

שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות

מיכאל בירנהק*

הזכות לפרטיות, שהיא זכות-יסוד במשפט הישראלי, טרם זכתה בפיתוח השיפוטי שהיא ראויה לו. המהפכה החוקתית, שינויים טכנולוגיים, דרישה שלטונית לאכיפת החוק באמצעים שפוגעים בפרטיות והתגברות של לחצי השוק לזרימה חופשית של מידע – כל אלה מאתגרים את הזכות ומחייבים את העמדתה על בסיס עיוני איתן. המאמר מציע מתווה עיוני לזכות לפרטיות. תחילה מוצגת עמימותה המובנית של הזכות, מחמת היותה תלוית-חברה ותלוית-טכנולוגיה. בהמשך נבחנות באופן ביקורתי טענה מושגית שהופעלה במשפט הישראלי בדרך שמצמצמת את הזכות, וכן טענה סיווגית שמבקשת להגדיר את הזכות לפי תחומי פעולתה. כמו-כן נידון קוצר-ידן של הגדרות נפוצות. כל אלה מובילים לטענה המרכזית כי ההבנה הטובה ביותר של הזכות לפרטיות היא כזכות מורכבת שפועלת באופן שונה במעגלים חברתיים/תרבותיים/כלכליים שונים, כאשר תוכנו של כל מעגל מעוצב לפי ההקשר החברתי ונתון ביחס דיאלקטי עם הסביבה הטכנולוגית המתאימה. אבל אין מדובר בזכות שכל-כולה הקשרית. לכל המעגלים יש ציר משותף של שליטה של האדם ביחידה האוטונומית שלו. זו עמדת הפרטיות כשליטה. הצגת הזכות לפרטיות כאוסף מעגלים בעלי ציר משותף חוצה את ההצדקות העיוניות המקובלות בספרות, אך אינה פוסלת אותן. עמדת הפרטיות כשליטה מתארת את המצב המשפטי הקיים בחוק הישראלי – ובמידה רבה גם בפסיקה, אם כי זו דלה יחסית – בצורה הטובה ביותר, והיא גם ראויה.

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. תודה לניבה אלקין-קורן, לדפנה ברק-ארז, לחנוך דגן, לאביחי דורפמן, לטל ז'רסקי, לעומר טנא, לאבנר פינצ'וק ולעורכי משפט וממשל קרן אניספלד וגיא דוידוב, שהעירו הערות מועילות לטיטות קודמות. תודה שלוחה גם להלן ניסנבאום ולג'ואל ריידינברג על שיחות מרתקות בנושא, ולתומר אפלדורף ולניר סרבטקה על סיוע מסור במחקר. המחקר שהיה למאמר התאפשר גם בזכות מימון של הקרן הלאומית למדע, מענק 867/04.

פתח-דבר. א. עמימותה של הזכות: 1. פרטיות וחברה; 2. פרטיות וטכנולוגיה. **ב. נסיונות להפיג את העמימות:** 1. הטענה המושגית; 2. קטגוריות של פרטיות; 3. הגדרות לזכות. **ג. פרטיות כשליטה:** 1. ההגדרה והיקפה; 2. ביקורת הפרטיות כשליטה; 3. עקרון ההסכמה מדעת; 4. עקרון צמידות המטרה. **ד. הצדקות של פרטיות:** 1. הצדקות במעגל הפרט; 2. הצדקות במעגל הקשרים הבין-אישיים; 3. הצדקות במעגל הקהילתי; 4. הצדקות במעגל הדמוקרטי; 5. משמעות הבחירה. **ה. פרטיות בפסיקה. סוף-דבר.**

פתח-דבר

הזכות לפרטיות היא בת בכירה במשפחת הזכויות בחברה הליברלית-הדמוקרטית, וכמו כל אחת מבנות המשפחה, יש לה ייחוד משל עצמה. אולם להבדיל משאר הזכויות, הפרטיות נתונה תחת מתקפה קשה שמאיימת להכריעה. בעידן דיגיטלי שמציע טכנולוגיות של מעקב, בתוספת לחץ בטחוני עצום מצד המדינה, במיוחד אחרי אירועי ה-11 בספטמבר 2001, ובתוספת לחצי השוק התובע יתר יעילות – הזכות לפרטיות נאבקת על מקומה, ונדמה לפעמים שהמאבק להגנתה הוא מלחמת-מאסף. מכאן הצורך להצדיק אותה ולעגנה בבסיס עיוני מוצק. הצורך לברר את מהות הזכות לפרטיות מתגבר עוד יותר בעידן החוקתי הישראלי החדש יחסית. כמו אמנות והצהרות בין-לאומיות בדבר זכויות האדם, אשר מציינות את הזכות לפרטיות, גם בישראל הזכות מנויה במפורש בסעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. סעיף 7(א), הכללי מבין ארבעת סעיפי-המשנה בחוק-היסוד, קובע כי "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו".¹ הזכות מוסדרת גם בחוק מיוחד שקדם לחוק-היסוד, הוא חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.² בחוק-היסוד ובחוק אין הגדרה של הזכות לפרטיות, אלא רק קביעת

¹ הצעתה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ל"חוקה בהסכמה רחבה" כוללת שלוש גרסות לעניין הזכות לפרטיות: הראשונה היא להסתפק בנוסח כללי – "לכל אדם הזכות לפרטיות ולצנעת חייו"; הגרסה השנייה היא לכלול גם את שאר סעיפי-המשנה הקיימים כיום בחוק-היסוד, תוך שינויי נוסח קלים; והגרסה השלישית מבקשת להוסיף התייחסות מפורשת לקטגוריה של פרטיות במידע. ראו ועדת החוקה, חוק ומשפט **חוקה בהסכמה רחבה** ס' 7 (2006) www.huka.gov.il/wiki/materials/huka_for_print.pdf; חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150 (להלן: חוק-היסוד).

² חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ס"ח 54 (להלן: החוק או חוק הגנת הפרטיות). פרקים א ו-ג של החוק עוסקים ב"פרטיות קלסית", פרק ב עוסק במאגרי מידע ובדיור שיר, ופרק ד עוסק בהעברת מידע בין גופים ציבוריים. מסגרת החוק היא תוצאה של המלצות ועדה בראשות נשיא בית-המשפט העליון יצחק כהן: משרד המשפטים **דין וחשבון הוועדה להגנה בפני פגיעה בצנעת הפרט** (1976). פרק ב הוא תוצאה של המלצות ועדה בראשות יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט דאז חבר-הכנסת דוד גלס: משרד

קיומה של הזכות ופירוט מצבים אחדים שלה. למרות העיגון המפורש, לא זכתה הזכות בתשומת-לב שיפוטית רבה במיוחד. הפסיקה אומנם הכירה בפרטיות כזכות-יסוד,³ אולם למעט הצהרה חגיגית, אין עדיין דיון יסודי בזכות.⁴ נראה שהמהפכה החוקתית הגיעה לביתה של הזכות לפרטיות, אולם היא ניצבת עדיין בדלת הכניסה.

המאמר מציע מתווה עיוני להבנת הזכות לפרטיות. בלי הבנת הזכות, אין משמעות למעמדה החוקתי. נדרש דיון סדור שיביא את המהפכה החוקתית במלוא עוצמתה לשדה הזכות לפרטיות. הסדר נדרש לא לשם האסתטיקה האנליטית, אלא כהנחיה משפטית מעשית וכן כהנחיה חברתית. המשפט יכול לעצב את הנורמות החברתיות או לפחות לנסות לעשות כן. זכות חוקתית יכולה להיות הצהרה חברתית רבת עוצמה, אולם נדרש כאן סיוע שיפוטי ביישומה. לצד התפקיד החינוכי-החברתי בסביבה המשפטית, המתווה המוצע יכול לשמש מורה-דרך בשאלות שונות, כגון פרשנות של ביטויים עמומים בחוק הגנת הפרטיות⁵ או היחס שבין החוק לבין חוק-היסוד, וכנגזרת של הדיון החוקתי – גם בשאלות בדבר היקפה של הפרטיות, כגון: האם אנונימיות

המשפטים **דין וחשבון הוועדה למניעת פגיעה באזרח באמצעות מידע המרוכז במחשבים** (1981). בראשית 2007 פורסם דוח של ועדה שמציעה לערוך שינויים משמעותיים בהסדר. ראו משרד המשפטים **דין וחשבון, הצוות לבחינת החקיקה בתחום מאגרי המידע** (2007) (להלן: דוח שופמן). בראש הצוות עמד המשנה ליועץ המשפטי לממשלה יהושע שופמן. הח"מ היה חבר בוועדה. פרק ד הוא תוצאה של המלצות ועדה בראשות חיים קלוגמן. ראו משרד המשפטים **הוועדה לענין העברת ידיעות בין גופים ציבוריים** (1982). גם פרק זה נבחן כעת מחדש במשרד המשפטים.

³ ראו בג"ץ 2481/93 **דיין נ' מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד מח(2) 456, 470 (1994); בג"ץ 8070/98 **האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים**, פ"ד נח(4) 842 (2004).

⁴ עומר טנא טוען כי בעקבות המהפכה החוקתית חלה תזווה בבחירת הדין הישראלי מגישה אמריקנית, שמדגישה את הפרטיות כנגזרת של חירות, לתפיסה קונטיננטלית ברוחה, המדגישה את כבוד האדם. ראו עומר טנא "הזכות לפרטיות בעקבות חוק יסוד כבוד האדם: מהפך מושגי, חוקתי ורגולטורי" (צפוי להתפרסם בתשס"ח). אני סבור שהדין הישראלי בחר זה כבר בגישה הקונטיננטלית, עוד לפני המהפכה החוקתית, והדבר בא לידי ביטוי בפרק ב לחוק הגנת הפרטיות, אלא שיישום כושל והטמעה דלה מאוד לא מימשו את ההבטחה. בכל מקרה, קשה לראות שינוי בפסיקה. ראו דיון להלן בפרק ה. בעקבות המהפכה החוקתית נרשמה תזווה חיובית בהגנת הפרטיות, אשר לפי שעה באה לידי ביטוי בבחינה מחודשת של החוק ושל יישומו במשרד המשפטים ובכנסת, אולם לצד זה נמשך כרוסו מדאיג בזכות, בעיקר בחקיקה הקשורה לבטחון פנים.

⁵ למשל, "הטרדה אחרת" (ס' 1)2 לחוק), "רשות היחיד" (ס' 3)2, (11)2 לחוק), "רשות הרבים" (ס' 4)2 לחוק), "ענייניו הפרטיים של אדם" (ס' 7)2, (8)2, (9)2 לחוק), "צנעת חייו האישיים של אדם" (ס' 11)2 לחוק), ההגדרות של "מידע" ו"מידע רגיש" (ס' 7 לחוק), כמו-גם ההגנות מפני אחריות להפרה (ס' 18 לחוק). ראו לעניין זה גם את דוח שופמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 20.

ראויה להגנה כמקרה פרטי של פרטיות? האם תאגידים או נפטרים ראויים להגנה?⁶ כאן אסתפק בהצגת המסגרת הכללית, ואת הדיון בשאלות אלה ואחרות אשאיר למקום אחר.

בתמצית, אטען כי ההבנה הטובה ביותר של הזכות לפרטיות היא כזכות מורכבת שפועלת באופן שונה במעגלים חברתיים/תרבותיים/כלכליים שונים, כאשר תוכנו של כל מעגל מעוצב לפי ההקשר החברתי ונתון ביחס דיאלקטי עם הסביבה הטכנולוגית המתאימה. אבל אין מדובר בזכות שכל-כולה הקשרית.⁷ לכל המעגלים יש ציר משותף של שליטה של האדם ביחידה האוטונומית שלו.⁸ אקרא לעמדה זו *פרטיות כשליטה*. הצגת הזכות לפרטיות כאוסף מעגלים בעלי ציר משותף חוצץ את ההצדקות העיוניות המקובלות בספרות, אך אינה פוסלת אותן.⁹ הבנת הפרטיות כשליטה נידונה בספרות העוסקת בנושא הפרטיות, אך היא שנויה במחלוקת.¹⁰ בהקשר הישראלי אני סבור כי

⁶ הנשיא ברק העיר בבג"ץ 6650/04 **פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי נתניה**, פס' 9 לפסק-דינו (טרם פורסם, 14.5.2006), כי הזכות החוקתית לפרטיות רחבה מהזכות המפורטת בחוק, אולם הוא לא העיר מהו ההיקף הרחב יותר.

⁷ השוו': Helen Nissenbaum, *Privacy as Contextual Integrity*, 79 WASH. L. REV. 119 (2004).

⁸ הביטוי "יחידה אוטונומית" הוא ביטוי של הנשיא ברק בעניין **פלונית**, לעיל ה"ש 6, פס' 21 לפסק-דינו.

⁹ מבנה כללי זה של זכות שיש לה יישומים שונים תלויי-הקשר וציר משותף קיים גם בזכויות אחרות. חופש הביטוי, למשל, פועל בדרך אחת כאשר הדוברת ניצבת מול השלטון ובדרך אחרת כאשר היא ניצבת מול דוברים אחרים, מול מאזינים או מול גורמי שוק רבי עוצמה. עם זאת, גרעין הזכות דומה בכל המצבים, אם כי הדגש העיוני שונה. כך, למשל, במעגל הציבורי יודגשו התיאוריות בדבר שוק הדעות ושלטון עצמי, במעגל הקהילתי תודגש ההשתתפות, וכיוצא בזה. ראו **שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל** 17 (מיכאל בירנהק עורך, 2006). ניתן לתאר זאת גם במונחי של ויטגנשטיין, כמערכת של זכויות החברות באותה משפחה. ראו: Daniel Solove, *'I've Got Nothing to Hide,' and other Misunderstandings of Privacy*, 44 SAN DIEGO L. REV. (forthcoming, 2007). השוו גם לדרך שבה חנוך דגן מתאר את הזכות לקניין כדמיון משפחתי בין מוסדות שונים בעלי ציר מרכזי משותף. ראו חנוך דגן **קניין על פרשת דרכים** 70-69 (2005).

¹⁰ בספרות העכשווית בולט נסיונו של דניאל סולוב לשרטט מסגרת מקיפה לפרטיות. ראו: Daniel J. Solove, *A Taxonomy of Privacy*, 154 U. PA. L. REV. 477 (2006), שם הוא מציע טקסונומיה לפגיעות בזכות (ולא לזכות עצמה). ההמשגה שסולוב מציע מבוססת על הבחנה בין שלב איסוף המידע, שלב עיבודו, שלב הפצתו ושלב החדירה לפרטיות.

עמדת הפרטיות כשליטה מתארת את המצב המשפטי הקיים בחוק הישראלי – ובמידה רבה גם בפסיקה – בצורה הטובה ביותר, והיא גם ראויה.¹¹

זה מהלכו של הדין. בפרק א אטען כי הזכות לפרטיות עמומה מטיבה מחמת שני גורמים: היא תלוית-חברה והיא תלוית-טכנולוגיה. גורמים אלה דינמיים כשלעצמם, ומאחר שהיחס המשפטי אליהם דינמי גם הוא, התוצאה היא עמימות מובנית של הזכות. פרק ב יציג בקצרה שני נסיונות אנליטיים להבין את הזכות לפרטיות: לראשון אקרא "הטענה המושגית", שמשמעותה היא בירור היחס שבין מושגים משפטיים שונים לבין הפרטיות; ולשני אקרא "הטענה הסיווגית", שמבקשת להבין את הפרטיות על-ידי סיווגה לתחומי פעולה. פרק זה יציג גם שתי הגדרות ידועות של הפרטיות: ההגדרה המפורסמת של וורן וברנדייס בדבר הזכות להיעזב במנוחה, והגדרתה של רות גביוזן בדבר פרטיות כגישה. פרק ג יציג את הפרטיות כשליטה, תוך השוואה להגדרות הקודמות. אתמודד עם ביקורות שהופנו נגד הפרטיות כשליטה, ואציג את היישום הקונקרטי של העמדה הזו לכללים משפטיים קונקרטיים של שני עקרונות-יסוד בדיני הגנת הפרטיות: עקרון ההסכמה מדעת ועקרון צמידות המטרה. פרק ד יבחן את ההצדקות המקובלות לזכות, ויראה כיצד הפרטיות כשליטה היא ציר העובר במרכז כולן. פרק ה יבחן את הפסיקה הישראלית המועטה בנושא, ויטען כי הפרטיות כשליטה מתיישבת עם הפסיקה הקיימת. לבסוף, אסכם.

א. עמימותה של הזכות

מהי פרטיות? לכל אחת ואחד מאיתנו יש אינטואיציות בקשר לזכות. לגבי מצבים של "פרטיות קלסית" נראה שיש הסכמה רחבה.¹² למשל, אנו מסכימים כי ראוי להגן על מעשיו של אדם הנמצא בביתו, על תוכנו של שיחות טלפון או של מעטפות חתומות, ועל סוגי מידע מסוימים, כגון מצבנו הרפואי, חיי המין שלנו, ובישראל – במידה רבה – גם מצבנו הכלכלי. כאשר גורם זר מתערב ללא רשותנו בכל אלה, אנו מרגישים שפרטיותנו נפגעה. חלקנו יודעים לנסח זאת במונחים משפטיים של פגיעה בזכות לפרטיות, אולם דווקא התגובה הרגשית של כעס, עלבון, פגיעות ואין-אונים, וכן התגובה האינסטינקטיבית שלנו להרחיק את הגורם המתערב אם הדבר ביכולתנו, הן

¹¹ במילים אחרות, הפרטיות כשליטה עומדת הן בדרישת ההתאמה (fit) והן בדרישת ההצדקה (justification), לפי הנחייתו של רונלד דוורקין. ראו: RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE 228, 230–231 (1985).

¹² הערה על פערים בין-דוריים בתפיסת הזכות: השופט אֶלון העיר כי המצבים של פגיעה בפרטיות המנויים בס' 2 לחוק הגנת הפרטיות הם מצבים של "פרטיות מודרנית", לעומת חיפושים משטרתיים, המוכרים במשפט מקדמת דנא. ראו ד"ר 9/83 ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד מב(3) 837, 858 (1998). בעיניי, אלה גם אלה הם מצבים של "פרטיות קלסית", ואילו איסוף מידע הוא מצב של "פרטיות מודרנית", או אם לדייק – "פרטיות פוסט-מודרנית".

שחשובות כאן, שכן הן מלמדות על מקורותיה העיוניים של הזכות לפרטיות. אבל אינטואיציות תלויות בזמן, במקום, בתרבות וגם במשפט,¹³ ואינן בהכרח תקפות. תגובה נפוצה על הטענה בדבר פרטיות היא "אין לי מה להסתיר". טענה זו כופרת בקיומה של הפרטיות.¹⁴ כמה מאיתנו נפגעים מדרישתה של חברת ביטוח למסור לה את מספר תעודת-הזהות שלנו כתנאי לקבלת הצעת מחיר שגרתית לביטוח רכב? מעטים יחושו פגיעה בפרטיות, אולם יש כאן כרסום מצטבר בפרטיות. גילה הצעיר יחסית של הזכות עשוי להיות הסבר אחד לעמימותה: ייתכן שטרם התייצבה לה משמעות מוסכמת. אי-הבהירות המושגית, מבחר ההצדקות ודלות הפסיקה הם גורמים נוספים לעמימות. גורם עמימות נוסף נובע מטשטוש בין מקורות איום שונים על הזכות: מקור האיום הקלסי הוא המדינה, ואילו כיום גורם משמעותי נוסף שמאיים על הפרטיות בא מצד השוק. האיום האולטימטיבי הוא כמובן שיתוף-הפעולה שבין המדינה לשוק.¹⁵ אני סבור שעמימותה של הפרטיות עמוקה יותר ומובנית. היא נובעת בעיקר מתלותה של הפרטיות בסביבה החברתית ובטכנולוגיה.

1. פרטיות וחברה

כמו זכויות-יסוד אחרות (והמשפט כולו), הזכות לפרטיות היא תלוית-חברה. מובן אחד של טענה זו הוא סוציולוגי-אנתרופולוגי – למשל, היחס של ישראלים רבים למשכורתם. תלוש-המשכורת של עובדים נתפס כיום בישראל כעניין פרטי, לפחות במגזר הפרטי, גם כאשר מדובר בעמיתים לעבודה ששכרם דומה.¹⁶ בארצות-הברית היחס לשכר שונה: יש מי שמסתירים את שכרם, אבל רבים יספרו על כך ללא קושי. עמדות פוליטיות של ישראלי מוצהרות בדרך-כלל בראש חוצות ובמדבקות על-גבי

¹³ לדיון בפערי התפיסה של רעיון הפרטיות בתרבות ובמשפט בין ארצות-הברית לאירופה (במיוחד צרפת וגרמניה) ראו: James Q. Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, 113 YALE L.J. 1151 (2004). ויטמן מגדיר את הבסיס העיוני של העמדה האירופית לפרטיות כ-dignity, ואת האמריקנית כ-liberty. ראו גם טנא, לעיל ה"ש 4. הברלים קיימים גם בתוך עולם המשפט המקובל. ראו: Daniel J. Solove & Neil M. Richards, *Privacy's Other Path: Recovering the Law of Confidentiality*, 96 GEO. L.J. 123 (2007).

¹⁴ לדיון ביקורתית בטענה זו ראו Solove, לעיל ה"ש 9.

¹⁵ ראו: Michael D. Birnhack & Niva Elkin-Koren, *The Invisible Handshake: The Reemergence of the State in the Digital Environment*, 8 VA. J. L. & TECH. 6 (2003).

¹⁶ הסבר אפשרי לכך הוא שתלוש-המשכורת כולל מידע פרטי רב המשמש לחישוב השכר. נתונים כגון מצב משפחתי, "נקודות זכאות", קצבאות שונות וכיוצא בהם מוצאים ביטוי בתלוש-המשכורת. אי-חשיפה של השכר או התלוש היא אם כן אמצעי לשמור בפרטיות את הנתונים הללו. הסבר אחר הוא הגבלות שהמעסיק מטיל על העובד בנוגע לחשיפת שכרו. לדיון (אם כי לא במסגרת הזכות לפרטיות) ראו שרון רבין-מרגליות "רגולציה של שיחות בין עובדים על שכרם" עיוני משפט ל 189 (2006).

מכוניות. עמדותיו הפוליטיות של הבריטי, לעומת זאת, נתפסות שם כעניין פרטי.¹⁷ בחברות רבות לא הוכרה הפרטיות כזכות משפטית, ובמקרים רבים גם לא כנורמה חברתית, לפחות עד למפגש של חברות אלה עם התרבות המערבית.¹⁸ בישראל עמימותה של הפרטיות אינה מפתיעה. במשך הדור הראשון לקיומה של המדינה הייתה החברה הישראלית קולקטיביסטית וסוציאליסטית. רק בסוף שנות השבעים של המאה הקודמת היא נהפכה, ובמהירות גבוהה, לחברה אינדיבידואליסטית וליברטריאנית. הזכות באה לידי מימוש משפטי מפורש רק עם המעבר לחברה שמקדשת את הפרט, בשנת 1981. במובן זה היווה החוק סימן מוקדם לתהליך שעברה החברה הישראלית בשנות השמונים (אקדים ואעיר כי למרות בית-הגידול האינדיבידואליסטי, לזכות יש תפקיד קהילתי משמעותי). משום כך, הזכות היא גם צעירה יחסית. גם חוק-היסוד שעיגן את המעמד החוקתי של הזכות בשנת 1992 הוא חדש עדיין. במילים אחרות, אנו מצויים עדיין בתקופת הילדות של הזכות. אומנם, גם תפיסתן של זכויות אחרות – כגון חופש הביטוי, שם טוב, כבוד האדם ואפילו הזכות לקניין פרטי – השתנתה במהלך השנים, אבל עמימותן של הזכויות האחרות היא בדרך-כלל בשוליהן, ומתגלית רק ביישומן למצבים חדשים. הזכות לפרטיות, בישראל, עמומה במרכזה, ולא רק בשוליה.

המובן האחר של הטענה בדבר הקשר בין פרטיות לחברה קשור לממשק שבין נורמה חברתית לבין ביטוייה המשפטי, כלומר, בין הפרטיות לבין הזכות המשפטית לפרטיות. ההיסטוריה של הקהילה שבה מדובר, תרבותה, אורחותיה הנוכחיים וערכיה המשותפים משפיעים על הזכות המשפטית לפרטיות. ניתן לתאר קשת של מצבים אפשריים: במצב אחד, החברה משפיעה על המשפט – נורמה חברתית קיימת נהפכת לכלל משפטי חדש של הגנה על הפרטיות;¹⁹ במצב שני, המשפט משפיע על החברה – הכלל המשפטי

¹⁷ מדרך טיולים פופולרי על אנגליה מציין כי "אנגליה היא ארץ של אינדיבידואליסטים ספקנים, שמתרעמים על כל חדירה לפרטיותם ועל פגיעה בחופש האישי שלהם". ברין תומס, טום סומלמן ופאט ייל **אנגליה – המדריך המקיף** 54 (2001).

¹⁸ אלן וסטין, שהגדרתו לפרטיות תידון בהמשך, התבסס על מחקרים אנתרופולוגיים שבדקו מאות קהילות ותרבויות שונות. וסטין זיהה צורך פסיכולוגי בפרטיות, וסיווג אותו לארבעה מובנים של פרטיות שמופיעים אצל פרטים בכל קהילה: solitude, intimacy, anonymity and reserve. Alan Westin, *The Origins of Modern Claims to Privacy*, in: PRIVACY AND FREEDOM (1967), reprinted in PHILOSOPHICAL DIMENSIONS OF PRIVACY: AN ANTHOLOGY 56, 60–61 (Ferdinand David Schoeman ed., 1984).

¹⁹ דוגמה ידועה מהמשפט העברי קשורה לארכיטקטורה הקהילתית של שבטי ישראל (ולכן זו גם דוגמה ליחס בין פרטיות לטכנולוגיה, שיידון בהמשך). הפרשנות המקובלת לקביעתו של בלעם "מה טוב אהליך יעקב, משפנתך ישראל" (במדבר כד 5) היא שפתחי האוהלים לא צפו זה לזה, וכך נשמרה פרטיות מסוימת של יושביהם (בבלי/ירושלמי/משנה, בבא בתרא ס, א). ראו גם את הדיון של השופט א'לון בעניין **ועקנין**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 860 ואילך, אשר דן בעיגון המשפטי-ההלכתי של הכלל, וכן נחום רקובר **ההגנה על צנעת הפרט: סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי** (1970). נורמה חברתית זו זכתה בהמשך

החדש משנה נורמה חברתית קיימת; במצב שלישי, הכלל המשפטי והנורמה החברתית מתקיימים זה לצד זה, תוך "חלוקת עבודה" ביניהם;²⁰ ובמצב רביעי הכלל המשפטי והנורמה החברתית מתחרים זה בזה במאבק דיאלקטי שטרם הסתיים (וכאשר יסתיים, יהיה זה אחד המצבים הקודמים, לפי התוצאה). מאזן הכוחות הוא בדרך-כלל כזה שהכלל המשפטי מגן על הפרטיות ואילו הנורמה החברתית הרווחת אינה מגינה על הפרטיות. זה המצב כאשר החוק מופר באופן גורף – למשל, בקשר להסדר המשפטי בדבר מאגרי מידע, המצוי בפרק ב לחוק הגנת הפרטיות. כיום ההסדר כושל לפי כל אמת-מידה. רק מיעוט זניח של מאגרי מידע נרשם אצל רשם מאגרי המידע, אין כמעט אכיפה ציבורית, ואכיפה פרטית נעדרת כליל.²¹ מצבים הפוכים, שבהם המשפט אינו מגן על הפרטיות ואילו הנורמה החברתית דווקא מספקת הגנה, הם נדירים יותר.²² מן

בעיגון משפטי בדמות הכלל של "היזק ראייה", שלפיו יש למנוע מראש את אפשרות הפגיעה בפרטיות על-ידי איסור פתיחת פתח מול פתח או חלון מול חלון (רמב"ם, הלכות שכנים, פרק ה, הלכה ו). כיום אין כלל משפטי כללי ומפורש שאוסר בנייה כזו, אם כי תוכניות בניין עיר עשויות לקבוע דרישות כאלה. ראו, למשל, ת' (4)2(א) לתקנות התכנון והבניה (סטיה ניכרת מתכנית), התשס"ב-2002, ק"ת 824, הקובע מרחק מינימלי בין בניינים. במסגרת דיון בסכסוך בין דיירים בבית משותף, מצא בית-המשפט כי פתיחת חלון מול דירה קיימת תוריד את ערכה של הדירה הקיימת, ומשום כך אסר זאת. ע"א 395/74 לוי נ' סמואל, פ"ד כט(2) 39, 43-44 (1975). נוסף על כך, ס' (3)2 לחוק הגנת הפרטיות אוסר צילום ברשות היחיד, ודיני הקניין אוסרים כניסה לשטח פרטי (ס' 16-18 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, ס"ח 259; וראו גם את העוולה של הסגת גבול במקרקעין, ס' 29 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח התשכ"ח 266). אבל אין כלל משפטי המונע עוברים-ושבים ברחוב מלראות מבעד לחלון או דלת פתוחים. הצצה יזומה עלולה להיחשב הטרדה אסורה. כיום נראה כי הנורמה החברתית של מרחק בין פתחי מבנים גוועה, לפחות בערים הצפופות של המאה העשרים ואחת. הכלל המשפטי הצטמצם למצבים מדויקים יותר של פגיעה בפרטיות, והפתרון הוא בדרך-כלל טכנולוגי: חלונות כהים, תריסים חד-כיווניים, וילונות. דוגמה לכך ניתן למצוא בכללי אתיקה האוסרים פגיעה בפרטיות – למשל, אתיקה עיתונאית או רפואית – אשר לציידים הוראה משפטית כללית המגדירה פגיעה בפרטיות כהפרת חובת סודיות שנקבעה בדין או בהסכם מפורש או משתמע או בנורמות ספציפיות. ראו מועצת העיתונות בישראל **תקנון האתיקה המקצועית של העיתונות** ס' 18 (1996) www.m-i.org.il/word/takanonim.pdf; ההסתדרות הרפואית **כללי האתיקה הרפואית** www.ima.org.il/imahebnew/T1.asp?, את הכללים המשפטיים בס' (7)2 ו- (8)2 לחוק; וכן את ס' 19 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ס"ח 327 (להלן: חוק זכויות החולה).²⁰

ראו דוח שופמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 26, וכן ממצאי מחקר אמפירי בקשר להגנת הפרטיות באתרי אינטרנט ציבוריים בישראל בשנת 2003: ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק "הגנת הפרטיות באתרים ציבוריים באינטרנט" **ביטאון אוניברסיטת חיפה** 7 (אביב 2004).²¹

דוגמה אפשרית היא הגנת הפרטיות של המת. החוק אינו מגן במפורש על פרטיות המת, וניתוח פוזיטיבי והיסטורי מעלה שהעדר ההגנה אינו מקרי. בתי-המשפט העירוני בכמה מקרים שיש הגנה לפרטיות המת, אולם ללא ביסוס משכנע. לעומת זאת, נראה כי הנורמה החברתית אכן רואה במתים נשאים של הזכות לפרטיות. לדיון ראו מיכאל בירנהק "זכויות

האמור עולה כי יש בזכות לפרטיות יסוד חברתי מובנה שראוי לתשומת-לב. הוא מוסיף על עמימותה של הזכות ומקשה את יישומה. יש לוודא שהמשפט אינו מקבע דפוסים חברתיים מסוימים, ושהוא מאפשר את צמיחתם של דפוסים טובים יותר.

