

מעגלים של פרטיות

מאת

מיכאל בירנהק*

א. מבוא

לזכות לפרטיות יש יחסים מורכבים עם ההומוסקסואליות. בעבר, בימים שבהם העוינות החברתית כלפי הומואים, לסביות, ביסקסואלים וטרנסג'נדרים (להט"ב) הייתה קשה מהיום, מעטים חשפו בפומבי את נטייתם הלהט"בית. בימים הלא-מאוד-רחוקים שבהם ספרי החוקים כללו איסור התנהגויות מיניות שונות שימשה הפרטיות מגן ומחסה מפני נידוי ורדיפה, וכך היא משמשת גם כיום בקהילות שאינן מכבדות להט"ב. הזכות לפרטיות שמתייחסת בין היתר להתנהגותו של אדם בביתו, הקלה על להט"ב לחיות את חייהם ולקיים פרקטיקה מינית כרצונם – כל עוד היו בארון. כך, למשל, בישראל, כל עוד היה איסור פלילי לקיים יחסי מין "שלא כדרך הטבע" (איסור שבוטל רק בשנת 1988), הציע המשפט ללהט"ב עסקה חברתית מפוקפקת: היו הומואים בביתכם וסטרייטים בצאתכם, וכך המדינה לא תפריע לכם.¹

כיום, עבר זמנה של אותה עסקה. להט"ב רבים אינם מסתירים עוד את נטייתם, איסורים שונים של התנהגויות מיניות בוטלו, המשפט מגן על להט"ב מפני הפליה, ונראה שהעוינות החברתית פוחתת. על רקע זה, בחינת יחסי הפרטיות וההומוסקסואליות, נושא מאמר זה, מתמקדת כיום בכמה מצבים, שהעיקריים שבהם הם "פרטיות כפויה", כלומר, דרישה מהלהט"ב להסתגר במרחב הפרטי בלבד, ושאלת האחצון (outing): חשיפת נטייתו המינית הלהט"בית של אדם בניגוד לרצונו.

בשנים האחרונות, וביתר שאת בעקבות הרצח בבר-נוער בתל-אביב באוגוסט 2009, אנו עדים לשיח ציבורי ער שמתנהל בתקשורת ובזירות שיח אחרות, בסוגיית האחצון. כמה מקרים של אחצון מרומז של ידוענים – יהודה פוליקר, יהודית רביץ, ארנה בנאי – עוררו דיון נוקב.² כאשר האחצון בא מתוך

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. תודות לחיים אברהם, לאייל גרוס, להדי ויטרבו, למיקי זר, לטל ז'רסקי, לטל מורס וליופי תירוש על הערותיהם, לדן לרגמן על עזרה מצוינת במחקר, ולמערכת הספר על הערות יסודיות ומועילות.

1 לדיון בתולדות האיסור הפלילי בחקיקה ויישומה (ואי-יישומה), ראו יובל יונאי ודורי ספיבק "בין שתיקה לגינוי: הבניית הזהות של ההומואים בשיח המשפטי בישראל, 1948–1988" סוציולוגיה ישראלית א 257 (1999).

2 האחצון יוחס לגל אוחובסקי ואיתן פוקס שהעירו על היעדרם של השלושה מעצרת זיכרון לנרצחים בבר-נוער. לדיון, ראו טורי דעה: הדס ריבק "טיים אאוט" וואלה! 9.8.2009 b.walla.co.il/?w=/3054/; 1534857; אביעד קיסוס "לאורר את הארון" וואלה! 10.8.2009 b.walla.co.il/?w=/3054/1534929; וישי בלנק "ארבע טעויות מרגיזות בדיון על אוטינג" וואלה! 12.8.2009 b.walla.co.il/?w=/3054/1536208.

הקהילה הלהט"בית הוא נועד בדרך כלל לשרת מטרה חיובית של שינוי חברתי וקידום זכויות. אבל האחצון נתקל בזכות לפרטיות, שמאפשרת לאדם להתנגד לחשיפה, למרות האינטרס החברתי. מכאן, יש מי שמבקרים את הזכות לפרטיות, ורואים בה מכשול בפני שינוי חברתי ראוי.

מבקרי הפרטיות טוענים שהיא מניחה שהתרבות ההטרנסקסואלית היא התרבות הנורמטיבית היחידה (כלומר ששיח הפרטיות הוא הטרנסקסואלי), שהפרטיות מכוננת מחדש את ההפרדה שבין הפרטי לציבורי, דוחקת את הנטייה הלהט"בית למרחב הפרטי, ובכך, מבצרת את הארון האישי והחברתי במקום לסייע במשימה של ניפוצו. כדבריה של איב קוסופסקי סדג'וויק, הארון הוא המבנה המגדיר של הדיכוי ההומו-לסבי.³ הארון מוצג כתוצר של הבניה חברתית שנועדה לשמש את הרוב ההטרנסקסואלי כדי לדכא את המיעוט ההומוסקסואלי. לפי טיעון זה, לא יכולה להיות זכות לפרטיות בארון, וכל מי שמשתף פעולה עם הארון, למשל כאשר כלי תקשורת נמנע מלדווח על נטייתו המינית של אדם, דווקא פוגע באוטונומיה של הפרט הלהט"בי.⁴ כך, הזכות לפרטיות מוצגת כשריד של העולם הישן שיש לסלקו, והטענה שנטייתו המינית של אדם היא עניין פרטי מכונה הומופוביה ליברלית.⁵ מכאן, הדיון על הזכות לפרטיות בהקשר של נטייה מינית משקף את השינויים החברתיים בנוגע לנראות ולנוכחות הציבורית של הזהות הלהט"בית, ומהווה זירה שיחנית שמגלמת את המאבק הליברלי/קוויירי על אופי המרחב הפרטי והמרחב הציבורי.

מאמר זה בוחן את יחסי הפרטיות וההומוסקסואליות ובעיקר (אך לא רק) את סוגיית האחצון. מטרתו היא להגן על הזכות לפרטיות בהקשר הלהט"בי, ולהראות, בניגוד לביקורת, שהיא מעניקה כוח לטובת כל אדם באשר לזהותו המינית. אטען שהזכות לפרטיות, כנגזרת של כבוד האדם ועל רקע הבנתה כשליטה של האדם במידע על אודותיו, מכילה את הנטייה הלהט"בית בצורה טובה יותר מאשר הביקורת: הזכות לפרטיות מאפשרת לפרט לתחום בעצמו את הגבול בין הפרטי לציבורי בקשר למיניותו. הפרטיות מאפשרת פיתוח עצמי של הזהות באופן שאינו כפוף להכתבה חברתית חיצונית, שהיא בהכרח גסה בסיווגיה ומהותנית באופייה. הפרטיות מאפשרת מגוון רחב – אין-סופי – של זהויות ושל התנהגויות.

המאמר משיב לביקורת הפוסט-ליברלית על הפרטיות. בתמצית, הביקורת (וזהו כמובן הכללה, יש בביקורת ניואנסים שונים) אינה מבחינה בין ארון כפוי, שאליו נדחק האדם בידי הרוב ההטרנסקסואלי,

מיכאל בירנהק "מי קובע מי אנחנו?" וואלה! 12.8.2009 b.walla.co.il/?w=/3054/1536690; אייל גרוס "אין תחליף ליצירה מהארון" וואלה! 13.8.2009 b.walla.co.il/?w=/3050/1537412. אוהובסקי עצמו סבור שהתקשורת שהדהדה את הדברים היא זו שאחראית לאחצון. ראו גל אוהובסקי "סוף עידן האאוטינג" TimeOut, זמין ב-GoGay, 11.6.2010 archive.is/ZWGL. הוויכוח על אוטינג מתנהל גם בזירות נוספות. ראו למשל דיון בעמוד השיחה של הערך על יהודה פוליקר בוויקיפדיה: bit.ly/19nVYrH. במקביל, חלק מהנפגעים באירוע כבר נועדו נאלצו לחשוף את נטיותיהם בפני משפחותיהם, עקב הנסיבות, אולם לא דובר באחצון מהסוג הנדון כאן.

3 Eve Kosofsky Sedgwick, *Epistemology of the Closet* (1990). הפרק הראשון תורגם לעברית: איב קוסופסקי סדג'וויק "האפיסטמולוגיה של הארון" תיאוריה וביקורת 37 284 (אנאלו ורביץ מתרגמת, 2010). לדיון ראו עמליה זיו ואייל גרוס "אמנות הקריאה הקוויירית של איב קוסופסקי סדג'וויק" תיאוריה וביקורת 37, 275 (2010).

4 ראו 27, 33 J. of Homosexuality, 27 *The Closet and the Ethics of Outing*, Jeremiah MacCarthy, (1994). אף שהוא טוען שבארון אין פרטיות, מקארתי סבור שאין מקום לחשוף את נטייתו המינית של אדם בניגוד לרצונו, משום שהחשיפה עלולה לפגוע באדם בדרכים אחרות.

5 גרוס "אין תחליף ליצירה מהארון", לעיל ה"ש 2.

והוא מצב שאינו קשור כלל לזכות לפרטיות, לבין ארון מבחירה אישית, שאדם בונה בעצמו ונמצא בו עד שהוא בשל לצאת ממנו, מרצונו החופשי. אמנם גם הארון העצמי הוא תוצר של הבניה חברתית, אולם שינוי של הנורמה החברתית אינו יכול לבוא על חשבון הפרט. אראה כיצד העמדה שלפיה הזכות לפרטיות מכוננת מחדש את התיחום בין הפרטי לציבורי נשענת במידה רבה על החשיבה המשפטית האמריקנית בנושא זה. על מי שמבקשים לייבא אותה לישראל להבחין בשוני היסודי שיש בהבנת הזכות לפרטיות ובכללים המשפטיים שנגזרים מכך.

אפתח (בחלק ב) בהצגה קצרה של הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות, שלפיו הפרטיות נגזרת מכבוד האדם, ומהותה היא שליטה של אדם בעצמו, בהתנהגותו ובוהותו. הפרטיות היא זכותו וכוחו של אדם להחליט בעצמו, עבור עצמו, אם בכלל יעביר מידע על אודותיו לאחרים, ואם כן, איזה מידע, מתי ובאילו תנאים. בהתאם, אציע להבחין במעגלים של פרטיות שנמצאים סביב האדם: אלה הם ההקשרים החברתיים שבהם אנו פועלים. לאדם זכות לקבוע איזה מידע יועבר לאיזה מעגל. דיון זה יאפשר לנו לעמוד על ההבדלים בין הגישה האמריקנית לגישה הישראלית, ולהזהיר מפני יבוא רעיוני משם לכאן. בחלק ג, על גבי המצע העיוני, אציג את המסגרת המשפטית בישראל ובארצות-הברית, ואצביע על הממשק שבין הפרטיות במופעה המשפטי לנטייה המינית הלהט"בית. בהמשך לאזהרה מפני יבוא רעיוני, ההשוואה לארצות-הברית מזהירה מפני יבוא משפטי אוטומטי משם לכאן. כיום, לאחר ביטול האיסורים הפליליים על הומוסקסואליות, הסוגיה העיקרית בממשק הפרטיות וההומוסקסואליות היא המאבק על המרחב. חלק ד דן בשני נושאים מרכזיים בקשר לכך: האחד, נוגע לניסיון לדחוק להט"ב למרחב הפרטי בניגוד לרצונם. זה המקרה של מדיניות הצבא האמריקני בשנים 1993–2011, והמקרה של ההתנגדות למצעדי הגאווה בירושלים. כמה כותבים קישרו את ההתנגדות למצעדים לזכות לפרטיות. אסביר מדוע כפיית בידול כלל אינה קשורה לזכות לפרטיות, אלא למאבק על המרחב הציבורי ועל הלגיטימיות של זהות להט"בית. הנושא השני נוגע למצב שבו להט"ב הם שמבקשים להישאר במרחב הפרטי מרצונם, אבל יש מי שמבקש להנכיח אותם במרחב הציבורי בניגוד לרצונם. זהו המקרה של אחצון. אגדיר את האחצון כהעברה של מידע ממעגל פרטיות אחד לאחר, ופגיעה בשליטתו של האדם בעצמו.

