיעה בפרטיות, משום שתמונת האימים תכלול איום ממשי מצד הג'האד העולמי, או משום שהארגונים האחרים שעמם מתמודדת ישראל יהפכו דומים לארגוני הג'האד העולמי. בהקשר של הלחימה בטרור נראה שעדיף להתמקד ולצמצם את הפגיעה בפרטיות שנובעת מהשימוש¹⁶² בתוכנות אלה, אך לא לוותר על הפעולה החיונית שלהן בגילוי ובמעקב אחר ארגוני הטרור. כיצד אפשר אפוא למזער את הפגיעה בפרטיות בלי לוותר על השימוש בתוכנות רחרחניות?

ג. אמצעים למזעור הפגיעה בפרטיות על אף השימוש בתוכנות רחרחניות

הגבלת השימוש לגוף מוגדר ומצומצם

יש להגביל את השימוש בתוכנות רחרחניות למספר מצומצם של אנשים ברשות הביטחונית שיעברו הליכים קפדניים של מיון (לרבות בדיקות פוליגרף), לשם הבטחת אמינותם ומחויבותם לשמירת סוד. אנשים אלה יהיו אחראים בלעדית על המעקב והפיתוח של התנאים הלוגיים שלפיהם יתבצע סינון התוכן והרגלי הגלישה.

מניעת זליגה של מידע

יש למנוע זליגת חומרים ש"נתפסו" על ידי התוכנה הרחרחנית לכלל המערכת הביטחונית – כולל חומר שמעיד על פשיעה (שאיננה טרור). יש לאכוף איסורים אלה על ידי סנקציות מרתיעות.

מעבר למסלול הרגיל

לאחר אפיון של קבוצה חשודה (והצטברות ראיות מפלילות), אם לפי כתובת הדואר האלקטרוני ואם לפי כתובת ה-IP של מחשב מסוים, ניתן להעביר את הפיקוח – לאחר קבלת צו כמקובל לפי חוק האזנת סתר – להמשך מעקב ב"מסלול הרגיל", על פי כתובת דואר אלקטרוני חשודות.

הגבלה לשימוש ביטחוני בלבד

שימוש בתוכנות רחרחניות יכול להביא תועלת רבה גם בחקירת פשיעה רגילה, אולם הצידוקים שלעיל, החלים כלפי ארגוני טרור, לא חלים לגבי פשיעה רגילה. בפשיעה המאורגנת לא קיימים עדיין, למיטב ידיעתי, מאפיינים של מעבר מובהק לשימוש ברשת האינטרנט כאמצעי תקשורת, או תאים רדומים והיעדר היררכיה. עם זה ברור שהפגיעה בפרטיות הגולשים תהיה קשה ביותר אם המשטרה תיעזר באופן רגיל בתוכנות רחרחניות לשם איתור פשעים וחקירתם. לכן יש להבטיח שהשימוש בתוכנות רחרחניות יהיה רק במסגרת המאבק בטרור.

פיקוח רצוף על פעילות התוכנה

ישנם אמצעים שונים של פיקוח שאפשר להשתמש בהם בנפרד או במשולב כדי למזער את השימוש לרעה בתוכנות הרחרחניות ואת הבעיות הנוספות שעולות בהפעלתן. אין בדעתי להעלות הצעה מפורטת בעניין זה, אך ראוי שהפיקוח יתמקד ברבדים אלה:

פיקוח משפטי

גוף מצומצם – שיכלול את היועץ המשפטי, שופט בית המשפט העליון בדימוס ועורך דין בכיר מהמגזר הפרטי – יפקח ויבקר את השאילתות הניתנות לתוכנות הרחרחניות (ובכך יודא, למשל, שלא נעשה בהן שימוש לצורכי profiling). גוף

זה יראה דוגמאות של החומר שנאסף ויקפיד על כך שלא ייעשה שימוש לרעה בתוכנה. ראוי שתהיה לגוף זה סמכות להורות על הפסקת השימוש בתוכנות, הגבלתן ומחיקת חומר שנאסף שלא כדין.

אפשר להציע שרק לוועדה זו תהיה הסמכות לאשר העברת גורם מסוים לפיקוח ב"מסלול הרגיל" ובכך לחשוף את זהות המשתמש. לפי הצעה זו, שמעלה ויטס, ניתן לצמצם את הפגיעה בפרטיות על ידי הגבלת החשיפה של זהות המשתמש באישור גוף שיפוטי. כך תהיה הגישה למידע עצמו קלה יחסית (באמצעות התוכנה), אך הגישה לפרטי המשתמש – בהנחה שאינם גלויים מתוכן ההתקשרות – תצטרך לעבור ביקורת נוספת ותתקבל רק על סמך חשד סביר שעלה מהחומר, שלא היה נתפס ללא השימוש בתוכנה.¹⁶³

פיקוח פוליטי

ראוי שוועדה מיוחדת בכנסת (כגון ועדת חוקה, חוק ומשפט או ועדת חוץ וביטחון) תקבל דיווח שוטף על מספר ההתכתבויות שהתוכנה יירטה, ההישגים שהושגו באמצעותה ומספר הטעויות (false positive) שהיא עושה.