2. פרטיות וטכנולוגיה

זכויות משפטיות נגזרות מדיון עיוני, אולם הן חיות בעולם המעשה. כשם שהמשפט כולו וזכויות אחרות עוברים טלטלה לנוכח שינויים טכנולוגיים – כפי שדיני חופש הביטוי, למשל, מאתגרים על-ידי דפוסי ביטוי ותקשורת חדשים – כך גם הזכות לפרטיות. הפרטיות מקיימת יחס דיאלקטי עם הטכנולוגיה. בשיח היומיומי נשמעת לא-אחת הטענה שהמשפט מפגר אחר הטכנולוגיה, וביישום לענייננו – שטכנולוגיות חדשות הופכות את הדיונים המשפטיים לתיאורטיים. כעניין מצוי, כך גורסת הטענה הפופולרית, אבדה הפרטיות בסביבה הטכנולוגית המתקדמת. סקוט מקנילי, מנכ"ל חברת "סאן מיקרוסיסטמס", יצא בהכרזה מפורסמת כי באינטרנט אין לנו פרטיות, והוסיף כי עלינו "לחיות עם זה".²³ יש מי שמצרים על אובדן הפרטיות לנוכח התפתחות הטכנולוגיה, ומבקשים לאחוז בה אף-על-פי-כן; אחרים משלימים עם המצב החדש בליט בררה;²⁴ ואילו אחרים סבורים כי הדבר ראוי, שכן הפרטיות נתפסת בעיניהם כערך של העולם הישן שעבר זמנו, בהיותה מכשול בפני העברת מידע חופשית, שהיא מרכיב הכרחי לתפקודו היעיל של השוק החופשי.²⁵ שתי העמדות – זו המבכה את אובדן הפרטיות וזו העוינת אותה – שותפות להנחה הסמויה-למחצה כי הטכנולוגיה החדשה מאיימת על הפרטיות, ובמקרים מסוימים עד כדי אבדון.²⁶ אלא שאני מבקש לטעון כי היחס בין הפרטיות לבין הטכנולוגיה, כמקרה פרטי של היחס שבין המשפט לטכנולוגיה, אינו חד-כיווני. אין הכרח שהזכות לפרטיות "תמות" לנוכח טכנולוגיות חדשות. טענת-

המתים וחופש החיים" (צפוי להתפרסם בעיוני משפט לא, 2007). ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת דנה בהצעת חוק שביקשה להוסיף הגנת פרטיות לנפטרים, אולם החליטה לא לקדם את הנושא לפי שעה. ראו הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 9), התשס"ו-2005, ה"ח 230 (להלן: הצעת תיקון מס' 9 לחוק), ופרוטוקול ישיבה מס' 203 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (29.5.2007) knesset.gov.il/protocols/data/29.5.2007.html/huka/2007-05-29-02.html

²³ ראו: Polly Sprenger, *Sun on Privacy 'Get Over It'* (1999), www.wired.com/politics/law/news/1999/01/17538

²⁴ DAVID BRIN, *THE TRANSPARENT SOCIETY – WILL TECHNOLOGY FORCE US TO CHOOSE BETWEEN PRIVACY AND FREEDOM?* (1998)

²⁵ ראו, למשל, נוב אחיטוב **עולם ללא סודות: על חברת המידע הפתוח** (2001). כך גם ריצ'רד פוזנר, אם כי התנגדותו כללית יותר ומוסכרת בנימוקים כלכליים, כמובן, וקדמה לפריצת רשת האינטרנט. ראו: Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Privacy*, in *PHILOSOPHICAL DIMENSIONS OF PRIVACY: AN ANTHOLOGY* 333 (Ferdinand David Schoeman ed., 1984)

²⁶ A. Michael Froomkin, *The Death of Privacy*, 52 *STAN. L. REV.* 1461 (2000)

המשך היא שהטכנולוגיה אינה מנותקת מערכים בכלל או מערך הפרטיות בפרט.²⁷ ההשפעה בין הפרטיות לטכנולוגיה היא הדדית ודינמית. הנה מסע קצר בזמן. בתקופות קדומות, בטרם פותחו אמצעי התחבורה המכניים ואמצעי התקשורת האלקטרוניים, ובטרם התהוותה הארכיטקטורה המודרנית, התרכזו חיייהם של בני-אדם רבים בסביבה גיאוגרפית מצומצמת, כלכלתם התבססה על חקלאות או מסחר פשוטים, וקהילתם הייתה זו שהתגוררה בסביבתם. נראה, במבט ראשון, שבעולם נטול עיתונים, טלפונים, אינטרנט, מצלמות ושאר טכנולוגיות של מעקב ותיעוד, היו חיייהם חשופים פחות לעין בוחנת, וכעניין מצוי, פרטיותם נשמרה. אולם באותו אורח חיים (פשוט יותר?), ואולי דווקא בשל העדר טכנולוגיות של תקשורת ותחבורה, התרכזו החיים במסגרת חברתית מצומצמת. דווקא הקרבה ההדוקה הולידה עין פנימית, תוך-קהילתית, אשר בחנה, עקבה ותייעדה הכל בזיכרון הקולקטיבי. כעת בחזרה לימינו-אנו. רבים גרים בצפיפות רבה, בוודאי גבוהה מזו ששררה בעבר. אבל בחברה המערבית המודרנית רובנו גרים במבנים של אבן, בטון ופלדה. בין השכנים מפריד קיר אטום למראה אשר עבה מדופנות האוהל או הפחון ומבודד קולות טוב מהם. אם מצבנו הכלכלי מאפשר זאת, ביתנו נפרד מבתיים אחרים, מוקף חצר, צמחייה חוסמת-מבט, אולי גם גדר או חומה, ולפעמים מצלמה אשר מופנית כלפי חוץ ומזהה את המידפקים על השער.²⁸ הטכנולוגיה החדשה דווקא מאפשרת אם כן הגנה טובה יותר על הפרטיות – כמובן, למי שרוצה בה ולמי שיש לו יכולת כלכלית מספקת לכך.²⁹ במילים אחרות, הטכנולוגיה אינה עשויה מקשה אחת. יש טכנולוגיות שמאפשרות לנו יתר פרטיות, כגון אפשרות להתרחק מהקהילה, לשוחח עם מי שנמצא מחוץ לקהילה או להשתמש בבlook מבוך לבניית קירות הבית, ויש טכנולוגיות שפוגעות בפרטיות, כגון שיטות בנייה מיושנות שאינן חוסמות מבט ואינן מבודדות קול, שיטות מגורים צפופות, וכמובן אמצעי מעקב. לנוכח זה יש להבחין בין "טכנולוגיות של מעקב" לבין "טכנולוגיות של פרטיות" (Privacy Enhancing Technologies – PETs).

²⁷ על היחס שבין משפט לטכנולוגיה בהקשרים אחרים ראו: LAWRENCE LESSIG, CODE VERSION 2.0 (2006); מיכאל בירנהק "חורים ברשת: פורנוגרפיה, מידע, ועיצוב מדיניות בסביבה הדיגיטלית" פוליטיקה יג 101 (2005) (על-אודות הסדרת פורנוגרפיה ברשת).

²⁸ ההנאה מהזכות לפרטיות אינה שווה לכל נפש. פערים כלכליים, חברתיים וטכנולוגיים משועתקים לזירה זו, וכמו בזכויות אחרות, מי שעשיר יותר ומתוחכם יותר נהנה מפרטיות רבה יותר. זהו אתגר למעצבי המדיניות לוודא שגם פרטיותו של האדם העני והמוחלש תישמר, ובכלל זה פרטיותם של חייבים בהליכי הוצאה לפועל, למשל, או של חשודים ונאשמים בהליכים פליליים.

²⁹ במובן הנידון כאן, הכפר של פעם אינו שונה מהקהילות הצפופות או הסגורות ששרדו עד ימינו, דוגמת הקיבוץ, או במקרים מסוימים – העיירה, השכונה ואפילו הבית המשותף. גם בסביבה שבה החיים מתנהלים במבנים ארעיים, כגון אוהלים ופחונים, או בתנאי צפיפות – אם מחמת עוני, אם כדי להשיג יתר ביטחון ותמיכה קיומית הדדית ואם מכל טעם אחר – החיים של חברי הקהילה חשופים מאוד זה לעיני האחרים.

בעידן של אמצעי תקשורת מתוחכמים הפרטיות שלנו פגיעה. שהרי הארכיטקטורות הקיימות של רשת האינטרנט או של רשת הטלפוניה הסלולרית, למשל, כרוכות בזרימת מידע אצל צדדים שלישיים, בהשאת עקבות דיגיטליים או באיפון גיאוגרפי. יש גם אמצעי ציתות מתוחכמים, אמצעי מעקב ואמצעים לעיבוד מידע ולתיעוד. אולם לצידם יש גם אמצעים שמגינים על הפרטיות שלנו: יש בידינו אמצעים להצפין את שיחותינו; יש לנו מנעולים מתוחכמים, פיזיים ודיגיטליים, להגן בעזרתם על כתבינו; ויש לנו אמצעים לטשטש את עקבותינו. זאת ועוד, כאשר אנו הופכים לנתון סטטיסטי אחד מני מיליארדים, ההמון מגן עלינו. לעיתים, בליבו של המון סואן אנו חשופים פחות מאשר בשטח פתוח ורחב-ידיים שבו אנו לבד. בעיר אנחנו אנונימיים יותר וחשופים פחות מאשר בכפר. עם זאת, במקום סואן יש חשש לאשליה של אנונימיות: נדמה לנו שאיננו מזוהים, שאנחנו גרגיר בהמון, אבל מירוץ החימוש הטכנולוגי נוטה דווקא לפגיעה בפרטיות.³⁰ תופעה זו של אשליה של פרטיות נכונה במיוחד לסביבה הדיגיטלית.³¹ מכל זה ניתן לחלץ כמה מסקנות. הטכנולוגיה, באופן כוללני, אינה בהכרח "רעה" לפרטיות או "טובה" לפרטיות. יש טכנולוגיות שמאיימות על פרטיותנו, ויש כאלה שמגינות עליה. הפרטיות והטכנולוגיה מצויות בדיאלוג מתמשך, ויש להבין את הסכנות שבטכנולוגיה אך בז-זמנית גם לחפש בה פתרונות. לכן העמדות שהוצגו לעיל – אלה המבכות את מות הפרטיות ואלה השמחות על כך – הן גורפות מדי. מטבע הדברים, אנו מתרגשים יותר מטכנולוגיות חדשות, ומקבלים כנתונות את אלה שכבר איתנו. לכן אנו נוטים להדגיש את האיום הטמון בטכנולוגיות החדשות, כגון אמצעי המעקב ברשת האינטרנט, ולהתבסס פחות על ההגנה שיש לנו לעומת קודמינו, בדמות ארכיטקטורה מגינת-פרטיות, למשל. הבנות אלה, שהוצגו כאן על קצה המזלג, מכתובות דרך פעולה משפטית ביחס לטכנולוגיות שונות, אולם הן מבהירות גם את הקונטינגנטיות של הפרטיות, ומכאן את עמימותה ואי-יציבותה המוקנות.

³⁰ למשל, מצלמות שמתעדות את המבקרים במשחקי כדורגל. ראו חנן גרינברג "אשדוד: מצלמות לאיתור מתפרעים יותקנו באיצטדיון" *ynet* 15.12.2004 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2840904,00.html.

³¹ גולשים באינטרנט סבורים שהם אנונימיים, וסביבת הגלישה (מחשב אישי, בית, בשעת לילה, תוך שימוש בכינוי) מעורדים את האשליה. בניגוד לקריקטורה המפורסמת של פיטר שטיינר שפורסמה במגזין *New Yorker*, שבה נראה כלב יושב ליד מחשב ושח לחברו הכלבלב שלצידו כי "באינטרנט איש אינו יודע שאתה כלב" *Peter Steiner, On the Internet Nobody Knows You're a dog*, 6 *NEW YORKER* 61 (July 5, 1993), (available at www.epatric.com/funstuff/dog), ניתן לגלות ללא קושי ניכר את סוג הכלב (או הגולש), זהותו, הרגליו והעדפותיו.

ב. נסיונות להפיג את העמימות

לנוכח העמימות המובנית של הזכות לפרטיות, אין פלא שנעשו נסיונות אחדים להבהירה. פרק זה יבחן שני נסיונות מרכזיים כאלה ועוד שתי הגדרות של הזכות: (1) הטענה שאקרא לה *הטענה המושגית*, שלפיה הזכות לפרטיות אינה אלא חזרה על מרכיבים מתוך ענפי משפט אחרים, ומכאן שהיא מיותרת או צרה מאוד; (2) *הטענה הסייגית*, המבקשת לזהות תחומי פעילות של הזכות לפי מושאי ההגנה שלה; (3) ההגדרה של וורן וברנדייס בדבר *הזכות להיעזב במנוחה*; (4) הגדרתה של רות גביון בדבר *הפרטיות כגישה*. מסקנתי תהיה כי הנסיונות הללו מסייעים רק מעט בהבנת הזכות.

1. הטענה המושגית

נהוג לייחס את לידתה המשפטית (להבדיל ממקורה החברתי) של הזכות לפרטיות לאחד המאמרים המשפיעים ביותר במשפט האמריקני: מאמרם של עורך-הדין הבוסטוני סמיואל וורן ושל מי שלימים היה שופט בית-המשפט העליון בארצות-הברית לואיס ברנדייס. המאמר, *The Right to Privacy*, פורסם בגיליון הרביעי של ה-HARVARD LAW REVIEW בשנת 1890.³² החוקה האמריקנית אינה מזכירה את הזכות לפרטיות, אם כי כמה סעיפים במגילת הזכויות (עשרת התיקונים הראשונים) פורשו על-ידי בית-המשפט העליון האמריקני כמגינים על הפרטיות.³³ מכאן חשיבות מאמרם של וורן וברנדייס. ראוי לעיין במאמר, ובעיקר בדרך הטיעון שלו.

המניע המוצהר של וורן וברנדייס לבחון את הנושא היה שינויים חברתיים וטכנולוגיים. הם הוטרדו במיוחד מצמיחתם של העיתונים ומדורי הרכילות, ומטכנולוגיית הצילום, שנעשתה פופולרית בימיהם (האגדה, אגב, מספרת כי המניע היה פרסומים על-אודות מסיבת-גן שערך וורן בחצר ביתו, ואשר דווחה בעיתון מקומי

³² Samuel Warren & Louis Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890). לפי האגודה האמריקנית של ספריות משפטיות, זה המאמר המשפטי המצוטט ביותר בכל הזמנים. *Law Library Journal is now Available to all AALL Members Through Hein-On-Line*, AALL PRESS RELEASE (December 27, 2001), www.aallnet.org/press/press011227.asp

³³ בעיקר הזכות להתאגדות (U.S. CONST. Amend. I), הזכות למנוע את השלטון מלשכן חיילים בבית פרטי (U.S. CONST. Amend. III), הזכות להגנה מפני חיפוש לא-מוצדק (U.S. CONST. Amend. V) והזכות לאי-הפללה עצמית (U.S. CONST. Amend. V). בית-המשפט העליון קבע כי בחוקה יש "מרחבים של פרטיות" (zones of privacy), וגזר מהם את הזכות לפרטיות בהקשרים מסוימים, בעיקר בהקשר של קבלת החלטות. ראו: *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 484 (1965), שם, בעמ' 508-510 (להלן: עניין *Griswold*).

בבוסטון, למורת-רוחו). טענתם הייתה שהזכות לפרטיות כגד קיימת בדין. הם בחנו שורה של ענפי משפט קיימים, ובכל אחד מהם זיהו אינטרסים שאותו ענף משפטי מגן עליהם. בתוך כך הם הבחינו שאחד האינטרסים האלה שב ומופיע בענפי משפט שונים. הם נאחזו במיוחד בזכותו של יוצר לשלוט בהוצאה לאור של יצירתו – מתי, איך ואם בכלל. האינטרס המוגן כאן אינו רק הגנת הקניין, אלא אישיות האדם ושלמות הפרסונה שלו (inviolable personality).³⁴ לשיטתם, ההגנה הקניינית על יצירה שטרם פורסמה היא נגזרת של הזכות לפרטיות. מקורות משפטיים נוספים שבהם איתרו הכותבים את הזכות לפרטיות הם האיסור לכפות אדם להתבטא,³⁵ חוזה מכללא שאוסר פרסום מידע, חובת נאמנות ודיני סודות מסחר. הם התרכזו באינטרס של האדם לשלוט בפרסום מידע על-אודותיו, ובכלל זה יצירותיו, כתביו ותמונתו. תפוצתו של האינטרס הזה בענפי משפט שונים הובילה אותם למסקנה שראוי להכיר באינטרס זה כזכות נפרדת, שאותה הגדירו כזכות לפרטיות. הגדרתם המפורסמת היא שהפרטיות היא הזכות להיעזב במנוחה – the right to be let alone³⁶ – שתחומיה (כפי שכתבו השניים, ואשר הורחבו בהמשך) הם שליטתו של האדם במידע פרטי על-אודותיו, כמו-גם באישיותו, כפי שהיא משתקפת, למשל, בצילום של האדם.³⁷

³⁴ דיני זכויות יוצרים, לפי החוק הפדרלי, הגנו בשעתו על יצירות רק מרגע פרסומן, ואילו עד לפרסום נהנו היצירות מהגנת המשפט המקובל. לענף אחרון זה כיוונו וורן וברנדייס. רק בשנת 1976 בוטלה ההבחנה, וכיום יצירה מקורית מוגנת מרגע יצירתה, והמשפט המקובל בוטל בכל הנוגע לזכויות יוצרים.

³⁵ זכות זו הוכרה בהמשך על-ידי בית-המשפט העליון בארצות-הברית כנגזרת של חופש הביטוי. ראו: Woolly v. Maynard, 430 U.S. 705, 714 (1977).

³⁶ הכותבים שאלו את הביטוי מספרו של השופט קולי: THOMAS COOLEY, TREATISE OF THE LAW OF TORTS 29 (2nd ed., 1888), תוך שינוי מסוים: קולי דיבר על זכות האדם לאישיותו (person), ומהדוגמות שפירט נראה שכוונתו הייתה למה שמכונה כיום "הטרדה מאיימת". ראו את הגדרתו: *Excerpt from Treatise of the Law of Torts by Thomas McIntyre Cooley*, LOUIS D. BRANDEIS SCHOOL OF LAW, library.louisville.edu/law/brandeis/cooley.html. אינטרס זה מוגן בחוק הישראלי בס' 12(1) לחוק הגנת הפרטיות, וכן בחוק למניעת הטרדה מאיימת, התשס"ב-2001, ס"ח 6.

³⁷ הכותבים ציינו אף גורמים שתוחמים את הזכות. גורם אחד הוא שעניין ציבורי גובר בעיניהם על הפרטיות במידע האישי. כיום נתאר זאת בשפה החוקתית הישראלית כאיזון של הפרטיות עם חופש הביטוי. ראו ס' 18(3) לחוק. גורם שני הוא הסכמת האדם לפרסום המידע או פרסום המידע הפרטי על-ידי האדם עצמו. עיקרון זה יידון בפרק הבא. גורם שלישי הוא שהאמת שיש במידע שפורסם אינה יכולה להוות טענת הגנה. בכך הזכות לפרטיות שונה מהזכות לשם טוב. השוו לסי' 14 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, ס"ח 240 (להלן: חוק איסור לשון-הרע). גורם רביעי הוא הפנייה להגנות לפי דיני איסור לשון-הרע (ראו ס' 18(1) לחוק הגנת הפרטיות, המפנה לסי' 13 לחוק איסור לשון-הרע), וגורם חמישי הוא ההבחנה בין פגיעה בפרטיות הנעשית בעל-פה לבין כזו שיש לה ביטוי מוחשי, ושליטתה של הגנת תום-הלב, תוך השוואה לעוולה של הסגת גבול במקרקעין.

דרך הטיעון של וורן וברנדייס נחזית כפורמליסטית, ועל-כן אקרא לה "הטענה המושגית" בקשר לפרטיות. מתוך עיון במושגי משפט קיימים (זכויות יוצרים, חוזה מכללא, נאמנות, חופש ביטוי) זיהו וורן וברנדייס אזור חפיפה אחד בין זכויות שונות, והגדירו אותו כמושג משפטי חדש: הזכות לפרטיות. ניתן להרחיב את שיטתם ולבחון גם ענפי משפט נוספים. כך, דיני הקניין מקנים לאדם שליטה במרחבים מסוימים, שמהם הוא יכול להרחיק אחרים, ובמשאבים שחשובים לכינון אישיותו;³⁸ ודיני הנזיקין מגינים על שלמות גופו של האדם. טיעונם של הכותבים מבריק: הם לא טענו שיש מקום ליצור זכות חדשה; טענתם הייתה שהזכות כבר הייתה מוכרת בדין ששרר בשעתם, וכי כל חידושם, כך הצטנעו, הוא בהצבעה על הזכות, בקריאתה בשם ובהגדרת תוכנה, כאמור, כזכות להיעזב במנוחה. דרך טיעון זו התאימה לימיהם הפורמליסטיים של הכותבים, בטרם בא הריאליזם המשפטי לרסק את הניתוח המשפטי הכאילו-מדעי. דרך טיעון זו אינה מצריכה פנייה ליסודות העיוניים של הזכות, שהרי אם היא "כבר קיימת", בהיסטוריה ובפרקטיקה הנוהגת, אזי אין צורך להידרש למקורות ראשוניים. וורן וברנדייס הזכירו את המניע להכרה בזכות – שינויים חברתיים וטכנולוגיים – והעירו לגבי הצורך של אדם במרחב פרטי, אולם לא ניסו לבסס הצדקה מעבר לכך. מאמרם הוא מיטב היצירה של המשפט המקובל, הפעם בכתובה אקדמית. בהמשך נקלטה עמדתם בפסיקה, בין היתר על-ידי ברנדייס עצמו, כאשר היה שופט.³⁹

בעמדה זו יש שני היבטים. האחד, שהיא גמישה בקשר לשאלת היחס בין ענפי משפט שונים. זו טענה שמחלצת את הזכות לפרטיות מתוך ענפים משפטיים קיימים, ולפיכך היא אינה מבקשת לגדור את ענפי המשפט בגדרות בלתי-עבירים, ומקבלת תחומי חפיפה וכפילויות ביניהם. ההיבט האחר הוא שהיא מניחה כי יש בזכות לפרטיות דבר-מה נוסף מעבר לאוסף האינטרסים הפזורים, אם כי וורן וברנדייס לא הגדירו מהו אותו ערך מוסף. אקרא לעמדה זו "טענה מושגית מרחיבה".

נגד הטענה המושגית המרחיבה יש ביקורת חזקה.⁴⁰ אם אין הזכות לפרטיות אלא אינטרס שיש לו כמה מופעים משפטיים ולפיכך הוא כבר מוגן בענפי משפט קיימים, אף אם בתפזורת-מה, אזי מה טעם יש להכיר באינטרס זה כזכות נפרדת? אם הזכות לקניין מגינה על פרטיותי בביתי ובמקומות אחרים אשר בבעלותי; אם זכות היוצרים מגינה בין היתר על זכותי להיות הראשון לפרסם את יצירותי; אם מכוח דיני החוזים והנאמנויות אין לבן-סודי היתר להפיץ את המידע שנמסר לי; ומהדין של היום, אם דיני הנזיקין מגינים על שלמות גופי, אם דיני הראיות תורמים את שלהם על-ידי כללים בדבר אי-

³⁸ ראו: MARGARET JANE RADIN, REINTERPRETING PROPERTY 35 (1993).

³⁹ ראו במיוחד את דעת המיעוט שלו בעניין, *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, שנהפכה לדעת הרוב שנים לאחר-מכן בעניין *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967) (להלן: עניין *Katz*).

⁴⁰ לביקורת מקיפה ראו: Amy L. Peikoff, *The Right to Privacy: Contemporary Reductionists and Their Critics*, 13 VA. J. Soc. POL'Y & L. 474 (2006).

קבילותן של ראיות שהושגו בדרכים מסוימות, אם כבוד האדם מגן בין היתר על יכולתו של אדם לפתח את זהותו ואישיותו ללא התערבות חיצונית ועוד ועוד – אזי מה טעם בהכרה בזכות ישנה/חדשה זו? זו "הטענה המושגית המצרה", אשר מבקשת לתחום את האינטרסים הקיימים לביתם המקורי, ואינה רואה צורך ביצירת בית חדש.⁴¹ מטבע הדברים היא ממעיטה גם בפן האחר שנזכר לעיל, וכופרת בקיומו של ערך מוסף בזכות לפרטיות.

דווקא הטענה המושגית המצרה אומצה במשפט הישראלי, בעניין **ועקנין**.⁴² בחירה זו נובעת כנראה מצירוף נסיבות משפטיות לא-מוצלח, ואני סבור כי היא הייתה שגויה בשעתה ובוודאי אינה ראויה כיום, לאחר המהפכה החוקתית והשינויים שחלו בדיני הראיות. על הפרק עמדה בקשתו של נאשם לפסול את הראיות נגדו בטענה שהן הושגו תוך פגיעה בפרטיותו. לפי סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, פסילה כזו אפשרית, כחריג לכלל שרווח בשעתו בדבר קבילותן של ראיות שהן פירוטיו של "עץ מורעל", אולם המבקש את הפסילה צריך להראות כיצד נפגעה פרטיותו. דובר באסיר בכלא צבאי שסוהרו חשדו כי בלע סמים מתוך כוונה להסתירם. הסוהרים הכריחו את ועקנין לשנות מי מלח (מה שתואר בפסק-הדין באופן אומלל כ"השקיה") – פעולה הגורמת להקאה. ועקנין הקיא חבילות סמים, ששימשו ראיה נגדו. הוויכוח העקרוני בין שופטי הדיון הנוסף בבית-המשפט העליון נסב במידה רבה סביב "השאלה הגדולה" בדבר קבילותן של ראיות שהושגו בדרכים פסולות. השאלה הקונקרטית הייתה אם פעולת ה"השקיה" במי מלח בניגוד לרצונו של האסיר היא "הטרדה אחרת", כלשון סעיף 2(1) לחוק הגנת הפרטיות, שאז, לפי מצוות סעיף 32, הראיה אינה קבילה.

מחבר דעת הרוב השופט שמגר (כתוארו אז), בהסכמת השופט ברק (כתוארו אז), הבהיר כי פעולת הסוהרים הייתה בלתי-חוקית, אולם קבע שאין מדובר ב"הטרדה", ולכן כלל הפסלות שבסעיף 32 לחוק אינו רלוונטי. הגם ששמגר הגדיר את שיטת הפרשנות שנקט כפרשנות על-פי "הקשרו הענייני ומטרתו החקיקתית" של הסעיף,⁴³ פרשנותו הייתה פורמליסטית לעילא. הוא פירש את המונח "הטרדה" לפי המונחים שקודמים לו בסעיף 2(1) – בילוש או התחקות – והתוצאה הייתה צרה עד-מאוד: הסעיף מתייחס לשיטות חשיפה המכוונות לענייני הפרטיים של אדם, ותו לא. שמגר תמך את פרשנותו זו בגישה שכונתה כאן "גישה מושגית מצרה": "חוק הגנת הפרטיות בא ליצור ולגדור גדרות חדשים ולא היה צורך בו כדי שישבו ויגדירו מעשי עבירה קיימים

⁴¹ העמדה הברורה ביותר לעניין זה נמצאת אצל: Judith Jarvis Thomson, *The Right to Privacy, in PHILOSOPHICAL DIMENSIONS OF PRIVACY: AN ANTHOLOGY* 272 (Ferdinand David Schoeman ed., 1984). רות גביון הגדירה עמדה זו כרדוקציה של הזכות לפרטיות לענפי המשפט האחרים, וביקרה אותה. ראו: Ruth Gavison, *Privacy and the Limits of Law*, 89 YALE L.J. 421, 423 (1980).

⁴² עניין **ועקנין**, לעיל ה"ש 12.

⁴³ שם, בעמ' 862.

כמעשים אסורים", ובהמשך העיר שמגר כי בפרשנות מרחיבה היה משום כפל חקיקה מיותר.⁴⁴ כלומר, פעולת הסוהרים בלתי-חוקית לפי דיני העונשין והנזיקין, אולם אי-אפשר לראות בפעולה גם פגיעה בפרטיות. לעומתו, השופט אָלון היה מוכן לקבל תחום של חפיפה בין איסורים שונים, או ליתר דיוק, בין הערכים המוגנים על-ידי הכללים המשפטיים שעל הפרק. תחום זה הוא של עיקר וטפל: אם הערך המוגן המרכזי שנפגע הוא שלמות הגוף או ההגנה על כבוד האדם, ציין אָלון בפסק-דינו, ואילו הפגיעה בפרטיות טפלה, אזי אין לפנות לחוק הגנת הפרטיות, וממילא גם לא לסעיף 32 בדבר פסלות הראיות.⁴⁵ פסק-דין זה קדם למהפכה החוקתית ולעליית קרנו של כבוד האדם כמושג חובק-כל בדין הישראלי. מעניין שאָלון הבחין בזיקה שבין פרטיות לבין כבוד האדם, אולם ראה בהם שני מושגים נפרדים, הגם שפגיעה בכבוד האדם עשויה להיחשב בעיניו גם פגיעה בפרטיות. השופט שלמה לוין לא קיבל את הגישה המושגית המצרה במישור העקרוני, והיה מוכן לקבל חפיפה בין איסורים פלייליים לפי חוק הגנת הפרטיות וחוקים אחרים, אבל הצטרף במקרה זה לתוצאה הפרשנית המצרה. השופט בך נותר בדעת מיעוט. הוא דחה את הגישה המושגית המצרה, אשר תוחמת כל עֲבֵרָה לתחומה שלה ואוסרת חפיפה.⁴⁶ תיחומה של הפרט הפרטיות, כלומר ההגדרה מה פוגע בפרטיות, נעשה לפי מבחן אחר, פנימי לזכות. בעיני בך, זהו מבחן של "שכל ישר וניסיון החיים".⁴⁷

השיקול בעד הגישה המצרה היה שאין המחוקק משחית מילים לשווא. ובכן, המחוקק משחית מילים רבות לשווא. יש מקרים רבים של חפיפה בהגדרת עֲבֵרוֹת או עוולות, ובתי-המשפט מרשיעים לא-אחת בכמה עֲבֵרוֹת בגין אותה פעולה⁴⁸ או מקבלים תביעה על בסיס כמה עילות נפרדות. שאלת העונש או הפיצוי נפרדת. נוסף על כך, אני סבור שבפרטיות יש ערך מוסף שאין בזכויות אחרות, וכי בהן יש ערך מוסף שאין בפרטיות. לעיתים החלוקה לענפים משפטיים מלאכותית, ואינה תואמת באופן מדויק את מהותן של ההתנהגויות שבהן מדובר. החפיפה בהתייחסות המשפטית היא בלתי-נמנעת, ויש בה יתרונות: היא מאפשרת לנו התאמה מדויקת יותר של הכלל המשפטי להתנהגות הנידונה. אלה טענות כלליות בדבר חפיפה במושגים משפטיים. לצידן ניתן להעלות ביקורת קונקרטיית על הגישה המושגית המצרה ביחס לפרטיות: הגישה המושגית המצרה מייחסת לפרטיות מגזר פעילות והשפעה מצומצמים מאוד. לפי הגישה המצרה, הזכות לפרטיות מוגדרת כזכות שירותית. בהמשך נבחן קטגוריות מקובלות של פרטיות, על-פי מושאי ההגנה שלה, וכן נעיין בהצדקות לזכות לפרטיות.

44 שם, בעמ' 851.

45 שם, בעמ' 855.

46 שם, בעמ' 864.

47 שם, בעמ' 865.

48 פסק-הדין המנחה בהקשר זה הוא עדיין ע"פ 132/57 נכט נ' היועץ המשפטי לממשלה,

פ"ד יא(3) 1544 (1957).