אקדים את המאחר: אטען כי העברת מידע על מיניותו של אדם ממעגל אחד למעגל אחר ללא רשות האדם היא אחצון פסול, שפוגע בפרטיות. עמדה זו עדיין מחייבת יישום עובדתי בכל מקרה. לפי זה, פרסום בתקשורת על נטייתו של ידוען שחושף את נטייתו רק לחברי הקהילה – הוא אחצון פסול; פרסום בתקשורת על מי שמתנהגות בציבור הרחב ככנות זוג באופן ברור – אינו אחצון. במקרים מסוימים ויוצאי דופן, ראוי שהמשפט יתיר אחצון מחמת אינטרס ציבורי חשוב. אכן, לגישה שמגנה על פרטיות להט"ב יש מחיר חברתי מסוים, של שימור ההבחנה בין המרחב הפרטי לציבורי ושיוך הזהות הלהט"בית למרחב הפרטי. יש להיאבק בפן הדכאני של הארון, אבל הדרך לכך היא עידוד יציאה מהארון, יצירת תנאים חברתיים טובים לכך תוך כיבוד התהליך האישי של האדם, ולא בדרך של הוצאה כפויה מהארון.

ב. פרטיות כשליטה

הזכות המשפטית לפרטיות היא זכות חדשה יחסית. קדמה לה נורמה חברתית של פרטיות, שונה מתרבות לתרבות ומשתנה במהלך הזמן. גם בגלגולה המשפטי, וככל כלל משפטי, תוכנה, היקפה ועצמתה של הזכות תלויים בנורמות חברתיות, משקפים נורמות קיימות ולעתים מעצבים אותן בחזרה,

בדיאלקטיקה נמשכת. למרות אינ-ספור ניסיונות להגדיר, לסווג, לאפיין ולהצדיק את הזכות, ובשל אופייה הדינמי, היא עדיין זכות עמומה ואמורפית שקל יותר לזהותה בדיעבד, כאשר היא מופרת, מאשר להגדירה מראש.⁶ עם זאת, הפרטיות נחשבת זכות יסוד, מוגנת באמנות בין-לאומיות מרכזיות, בחוקות (וחוקי-יסוד) ומזוהה עם משטרים דמוקרטיים חופשיים. הרחבתי בכל אלה במקום אחר,⁷ וכאן הדיון מתומצת, ומטרתו להניח את המצע העיוני לבחינת היחס שבין הפרטיות לנטייה מינית.

1. הגדרה וסיווגים

לידתה של הזכות לפרטיות בעולם המשפט מיוחסת למאמרם רב-ההשפעה של סמואל וורן ולואיס ברנדייס, בשלהי המאה ה-19.⁸ הם הגדירו את הפרטיות באופן כללי, כזכות להיעזב במנוחה, בלי שפירוטו. ההגדרה מילאה תפקיד משפטי חשוב בכך שנתנה שם לזכות וסללה את הדרך להכרה שיפוטית. כיום, ההגדרה מיצתה במידה רבה את כוחה: היא אינה מסייעת לתחום את היקף הזכות או את עצמתה בהתנגשות עם זכויות אחרות. למשל, ההגדרה אינה מסייעת לנו לקבוע אם לבני אדם יש זכות לפרטיות בקשר לנתונים ביומטריים שלהם, אם מותר למעסיק לאסוף מידע על הרגלי הגלישה של עובדיו באינטרנט, או אם לספק שירות מותר להצליב את המידע שנאסף על לקוחותיו תוך כדי מתן השירות, עם מידע אחר שיש בידי.

בקשר לנטייה מינית, הגדרת הפרטיות כזכות להיעזב במנוחה דווקא מועילה. ההגדרה מאפשרת לפרט להדוף חזרה למרחב הפרטי, בכל עניין, ולומר לאחר: "זה לא ענייני, עזוב אותי במנוחה". אמנם מי שמשיב כך עשוי מיד להיחשד כמי שיש לו מה להסתיר, אולם הזכות לפרטיות פועלת כאן במישור עמוק יותר, ומסמנת מראש את המרחב הפרטי, כדי למנוע שאלות חודרניות מלכתחילה. הנטייה המינית נמצאת בלב המרחב שבו אין לאחרים דריסת רגל. בהיבט זה, הזכות מגנה על מידע בקשר למיניות בכלל (ולא רק נטייה מינית), של הטרוסקסואלים והומוסקסואלים כאחד. כדי להבהיר את הזכות, נעשו במהלך השנים ניסיונות שונים לסווג אותה לפי תחומי פעילותה. כך, מקובל להבחין בין פרטיות במקומות פיזיים, פרטיות בתקשורת, פרטיות במידע ופרטיות בהחלטות.⁹ אלא שכל קטגוריה כזו אינה חדה כשלעצמה. לעתים יש ביניהן חפיפה, או תחומים שאינם מכוסים כלל, וכמו במקרים אחרים, הסיווג שבא כאמצעי לסייע בהתמודדות עם מושג מורכב, הפך במקרים מסוימים לעיקר.¹⁰

לעת עתה, די לומר שהקטגוריה של פרטיות בהחלטות ייחודית לארצות-הברית, ורואה בפרטיות מושג חוקתי, הגם שהחוקה אינה מזכירה אותה כלל. לפי הקטגוריה הזו, יש החלטות אישיות שאדם יכול וצריך לקבל בעצמו, בלי שהמדינה תתערב. עמדה זו שימשה את בית המשפט העליון שם כטעם

6 לטענה דומה ראו Avishai Margalit, *Privacy in the Decent Society*, 68 SOC. RESEARCH 255 (2001).

7 מיכאל בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה (2010) (להלן: בירנהק מרחב פרטי).

8 Samuel Warren & Louis Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890). מעניין שהמונח הומוסקסואליות הופיע לראשונה בסמוך מאוד – בשנת 1892. ראו יונאי וספיבק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 258.

9 לדיון ראו בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 67–82.

10 שם.

להכרה בזכותה של אישה להפיל, בפסק הדין הידוע *Roe v. Wade*,¹¹ הקטגוריה הזו מילאה תפקיד חשוב בשיח הפרטיות הלהט"בית, ואשוב אליה בהמשך. לעומת זאת, באירופה ובישראל, המסגרת הרעיונית והמשפטית שבתוכה נדונות שאלות כמו זכותה של אישה להפיל או זכותו של גבר לקיים יחסי מין עם גברים אחרים, אינה המסגרת של פרטיות, אלא זו שנשענת על מושגים של כבוד האדם ואוטונומיה, כלומר זכותו של אדם לקבל בעצמו החלטות בקשר לחייו.¹²

בעקבות הטכנולוגיה הדיגיטלית, הקטגוריה של פרטיות במידע אישי נמצאת כיום במוקד שיח הפרטיות, וגם פה יש שוני ניכר בין אירופה לארצות-הברית. העמדה האירופית רואה במידע על האדם חלק בלתי-נפרד מזהותו. פסק דין של בית המשפט הפדרלי בגרמניה היטיב להגדיר את הזכות כהגדרה מידעית עצמית (informational self-determination).¹³ לפי גישה זו, הפרטיות מסווגת כנגזרת של כבוד האדם. משום כך, כוחה הוא כלפי כל גורם: המדינה, השוק, אנשים אחרים (ובכלל זה מעסיקים, התקשורת ואנשים פרטיים). בהתאם, הדין שם מסדיר היבטים שונים שקשורים למידע אישי באשר הוא (data protection).¹⁴ הדין קובע כללים בקשר לאיסופו של מידע אישי, עיבודו, העברתו לצדדים שלישיים, ובכלל זה זכויות שיש למושאי המידע (data subjects) וחובות שמוטלות על מעבדי המידע, בצד סמכויות אכיפה לרשויות ייעודיות.¹⁵

הגישה הפדרלית האמריקנית לפרטיות במידע אישי צרה בהרבה, ומתמקדת בעיקר באיום השלטוני על הפרטיות, ופחות מכך באיום מצד השוק או מצד אנשים פרטיים.¹⁶ התוצאה היא שאין שם הסדרה כללית של מידע אישי, אלא רק של סוגי מידע מוגדרים שנתפסים רגישים.¹⁷ גישה צרה זו משאירה סוגי מידע רבים ללא הסדרה משפטית. המשמעות היא כי לפרט יש רק שליטה מצומצמת במידע על אודותיו, ובהקשרים רבים אין לו שליטה כלל. המידע נתפס מרכיב הכרחי לתפקודו היעיל של שוק חופשי, והמשפט מתערב רק במקרים המסוימים שהמחוקק בחר להסדיר.

ניסיון נוסף להנהיר את הזכות לפרטיות הוא סיווג שהיה רב-השפעה במשפט האמריקני, ושהתמקד במשפט הפרטי, ביחסים שבין אדם לחברו. בשנת 1960 בחן ויליאם פרוסר את היישומים השיפוטיים

- 11 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 154 (1973).
- 12 יש הדים קלים בפסיקה הישראלית לקליטת הקטגוריה של פרטיות בהחלטות, אבל הם משניים להמשגת הסוגיה כעניין של כבוד האדם. ראו דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד (4) 661, 714 (1996); בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד (3) 201, 220 (2005).
- 13 BVerfGE 65,1 – Volkszahlung Urteil des Ersten Senats vom 15 Dezember 1983 auf die mündliche Verhandlung vom 18. und 19. Oktober 1983 – 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 in den Verfahren über die Verfassungsbeschwerden.
- 14 ראו ס' 2(a): ל: Parliament and Council Directive, 1995, 95/46/EC O.J.L 281.
- 15 לקריאה נוספת בדבר הזכות לפרטיות והגנת המידע האישי באיחוד האירופי ראו CHRISTOPHER KUNER, EUROPEAN DATA PROTECTION LAW: CORPORATE REGULATION AND COMPLIANCE (2nd ed. 2007).
- 16 גיימס ויטמן אפיין את הגישה האמריקנית כנגזרת של חירות (liberty) מול הגישה האירופית, שאותה אפיין כנגזרת של כבוד האדם (dignity). ראו James Q. Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, 113 YALE L.J. 1151 (2004).
- 17 למשל מידע פיננסי: Gramm-Leach-Bliley Act, 12 U.S.C. §§6801–6809 (1999) (ובשמו הרשמי: Health Insurance Portability and Financial Services Modernization Act of 1999); מידע רפואי: Health Insurance Portability and Accountability Act, 42 U.S.C (1996) 45 C.F.R 164 – ותקנות מכוחו; או מידע בדבר צפייה בטלוויזיה: Cable Communications Policy Act, 47 U.S.C. §551 (1984).