פיקוח תקופתי מקצועי

יש להקים ועדה מקצועית בלתי תלויה שתורכב מאנשים ששירתו בגופי מודיעין וביטחון וגם מאנשים ש"מחוץ למערכת" לצורך הערכה תקופתית של יעילות המערכת ולמענה על השאלה אם הישגיה מצדיקים את מחירה.

יידוע האוכלוסייה

העובדה שקיימת מערכת שקוראת את כל התעבורה באינטרנט חייבת להיות גלויה לציבור. אמנם יש לכך מחיר – צמצום המודיעין כתוצאה מזהירות יתר של פעילי הטרור בשימוש באינטרנט (אף שאין אפשרות לשמור על אנונימיות מוחלטת כל הזמן, תוך עמידה בעלויות נמוכות ובנוחות הגישה לרשת), ו"האפקט המצנן" על גלישת כלל האזרחים התמימים. אולם לדעתי מכריע את הכף השיקול שאסור לעשות מעשה כה פוגעני בסתר ובלי ידיעתם של האזרחים. כמו כן, הצורך הברור לתקן את חוק האזנת סתר (או לחוקק חוק ספציפי לגבי

163 שם, עמ' 251.

האזנה לתקשורת מחשבים) לשם מתן אפשרות לשימוש בתוכנות אלה מחייב דיון ציבורי ופרסום העובדה שקיימת אפשרות לשינוי חקיקה כזה. מובן שאין צורך לפרט את יכולתן של המערכות ואת סוגי החומרים שאותם הן מחפשות.

ד. סיכום

הנימוקים שהצגתי מצביעים על כך שאין מניעה עקרונית ששירותי הביטחון ישתמשו בתוכנות רחרחניות לאיתור פעילי טרור ותעבורה חשודה באינטרנט. יש להדגיש שדרוש לשם כך מעבר על כל תכתובות הדואר האלקטרוני, ככל שהטכנולוגיה מאפשרת זאת. מרגע שאופיינו כתובות האינטרנט או כתובות IP החשודות בטרור (שאינן false positive) יהיה על היחידה המבצעת את המעקב לקבל אישור ספציפי למעקב, כנהוג היום. את הפגיעה בפרטיות ניתן לצמצם באמצעות שימוש מבוקר וממודר (ובאמצעות שאילתות ממוקדות) ובהצטמצמות להגנה מפני טרור בלבד, תוך פיקוח הדוק על פעילות זאת. כמו כן נדרש כאמור יידוע הציבור. עם זאת יש להדגיש שכל עוד לא ניתן להבטיח את צמצום הפגיעה בפרטיות ואת הפיקוח ההדוק על הפעלת התוכנות הרחרחניות (זהו המצב היום, בטרם קיימים מנגנוני הפיקוח הנחוצים) ראוי להשאיר את המצב הקיים על כנו ואין לאפשר האזנה גורפת. בכל הקשור לישראל אפשר לטעון שהאיום עליה מצד ארגוני הטרור העולמיים טרם הגיע לרמה שמצדיקה פגיעה חמורה בפרטיות, הנובעת מהפעלת תוכנות רחרחניות. כאמור, ייתכן שבאשר למדינות אחרות עשויה להתקבל תוצאה שונה.

מובן שאפשר להכריע אחרת, להתנגד נחרצות ולשלול גם בעתיד ובכל צורה את הפגיעה האינהרנטית בפרטיות, המתחייבת מהפעלת התוכנות הרחרחניות. עם זאת חייבים להכיר בתוצאות של הכרעה כזו – פגיעה גדלה והולכת ביכולת המודיעינית של רשויות הביטחון הנלחמות בארגוני הטרור המודרניים.



to the development of acquired skills—technical and cognitive—that promote the individual’s relationship with digital space. Participation literacy in the information age is the bundle of skills relating to the actual awareness of one’s ability to demand information; understanding how information is collected, integrated, stored, and represented by government and commercial corporations, and the ability to claim control of and involvement in all of the above. Specifically, this refers to the idea that even if a person is at home in digital space, this does not necessarily mean that every aspect of his or her life should be like an e-book, open to the public, providing everyone with access to what he or she says, does, types, messages, photographs, tweets, updates, buys, sells, borrows, steals, eats, drinks, wears, where he or she is and with whom. This is about understanding that every activity in cyberspace leaves a digital trail, which can be used for both positive and negative purposes alike; awareness of the possibility of not agreeing to every window asking the user whether they want the information to be available for the application that they want to download; the need for strong passwords to protect smart computers and cellular phones; implementing the concept that free usage of various platforms does not make the user a client. Instead, the literate user understands that they themselves are the product. It is possible that the most pressing need is to ensure that elected officials are not digital ignorants—that their digital knowledge is of a sufficient level to enable them to stand at the helm of dealing with the challenges to which Western society is called upon to contend with.