אטען שם כי הזכות עשירה בהרבה מאשר הפינה שאליה היא נדחקת לפי הגישה המושגית המצרה, וכי יש בה ערך מוסף. טענה קונקרטיה נוספת נגד הגישה המצרה היא שהזכות לפרטיות נמצאת בקשרים פילוסופיים (וכיום גם משפטיים) הדוקים עם זכויות אחרות. הדבר בולט במיוחד ביחס לקשר שבין הפרטיות לבין כבוד האדם. לפי השופטים שמגר וברק, מן הימים שלפני המהפכה החוקתית, אלה שני תחומים נפרדים; לפי השופט אֶלון, אלה תחומים נפרדים שיש ביניהם קשר של עיקר וטפל; ורק לפי השופט בך יש ביניהם יחס של הכלה – כבוד האדם מכיל את הזכות לפרטיות. כיום, בעקבות חוק-היסוד, השתנה אולי היחס המשפטי לכבוד האדם, אבל אי-אפשר לומר כי השינוי החוקתי הביא ליד שינוי ברובד הפילוסופי: הקשר בין הפרטיות לבין כבוד האדם אינו תלוי בייצוג המשפטי החיצוני, אלא במהות. קשר זה התקיים גם בעת שנפסק עניין **ועקנין**, והיה ראוי לתת לו ביטוי כבר אז.

כיצד, אם כן, אפשר להסביר את עמדתם של שופטי הרוב בעניין **ועקנין**? נראה לי שהגורם לפרשנות המצרה היה חששם של השופטים מפני ההשלכות הרחבות שהיו לפסק-הדין אילו פסקו הפוך. פרשנות מרחיבה למונח "הטרדה אחרת", ולפיכך לזכות לפרטיות בכלל, הייתה פותחת פתח לפסילת ראיות רבות – כולל כאלה שהושגו לא על-ידי פגיעה בפרטיות אך תוך הפרת חוק אחרת – באמצעות הצינור של סעיף 32 לחוק. אילו נעשה כך, היה בדבר משום שינוי דרמטי של דיני הראיות, אשר בשעתו העדיפו השופטים להימנע ממנו. בינתיים באה המהפכה החוקתית, כבוד האדם נהפך למושג מרכזי במשפט הישראלי, ולאחרונה, בעניין **יששכרוב**, השתנתה ההלכה בעניין פסלות ראיות.⁴⁹ גם אם היה חשש כזה, וגם אם החשש מוצדק (והוא איננו, לטעמי), זהו שיקול מסדר שני, שלא היה צריך להשפיע על הגדרת היקפה של הזכות לפרטיות. הגדרת תחום ההתפרשות של הזכות הייתה צריכה (ועדיין צריכה) להיעשות לפי טעמים מהותיים – עיוניים ופילוסופיים. אני סבור שהיה מקום לקבוע כלל פסלות כולל של ראיות שהושגו בדרך בלתי-חוקית, באופן רחב אף יותר מכפי שנקבע לאחרונה בעניין **יששכרוב**.⁵⁰ עם זאת, נראה לי שדיון בהצדקותיה הבסיסיות של הזכות לפרטיות (שיידונו בהמשך) היה מעלה כי זכותו של ועקנין על גופו ראוי להגנה מכוח עקרון כבוד האדם ולפי דיני הנזיקין, וכי הצגת האינטרס המוגן כעניין של פרטיות הינה מלאכותית. כלומר, העמדה העקרונית שננקטה בשאלה המושגית בעניין **ועקנין** הייתה

⁴⁹ ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי** (טרם פורסם, 4.5.2006). כך כתבה שם השופטת ביניש על פרשנותם של ס' 32 לחוק ושל ס' 13 לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979, ס"ח 118 (להלן: חוק האזנת-סתר): "הפרשנות שניתנה להוראותיהם של החוקים שהנהיגו כללי פסילה, הצרה את היקפם של כללים אלה באופן שתאם את המגמה לצמצום מחסומי הקבילות הראייתיים בשיטתנו המשפטית." שם, פס' 41 לפסק-הדין.

⁵⁰ בעניין **יששכרוב** השאיר בית-המשפט בצריך עיון את שאלת השפעתה של ההלכה שנפסקה שם על פרשנותו של ס' 32 לחוק. ראו שם, פס' 49 ו-75 לפסק-הדין.

שגויה בעיניי, אולם יישומה הקונקרטי היה נכון. את הראיות היה ראוי לפסול בשעתו לפי כלל פסלות כללי, ובוודאי יש לנהוג כך כיום במקרה דומה.⁵¹

הביקורת שהבאתי על עניין **ועקנין** מעלה כי יש לנקוט גישה מושגית מרחיבה יותר, גם אם יישומה יביא בפועל במקרים מסוימים לידי "חלוקת עבודה" בין דיני הגנת הפרטיות לבין ענף משפטי אחר. לפי הגישה המרחיבה, אין מניעה **עקרונית** לחפיפה בין מושגים משפטיים שונים. עם זאת, אין העמדה המרחיבה מקבלת כל חפיפה באשר היא. בכל מקרה יש לבחון את שני המושגים המשפטיים זה לצד זה, ולהגדיר את היחס ביניהם. לעיתים יהיה זה יחס של חפיפה, לעיתים של עיקר וטפל, ולעיתים של בלעדיות של אחד המושגים. הגבול בכל חיכוך בין מושגים חופפים ייקבע לפי נסיבותיו המשפטיות.

גישה מרחיבה אינה חפה ממחיר ומביקורת, וראוי לעמוד עליהם. **ראשית**, כאשר אינטרס אחד מוגן בכמה ענפים משפטיים נפרדים, הכפילות עלולה לבלבל, ולעיתים אנו עלולים להגיע לתוצאה סותרת לפי כל אחד מהענפים. בתחום הפלילי עלול להיות לכך מחיר במונחים של עקרון החוקיות. **שנית**, בביתו המקורי של האינטרס הנידון – יהא זה בבית הקניין, בבית זכויות היוצרים, בבית הנזיקי וכיוצא בזה – האינטרס כבר אוזן בדרך-כלל עם אינטרסים יריבים. האיזון נעשה על-ידי המחוקק או על-ידי בתי-המשפט, שפיתחו דוקטרינות שמרסנות או מחשקות את הזכות שבה מדובר. למשל, **בדיני זכויות יוצרים** מיתן המחוקק את עוצמת הזכות באמצעות הגנות למשתמשים,

⁵¹ בית-המשפט העליון חזר על עמדתו המושגית המצרה גם לאחר המהפכה החוקתית ברע"פ 9818/01 **ביטון נ' סולטן**, פ"ד נט(6) 554 (2005), תוך שהוא מפנה לעניין **ועקנין**, לעיל ה"ש 12. במקרה זה עלתה שאלת היחס בין ס' (4)2 לחוק הגנת הפרטיות, המגדיר פגיעה בפרטיות כ"פרסום תצלומו של אדם ברבים בנסיבות שבהן עלול הפרסום להשפילו או לבזותו", לבין ס' (1)1 לחוק איסור לשון-הרע, אשר מגדיר לשון-הרע במונחים של השפלה וביזוי. דובר שם בצילום תמים ששולב בכתבה פוגענית: כתבה שנטענו בה טענות קשות נגד גננת בגן-ילדים בקשר ליחסה לילדי הגן, בלוויית תמונתה של הגננת, אשר בה כשלעצמה אין משום לשון-הרע. הנשיא ברק תחם את השאלה הפרשנית במה שהוגדר כאן גישה מושגית מצרה. שם, בעמ' 583. הוא העדיף פרשנות שלפיה מתקיימת פגיעה בפרטיות לפי ס' (4)2 רק כאשר הצילום עצמו משפיל ומבזה, כלומר, אין לבחון את הצילום על רקע הכתבה הפוגענית, אלא במנותק ממנה. במילים פשוטות, ההנחיה לבית-המשפט היא למעשה לגזור את התמונה מתוך הכתבה, ולעייין רק בה לצורך הכרעה בס' (4)2. לשיטתו של ברק, פירוש מרחיב יותר מגן על השם הטוב, וזה אינו מעניינו של חוק הגנת הפרטיות, אלא של חוק איסור לשון-הרע. ברק נעזר בהנמקה מושגית, תוך שהוא מעיר כי פרשנות כזו יוצרת הרמוניה חקיקתית שמונעת חפיפה וסתירות, ובנימוק נוסף, שלפיו קביעת אחריות לפגיעה בשם הטוב דרך חוק הגנת הפרטיות תעקוף את ההסדרים והאיזונים שיש בחוק איסור לשון-הרע. שם, בעמ' 585. לבד מכך, ברק מונה נימוקים נוספים: אחד ייחודי לפרשנות של ס' (4)2, ששם דגש בצילום (ולא בציור, למשל), ושני נימוקים כלליים בדבר הפגיעה בחופש הביטוי הטמונה בסעיף ובדבר עקרון החוקיות במשפט הפלילי.

כגון הגנת השימוש ההוגן. החשש הוא שכאשר נייצא את האינטרס של שליטתו של אדם ביצירותיו לפני פרסומן מביתו המשפטי המקורי בדיני זכויות יוצרים אל הבית החדש, תחת הגג של "הזכות לפרטיות", נאבד את כוחם של אותם אינטרסים נוגדים, את "האידיך גיסא" של הפרטיות, את האיזון בין האינטרסים.⁵² אם כן, הביקורת על הטענה המושגית המרחיבה תובעת הסבר. אם אנו מכירים בזכות לפרטיות בנבדל מזכויות אחרות, למרות תחומי החפיפה ביניהן ולמרות המחיר שאנו משלמים בגין חפיפה זו, יש לשכנע: מה מותר הזכות לפרטיות מן ההגנה שיש ממילא לזכות במכלול המשפטי הקיים? האתגר של מצדדי הגישה המרחיבה הוא לאתר את הערך המוסף שיש בפרטיות.⁵³ הטענה המושגית מניעה אפוא את הדיון בהצדקות של הזכות, אולם לפי שעה יש לבחון נסיונות נוספים לפזר את מסך הערפל. הניסיון הבא הוא סיווג בתוך שדה הזכות לקטגוריות מוגנות.

2. קטגוריות של פרטיות

במקום הגדרה פוזיטיבית של הפרטיות, שיטות משפט מגדירות את תחומי הזכות על-דרך השלילה, קרי, על-ידי זיהוי מצבים שנחשבים פגיעה בפרטיות. זו גם דרכו של סעיף 2 לחוק הישראלי. מתוך הצטברות מקרי הפגיעה אפשר לזהות את התחומים המוגנים ולסווגם לקטגוריות. זהו מקרה מובהק שבו הסיווג המשפטי אינו רק כלי קוגניטיבי שנועד להבהיר את הדיון, אלא כלי מרכזי להמשגה של הזכות ולתיחומה. הסיווג מסייע בארגון מצבים שונים של פרטיות, ולכן תוחם את גבולותיה, אבל בו-בזמן הוא מקבע את דפוסי החשיבה, מקשה את הכלתם של מצבים חדשים, ומסיט את תשומת-הלב והמאמץ המשפטי מהעיקר אל הטפל. זו הטענה הסיווגית, אשר תידון להלן.

הסיווג הראשון של הזכות לפרטיות מתבסס על בדיקה אמפירית שערך הדקן ויליאם פרוסר בשנת 1960, שבעים שנה לאחר פרסום מאמרם של וורן וברנדייס.⁵⁴ פרוסר בחן את כל המקרים שבהם נזכרה הזכות לפרטיות בפסיקה האמריקנית בין 1890 ל-1960, ומצא כי היא הופעלה בארבע קטגוריות שונות. למעשה, מאמרו מבקר את וורן וברנדייס על שהציעו מונח עמום נטול הנחיה פנימית באשר לתכניו. בדומה לקודמיו, גם פרוסר התיימר "רק לתאר" את המצב המשפטי הקיים, אולם תיאורו היה כה בהיר, והזכות כה עמומה, שסיווגו עוגן ב-*Restatement (Second) on Torts*, אשר פרוסר

⁵² לביקורת ברוח זו ראו: William L. Prosser, *Privacy (A Legal Analysis)*, 48 CAL. L. REV. 383, 422 (1960).

⁵³ לניסיון כזה ראו, למשל: James Rachels, *Why Privacy is Important*, in PHILOSOPHICAL DIMENSIONS OF PRIVACY: AN ANTHOLOGY 290, 296-297 (Ferdinand David Schoeman ed., 1984).

⁵⁴ Prosser, לעיל ה"ש 52, בעמ' 383.

היה מופקד על חיבורו באותה עת.⁵⁵ חשוב לציין: דיונו של פרוסר נגע בשדה המשפט הפרטי בלבד, להבדיל מהמשפט הציבורי, שבו שולטת בארצות-הברית הנורמה החוקתית – שנגזרה בעיקר מהתיקון הרביעי לחוקה – בדבר החופש של האזרח מפני חיפוש ותפיסה שאינם כדין מצד המדינה. אלה ארבע הקטגוריות שבהן זיהה פרוסר את הזכות לפרטיות: (1) פרטיות במרחב פרטי (intrusion upon seclusion); (2) שימוש בשמו או בדמותו של אדם למטרת רווח (appropriation of name or likeness); (3) פרסום מידע פרטי (public disclosure of private facts) (זו העילה המקורית של וורן וברנדייס); (4) הצגת אדם באור כוזב (false light). סיווג זה שיקף את הזכות לפרטיות במשפט האמריקני, אולם הוא אינו מתאים בהכרח לתיאור הזכות לפרטיות בשיטות משפט אחרות. הסיבות לכך הן ההיסטוריה השונה של הזכות (הגם שלמשפט האמריקני הייתה השפעה רחבה בעולם, ובכלל זה בישראל), היותה תלויה בהקשר החברתי, וכן הסביבה המשפטית הכללית שבה צמחה הזכות. למשל, הקטגוריה הרביעית – הצגת אדם באור כוזב – אינה מוגנת בדיון הישראלי תחת הכותרת של פרטיות, אלא תחת הכותרת של הגנת שמו הטוב של אדם.⁵⁶

לאחר הגל הראשון של התלהבות מסיווגו של פרוסר, ולמרות אימוצו הראשוני, התברר כי גם הוא לוקה בעמימות, צר מלהכיל מצבים חדשים, ומחזק בעקיפין את הטענה המושגית המצרה נגד הפרטיות, שהרי אם הפרטיות משתרעת על מצבים כה שונים זה מזה, אזי מדוע יש להתייחס אליהם באופן אחיד? בספרות (האמריקנית בעיקר) התפתח סיווג אחר, שלפיו הפרטיות מסווגת לפי מושא ההגנה שלה, לפי הנסיבות האופפות את ההגנה, או ביתר דיוק – לפי סוג הפעילות האנושית שבה מדובר. בהתאם, נהוג לזהות: (א) פרטיות במקומות; (ב) פרטיות בתקשורת; (ג) פרטיות במידע; (ד) פרטיות בהחלטות. גם סיווג זה אינו חד, ואינו מתאר בדיוק את היקפה של הזכות לפרטיות כעניין מצוי בשיטות משפט שונות. למשל, בישראל אין מכירים (בינתיים?) בקטגוריה של פרטיות בהחלטות כחלק מהזכות לפרטיות, ונוהגים לסווג את הנושאים המוכרים במסגרת קטגוריה אמריקנית זו תחת גג של "אוטונומיה", חירות או כבוד האדם.⁵⁷ בארצות-הברית אין מכירים בקטגוריה גורפת של פרטיות במידע. עם

⁵⁵ AMERICAN LAW INSTITUTE, RESTATEMENT (SECOND) OF THE LAW OF TORTS §652A (1997). לדיון ביקורתי בתפקידו של פרוסר בניסוח הזכות לפרטיות בריסטייטמנט ראו: Sharon K. Sandeen, *Relative Privacy: What Privacy Advocates Can Learn from Trade Secret Law*, 2006 MICH. ST. L. REV. 667, 687–692.

⁵⁶ פרסום דבר שעלול להשפיל אדם אסור לפי ס' 1 לחוק איסור לשון-הרע, ואילו חוק הגנת הפרטיות אוסר בהקשר זה רק פרסום צילום משפיל ומבזה. ראו ס' 2(4) לחוק וכן את פרשנותו בעניין **ביטון**, לעיל ה"ש 51.

⁵⁷ ניסוח לא-בהיר בהערת-אגב של הנשיא ברק בבע"מ 5082/05 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני**, פס' 30 לפסק-הדין (טרם פורסם, 26.10.2005), מעלה את האפשרות שקטגוריה זו עשויה לקנות אחיזה גם במשפט הישראלי. במקרה זה דובר באם שביקשה למסור את ילדה לאימוץ אך סירבה לחשוף את שם האב. השאלה המשפטית הייתה אם אפשר להכריז על

זאת, יש לקטגוריות אלה ביטוי במסמכים בין-לאומיים מרכזיים בדבר הזכות לפרטיות.⁵⁸ הסקירה שלהלן מכוונת להציג את הקטגוריות המקובלות, אבל גם לבקרן ולהראות את קוצר-ידן. בסופו של סיווג נראה כי הפרטיות נותרת בלתי-בהירה.

(א) פרטיות במקומות

שדה פעולה טבעי כמעט של הפרטיות הוא במרחבים שבבעלותו או בשליטתו של הפרט. תמציתה של קטגוריה זו הוא בביטוי "ביתו של אדם – מבצרו". המקום מוגן, ומכאן שמי שחודר לתוך המקום ללא רשות – פוגע בפרטיות. הדין הישראלי הקיים מגן על רשות היחיד יותר מאשר על רשות הרבים.⁵⁹ בחוקה האמריקנית הבית נזכר פעמיים, כמקום הנהנה מהגנה מיוחדת.⁶⁰ נראה שהנורמה המשפטית והנורמה החברתית מחזקות זו את זו. הבדיקה אם יש או אין פרטיות במקום מסוים קלה יותר להכרעה – במיוחד כאשר לשאלת המקום מצטרפת הדיכוטומיה המוכרת (גם אם שנויה במחלוקת) בין הפרטי לציבורי – מאשר הבדיקה אם יש אינטרס של פרטיות בהתנהגות האנושית באותו חלל פיזי. נוסף על כך, ההכרעה לפי המקום, ולא לפי הפעילות האנושית, חוסכת את הצורך לשפוט את התנהגות היחיד. דרך זו אפשרה למשפט האמריקני, למשל, להגן על התנהגות שהתרחשה בבית פנימה, גם אם היא נתפסה כבלתי-מוסרית ואפילו

הילד כבר-אימוץ בנסיבות אלה לפי ס' 13 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, ס"ח 293. במסגרת הדיון באינטרסים של האדם, העיר ברק כי "הזכות לפרטיות ניזונה מאותם ערכי יסוד של חירויות הפרט מהחשובות שבזכויות האדם... הזכות לפרטיות ניזונה מאותם ערכי יסוד של חירויות הפרט והאוטונומיה האישית, העומדות בבסיס הזכות להורות. 'זכותו של כל פרט להחליט על מעשיו ומאוייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה'... עצם ההתחקות אחרי ענייניה האינטימיים של האם שלא בהסכמתה פוגעת קשות בפרטיותה. 'התעברות, הריון ולידה הם אירועים אינטימיים, שכל כולם בתחום צנעת הפרט'..." (הפניות פנימיות הושמטו). ניסוח זה יוצר חפיפה ערכית בין האוטונומיה לבין הפרטיות, אבל היישום הקונקרטי למקרה הנידון אינו מבהיר אם ברק התכוון לכך שהחלטת האם לא לגלות את שם האב היא שמוגנת על-ידי זכותה לפרטיות או שמא כוונתו הייתה שהמדינה יכולה לחקור ולהגיע אל האב באמצעים אחרים.

⁵⁸ ראו, למשל: EU Charter of Fundamental Rights, art. 7 ("Everyone has the right to respect for his or her private and family life, home and communications"); European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, art. 8 (ECHR) (Rome, 1950) ("Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence"); UN International Covenant on Civil and Political Rights, art. 17 (1966) ("No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation").

⁵⁹ ראו ס' 7(ב) לחוק-היסוד, הקובע כי "אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו". השוו את ס' 3(2) לחוק הגנת הפרטיות, האוסר צילום ברשות היחיד, לס' 2(4), האוסר את פרסום הצילום ברשות הרבים אם הוא משפיל ומבזה.

⁶⁰ ראו: U.S. CONST. Amend. III-IV.

כבלתי-חוקית, אם כי לא כל התנהגות ביתית זכתה בהגנה משפטית.⁶¹ אי-התערבות כזו היא בליבה של הזכות לפרטיות. בעלות קניינית ושליטה במרחב פיזי או במיטלטלין מסוימים מכתבים פרטיות באותו מקום או מיטלטלין. אלה מרחבים פרטיים, וכניסה לא-מורשית אליהם היא פגיעה בפרטיות, ובהקשר המדינתי היא אסורה אלא אם כן מתקיימים תנאי התיקון הרביעי לחוקה.

הסיווג לפי מקומות מוגבל ומגביל מכמה סיבות. ראשית, הפרטיות אינה של המקומות, אלא של האנשים הפועלים בתוך אותם מקומות.⁶² שנית, התיחום הפיזי אינו מסייע בקשת של מצבי-ביניים שבין הקצה הפרטי המובהק (הבית) לבין הקצה הציבורי המובהק (כיכר העיר). לא תמיד ברורה זכותם לפרטיות של מי שאינם בעלי הבית אך נמצאים בו. מצד אחד, כאשר אנו מארחים אורחים בביתנו, פרטיותם אינה נעצרת בדלת הבית, ואיננו יכולים להפשיטם מפרטיותם רק משום היותם בדלת אמות ביתנו. מצד אחר, עמדתנו עשויה להיות שונה בקשר לעובד המועסק בביתנו – למשל, אדם המטפל בילדינו.⁶³ מצב בעייתי אחר הוא ביחס למי שנתון בחסותנו, כלומר, ילדינו. נראה כי לפחות בישראל אין נורמה חברתית ברורה בשאלת פרטיותם של ילדים מול הוריהם.⁶⁴

⁶¹ בעניין *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969), קבע בית-המשפט העליון בארצות-הברית שמותר לאדם להחזיק בביתו חומר פורנוגרפי המוגדר שם כתועבה (obscene), אך שיש חוקים נגד תועבה. פסק-הדין נידון אומנם במסגרת משפטית של חופש הביטוי, אולם השופטים הדגישו כי מצטרפת לכך פרטיותו של אדם בביתו. לעומת זאת, בעניין *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986), קבע בית-המשפט כי האיסור בדבר קיום יחסי מין הומוסקסואליים חל גם על קיומם בתוך הבית. דעת הרוב העירה כי "Otherwise illegal conduct is not always immunized whenever it occurs in the home".¹⁹⁵ פסק-דין זה נהפך רק בחלוף שני עשורים כמעט, בעניין *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), שם בוטלו חוקים האוסרים יחסים הומוסקסואליים. דעת הרוב בפסק-הדין התבססה על הכרה משולבת בחירותו של האדם להחליט בדבר התנהגותו המינית במקום הפרטי ביותר (in the most private of places, כלשון פסק-הדין), כלומר, במונחי הדיון פה – פרטיות בהחלטות ופרטיות במקום.

⁶² עניין *Katz*, לעיל ה"ש 39, בעמ' 351.
⁶³ בשנים האחרונות זכו כמה מקרי התעללות של מטפלות בילדים בסיקור תקשורתי נרחב, שהביא לידי גידול משמעותי בשימוש במצלמות ביתיות, שנועדו להשגיח על המטפלות, וכפי שידון בהמשך – גם להפנים אצלן את תחושת המעקב. ראו, למשל, רענן בן צור "ההורים צילמו וגילו: המטפלת מכה את התינוקת" www.ynet.co.il/7.12.2005_ynet_articles/0,7340,L-3180899,00.html; שלומי שפר "013 ברק משיקה שירות מעקב באמצעות מצלמות אלוטיות" www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-3056160,9.3.2005_ynet_articles/0,7340,L-3329824,00.html.

⁶⁴ חברת בזק פרסמה בסוף שנת 2006 מצלמת-אינטרנט בסרטון המראה אם העוקבת אחר בנה באמצעות מצלמה סמויה המותקנת בבית. לדיון ביקורתי ראו עזי ברק "בזק מציעה: אל תאמינו לילדים, עקבו אחריהם" www.ynet.co.il/19.11.2006_ynet_articles/0,7340,L-3329824,00.html. מעקב של הורים אחר ילדיהם נובע בדרך-כלל מדאגה לשלומם. במצב של חשד לשימוש בסמים עולה השאלה אם הורים יכולים לחטט

גם הגבול הפיזי של המקום שבו מדובר אינו חד: האם יש לי פרטיות כאשר ביתי חשוף לכל מבחוץ – למשל, מחמת חלונותיו הגדולים או הווילון המתנופף ברוח – או כאשר הבית חשוף לצילום חיצוני,⁶⁵ לצילום אוויר, לצילום לוויין⁶⁶ או אולי לשיקוף תרמי?⁶⁷ האם יש לי פרטיות מפני השכנים השומעים את שנעשה בביתי? הנה כי כן, התחום "הפרטי" אינו חד כלל. נוסף על כך, הסיווג הקנייני אינו מתאים לפעולות שקשה לתחום אותן למקום אחד. הבית אינו רק מקום מגורים, אלא גם מקום עבודה לרבים. יש פעולות שתחילתן בבית וסופן מחוץ לו, כגון קולות וריחות הבוקעים מהבית או תקשורת עם אחרים (שיחת טלפון, תקשורת באינטרנט),⁶⁸ ויש פעולות הנעשות בבית אבל ידועות לגורם חיצוני, כגון ספק שירות הטלוויזיה, אשר יודע איזה סרט הזמנו לצפייה.

גם הצד ה"ציבורי" של המקום שבו מדובר מטושטש: לעיתים אנו נמצאים במקום שאינו בבעלותנו או בשליטתנו, ואף-על-פי-כן אנו מצפים ונהנים מפרטיות, הן כנורמה חברתית והן כהגנה משפטית. כאלה הם, למשל, תא הטלפון הציבורי, מרחב מסוים מסביב למכשיר הכספומט, מרחב מסוים בבית-המרקחת כאשר אנו משוחחים עם הרוקח, תא ההלבשה בחנות הבגדים,⁶⁹ המלתחות בבכ"ה או במכון הכושר, וכיוצא

בחפציהם של ילדיהם. מומחים לנושא ממליצים להימנע מאווירת חשד: "אל תהפכו עצמכם ל'בלשים' – אל תצוטטו [צ"ל תצותתו – מ' ב'] לדברי ילדיכם, אל תחטטו בחפציהם, אל תעקבו אחריהם ואל תחקרו אותם". ראו נעמי קרמניצר **הורים סמים ומתבגרים** (הרשות הלאומית למלחמה בסמים, 2004). ראו גם אילן גבאי "הדרכה להורים לנוער בגיל ההתבגרות בעידן הפוסט מודרני" **אתר הרשות הלאומית למלחמה בסמים** 1.7.2006. www.antidrug.gov.il/template/default.asp?maincat=8&catId=13&pageId=106.⁶⁵
 חפשו את צילום ביתכם באתר הבא: www.zoomap.co.il, ובאשר לארצות-הברית ראו את צילומי הרחוב של גוגל: maps.google.com/help/maps/streetview/.⁶⁶
 ראו: MARK MONMONIER, SPYING WITH MAPS: SURVEILLANCE TECHNOLOGIES AND THE FUTURE OF PRIVACY (2002), אשר הן בשיטות מעקב גיאוגרפיות שונות לאור הזכות לפרטיות.⁶⁷

ראו: *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001) (להלן: עניין *Kyllo*).⁶⁸
 ביקורת נוספת על קטגוריית המקומות קשורה לטכנולוגיות חדשות, בעיקר בסביבה הדיגיטלית, ש"מיקומן" אינו ברור. כאשר מידע על-אודות גולשת באינטרנט נאסף אגב גלישתה, האם מדובר ב"מקום" מוגן? לדיון ראו: Daniel Benoliel, *Law, Geography and Cyberspace: The Case of On-Line Territorial Privacy*, 23 *CARDOZO ARTS & ENT. L.J.* 125 (2005).⁶⁹

חשיפת קיומן של מצלמות שפונוו לתאי ההלבשה בחנות בגדים עוררה סערה בקרב צרכנים. ראו יעל אונגר "קסטרו: מצלמים אתכם בתאי המדידה" *ynet* 28.11.2002 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2277314,00.html. שינוי בארכיטקטורה המקובלת של תאי המדידה מאתגרת את תפיסת הפרטיות שלנו. ראו ענת אור "להתפשט מול כולם" **וואלה** 5.10.2006 fashion.walla.co.il/?w=/2128/985567, שם מדווח על תאי מדידה שונים מאלה המוכרים לנו: "כשנכנסים להתפשט בתוך התאים, שגם צופים אל הרחוב, לא

בהם. ביטוי לרעיון זה אפשר למצוא בחוק האזנת-סתר, המתיר האזנה ברשות הרבים במצבים מוגדרים. החוק מגדיר את רשות הרבים בצורה מעניינת, כ"מקום שאדם סביר יכול היה לצפות ששיחותיו יישמעו ללא הסכמתו".⁷⁰ יש כאן שילוב של ציפייה סובייקטיבית עם מימד של סבירות אובייקטיבית, ברוח המבחן המקובל במשפט האמריקני.⁷¹ מהגדרה זו משתמע שהמחוקק מכיר בכך שגם ברשות הרבים תיתכן

ברור אם רואים דרכם או לא. כמוכן שהמעצבת דאגה שלא יראו שום טפח ממי שמחליף בגדים בפנים אבל כל הזמן יש תחושה שאתה קצת חשוף." 70
 ס' 8(1) לחוק האזנת-סתר. נוסח קודם דיבר על "רשות הרבים" מבלי להגדירה. דברי ההסבר לתיקון מציינים כי הנוסח נועד להבהיר את הביטוי הסתמי הקודם. ראו הצעת חוק האזנת סתר (תיקון), ה"ח התשנ"ד 544, 548.

71
 המבחן האמריקני לקיומה של הפרטיות פותח בבית-המשפט העליון בפרשת *Katz* משנת 1967, לעיל ה"ש 39, בעמ' 361, בדעתו התומכת של השופט Harlan. המבחן כורך יסוד סובייקטיבי ביסוד אובייקטיבי: הזכות לפרטיות מוגנת כאשר לפרט יש ציפייה סבירה לפרטיות. למשל, אם אדם סבור באמת ובתמים כי יש לו פרטיות כאשר הוא מדבר לעצמו בקול רם על-אודות ענייניו הפרטיים בכיכר העיר, נאמר שאולי יש לאותו אדם ציפייה לפרטיות, אולם אין היא סבירה, לנוכח נסיבות המקום שבו התנהג כפי שהתנהג. בתא הטלפון הציבורי הסגור, בתא ההלבשה בחנות הבגדים, בחוף הנודיסטים וכיוצא באלה מקומות, אין לאדם ציפיות לפרטיות כלפי מי שנוכח במקום ויכול לראותו או לשמוע אותו, אולם בהחלט יש ציפייה לפרטיות כלפי מעגלים רחבים יותר. ראו, למשל, ת"א (שלום נת') 5680/02 פלונית נ' שניידר (טרם פורסם, 6.2.2006), שם התקבלה תביעתה של אישה שרחצה בים כשפלג גופה העליון חשוף, היא צולמה, והצילום פורסם ללא הסכמתה בעיתון מקומי.