של ההגדרה של וורן וברנדייס, וסיווג את הזכות לפרטיות לארבע עולות נזיקיות: (1) פגיעה ביחידות פיזית ובענייניו הפרטים של אדם (intrusion upon seclusion or solitude, or into private affairs); (2) פרסום מידע אישי; (3) שימוש למטרות רווח בדמותו של אדם; (4) הצגתו של אדם באור כוזב.¹⁸ הסיווג של פרוסר נקלט בניסוח כללי המשפט המקובל (ה-*Restatement (Second) on Torts*),¹⁹ והשפעתו על המשפט האמריקני רבה. העולה השנייה – פרסום מידע אישי – היא זו שרלוונטית לסוגיית האחזון, ואשוב אליה בחלק ג.

2. הצדקות

בצד ניסיונות להפיג את עמימותה של הזכות לפרטיות באמצעות הגדרות וסיווגים, מתקיים בספרות דיון עיוני שמבקש לאתר את ההצדקות המהותיות לזכות.²⁰ לשם הנוחות, אסווג אותן כאוסף במעגלים קונצנטריים. במעגל הפנימי נמצא האדם.²¹ המעגלים החיצוניים מוסיפים אינטראקציות חברתיות: מעגל שני הוא של קשרים בין-אישיים (אינטימיים, חבריים, או מקצועיים); מעגל שלישי הוא של הקהילה; ולבסוף, מעגל המדינה. בכל מעגל יש כמה הצדקות שמסבירות את הצורך בהגנה על הפרטיות. במעגלים החיצוניים, הפרטיות חשובה באופן מכשירני: במעגל הקשרים הבין-אישיים, היא מאפשרת אינטימיות ואמון (למשל בין רופא למטופל), במעגל הקהילה, היא מאפשרת שמירה על הפרדה מסוימת בין שכנים ובין חברים לאותה קהילה בדרך שמאפשרת להם לחיות "ביחד" תוך שמירת ה"לחוד", ובמעגל המדינה, הפרטיות היא אמצעי להבטיח הליך פוליטי תקין, באמצעות בחירות חשאיות, מרסנת את הכוח השלטוני ומגלמת את עובדת היותה של המדינה אמצעי לחיים משותפים, ולא מטרה בפני עצמה. אבל מרכז הכובד של ההצדקות הוא במעגל הפנימי, מעגל האדם, שם ההצדקות הן ברובן דאונטולוגיות.

הצדקה הראשונה היא פילוסופית, ומדגישה את כבוד האדם (במונח *dignity*): ההכרה בכבוד האדם מכתיבה שהאדם הוא זה שיקבל החלטות עבור עצמו – ולא אחרים עבורו. הזכות לפרטיות מאפשרת לאדם את מרחב המחיה האוטונומי הזה, שבו אין להתערב בהחלטותיו ובהתנהגותו. בהתאם, הפרטיות היא קונקרטיזציה של מושג כבוד האדם בקשר להיבטי מידע אישי. זו הגישה הערכית והמשפטית האירופית – וגם הישראלית, אבל היא מתאימה היטב גם להגדרה של וורן וברנדייס, שהדגישו את הצורך האנושי בהתנתקות מרצון מהסביבה לשם פיתוח זהות ואישיות ללא התערבות, וקראו ל-*inviolable personality*.²² כאשר אדם אחד מנסה לומר לאחר מיהו ומהו, המתערב מבטל את האוטונומיה של האדם (בין שתוכן האמירה נכון מבחינה עובדתית ובין שלא). הפרטיות היא כלי בידי האדם להדוף התערבות כזו.

בהקשר הלהט"בי, להצדקה הזו יש חשיבות רבה: היא מכתיבה שהאדם עצמו הוא זה שיכול וצריך להחליט מהי זהותו, האם הוא מבקש להציגה לציבור, ואם כן – כיצד. עוד היא מכתיבה שאין זה

18 William L. Prosser, *Privacy (A Legal Analysis)*, 48 CAL. L. REV. 383 (1960)

19 RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 652A (1997)

20 ראו למשל DANIEL SOLOVE, *UNDERSTANDING PRIVACY* (2008); JULIE E. COHEN, *CONFIGURING THE*

21 *NETWORKED SELF: LAW, CODE, AND THE PLAY OF EVERYDAY PRACTICE* (2012).

22 להרחבה ופירוט ראו בירנהק *מרחב פרטי*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 115–125.

22 Warren & Brandeis, לעיל ה"ש 8, בעמ' 205.

מעניינם של אחרים – המדינה, תאגידים, התקשורת או עמיתיו, להתערב בהגדרה העצמית ובהחלטות אישיות. התערבויות כאלה מזלזלות ומבטלות את יכולתו של האדם לפעול בעצמו למען עצמו. הצדקה שנייה במעגל האדם מדגישה צרכים פסיכולוגיים שלנו. לעתים יש לנו צורך להיות לבד: לא בהכרח במובן הפיזי של התבודדות, אלא במובן של עצמאות: מרחב פיזי, וירטואלי או מחשבתי שבו נוכל להרהר, לשקול ולחשוב בלי הפרעה.²³ זהו מרחב פרטי שדרוש לשם פיתוח הזהות והאישיות: כדי שנוכל לתהות, להתנסות וגם לטעות בקשר לשאלות הגדולות של משמעות חיינו, בלי שנשתתק נוכח מבט פן-אופטי עוקב,²⁴ שמצנן אותנו ודורש מאתנו התאמה קונפורמיסטית ל"נורמה" הכללית, ובלי שנצטרך להסביר, להצטדק או להתנצל. אמנם, כידוע, היחיד אינו אי בודד, ומובן שהגדרת זהות עצמית נעשית על רקע החברה בכלל ומול נורמות קיימות ומבני כוח שיש בחברה, אבל הבחירה וההגדרה מתחילות באדם עצמו – אם הוא רוצה בכך.

גם להצדקה זו חשיבות רבה בהקשר הלהט"בי. הפרטיות מאפשרת לאדם לכוון את אישיותו וזהותו בעצמו. תהליך ההכרה העצמית של אדם בדבר נטייתו המינית שונה מאדם לאדם, אבל בדרך כלל, לפי המודל הידוע של ויויאן קאס, מדובר בתהליך אישי נמשך שמתחיל בכלכל ותהייה, ממשיך (לא תמיד) בהשוואה לאחרים, הכרה עצמית, לפעמים הכחשה, ובשלב מסוים, יש לקוות, השלמה מלאה, גאווה, ולבסוף אינטגרציה של המיניות עם שאר מרכיבי הזהות.²⁵ לא כל אדם חווה את התהליך במלואו או כסדרו במודל. בתהליך הזה יש חשיבות לביטוי החיצוני של הזהות, אם האדם בוחר בכך. השלב שבו נער או נערה, גבר או אישה, ניצבים לפני המעגלים החברתיים שחשובים להם – משפחה, חברים, מכרים, עמיתים לעבודה או הציבור כולו – ואומרים "אני הומו", "אני לסבית", הם שלבים חשובים בפיתוח הזהות. אקט היציאה מהארון הוא רגע מכונן אצל להט"ב רבים.²⁶ לכן ליציאה מהארון, למי שבחרת בה, יש תפקיד חשוב בהבניית הזהות. במקביל, גם לאפשרות להישאר בארון יש תפקיד חשוב בהבניית הזהות. קיומו של הארון והאפשרות הזו יוצרים מרחבי זהות שונים.²⁷ כאשר הארון הלהט"בי

23 אלן ווסטין הצביע על ארבעה צרכים פסיכולוגיים: solitude, intimacy, anonymity, reserve. ראו ALAN WESTIN, PRIVACY AND FREEDOM 13, 31 (1967).

24 על מושג הפן-אופטיקון ראו (Paul Rabinow ed., 1984) THE FOUCAULT READER 188–193.

25 Vivienne C. Cass, *Homosexual Identity Formation: A Theoretical Model*, 4 J. HOMOSEXUALITY 219 (1979). לביקורת על ההנחות הסמויות במודל הזה (בדבר גישה ליברלית-הומניסטית בפסיכולוגיה) והמשמעות שלה (שהאדם הלהט"ב זקוק לסיוע נפשי כדי לעבור משלב לשלב) ראו CELIA KITZINGER, *The Social Construction of Lesbianism* 53–56 (1987). ראו גם David J. Mayo & Martin Gunderson, *Privacy and the Ethics of Outing*, 27 J. HOMOSEXUALITY 47, 51, 54 (1994); Kirsten McLean, *Hiding in the Closet? Bisexuals, Coming Out and the Disclosure Imperative*, 43 J. SOCIOLOGY 151, 151–154 (2007). התהליך אחר ומורכב יותר. אחרים עמדו על תהליך ההכרה העצמית בקשר לאחצון. למשל Bruce MacDougall, *Outing: The Law Reacts to Speech about Homosexuality*, 21 QUEEN'S L.J. 79, 92 (1995).

26 לרוב הלהט"ב, היציאה מהארון נמשכת כל העת, בכל פעם שהם פוגשים אדם חדש ובכל מעגל חדש. אין-סופיות זו משקפת את ההנחה הטרונומרטיבית הרווחת, שלפיה כל אדם הוא הטרוסקסואל עד שלא נאמר אחרת. אצל ידוענים שזוכים לחשיפה תקשורתית רחבה, אקט היציאה מהארון נוטה להיות חד-פעמי.

27 תודתי לחיים אברהם שהצביע בפניי על חשיבותה של האפשרות להישאר בארון כגורם שיוצר מרחבי זהות שונים.

כרוך במרכיבי זהות נוספים, כמו למשל דתיות, דחיקתו המוקדמת של אדם אל מחוץ לארון עלולה לגרום לקריסת זהות רחבה יותר, ולשבש את פיתוח זהותו.

אם כן, הפרטיות מאפשרת לאדם לפתח את זהותו בקצב אישי, כל אחד ואחת לפי צורכיהם, בין שהתהליך יסתיים ביציאה מהארון ובין שיסתיים בהישארות בו. בכך הפרטיות מאפשרת את הצורך הפסיכולוגי, ומשקפת גם את ההצדקה הקודמת, שמדגישה את האוטונומיה של הפרט. לא אחת, התהליך כרוך בהתמודדות עם גורמים רבים, בחששות ובחרדות. הפרטיות מאפשרת לצמצם, גם אם לא לבטל, לפחות חשש אחד במהלכו של תהליך אישי מורכב – התערבות חיצונית. אחצון, אקדים את המאוחר, מתערב בתהליך כזה ומפקיע מהפרט את היכולת לחוות את התהליך בעצמו.