Thanks to Professor Mordechai Kremnitzer, who accompanied the collection from its early stages, to the authors of the articles who contributed of their time and talent, and to the dedicated text editors and personnel of the Israel Democracy Institute Press.

Jerusalem, July 2012

relationship is with “the machine,” i.e., with a closed, private network. Therefore, their willingness to share information without objection is increased. It may be said that asymmetry of awareness is the key issue. While large companies and governments accumulate vast amounts of information, the public, the source this information was mined from, is not informed and does not understand where this information is located, and why it is there. This asymmetry is a source of injustice, and even more so—of justified anxiety among individuals.

A clear policy that promotes the level of control of individuals over personal information related to them is imperative, while ensuring that “information holders” inform their “information objects” regarding the information they hold. In an ideal situation, such a policy would be made on an international basis while maintaining four rules: (1) a promise that the citizen be able to freely access information he or she is an object of; (2) reducing the number of exceptions based on national security; (3) expanding the obligations and rules applicable to entities holding private information to private entities and companies as well; (4) the operation of international mechanisms for monitoring and dispute resolution. It is possible that, as far as data mining by private companies, self-regulation that promotes transparency and involvement of users in designing their personal profile could be used as a supplemental method. Forerunners in this regard are the initiative of the Digital Advertising Coalition that offers an “advertising icon”—a logo that shows that the site collects data and enables one to decline data mining with a click.¹³

An essential supplemental method for any regulatory involvement is the promotion of digital literacy among Web users, and in fact, among the general population of the twenty-first century. This refers

13 www.evidon.com/privacy_center.html#forward_i

challenge existing legislation, partly because legislation actually prohibits their operation, but also because they require a change from the traditional paradigm known from the era of telephony. On the internet, Fuchs argues, a new balancing rule can be shaped, one which does not necessarily restrict the law enforcement agencies by end unit (e-mail address), but allows it to utilize other “anchors” according to content or by identifying the user in another way.

In fact, in order to minimize the violation of the right to privacy by using content filtering by “software sniffing,” Fuchs suggests stipulating the use of exposure to a small number of people, tighter supervision preventing leakage of information and limiting use to security purposes as opposed to war against “regular” crime. He also emphasizes the necessity of a public debate on the amendment of the Wiretapping Law or legislation dedicated to use in sniffing software.

Another aspect Fuchs refers to is the need to inform the population about the existence of a traffic reading system on the Web. This recommendation may be an appropriate support for forward-looking thinking. As a matter of empirical observation, individuals have less and less control over their personal information. However, paradoxically, we are the principal manufacturers of information about ourselves and we transmit more and more information all the time, voluntarily in fact. The provision of information is presumably done in an attempt to create contexts that will help us overcome the amount of information that floods us from every direction. Admittedly, public and private bodies alike rely on the assumption that we do not exert control over our own information or that we are unaware of the amount of information concerning us that is held by others.

However, we do not dispense all the information about ourselves on the Web consciously and therefore willingly. Many people are unaware that their every action online leaves behind digital footprints, a “breadcrumb trail” or “digital trail.” They believe that their intimate

and those of society in general, and the lack of awareness among users (called “cognitive failure”) of these solutions.

Amir Fuchs discusses three uses of the internet employed by terror organizations: The first is using the Web as a mode of mass media to spread propaganda and data; the second is instrumental usage for communication between activists and entities in the organization, gathering intelligence and recruiting of activists and funds; and the third is that of direct use, i.e., cyber terrorism. These uses largely overlap the contact the Web has today with all areas of civil, commercial, governmental and military life, and they originate in the structure of the modern terror organization characterized by an inter-state, multi-state character, which is fluid, not hierarchic (it consists of many cells scattered in different countries) in order to minimize the risk of exposure. These uses pose a real challenge for intelligence services, which are required to deal with websites of terror organizations head on, and in particular, to gather intelligence by intercepting messages sent on the Web and deciphering them.