המבחן האמריקני מאפשר גמישות, אבל יש בו, באופן אינהרנטי, גם עמימות וחוסר ודאות. זה קוצר-ידו: בתי-המשפט אינם עורכים סקרים בקרב הציבור בדבר סבירותם של מצבים שונים. הם משליכים את נסיון חייהם על המקרה, את "השכל הישר" שלהם, ולא תמיד יש קרבה בין נסיון חייהם של השופטים לבין זה של רוב האזרחים. (לטענה דומה בהקשר שונה ראו מנחם מאוטנר "שכל ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים" פלילים ז 11 (1998)). המבחן האובייקטיבי הוא גם מבחן ערכי, ובית-המשפט קובע למעשה לא רק את המצוי, אלא גם את הרצוי בעיניו. במקרים רבים, כל עוד בית-המשפט אינו קובע מה סביר מבחינה חברתית, קשה להשיב על השאלה אם מדובר בסיטואציה של פרטיות. המבחן, במילים אחרות, מעגלי בחלקו וטאוטולוגי בחציו: פרטיות היא מה שנקבע (בדעיבר, על-ידי בית-המשפט) שהוא פרטי. הקושי מתחדד עוד יותר כאשר מדובר בטכנולוגיות חדשות שמשליכות על הפרטיות ואשר בשל חידושן אינן מוכרות לציבור. משום כך קשה לדבר בכלל על סבירות ציפיותיו של אזרח הטוען לפרטיות מפני טכנולוגיות חדשות. לדיון בהשפעת הטכנולוגיה על עיצוב ציפיותינו ראו: Lee Tien, *Architectural Regulation and the Evolution of Social Norms, in CYBERCRIME: Digital Cops in a Networked Environment* 37, 46 (Balkin et al. eds., 2007). ברוח זו פסק בית-המשפט העליון בארצות-הברית כי גלאי תרמי אשר משקף בית מבחוץ ומאפשר זיהוי חום חריג בתוך הבית פוגע בציפיותיו של הדייר לפרטיות בביתו, וכי ציפיותיו אלה סבירות לנוכח אי-ההיכרות עם הטכנולוגיה. ראו עניין *Kyllo*, לעיל ה"ש 67. קצב כך פסל בית-המשפט את הראיות. האם במקרה חדש שבו ייעשה שימוש משטרתי

ציפייה סבירה לפרטיות השיחה. אפילו בכיכר העיר אנו מצפים לפרטיות מסוימת, בעיקר במצבים לא-נעימים – למשל, כאשר אדם מתבשר בשורה רעה בהיותו במרחב ציבורי או כאשר אדם נופל ונחבל.

שלישית, ככל שלאדם יש זכות קניינית במרחב מסוים, שליטתו מכוח אותה זכות קניינית כוללת ממילא גם את ההגנה על אינטרס הפרטיות. אם איני רוצה להתיר לאדם זר להיכנס לביתי, וזכות הקניין מאפשרת לי לעשות זאת, אזי כך אני מגן על פרטיותי. אולם הדוגמות שהובאו לעיל מראות כי יש לנו פרטיות גם במקומות שאינם בבעלותנו או שאין לנו בהם זכות קניינית אחרת, כגון תא ההלבשה, וכי במקומות שבהם יש לנו בעלות אין לנו בהכרח שליטה מלאה, דוגמת הבית שחלונו פתוח לרווחה. מכאן ברור שכאשר אנו מדברים על פרטיות במקומות, אין הכוונה לזכות של המקום, אלא לזכותו של האדם אשר נמצא במקום או משתמש בו. הקניין והפרטיות אינם חופפים.

(ב) פרטיות בתקשורת

קטגוריה שנייה בסזכרת בסיווגים המקובלים היא זו המגינה על הפרטיות בתקשורת שבין בני-אדם.⁷² סודיות התקשורת היא שמוגנת, ומי שחודר לתוכה – כלומר, מאזין

בגלאי תרמי כזה יהיה אפשר לטעון כי כעת, לאחר פסק-הדין של בית-המשפט, עובדת השימוש בגלאי תרמי ידועה לכל ולכן אין לקבל טענה של אדם שציפה לפרטיות כי ציפיותו הייתה סבירה? שאלה דומה עולה ביחס לפרקטיקות לכלליות-חברתיות חדשות – למשל, בתחום הפרסום. האם מי שמבצעת פעולות מסחריות פשוטות, כגון רכישת מוצר באינטרנט, ערה לכך שמידע על-אודותיה נאסף, נשמר ומעובד? האם יש לה ציפייה לפרטיות? האם ציפייה זו סבירה? הסבירות במקרה זה אינה רק נתון חברתי בדבר הציפיות בפועל, אלא היא החלטה ערכית. החשש הוא שהחלטה בדבר הסבירות תושפע מלחצים כלכליים של מי שמבקשים לאסוף מידע, לעבדו ולהשתמש בו לצורכי מסחר. האתגר הוא לוודא שהחלטה תהיה גם ערכית.

⁷² קטגוריה חברתית-משפטית זו אינה חדשה. כזה היה, למשל, החרם מהמאה האחת-עשרה המיוחס לרגמ"ה (רבנו גרשום מאור הגולה) בדבר איסור פתיחת מכתבים. החרם היה כלל חברתי-דתי, שכוחו היה בתוך הקהילה היהודית. לדין ראו נחום רקובר **ההגנה על צנעת הפרט** 107 (2005). החרם הונהג במחוזות מושבו של המתקין, בצרפת ובגרמניה, אך התפשט לקהילות יהודיות אחרות. היה נהוג – ורקובר מציין כי יש עדיין הנהגים כך – לציין על-גבי המעטפה את האזהרה "בחדר-ג". החרם הורחב על-ידי דינים בני-זמננו גם להאזנת-סתר. ראו שם, בעמ' 116. להיקפו של האיסור יש השלכה על הדין הדתי כיום: היקפה של הפרטיות משליך על האמצעים שמותר לבני-זוג לנקוט ועל הראיות שהם יכולים להציג לבית-הדין הרבני במסגרת סכסוכי גירושים. ראו, למשל, עניין **פלונית**, לעיל ה"ש 6, וכן את הדיון אצל רות זפרן "סקס שקרים ווידאוטייפ" – על הגנת הפרטיות בהליכים המתנהלים בבתי הדין הרבניים "משפט וממשל ז 813 (2005). נראה שהאיסור עצמו היה קיים עוד זמן רב לפני כן כנורמה חברתית-הלכתית, והחידוש בתקנה היה הסנקציה של הטלת חרם, אם כי הועלתה הסברה שמטרתו של החרם הייתה למנוע דליפת סודות מסחריים. ראו רקובר, שם, בעמ' 108. כך או כך, החרם נקלט היטב, כפי שמעלה הדיון המפורט בו הן בספרות החכמים והן בפסיקות הרבנים.

לה או מתעד אותה – פוגע בפרטיות. להבדיל מ"קטגוריית המקומות" שתוארה לעיל, כאן מעורבים שני בני-אדם לפחות. האדם שאנו משוחחים איתו יודע מה תוכן השיחה, אם כי לא תמיד את זהותנו ופרטים אחרים (למשל, שיחה עם מוקד שירות). צדדים שלישיים שאינם חלק מהשיחה אינם יודעים דבר על-אודותיה, אלא אם כן צותתו לשיחה או שמעו עליה מאת המשוחחים.

לקטגוריה של פרטיות בתקשורת יש ביטוי בחוק-היסוד, כמו-גם בחוק הגנת הפרטיות,⁷³ בחוק האזנת-סתר ובמסמכים הבין-לאומיים השונים העוסקים בפרטיות.⁷⁴ התקשורת הבין-אישית בין בני-אדם היא מצב שבו אנו מצפים לפרטיות. גם מתנגדיה של הזכות לפרטיות מכירים בחשיבות ההגנה על תקשורת כזו. ריצ'רד פוזנר, למשל, סבור שהפרטיות מפריעה בדרך-כלל לזרימה יעילה של מידע ולכן פוגעת בתפקודו של השוק. אולם גם הוא מסכים שתקשורת בין-אישית זכאית לפרטיות, שהרי אילו היו הצדדים לשיחה מודעים לכך ששיחתם חשופה לצדדים שלישיים, הם היו נאלצים לכלכל את דבריהם בזהירות, דבר שהיה מייקר את השיחה. לפי קו מחשבה זה, שיחות היו נהפכות לבלתי-יעילות מאחר שמידע רב לא היה נאמר בהן.⁷⁵

כאן יש הבחנה מקובלת, שיש לה השלכות משפטיות, בין תוכן השיחה לבין נתוני התקשורת, כלומר, מי שוחח עם מי ומתי, כמה זמן נמשכה השיחה, ובהקשר של שיחות אינטרנט – סוג השיחה ונפחה, וכל זה בנפרד מתוכנה של השיחה. הבחנה זו מועלית כטעם להגנה פחותה של הדין על נתוני התקשורת, שהם כלי חשוב בחקירות של גורמי אכיפת חוק. גישה כזו אינה ראויה. בעידן שבו יכולות עיבוד מידע ממוחשבות אינן בדיניות, אלא כלי יומיומי זמין וקל לשימוש, ניתן ללמוד מנתוני התקשורת על תוכן השיחה ועל המשוחחים. למשל, שיחות טלפון יומיומיות בין אדם לבין מוקד תמיכה נפשית מעידות על תוכן השיחה; גלישה באתר אינטרנט שעוסק בבעיה רפואית מסוימת מלמד רבות על הגולש; נתוני שיחה של עיתונאית חושפים את מקורותיה; מנתוני התקשורת של אדם אפשר ללמוד על קשריו החברתיים, העסקיים והאחרים, ומהם ללמוד על האדם עצמו. במילים אחרות, טכנולוגיות של כריית מידע (data mining) מאפשרות פעמים רבות להפוך מידע לא-מזוהה למזוהה, ולהסיק מנתונים

⁷³ ס' 2(2) לחוק קובע שהאזנה אסורה היא פגיעה בפרטיות; ס' 2(5) קובע שהעקת תוכן של מכתב היא פגיעה בפרטיות; ולאחר תיקון מס' 9 לחוק (ראו להלן ה"ש 115), הגדרת "כתב" כוללת גם מסר אלקטרוני. לעניין ס' 2(5) ראו את ההבחנה של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב בין התוכן הרעיוני לבין צורת הכתב, בבר"ע (מחוזי ת"א) 15315/96 בן חמו נ' דוד (לא פורסם, 18.2.1997).

⁷⁴ ראו, למשל, ס' 1(8) ל-ECHR, לעיל ה"ש 58.

⁷⁵ ראו Posner, לעיל ה"ש 25, בעמ' 339-340.

טרויואליים דברים משמעותיים הרבה יותר.⁷⁶ לפיכך איסוף נתוני תקשורת, גם אם תכליתו ראויה, חייב להיעשות בדרך שפגיעתה בפרטיות אינה עולה על הנדרש.⁷⁷ הגבול שבין תוכן השיחה לבין נתוני התקשורת מיטשטש במיוחד בסביבה טכנולוגית דינמית. לצד הטלפון הנייה אנו משתמשים בטלפונים ניידים, ולצד המכתב אנו משתמשים בדואר אלקטרוני, בתוכנות למסרים מידיים (IM), דוגמת ICQ, ובטלפוניית-רשת (VoIP). לכל אחת מהטכנולוגיות האלה יש מאפיינים שונים, וכתוצאה מכך יש להן נקודות-תורפה שונות בקשר לפרטיות. למשל, לטלפון הנייד יש מימד של איפון גיאוגרפי: רשת הטלפון בנויה כך שהמכשיר שבידי המתקשרת יוצר קשר לתא קליטה הנמצא בקרבתה הגיאוגרפית. תא זה מחובר לתאים אחרים ברשת קווית או אלחוטית, ומאתר את התא הקרוב למקום שבו נמצא יעד השיחה. משום כך, הארכיטקטורה של הרשת היא למעשה רשת גיאוגרפית, ולכן ניתן לעשות גם את הפעולה ההפוכה – זיהוי מיקומו של אדם. לזיהוי כזה יש יתרונות אחדים – כגון איתור של מי שאבדה דרכם או נחטפו, או שימוש לצורכי אכיפת חוק (שאז הוא צריך להיעשות בדרכים המפורטות בחוק)⁷⁸ – אולם לצד זה מערכת האיכון מאפשרת גם שימושים שנויים במחלוקת, כגון מעקב של הורים אחר ילדיהם⁷⁹ או מעקב של המדינה אחר אזרחיה.

⁷⁶ על כריית מידע ופרטיות ראו: Tal Z. Zarsky, *Mine Your Own Business! Making the Case for the Implications of the Data Mining of Personal Information in the Forum of Public Opinion*, 5 YALE J. L. & TECH. 1 (2002).

⁷⁷ ראו את הצעת החוק לתיקון פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (מס' 13) (קבלת נתוני תקשורת וקובצי נתונים ממאגר מידע של בעל רישיון בזק), התשס"ו-2006, ה"ח 549, שלפיה תוכל המשטרה לקבל מידע כאמור בדרכים שונות, חלקן במסלול של בקשת צו מבית-משפט וחלקן ללא צו. בעת כתיבת המאמר נידונה ההצעה בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, ושמה שונה להצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ז-2007. השוו להחלטת בית-הדין האירופי לזכויות אדם, שקיבל תביעה של עובדת נגד מעסיקה, שניהלו רישום של שיחות הטלפון והדואר האלקטרוני שקיימה במקום העבודה: 3) Copland v. United Kingdom, 62617/00 [2007] ECHR 253 (April, 2007).

⁷⁸ למשל, שימוש משטרה להשגת ראיות בדבר מיקומו של אדם: בש"פ 10792/05 ועקנין נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 12.12.2005). השימוש נעשה לאחר קבלת צו מבית-משפט לפי ס' 23א(ב) ו-43 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, דמ"י 284. הצעת חוק פרטית שנועדה להגביל את השימוש במידע על-אודות מיקומו של משתמש בטלפון נייד לא התקבלה בינתיים בכנסת. ראו פ/2748/17 הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – מסירת נתוני תקשורת), התשס"ז-2007 (הצעת חוק של חברי-הכנסת גדעון סער ושלי יחימוביץ').

⁷⁹ ראו לעיל ה"ש 64 והטקסט הצמוד לה. כן ראו, למשל, את השירותים שמציעות חברות הסלולר הישראליות. חברת פלאפון, למשל, מציעה שירות בשם "חפש אותי", ומסבירה: "השירות מאפשר לכם בכל זמן וכל מקום לדעת מהו המיקום של ילדכם". ראו: www.pelephone.co.il/FindTheKid.asp.

מהדוגמות האחרונות עולה כי שינויי הטכנולוגיה מציגים מגוון של סוגי שיחות המעוררים בעיות ואתגרים חדשים. יש שיחות שמעורב בהן גורם-ביניים, לעיתים כצינור בלבד ולעיתים מעורב יותר. מידת ההיכרות והניסיון של המשתמשים בטכנולוגיות השונות, ולכן גם ציפיותיהם, משתנות לפי הטכנולוגיה. לפיכך נורמה חברתית וכלל משפטי שמדגישים את חשיבותה של התקשורת, בין מטעמים של קשרים חברתיים ובין מטעמים של קשרים עסקיים, יהיו אדישים לטכנולוגיה ויתמקדו במהות. קושי מרכזי בעניין זה הוא שלגבי הטכנולוגיות החדשות אנו רק בתחילת הדרך. ציפיותיהם של אנשים עלולות להיות מנותקות מהמציאות הטכנולוגית, אולם גם את זו ניתן לשנות, או לפחות לנסות לשנות.

(ג) פרטיות במידע

קטגוריה שלישית עוסקת במידע. שורשיה המשפטיים של קטגוריה זו נמצאים אצל וורן וברנדייס. השניים הזכירו את הרכילות כעניין שיש להגן מפניו.⁸⁰ גם הסיווג של פרוסר הכיל את הקטגוריה של פרטיות במידע אישי (private facts), וכך גם חוק הגנת הפרטיות בישראל.⁸¹ אולם כאן נפרדות הדרכים, כאשר ארצות-הברית ואירופה מציגות גישות הפוכות כמעט.⁸² השוני הוא בהגדרת המידע הראוי להגנה, בעוצמת ההגנה, בבחירת דרך ההגנה, וביסודו של דבר – שוני עקרוני בתפיסת מהותה של הפרטיות. מהו מידע אישי? כיצד נקבע מהו? דרך אחת היא לנסות להגדיר סוגי מידע. זו דרכו של המחוקק הפדרלי האמריקני, שקבע בשורה של חוקים כי מידע בעניינים מסוימים הוא מידע פרטי – למשל, מידע רפואי, מידע על-אודות לימודים (כגון ציונים) או מידע בדבר הקלטות שאדם שאל מחנות להשכרת קלטות וידאו.⁸³ גישה סקטוריאלית זו, כפי שהיא מכונה בארצות-הברית, משקפת את המוסכמות החברתיות האמריקניות בקשר ל"מהו דבר פרטי" ומהו מקור האיום על הפרטיות, ומהווה גם תגובה על מצבים קונקרטיים (החוק בעניין הקלטות, למשל, בא בתגובה על פרסומים על-אודות סרטים ששאל רוברט בורק, אשר כשל במועמדותו לבית-המשפט העליון כמינוי של הנשיא ריגן). על גישה זו נמתחת כיום ביקורת אקדמית על-ידי קבוצת חוקרים הקוראים לאמץ את העמדה האירופית – לפחות ברוחה, גם אם לא בפרטיה.⁸⁴

⁸⁰ לרכילות יש ערך חברתי ואישי חיובי. לדיון ראו אהרן בן-זאב "על טבעה של הרכילות" **רכילות** (אהרן בן-זאב ואבינועם בן-זאב עורכים, 1993), והשוו דני סטמן "רכילות, לשון הרע ומוסר" **עיון** מג 399 (התשנ"ה).

⁸¹ במיוחד ס' 2(7)–(9)2 ו-1(11)2 לחוק.

⁸² לדיון בהבדלים ראו: JOEL R. REIDENBERG & PAUL SCHWARTZ, DATA PRIVACY LAW (1996); Whitman, לעיל ה"ש 13.

⁸³ ראו: Video Privacy Protection Act, 18 U.S.C. §2710 (1987).

⁸⁴ ראו במיוחד: DANIEL J. SOLOVE, THE DIGITAL PERSON – TECHNOLOGY AND PRIVACY IN THE INFORMATION AGE (2004). לדיון בפרויקט האקדמי המתהווה ראו: Neil Richards, *The Information Privacy Law Project*, 94 GEO. L.J. 1087 (2006).

לעומת גישה זו, האירופים מעמידים גישה מרחיבה בהרבה: כל סוג של מידע נחשב פרטי אם הוא קשור לאדם מזוהה או לאדם שניתן לזיהוי.⁸⁵ קטגוריה זו רחבה בהרבה, והיא משקפת הבדלי השקפה עמוקים באשר לפרטיות. ככלל, באירופה רואים ב"פרטיות הקלסית" נגזרת של ענף הגנת המידע (data protection). לפי גישה זו, גם מידע על-אודות הרגלי הצריכה של אדם – יהא טריוויאלי ככל שיהא – הוא עניין של פרטיות. אין זה אומר שאסור לצד שלישי לאסוף מידע כזה, אבל כל הפעולות הקשורות לאיסוף המידע ולעיבודו כפופות למשטר של הגנת מידע, הכולל חובות המוטלות על אוסף המידע ועל המחזיק בו, וזכויות למושאי המידע (data subjects). ישראל בחרה בנתיב האירופי.⁸⁶

כדי להצדיק את ההכרה בקטגוריית הפרטיות במידע, עלינו לבחון כמה מישורים. האחד הוא המישור העיוני, שמחייב בירור של הטעמים להגנת הפרטיות. מישור שני של דיון הוא שיקולי-הנגד. בין שאנו מקבלים את נקודת המוצא המרחיבה, הרואה בכל פריט מידע משום מידע פרטי אלא אם כן מושא המידע קבע אחרת, ובין שאנו מקבלים גישה שלפיה מידת ההגנה על מידע פרטי מצומצמת יותר, עלינו לבחון אם התועלת שבהגנה עולה על מחירה. המחיר של הכרה בפרטיות במידע הוא פגיעה באינטרסים שלטוניים (בדרך-כלל של אכיפת חוק) ובאינטרסים כלכליים – למשל, הוזלת עלויות האשראי הצרכני, שיווק יעיל יותר, שיפור השירות ללקוח, ניהול העסק, מניעת הונאות, ושאר היבטים התורמים לרווחיות העסק.⁸⁷ עלינו לבחון גם את המחיר של אי-הכרה בפרטיות במידע. מהו הנזק הנגרם לפרט כתוצאה מכך שמידע על-אודותיו נאסף על-ידי המדינה ושחקנים בשוק? כאן יהיה עלינו להתעכב על הטכנולוגיה, ובמיוחד על האפשרות לאסוף מידע, לשמור אותו, להצליב מידע ממקורות שונים ולנתח מידע הנחזה כתמים. כאמור, כריית מידע מאפשרת להפוך מידע לא-מזוהה למזוהה. למשל, מנתוני רכישה בסופרמרקט ניתן להסיק את מצבו הבריאותי של אדם, את הסיכון שלו לחלות, ואפילו את תוחלת חייו.

(ד) פרטיות בהחלטות

בארצות-הברית מוכרת קטגוריה של פרטיות בהחלטות אינטימיות. ההחלטה היא של הפרט, ומי שמתערב בהחלטתו חודר לפרטיותו. הדוגמה המובילה היא זכותה של אישה להפיל. פסק-הדין הידוע בעניין *Roe v. Wade* ביסס את זכותה של אישה הרה להפיל

⁸⁵ ראו הגדרת personal data בס' 2(a) לדירקטיבה בדבר הגנת מידע: Council Directive 95/46/EC, on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (24 October, 1995).

⁸⁶ ראו פרק ב לחוק, המסדיר את נושא מאגרי המידע, וכן ראו את דוח שופמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 20, המציע לאמץ בדין הישראלי הגדרה דומה לזו האירופית בקשר ל"מידע אישי".

⁸⁷ ל"כתב-הגנה" על היתרונות של איסוף מידע על לקוחות ראו, למשל: FRED H. CATE, PRIVACY IN PERSPECTIVE 10–17 (2001).

על הזכות לפרטיות, שאותה מצא בית-המשפט האמריקני ב"מתחמי פרטיות" בחוקה, אשר כאמור אינה מונה במפורש את הזכות לפרטיות.⁸⁸ דוגמות נוספות הן חיי המין של אנשים או זכותם להשתמש באמצעי מניעה. ביקורת מרכזית על הקטגוריה הזו באה מבית-המדרש הפמיניסטי, אשר מוחה נגד ההבחנה בין התחום הפרטי לציבורי. תיחום הגבול הזה מאפשר, לפי הביקורת, ניצול לרעה של נשים.⁸⁹

לאוזן הישראלית קטגוריה זו נשמעת מוזרה-משהו תחת קורת-הגג של הזכות לפרטיות. ההמשגה המשפטית של שאלות מסוג זה בישראל תהיה תחת הכותרות "אוטונומיה" או "כבוד האדם".⁹⁰ ההכרה ב"פרטיות בהחלטות אינטימיות" תעורר שאלה מושגית: אם המשפט מגן על כבוד האדם, יאמרו המצרים, אזי מדוע יש להכיר גם בקטגוריה של פרטיות בהחלטות? אין צורך בחפיפה. המרחיבים, לעומתם, לא יירתעו מההכרה בקטגוריה רק מהטעם הפורמליסטי של סיווג משפטי כפול, אולם יסכימו כי אין בכך צורך. הטעם, שוב, קשור לבסיס העיוני של הזכות לפרטיות. חלק מהאינטרסים שהזכות מגינה עליהם משותפים, כפי שנראה, לאינטרסים שביסוד המושג הפילוסופי-החוקתי-המשפטי "כבוד האדם". מתעוררת שאלה אנליטית בדבר היחס שבין כבוד האדם לבין פרטיות – הן במישור העיוני והן במישור החוקתי-המשפטי.⁹¹ אקדים ואעיר כי יש תחום מסוים של חפיפה בין ההצדקות של הזכות לפרטיות לבין הרעיון של כבוד האדם, אולם המסגרת של כבוד האדם מתאימה יותר להחלטות אישיות.

מסקנת-ביניים היא שכוחן המתאר והמסביר של רוב הקטגוריות מוגבל מאוד, הן אינן מתאימות למצבים טכנולוגיים וחברתיים חדשים, וככל שהקטגוריות מהוות מסגרת משפטית להמשגת הזכות, הן מגבילות אותה. כמו בכל סיווג משפטי, יש חשש שהסיווג, שנועד להיות כלי-עזר לחשיבה המשפטית, ייהפך לעיקר; האמצעי ייהפך לגורם שיכריע בסכסוך משפטי. הקטגוריזציה אינה משקפת הצדקה ברורה של הזכות לפרטיות, אלא לכל-היותר רמזים להצדקות כאלה. סדר הדיון צריך להיות הפוך: דיון עיוני, ומתוכו יש לגזור את מושא ההגנה ואת היקפה.

3. הגדרות לזכות

לנוכח העמימות המובנית של הזכות לפרטיות, לנוכח הטענה המושגית שתובעת מאיתנו לותר על הכרה בזכות לפרטיות כזכות ייחודית או לחלופין לשכנע כי יש בה ערך מוסף לעומת אוסף האינטרסים שכבר מוגנים בענפי משפט אחרים, ולנוכח קוצר-ידה של מלאכת הסיווג (שגם היא תובעת מאיתנו להצביע על הקשר בין הקטגוריות),

⁸⁸ Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973). קדם לו עניין *Griswold*, לעיל ה"ש 33, שבו פסל בית-המשפט העליון חוק שהגביל מכירת אמצעי מניעה, בנימוק שהחוק פוגע בפרטיות.

⁸⁹ Catherine MacKinnon, *Privacy v. Equality: Beyond Roe v. Wade*, in *FEMINISM UNMODIFIED: DISCOURSES ON LIFE AND LAW* 93 (1987).

⁹⁰ ראו את הטקסט הצמוד לה"ש 57 לעיל.

⁹¹ לדיון ראו להלן תת-פרק 11.

מתעורר הצורך בהגדרה של הזכות לפרטיות. המלאכה קשה עד-מאוד, ולא במקרה נמנעו החוקים, בארץ ובעולם, מהגדרה חיובית של הזכות, ובחרו תחת זאת להגדיר מצבים של פגיעה בפרטיות. הגדרה חיובית של הזכות צריכה לתאר את הפרקטיקה המשפטית בצורה הטובה ביותר; להשביע את רצון הטענה המושגית כאמור; ולקשר בין מופעים שונים של הפרטיות, על הקטגוריות השונות שלה. לאורך השנים הוצעו בספרות כמה הגדרות לזכות לפרטיות, ובהמשך נוספו לכל הגדרה גרסות שניסו לעשותה מדויקת מעט יותר. אין אלה הגדרות מילוניות, אלא מסקנות מדיון משפטי, אנתרופולוגי או פילוסופי. שתי הגדרות בולטות הן זו של וורן וברנדייס בדבר הזכות להיעזב במנוחה, וזו של רות גביון בדבר פרטיות כגישה אל האדם. ההגדרות נבדלות בהנחות-היסוד שלהן ובמשמעותן המעשית. אציג בקצרה את ההגדרות, ובפרק הבא אתמקד בהגדרה שלישית – הפרטיות כשליטה.⁹²

(א) הזכות להיעזב במנוחה

אם כל ההגדרות של הזכות לפרטיות היא זו של וורן וברנדייס, שלפיה הפרטיות היא הזכות להיעזב במנוחה: the right to be let alone.⁹³ וורן וברנדייס לא סיפקו הצדקה לזכות, ודרך הטיעון שלהם הייתה הטענה המושגית שנידונה לעיל. אבל ניתן לחלץ ללא קושי את רוח ההגדרה: היא מעלה על נס את האוטונומיה האטומוסיסטית של בני-אדם, מבודדת את הפרט מהכלל, ומפקידה בידי הפרט את הכוח להחליט מתי להיעזב במנוחה. ההגדרה משמיעה את הפרטיות כצורך פסיכולוגי בשלווה, ובמידה מסוימת כצורך בשליטה של הפרט במרחב של עצמו, ובכך היא מתקרבת להגדרת הפרטיות כשליטה שתידון בהמשך. נותרת המלאכה (הרבה) לזהות מה ומי מפריע לאדם להיות במנוחה: האם רק הטרדה ממש, כגון פניות חוזרות ונשנות לאדם? אולי גם מטרד בלבד, של רעש או ריח, למשל? אולי די במבט שננעץ בנו עד כדי מבוכה ואי-נוחות? או שמא – וזה המקרה המובהק של וורן וברנדייס – דיווח על ענייניו של אדם ללא הסכמתו? באופן קונקרטי יותר, יש צורך להגדיר סוגי מידע שפרסומם נחשב לחורדני.

⁹² הגדרות יכולות להועיל. הגדרה טובה מתארת את הפרקטיקה וכוללת הנחיה למקרים חדשים עתידיים. הגדרה טובה יכולה להיות סיכומו של דיון עקרוני בהצדקות של הזכות. אבל יש חשש שההגדרה תיהפך מאמצעי לסוף-פסוק, ובמקום לשאול את השאלה היסודית, במקרים המתאימים, אם אנו רוצים להכיר בזכות לפרטיות בקשר לפעילות אנושית מסוימת, נמצא את עצמנו שואלים אם הפעילות כלולה בהגדרה. גישה כזו תהיה נסיגה למשפט פורמליסטי. במקומו, ראוי לקדם גישה מהותית, החוקרת את ההצדקה לזכות.

⁹³ ראו Warren & Brandeis, לעיל ה"ש 32. הביטוי היומיומי הישראלי "צא לי מהוורידים" משקף במידה רבה את רוח ההגדרה של וורן וברנדייס. ביטויים נוספים הם "צא לי מהצלחת", "תן לי אוויר", "אל תתקרצץ". ראו רוביק רוזנטל מילון הסלנג המקיף 114, 238, 245, 251 ו-346 (2005).

להגדרה של וורן וברנדייס היה תפקיד היסטורי דרמטי, אולם תחומה מוגבל, בוודאי כיום. ההגדרה אינה מסבירה את כל קשת המצבים הנתפסים כפגיעה בפרטיות. למשל, פרטיות בקשר למידע שנראה טריוויאלי, כגון הרגלי רכישה וצריכה או הרגלי גלישה באינטרנט, אינם באים בקלות ברשתה של ההגדרה. גם הקטגוריה האמריקנית של פרטיות בהחלטות אינה נכללת בקלות בהגדרה, אלא אם כן נרחיב אותה עד שתתרופף לגמרי. גם הקטגוריה של מסחור הדמות אינה נכללת בקלות בהגדרה זו. במילים אחרות, בהגדרה של וורן וברנדייס יש הכל, עד שאין בה כלום. היא מרחיבה ומצרה בו-זמנית, ולכן עמומה: בהעדר ביסוס בהצדקה עיונית משכנעת, כל מטרד, למשל, ייחשב פגיעה בפרטיות לפי הגדרה זו, אבל איסוף מידע על הרגלי הגלישה באינטרנט – לאו דווקא. במילים אחרות, הן כוחה התיאורי והן כוחה ההצדקתי חלקיים.