הצדקה שלישית במעגל האדם קשורה להצגת זהות שלנו בפני אחרים – מה שארווינג גופמן קרא לו ניהול רושם.²⁸ אנו מבקשים לשלוט בצורה שבה אנחנו נתפסים אצל אחרים: מה יחשבו עלינו, מה יאמרו עלינו, איך יתנהגו כלפינו. אין בידנו הבטחה שהניסיון שלנו ליצור רושם חיובי עלינו בתודעת האחרים אכן יצליח. הרי לא אחת אנו נכשלים בכך. הזכות לפרטיות שותפה לחשיבות של ניהול הרושם בכך שהיא מאפשרת לנו לשלוט, במידה מסוימת, בזרימת המידע עלינו לאחרים ובפרסומו, וכך למנוע את מה שג'פרי רוזן זיהה כהוצאה מההקשר.²⁹ הוא דן במקרה של מוניקה לווינסקי. בין יתר פרטיה של הפרשה הידועה, פורסם (בדוח החוקר המיוחד, ובעקבותיו בתקשורת) שמו של ספר אחד שלווינסקי רכשה בחנות ספרים, ספר של חמשירי זימה. לווינסקי חשה שפרט מידע זה רידד אותה (במובן של רדוקציה) לאותו פרט אחד, שרירותי למדי. היא מחתה: אישיותה מורכבת ועשירה בהרבה. אילו הייתה לה זכות לפרטיות במידע לגבי רכישותיה בחנות (באירופה הייתה נהנית מזכות כזו, אך לא בארצות-הברית), הייתה יכולה לשלוט בהפצת המידע עליה, ולספר למשל שהיא קוראת גם ספרי היסטוריה ופרוזה איכותית. אמנם לווינסקי הייתה יכולה לספר בעצמה מה רכשה, אולם היעדר הפרטיות מציב אותה בעמדת התגוננות: היא נאלצה לנהל מאבק ולהדוף. זהו מצב שבו אין לה שליטה על המידע הנוגע לה עצמה. הגנת הפרטיות מפני ההוצאה מהקשר משקפת את כבוד האדם והאוטונומיה של האדם, ובצד זה, יש בפרטיות ממד מכשירני. היא מאפשרת לפרט להימנע מחשיפת מידע אישי שעלול להביא לתוצאות שליליות – תיוג חברתי, פגיעה מכוונת מצד המדינה או מצד מעסיקים.³⁰

בהקשר הלהט"בי, הזכות לפרטיות מאפשרת לאדם להציג דימוי מסוים, עשיר ומורכב ככל שירצה, ולמנוע רידוד שלו לפרט אחד, שמבוסס על נטייתו המינית: הומו, לסבית, ביסקסואל, טרנסג'נדר. כל שאר התכונות, מרכיבי האישיות, התנהגויות, הישגים ונתונים אחרים – עלולים להימחק. אכן, לא אחת, בחיי היומיום ובינינו לבין עצמנו אנו מתייגים אנשים בשלל צורות רדוקטיביות, מחמיאות יותר

28 ארווינג גופמן הצגת האני בחיי היומיום (1989). ראו גם אלעד אורג "זכות לזהות מידע" עיוני משפט לג 423, 437 (2010), שמציע להכיר בזכות משפטית לזהות אינפורמטיבית, שאותה הגדיר כזכות לתקינותם של מנגנוני מידע שמאפשרים לזהותו של אדם להתקיים בתודעתם של אחרים.

29 JEFFREY ROSEN, THE UNWANTED GAZE: THE DESTRUCTION OF PRIVACY IN AMERICA 3 (2001)

30 לדיון ראו בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 119–120.

או פחות. הפרטיות מציעה לנו מעט שליטה בדימוי החיצוני של זהותנו, כדי לאפשר לאדם לפחות הזדמנות ראשונית לקבוע בעצמו את צורת הצגתו לאחרים.³¹

3. שליטה והקשר החברתי

המסקנה מהדיון בהצדקות הזכות לפרטיות היא שהפרטיות היא זכות יסוד, ליברלית, שמאפשרת לאדם מרחב פרטי שבו הוא שולט. אהרן ברק כינה את המרחב הזה באופן קולע כ"יחידה אוטונומית".³² הפסיכולוג ארווין אלטמן דיבר על הפרטיות כהליך ניהול גבולות (boundary regulation process), כלומר שליטתו של האדם בממשק שבינו לבין אחרים: ברצותנו נפתח את הדלת לאחרים, וברצותנו נשמור אותה סגורה.³³ המשותף להצדקות השונות שהוצגו, הוא גרעין השליטה של האדם בעצמו. כבר לפני למעלה מארבעים שנה הגדיר אלן ווסטין את הפרטיות כשליטה.³⁴ השליטה אינה הצדקה כשלעצמה. היא תווית שמאחדת כמה הצדקות, שלכל אחת ניואנסים משלה, והיא בבחינת ציר שמשותף להצדקות שונות. היתרון בהבנת הפרטיות כשליטה הוא שהיא מתאימה גם להגדרה של וורן וברנדייס, גם לסיווג העוללות הנזיקיות של פרוסר, ולכל סוגי הפרטיות (במקומות, בתקשורת, במידע, ובהחלטות). הבנת הפרטיות כשליטה מפקידה כוח בידי הפרט הן מול השלטון (ההקשר החוקתי, שבו הדימוי הרווח הוא שהאיום על הפרטיות הוא מצד המדינה הכל-יכולה, האח הגדול), הן מול תאגידים רבי עוצמה (ובכך עוסק במידה רבה משטר הגנת המידע האישי באירופה ובישראל), הן מול התקשורת, והן מול חברינו ועמיתינו. הפסיקה הישראלית אימצה את עמדת הפרטיות כשליטה, בין במשתמע ובין במפורש.³⁵

חשוב להדגיש: פרטיות (בין פרטיות כשליטה ובין לפי גישות רווחות אחרות), איננה זהה לסודיות. סודיות היא בינארית, ואילו הפרטיות מורכבת יותר. סודיות מתייחסת רק לחשיפת מידע, ואילו הפרטיות כוללת שורה של עקרונות הגנת מידע אישי (Fair Information Privacy Principles (FIPs)), ובהם בין היתר הודעה והסכמה, מגבלות מסוימות על השימושים במידע, זכויות של מושאי המידע בדבר גישה למידע ותיקונו, חובות של אבטחת מידע על מחזיק המידע ועוד.³⁶ הבנת הפרטיות כשליטה מסבירה מדוע כאשר אדם מסכים למסירת מידע ופרסומו,³⁷ אין מדובר באבדן הפרטיות, אלא

- 31 ROSEN מתייחס במפורש לאחזון, ורואה בו התקפה על היבט מרכזי של הפרטיות – היכולת לשלוט בפנים שלנו כלפי העולם. לעיל ה"ש 29, בעמ' 46.
- 32 בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי נתניה, פס' 21 (פורסם בנבו, 14.5.2006) (להלן: פרשת פלונית).
- 33 Irwin Altman, *Privacy – A Conceptual Analysis*, 8 ENV. & BEHAVIOR 7 (1976)
- 34 WESTIN, לעיל ה"ש 23, בעמ' 7.
- 35 ראו למשל בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פס' 34 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 20.12.2010); בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, פס' 5 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 28.5.2012).
- 36 OECD, *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data* (1980). ראו OECD, *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data* (1980). באיחוד האירופי ראו את דירקטיבת המידע האישי משנת 1995, לעיל ה"ש 14, ובמשפט הישראלי ראו פרק ב' לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות או החוק).
- 37 ראו ס' 1, 3 לחוק הגנת הפרטיות.

להפך, במימושה: מי שמחליט לפרסם מידע אישי ברשת חברתית תוך שהוא מסכים לכך מרצון חופשי ומבין את משמעות פעולתו (תנאים שלא תמיד מתקיימים), לא ויתר על פרטיותו. יש מי שמסיקים מתוך השימוש האינטנסיבי ברשתות חברתיות שהפרטיות מתה. זו טענה שגויה.³⁸ כאשר ההחלטה למסור מידע לאחר היא אוטונומית, והגם שהמידע כבר אינו סודי, הוא עדיין נתון לשליטה (משפטית) מסוימת: מסירת המידע מוגבלת למטרה שלשמה נמסרה, לפי התנאים שמושא המידע הסכים להם.

4. מעגלי פרטיות

את המטרות השונות שלשמך נוצר מידע ניתן לשייך להקשרים שונים או למעגלים נפרדים (אלה אינם חופפים בהכרח למעגלי ההצדקות שנזכרו לעיל). בהתאם, נאמר שסביב האדם יש מעגלים שונים של פרטיות ושל שליטה: יש מידע שנמסור לרופא, אך לא למעסיק; יש מידע שנספר לחברה קרובה, אך לא לשכן; יש מידע שנספר לחברת הביטוח, אבל לא ל"חברינו" ברשת החברתית, ועוד. האדם, מושא המידע, הוא זה שקובע איזה מידע נמצא באיזה מעגל.³⁹ זו שליטתו במידע. העברת מידע ממעגל אחד לאחר, ללא הסכמתו של מושא המידע פוגעת בשליטה ולכן פוגעת בפרטיותו. לעתים אין לנו בררה, ואנחנו נדרשים למסור מידע ממעגל אחד למעגל אחר – למשל מעסיק שדורש מידע, חברת ביטוח או רשות שלטונית. מצבים אלה הם פגיעה בפרטיות, וכדי לשרוד, צריכים לעמוד בדרישות חוק היסוד והדינים המתאימים.

פריצת מעגלים עשויה לקרות כאשר ההקשר משתנה, או כאשר המידע מתגלגל לגורם שלא נועד להיות נמען, והיא פוגעת בציפיות הסבירות של מושא המידע, אם להשתמש במבחן האמריקני המקובל.⁴⁰ נראה כי מקורם של מקרים רבים של פגיעה בפרטיות נמצא בפערי הציפיות: אדם מצפה לפרטיות במעגל אחד, ואילו הפוגע סבור שלראשון אין פרטיות, ומעביר את המידע למעגל אחר. ההבחנה בין המעגלים אינה קשיחה. הפקיד שנותן לנו שירות ונחשף למידע אישי שלנו עשוי להיות גם במעגל החברתי שלנו או של עמיתינו מהעבודה. בן הדוד עשוי להיתקל בנו בהקשר חברתי שאינו משפחתי ועוד. המציאות החברתית היא רבת-הקשרים משיקים, מצטלבים וחופפים בחלקם. לכן השאלה איננה רק אם המעגל נפרץ, אלא כיצד ועל ידי מי: האם על ידי האדם עצמו, מושא המידע, שקיבל החלטה לגבי עצמו, או על ידי אחר, ללא רשות מושא המידע.

לרעיון המעגלים יש הד ברור במשפט. בחקיקה, העיקרון של צמידות המטרה, שהוא מרכיב מרכזי ב-FIPPs, משקף גישה דומה.⁴¹ לפי עיקרון זה, מידע שנאסף על ידי גורם מסוים למטרה אחת, אין להשתמש בו למטרה אחרת, ובכלל זה אין להעבירו לגורם אחר.⁴² כך, מידע שנמסר לספק שירות

38 מחקרים מראים באופן עקבי שאנשים, ובכלל זה בני נוער, מעוניינים בפרטיות, גם אם הם מתקשים להתמודד עם הלחצים לוותר עליה. ראו למשל DANAH BOYD, IT'S COMPLICATED: THE SOCIAL LIVES OF NETWORKED TEENS (2014).

39 הרשת החברתית גוגל פלוס משתמשת ברעיון דומה, ומאפשרת לגולשים לקבוע איזה מידע יהיה באיזה מעגל, אולם ברשת יש ממד נוסף: גוגל רואה את כל המעגלים, כמו אל כל-יכול.

40 ראו Katz v. United States, 389 U.S. 347, 351 (1967).

41 ראו ס' 9, ס' 8 (ב) לחוק.