Fuchs calls to rethink the balance between the right to privacy and security needs, as far as preventing acts of terrorism. Specifically, he calls to reshape the existing wiretapping rules, especially the requirement that each wiretapping order be specific to a particular person or endpoint, referring to a specific phone number or email address. He claims that the current balance is based on the need for a person to listen in on conversations or read correspondences in order to filter through the suspicious material. The rationale behind the existing rules which enable wiretapping specific lines is therefore setting limits for wiretapping by the authorities, so that their extent is not wide enough to cause infringement of privacy.

Efficient content filtering systems that are able to detect suspicious content in accordance with the equations that define such content

meticulous can affect an individual's ability to exercise his or her autonomy.

Amichai-Hamburger and Perez indicate a gap between the attempt to define the right of privacy and the right of anonymity in absolute terms and the world of needs and preferences of internet users. They believe that patterns of behavior on the internet indicate that people do not demand or expect that the internet provide them with anonymity and complete privacy, and therefore, an absolute solution that prefers a certain aspect of the conflict out of a hierarchic perception of rights and values (for example, the autonomy of the individual or public order) will harm other interests and values. Additionally, they draw attention to the law's limited ability to respond to the issue of privacy due to technical arguments such as the network's global nature and the inability of the legal system to adapt to changes, and due to substantial arguments centering on the legal system's tendency to use dichotomous outlines to protect rights. This tendency, in the context in question, ignores the fact that cyberspace creates an internal conflict in terms of the value of autonomy: in some aspects, any concession to privacy (and anonymity) during internet use can allow a fuller implementation of the individual's autonomy, whereas in other aspects, realization of autonomy actually requires the protection of privacy by ensuring the anonymity of the user. Moreover, the constitutional concept of the right to privacy—that places the state as a key player in the game of privacy protection, both as one entrusted with fortifying the privacy concept and as its greatest enemy—ignores the considerable weight of private players on the Web.

Amichai-Hamburger and Perez do not ignore potential technological solutions, but introduce the difficulties they present, such as the gap between business interests and the interests of users

protection of privacy and the activity of commercial mass media. Shmueli suggests that the article, emptied of content by the courts in two cases, be replaced by a “dominance” test. Pursuant to this test, the act of displaying a picture or audio-visual presentation by a commercial mode of communication creates an assumption that the purpose of the broadcast is for profit, a civil wrong pursuant to article 2 (6) of the PPA. The burden of proof that the issue is of public interest and refutation of the assumption should fall, according to Shmueli, on the media. Additionally, he suggests adopting a deconstructive approach toward content, examining not only the infringement of privacy but also the public’s interest in it, not only according to the “entire article” test, but to parts of articles as well. Therefore, Shmueli is of the opinion that in cases of deliberations regarding requests for injunctions, partial content publication should be made possible, e.g., blacking out the face or blurring the image; this will protect the right to publish material while simultaneously preventing excessive damage to the right to privacy.

The anthology closes with a view to the new media. **Yair Amichai-Hamburger and Oren Perez** argue that the existing legal concept of the right to privacy is incompatible with the digital reality and that the internet has created conflict with regard to the idea of privacy. On the one hand, the beginning of online activity was tied in to the concept of anonymity. Anonymity is identified with the idea of privacy because the inability to identify the user’s details prevents surveillance and penetration into his or her own personal zone. On the other hand, the individual’s ability to exercise autonomy in cyberspace depends, in many contexts, on relinquishing privacy. In this respect, the principle of respect for the autonomy of the individual actually makes it necessary to employ flexibility in the demarcation of the boundaries of the right to privacy. Protection of the right to privacy that is overly

deep devaluation of the significance of the value of privacy and its importance. Loss of privacy on reality programs is, in their opinion, an objectification of the person appearing on the show, stripping them of all value and uniqueness, and insulting to them. Moreover, they claim that watching reality shows involving “normal people” as opposed to actors increases the level of identification on the part of viewers, who think that those regular, individual people are like them. Accordingly, when an invasion of the participants’ privacy occurs, an invasion of the viewers’ privacy, beyond the normative, accepted degree, occurs as well.

Binyamin Shmueli raises another aspect of the right to privacy in his study, clarifying the significance of the separation of private and public, person and space. Shmueli accomplishes this by discussing two cases that reached the court regarding the publication of a photograph of a person that was taken by the media in the public domain. One case concerned the publication of photographs from the guarded prison of Yigal Amir, murderer of Prime Minister Yitzhak Rabin, following a request for an injunction against a television broadcasting of photos from his cell, by virtue of the claim that a prison cell constitutes an individual’s domain, or alternatively, though the cell is considered a public domain, the photos are humiliating and their publication would be inappropriate since their subject is a religious person. The other case is that of an ultra-Orthodox man distributing religious articles at a street stall photographed in front of a provocative poster of an exposed woman, who, after the photo was published in the newspaper, sued for damages for the infringement of his privacy.