(ב) פרטיות כגישה

פרופ' רות גביון הציעה ניתוח אנליטי של הזכות לפרטיות.⁹⁴ היא דחתה את מה שהוגדר כאן כגישה מושגית מצרה, וטענה כי יש להכיר בזכות כזכות עצמאית. גביון ביססה את הזכות לפרטיות (בכלל, וכזכות משפטית) על רעיון הגישה, או ליתר דיוק – על הגבלת הגישה של אחרים אל האדם.⁹⁵ נגישותו של אדם לאחרים היא שמגדירה את היקף פרטיותו. בקצה האחד יש (באופן תיאורטי בלבד) פרטיות מלאה, ובקצה האחר (תיאורטי גם הוא) אין פרטיות כלל. גביון פָּרְטָה את הגישה לאדם לשלושה מצבים: מידע על-אודות האדם (סודיות), תשומת-לב אל האדם (אנונימיות) וגישה פיזית אליו (יחידות – solitude). שלושת אלה יכולים להתקיים יחדיו בעוצמות שונות, אולם כולם בעיניה הם מצבים של גישה אל הפרט. עמדה זו של פרטיות כגישה עשירה מאוד, אולם להבדיל מההגדרה של וורן וברנדייס, היא אינה חובקת-כל. יתרונה של הפרטיות כגישה הוא בגמישותה וביכולתה להתאים את עצמה למצבים מגוונים, אם כי היא מכתיבה היקף מעט צר יותר לפרטיות מאשר גישת הפרטיות כשליטה, שעליה נעמוד מיד. עמדתה של גביון היא ליברלית, בכך שהיא מניחה את הפרט כאטום נפרד, ומדגישה את הצורך בסודיות, באנונימיות וביחידות, אולם היא אינה מסבירה מדוע צרכים פסיכולוגיים-סוציולוגיים אלה חשובים יותר מצרכים אחרים, ובעצם מדוע צרכים אלה חשובים בכלל וראויים להגנה משפטית. גביון הציעה אומנם הסברים לזכות לפרטיות, אולם אלה מתמקדים בצורך של הפרט במרחב אישי (לאו דווקא פיזי) שבו יוכל להיות עם עצמו ללא התערבות חיצונית. בכך היא קרובה לעמדתם של וורן וברנדייס – הפרטיות כזכות להיעזב במנוחה – אך כאמור גואלת אותה במידת-מה מהעממות הראשונית של הזכות. גביון סבורה שיש לבחון את הפונקציות שהפרטיות ממלאת, כלומר להכיר בכך שהיא זכות מכשירנית, ואת הצרכים היא סבורה שיש לאתר במחקרים

⁹⁴ ראו בעיקר Gavison, לעיל ה"ש 41; רות גביון "הזכות לפרטיות ולכבוד" זכויות אדם בישראל – קובץ מאמרים לזכרו של חמן שלח 61 (רות גביון עורכת, 1989).

⁹⁵ רעיון דומה ראו גם Rachels, לעיל ה"ש 53.

אמפיריים.

ג. פרטיות כשליטה

הגדרה מרכזית אחרת המבקשת לזהות את מוֹתֵר הפרטיות מאינטרסים אחרים היא שעיקרה של הפרטיות הוא שליטה של האדם בעצמו, ובעיקר במידע על-אודותיו. בשליטה עצמית אין הכוונה כמוֹבֵן לאיפוק שאדם נוקט, אלא לכך שהוא, ורק הוא, יקבע מה יעלה בגורל המידע על-אודותיו. זו ההגדרה המשכנעת ביותר בעיניי לזכות לפרטיות. היא אינטואיטיבית, מתיישבת היטב עם העמדה הליברלית, ומסבירה היטב כללים משפטיים מרכזיים בדיני הגנת הפרטיות (עקרון ההסכמה, למשל). להבדיל מההגדרה של וורן וברנדייס, למשל, היא יכולה להסביר את כל הקטגוריות של פרטיות: החל בשליטתו של אדם במקומות מסוימים, בין אם הוא בעליהם ובין אם לאו; המשך בשליטת האדם ביחידה האוטונומית שלו, בסוד השיח ובתקשורת בכלל, ובהחלטות אישיות, כגון החלטה בדבר הפלה; וכלה בשליטת אדם במידע טריוויאלי על-אודות הרגלי הרכישה שלו במכולת. ההגדרה מתגברת גם על קשיי ההגדרה של גביון, יש בה תשובה לטענה המושגית, והיא מתגברת על הקשיים שנחשפו במהלך הדיון בטענה הסיווגית. אפתח בהצגת ההגדרה ובאפיונה, אמשיך בביקורת על ההגדרה ובתשובות לביקורת, ואסיים ביישום ההגדרה לכללים משפטיים קונקרטיים, ובעיקר לאחד מחידושי הדין האחרונים – עקרון ההסכמה מדעת, וכן לעיקרון שאני מכנה אותו "עקרון צמידות המטרה".

1. ההגדרה והיקפה

הבולט מבין המגדירים פרטיות כשליטה הוא אלן וסטין.⁹⁶ על-סמך ניתוח מחקרים אנתרופולוגיים, מצא וסטין ראיות רבות לקיומו של צורך אנושי בפרטיות מסוגים שונים. הצורך הוא בשליטה של אדם בזרימת המידע על-אודותיו (flow of information). וסטין הגדיר את הזכות כך: "The claims of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how and to what extent information about them is communicated to others".⁹⁷ ראוי לשים לב: ההגדרה של וסטין מדגישה את ההיבט החברתי של הפרטיות, ולא בהכרח את הזכות המשפטית. הפרטיות נטענת כנגד אחרים, היא שמה את יהבה על הרעיון של שליטה עצמית, ומבין הקטגוריות, הדגש הוא בשליטה במידע. השליטה העצמית של אדם במידע על-אודותיו מתיישבת היטב עם רעיונות בדבר אוטונומיה וכבוד האדם. האדם אחראי לגורלו,

⁹⁶ ראו Westin, לעיל ה"ש 18, וכן את דיונו של צ'רלס פריד, שהדגיש את יסוד השליטה של הפרט בעצמו, ובהמשך מיקם את הפרט במערכת זוגית, שגם בה יש חשיבות מכרעת לפרטיות: Charles Fried, *Privacy*, 77 YALE L.J. 475 (1968).

⁹⁷ ראו: ALAN WESTIN, *PRIVACY AND FREEDOM* 7 (1967).

להחלטותיו, ובעיקר – לעצמו.⁹⁸ את ההגדרה הסוציו-אנתרופולוגית הזו יש לתרגם למונחים משפטיים. מדובר בזכות שכנגדה חובה לא להפריע, כלומר, בחירות שלילית. ההמשגה המשפטית מחייבת מענה לשורה של שאלות, כגון: מי יכולים להיות בעלי הזכות? (האם תאגיד זכאי לפרטיות? האם לנפטר יש זכות לפרטיות?) למה מתייחסת השליטה המדוברת? מה היקפה וגבולותיה? מהם האמצעים למימושה (אמצעי אכיפה, סעדים וסדרי הדין)?

מידע הוא מפתח לשליטה עצמית כזו. אנו חיים בעידן שבו החלטות של מדינה, החלטות בשוק והחלטות במעגלים חברתיים שונים מתקבלות על בסיס מידע מוקדם לגבינו והתאמתו לדפוסים שידועים למקבלי ההחלטות: השוטר במשטרת הגבולות, אשת השיווק בחברת הביטוח, פקידי הבנק, ועדת הקבלה ביישוב קהילתי, ולמעשה בכל מקום. המדינה מחליטה מי חשוד על-סמך ניתוח מידע. ההצעות שנקבל – ובעיקר אלה שלא נקבל – לרכוש מוצר מבוססות על מידע שיש על-אודותינו בשוק. סיכוינו להתקבל למקום עבודה או ליישוב קהילתי אינם תלויים עוד רק ביכולתנו ובקסם האישי שלנו להרשים את המראיינים, אלא גם במידע שהם יחפשו – וימצאו – על-אודותינו באמצעות מנועי החיפוש באינטרנט ובמאגרי מידע אחרים. בסביבה טכנולוגית שבה קל לשמור מידע לתקופה ממושכת, ולמעשה אינסופית, אין גורלנו נתון עוד לחסדי הזיכרון והשכחה האנושיים, אין עוד התיישנות של מידע. המידע על-אודותינו שנאסף, נשמר, מעובד, מוצלב ומנותח במאגרי מידע – משקף אותנו. יש זהות בין האדם לבין המידע על-אודותיו. לפיכך שליטה של אחר (המדינה, המעסיק, התאגיד) במידע על-אודות אדם שקולה לשליטה של אותו אחר באדם עצמו. אין כאן שעבוד של הגוף, וגם לא של הרוח, אבל יש כאן קשירת חוטים לאדם כמו לבובת מריונטה, כך שהוא אינו עצמאי עוד במעשיו, אלא כפוף להחלטות שאחרים מקבלים לגביו על בסיס המידע שיש בידיהם על-אודותיו. מי שמכיר את המידע הרפואי שלנו, את המידע על-אודות חיי המין שלנו ועל-אודות העדפותינו בכלל, את המידע הכלכלי שלנו, את המידע על-אודות הישגינו וכשלונותינו, את המידע על-אודות המעגלים החברתיים שלנו, את המידע על-אודות הרגלי הצריכה והרגלי הגלישה שלנו, וכל פריט של מידע כמעט – מכיר אותנו לפעמים טוב מכפי שאנו מכירים את עצמנו. כאשר המידע משמש בסיס לסיווגנו לקבוצות אוכלוסייה (קבוצות סיכון במקרים מסוימים, קבוצות צרכניות לפי סגנון החיים במקרים אחרים)⁹⁹ או כל תיוג אחר, האוטונומיה שלנו נפגעת. יכולתנו להחליט בעבור עצמנו נפגמת. אדם שאינו שולט במידע על-אודותו אינו עוד ריבון לעצמו; הוא מסווג ומתויג על-ידי אחרים, מבלי שנשאל, מבלי שיש לו השפעה על

⁹⁸ אין הכוונה לאחריות עצמית בנוסח העמדה הרפובליקנית האמריקנית, שבה החברה מתנערת מהפרט. הכוונה היא שהאדם הוא שמחליט באשר לעצמו, ולא אחרים.

⁹⁹ ראו למשל דיון אצל אריה רותם "מחקרי סגנון חיים – מפיל לבן לכלי יישומי" **אותות** 220, www.amalnet.k12.il/sites/commun/library/pirsum/comi1129.htm (1998) 66

הסיווג וללא זכות ערעור. ללא שליטה משפטית במידע על-אודותינו – שליטה המושגת על-ידי הזכות לפרטיות – ניקלע למשפט הקפקאי של יוסף ק'.

מכאן שמושא השליטה המרכזי הוא מידע. היקפה של השליטה הוא כל פעולה הקשורה למידע: החל באיסופו הראשוני; המשך בהעברתו לצדדים שלישיים, שמירתו, עיבודו בדרכים שונות, ובעיקר הצלבתו עם מידע אחר וניתוחו; וכלה בקבלת החלטות על בסיס המידע. השליטה צריכה לחול בכל אחת מהחוליות של שרשרת המידע, שאם לא כן היא תרוקן מתוכן: שליטה בשלב האיסוף ללא שליטה בהעברת המידע אינה מועילה; שליטה בשלב העברת המידע ללא שליטה בעיבוד המידע, גם היא ריקה מתוכן. עוצמתה של הפרטיות היא כעוצמתה של החוליה החלשה ביותר בשרשרת של העברת המידע.

חשוב להבהיר: הדגש בשליטה במידע אינו מייתר את הבנת הפרטיות כשליטה גם בקשר לקטגוריות האחרות. ככולן יש לפרטיות מימד של שליטה. במובן זה יש להבין את המושג "מידע" בצורה רחבה. אין הכוונה רק לנתונים שניתן לשמור במאגר אלקטרוני או בטבלות סדורות, אלא גם לצילום, מכתב, הקלטה וכל מעשיו של האדם. מה בין הגדרה של הפרטיות כשליטה לבין ההגדרה של וורן וברנדייס בדבר הזכות להיעזב במנוחה? עמדת הפרטיות כשליטה רחבה יותר ומדויקת יותר מאשר הגדרת הזכות להיעזב במנוחה, אולם בכל מקרה אין ביניהן סתירה. וורן וברנדייס דרשו תנאי סביל לקיומה של פרטיות – אי-התערבות במרחב אוטונומי של הפרט. הפרטיות כשליטה תובעת הפקדת כלי פעיל בידי האדם. שליטה של האדם באותה יחידה אוטונומית שסביבו היא צורך רחב וחזק יותר מאשר הצורך (החשוב) במרחב הוורן-ברנדייס שמקיף אותנו. בהקשר (הרחב) של פרטיות במידע, בעוד שוורן וברנדייס התבוננו על החוליה הראשונה של שרשרת המידע – האדם עצמו – הפרטיות כשליטה ערה גם לגלגולי המידע אל מעבר לחוליה ראשונית זו. הדגש כאן הוא בהבנה שהאדם מפיך מתוכו מידע, אשר עובר הלאה אל גורמים שלישיים שעושים בו שימוש. ההגדרה של וורן וברנדייס כללית מאוד, עד כדי כוללנית, ואילו ההגדרה של הפרטיות כשליטה מכתובה כללים קונקרטיים, דוגמת עקרון ההסכמה שיידון בהמשך.

ומה בין הגדרת הפרטיות כשליטה לבין הגדרתה של גביון בדבר הפרטיות כגישה? גביון הגיעה למסקנתה בדרך שונה מדרכה של הפרטיות כשליטה, וכפי שנראה מייד, היא גם מבקרת אותה. אכן, שתי העמדות נראות כשני צידי של המטבע. *הפרטיות כשליטה*, מתמקדת באדם, ויוצאת ממנו החוצה: היא מפקידה בידי האדם את השליטה בעצמו; האדם הוא העיקר, והסביבה נתפסת כאיום שיש להגן מפניו; וההגנה המשפטית מופקדת בידי האדם עצמו. *הפרטיות כגישה*, לעומת זאת, מתחילה מחוץ לאדם, ושואלת למי יש גישה אליו. הפרטיות מוצגת כאן כמתווכת בין הפרט לבין אחרים (בני-אדם, המדינה). גם כאן הסביבה נתפסת כאיום פוטנציאלי, אולם האיום מרוכז מעט לעומת עמדת הפרטיות כשליטה. גביון מתמקדת באינטראקציה שבין בני-האדם. במובן זה, הפרטיות ממלאת צורך אנושי, אבל אינה מוגבלת רק לאדם עצמו. שתי

העמדות מזהות כשביב האדם יש מעין מעטפת. הפרטיות כשליטה מגדירה את המעטפת *מבפנים* כמידת שליטתו של האדם, ואילו הפרטיות כגישה מגדירה את המעטפת *מבחוץ*. נוסף על כך, שתי העמדות מתבססות במידה רבה על הגזירה של הפרטיות מתוך מושג כבוד האדם (ושאר ההצדקות, שיידונו בהמשך, המדגישות את ערך האדם האוטונומי).

לכד מהתפיסות השונות של האדם מול החברה, הפער בין הגישות ניכר גם בפרטיתן למצבים קונקרטיים, כאשר לעיתים האחת מרחיבה בהשוואה לרעותה ולעיתים להפך. דוגמה למקרה שבו הפרטיות כשליטה מרחיבה יותר מהפרטיות כגישה היא המעמד של מידע טריוויאלי על-אודות האדם. למשל, נתקשה לכלול מידע על הרגלי צריכה שגרתית מהסוג שרשתות מזון נוהגות לאסוף (באמצעות השימוש ב"כרטיס המועדון") או מידע על הרגלי גלישה באינטרנט במצב הסודיות של גביון, ונצטרך להתאמץ כדי להראות מדוע יש כאן עניין של גישה אל הפרט. אבל המידע הטריוויאלי הזה נכלל ללא קושי בהיקף שליטתו של האדם בעצמו. לפי עמדה זו, האדם מייצר את המידע בעצם פעילותו, המידע משקף את האדם ואת התנהגותו, ולכן ראוי שהאדם ישלוט במידע שנובע ממנו ובשימושים במידע זה. לפיכך, בהעדר הסכמה, יוכל צרכן לטעון נגד המוכר שאסף מידע על רכישותיו כי הוא מתנגד להעברתו לצדדים שלישיים. הפרטיות כגישה תצטרך להסביר מדוע איסוף המידע שנוצר בהתייחסות-הגומלין עם המוכר והעברתו לצדדים שלישיים הם עניין של גישה אל האדם, ובאיזה אופן בדיוק, וכן מה כאן לעניין סודיות, אנונימיות או יחידות.¹⁰⁰ דוגמה למקרה הפוך, שבו הפרטיות כגישה מרחיבה לעומת הפרטיות כשליטה, הוא מצב האנונימיות של גביון. הכללת האנונימיות בגדרי הפרטיות אינה מובנת מאליה לפי הפרטיות כשליטה. ייתכן שאדם ינסה לשמור על אנונימיות בהתנהגות מסוימת, כלומר ינסה לשלוט במידע על-אודות זהותו, אולם ללא הצלחה, פשוט משום שהמסווה אינו טוב מספיק – למשל, גולשת באינטרנט המתכנה בכינוי, אולם גולשים אחרים מזהים אותה וחושפים את זהותה.¹⁰¹ האנונימיות של הגולש מול מי שיועד את זהותו למרות המסווה – למשל, ספק שירות האינטרנט – תבוא בגדר הפרטיות כשליטה ביתר קלות. לפי עמדת הפרטיות כגישה, תוגן האנונימיות גם מול ספק השירות וגם מול הגולשים האחרים.

¹⁰⁰ ניתן להציע הסברים שיכללו את המצבים האלה בגדר הפרטיות כגישה, אולם נדרשת מלאכת טיעון שאינה מובנת מאליה. מקרה של רכישה אנונימית יהיה קל יותר לכלול בגדר הפרטיות כגישה.

¹⁰¹ השוו ת"א (שלום כ"ס) 7830/00 **בורוכוב נ' פורן**, פס' 23-25 לפסק-הדין (לא פורסם, 14.7.2002), שם קבע השופט רמי אמיר (בהערות-אגב, ואין מדובר בתקדים לנוכח הערכאה שבה מדובר, אולם מדובר במקרה יחיד בפסיקה לפי שעה) כי הסרת מעטה האנונימיות אינה פגיעה בפרטיות. כעולה מן הטקסט, אני סבור שמסקנה זו צרה מדי ואינה ראויה.

2. ביקורת הפרטיות כשליטה

הגדרת הפרטיות כשליטה אינה נקייה מקשיים ומביקורות נגד האפקטיביות של השליטה, הקשר בינה לבין קניין, הפטרנליזם הגלום בה לכאורה, היקף הנהנים מהשליטה ותפיסת האדם שביסודה.¹⁰²

(א) אפקטיביות

וסטין עצמו התמקד רק בחוליה הראשונה של "שרשרת המידע" – העברתה משליטת האדם מושא המידע אל אחרים – והתעלם מהחוליות הבאות, של עיבוד המידע והעברתו הלאה לחוליות נוספות. האם שליטת האדם משתרעת גם על מצב שבו תאגיד שברשותו מאגר מידע על-אודות אנשים מתפרק או מתמזג לחברה אחרת, או כאשר גורם נעזר בגורם אחר לשם ביצוע פעולה מסוימת (מיקור-חוץ)? האם אדם יכול להתנגד להעברת המידע על-אודותיו שכלול במאגר המידע אל התאגיד החדש? העמדה בדבר פרטיות כשליטה מניחה גם שהאדם הוא מקור המידע על-אודות עצמו, אולם במקרים רבים מקור המידע על-אודות האדם אינו הוא עצמו, אלא גורם אחר – למשל, המדינה המעניקה לנו תעודת-זהות.¹⁰³ בעיית האפקטיביות של הפרטיות כשליטה, כלומר היכולת של פרט לשלוט במידע על-אודותיו, מתעצמת בסביבה הדיגיטלית.¹⁰⁴ הסיבה לכך היא במידה רבה העדר מודעות של הפרט לאיסוף המידע על-אודותיו וליכולת לעבדו, להצליבו ולדלות מתוכו מידע חדש נוסף, וכן כשלים קוגניטיביים שגורמים לכך שאנו מוותרים על פרטיותנו תמורת הרבה פחות מנזיד ערשם.¹⁰⁵

התשובה (מעבר לכך שאין צורך לדבוק בהגדרתו של וסטין ככתבה וכלשוונה) היא שבמידה רבה אין זו ביקורת על הגדרת הפרטיות כשליטה, אלא תהיות על דרך פריטתה לכללים מעשיים. זהו אתגר של מעצבי המדיניות להגדיר את טווח השליטה האפקטיבי ואת האמצעים העומדים לרשות האדם לצורך שליטה במידע על-אודותיו. באופן מיידי מדובר בהגדרה חזקה של עקרון ההסכמה ועקרון צמידות המטרה, ובהמשך – במעריך אכיפה אפקטיבי. מעריך זה צריך להימצא בשילוב של אמצעי הסדרה מסוגים שונים (הסדרה ציבורית, פרטית וטכנולוגית) ובהבטחת יעילותם.

¹⁰² גביון דוחה את הטענה בדבר פרטיות כשליטה גם מטעמים מתודולוגיים. לשיטתה, בתחילת הדיון בדבר מהות הפרטיות יש לאמץ עמדה ניטרלית. ראו Gavison, לעיל ה"ש 41, בעמ' 429.

¹⁰³ כך גם מידע רפואי על-אודותינו, אשר מצוי במידה רבה בידי גורמים שונים ואין לנו שליטה בו, כך שממילא איננו יכולים להרשות או לא להרשות את השימוש בו. ראו SoLove, לעיל ה"ש 84, בעמ' 80-81.

¹⁰⁴ לביקורת ישירה על הפרטיות כשליטה בהקשר זה ראו: Paul M. Schwartz, *Internet Privacy and the State*, 32 Conn. L. Rev. 815 (2000). לדין ראו יעל און ואח' פרטיות בסביבה הדיגיטלית 39-52 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2005).

¹⁰⁵ לדין בכשל הקוגניטיבי הזה ראו Froomkin, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1502-1506.

(ב) פרטיות קניין?

הביקורת היא שרעיון השליטה מתייחס לפרטיות כאל זכות קניינית התקפה כלפי כל, ושהשימוש בה מותר ברשיון בלבד, כלומר, באמצעים של דיני קניין וחוזים.¹⁰⁶ המונח "שליטה" מתורגם כאן למושג המשפטי "קניין". הטענה מושמעת כהצעה שבאה לחזק את הפרטיות, אך בו-זמנית גם כביקורת. אני סבור שהמשגת הפרטיות כקניין אינה ראויה ואינה מועילה, אבל הביקורת על כך שהפרטיות כשליטה מקרבת אותנו לפרטיות *קניין* אינה הכרחית כלל. אסביר. לורנס לסיג, למשל, סבור שיש דמיון רב בין פרטיות לקניין, ומציע להמשיג את הפרטיות כקניין גם ברמה העקרונית וגם במישור המעשי. ההתייחסות למידע כאל קניין תבטיח, לשיטתו, שמי שמבקש את המידע ידאג להשיג הסכמה של ממש מבעליו. כמו-כן, ההתייחסות הקניינית תאפשר לבעלי המידע למוכרו, כל אחד לפי הערכתו לגבי שווי המידע על-אודותיו. לסיג סבור שהדבר יועיל גם לשדרוג מעמדה של הפרטיות.¹⁰⁷

התשובה לטענה כי פרטיות היא קניין או כי ראוי להמשיגה במונחים של קניין (בין שהיא מועלית כביקורת על הפרטיות כשליטה ובין שהיא מועלית כדי לחזקה) היא כפולה. התשובה האחת, ברובד העיוני, היא כי לא ברור עד כמה ניתן לראות בבעלות של אדם במידע על-אודותיו משום מקרה פרטי של בעלות וזכות קניינית. תהייה זו עולה, למשל, כאשר מדובר במידע שנוצר על-ידי המדינה (מספר תעודת-זהות), במידע מקרי (כתובת מגורים) או במידע שנוצר אגב פעולות אחרות (רכישה, גלישה באינטרנט). בכל מקרה, עקרונות קניין כלליים אינם מותאמים בהכרח להתמודדות עם מצבי פרטיות שונים. למשל, כאשר אדם מסכים למסור פרטים אישיים בתמורה לשירות מסוים – או במקרה הנפוץ יותר, בתמורה להנחה פעוטה או הזדמנות לזכות בפרס ("השתתפו במבצע, מלאו את פרטיכם, ותוכלו לזכות ב...!") – האם הוא חדל להיות בעלי המידע? האם הוא נהפך לבעלים במשותף עם מקבל המידע? גם דיני החוזים יתקשו להתמודד עם היקפה של ההסכמה (למשל, בחלוף זמן), עם תוכנה של ההסכמה וכיוצא באלה.

התשובה האחרת לסיג, וזו גם הביקורת נגד הפרטיות כשליטה, היא שיש בעמדות הקנייניות הטיה חזקה למסחור האדם. הוויכוח האמריקני סביב ההכרה (או אי-ההכרה) בקטגוריה של פרטיות במידע מספקת את הרקע לטענה זו. פרופ' ג'ולי כהן טוענת כי כאשר אנו מתייחסים למידע על-אודות אדם כאל קניינו, סופו של המידע להיסחר בשוק.¹⁰⁸ ככל שהמידע משקף את האדם, התוצאה של ההתייחסות הקניינית למידע היא שדמותו של האדם היא שנסחרת בשוק. התווית הקניינית שמוצמדת למידע

¹⁰⁶ לדיון ראו SOLOVE, לעיל ה"ש 84, בעמ' 76 ואילך.

¹⁰⁷ ראו LESSIG, לעיל ה"ש 27, בעמ' 228-230.

¹⁰⁸ ראו: Julie E. Cohen, *Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as an Object*, 52 STAN. L. REV. 1373 (2000).

מאפשרת עסקות במשאב בעלויות עסקה נמוכות, ולכן אין כאן מימד של שליטה של האדם בעצמו, כי אם להפך – שליטה של אחרים בו. במקום זאת, היא מציעה לבסס את הפרטיות על האוטונומיה של האדם, ולהגביל סוגים מסוימים של איסוף מידע על-אודותיו.¹⁰⁹ ביקורת זו מקשרת את הזכות לפרטיות אל האופן שבו אנו מבינים את האדם, ובעיקר את כבוד האדם. הצדקה זו תידון בהמשך, אם כי מעניין לציין שגם עמדת הפרטיות כשליטה נגזרת, בין היתר, מאותו מקור בדיוק – כבוד האדם. הביקורת של כהן, אם כן, אינה על הבסיס הנורמטיבי של הפרטיות כשליטה, אלא על גורלה בעולם המעשה.

אני סבור שהביקורת על הפרטיות כקניין מוצדקת ושלסיג טועה. אין זה נכון ואין זה מועיל לחשוב על הפרטיות ולהמשיגה במונחים של קניין, ויש בכך אף משום נזק. ככלל, אין זה נכון להמשיג זכות-יסוד אחת במונחה של זכות אחרת. האם ננסה להציג את הזכות לחופש הביטוי כקניין? את כבוד האדם כקניין? כמובן, ייתכנו קשרים עמוקים בין זכויות-יסוד. המושגים "פרטיות" ו"כבוד האדם", למשל, קרובים זה לזה, שכן יש חפיפה מסוימת בין האינטרסים המוגנים על-ידיהם. אבל הקשר בין פרטיות לקניין רחוק. ההמשגה של זכות אחת במונחה של זכות אחרת גוררת קשיים מיותרים. המעשה הנכון הוא לבחון את הזכות לפרטיות במונחה שלה, ולא במונחים השאולים ממקומות אחרים. עם זאת, הביקורת המוצדקת נגד טענת הפרטיות כקניין אינה מבטלת את הפרטיות כשליטה. השליטה שמסבירה ומצדיקה את הפרטיות שונה מהשליטה הקניינית. אין זו שליטה במשאב רגיל, אלא שליטה של האדם בעצמו, בזהותו, באישיותו ובאפשרויות העומדות לפניו, והיא מכתובה שליטה במידע על-אודותיו, ובעיקר שליטה מסוימת בגלגוליו של המידע ובשימושים שנעשים בו מרגע שהמידע יוצא מידי. השליטה בהקשר של פרטיות שונה אם כן מהשליטה הקניינית המוכרת לנו. גם כאן, כמו לעניין ההסכמה, האתגר הוא לתרגם את עקרון השליטה לכללים קונקרטיים.

(ג) פטרנליזם

שתי ביקורות נוספות עוסקות האחת במצבים שבהם החברה כופה, כעניין מצוי, פרטיות על אנשים, והאחרת בהיפוכו של מצב זה, כאשר החברה אינה כופה פרטיות אף שהיא הייתה רוצה לעשות כן. גביזון מציינת שלעיתים אנו מבקרים את מי שוויתרו על פרטיותם (למשל, התהלכו בעירום בציבור) או את מי שהתעקשו על פרטיותם. אם הפרטיות היא ביטוי לבחירות שבחר אדם, אזי לביקורת חברתית כזו אין קיום, לפי גביזון.¹¹⁰ אין זה עניינה של החברה מה בחר האדם. אולם מאחר שכעניין מצוי יש ביקורת חברתית, גביזון מסיקה שהפרטיות אינה מפקידה שליטה מלאה בידי האדם,

¹⁰⁹ לדיון ותשובה לביקורת ראו: Paul M. Schwartz, *Property, Privacy and Personal*

Data, 117 HARV. L. REV. 2055 (2004).

¹¹⁰ Gavison, לעיל ה"ש 41, בעמ' 427.

ולפיכך היא שוללת את הפרטיות כשליטה. גביזון צודקת בתיאור הנורמה החברתית, אבל המסקנה הנורמטיבית שלה אינה נגזרת בהכרח מהתיאור. ההסתייגות החברתית מהתנהגות מסוימת יכולה להישמע, ואין מניעה להשמיעה. כאשר ההסתייגות לובשת מימד של איסור משפטי-מעשי (למשל, של עירום בציבור), יש בכך התערבות משפטית בשליטתו של האדם בעצמו, וניתן לומר כי יש בכך פגיעה בפרטיות. אולם אין זו התערבות שבה ידה של הפרטיות על העליונה בהכרח. למעשה, זו התנגשות חוקתית מסוג מוכר היטב בין זכות של הפרט לבין אינטרס ציבורי. האינטרס הציבורי – וניתן להתווכח לגבי צדקתו, תבונתו ועוצמתו – הוא למנוע עירום ציבורי מחשש לפגיעה בסדר הציבורי ואולי גם במוסר. המשפט החוקתי מצייד אותנו בסל כלים עשיר למדי לצורך התמודדות עם התנגשויות חוקתיות כאלה. במילים אחרות, העובדה שיש טעמי-נגד לבחירותיהם של פרטים, ושקיימת התערבות חברתית ומשפטית שגרתית בקשר לבחירות מסוימות של הפרט, אינה מייטרת את שליטת האדם בעצמו מראש, אלא לכל-היותר מצדיקה את הגבלת בחירותיו בדיעבד.

היפוכה של טענת הפטרנליזם החברתי הקיים היא הביקורת שהציעה אניטה אלן, שלפיה שליטה במידע אינה מביאה עימה פרטיות בהכרח.¹¹¹ בעוד שגביזון הצביעה על מקרים שבהם החברה כופה פרטיות, אלן הצביעה על מקרים של ויתור מוחלט על הפרטיות. הדוגמה שהביאה היא של מי שחושף מרצונו מעשים פרטיים, כגון צילום ושידור באינטרנט של יחסי מין או ניתוחים. במצבים אלה הפרט בוחר לחשוף היבטים שלגבי רובנו הם אינטימיים ופרכיים. אלן סבורה כי הפרטיות מתבטאת בהעדר הגישה לאדם (ברוח גביזון), וכי במקרים מסוימים יש מקום לפטרנליזם בעניין זה.¹¹² אלא שאין מניחה את המבוקש: העובדה כי יש מי שמוותרים על פרטיותם אינה אומרת כי אין פרטיות וכי אין שליטה של האדם בעצמו. להפך, ניתן לומר כי האדם מימש את שליטתו בעצמו, והחליט, מתוך בחירה, לא לשמור את הדברים לעצמו בלבד, אלא לחלוק אותם עם אחרים. כל עוד החשיפה נעשית מרצון מודע, אין לומר שהפרטיות נפגעה, אלא דווקא מומשה. אם ימצא טעם חזק דיו להגביל את הפרטיות, אזי יהיה צריך לאזן בין הטעם המגביל לבין הפרטיות.