42 אין חפיפה מלאה בין העיקרון הזה לבין רעיון המעגלים. העיקרון של צמידות המטרה עשוי להגביל זרימת מידע גם בתוך מעגל מסוים. השאלה היא כמובן כיצד אנו מגדירים מעגלים שונים.

לצורך קבלת השירות – אסור להעבירו לצד שלישי, אלא אם כן הלקוח מסכים לכך. עיקרון זה מגלם את רעיון השליטה במידע מעבר לנקודת המפגש הראשונית בין מושא המידע לאוסף המידע.⁴³ בדרך זו, המשפט נותן לאדם כלי לשלוט במידע על אודותיו גם כאשר המידע עובר הלאה, לגורמים נוספים ויוצא משליטתו הישירה. כך, למשל, כאשר חברת ביטוח קיבלה לידיה צו עיקול כמחזיקה בנכסיו של חייב, נאסר עליה להשתמש במידע כדי לבחון בקשה של החייב לרכוש אצלה ביטוח.⁴⁴ כאשר רשות מקומית נדרשה למסור לגורם מסחרי מידע שאספה כדין על תושבי העיר למטרה אחת (גביית ארנונה), הורה בית המשפט על הפעלת מנגנון שאפשר העברה של מידע כללי ולא מזהה, ועל פנייה לתושבים להסכים (או לסרב) למסירת המידע לגורם המסחרי.⁴⁵

בספרות נשמעו עמדות דומות, בניסוחים שונים. הלן ניסנבאום מציעה לבחון את הפרטיות על רקע הקשרים חברתיים.⁴⁶ במונחיה, נוכל לומר שהעברת מידע ממעגל אחד לאחר ללא רשותו של האדם, משנה את ההקשר שבו מדובר: אדם מסר מידע בהקשר אחד, וכעת מישוהו אחר משנה את ההקשר, וממילא משנה את הנורמות בקשר לזרימת מידע בהקשר המקורי. ליאור סטרחילביץ' הציע על בסיס מבחן הציפיות הסבירות האמריקני להכיר בפרטיות מוגבלת: "Limited privacy" is the idea that when an individual reveals private information about herself to one or more persons, she may retain a reasonable expectation that the recipients of the information will not disseminate it further.⁴⁷ אניטה אלן הציעה להמשיג את הסוגיה כ"גילוי בררני" (selective disclosure).⁴⁸

ביישום להקשר הלהט"בי, ולהטרים את הדיון בחלק ד שלהלן, פרסום מידע על נטייתו המינית של אדם ללא הסכמתו חורג מההקשר המקורי (כמונחה של ניסנבאום), עלול להפר את הפרטיות המוגבלת (כמונחה של סטרחילביץ') ואת הגילוי הבררני (כמונחה של אלן), או במונחים שכאן, פרסום כזה פורץ את מעגלי הפרטיות: כאשר אדם מפרסם בעצמו את נטייתו המינית בהקשר חברתי אחד (או אינו מפרסם את המידע בכלל), אין לראות בכך הסכמה לפרסום המידע במעגלים אחרים. אם היה פרסום כזה, צריך לבחון מהם המעגלים, האם נפרץ המעגל הראשון, ואם כן, האם יש לכך טעם משכנע. כפי שאלן טוענת, גישה זו מחליפה את הגישה הדיכוטומית של בתי המשפט (בארצות-הברית), שלפיה די

- 43 למושג של נקודות מפגש ראו Michael Birnhack, *Reverse Engineering Informational Privacy Law*, 15 YALE J.L. & TECH. 24, 82 (2013).
- 44 עת"מ (מנהלי ת"א) 24867-02-11 איי.די.איי חברה לביטוח בע"מ נ' רשם מאגרי המידע (פורסם בנבו, 1.8.2012). ערעור על פסק הדין נמחק, אך בית המשפט העליון העיר כי פסק הדין המחוזי מקובל עליו על הנמקותיו. ראו ע"ם 7043/12 איי.די.איי חברה לביטוח בע"מ נ' רשם מאגרי המידע (פורסם בנבו, 15.1.2014).
- 45 ע"מ 1386/07 עיריית חדרה נ' שנירס בע"מ (פורסם בנבו, 16.7.2012).
- 46 HELEN NISSENBAUM, *PRIVACY IN CONTEXT: TECHNOLOGY, POLICY, AND THE INTEGRITY OF SOCIAL LIFE* (2010).
- 47 Lior Jacob Strahilevitz, *A Social Networks Theory of Privacy*, 72 U. CHI. L. REV. 919, 939 (2005).
- Whitney Kirsten McBride, *Comment: Lock the Closet Door: Does Private Mean Secret?*, 42 MCGEORGE L. REV. 901 (2011).
- 48 Anita L. Allen, *Privacy Torts: Unreliable Remedies for LGBT Plaintiffs*, 98 CAL. L. REV. 1711, 1746–1750 (2010).

בפרסום אחד כדי להפוך את המידע לפומבי,⁴⁹ בגישה רגישה יותר למגוון המצבים החברתיים. גישה זו גם מתאימה היטב לעמדת הפרטיות כשליטה.

דוגמה נוספת באה במישור שבין אדם לתקשורת. כאשר כלי תקשורת חושף מידע שטרם פורסם עד אז על זהותו המינית של אדם, ללא הסכמתו, הרי הוא פורץ את מעגלי הפרטיות. לעומת זאת, כאשר האדם עצמו חושף את המידע, למשל בהתנהגותו בפומבי, הרי אפשר לראות בכך הסכמה מכללא לפרסום המידע (בזהירות הדרושה: התנהגות מסוימת אינה בהכרח מעידה על זהות מינית), או שניתן לומר כי כלי התקשורת שהדהד את המידע לא פרץ את מעגלי הפרטיות, אלא רק הדהד מידע שכבר הופץ על ידי האדם עצמו ברבים. כמובן, הכמות עשויה להיות איכות: מי שאוחזים ידיים בצורה אוהבת בקריית שמונה אינם בהכרח מסכימים לפרסום תמונתם בערוץ 2.

המטפורה של מעגלי הפרטיות יכולה להסביר מצבים רבים של פרטיות ושל הפגיעה בה. היא מועילה להבין את הפגיעה בפרטיות בהקשר הלהט"בי, ובייחוד בסוגיית האחזון, שבה אדון בהמשך. לפני כן, אפנה לבדיקת המסגרת המשפטית הקיימת.

ג. פרטיות להט"בית: המסגרת המשפטית

חלק זה בוחן את דיני הגנת הפרטיות בממשק שלהם עם נטייה מינית. לבד מפרטי הדין, אעלה שתי נקודות חשובות במיוחד: הראשונה, לשונו הניטרלית של החוק, שמגן על כל מידע אישי, ולכן, לכאורה, על כל נטייה מינית. נקודה זו עומדת בלב הביקורת על הפרטיות בהקשר הלהט"בי, שבה אדון בחלק ד; השנייה, היא השוני בין הדין האמריקני לישראלי: בדומה לזהירות הדרושה בעת יבוא השיח העיוני על אודות הפרטיות משם לכאן, יש להיזהר גם בהיקש המשפטי.

1. ישראל

המשפט הישראלי בחר באופן מובהק בעמדה האירופית, שרואה בפרטיות מושג חוקתי הקשור קשר הדוק לכבוד האדם.⁵⁰ הזכות לפרטיות מוגנת הן במישור הציבורי – בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והן במשפט הפרטי, במסגרת חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א–1981 (להלן: "חוק הגנת הפרטיות"). במונחים שנדונו קודם, המשפט קובע את הזכות להיעזב במנוחה: הזכות מקיפה את הקטגוריות של פרטיות במקומות, בתקשורת ובמידע, ואינה חלה על פרטיות בהחלטות, נושא המומשג במשפט הישראלי כעניין של כבוד האדם. הכללים המשפטיים הקיימים משקפים את הבנת הפרטיות כשליטה. כל אלה מגנים במישרין ובעקיפין על פרטיות במידע אישי בקשר לנטייה המינית. בנוסף, פרטיות בקשר למידע על נטייה מינית מוגנת בצורה עקיפה, באמצעות איסורי הפליה, בעיקר בהקשר של מקום עבודה. אפרט.

49 שם.

50 לדיון ראו עומר טנא "הזכות לפרטיות בעקבות חוק יסוד כבוד האדם: מהפך מושגי, חוקתי ורגולטורי" קרית המשפט ח 39 (2009).

פרט לקביעה החוקתית הכללית ש"כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו",⁵¹ אין בדין הישראלי הגדרה חיובית של הזכות לפרטיות, והיא מוגדרת על דרך השלילה, על ידי קביעת עוולות ועברות. ההגנה הישירה ביותר על פרטיות במידע בקשר לנטייה מינית נמצאת בסעיף 2(11) לחוק הגנת הפרטיות, שקובע כי פגיעה בפרטיות היא "פרסומו של ענין הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם,⁵² לרבות עברו המיני, או למצב בריאותו, או להתנהגותו ברשות היחיד".⁵³ בתי המשפט הניחו כדבר מובן מאליו שהמונח "צנעת חייו" של אדם כולל היבטים של מיניות.⁵⁴ כאמור, לשון החוק היא ניטרלית – וכך, לכאורה, המשפט מגן על כל מידע בקשר להתנהגות מינית, בין של להט"ב ובין של הטרוסקסואלים. הפרטיות מוגנת גם בדינים אחרים, במישרין או בעקיפין.⁵⁵ הגנה מקבילה זו מעוררת את הצורך להבחין בגבולותיה של הזכות לפרטיות בחוק הגנת הפרטיות מול ההגנה עליה בדינים האחרים.⁵⁶

יתרה מכך, פרטיות בהקשר הלהט"בי מוגנת, לפחות לפי לשון חוק הגנת הפרטיות, כמו פרטיות בכל הקשר אחר: החוק אוסר בילוש או התחקות אחרי אדם שעלולים להטרידו (סעיף 2(1) לחוק). הפרטיות מגנה על ההתנהגות בבית ואוסרת צילום אדם ברשות היחיד (סעיף 2(3)); היא מגנה על דרך הצגתו של אדם ברבים, בכך שהיא אוסרת פרסום צילום שנעשה ברשות הרבים, אם הוא עלול להשפיל או לבזות (סעיף 2(4)). פרטיות בתקשורת מוגנת (סעיף 2(2) בקשר להאזנת סתר, סעיף 2(5) בקשר למכתבים ותקשורת אלקטרונית), וכך גם מידע סודי, כשמקור הסודיות בדין (סעיף 2(7)) או בהסכם (סעיף 2(8)). בנוסף, כלל חשוב הוא העיקרון של צמידות המטרה, שלפיו מידע שנאסף למטרה אחרת אוסר לשימוש למטרות אחרות (סעיף 2(9)).