Shmueli dwells on article 2 (6) of the Privacy Protection Act (PPA), which views publication for profit as an infringement of privacy and as representative of the inherent tension between

as an underlying assumption of Israeli courts and court systems in other countries whereby privacy ends where its relinquishment begins—from entering a public place to filling a public role.

In the area of the legal protection of this right, Segev attempts to delineate a space of considerations for and against legal protection of privacy in order to enable determination between them and other interests or values (when they exist), especially the right of freedom of expression. He examines considerations such as personal welfare and autonomy, independent thinking, the desire people have for the existence of a private domain and data unexposed to others, socially accepted social practices and conventions, mental health and protection of emotions. On the other hand, he considers factors such as concealing information as insincere and privacy as reflecting social alienation and lack of altruism; diagnoses the distinction between the private domain and the public, general domain as the basis for concealment and suppression of women; and draws our attention to the negative social externalizations resulting from the absence of personal information in decision-making processes. This drawback may harm the quality of the resulting decisions.

The point of departure of **Amit Lavie-Dinur and Yuval Karniel's** article, which deals with the right to privacy in reality TV programs, is that television broadcasts have a double role—that of actor and that of social agent. Reality programs invade the privacy of one person or another but also convey an important social and cultural message regarding the acceptable and proper relationship between private space and public space. Thus, they reflect and shape the changing concepts of privacy. Lavie-Dinur and Karniel identify a trend of change in the concept of privacy in television broadcasts which is manifested not only in the harm done to one individual or another, who is exposed on the broadcasts, but in the

(namely, those under 40 years of age) exhibit indifference toward privacy issues. Simultaneously, it is possible that sufficient public pressure will succeed in leading to a situation where privacy issues on online media and beyond will become huge public campaign issues. No one likes the concept of a “Big Brother,” and it can be assumed that corporate giants like Google, Apple, and Microsoft will become easy targets due to their power.

This book is the outcome of several years of work. Two of the articles are the products of research conducted within the Israel Democracy Institute, and three others resulted from a call for papers we published regarding a book on the topic of privacy and journalism. More than anything, the anthology reflects the many faces of the right to privacy, and the transition period this right is undergoing—from traditional media to new media; from ethical and legal practices whose purpose is to infringe privacy through programs watched by the masses to the infringement of individual privacy in the digital world.

Due to a strong sense that things are the same everywhere and that nothing is new under the sun, bewildered legislators at the advent of the twenty-first century are returning to basic axioms of privacy protection from the early twentieth century. **Re'em Segev's** research relates to these axioms in the context of the privacy concept. With a complex, ambiguous view of the concept, Segev explores whether privacy should be defined as a situation of isolation (e.g., a situation where data concerning a person is unknown to others) or as the extent to which a person can control his or her degree of isolation from others (e.g., the extent to which data concerning him or her is known to others). Segev also grapples with the question of whether to maintain a uniform perception of privacy or to adopt a variety of perceptions depending on personal characteristics or the cultural framework in which people live. He also critiques what is perceived

that one had a reasonable expectation that the technology would not be employed? Secondly, is it correct and justified—in a normative sense—to forego the reasonable expectation of personal information privacy in certain cases?

Peter Fleischer, former supervisor of international privacy at Google, wrote that the demand for privacy is “the new black in censorship fashion” and that this demand negates the principle of freedom of expression. He claims that the fact that privacy doesn’t exist should be internalized, and that anyone looking for privacy probably has something to hide.¹² It is difficult to ignore the fact that the support of companies like Google for freedom of expression in this context stems from their economic model. Metaphorically, one could argue that the right to freedom of expression is the “new black” in information mining fashion. Therefore, it seems that the main question relates to profit and loss with regard to gathering information: Are we prepared to accept the advantages of location-based services at the expense of our privacy? Are we interested in maintaining a space where our actions are not measured, or do we prefer the advantages of the measurement and monitoring of every act while integrating types of data? (For example: Is the exercise I did equal in value to my calorie intake; was my daughter sick too many times this winter; do I spend more money on shoes relative to others with a similar salary?)

A question no less worrying is whether it is at all possible to discuss profit and loss on the normative plane when in practice the process seems to be unstoppable. It is possible that history itself will judge this—especially if those below the social-technological gap

12 <http://peterfleischer.blogspot.com/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html>

those performing the surveillance is the device itself, not one type of software or another, it becomes clear that we are not dealing with a problem that can be solved by the proposed method of opting out¹⁰ suggested by the FTC. It can be assumed that when, one day, an additional report is published the need to deal with new aspects of the issue will arise.