¹¹¹ ראו: Anita L. Allen, *Privacy-as-Data Control: Conceptual, Practical, and Moral Limits of the Paradigm*, 32 CONN. L. REV. 861 (2000).

¹¹² שם, בעמ' 871. אלן מדגישה שנורמות משפטיות אחדות כבר כופות עלינו פרטיות במצבים מסוימים (עירום ציבורי, למשל), ובכל מקרה, נורמות חברתיות מעצבות את גבולות הפרטיות כל העת. בכך היא צודקת, אולם אין בכך כדי להשמיט את הקרקע מתחת לטענת הפרטיות כשליטה. לכל-היותר יש כאן חישוק חברתי על היקפה של הפרטיות כשליטה. כזכור, בין המשפט לחברה יש יחס דיאלקטי, ויש התנהגויות רבות שנתונות במאבק בין הנורמות.

שלה. ההסכמה (או אי-ההסכמה) היא השליטה. הדין הישראלי כולל את דרישת ההסכמה בחוק הגנת הפרטיות. סעיף 1 לחוק קובע כי "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו". החוק לא הגדיר מהי הסכמה, אלא רק ציין, בסעיף 3, שהיא יכולה להיות במפורש או מכללא. בשנת תשס"ז תוקן החוק, ונוספה להגדרת ההסכמה מילה אחת – "מדעת".¹¹⁵ כלומר, ההסכמה חייבת להיות מדעת, אם כי היא יכולה עדיין להיות מפורשת או מכללא. בהעדר הסכמה ובהתקיים אחד המצבים המתוארים בסעיף 2 לחוק, ובהעדר הגנה לפוגע בפרטיות, מדובר בפגיעה בפרטיות. כאשר נלווית לפגיעה גם מחשבה פלילית, מדובר בעבירה.

מה פירושה של הסכמה מדעת? מקור הביטוי הוא בהקשר הרפואי. שם משמעותה היא שנמסר למטופל המידע הרפואי הדרוש לו באורח סביר כדי להחליט אם להסכים לטיפול.¹¹⁶ ביישום לדיני הגנת הפרטיות, נאמר שמשמעותה של ההסכמה מדעת היא שבידי האדם שנתונה לו זכות לפרטיות (מושא המידע) היה המידע הדרוש לו באורח סביר כדי להחליט אם להסכים למסירת המידע ולשימושים שיעשו בו, ובכלל זה להעברתו לצדדים שלישיים. ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת דנה בשלוש חלופות שהציע משרד המשפטים, אשר ביקש לפרט מעט יותר מה משמעותה של הסכמה מדעת בהקשר של הגנת הפרטיות, אך בחרה בהוספת המילה "מדעת" בלבד, ובכך הותירה את מלאכת הפירוט לבתי-המשפט.¹¹⁷ את הביטוי "הסכמה מדעת" יש לקרוא ולפרש על רקע הבנת הפרטיות כשליטה. מימוש שליטתו של אדם ביחידה האוטונומית שלו אפשרי רק כאשר האדם יודע ומבין את משמעות הפעולה המבוקשת. כאשר מידע נאסף מבלי שמושא המידע מבין זאת, כאשר אדם מצולם במצלמה נסתרת ברשות היחיד, או כאשר יש כוונה לפרסם צילום מבזה שלו שצולם ברשות הרבים, יש בכך הפקעה של שליטתו במידע על-אודותיו, ולכן פגיעה בפרטיותו. יש אם כן צורך בידיעה, בהבנה ובהסכמה. אין לאסוף מידע על אדם אלא אם כן הוא מבין שהמידע על-אודותיו נאסף, מסכים לאיסוף המידע, ומסכים לשימושים השונים שאוספי המידע מבקשים לעשות בו. ההסכמה צריכה להשתרע לגבי כל הפעולות שאוסף המידע מבקש לעשות במידע. פעולה שאין לגביה הסכמה – אסורה. למשל, אדם יכול להסכים לצילומו ברשות היחיד,

¹¹⁵ ראו חוק לתיקון הגנת הפרטיות (תיקון מס' 9), התשס"ז-2007 (התקבל בכנסת ביום 19.6.2007).

¹¹⁶ ראו ס' 13(ב) לחוק זכויות החולה.

¹¹⁷ בס' 2(3) להצעת תיקון מס' 9 לחוק, לעיל ה"ש 22, הוצעה ההגדרה הבאה: "הסכמה – הסכמה, במפורש או מכללא, שניתנה לאחר שנמסר לנותן ההסכמה מידע, בלשון המובנת לאדם סביר, הדרוש לו, באורח סביר, לצורך מתן ההסכמה". בדיון בוועדת החוקה הציעו נציגי משרד המשפטים הגדרה אחרת: "הסכמה במפורש או מכללא שניתנה לאחר שאדם ידע או סביר היה שידע את הנתונים הדרושים לו באורח סביר לצורך מתן ההסכמה". ראו פרוטוקול ישיבה מס' 214 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (29.5.2007) knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2007-06-06.html

אולם לסרב לפרסום הצילום או להעברתו לגורם אחר; אדם יכול להסכים למסור פרטים לגוף שאוסף מידע, אך לסרב להעברתם לצדדים שלישיים.

אין מניעה להחיל עקרונות של דיני חוזים לגבי ההסכמה:¹¹⁸ הסכמה שהושגה ברמייה, בהטעיה, בעושק או בכפייה אינה הסכמה מדעת, ואינה הסכמה כלל. הסכמה שהושגה בחוסר תום-לב גם היא אינה הסכמה.¹¹⁹ אולם יש להיזהר מההיקש לדיני החוזים. כידוע, ביטול חוזה אפשרי מחמת פגם בכריתתו או מחמת הפרתו, אולם אי-אפשר להתנער מחוזה סתם כך.¹²⁰ מאחר שהסכמה בהקשר של פרטיות היא חד-צדדית, יש להכיר בכך שההסכמה אינה לעדי-עד.¹²¹ אדם רשאי לחזור בו מהסכמתו בנסיבות מסוימות. מובן שככל שצד אחר הסתמך יותר על ההסכמה, ראוי להגן גם על אינטרס הציפייה של הצד האחר. כפי שמציע אלי הלם, הסעד המתאים במקרה כזה עשוי להיות פיצוי, ולא דווקא אכיפת ההסכמה הראשונית.¹²²

הנה דוגמות אחדות. לפי החוק הקיים כיום, אם פרטיו האישיים של אדם מצויים בידי תאגיד, והאדם מגלה שהמידע חלקי או שגוי, הוא רשאי לדרוש את מחיקת פרטיו ממאגר המידע.¹²³ משתמע מכך שתנאי למחיקה הוא שהמידע חלקי או שגוי. כאשר מדובר במאגר מידע שמשמש לדיוור ישיר, הזכות להימחק נתונה ללא תנאי.¹²⁴ מעקרון ההסכמה המתפרש כנגזרת של הפרטיות כשליטה נובע כי אין להתנות את המחיקה בתנאים כלשהם, וכי יש לאפשרה בכל מצב, גם אם המידע אינו שגוי, אם כי זכות המחיקה צריכה להיות כפופה לאיזון עם אינטרסים נוגדים. למשל, בעל עסק שמבקש לתעד את העסקות עם לקוחותיו למקרה שיטענו נגדו לחיוב לא-מוצדק, או מוסד ששומר את רשימת המבקרים בו כדי לזהות מי גנב ממנו או חיבל ברכושו, יוכלו לסרב לבקשתו של אדם למחוק את המידע על-אודותיו, ובלבד שמדובר כמובן באינטרס-אמת, ולא במצג-שווא. מסקנה נוספת תהיה שאין להקשות את בקשת המחיקה ממאגר המידע, שהרי אם לבקשת המחיקה יתלוו עלויות, אף אם נמוכות, יש חשש שאלה יהיו חסם מפני בקשת המחיקה. יש לאפשר לאדם לבקש את מחיקתו ממאגר מידע בדרך שבה פנו אליו, ואשר ממנה למד כי הוא נכלל במאגר מידע. למשל, אדם שפנו אליו

¹¹⁸ ראו, באופן דומה, אלי הלם **דיני הגנת הפרטיות** 45 (2003).

¹¹⁹ שם.

¹²⁰ ראו חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ס"ח 118.

¹²¹ כידוע, במקרה של חוזה שלא הוגבלה תקופתו, כל צד לחוזה יכול לסיימו בחלוף פרק-זמן סביר. סיום ההתקשרות ייעשה באמצעות הודעה לצד האחר, שתינתן פרק-זמן סביר מראש. הרצינואל העומד מאחורי אפשרות זו, הניתנת לסתירה, הוא שהצדדים לא התכוונו לכך שהחוזה יקשור ביניהם לנצח. כך, למשל, פורשו חוזים נמשכים להספקת סחורה או שירותים. אולם יש לשים לב שהלכה זו אינה חלה על עסקות קנייניות שבהן צד רכש זכות קניינית של ממש. ראו דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ג 257-262 (2003).

¹²² הלם, לעיל ה"ש 118, בעמ' 46.

¹²³ ס' 14(א) לחוק.

¹²⁴ ס' 117(ב) לחוק.

בפנייה טלפונית מסחרית שהשתמע ממנה כי הוא כלול במאגר מידע (וכי אין מדובר בשיחה אקראית) יכול לבקש את מחיקתו באותה שיחה באמצעות הטלפון. בקשר לדיוור ישיר, החוק מחייב את בעל המאגר לציין בפנייה את המען שאליו יש לפנות בבקשת מחיקה, אולם לא יותר מכך.¹²⁵ בכך אין די, שכן כאשר הפנייה היא טלפונית, למשל, אבל המען לבקשת הסרה מהרשימה הוא אחר, יש אסימטרייה מכבידה.

דוגמה שנייה מבוססת על פרשה שנידונה בבית-משפט השלום, שם דובר באישה שצולמה בהסכמתה בחוף הים באילת ללא חזיית בגד-הים.¹²⁶ באותה עת הייתה האישה תיירת נוצרייה, ותמונתה פורסמה בהסכמתה (כך מצא בית-המשפט) במקומון באילת. בחלוף חמש שנים, ולאחר שהאישה התגיירה וקבעה את מקום מגוריה בעיר, פורסמה התמונה שנית מבלי לבקש את הסכמתה החוזרת. בית-המשפט קבע כי אין לפרש את דרישת ההסכמה (אשר בשעתו טרם כללה את הדרישה המפורשת שההסכמה תהיה מדעת) בצורה נוקשה ודווקנית, ולכן ראה בהסכמה הראשונה משום הסכמה מכללא ללא הגבלת זמן.¹²⁷ לטעמי, פסק-הדין שגוי בנקודה זו. הסכמה חד-פעמית לצילום ולפרסום בעיתון אינה יכולה להתפרש כהסכמה לנצח, במיוחד בהעדר הסתמכות של ממש מצד הצלם והעיתון. פרשנות ההסכמה לפי עמדת הפרטיות כשליטה תגרוס כי ההסכמה הראשונית הייתה תלויה בזמן, במקום ובנסיבות. ראוי לציין שבמקרה זה נועד הפרסום החוזר לשם "קישוט" כתבה בלבד, כך שטענה אפשרית לפגיעה בחופש הביטוי של העיתון חלשה. אילו, למשל, הייתה האישה מועמדת לתפקיד ציבורי בעיר, ובמסגרת זו מצהירה כי יש לשים סוף לשיזוף בעירום באילת, אזי היה אינטרס חזק של חופש הביטוי בפרסום התמונה הישנה, למרות אי-ההסכמה. אולם לא אלה היו הנסיבות. לעומת זאת, וזו דוגמה שלישית, כאשר אדם מסכים להתראיין לכתבה חושפנית (בהסכמה מודעת ומפורשת), אולם רגע לפני פרסום הכתבה הוא חוזר בו מהסכמתו, אזי יש למתן את כוחה של השליטה של האדם בעצמו באמצעות איזון עם האינטרס של האחר, שהסתמך על ההסכמה הראשונית.

מעקרון ההסכמה נובעים כללים נוספים, שכולם כבר מצויים בדין הישראלי, אם כי את פרשנותם יש לעגן ביסודות מוצקים. מאחר שכללים אלה נגזרים מעקרון ההסכמה ותומכים בו, הפרתם היא עניין משמעותי, ולא רק "הפרה טכנית". פן מעשי אחד של דרישת ההסכמה הוא ההודעה לאדם בדבר איסוף המידע ובדבר הפעולות שמבקשים לעשות בו. סעיף 11 לחוק קובע דרישת הודעה כזו כאשר מדובר במידע שנועד להיכלל במאגר מידע. למשל, כאשר הסופרמרקט אוסף מידע על הרגלי הרכישה שלנו באמצעות השימוש ב"כרטיס המועדון", עליו ליידע אותנו בדבר איסוף המידע בדרך ישירה, בהירה

¹²⁵ ראו ס' 117(א)(2) לחוק.

¹²⁶ ראו ת"א (שלום אשדוד) 2001/95 אריאלי נ' ערב חדש (עיתונות) אילת בע"מ (לא פורסם, 9.8.1998).

¹²⁷ שם, פס' 6 לפסק-הדין.

וברורה (ההודעה כלולה בדרך-כלל בטופס ההצטרפות למועדון הלקוחות, אם כי היא מנוסחת בשפה משפטית שאינה נהירה ללקוחות רבים). על אוסף המידע להסביר לנו מה השימושים שיעשו במידע, אם יועברו לצד שלישי, למי הם יועברו ולשם מה. ההסבר צריך להיות כזה שיוכן על-ידי האדם הסביר בנסיבות שבהן מדובר. ההסבר אינו צריך להיות ארוך, משפטי או מסורבל. להפך, הסברים מסורבלים מקשים את ההבנה, בוודאי בעסקות שגרתיות, פשוטות, נקודתיות וקצרות כמו רכישה בסופרמרקט. ההסבר צריך להיות כזה שאדם יוכל להחליט בעצמו אם למסור את המידע מבלי להשקיע עלויות בבדיקה. לשם כך נדרשת הודעה ישירה, שתכלול גם את זכויותיו של מושא המידע.¹²⁸ הודעה עמומה יש לפרש נגד מנסחה ולטובת מושא המידע.

כלל נוסף שנגזר מעקרון ההסכמה הוא שלמושא המידע תהיה אפשרות אמיתית של בחירה. כאשר נותנים לאדם אפשרות בחירה, אולם כזו שאין בה ממש, שליטתו במידע נפגעת. כך, למשל, בנקים צוברים מידע רב על-אודות לקוחותיהם, ועשויים לבקש להעבירו לצדדים שלישיים, כגון חברות הקשורות בנק. המידע עשוי להיות יקר-ערך לעסקים אחרים, המבקשים לשווק את מרכולתם באופן ממוקד ללקוחות המתאימים או להימנע מהצעת שירותיהם למי שאין הם חפצים בו מחמת המידע שנצבר על-אודותיו בבנק – למשל, מידע על הכנסה נמוכה. הבנק צריך לוודא שהלקוח הבין ומסכים להעברת המידע. האם הבנק יכול להתנות את פתיחת החשבון בהסכמה להעברת המידע כאמור? בדרישת ההודעה הקיימת בחוק ניתן לעמוד בקלות, וניתן אף לקיים את ההודעה בטופס נפרד וברור. כך תושג הסכמה מדעת ומפורשת. אבל לאדם המבקש לפתוח חשבון-בנק אין בדרך-כלל בררה אלא להסכים. אי-אפשר להתנהל באופן סביר במדינה המודרנית ללא חשבון-בנק. התניית עצם קיומו של החשבון בויתור על הפרטיות במידע (ואין מדובר רק במידע בקשר לחשבון עצמו, אלא גם במידע שיועבר לצדדים שלישיים בדוגמה זו) מאיינת את שליטתו של האדם במידע על-אודותיו. במצב כזה אין בחירה של ממש.

כך גם בקשר לצורת הבחירה. בררת-המחדל המוצעת לאזרח חשובה, מאחר שרבים אינם משנים אותה, בין שמדובר בבררת-מחדל צרכנית ובין שמדובר בבררת-מחדל טכנולוגית. הסיבה לכך היא שרבים אינם מודעים לבררת-המחדל, אינם מבינים אותה ואת משמעות השינוי, וחוששים שהמוצר שיקבלו לא יתפקד כשורה (למשל, כאשר מדובר בשינוי בררות-מחדל בתוכנת מחשב) או שהשירות שיקבלו יהיה חסר. שתי האפשרויות הן opt out לעומת opt in. במצב הראשון בררת-המחדל היא שהמידע ייאסף ויעשו בו שימושים ככל שאוסף המידע מפרט, ואדם שמתנגד לכך צריך לבצע פעולה יזומה של שינוי בררת-המחדל. במצב השני בררת-המחדל היא שהמידע לא ייאסף, אלא אם כן האדם מסכים שהוא ייאסף. לצורת הבחירה יש חשיבות מכרעת. במצב של opt out האפשרות לשינוי בררת-המחדל כלולה בחוזה מפורש, ואז ההסכמה

¹²⁸ כך עולה גם מדוח שופמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 39-40.

היא מפורשת, אולם היא אינה מגעת בהכרח כדי הסכמה מדעת. לנוכח תיקון החוק בדרך של הוספת הדרישה "מדעת" להגדרת ההסכמה, על אוספי המידע לבחון מחדש את הדרך שבה הם מיידיעים את מושאי המידע. כאשר ההודעה לבעלי המידע מעורפלת, אפשרות הבחירה מוטה לכיוון של מסירת מידע (כלומר, opt out), ובשים לב לסוג המידע, לסוג העסקה ולהתנהגות הצרכנית האופיינית בעסקות כאלה, ראוי שבית-המשפט יקבע כי ההסכמה לא הייתה מדעת, ולפיכך לא הייתה תקפה. משמעותה של קביעה כזו היא כי בהעדר הגנה, החוק הופר.

4. עקרון צמידות המטרה

עקרון צמידות המטרה קובע כי במידע שנמסר למטרה מסוימת מותר להשתמש רק לאותה מטרה, ולא לשום מטרה אחרת. עיקרון זה נגזר מעקרון ההסכמה ומשלים אותו: כאשר אדם מסכים לשימוש במידע (איסופו, העברתו, עיבודו וכיוצא באלה פעולות), הסכמתו מוגבלת לאותה מטרה בלבד, ולא למטרות אחרות. עקרון צמידות המטרה מבהיר כי כל פעולה שלא הוסכמה (במפורש או במשתמע) אסור לגורם שאוסף את המידע לעשותה. הוסיפו על כך את העובדה שלאחר התיקון משנת תשס"ז ההסכמה הנדרשת היא הסכמה מדעת, ועקרון צמידות המטרה מתחזק עוד יותר. כך, למשל, לגבי מעסיק אשר מודיע לעובדים כי הוא מנטר את תיבות הדואר האלקטרוני שלהם כדי למנוע חדירת וירוסים מזיקים, אולם בפועל מעיין בתוכן של התיבות: ראוי להגביל את ההיתר של המעסיק לניטור ההודעות לצורכי איתור וירוסים בלבד, ולא להתיר עיון כולל בתוכן ההודעה (ואם עיון כזה כבר נעשה, יש לראות בכך פגיעה בפרטיות שנעשתה ללא הסכמה). ניטור לשם איתור וירוסים נעשה על-ידי תוכנה, ולא על-ידי עין אנושית, ומתייחס לנתונים טכניים (הימצאות וירוסים), ולא לתוכן המידע.¹²⁹ לפיכך אי-אפשר גם לומר שהייתה הסכמה מכללא לעיון בתוכן ההודעות.

לעקרון צמידות המטרה יש כמה ביטויים בדין הקיים. ביטוי מרכזי נמצא בסעיף 2(9) לחוק, שמגדיר "שימוש בדיעה על עניניו הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר, שלא למטרה שלשמה נמסרה" כפגיעה בפרטיות. הביטוי "עניניו הפרטיים" של אדם פורש על-ידי בית-המשפט בהרחבה, כך שהוא כולל גם את שמו של אדם, כתובתו, מספר

¹²⁹ במקרה שדוגמה זו מבוססת עליו קבע בית-הדין האזורי לעבודה כי הודעת המעסיק כמתואר בטקסט ובעקבותיה הסכמתה של עובדת (אשר פוטרה לאחר-מכן) העניקה למעשה היתר למעסיק לבחון את תוכן התיבה. ראו עב' (ת"א) 010121/06 **ענבר – הממונה על חוק עבודת נשים** (טרם פורסם, 15.7.2007). אני סבור שפרשנות זו של בית-הדין שגויה הן לפי עקרון ההסכמה והן לפי עקרון צמידות המטרה. פרשנות זו אינה מעניקה משקל מספיק לזכותו של העובד, ככל אדם, לפרטיות. הטעות של פסק-הדין מתעצמת כעת, לנוכח תיקון החוק לעניין ההסכמה מדעת. פסק-הדין מחיל את עקרון המידתיות, תוך שהוא מאמץ את עמדתו של גיא דוידוב במאמרו "עקרון המידתיות בדיני העבודה" (צפוי להתפרסם בעיוני משפט לא, 2007). אלא שגם המאמר וגם פסק-הדין מתעלמים מעקרון ההסכמה שבדיני הגנת הפרטיות.

הטלפון, מספר תעודת-הזהות, חשבון-הבנק, זהות חבריו ויחסיו האישיים והחברתיים.¹³⁰ כיצד נדע מהי המטרה שלשמה נמסר המידע? כאשר מדובר במידע שנאסף לשם החזקתו במאגר מידע או לשם שימוש בו במאגר מידע, חובת ההודעה שמוטלת על אוסף המידע בסעיף 11 לחוק כוללת את המטרה שלשמה הוא מבקש את המידע. מרכיב זה בדרישת ההודעה ממלא אם כן שני תפקידים. האחד, שכבר בחנו, הוא להציג לפני מושא המידע את מירב המידע הדרוש לו כדי לקבל החלטה מושכלת, כלומר, כדי לממש את עקרון ההסכמה מדעת. התפקיד האחר הוא לתחום את השימושים המותרים לאוסף המידע. הקושי בהסדר זה בולט לעין. אוסף המידע יכול להודיע למושא המידע כי המידע ייאסף למטרה שאותה יגדיר בצורה רחבה מאוד – למשל, "לשם ניהול העסק, לצורכי שיווק, כולל העברה לצדדים שלישיים, לפי שיקול-דעת של בעלי מאגר המידע". גם הגדרה רחבה תספק את דרישת ההודעה של סעיף 11, שאין בה הגבלה מהותית לגבי מטרת השימוש במידע. הגדרה רחבה תאפשר לבעל המאגר לעשות כל שימוש במידע, וכך הוא גם ירחיק את עצמו מהסיכון של הפרת העיקרון של צמידות המטרה שבסעיף 2(9). האומנם?

רשויות המדינה (הכפופה לחוק הגנת הפרטיות מכוח סעיף 24) וגופים שהמשפט הציבורי חל עליהם מכוח מהותם (הדו-מהותית) לא יוכלו להתחכם בדרך זו, שכן הם כפופים לעקרונות המשפט המנהלי, ולענייננו – לעקרון המידתיות. מאחר שאיסוף המידע פוגע בפרטיות, גוף ציבורי יכול לאוספו רק אם יש לו הסמכה לכך בדין או שאיסוף המידע דרוש לו לשם ביצוע תפקידו הסטטוטורי, אבל אסור לגוף כזה לאסוף מידע רב יותר מזה הדרוש לו על-מנת לממש את המטרה שבשמה הוא פועל. איסוף מידע-יתר צריך להיחשב כפגיעה בפרטיות במידה העולה על הנדרש.

גופים פרטיים שהמשפט הציבורי אינו חל עליהם יכולים לכאורה להציג למושאי המידע מטרות רחבות מאוד, וכך להימנע מהסיכון המשפטי של הפרת העיקרון של צמידות המטרה. לכאורה, המגבלה היחידה שתעמוד מולם היא עסקית: ניסוחים רחבים עלולים להרתיע את מושאי המידע מלמסור מידע כלשהו. אולם העדר המודעות והוסר ההבנה של הציבור משחקים לידיהם של גופים אלה. מי מבין קוראי מאמר זה קרא בעיון את טופס ההצטרפות למועדון הלקוחות של הסופרמרקט לפני שביקש כרטיס של חבר מועדון?

ניתן להתגבר על קושי זה בדרך שיפוטית, בין על-ידי החלה של עקרון המידתיות על גופים פרטיים – למשל, דרך עקרון תום-הלב או תקנת הציבור¹³¹ – בין על-ידי

¹³⁰ ראו ע"א 439/88 **רשם מאגרי המידע נ' ונטורה**, פ"ד מח(3) 808, 821 (1994), וכן את דעתה המסתייגת של השופטת שטרסברג-כהן, שם, בעמ' 835.

¹³¹ להחלת עקרונות מהמשפט הציבורי על גופים פרטיים באמצעות מושגי-שסתום, כגון תקנת הציבור או תום-לב, ראו ע"א 294/91 **חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 533, 464 (1992).

קליטה של עקרון המידתיות בדיני העבודה באופן כללי¹³² ובין על-דרך פרשנות של נסיבות המקרה. כך, למשל, קבע בית-המשפט העליון כי פרטיו של אדם המופיעים על-גבי שֵׁק נמסרים כדי לאפשר את גביית התשלום המגולם בשֵׁק, ולא כדי שיפורסמו ברבים. משום כך מצא בית-המשפט באותו מקרה כי מקבלי השֵׁקים שמסרו את המידע הלאה פגעו בפרטיות במובן של סעיף 2(9) לחוק.¹³³ במילים אחרות, בית-המשפט יכול לפרש את נסיבות המקרה ולקבוע מה הייתה המטרה של מסירת המידע, ולהשוותה לשימוש שנעשה במידע בפועל. אולם הקביעה השיפוטית נעשית בדיעבד, והיא תלויה-נסיבות. משום כך יש בה אי-ודאות רבה. דרך נוספת להתגבר על ניסיון לעקוף את הקושי על-ידי הצהרת מטרת רחבה מאוד היא יישום של עקרון ההסכמה מדעת, כפי שתואר קודם לכן. ככל שהמטרה רחבה יותר, יהיה זה סביר להניח שהאדם מושא המידע לא הבין או לא הסכים למסירת הפרטים למטרה כה רחבה.

דרך נוספת להתגבר על הקושי היא כמובן תיקון החוק. למשל, הדירקטיבה האירופית בעניין הגנת מידע קובעת עיקרון כללי של מידתיות מעין זו.¹³⁴ תיקון החוק יגביר את הוודאות, ויקשור בצורה הדוקה יותר בין המטרה האמיתית של איסוף המידע – ולא רק זו המוצהרת – לבין השימוש בפועל במידע. בינתיים, עד שיתוקן החוק (אם יתוקן), יש חשש שעקרון צמידות המטרה ירוקן מתוכו, ותקוותו היא בפרשנות נכונה של עקרון ההסכמה מדעת או בהחלת נורמות מהמשפט הציבורי.¹³⁵

ביטוי נוסף של עקרון צמידות המטרה נמצא בסעיף 8(ב) לחוק, אשר אוסר על בעלי מאגר מידע, כהגדרתם בחוק, להשתמש במידע לא למטרה שלשמה הוקם המאגר. גם כאן המטרה מוגבלת על-ידי חובת ההודעה של סעיף 11, אולם לפי החוק יש בקרה של רשם מאגרי המידע. מאגרים מסוימים צריכים להירשם אצל הרשם,¹³⁶ ולציין לפני את

¹³² לטיעון ברוח זו ראו דוידוב, לעיל ה"ש 129.

¹³³ עניין **ונטורה**, לעיל ה"ש 130, בעמ' 823-824.

¹³⁴ ראו ס' 6(1)(c) לדירקטיבה, לעיל ה"ש 85, הקובע כי מידע אישי שנאסף במאגרי מידע צריך להיות "adequate, relevant and not excessive in relation to the purposes for which they are collected and/or further processed". ככל שמדינת-ישראל מבקשת להיחשב לבעלת הגנה מספקת (adequate) בעיני האיחוד האירופי, כדי לאפשר זרימה חופשית של מידע מאזרחי האיחוד לישראל על-פי ס' 25 לדירקטיבה, על המשפט הישראלי לאמץ עיקרון זה בדרך של תיקון חקיקה או פסיקה ברורה. ישראל פנתה לאיחוד בבקשה להכיר בה כבעלת הגנה מספקת כזו, אולם לפי שעה לא התקבלה החלטה בעניין. ראו: Michael D. Birnhack & Franck Dumortier, *Israel Asks EU to Assess Its DP Law for Adequacy*, 86 PRIVACY LAWS & BUSINESS INTERNATIONAL 10 (2007).

¹³⁵ הנושא נידון בוועדת שופמן, אולם רוב חברי הוועדה סברו כי אין מקום להטיל חובה כזו על בעלי המאגרים. הטעם לכך הוא שהדבר עלול "להוביל להתערבות שאינה נדרשת באוטונומיה של הפרט בניהול ענייניו", כשהכוונה היא לאוטונומיה של בעלי המאגרים. הח"מ היה בקבוצת המיעוט לעניין זה. ראו דוח שופמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 37.

¹³⁶ חובת הרישום קמה בהתקיים אחד המצבים המפורטים בס' 8(ג) לחוק. בפועל הרישום כושל לחלוטין. ועדת שופמן ציטטה הערכות שלפיהן רק כ-2% (!) מהמאגרים החייבים

מטרת המאגר. לרשם יש סמכות לרשום מטרה שונה או לשנות את הרישום בעניין זה, "אם נוכח לדעת כי הדבר הולם את פעילות המאגר הלכה למעשה"¹³⁷. רשם מאגרי המידע החל לאחרונה להשתמש בסמכות זו.¹³⁸

עקרון צמידות המטרה הוא נדבך חשוב ביישומה של עמדת הפרטיות כשליטה. הוא מספק מענה מרכזי לביקורת שנזכרה לעיל בדבר האפקטיביות של עמדה זו. כאשר הסכמתו של אדם מתייחסת לא רק לחוליה הראשונה של השימוש במידע, אלא גם לשאר גלגוליה, יש לאדם שליטה אפקטיבית ראשונית. כמובן, נדרש עדיין ציות של גורמים שלישיים, אשר קשה לדעת אם מתקיים אם לאו, ויש שאלה של אכיפה וסעדים. אולם הצמדת השימושים המותרים למטרת איסופם המוצהרת יוצרת את החובה של מקבל המידע הראשון לשמור על גלגולי המידע.

ד. הצדקות של פרטיות

הגיעה העת לשאול במישורין: מהי ההצדקה להכיר בזכות המשפטית לפרטיות? לשאלה זו יש משמעות ראשונה במעלה בדיון החוקתי, כדי לקבוע אם יש פגיעה בזכות לפרטיות, לפרש את הזכות במצבים עמומים או חדשים, כמו-גם לסייע בהבנת היחס שבין החוקה לבין החוק. בספרות הוצעו הצדקות שונות לזכות לפרטיות. כדי להבין אותן ולהבחין ביניהן, מועיל לסווגן במעגלים קונצנטריים שבמרכזם הפרט. מעגל ההצדקות הראשון מתמקד בפרט. כאן נמצא הצדקות האוחזות בהבנה פילוסופית של האדם באשר הוא אדם וכן הצדקות האוחזות בטעמים פסיכולוגיים. המעגל הבא חורג מתחום היחיד אל עבר היחסים הבין-אישיים עם אחרים. קבוצת המעגלים הבאה עוסקת בקהילות שונות, החל במשפחה ועד לקהילה לאומית, והמעגל החיצוני הוא של המדינה הדמוקרטית. תוך כדי עיון בהצדקות, ראוי לשאול על כוחה המשכנע של ההצדקה, ראוי לתהות על היקף הפרטיות הנגזר ממנה – בין לפי הקטגוריות של הפרטיות (מקומות, תקשורת וכולי) ובין לפי ההגדרות – וראוי לבחון אם יש להצדקה הנבחנת ביטוי מפורש או משתמע בדין הקיים. ראוי גם לשאול על היחס שבין ההצדקות: האם ניתן להחזיק בהצדקות אחדות בו-זמנית או שמא עלינו לבחור באחת מהן או בסוג מסוים שלהן? דיון זה תומך בהבנת הפרטיות כשליטה.