מרכיב חשוב בהגנת הפרטיות הוא יסוד ההסכמה. כפי שקובע סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות, פעולה שנעשית בהסכמתו של אדם אינה פגיעה בפרטיותו. זהו ביטוי משפטי מרכזי לעמדת הפרטיות כשליטה. באמצעות ההסכמה יכול האדם להחליט איזה מידע יופץ (או לא יופץ) באיזה מעגל של

- 51 ס' 7(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- 52 לעניין חוק הגנת הפרטיות, "פרסום" יכול להיות בעל פה או בכתב או למעשה, בכל דרך. ראו שם, בס' 3, שמפנה לס' 2 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965.
- 53 התוספת של "עבר מיני" אינה קשורה בהכרח לנטייה מינית, ונועדה להגן על קרבתות תקיפה מינית בהליכים משפטיים. ראו הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – איסור פרסום בדבר עבר מיני של נפגע עבירת מין או אלימות), התשס"ג-2003, פ/557, שהפכה להצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 8) (איסור פרסום בדבר עבר מיני), התשס"ו-2005, ה"ח 6.
- 54 בית המשפט העליון קבע מבחן של אינטימיות. ראו ע"א 1697/11 א. גוטסמן אדריכלות בע"מ נ' ורדי, פס' 27 (פורסם בנבו, 23.1.2013), שם התייחס בית המשפט להדמיה ממוחשבת של פנים ביתו של אדם, ולצורך כך פירש את ס' 2(11) לחוק. השופט פוגלמן כתב שם, בפס' 15: "על-מנת שפרסומו של מידע הנוגע לביתו של אדם ייחשב לפגיעה בפרטיותו כהגדרתה בחוק, יש לראות אם יש בו די כדי לחצות את אותו סף של אינטימיות – שלאחריו נאמר כי נפגעה 'צנעת החיים האישיים'".
- 55 ראו למשל חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979; חוק מניעת הטרדה מאיימת, התשס"ב-2001; או בתיקון 10 משנת 2014 לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, שהוסיף את ס' 3(א)(א5). תיקון זה קובע כי הטרדה מינית היא (גם) "פרסום תצלום, סרט או הקלטה של אדם, המתמקד במיניותו, בנסיבות שבהן הפרסום עלול להשפיל את האדם או לבזותו, ולא ניתנה הסכמתו לפרסום" (הדגשה הוספה). תיקון זה נועד להתמודד עם התופעה של הפצת צילומי עירום או מין ברשת, המכונים revenge porn. מבחינה משפטית, הסעיף כמעט שאינו מוסיף על ס' 2(4) לחוק הגנת הפרטיות.
- 56 לדיון ראו בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 62-67.

פרטיות. הסכמה בדין הישראלי היא הסכמה מדעת (סעיף 3 לחוק), בלי שהחוק מגדיר מהי הסכמה מדעת, והיא יכולה להינתן במפורש או במשתמע. הסכמה מפורשת, למשל בחתימה על חוזה, היא המקרה הקל, ואילו פרשנות התנהגותו של אדם כהסכמה משתמעת מורכבת יותר. בעיקר, הקושי הוא לברר למה הסכים האדם. המשגת מצבים אלה כמעגלי פרטיות מסייעת לנו להבין את ההקשרים השונים של זרימת המידע (בהקבלה לעמדה ההקשרית של ניסבאום לגבי פרטיות, אם כי היא מתבוננת במערכות סוציו-טכנולוגיות),⁵⁷ ולזהות מתי יש "פריצת מעגלים".

עקרון צמידות המטרה הוא הפן המשלים של ההסכמה, ומשקף גם הוא את מעגלי הפרטיות. למשל, כאשר אדם מספר לחבריו מידע על מצבו הרפואי, מצבו הפיננסי או נטייתו המינית, אין להסיק מכך שהוא הרשה להם לספר את המידע לאחרים, גם אם לא נאמרו מילים מפורשות כמו "אל תספרו לאף אחד". לעומת זאת, כאשר אשת תקשורת מוכרת הולכת ברחוב – ברשות הרבים – עם בת-זוגה, היא מבינה שאחרים רואים אותן יחד ומסיקים מסקנות, וניתן לומר שהיא מסכימה בכך שהמידע יופץ במעגלים רחבים יותר. כאשר אמצעי תקשורת מפרסם את התמונה בליווי רמיזות ברורות על נטייתה המינית – בעיניי זהו אותו מעגל פרטיות, אם כי במצבים מסוימים, לפי הנסיבות, ניתן יהיה לומר שהרחוב הוא מרחב שמצומצם בחשיפתו לאחרים, ושדור טלוויזיה כלל-ארצי פורץ את המעגל הגאוגרפי. בדומה, פרסום מידע ברשת חברתית פתוחה לכול יכול להיחשב כהסכמה לפרסום חוזר בזירה אחרת, אולם גם כאן יש לתת את הדעת לנסיבות. למשל, כאשר לאדם שבו מדובר יש אלפי "חברים" או "עוקבים", הרי פרסום מידע שם כמוהו כפרסום במעגל הרחב ביותר שיש; לעומת זאת, פרסום מידע לקבוצה קטנה של "חברים" יכול להיחשב הפצת מידע במעגל חברתי מסוים בלבד.

בנוסף, ולהשלמת התמונה, הדין מאפשר לאדם לחזור בו מהסכמתו.⁵⁸ גם זהו ביטוי לשליטתו של האדם במידע. אמנם מידע שכבר פורסם קשה לגנוז, אבל אפשר למנוע פרסומים חוזרים, ובאיחוד האירופי מתפתח כלל משפטי בדבר הזכות להימחק (שכונתה לפני כן "הזכות להישכח").⁵⁹ החוק קובע כמה הגנות לפוגע, בין היתר – פרסום בתום לב, כאשר הפוגע לא ידע ולא היה עליו לדעת על אפשרות הפגיעה, או כאשר הייתה מוטלת על הפוגע חובה חוקית, מוסרית, חברתית או מקצועית לפעול כפי שפעל, והפגיעה נעשתה לשם הגנה על עניין אישי כשר של הפוגע, או שבפגיעה היה עניין ציבורי.⁶⁰ הגנות אלה משקפות את בחירתו של המחוקק לאזן בין הזכויות המתנגשות. כך, למשל, הגנת העניין הציבורי מגלמת איזון עקרוני בין הפרטיות לבין חופש הביטוי והעיתונות. עדיין נדרשת פרשנות של המונח "עניין ציבורי". הפרשנות בפסיקה הישראלית מצמצמת, ורואה רק במה שיש בו אינטרס ציבורי משום "עניין לציבור", בשונה ממה שעשוי לעניין את הציבור.⁶¹ כך, אגב,

57 ראו NISSENBAUM, לעיל ה"ש 46.

58 החוק שותק בעניין הזה, אולם הפסיקה קיבלה בדרך כלל את העיקרון הזה. לדיון ראו בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 100–103.

59 ראו את פסק הדין של בית הדין האירופי: Case C-131/12, Google Spain v. Gonzalez (2014).

60 ראו ס' 18 לחוק.

61 בתי המשפט אימצו את ההבחנה של זאב סגל "הזכות לפרטיות מול הזכות לדעת" עיני משפט ט 175, 193 (1983). ראו למשל ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית, פס' 133 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 24.4.2014) (להלן: פרשת פלוני נ' פלונית). פסק הדין עסק בתביעה של אישה למנוע פרסום ספר אוטוביוגרפי (כקביעת בית המשפט) שכתב המערער, ובו התייחס לפרטים אינטימיים שלה. וורן וברנדייס עצמם הצביעו על סייגים לזכות, והראשון שבהם הוא "The right to privacy does not prohibit any

המשפט מבטל את חשיבותה של הרכילות, שהיא מנגנון חברתי חשוב להעברת מידע בכלל, ולענייננו, גם בקשר לנטייה המינית.⁶²

הפרטיות מוגנת גם באמצעות דיני ההפליה. תכליתם של חוקים כמו חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, היא למנוע הפליה במקום העבודה. החוק אוסר על המעסיק לשאול מועמד לעבודה מהו הפרופיל הצבאי שלו.⁶³ בשנת 2010 החוק תוקן ונוספו חזקות ראייתיות: אם מעסיק דרש מהעובד, במישרין או בעקיפין, מידע שאסור להפלות בגינו, מוטלת על המעסיק חובת ההוכחה שלא הייתה הפליה.⁶⁴ כך, מעסיק שישאל שאלות על נטייה מינית, מאפיין שנזכר במפורש בחוק ככזה שאסור להפלות בגינו, ולא יקבל את המועמד לעבודה – הוא זה שיצטרך להוכיח שלא הפלה את המועמד מחמת נטייתו המינית. האינטרס המוגן כאן הוא יחס שווה למועמדים לעבודה, בהתעלם מההיבטים שמנויים בחוק. המסר למעסיקים ברור: אל תעניינו במה שאסור לכם להשתמש בו. הפרטיות משמשת כאן אמצעי להבטחת היחס השווה ומניעת ההפליה. התוצאה היא עוד מעטפת הגנה על מידע פרטי. העולה מהאמור הוא כי המשפט הישראלי מספק כלים שונים לאדם לשמור על נטייתו המינית כעניין פרטי. גם כאן, חשוב לשים לב: כשם שהדין העיוני הצביע על כך שפרטיות אינה זהה לסודיות, כך גם הדין הפוזיטיבי. חובת סודיות עשויה להקים זכות לפרטיות (סעיף 2(7) וסעיף 2(8) לחוק הגנת הפרטיות), אבל הזכות לפרטיות רחבה מאשר סודיות. למשל, עקרון צמידות המטרה מאפשר לאדם לחשוף את המידע במסגרות מסוימות, אבל לאסור שימושי משנה במידע (סעיף 2(9) לחוק). להשלמת התמונה, הפרת הפרטיות היא עוולה אזרחית, שבצדה סעדים של צווי מניעה, פיצויים, ובכלל זה פיצוי בלא הוכחת נזק, וכן, פגיעה בפרטיות היא עברה פלילית.⁶⁵

בפועל, מספר המקרים שבהם נדונה הגנת הפרטיות בבתי המשפט בישראל בהקשר להט"בי זעום, ובדרך כלל התביעה הייתה כרוכה בעילה של לשון הרע. במקרה של לשון הרע התובע מכחיש בדרך כלל את אמיתות הטענה, ואילו בתביעה של פגיעה בפרטיות, התובע מודה באמיתותה, בעצם בחירתו בעילה זו.⁶⁶ עם זאת, היו תביעות שכרכו בין שתי העילות. במקרה אחד השתמש עיתון בתמונתה של אישה הטרוסקסואלית במדור שפנה לקהילה הגאה. האישה תבעה בגין לשון הרע וכרכה גם עילת תביעה של פגיעה בפרטיות בקשר לפרסום צילום משפיל ומבזה ברבים, לפי סעיף 2(4) לחוק. בית המשפט קבע שהתמונה אינה משפילה ודחה את התביעה לפי חוק הגנת הפרטיות, אולם קיבל את

Warren & Brandeis publication of matter which is of public or general interest" לעיל ה"ש 8, בעמ' 214.

62 ראו Diane L. Zimmerman, *Requiem for a Heavyweight: A Farewell to Warren and Brandeis's Privacy Tort*, 68 CORNELL L. REV. 291, 326–332 (1983); אהרן בן-זאב "רכילות אופיינית" רכילות 15 (אהרן בן-זאב ואבינועם בן-זאב עורכים, 1993).

63 ס' 2 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988.

64 שם, בס' 9(ג).

65 בפן האזרחי ראו ס' 4, 29, 29א, ובפן הפלילי ראו ס' 5. הפרת הפרטיות מנויה גם בחוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב-1982 (פריט 12 לתוספת השנייה), כעברה שבגינה יכול נפגע להגיש קובלנה פלילית פרטית.