In her book *Privacy in Context*,¹¹ Helen Nissenbaum claims that people are not interested in restricting the stream of information, but rather in ensuring that the information is streaming in properly, in a way she calls contextual integrity. She claims that the right to privacy is not the right to control personal information nor is it the right to limit access to this information. The right to privacy is, in her opinion, the right to live in a world where our expectations regarding our personal information are both respected and responded to. These expectations are formed not just by habit, but by the force of trust in the support and recognition lent to them by social and political principles. Nissenbaum's view corresponds doubtlessly with what courts, especially in the United States, view as "reasonable expectation of privacy." Just as reasonable expectation as a legal doctrine is determined in other contexts, at least in part, in accordance with reality, so would it be difficult to claim that a certain act constituted a violation of reasonable expectation if the practice is one that is accepted socially. This is the case with regard to matters of technology and privacy as well. The open question is, therefore, twofold. Firstly, at what point can it be said that society has embraced a new technology, to the degree that it can no longer be claimed

10 I.e., the system is valid, but the option of making exceptions is provided.

11 H. Nissenbaum, *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life* (Stanford: Stanford University Press, 2010).

The regulatory response of the American Federal Trade Commission regarding the usage of techniques for collecting and mining information on the Web was published in the middle of 2011. The FTC determined that the techniques constituted a severe infringement of user privacy. The paper included recommendations for users to improve their control information pertaining to their digital behavior and required companies to integrate a “privacy cookie” in their programs that would enable surfers to activate a “don’t follow me” mechanism. This mechanism was supposed to have handed the users’ private preferences over to information mining companies.

However, the number of these episodes is increasing, and it seems that they are becoming more and more severe. At the beginning of December 2011, an American security researcher discovered tracking software by the name of Carrier IQ installed in 140 million smart phones worldwide. The software follows almost every use, sound, and typing, copies it and transfers it back to the telecom companies. This tracking doesn’t relate to the physical location of the device alone, but even to the content transmitted through it. This activity involved almost all the large manufacturers of this type of phone worldwide, e.g., Samsung, Nokia, Motorola, and Apple.⁹ Following denials on part of those involved, a new PR tactic was unveiled, claiming that the application is used to monitor the device’s performance, and is not used for surveillance purposes. It is difficult to deny that this sort of software is a gateway to a treasure chest of personal information regarding browsers’ habits and movements. On the other hand, when technology advances and what becomes a “trail of breadcrumbs” for

9 A. Kabir & H. Eilam, “All the Data is Recorded and Saved: Tracking Scandals of the Technological World” ynet, Kalkalist, 4.12.2011 (Hebrew) www.calcalist.co.il/internet/articles/0,7340,L-3554064,00.html

of credit history in the seventies, to borrowing films from video libraries in the eighties, to accessing medical records in the nineties all the way to user conditions which enable internet companies to transfer personal details to offline companies in the early 2000s. It seems that a pattern of conduct can be outlined: A researcher, expert, or hacker discovers that a service or product which has a very broad circulation has a breach in its security or a component which enables the infringement of users' privacy. This assertion is affirmed by additional Web experts. Representatives of the company use a multi-level marketing strategy which begins with an unequivocal denial, moves on to an explanation, and ends with an apology and a declaration that the problem will be fixed and the infringement removed. Finally, a political-regulatory-legal reaction arrives: a governmental petition to the companies requesting clarifications, hearings in houses of representatives and other regulatory agencies, position papers and policy decisions, suggestions for legislative amendment, and the filing of class action lawsuits.

This is what occurred when, in early 2011, it was discovered that Apple Corporation is able to follow the movements of the users of cellular devices it markets, and in practice, even performs this surveillance using a non encrypted method.⁷ This is what occurred in the matter of TomTom Corporation as well, after it was discovered that the company was selling information it had collected through the GPS devices it manufactures⁸ to the German police for the purpose of surveillance of traffic law violators.

7 www.guardian.co.uk/technology/2011/apr/20/iphone-tracking-prompts-privacy-fears

8 www.guardian.co.uk/technology/2011/apr/28/tomtom-satnav-data-police-speed-traps

Furthermore, data mining technologies raise serious questions about the very distinction between private and public. On the one hand—private enterprises and applications thrive on public information and derivatives of information gathered by the government, and on the other—public authorities make use of information mined by private companies (for example, by monitoring email correspondence between individuals). Moreover, the general public relies paradoxically on the assumption that it is the state that will protect them from misuse of their private information when technologies become cheaper or are frequently used by commercial corporations. Simultaneously, the public relies on private corporations and watchdog organizations external to the government to protect them from being harmed by the state.