ברישום אכן נרשמים. ראו שם, בעמ' 26. הוועדה מציעה רפורמה בחובת הרישום. ראו שם, בעמ' 27.

¹³⁷ ס' 10(א)(2) לחוק.

¹³⁸ כך, למשל, במקרים שבהם ביקשו קופות-גמל לרשום את מאגרי המידע שלהן אצל הרשם תוך ציון מטרת של שיווק מוצרים פיננסיים ודיוור ישיר, שינה הרשם את המטרות ל"ניהול, תפעול ושיווק קופת הגמל על פי כל דין". דואר אלקטרוני מרשם מאגרי המידע, עו"ד יורם הכהן, למחבר המאמר (26.7.2007).

1. הצדקות במעגל הפרט

(א) כבוד האדם

הצדקה אחת רואה בפרטיות נגזרת של כבוד האדם.¹³⁹ מקובל להבחין בין סוגים שונים של כבוד האדם, ומבין אלה הפרטיות נגזרת מן המושג dignity, או "כבוד סגולי" במונחיה של אורית קמיר, וכן מן המושג respect – "כבוד מחיה", במונחיה של קמיר – המתייחס לכך שאנו מכבדים את האחר כמות שהוא, בלי התערבות.¹⁴⁰ מאחר שכל אדם הוא ישות נפרדת בעלת כבוד במובן הסגולי, התערבות חיצונית בחייו פוגעת בכבודו. התערבות כזו מצמצמת את מרחב השליטה העצמית של האדם ומכפיפה אותו לאחרים. הפרטיות מאפשרת הגנה עצמית של המרחב האוטונומי. היא מאפשרת שליטה של אדם בעצמו. בכך מכיל הרעיון של כבוד האדם את האוטונומיה העצמית של האדם.¹⁴¹ הן הגדרת הפרטיות כשליטה והן הגדרתה כגישה מתיישבות היטב עם עמדה זו.¹⁴² הגדרתם של וורן וברנדייס נגזרת אף היא מעמדה זו: השניים הדגישו את הצורך הפסיכולוגי של האדם להתנתק מהחברה, והשתמשו בביטוי הקולע *inviolable personality*. גזירת הפרטיות מכבוד האדם מקיפה את כל הקטגוריות של הפרטיות שנידונו לעיל וגם את כל מופעיה השונים, לפי הסיווג של פרוסר. כך, הפרטיות יכולה להקיף גם החלטות של אדם ביחס לגופו, לפרטיותו במקומות שאינם בבעלותו ולמידע רגיש, וגם את שליטתו בדמותו בדרך של מניעת מסחורה.

גזירת הזכות לפרטיות מהמושג "כבוד האדם" מעוררת, לפחות במשפט הישראלי, את השאלה המושגית: המשפט הישראלי מגן על כבוד האדם במפורש, בחוק-יסוד. אם כך, מדוע יש לנו צורך בהכרה נפרדת בזכות לפרטיות? זו תהייתה של העמדה המושגית המצרה. שאלה זו מתעוררת רק כעת, לאחר המהפכה החוקתית. לפני המהפכה היו מי שגזרו את הזכות לפרטיות מכבוד האדם, דוגמת גביון, אבל היו גם מי שהפרידו בין

¹³⁹ לעמדה חזקה ברוח זו ראו: Edward J. Bloustein, *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*, 39 NYU L. REV. 962 (1964). העמדה האירופית ביחס לפרטיות מושתתת כל-כולה על תפיסה זו. לדין השוואתי עם ארצות-הברית ראו Whitman, לעיל ה"ש 13.

¹⁴⁰ ראו אורית קמיר **שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם** 19-27 (2005).
¹⁴¹ בית-המשפט העליון הגדיר את הקשר בין הזכויות כ"קשר הדוק", והעיר כי שתי הזכויות נגזרות מהאוטונומיה של הפרט. ראו ע"פ 2963/98 **גלעם נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 13.6.1999), וכן עניין **פלונית**, לעיל ה"ש 6, פס' 10 לפסק-הדין. במקום אחר כרך בית-המשפט שורה של הצדקות והגדרות יחדיו: "עניינה של הזכות לפרטיות הוא... באינטרס האישי של האדם בפיתוח האוטונומיה שלו, במנוחת נפשו, בזכותו להיות עם עצמו, ובזכותו לכבוד ולחירות". ראו ע"א 8483/02 **אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד**, פ"ד נח(4) 314, 347 (2004). ראו גם עניין **האגודה לזכויות האזרח**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 856 (השופט גרוניס, בדעת מיעוט).

¹⁴² גביון אף קישרה במפורש בין הפרטיות לבין כבוד האדם, וזאת עוד לפני המהפכה החוקתית. ראו גביון, לעיל ה"ש 94.

השניים, כאילו היו מושגים נפרדים.¹⁴³ לעמדה המושגית המצרה יש כמה תשובות, שאת חלקן בחנו קודם לכן. האחת, במישור המושגי, היא כי אין מניעה לחפיפה עקרונית בין מושגים משפטיים. תשובה שנייה מצביעה על כך שבמושג "כבוד האדם" יש אינטרסים מוגנים נוספים. ההגנה הנפרדת על הפרטיות, לצד ההגנה החוקתית על כבוד האדם ונוסף עליה, מאפשרת קונקרטיזציה של הזכות, שהרי המושג "כבוד האדם" עמום מאוד כשלעצמו. בכך גם נחסך הוויכוח החוקתי בדבר היקפו של "כבוד האדם" שבחוק-היסוד, וכן בנוגע לשאלה אם "כבוד האדם" מכיל זכויות אחרות שלא נמנו במפורש בחוק-היסוד, כגון חופש הביטוי. תשובה שלישית תפנה להצדקות האחרות של הפרטיות, ותאמר כי יש בפרטיות מקצת מכבוד האדם ומקצת מדברים אחרים. העמדה הרואה בפרטיות נגזרת של כבוד האדם היא עמדה ליברלית, ולעיתים ליברטריאנית. עמדה זו רואה בכל אדם אטום נפרד, אשר בידולו מהחברה הוא בסיס לקיומו של האדם ולכן צורך של האדם. המשפט מגויס כדי להגן על הבידוד ולשמרו. הזכות לפרטיות, במובן זה, היא נדבך יסודי של הליברליזם. אין פלא שהזכות משכה אליה אש מצד העמדה הקהילתנית, הכופרת בבידוד האטומיסטי של בני-האדם.¹⁴⁴ עם זאת, כפי שאראה מייד, הזכות אינה אנטי-חברתית, אלא להפך.

מהגישה המקשרת בין הפרטיות לבין כבוד האדם ניתן לגזור מטרה נוספת לזכות לפרטיות. בהפקידה את השליטה העצמית בהיבטים מסוימים של חייו של האדם, הזכות מהווה מחסום מסוים מפני הקומודיפיקציה של בני-האדם. בחברה הצרכנית-הקפיטליסטית שבה אנו חיים, בני-האדם הם עצמם המטבע העובר לסוחר.¹⁴⁵ כל זה נכון במידה רבה גם בסביבה הדיגיטלית. גולשי אינטרנט רבים סבורים שיש להם פרטיות בעת הגלישה, אולם זו אשליה במידה רבה מאוד. הזכות לפרטיות מהווה אמצעי שמאפשר לאדם לשמר את זהותו האנושית, ולא ליהפך לעוד נתון במסד הנתונים התאגידי, וליעד של שיווק "ממוקד", "מותאם אישית", "ישיר" ושאר מילות-מכבסה שמתשטשות את תהליך המסחור שלנו. מובן זה מתיישב עם הגדרתה של הפרטיות כשליטה, אך מסב גם את תשומת-הלב לביקורת בדבר ההטיה שיש בהגדרה זו דווקא לכיוון של מסחור עצמי.¹⁴⁶ מניעת המסחור מסבירה גם את אחד ממופעי המשפטיים

¹⁴³ למשל, השופט אֶלון בחוות-דעתו בעניין **ועקנין**, לעיל ה"ש 12. ראו את הטקסט שלאחר ההפניה לה"ש 45 לעיל.

¹⁴⁴ הדובר המובהק ביותר של הביקורת הקהילתנית על הזכות לפרטיות הוא הסוציולוג האמריקני אמיתי עזיוני. ראו: AMITAI ETZIONI, THE LIMITS OF PRIVACY (1999).

¹⁴⁵ כך, למשל, בבסיס המודל העסקי של טלוויזיה מסחרית, ולמעשה של כל מדיום של פרסום. העסקה הכלכלית שם אינה בין המשדר לבין הצופים, אלא בין המשדר לבין המפרסמים. תנאי העסקה נקבעים, בין היתר, לפי מספר הצופים או היכולת להגיע אליהם כדי לחשוף אותם לפרסומת. במובן זה, הצופים אינם היעד של השידורים, אלא האמצעי שלהם. השידורים נועדו למשוך כמה שיותר צופים, או במקרים מסוימים – כמה שיותר צופים המתאימים לפרסום.

¹⁴⁶ ראו Cohen, לעיל ה"ש 108.

של הפרטיות, בסעיף 2(6) לחוק, הקובע כי פגיעה בפרטיות היא "שימוש בשם אדם, בכינויו, בתמונתו או בקולו לשם רווח".¹⁴⁷

(ב) צרכים פסיכולוגיים של האדם

סוג אחר של הצדקות במעגל הפרט מדגיש צרכים פסיכולוגיים של בני-האדם. צרכים אלה חשובים לרווחה שלנו כבני-אדם (well-being) ולאפשרות לממש את עצמנו באופן מיטבי (flourishing). הספרות בתחום זה הצביעה על כמה צרכים, ונראה לי שניתן לסווגם לכמה קבוצות-משנה, הגם שיש ביניהן חפיפה מסוימת: (1) צורך במרחב אישי; (2) צורך במגן מפני מבט זר שיש לו כוח ממשמע וממשטר; (3) צורך לשמור על אינדיווידואליות לנוכח התזזיתיות של החברה, אשר מוציאה אותנו מהקשר העצמי שלנו.

1. צורך במרחב אישי – אנו זקוקים למרחב שבו נוכל להיות לבד. לעיתים הכוונה היא לבידוד מהסביבה, כלומר, למרחב פיזי. זהו ה-seclusion שמופיע בסיווג של פרוסר או אצל גביון. תְּלִי-הדלת בבתי-מלון רבים מצהירים "privacy". הכוונה היא למרחב וירטואלי. אנו זקוקים לעיתים שיניחו לנו. הדרישה למרחב פרטי מופנית כלפי כל האחרים: המדינה, החברה, אנשים אחרים. מדוע אנו זקוקים למרחב כזה? הניתוק מהסביבה מאפשר לנו לנסות ולהתנסות, ללמוד, לתהות, לטעות, לחפש, לבדוק, לחשוב. אנו זקוקים למרחב האישי הפרטי הזה שלאחרים לא תהיה גישה אליו, בעוד אנחנו יכולים לפרוץ אותו ברצוננו ולהיפתח לאחרים, ובכך לממש את שליטתנו בעצמנו. חֶשְׁבו על נערה מתבגרת המבקשת ללמוד בעצמה על מיניות האדם; על אדם דתי החי בסביבה חילונית ומבקש לקיים את אמונתו ללא מבטי לעג או תוכחה; על דתי-לשעבר שחדל להאמין ומבקש ללמוד על העולם החילוני; על אישה המגלה את משיכתה לנשים; על אדם אשר מרגיש שונה מהסביבה המיידית שלו ורוצה לגלות כי הוא אינו לבד בעולם; ובכלל, חֶשְׁבו על כל מצב שבו אדם מבקש לחרוג מעבר לנורמות החברתיות המקובלות בחברה שבה הוא נמצא – לא בהכרח במעשה, אלא רק בכירור, בבדיקה. כך דרכו של לימוד עצמי. אנו מגששים, נתקלים במידע ובידע שלא הכרנו, תוהים לגביו, חושבים ומגבשים עמדה עצמאית. במרחב שבו אין לנו שליטה בבחירת המידע והידע, שבו אין לנו חופש לחשוב באופן עצמאי – הלימוד לא יועיל. באופן מעשי, הצורך בפרטיות בהקשר זה מחייב אפשרות גישה למידע ותנאים לעיבודו ללא הפרעה חיצונית – למשל, באמצעות גלישה באינטרנט¹⁴⁸ או קריאה בספרייה – ובלא צורך לרווח לאחרים על מעשינו, להסביר ולהצטדק; בהעדר פיקוח, באנונימיות. כל זה נועד לשם הלימוד עצמו, אבל עוד יותר מכך – לימוד עצמי חיוני לגיבוש זהות ואישיות משלנו. המתחם הפרטי מאפשר לנו תנאי-רקע הכרחיים לכל זה, אם כי לא בהכרח

¹⁴⁷ לדיון ראו עניין אלונאיאל, לעיל ה"ש 141, וכן טלי שפרבר "זכות הפרסום: הארות והערות" משפטים לג 693 (2003).

¹⁴⁸ הגישה למידע חשובה מטעמים רבים. לדיון בהקשר של ניסיון לרגולציה של הגלישה ראו מיכאל בירנהק "החופש לגלוש בספריות ציבוריות" משפט וממשל ו 421, 435 (2003).

תנאים מספיקים. הזכות לפרטיות מגינה על המתחם הזה. צורך זה בא לידי ביטוי בהגדרה של וורן וברנדייס בדבר הזכות להיעזב במנוחה. המרחב הפרטי שדרוש לנו על-מנת לפתח את אישיותנו ולגבש את זהותנו אינו המרחב היחיד שמשמש לכך. אין ספק שלתנאי החיים האחרים – לבית, לסביבה, לקהילה – יש משקל ותפקיד ניכרים. הטענה בדבר הצורך הפסיכולוגי אינה מדברת על בידוד מוחלט של האדם, אלא גורסת כי האדם הוא שצריך להחליט בדבר גורלו: מתי להתייחד ולבחון דברים בעצמו, ומתי להיפתח לאחרים. במונח זה, הפרטיות אינה אטומיזם כפוי, אלא הפקדת שליטה בידי האדם. כאשר בני-האדם שולטים בגורלם ובחיייהם, מתברר שרבים דווקא מחפשים קרבה של אנשים אחרים. האטומיזם הוא נקודת מוצא שמאפשרת התחברות לאחרים, ולא נקודת סיום. יש כאן תשובה לביקורת הקהילתנית. הפרטיות יוצרת בררת-מחדל של אטומיזם, "לחוד", אולם זו בררת-מחדל שניתן לשנותה ל"ביחד" ללא עלויות, וכל אחד יכול לשנותה לעצמו. עמדה קהילתנית מציבה בררת-מחדל הפוכה, שבה ה"ביחד" קודם ל"לחוד", שבה הקהילה קודמת לפרט, אלא אם כן הפרט בוחר אחרת. היפוך בררת-המחדל הקהילתנית קשה בהרבה מהיפוך בררת-המחדל האינדיווידואליסטית. לפיכך ההגדרה של פרטיות כשליטה מתאימה כאן גם היא.

2. צורך במגן מפני מבט זר – הצורך הפסיכולוגי מתחוויר לנו עוד יותר כאשר הוא נשלל מאיתנו. כאשר מישוהו או משהו מתערבים בחיינו, עוקבים אחרינו, מאזינים לנו, נועצים בנו מבט – אנו מרגישים לא בנוח, אנחנו מרגישים חשופים, אנחנו מתנהגים בדרך שונה מהרגיל, ומשנים את התנהגותנו. כיצד אנו נוהגים כאשר אנו לברנו במעלית שיש בה מראה, וכיצד ננהג אם במעלית מותקנת מצלמה (שאנו ערים לקיומה)? כיצד אנו נוהגים בכביש, וכיצד אנו מגיבים כאשר אנו רואים מצלמת תנועה או נידת משטרה (אמיתית או מקרטון)? האם היינו גולשים באינטרנט באותו אופן אילו ידענו שיש מי שמתעד כל פעולה מקוונת שלנו? על התובנה הזו, בדבר הכוח הממשמע והממשטר של המבט הננעץ בנו, הצביעו תחילה ג'רמי בנתהם האנגלי ובהמשך מישל פוקו הצרפתי. זה הרעיון בדבר הפן-אופטיקון.¹⁴⁹ הרעיון מוכר לנו היטב מחיי היומיום. כאשר מישוהו או משהו נועצים בנו מבט ומתעדים את פעילותנו, אנו מתנהגים אחרת. שינוי ההתנהגות מונע על-ידי נוכחות של מצלמה, מיקרופון או כל אמצעי אחר שמתעד אותנו, אבל השינוי בהתנהגות בא מתוכנו. בכך הכוח העצום של המבט: הוא אינו כופה עלינו התנהגות חיצונית רצויה, אלא מניע אותנו להתנהג בדרך כזו באופן אינטואיטיבי,

¹⁴⁹ ראו: The Foucault Reader 188–193 (Paul Rabinow ed., 1984). לדיון בפן-אופטיקון לנוכח פריצתן של טכנולוגיות מעקב לחיינו, ראו: David Lyon, *The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society* (1994); Oscar H. Gandy, *The Panopticon: The Political Economy of Personal Information* (1993).

עצמאי.¹⁵⁰ גם צורך זה מתיישב היטב הן עם ההגדרה של וורן וברנדייס, הן עם הפרטיות כשליטה והן עם הפרטיות כגישה.

3. צורך באינדיווידואליות – פרט לצורך לשלוט בחיינו במובן שתואר לעיל, יש לנו צורך גם לשווק את עצמנו ברבים. אנו מבקשים לשלוט בדימוי החיצוני שלנו. אין הכוונה כאן למקרים קיצוניים של מי שעסוקים באובססיביות בדימוי העצמי שלהם, או של ידוענים או פוליטיקאים שפרנסתם תלויה בדימוים הציבורי, אלא באדם הפשוט. לרובנו חשוב במידה רבה מה אחרים חושבים עלינו, לפחות חלק מהזמן. פרופ' ג'פרי רוזן הגדיר צורך זה במונחים של הוצאה מהקשר: איננו אוהבים זאת כאשר אנו מוצאים מן ההקשר שלנו.¹⁵¹ הדוגמה שמנחה אותו היא של מוניקה לוינסקי. שחזור רשימת הספרים שרכשה לוינסקי בחנות ספרים בווינגטון העלה כי היא רכשה, *בין היתר*, ספר של חמשירי זימה. זה הפרט שהודגש על-ידי החוקר המיוחד בפרשה שזכתה בכינוי "פרשת לוינסקי", וכמובן על-ידי התקשורת. אלא שלוינסקי סיפרה לרוזן כי היא אדם שעולמה הרוחני עשיר בהרבה מכך. היא רוכשת וקוראת גם ספרים אחרים. הדגשת פרט אחד בלבד מתוך חיייה, על-ידי אחרים, הוציאה אותה מההקשר העצמי שלה.

בני-אדם הם אנשים שלמים, מלאים, ואיש אינו אוהב זאת כאשר אחר עורך רדוקציה שלו לפרט אחד ויחיד, ומתעלם מהמכלול המורכב שהופך אותנו למי שאנחנו. הזכות לפרטיות, לפי הלך-מחשבה זה, מאפשרת לפרט לשלוט במידע על-אודותיו שיוצא "החוצה". כאשר אדם שולט במידע על עצמו, הוא יכול לנסות להציג מצג מלא של עצמו. במובן זה, ההצדקה מתאימה היטב גם להגדרת הפרטיות כשליטה וגם להגדרת הפרטיות כגישה. הפרטיות היא השסתום שבאמצעותו הפרט מנגיש את עצמו לאחרים. אלא שרצון בשליטה בדימוי שלנו לחוד, ומציאות לחוד. בעולם התזזיתי של היום אנו מתקשים להקדיש זמן לתהות על קנקנם של אנשים אחרים. לא-אחת אנו מתייחסים לאחרים – לפחות בינינו לבין עצמנו, ופעמים רבות גם בשיחות עם אחרים – לפי סימן הנראה לנו כמשמעותי לגביהם, יהא זה נתון חיצוני, מאפיין אישיות או מאפיין היכרות. שליטתה של אישה בדימויה אפשרית רק לגבי מאפיינים מסוימים הידועים רק לה, אולם מעגלים חברתיים שונים יודעים מידע מסוגים שונים על-אודותיה. קרוביה, חבריה, עמיתה לעבודה, גופים מסחריים ורשויות שלטוניות – כל מעגל מכיר פן אחר שלה ופריטי מידע אחרים לגביה.

¹⁵⁰ חברה המשווקת מוצרים ושירותים של איתור רכב מסבירה את יתרונות המוצר למעסיקים שבבעלותם צי רכב, ומציינת, בין היתר, כי באמצעות המוצר ניתן "לשנות באופן דרמטי את רבות התנהגות העובדים". השינוי בהתנהגות העובדים יבוא עקב הידיעה כי ניתן לדעת את מיקום כלי-הרכב בזמן-אמת. ראו אתר חברת איתורן www.itufan.co.il/Departments1.asp?dc=3.

¹⁵¹ JEFFREY ROSEN, THE UNWANTED GAZE: THE DESTRUCTION OF PRIVACY IN AMERICA (2001).

ביקורת זו אינה מייצגת את מושג הפרטיות כשליטה. היא רק מבהירה לנו כי השליטה במידע על-אודותינו אינה חד-ממדית, אלא פועלת בצורות שונות במצבים חברתיים שונים, אלה מעגלי הפרטיות. נוסף על כך, הפרטיות כשליטה אינה הבטחה בדבר התוצאה, אלא הפקדה של כלי בדינו. הרי גם אילו יכולנו לשלוט באופן מלא במידע על-אודותינו, לא היינו יכולים לשלוט בדימוינו אצל האחרים. השליטה במובן זה היא כלי, אולם כזה שאינו מבטיח שנצליח במשימה. נוסף על כך, השליטה שלנו במידע – ולכן השליטה שלנו בעצמנו – מרוסנת על-ידי גורמים חברתיים. מי שמגיש מועמדות לעבודה, למשל, אולם מסרב להשיב על שאלות מחמת פרטיות, עשוי למצוא את עצמו צודק אך נטול עבודה.¹⁵² זאת ועוד, מסירת מידע חלקי לא תסייע לאדם לשלוט בשיווק העצמי, שכן חוסר האמינות יבלוט או יתגלה. בכך יש ריסון של השליטה העצמית.¹⁵³

2. הצדקות במעגל הקשרים הבין-אישיים

הצדקות אחרות לזכות לפרטיות אינן מתמקדות בפרט לבדו, אלא בפרט הנתון בקשר עם אנשים אחרים, כלומר, במערכת חברתית. הטענה כאן פשוטה ואינטואיטיבית: מערכות יחסים מסוימות זקוקות לתנאי-רקע של פרטיות שיאפשרו את מימושן המיטבי. צ'רלס פריד עמד על כך שהפרטיות חיונית ליצירת תנאים של כבוד הדדי, אהבה, חברות ואמון, הן של אדם כלפי זולתו והן כצורך של האדם עצמו.¹⁵⁴ הפרטיות היא במקרים רבים תנאי-רקע שמאפשר את כל אלה. הקשרים המצריכים פרטיות הם בראש ובראשונה יחסי זוגיות וחברויות אישיות, אבל גם קשרים רפואיים שונים (רופא-מטופל, פסיכולוג-מטופל) או קשרים המושתתים על יחסי אמון (עורכת-דין-לקוח, עיתונאי-מקור). לצד אלה, המשפט מאפשר גם לצדדים זרים ליצור אמון באמצעות הסכם שתוכנו חובת סודיות, וזו מגובה בכלל המשפטי הקובע כי הפרת ההסכם היא

¹⁵² יש שאלות שהדין אוסר על המעסיקים לשאול, כדי למנוע אפליה – למשל, שאלות בדבר תוכניות משפחתיות (היריון, גידול ילדים) שמעסיקים מפנים לנשים, או שאלות על הפרופיל הצבאי של מועמדים לעבודה. ראו חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ס"ח 38, במיוחד ס' 2 ו-2א.

¹⁵³ ההצבעה על גורמי ריסון אלה היא גם תשובה להתנגדותו של פוזנר לזכות לפרטיות. פוזנר סבר שזכות זו אינה אלא מסווה למצגי-שווא פסולים. ראו Posner, לעיל ה"ש 25. גורמי הריסון החברתיים (לצד, כמובן, מוסר פנימי) מעלים שגם כאשר נתונה לנו זכות לפרטיות, אין זה הכרחי שנשקר.

¹⁵⁴ ובלשונו: "To respect, love, trust, feel affection for others and to regard ourselves as the objects of love, trust and affection is at the heart of our notion of ourselves as persons among persons, and privacy is the necessary atmosphere for these attitudes and actions, as oxygen is for combustion", ראו Fried, לעיל ה"ש 96, בעמ' 477. ניתוחו של פריד מבוסס על תפיסה קנטיאנית של האדם, שמחייבת הכרה באחר (respect) – מה שתורגם על-ידי אורית קמיר ל"כבוד מחיה"; ראו קמיר, לעיל ה"ש 140).

פגיעה בפרטיות.¹⁵⁵ מטבעם של מצבים אלה, ככל שמדובר ביחסים אינטימיים יותר – למשל, בין בני-זוג – הנורמה החברתית של הפרטיות היא שפועלת כאן; וככל שהיחסים מכשירניים יותר – למשל, בין עורך-דין ללקוח או בין זרים שקבעו חובת סודיות בהסכם ביניהם – משקלה של הנורמה המשפטית בדבר פרטיות גדל.

צמיחתה של זוגיות בריאה, לפחות אצל זוגות רבים, זקוקה בין היתר לפרטיות של בני-הזוג כלפי חוץ. הפרטיות מאפשרת אינטימיות, שהיא תנאי הכרחי לזוגיות ככל הנראה. במובן זה, הפרטיות מאפשרת לבני-הזוג להחליט איזה מידע על-אודותיהם מוקרן כלפי חוץ, ומה "נשאר בבית". אין הכרח בכך, כמובן. זוג שיבחר לחשוף את חייו כלפי חוץ – יכול לעשות זאת. מי שאינו חפץ באינטימיות או שאין לו צורך בה – אינו מחויב בה. פועלה של הפרטיות הוא אם כן כלפי חוץ, אבל חשיבותו היא כלפי פנים. הפרטיות מאפשרת את האמון בין בני-הזוג, ויוצרת את המקום (הווירטואלי, לאו דווקא הפיזי) שבו הם יכולים להיות אותנטיים ולזכות בתמיכה זה מזה.

כיצד הצדקת הפרטיות במעגל הזוגי מתיישבת עם ההגדרות השונות של הפרטיות? הדגש בזוגיות יכול להתיישב עם הגדרת הזכות להיעזב במנוחה בשינוי קל, כך שתתייחס לזוג ולא ליחיד, אלא שאז נצטרך להוסיף גם את פרטיותם של בני-הזוג זה כלפי זה. הדגש הזוגי יכול להתיישב עם גישת הפרטיות כשליטה, אולם אז מתעוררים קשיים של "שיתוף בפרטיות". למשל, כאשר אחד מבני-הזוג מעביר מידע אל צד שלישי שלא על דעת בן-הזוג או בת-הזוג, הפגיעה בפרטיות קשה עוד יותר, ומלווה משבר אמון.¹⁵⁶ עם זאת, לא כל פעולה כזו היא בהכרח פגיעה בפרטיות: הרי כאשר בן-הזוג מספר דבר על שני בני-הזוג, הוא מספר גם דבר על עצמו, ובכך מממש את זכותו/שליטתו ליותר על פרטיותו שלו. חיי האחד כרוכים בחיי האחר, ולכן פרטיותו של האחד כרוכה בפרטיותו של האחר. במקרים כאלה הנורמה החברתית היא שפועלת בדרך-כלל לרסן את בני-הזוג, ולא הנורמה המשפטית. במקרים שבהם הזוגיות מסתיימת, כל אחד מבני-הזוג שוב אינו קשור – או כבול – לאחר, והפרת האמון תיחשב לפגיעה בפרטיות בלבד.

לבד מכך, ההצדקה המדגישה את הצורך של קשר זוגי-אינטימי בפרטיות אינה מכתובה לנו מה קורה בתוך המערך הזוגי. הפרטיות משמשת ככלל-רקע, בדומה לכללים משפטיים אחרים העוסקים ביחסי זוגיות, כגון בהקשר של קניין.¹⁵⁷ כאן נכנסת

¹⁵⁵ ס' 2(8) לחוק קובע כי פגיעה בפרטיות היא "הפרה של חובת סודיות לגבי ענייניו הפרטיים של אדם, שנקבעה בהסכם מפורש או משתמע".

¹⁵⁶ ראו, למשל, מקרה שבו הפיץ אדם קלטת שבה צילם את חברתו (דאז) מקיימת עימו יחסי מין. החומרה במקרה הייתה ההצטרפות של הפגיעה בפרטיות להפרת האמון. ת"פ (שלום ת"א) 7944/03 מדינת ישראל נ' פינה (לא פורסם, 12.7.2004).

¹⁵⁷ ראו: L. Frantz & H. Dagan, *Properties of Marriage*, 104 COLUM. L. REV. 75 (2004).

לתמונה הביקורת הפמיניסטית על הזכות לפרטיות.¹⁵⁸ הפמיניזם (לפחות הזרם המכונה "רדיקלי") טוען שהזכות לפרטיות יוצרת חיץ בין הפרטי לציבורי, כאשר המשפחה והזוגיות נמצאות בצד ה"פרטי". החשש הוא שמתחת למסווה הפרטיות, ובגללו, מתרחשים דברים איומים, כגון אלימות ואונס, הרחק מידה של המדינה, אשר נמנעת מלהתערב בספירה הפרטית. כעניין מצוי, הנפגעים העיקריים הם נפגעות. אני שותף לצורך בהתערבות בכל צורת יחסים שיש בה אלימות, כפייה וניצול מכל סוג שהוא. אולם אין הכרח לתלות את האשם בזכות לפרטיות דווקא, ואין צורך לבטלה רק משום כך. אפשר להכיר בזכות לפרטיות של הזוג כלפי חוץ, ולסייג אותה במקרים המתאימים. הפרטיות של הזוג כיחידה אחת אינה מבטלת את הפרטיות של כל אחד מבני-הזוג כלפי האחר.¹⁵⁹ במובן זה, ההתמקדות בפונקציה של הפרטיות לגבי הזוג אינה מיתרת את הפרטיות של כל אחד מבני-הזוג, ואת זו בתורה אפשר להשתית על פרטיות כשליטה.¹⁶⁰

כאשר אנו עוברים למערכות יחסים מקצועיות, האמון עשוי להיווצר כתוצאה מהמפגש בין האנשים המעורבים – נותן השירות ומקבלו – אולם כאן, מחמת האופי המכשירני-המקצועי של היחסים, המשפט אינו מסתמך רק על הנורמה החברתית של פרטיות, אלא מצרף אליה הגנה משפטית מפורשת.¹⁶¹ הפרטיות של היחידה הזוגית-המקצועית כלפי חוץ, בין שהיא נוצרת מכוח הנורמה החברתית ובין שמכוח הנורמה המשפטית, חיונית לגילוי מרבי של מידע, וזה בתורו חיוני להבטחת שירות מיטבי. הפסיכולוג, עורכת-הדין וכיוצא בהם בעלי-מקצוע זקוקים למירב המידע הרלוונטי לטיפול שלהם. הפרטיות מאפשרת מסגרת בטוחה למדי לעניין זה.