66 לכן מקרה שבו אדם תוג בזהות מינית שגויה, אינו מהווה פגיעה בפרטיות, ונבחן תחת הגג של דיני איסור לשון הרע. עמדת בתי המשפט הישראליים בהיבט זה קבעה כי תיוג להט"בי הוא בבחינת שם רע. זו עמדה מצערת ושגויה, כפי שהסביר בהרחבה הדי ויטרבו "משבר הטרוסקסואליות: הבניית זהויות מיניות בדיני לשון-הרע" עיוני משפט לג 5 (2010).

התביעה בעילה של לשון הרע.⁶⁷ במקרה נוסף השתמש אותו עיתון בתמונה שצולמה במסיבה שלא כוונה לקהל מסוים, בקשר לדיווח על מסיבה שכוונה לקהל להט"בי. הפעם התקבלה התביעה הן בעילה של לשון הרע והן בעילה של פגיעה בפרטיות, בשל היותו של הצילום משפיל ומבזה, בעיני השופטת, משום הייחוס השגוי של הנטייה המינית.⁶⁸ במקרה אחר תבע אדם בשם עמית בית קפה שבו נהוג להכריז על שמות הלקוחות לשם איסוף ההזמנה, לאחר שבצמוד לשמו הוכרו שם אחר – רונן, כך שלאוזנו של התובע הצירוף "עמית, רונן", נשמע כמו "המתרומם", כינוי גנאי להומואים. התובע טען כי הכריזה חשפה את נטייתו המינית ברבים. בית המשפט קבע, כעניין עובדתי, שעובד בית הקפה כלל לא ידע על נטייתו המינית של התובע, ולכן אין מדובר בפרסום מידע על חייו האישיים, וקמה לנתבעים הגנה של פרסום בתום לב בנסיבות של אי-ידיעת הפגיעה. התביעה נדחתה.⁶⁹

המקרה המעניין יותר הוא עניין אפריאט נ' ידיעות אחרונות:⁷⁰ אפריאט, שהיה בשעתו חייל, צעד במצעד הגאווה בירושלים במדים כשהוא נושא את דגל הגאווה. הוא צולם, והתמונה פורסמה בעיתון, בדיווח על המצעד. לאחר מכן, הוא פנה לעיתון וביקש לא להשתמש שוב בתמונה, ובהמשך, מאחר שהעיתון השתמש בתמונה עוד פעמיים כאילוטרציה לכתבות אחרות בנושאי להט"ב ושירות צבאי, תבע בגין השימושים הנוספים, אך לא בגין הפרסום הראשון. בצדק לא תבע בגין הפרסום הראשון: הוא הרי צעד באירוע פומבי שכל תכליתו הפגנת נוכחות במרחב הציבורי. אם התנהגותו זו מלמדת על זהותו המינית (ואין בהכרח חפיפה בין הצועדים לנטייתם המינית), הרי הוא הסכים לכך במשתמע, ובכל מקרה, בדיווח על האירוע עצמו יש עניין ציבורי. בקשר לפרסומים הנוספים, בית משפט השלום דחה את תביעתו לפי סעיף 2(4) ו-2(6) לחוק הגנת הפרטיות, שעניינם פרסום צילום שנעשה ברשות הרבים, אם הצילום עלול להשפיל או לבזות את המצולם, ושימוש בתמונתו של אדם למטרת רווח, בהתאמה. עם זאת, בית המשפט קבע שחשיפת נטיותיו המיניות של אפריאט הפרה את פרטיותו לפי סעיף 2(11), שעניינו פרסום עניין הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם, שכן נטייה מינית היא ב"לבת העניינים שבצנעת הפרט",⁷¹ ומרגע שחזר בו מהסכמתו הראשונית, העיתון היה צריך לכבד זאת. עוד קבע בית המשפט כי אפריאט לא היה דמות ציבורית ולא היה עניין ציבורי בדמותו דווקא. בית המשפט הגן בכך על רצונו של אפריאט להימנע מלהפוך לסמל שמייצג "חייל הומו".

זה מקרה מורכב: האם אפשר לומר שמשעה שאפריאט חשף את נטיותיו בעצמו בצורה כה פומבית במרכז העיר, ואחרי הפרסום הראשון (שבגינו כאמור לא הוגשה התביעה), יש עוד מעגל חברתי שלא

67 ת"א (שלום ת"א) 012603/05 פאר נ' טיים אאוט מגזין (ישראל) בע"מ (פורסם בנבו, 28.6.2007). פסק הדין כולל הערה מעניינת שתהיה רלוונטית להמשך הדיון: "אדם אשר שייך לקהילה ההומו-לסבית מבחינת נטיותיו המיניות לא יוצא מהארון באופן אוטומטי. הוא עובר תהליך ושוקל את שיקוליו האישיים ומחליט אם לצאת מן הארון, אם לאו. אין לומר אוטומטית, כי כל אדם, בין אם הוא 'סטרייט' ובין אם הוא הומוסקסואל, מסכים להתפרסם במגזין בעל תפוצה של אלפי עותקים כמי שמקושר אסוציאטיבית לקהילה ההומו-לסבית". שם, בפס' 11.

68 ת"א (שלום ת"א) 165592/09 רוט נ' טיים אאוט מגזין (ישראל) בע"מ (פורסם בנבו, 16.1.2011). לביקורת ראו חגי קלעי "אלעד רוט לא הומו: התיאוריה הקווירית בפרקטיקה המשפטית" מעשי משפט ד 167 (2011).

69 ת"ק (י-ם) 2272/05 מלכה נ' חברת אובספלד בע"מ (פורסם בנבו, 9.10.2005).

70 ת"א (שלום י-ם) 6023/07 אפריאט נ' ידיעות אחרונות בע"מ (פורסם בנבו, 15.10.2008).

71 שם, פס' 48.

הוצף במידע? הצילום והפרסום אגב המצעד הם במעגל אחד, מידי, בקשר למצעד. הפיכתו של אפריאט לסמל לאורך זמן מעבירה את השימוש בתמונתו למעגל אחר. לכן אפשר לומר שהפרסום החוזר של הצילום פגע בפרטיותו במונח הכללי יותר, של הוצאתו מהקשר ורידודו לאייקון בניגוד לרצונו.⁷² לפגיעה כזו אין עילה מפורשת בדין, וספק אם פרסום המידע שכבר פורסם יכול לבוא בגדר סעיף 2(11) לחוק הגנת הפרטיות, ובכך אני חולק על פסק הדין. אולם אני סבור שהפרסום החוזר בניגוד לרצונו היה פגיעה ב"יחידה האוטונומית" שלו,⁷³ כלומר בזכות פרטיות במונח הרחב, כפי שהכיר בה בית המשפט העליון.⁷⁴ לפי זה (ולא לפי הניסיון לעיגון מאולץ בתוך ס' 2(11) לחוק), נכון הורה בית המשפט לעיתון לחדול מפרסומים חוזרים. עם זאת, קשה להפריד את הנזק שהפרסום החוזר גרם לאפריאט מהנזק שנגרם לו עקב חשיפתו העצמית, ואני סבור שהיה מקום לקבוע שאין נזק בפרסומים החוזרים.

2. ארצות הברית

השיח הלהט"בי הישראלי על אודות הפרטיות נשען עד כה במידה רבה על השיח האמריקני, שהגיע לשיאו בראשית שנות התשעים של המאה הקודמת. אבל תמהיל של גורמים משפטיים וחברתיים בארצות הברית אינו מבטיח שם הגנה חזקה במיוחד לפרטיות בדבר נטייה מינית. בהתאם, חלק זה מציג את העמדה האמריקנית כבסיס להשוואה וכדי להצביע על הזהירות הנדרשת בעת היבוא הרעיוני והמשפטי משם לכאן.⁷⁵ מרכיבי התמהיל האמריקני הם היעדרה של הגנה כללית לפרטיות, עמדה צרה של הפרטיות כנגזרת של חירות, ותפיסתה כזכות שפועלת מול המדינה (אבל לא בהכרח כלפי תאגידים או אחרים), ובתוך המסגרת המשפטית של העוולות הנזיקיות לפי הסיווג של פרוסר; לזה יש להוסיף את החשיבות הקדושה-כמעט שהמשפט האמריקני מייחס לביתו של אדם (שתידון בסעיף הבא), ומנגד, את החשיבות העליונה, התרבותית והמשפטית, שיש שם לחופש הביטוי. העמדה הישראלית שונה בכל אחד מהמרכיבים האלה.

(א) פרטיות בבית, פרטיות בהחלטות

הקטגוריה של פרטיות במקומות היא התחנה הראשונה בדיון. לפיה, לאדם יש פרטיות במקומות מסוימים, ובראש ובראשונה – בביתו. בתי המשפט בארצות הברית ובישראל הבהירו שהפרטיות אינה

72 ראו לעיל את הטקסט הסמוך לה"ש 29.

73 ראו פרשת פלונית, לעיל ה"ש 32, בפס' 21.

74 שם, בפס' 8, כתב הנשיא ברק: "הפרטיות הוגדרה בחוק (סעיף 2) באופן שאינו 'מכסה' את כל מקרי הפרטיות המקובלים. בכל הנוגע לפגיעה בפרטיות שמעבר להגדרת החוק, ממשיך לחול המשפט המקובל הישראלי".

75 השוו ליבוא תאוריות פמיניסטיות מארצות הברית לישראל: ליאורה בילסקי "יבוא תרבותי: המקרה של הפמיניזם בישראל" עיוני משפט כה 523 (2001); או בתחום חופש הביטוי ראו אמנון רייכמן "קול אמריקה בעברית? פנייתו של בית המשפט הישראלי אל הדין האמריקני בסוגיית חופש הביטוי" שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 185 (2006); וכן הערת בית המשפט העליון בפרשת פלוני נ' פלונית, לעיל ה"ש 61, שם.

של המקומות, אלא של האנשים שנמצאים בהם,⁷⁶ אבל בה בעת ולפי הוראות החוק, בתי משפט דנים בשאלה אם מקום מסוים הוא רשות היחיד או רשות הרבים.⁷⁷ ההגנה על פרטיותו של אדם בביתו סימנה ללהט"ב מרחב שבו יכלו לקיים פרקטיקה מינית כרצונם – בביתם.⁷⁸ במבט עכשווי, המחיר של גישה כזו ברור: היא דחקה להט"ב למרחב הפרטי והדירה אותם מהמרחב הציבורי. אמנם גם הטרוסקסואלים נהנו מהפרטיות בביתם, אבל הם לא היו זקוקים לה כדי לחפות על התנהגות שאחרת הייתה אסורה: אילו שוטר היה נכנס במקרה לבית של זוג הטרוסקסואלי בעת שקיימו יחסי מין, בני הזוג לא היו בסכנת העמדה לדין פלילי משום כך. בכך, ההגנה העקיפה על להט"ב באמצעות הגנת הפרטיות בבית שידרה מסר של נחיתות, אשררה וכוונה בחזרה את ההטרונורמטיביות של המשפט. אבל עיקר חשיבותה של ההגנה העקיפה הזו הייתה בימים אפלים, שבהם התנהגות מינית להט"ב בית הייתה אסורה בחוק הפלילי במרבית המדינות בארצות-הברית. כאשר נבחנה התזה הזו – של הפרטיות בבית כמגן עקיף להתנהגות להט"ב בית – בבית המשפט העליון באמצע שנות השמונים, היא קרסה.