An issue of concern is the extent to which privacy protection lags behind data collection systems and technologies used for tracking surfers in order to analyze and earn secondary profits from them. In an attempt to deal with a carefully orchestrated infringement of privacy—not by the state but on the part of commercial corporations—the privacy protection commissioners in Europe and Israel are trying to enforce information protection laws that were enacted and designed in another era, before Google and Facebook were born. But embracing new technologies compels regulators and legislators to play cat-and-mouse games. Legislation in most Western countries lacks the requisite tools for dealing with the international context of the storage and extraction of information, and this adversely affects the efficiency of European or Israeli authorities coping with corporations domiciled in the United States.

As a rule, it is not surprising that the history of legislation regarding privacy is of a reactive nature. An abundance of examples can be provided from the world over, from rules relating to the transmission

towers or utilization of a GPS chip embedded in the device. However, the information regarding the precise location of a user at a given time is not of high value in itself. Integration of hyper-private information with a location can render a location-based application valuable to its users and improve user experience. These types of information can be, for example, behavior and location in the past (What were the most recent searches on that area's foursquare? Where was the car parked most recently? How many tweets came in from the area?), shopping preferences, credit card status, and recent transactions made with it.

As activity on the Web becomes more personal and as the uses of the Web move toward personal ones ("Me Centered Web"),⁶ more third parties are looking to earn money by using the free tools we have been provided with to communicate and share information. Corporations such as Klout and PeerIndex would like to draw simple numbers out of the complex array of social networks as a whole, which would then be attached to each and every one of us, whether or not we want them to be. The situation in which every person has a "number"—an impact factor which reflects the impact he or she has—is not a fictional one. The difficulty in this situation is that the number will determine whether we get a job, a hotel room upgrade, a supermarket sale sample, a loan or anything else.

Even if values of "decision privacy"—meaning the freedom to make decisions in private matters, such as sexual orientation or the right to have an abortion, as well as the sense of local privacy (i.e., exercising control over actual private space, such as a house or courtyard)—seem relatively protected and conventional, when it comes to information privacy, things become more complicated.

6 <http://scholarlykitchen.sspnet.org/2010/10/26/rethinking-our-architecture-the-power-of-me-vs-the-arrogance-of-we>

solutions” including a platform for the interception and analysis of very large quantities of communication information, such as phone calls or Web surfing. According to the document, this system can, among its other functions, identify suspicious targets by scanning billions of voice conversations, texts and additional data. In a post 9/11 world, such systems are routinely purchased.

The reasonable expectation of privacy protection relates, first and foremost, to the relationship of the individual and government, and to the possibility that government may misuse technologies which can potentially infringe privacy. The fact that phone companies keep records of all calls, as do all cellular operating companies, is not a new phenomenon. In fact, the authorities use these records when they request search warrants or wiretapping permits from the courts. However, the discussion no longer relates to security cameras at malls or cross-border satellites. In the past decade, giant commercial entities are becoming information miners. While governments aspire to keep track of details, information and data based corporations such as Google or Facebook glean information regarding those details and store them on their servers, which are mostly located in the United States. One of the practices increasing tension between technology and the right to privacy is data ubiquity. New, inexpensive technologies for collection, storage, and analysis of data have dramatically increased in the past decade. It can be said—using a term borrowed from the European Union’s data protection directive—that we are all, in fact, “data subjects.”

The issue of location-based applications, the “cousin” of information-based advertising, can serve as a representative example. In order to activate a location-based application (finding a restaurant, movie theater, gas station or weather forecast, as well as verifying the local time), the device must know the user’s location. This is accomplished by various methods, such as triangulation from cellular

authors of the article were referring to the then advanced technology of mobile cameras which, for the first time, enabled journalists and press photographers to photograph people without their consent. Some one hundred and twenty years later, information technologies are perceived as the principal threat to privacy since they enable transfer of data worldwide at the speed of light. The accessibility of the internet, the emergence of social networks, the distribution of cellular devices, and the abundance of cameras installed in the public domain are bringing about significant changes in the meaning and scope of the expectation of privacy, and, as a result, the scope of the right to privacy. It was for good reason that the CEO of Google Corporation and, later, the founder of Facebook stated on various occasions that in the era of the internet and social networks, privacy is dead.⁴ In practice, privacy is one of the most urgent social topics associated with digital communication technology.