ההצדקה במעגל זה מתאימה גם לקבוצות המתאפיינות בלכידות גבוהה, כגון (אם כי לא תמיד) המשפחה או "הקומונה", אשר מחייבות אמון הדדי וניהול עניינים "פנימי" בנפרד ממצג "חיצוני".¹⁶² עם זאת, גם בתוך הקבוצה חשובה פרטיותם של הפרטים החברים בקהילה זה כלפי זה. הזכות לפרטיות יכולה לפעול הן בין חברי הקבוצה והן כלפי חוץ. כאן, שוב, יש מעין חלוקת עבודה לא-פורמלית בין הנורמה החברתית של פרטיות לבין הנורמה המשפטית. בתוך הקהילה הלכידה יתפתחו נורמות של פרטיות (יותר או פחות, תלוי באנשים שבהם מדובר ובקהילה) והסנקציה על הפרתן תהיה חברתית – למשל, סילוק מהקהילה. כלפי חוץ, לעומת זאת, הקהילה מסתמכת

¹⁵⁸ ראו MacKinnon, לעיל ה"ש 89.

¹⁵⁹ השוו את עמדתו של הנשיא ברק, הדומה למתואר בטקסט, לעמדתו של דיין בית-הדין הרבני הגדול דיכובסקי, אשר סבור כי בין בני-הזוג אין פרטיות. ראו עניין פלונית, לעיל ה"ש 6, פס' 20 לפסק-הדין.

¹⁶⁰ כך סבר גם פריד. ראו Fried, לעיל ה"ש 96.

¹⁶¹ נוסף על ס' 2(8) לחוק, שצוטט לעיל, דיני הראיות קובעים חיסיון למידע במסגרות מסוימות. הדברים נכונים בשניונים המתחייבים גם למערכת היחסים עיתונאי-מקור.

¹⁶² לדיון ראו: EDWARD J. BLOUSTEIN, INDIVIDUAL & GROUP PRIVACY 123 (1978).

על הנורמה המשפטית. מובן שהפרטיות עשויה גם כאן להקים חיץ בין הקבוצה לבין "החוץ", ולהסתיר פשעים ועוולות שמתרחשים בין כתליה. משום כך הפרטיות, ככל הזכויות, אינה מוחלטת, ובמקרים המתאימים היא נסוגה מפני זכויות או אינטרסים נוגדים.

3. הצדקות במעגל הקהילתי

המעגל החברתי הבא הוא זה של הקהילה. קהילות שאין בהן פרטיות בין חברי הקהילה או כאלה שמידת הפרטיות בהן נמוכה, דוגמת הקיבוץ השיתופי, נתקלו בקשיים עצומים בגלל ביטול המרחב הפרטי – הפיזי והווירטואלי – שסביב האדם. הוויתור היה מרצון, כמובן, לפחות בראשית הדרך. הוא נבע מאידיאולוגיה של שיתוף, קולקטיביזם ולעיתים סוציאליזם. אולם בדורות השני והשלישי של הקיבוצים נראה כי העדרה של הפרטיות – העדר שלא בא מתוך בחירה כבדורות הקודמים, אלא מתוך קבלת המצב כנתון – עורר קשיים ניכרים.

הטענה האנתרופולוגית היא שהפרטיות חשובה לא רק לבני הקהילה כיחידים, אלא לתפקודה התקין של הקהילה. הפרטיות חוסמת זרימת מידע בין חברי הקהילה, באופן שמאפשר להם להתעלם מדברים שאינם נוחים להם אצל האחרים, ועם זאת לחיות בצוותא ברמת שיתוף כזו או אחרת. דמיינו שהיינו יודעים הכל על שכנינו בקהילה הלא-מאוד-שיתופית של הבית המשותף. דמיינו שהיינו יודעים בפירוט את מצבם הבריאותי, את חיי המין שלהם, את מצוקותיהם וסודותיהם הכמוסים. האם היינו מצליחים להתגבר על אי-הנוחות שבחשיפה הזו שלהם כלפינו ושלנו כלפיהם? המבט הפן-אופטי היה מקשה עלינו לשתף פעולה בדברים מסוימים. לעיתים הפרטיות מסייעת לנו להימנע מלחוש סלידה כלפי הסובבים אותנו, חברינו לקהילה. הפרטיות מאפשרת לקהילה לשמור את ה"ביחד" ואת ה"לחוד" בו-זמנית. הפרטיות כשליטה מפקידה את הכוח להחליט בדבר זרימת מידע מהאדם ועליו בידי האדם עצמו, ולא בידי הקהילה. מי שמוותרים מרצונם (כלומר, בהסכמה מדעת) על מידה מסוימת של שליטה כלפי חבריהם לקהילה יכולים כך לכונן את הלכידות הקהילתית.

גם במישור שבין חברי הקהילה לבין מוביל הקהילה – המנהיג – הפרטיות ממלאת תפקיד שמסייע לכונן את התפקוד הקהילתי.¹⁶³ האם מידע על-אודות חייה הפרטיים האינטימיים של מנהיגת הקהילה היו מגבירים את האמון שלנו בה? לעיתים כן ולעיתים לא. כיום אנו סבורים שכל נתון שיש בו כדי להשפיע על יכולת התפקוד של נאמן הציבור הינו רלוונטי, וחשוב להביאו לידיעת הציבור הבוחר והמונהג. אבל דווקא המסתורין – באשר לחיים האישיים, לא באשר להיבט הציבורי של המנהיגה – מאפשר לנו לבטוח בה. המנהיגה אינה "חברה", אלא מנהיגה. הביטוי הצבאי "דיסטנס" מגלם,

¹⁶³ למחקר אנתרופולוגי מרכזי שהציע טענה זו ראו: Robert F. Murphy, *Social Distance and the Veil*, in *PHILOSOPHICAL DIMENSIONS OF PRIVACY: AN ANTHOLOGY* 34 (Ferdinand David Schoeman ed., 1984).

כך נדמה לי, את הרעיון הזה (אם כי במסגרת הצבאית הוא נועד להשיג משמעת). הריחוק מכונן את הסמכותיות, גם אם באופן מלאכותי. חשוב להדגיש כאן: עצם קיום פרטיותו של נבחר הציבור אינו מکتבי את היקפה של הזכות. אכן, במשך השנים אנו מבחינים בכרסום מוצדק בהיקף הפרטיות של אנשי-הציבור. ככל שאנו משכילים להבין שכמעט כל גורם עשוי להשפיע על איש-הציבור במילוי תפקידו, אנו דורשים לדעת יותר, ותחום הפרטיות של איש-הציבור מצטמצם.¹⁶⁴

4. הצדקות במעגל הדמוקרטי

גם במעגל החיצוני ביותר – זה של המדינה הדמוקרטית – הפרטיות ממלאת תפקיד חשוב. לעיתים זה תפקיד נקודתי, כגון חשאיות הבחירות, שמאפשרת לנו להצביע הצבעת-אמת ללא מורא. הצורך הדמוקרטי בכך ברור, וכיום אינו טעון עוד הסבר.¹⁶⁵ אבל הפרטיות ממלאת תפקיד כללי יותר במשטר הדמוקרטי, והיא חלק מהותי ממנו. אחד המאפיינים של מדינות טוטליטריות הוא העדרה של פרטיות. זו המטפורה הרווחת בשיח על-אודות הפרטיות – המטפורה של "האח הגדול" במדינה האורוליאנית, אשר עוקב אחרינו בכל מקום, גם במקום "פרטי" כמו הבית. חיים ללא מעקב של המדינה הם סימן לחירות ולחופש של האזרח.¹⁶⁶ הפרטיות כשליטה מדגישה כי מי שמקבל את ההחלטות בעבור האדם הוא האדם עצמו, ולא המדינה. במובן זה, ההצדקה של הפרטיות היא מכשירנית, בשל תפקידה בכינון האמון בין האזרחים למדינה על-ידי הגבלת המדינה למינימום ההכרחי לשם מילוי תפקידה, ומכאן חשיבותה של הזכות לפרטיות במישור הציבורי. כאן נמצא מרכז-הכובד החוקתי של הזכות, ורוב המסמכים הבין-לאומיים בנושא הזכות לפרטיות מתמקדים בהיבט זה, כמו-גם התיקון הרביעי לחוקת ארצות-הברית.

הפרטיות חשובה במישור הלאומי גם כדי לכונן את החברה הרב-תרבותית/הרב-קהילתית, שבה יש מגוון אנושי וקהילתי ושונות רבה בין יחידים וכן בין קהילות. בדומה למעגל הקהילתי, במסגרת פוליטית שיש בה אנשים שונים מאוד ונבדלים זה מזה,

¹⁶⁴ ראו, למשל, את פרסום המידע הרפואי בעניינו של ראש הממשלה אריאל שרון. זאב סגל "ערכי הכולסטרול של איש ציבור" **הארץ** 20.12.2005, 21. המאמר פורסם לאחר האירוע המוחי הראשון שעבר שרון, ולפני ששקע בתרדמת. אבל ראו, למשל, אלוף בן "הלך ודעך" **הארץ** – **השבוע** 5.1.2007, 5, שם מתאר הכתב את ההתדרדרות במצבו הרפואי של שרון עוד לפני האירועים המוחיים שבהם לקה.

¹⁶⁵ ראו ס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת, ס"ח התשי"ח 69. הקלפי החשאית נולדה בשלב מאוחר למדי – באמצע המאה התשע-עשרה באוסטרליה, ובארצות-הברית היא הונהגה רק בסוף המאה התשע-עשרה.

¹⁶⁶ בשפה החוקתית הישראלית הוגדרה הזכות כ"אחת החירויות המעצבות את אופי המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי" (עניין **גלעם**, לעיל ה"ש 141, פס' 9 לפסק-הדין), ובהתאם – כזכות ש"מתבקשת מערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (עניין **פלונתי**, לעיל ה"ש 6, פס' 8 לפסק-הדין).

הפרטיות מאפשרת לאנשים זרים להתעלם מחלק מההבדלים ולשתף פעולה במיזם הפוליטי המשותף. האפשרות להיות חבר בכמה קהילות בו-זמנית, ולהתנהג בכמה אופנים שאינם בהכרח קוהרנטיים זה עם זה מבלי להידרש לתת דין-וחשבון, מאפשרת לפרט להיות חלק מהקהילה הפוליטית ובו-בזמן לחיות בנפרד ממנה. יתר על כן, ככל שהפרטיות מטשטשת שונות, היא מאפשרת השתתפות שוויונית יותר בשיח הציבורי. האזרח העני והאזרח העשיר יכולים שניהם להשתתף בשיח בלי קשר למעמדם הכלכלי, אם נתון זה נשמר בפרטיות. מובן שלפער הכלכלי יש השלכה על אפשרויות הביטוי, אולם משהביטוי נשמע, עמדת העשיר ועמדת העני זוכות בהתייחסות עניינית – לגוף העמדה, ולא לגוף האדם. זהו כמובן אידיאל, ובמקרים רבים משתתפי השיח שופטים גם שופטים אנשים על בסיס מיהותם, ולא על בסיס מהות עמדתם. כאן עולה חשיבותה של האנונימיות.

5. משמעות הבחירה

האם אנו צריכים לבחור בהצדקה אחת לזכות לפרטיות ולייתר את האחרות? הצדקה שאינה משכנעת אותנו תוסר ממילא מהדיון. במקרים רבים ניתן להסביר או להצדיק הסדר משפטי מסוים או זכות-יסוד בכמה דרכים, ואין מניעה להחזיק בכולן יחדיו. זו גישה אקלקטית. גם בקשר לפרטיות אין הכרח לבחור בהצדקה אחת בלבד. ההצדקות יכולות להתקיים זו בצד זו. כל אחת מכתובה ותובעת הגנת פרטיות על מקטע אחר של ההתנהגות האנושית. ההצדקות במעגל הפרט מסבירות את "הפרטיות הקלסית" – את ההגנה שניתנת לאדם ברשות היחיד (ורשות היחיד אינה מונח פיזי או קנייני, אלא תחום וירטואלי שמלווה את האדם) – וגם את חשיבותה של ההכרה בקטגוריה של פרטיות במידע. בעידן המודרני והפוסט-מודרני, שבו כל חיינו כרוכים במידע ואינם אפשריים בלעדיו, המידע על-אודות האדם, המידע היוצא מהאדם ומופק אגב שגרת חיו, ואולי גם המידע המגיע אל האדם – הם תנאי הכרחי למימוש האוטונומיה של האדם ולמימוש כבודו. ההצדקות במעגלים הבאים מסבירות כל אחת כללים חברתיים ומשפטיים שמאפשרים לנו לחיות את חיינו יחדיו – במסגרת הזוגית, במסגרת הקשרים הבין-אישיים המקצועיים, במסגרת הקהילתית ובמסגרת המדינית. משום תחום ההשפעה השונה של כל אחת מההצדקות, אין ביניהן חיכוך. עם זאת, ההצדקות העיקריות לזכות לפרטיות הן במעגל הראשון, מעגל הפרט. הפרטיות מרכזית לחיינו, לתפקודנו ולאיכות חיינו. אדם שאין לו פרטיות – ניטלת ממנו היכולת להיות אנושי.

ה. פרטיות בפסיקה

כיצד כוננה הזכות לפרטיות בפסיקה בישראל? הניסיון לאתר עמדה שיפוטית קוהרנטית של הזכות אינו מניב פירות של ממש, לפחות לפי שעה. בפסיקה אין כמעט דיון במהותה של הזכות, והקוּסר זקוק למילוי. יש בה דיון מושגי, אולם כפי שראינו

בדיון בעניין **ועקנין**¹⁶⁷ – הוא לקוי. יש בה גם התייחסות לקטגוריות של פרטיות, אבל נתיב זה, כפי שראינו, הינו חלקי, מוגבל, ואין בו הנחיה למצבים חדשים רבים, חברתיים וטכנולוגיים. יש גם שימוש בכמה הגדרות לפרטיות, אולם בדרך-כלל מדובר בציטוטים ובהפניות להגדרות קיימות, ללא דיון מעמיק או בחירה סדורה. בכמה מקומות יש רמזים או הפניות כלליות להצדקות אפשריות, אולם להבדיל מדיונים מעמיקים בפסיקה בזכויות אחרות – כגון חופש הביטוי, כבוד האדם, הזכות לקניין פרטי או הזכות ליחס שווה – אין דיון כזה בקשר לזכות לפרטיות. עם זאת, מעט פסקי-הדין הקיימים משתלבים היטב עם הגדרת הפרטיות כשליטה, וככזו המתבססת על הצדקות במעגל האישי, של הפרט. בפסקות הסמוכות אדון בכמה פסקי-דין, נוסף על אלה שכבר נידונו במהלך הדברים עד כה. אין הם מקיפים את כל הפסיקה, אולם הם הבולטים בה ביותר, ויש בהם אמירות כלליות על הזכות כמו-גם יישום משמעותי שלה.

עניין **האגודה לזכויות האזרח**¹⁶⁸ נפתח בהצהרה חגיגית ותמציתית: "הזכות לפרטיות היא בישראל זכות-יסוד." פסק-הדין מנתח במשקפיים חוקתיים את הפרקטיקה של העברת מידע ממרשם האוכלוסין במשרד הפנים לרשויות ציבוריות אחרות ולגופים פרטיים. בגלל העדר נהלים והנחיות ברורים במקרה הראשון, ובגלל העדר הסמכה חקיקתית מספקת במקרה השני, הורה בית-המשפט להפסיק את העברת המידע עד לתיקון הפגמים. זהו פסק-דין חשוב, שמשקף הכרה נחרצת בקטגוריה של פרטיות במידע, והבנה של משמעות הפעולה של העברת מידע. בכך צעד בית-המשפט בעקבות החוק. הבחירה כאן (הנכונה והראויה) היא של המחוקק, לא של בית-המשפט. לנוכח הצעידה בעקבות המחוקק, לא נדרש בית-המשפט להסביר מדוע וכיצד הגנת המידע קשורה לזכות לפרטיות. לא מפתיע שמי שביקש לפרש את הנחיית המחוקק בצמצום נאלץ להסביר מעט יותר מהי תפיסת הפרטיות שהוא מחזיק בה. בדעת המיעוט החלקית שלו כתב השופט גרוניס כי לזכות לפרטיות שני פנים:

הפן האחד, שניתן למצוא את מקורו בכבוד האדם, הינו 'זכותו של אדם לנהל את אורח החיים שהוא חפץ בו בדל"ת אמות ביתו, בלא הפרעה מבחוץ'... אין להגביל אמירה זו להיבט הפיסי של הבית. יש להבינה בצורה רחבה יותר, באופן מטאפורי, ברוח הביטוי שטבעו וורן וברנדייס 'the right to be let alone'... הפן האחר, עוסק בחשש מפני כוחה העודף של המדינה, שתרכז בידיה מידע רב לגבי אזרחים ותושבים ותעשה שימוש לרעה באותו מידע.¹⁶⁹

¹⁶⁷ לעיל ה"ש 12.

¹⁶⁸ לעיל ה"ש 3.

¹⁶⁹ שם, פס' 2 לפסק-דינו של השופט גרוניס (הפניות הושמטו). השופט הסכים עם הרוב לעניין העברת המידע לרשויות הציבור, אך חלק על הרוב לעניין העברת המידע לידי הבנקים.

הפן הראשון כורך יחדיו הפניה להצדקה אחת בלבד של הזכות, גם אם מרכזית (כבוד האדם), עם הקטגוריה של פרטיות במקומות, תוך הרחבתה והישענות על ההגדרה של וורן וברנדייס, שדווקא מצמצמת את הגדרת הפרטיות לעומת הגדרות אחרות. הפן השני מקבל את הקטגוריה של פרטיות במידע על רקע אחת ההצדקות שבמעגל המדינה. דיון מעין זה כורך יחדיו נסיגות שונים להבין את הזכות לפרטיות, על-ידי פנייה חלקית וסלקטיבית להצדקה אחת, על-ידי פנייה להגדרה ישנה (אם כי חשובה) ועל-ידי פנייה לאמצעי של סיווג. חוששני שדיון בכלים שונים ללא הפרדה כלשהי ביניהם גורם לערפולה של הזכות, ולא להנהרתה. מה ניתן להבין מפסק-הדין על הזכות לפרטיות? בית-המשפט מקבל את בחירת המחוקק ואינו מהרהר אחריה, מכיר בקטגוריה של פרטיות במידע, ואף מוכן להתערב לשם כך בפעולתה של הרשות המבצעת.

המשמעות המעשית של פסק-הדין היא שזרימת מידע על האדם מגורם אחד (מנהל האוכלוסין במקרה זה) לגורמים אחרים (רשויות ציבוריות או גופים פרטיים, כגון בנקים) כפופה לזכות לפרטיות. זרימת המידע צריכה להיעשות במשורה, באופן מידתי ותוך יצירת מנגנוני הגנה לטובת מושאי המידע. מנגנונים כאלה נכללו בתיקון לחוק מרשם האוכלוסין, שבא להסדיר את העברת המידע בעקבות פסק-הדין.¹⁷⁰ בכך הביא המשפט (בית-המשפט והמחוקק) בחשבון את הצורך להבטיח בקרה על זרימת המידע על אדם. האדם אומנם אינו שולט במידע בעצמו, אולם פגיעה זו בפרטיות מוצדקת – כדי לשרת אינטרסים לגיטימיים אחרים – ותחומה למינימום ההכרחי.

בעניין **פלוניא**,¹⁷¹ שדן בקבילותם כראיות בכית-הדין של צילומים שצילם בעל את אשתו עם מאהבה בביתה (שהיה ביתם המשותף קודם לסכסוך ביניהם) במסגרת הליכי גירושים, פירט הנשיא ברק את מעמדה של הזכות לפרטיות כזכות-יסוד. הוא פתח את הדיון בהערה שתחומי פרישתה של הזכות רחבים, אבל הפנה לעניין **ועקנין**, שבו נקבע דווקא (על-ידי ברק עצמו) תחום הגנה צר במיוחד לזכות. הוא הדגיש בעיקר את האוטונומיה של הפרט, את הקטגוריה של פרטיות במקומות, את הגדרת הזכות להיעזב במנוחה ועוד.¹⁷² יש בפסק-הדין תרומה חשובה להבנת הזכות לפרטיות במשפט הישראלי, בהבהירו כי הקטגוריה של פרטיות במקומות אינה מקיפה את כל מה שיש בפרטיות. הפרטיות היא יחידה אוטונומית, כדברי ברק, ובמילים אחרות (שאינן בפסק-הדין): המרחב שסביב האדם אינו רק פיזי, אלא גם וירטואלי; ובניסוח אחר, אמריקני, הפרטיות אינה של מקומות, אלא של אנשים. גם כאן חשוב לשים לב לשורה התחתונה: בית-המשפט הגן על פרטיותה של האישה. נראה לי, עם זאת, שזוהי מקרה קל (ותוצאתו נכונה וראויה) מבחינת דיני הפרטיות. לפי כל הגדרה וכל הצדקה של הזכות לפרטיות,

¹⁷⁰ ראו חוק מרשם האוכלוסין (תיקון מס' 11), התשס"ז-2007 (התקבל בכנסת ב-21.3.2007), שהוסיף את ס' 29 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965, ס"ח 270. השווה להצעת החוק שפורסמה בה"ח התשס"ה 1199.

¹⁷¹ לעיל ה"ש 6.

¹⁷² שם, פס' 10 לפסק-הדין, וההפניות שם לעניין דיין, לעיל ה"ש 3.

היה ראוי להכיר בפרטיותה של האישה ולקבוע כי הצילומים פגעו בפרטיותה. רק עמדה פטריארכלית שמרנית תכפיף את זכותה של האישה לזכויות של בעלה (כפי שסבר בית-הדין הרבני). הקושי בפסק-הדין נובע מן ההקשר הדתי ומהחיכוך בין הדין החילוני לבין דיני הגירושים היהודיים המופעלים בבתי-הדין הרבניים. מה ניתן ללמוד מפסק-הדין על עמדת בית-המשפט באשר לזכות לפרטיות? שוב, יש בו עמדה ליברלית, שמדגישה את היות האדם נפרד מאחרים, ובמקרה זה הגנת פרטיותה של האישה בנפרד מבעלה ואל מול בעלה. בכך אישר בית-המשפט את שליטתה של האישה בעצמה: רק היא תקבע אם מישוהו יכול לצלמה ברשות היחיד שלה.

בעניין **אלוניאל** נידון סעיף 2(6) לחוק, הקובע כי שימוש בשמו של אדם למטרת רווח הוא פגיעה בפרטיות.¹⁷³ במקרה זה דובר במאבק פרסומי בין שתי מתחרות – ברגר-קינג ומקדונלד'ס – שבמרכזו עמד שחקן הכדורסל אריאל מקדונלד, שפרסם את ברגר-קינג. מקדונלד'ס הגיבה בפרסומת שבה עשתה שימוש בשמו של השחקן ("היכן אוכל אריאל מקדונלד?"). בית-המשפט דן בשאלה זו בכובד-ראש, תוך שהוא מפנה לקטגוריה המתאימה של פרוסר אבל חולק על סיווגה כזכות לפרטיות. השופט ריבלין הבדיל בין שני אינטרסים: אינטרס קנייני בפרסום ואינטרס של פרטיות. היישום במקרה הנ"ל הבהיר כי האינטרס של השחקן היה בתמורה הכספית, ולא במניעת הפרסום, שבו דווקא חפץ. ההנגדה בין האינטרס הקנייני לבין אינטרס הפרטיות הניעה את בית-המשפט להדגיש את הפן האישי שיש בפרטיות: הפרטיות מגינה, כך נפסק, על הנזק הנפשי, ולא על הנזק הכלכלי. "זוהי הגנה אשר עניינה בצנעת חייו של הפרט ובפגיעה ברגשותיו אותה הוא חווה עת מופרת האינטימיות של חייו."¹⁷⁴ ובהמשך: "עניינה של זכות הפרטיות הוא, אפוא, באינטרס האישי של האדם בפיתוח האוטונומיה שלו, במנוחת נפשו, בזכותו להיות עם עצמו, ובזכותו לכבוד ולחרות... אין לומר כי עיקר עניינה באינטרס כלכלי."¹⁷⁵ בית-המשפט פיתח אומנם אפיק משפטי חלופי להגנה על האינטרס של הידוען, אבל כאן הדין הוא בפרטיות. הדיון בנושא הפרטיות בפסק-הדין הדגיש את ההצדקה ב"מעגל הפרט" שמכוונת לצרכים הפסיכולוגיים של האדם, אבל התעלם ממשמעויות אחרות של הזכות לפרטיות, ובעיקר ממה שהוגדר כפרטיות¹⁷⁶.

¹⁷³ ראו עניין **אלוניאל**, לעיל ה"ש 141.

¹⁷⁴ שם, פס' 33 לפסק-דינו של השופט ריבלין.

¹⁷⁵ שם.

¹⁷⁶ במעגל שבמרכזו האדם יש הצדקות נוספות לזכות לפרטיות, שאחת מהן היא הרצון להימנע ממסחרם של בני-אדם, וההגדרה הנובעת ממעגל זה בכללותו היא הפרטיות כשליטה. הזכות לפרסום (right of publicity) מונעת מסחור של האדם, ואכן, במבט ראשון, נראה כי הפרטיות והזכות לפרסום מנוגדות זו לזו. לעומת זאת, היה מקום לשאול מי ממסחר את האדם. מבחינת בית-המשפט, העובדה שהידוען מסחר את עצמו בעצמו, על-ידי השתתפות בפרסומות, די היה בה לבטל את התנגדותו למסחר על-ידי אחרים. אבל

מספרם המצומצם של פסקי-הדין, והשאלות הנקודתיות שבהן עסקו, מקשים את זיהויה של עמדה ברורה. מהי עמדת בית-המשפט באשר לזכות לפרטיות? ניתן להצביע על כמה מסקנות כלליות: בעקבות חוק-היסוד, בית-המשפט מכיר בכך שהפרטיות היא זכות חוקתית, והחוקתיות מופעלת הן כלפי הרשות המבצעת והן בעימות עם זכויות אחרות. עם זאת, תפיסת הפרטיות השיפוטית צועדת בעקבות המחוקק ומקבלת את בחירותיו העקרוניות – למשל, בהכרה בקטגוריית הפרטיות במידע. הכרה זו יכולה להיחשב כמרחיבה (למשל, לעומת ארצות-הברית), אבל בהקשרים אחרים מתברר שזו דווקא עמדה צרה מדי, שמותירה את הפרטיות כזכות שיורית לעומת זכויות אחרות. בכל מקרה, בעמדה השיפוטית יש רוח ליברלית מובהקת וחזקה. פסקי-דין אלה מתיישבים עם עמדת הפרטיות כשליטה, גם אם הם אינם מצהירים על כך במפורש. מסקנות אלה הן כלליות, ויש בהן התחלה של דיון שיפוטי, אולם לא הרבה יותר מכך.

סוף-דבר

בסיומו של המסע לבירור מהותה של הזכות לפרטיות, הזכות נותרת עדיין עמומה. לא בכדי ננקטו דרכים שונות במרוצת מאה ועשרים השנים האחרונות – מאז פורסם מאמרם של וורן וברנדייס – בניסיון להבין את הזכות לפרטיות. אבל הזכות עמומה מטיבה, מחמת היותה תלוית-חברה ותלוית-טכנולוגיה. במשפט הישראלי טרם באה המהפכה החוקתית לידי ביטוי מלא בתחום הפרטיות. האינטואיציות הראשוניות – למשל, של הגנת פרטיות במקומות – מתאימות למצבים מסוימים, אולם מגבילות אותנו במצבים אחרים. כך גם באשר לקטגוריות אחרות של פרטיות או לגבי הטענה המושגית המבלבלת. אין מנוס מבדיקה של הצדקות-היסוד של הזכות לפרטיות. בדיקה זו נחוצה במיוחד בשיח החוקתי הישראלי הנוכחי. ההצדקות שהועלו, במעגלים שונים שראשיתם בפרט וסופם במדינה, מספקות נקודת אחיזה טובה באשר לזכות לפרטיות. יש בכוחן לכוון אותנו בצמתים חדשים, בין שהללו נוצרים בעקבות טכנולוגיה חדשה או בעקבות שינויים חברתיים. ההצדקות הן כלליות אומנם, וטעונות פירוט וקונקרטיזציה, אבל יש בהן מענה לטענה המושגית: יש בפרטיות ערך מוסף, שנבדל מאינטרסים המוגנים על-ידי זכויות אחרות. ההצדקות יכולות להסביר את מופעה המגוונים של הזכות לפרטיות, בין לפי האינטרסים המוגנים (הסיווג של פרוסר) ובין לפי הקטגוריות המוגנות, והן משתלבות במידה סבירה של התאמה עם ההגדרות. שוב, ההצדקות –

יש הבדל גדול בין מצב שבו אדם בוחר מרצונו למסחר את עצמו לבין מצב שבו ממסחרים אדם מבלי לשאול אותו. ניתן להשוות זאת לזכויות-יסוד אחרות: כאשר אדם בוחר לשתוק, הרי הוא מממש את זכותו לכבוד האדם, את האוטונומיה שלו וכיוצא בזה, אולם כאשר גורם אחר כופה שתיקה על אדם, זו פגיעה בחופש הביטוי. הבנת הזכות לפרטיות כשליטה הייתה מעוררת, כך אני סבור, את השאלה מי שולט באישיות האדם, וביישום למקרה הנוכחי – מי ממסחר אותה.

ובמיוחד אלה שבמעגל הראשון, שבמרכזו האדם – מסבירות באופן החזק ביותר את ההגדרה בדבר פרטיות כשליטה. הפרטיות כשליטה היא ציר משותף לכל מעגלי ההצדקות. השליטה שונה מאדם לאדם ומהקשר להקשר. תחום השליטה של המרחב האוטונומי ועוצמתו אינם נתון אובייקטיבי שיש לגלותו, אלא תוצר של קביעה נורמטיבית: מה אנו רוצים שהמתחם הזה יקיף. בשלב השני יהיה צריך לפרוט זאת לכללים – מלאכה שלא תמיד תהיה קלה. עקרונות ראשוניים לעניין זה הם עקרון ההסכמה ועקרון צמידות המטרה.

אין די במעמד חוקתי ומשפטי. כשם שפרטיות מושפעת מהחברה, היא גם חיה במסגרת החברה. הזכות לפרטיות נתונה בלחצים כבדים מאוד מצד קשת של גורמים בלתי-קשורים – לא רק הביקורות המנומסות של הקהילתנים או הביקורת הנוקבת של הפמיניזם, אלא גם דרישות מוסרניות שקובלות נגד הפרטיות על היותה מסתור מפני נטילת אחריות, וכן תביעות של גורמי אכיפת חוק, הטוענים כי הפרטיות מקשה עליהם בחקירות של פשעים שכבר נעשו ובמניעת פשעים וטרור לפני התרחשותם. בעולם שאחרי ה-11 בספטמבר קשה לפרטיות להתמודד עם טענות אלה. גם בישראל יש כרוסום נמשך ומדאיג בפרטיות בשם אכיפת החוק.¹⁷⁷ לחץ כבד נוסף הוא דווקא לחץ סמוי – הלחץ הכלכלי: הפרטיות מקשה על גורמים שונים לאסוף מידע עלינו האזרחים-הצרכנים, ועל-כן היא נשחקת בגלגלי השוק. לצד הדיון החוקתי, מלאכת ההגנה על הפרטיות היא בפרטים הקטנים של היומיום.

¹⁷⁷ ראו, למשל, חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996, ס"ח 136. ראו גם חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף החשוד) (תיקון), התשס"ה-2005 (התקבל בכנסת ב-1.6.2005); הצעת חוק סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (תיקון מס' 13) (קבלת נתוני תקשורת וקובצי נתונים ממאגר מידע של בעל רישיון בזק), התשס"ו-2006, ה"ח הממשלה 550.