The principle of protecting privacy as an accumulation of rights has various aspects which connect to various technologies. Indeed, government databases are quite unlike the internet, cellular phones and other portable devices, biometric databases, social networks, data mining and other technologies. At the end of November 2011, the WikiLeaks site published a new collection of documents it called “the spy files,”⁵ which included documents, presentations, contracts and catalogs of corporations offering surveillance, censorship, intelligence and security services, such as Siemens, HP, and the Israeli company NICE. In most cases, the material related to services and products sold directly to governments and intelligence agencies and not to the general public. NICE, for example, markets a variety of “intelligence

4 www.guardian.co.uk/technology/2010/jan/11/facebook-privacy

5 <http://wikileaks.org/the-spyfiles.html>

individual not to be harassed by others in his private life,”¹ the Court has emphasized that the scope of the right is unclear and is subject to change in accordance with reality.²

One aspect of the right to privacy is the right of every person to maintain and protect their identity and a protective space surrounding their body, thoughts, feelings, innermost secrets, lifestyle and intimate acts. This aspect stems from the perception of privacy as an essential component of maintaining one’s identity and forming loving relationships, closeness and trust with those surrounding us, in addition to one’s political, public identity. Not in vain was the loss of privacy thought of in the past as the tragedy of a totalitarian, inhumane society. Another aspect relates to the possibility that the right to privacy allows a person to choose the areas and places in his or her private domain where access is provided to others and to control the manner of exposure, its scope and timing.

Thus, in a different, more extreme manner than with regard to other human rights, the right to privacy is one whose limits, contexts and the norms derived from its protection remain undefined. Moreover, in recent years, the tension and clashes between the familiar values of the past and contemporary practices have reached new heights.

In a groundbreaking article concerning recognition of the right to privacy published in the *Harvard Law Review* in 1890, two young lawyers—later to become United States Supreme Court Justices, Samuel Warren and Louis Brandeis—wrote that modern enterprise and invention have subjected the individual to mental pain and distress.³ The

- 1 Civil Appeal 1211/96 Cohen v. National Consultants (1997).
- 2 HCJ 2481/93 Dayan v. Wilk (1994).
- 3 S. Warren & L. Brandeis, “The Right to Privacy,” *Harvard Law Review* 4/5 (1890): 193–213 http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html

Introduction

Tehilla Shwartz Altshuler

Discussing the right to privacy is, to a great extent, like entering into a fog. Controversies can be found with regard to almost every aspect of this right and the extent of protection it warrants, whether on the normative plane or on the conceptual plane. There are those who view it as a demand and others who view it as a right, an interest, a value, a preference or an existential state. Protecting privacy is therefore perceived in several different ways: as a descriptive concept, as a normative concept, as a legal concept, or as all three. The principle of privacy in itself stems from worldviews concerning government, human rights, relations between individual and state, and relations between the public arena and private space. It can be assumed that the controversies stem, at least partially, from the fact that the discussion about the right to privacy, like its constitutional anchoring and the anchoring of the institutional arrangements related to it, developed relatively late in comparison to other rights.

In Israel as well—where the right to privacy is anchored in the Basic Law: Human Dignity and Liberty and in the Privacy Protection Act—the right to privacy has not been precisely defined in law or in case law. The Privacy Protection Act does not define its scope, but instead lists eleven actions that are considered infringements of privacy. They include: surveillance of a person in a manner likely to harass them, wiretapping prohibited by law, photographing a person in a private domain and infringing an obligation of secrecy in respect of a person's private affairs. Although Israeli law has embraced a broad definition of the concept of privacy, “the interest of an

Text Editor (Hebrew): Noam Lester
English Abstract Translation: Adina Luber
Series Design: Tartakover Design, Tal Harda
Cover Design: Yossi Arza
Cover Illustration: *Keyhole*; Photograph by Goldution; www.dreamstime.com
Typesetting: Nadav Shtechman
Printed by Graphos Print, Jerusalem

ISBN 978-965-519-109-7

No portion of this book may be reproduced, copied, photographed, recorded, translated, stored in a database, broadcast, or transmitted in any form or by any means, electronic, optic, mechanical, or otherwise. Commercial use in any form of the material contained in this book without the express permission in writing of the publisher is strictly forbidden.

To order books and policy papers published by The Israel Democracy Institute:
Tel: 1-800-20-2222, (972)-2-5300-800; Fax: (972)-2-5300-867
E-mail: orders@idi.org.il
Website: www.idi.org.il
The Israel Democracy Institute, P.O.B. 4482, Jerusalem 91044

Copyright © 2012 by The Israel Democracy Institute (R. A.)
Printed in Israel

The Israel Democracy Institute is the recipient of the 2009 Israel Prize for Lifetime Achievement – Special Contribution to Society and State.

All policy papers and a selected chapter of every book may be downloaded for free at www.idi.org.il

Privacy in an Era of Change

Edited by Tehilla Shwartz Altshuler



THE ISRAEL
DEMOCRACY
INSTITUTE



Privacy in an Era of Change

Edited by Tehilla Shwartz Altshuler