בעניין *Stanley v. Georgia* קבע בית המשפט העליון כי אין להרשיע אדם שהחזיק בביתו פורנוגרפיה (הטרוסקסואלית) שהייתה אסורה בחוק.⁷⁹ אבל כאשר המשטרה נכנסה לביתו של מייקל הארדוויק ו"תפסה" אותו מקיים יחסי מין עם גבר אחר, לא סייעה לו הגנת הפרטיות בביתו. דעת הרוב בבית המשפט העליון בעניין *Bowers v. Hardwick* ניסחה את השאלה המשפטית כך: האם החוקה מעניקה זכות להומוסקסואלים לקיים יחסי מין זה עם זה?⁸⁰ הלכת *Stanley*, קבע בית המשפט, נשענה על העיקרון של חופש הביטוי ולא על הגנת הפרטיות בבית.⁸¹ ניסוח השאלה של קיום יחסי מין כעניין חוקתי, הכתיב את התשובה השלילית. פסק הדין אישר את ההפללה של משכב זכר.

76 בארצות-הברית ראו פרשת *Katz*, לעיל ה"ש 39. בישראל, קביעה כזו עולה מפרשת פלונית, לעיל ה"ש 32, שבו מצא בית המשפט שלאישה יש פרטיות בביתה, גם מול בעלה (בעת שהיו בהליכי גירושין), בבית שבבעלותם המשותפת.

77 בארצות-הברית עלתה השאלה אם שימוש בגלאי תרמי או בכלב שאומן להריח סמים, מחוץ לבית, פוגעים בפרטיות האדם שבבית. ראו בהתאמה *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001); *Florida v. Harris*, 133 S.Ct. 1409 (2013). בישראל, ס' 2(3) לחוק קובע כי צילום אדם ברשות היחיד הוא פגיעה בפרטיות; ס' 2(4) לחוק עוסק בפרסום צילום אדם כשהוא ברשות הרבים, אם הצילום עלול להשפיל את האדם. בהתאם, התעוררה השאלה אם מקומות מסוימים הם רשות היחיד, ואז ייבחנו לפי ס' 2(3), או רשות הרבים, שאז ייבחנו לפי ס' 2(4). כך, למשל, בתי משפט דנו בשאלה אם תא כלא של אסיר הוא מקום פרטי או ציבורי: ראו בש"א (י-ם) 007499/04 עמיר נ' ערוץ 10 (פורסם בנבו, 26.10.2004). בשאלה האם חצר של כלא הוא מקום ציבורי ראו רע"א 3788/06 יפת נ' ידיעות אחרונות בע"מ (פורסם בנבו, 19.1.2012). לדיון ראו בנימין שמואלי "בין צדיק לעמיר: הפרת הפרטיות ותצלומים מבזים ומשפילים בתא כלא וברשות הרבים" פרטיות בעידן של שינוי 133 (תהילה שוורץ אלטשולר עורכת, 2012). מקרה גבול נוסף בין רשות היחיד לרבים הוא הדמיה ממוחשבת של פנים-ביתו (הריק, ללא חפצים או אנשים) של אדם. ראו פרשת גוטסמן, לעיל ה"ש 54.

78 ראו הערת השופט קנדי בעניין *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 569 (2003), כי: "Laws prohibiting sodomy do not seem to have been enforced against consenting adults acting in private"

79 *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969)

80 *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 190 (1986)

81 שם, בעמ' 195.

הקטגוריה של פרטיות בהחלטות, הייחודית למשפט האמריקני, היא התחנה השנייה בדיון. דעת הרוב בעניין *Bowers* דחתה גם את הגנת הפרטיות בהחלטות על התנהגות מינית הומוסקסואלית. פסקי הדין שהכירו בפרטיות בהחלטות עד לעניין *Bowers* עסקו במשפחה, בנישואין או בסוגיית ההפלות. בין אלה להתנהגות הומוסקסואלית, נפסק, אין קשר.⁸² לעומת זאת, דעת המיעוט הנוקבת של השופט בלקמן מיקמה את השאלה לדיון מיד בפתח הדברים כעניין של פרטיות, והפנתה להגדרה של וורן וברנדייס. בלקמן ביקש להגן על הפרטיות כהיבט של חירות מפני התערבות ממשלתית, הן במישורין, כעניין של פרטיות בהחלטות בקשר להיבטים האינטימיים ביותר של חייהם,⁸³ והן בעקיפין, דרך ההגנה על הבית.⁸⁴

במשך 17 שנים חיה הקהילה הלהט"בית באמריקה בצלו המאיים של פסק הדין. רק בשנת 2003 שינה בית המשפט העליון את עמדתו. בעניין *Lawrence v. Texas*, שעובדותיו דומות לפרשת *Bowers*, נפסק שחוקים האוסרים יחסי מין הומוסקסואליים אינם חוקתיים.⁸⁵ דעת הרוב, מפי השופט קנדי, פתחה בהצהרה חגיגית על חופש וחירות, והבהירה מיד שללהט"ב יש זכות לקיים יחסים כרצונם, הן משום החירות הכללית של כל אדם שמכתיבה אוטונומיה של הפרט, והן משום החירות במרחב הפיזי הפרטי.⁸⁶ זהו ניסוח שמגן על פרטיות בהחלטות. שילוב ההגנה הישירה – פרטיות שמרחיקה את המדינה מהתערבות בהחלטות של אדם איך לנהל את חייו, עם ההגנה העקיפה – פרטיות בבית, סימנה שינוי דרמטי ביחס ללהט"ב. האם יש בה מסרים סותרים? הרי מחד גיסא, החירות לבחור אורח חיים מכילה גם נטייה מינית להט"בית ומאפשרת לה מרחב מחיה ציבורי, ומאידך גיסא, ההגנה על התנהגות מינית בבית, נראית כדוחקת את הנטייה הלהט"בית למרחב הפרטי. בכך, יטענו המבקרים (שבוודאי שמחו בתוצאת פסק הדין), המשפט שב ומכונן את החיץ שבין הפרטי לציבורי. התשובה היא שהנמקת החירות היא העיקר בפסק הדין, והגנתה רחבה יותר: היא משתרעת לא רק על התנהגות (כאשר המשפט בדרך כלל אוסר התנהגות מינית בפומבי, בלי קשר לנטייה מינית), אלא מאפשרת לזהות הלהט"בית להתקיים ללא כל התערבות. בצד זה, המשפט אשרר את מרכזיות הבית בתרבות האמריקנית.⁸⁷

(ב) פרטיות במידע אישי

בעוד שהדיון בקשר לפרטיות בבית ופרטיות בהחלטות התמקד ביחסי האזרח והמדינה, הרי שבמישור המשפט הפרטי, פרסום מידע אישי ללא הסכמת מושא המידע הוא הבעיה הנפוצה, ובעיקר, סוגיית האחזון. המסגרת המשפטית במשפט האמריקני לפעולה זו היא העוולה הנוזיקית השנייה בסיווג של פרוסר. זהו הניסוח המקובל של העוולה:

One who gives publicity to a matter concerning the private life of another is subject to liability to the other for invasion of his privacy, if the matter publicized is of a

82 שם, בעמ' 190–191.

83 שם, בעמ' 199–200.

84 שם, בעמ' 206.

85 עניין *Lawrence*, לעיל ה"ש 78.

86 שם, בעמ' 562.

87 לחשיבות הפרטיות בבית במשפט האמריקני ראו לעיל ה"ש 77.

kind that (a) would be highly offensive to a reasonable person, and (b) is not of legitimate concern to the public.⁸⁸

בדומה לסעיף 2(11) לחוק הגנת הפרטיות הישראלי, העוולה האמריקנית מתייחסת לפרסום מידע אישי, אבל בשונה מההגדרה הישראלית, אין בה הגדרה לתוכן המידע ("צנעת חייו"). ההבדל המרכזי הוא התנאי הראשון: כדי שהעוולה תוכח, צריך התובע להראות שהמידע הפרטי שפורסם הוא פוגעני מאוד בעיני האדם הסביר. תנאי זה ראוי לגינני. משמעותו היא שהומו שאוחצן, ומבקש לתבוע בגין הפגיעה בפרטיותו, צריך להוכיח בין היתר שעובדת היותו הומו היא פוגענית מאוד. כפי שהעירה קת'לין גוזמן, משמעות הדבר היא שהאדם צריך לטעון שעצם קיומו משפיל.⁸⁹ בפועל, במקרים הספורים שבהם הוגשו תביעות בקשר לאחצון בהתבסס על עוולה זו, בתי המשפט לא התעכבו על התנאי, ונראה שהניחו את קיומו כדבר מובן מאליו.⁹⁰ תנאי זה, וההנחה השיפוטית בקשר להתקיימותו, היו גורם מדרבן חשוב בביקורת האמריקנית על הזכות לפרטיות בקשר לאחצון, בגלל הבושה וההשפלה העצמיים שכרוכים בה.

תנאי הפוגענות אינו קיים בדיני הגנת הפרטיות בישראל, לא בחוק ולא בפסיקה.⁹¹ לפי תפיסת הפרטיות הישראלית, הדומה לזו האירופית, די שנפגעה שליטתו של אדם במידע אישי על אודותיו, בכך שגורם אחר התערב ב"יחידה האוטונומית" שלו, כביטוי של ברק, כדי למצוא שהתקיימה פגיעה בפרטיות. המשפט הישראלי נמנע מתיוג תוכן המידע כפוגעני, מבייש, מבזה או משפיל. הפיצוי הסטטוטורי שיש כיום בחוק הישראלי מחזק את הגישה הזו, שרואה בעצם הפלישה לחייו של אדם משום פגיעה, בלי שהנפגע צריך להוכיח את גובה הנזק.⁹² השוני בדינים חשוב. המטען השלילי שנכרך בפרטיות הלהט"בית בארצות הברית אינו מוכנה בחוק הישראלי.

אם כן, מסקנת הביניים של הדיון בחלק זה היא כי התפיסה הרעיונית העקרונית של הזכות לפרטיות בישראל שונה מזו שבארצות הברית, וכי הביטוי המשפטי של הזכות לפרטיות שונה בשתי המדינות. לכן יבוא הביקורת מהמשפט האמריקני לסביבה הישראלית, צריך להיעשות בזהירות.

88 .RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 652D (1997)

89 Kathleen Guzman, *About Outing: Public Discourse, Private Lives*, 73 WASH. U.L.Q. 1531, 1590 (1995).

90 Eric K.M. Yatar, *Defamation, Privacy, and the Changing Social Status of Homosexuality: Re-Thinking Supreme Court Gay Rights Jurisprudence*, 12 LAW & SEXUALITY 119, 134 (2003)

91 למעט בקשר לפרסום צילום ברשות הרבים, שאז העוולה מתקיימת רק אם הצילום עלול להשפיל. ראו ס' 2(4) לחוק, ופרשנותו ברע"פ 9818/01 ביטון נ' סולטן, פ"ד נט(6) 554 (2005), שניסה לתחום בין לשון הרע לפגיעה בפרטיות. בית המשפט הבהיר כי כדי לקבוע אם צילום ייחשב משפיל ומבזה יש לבדוק רק את תוכנו של הצילום, ולא את הקשרו. כלומר, ביישום להקשר הלהט"בי, צילום של בני זוג מתנשקים ברחוב אינו מבזה ומשפיל, אלא אם כן יש בצילום דבר מה אחר משפיל, למשל קרע בבגד שחושף מה שלא נועד להיחשף.

92 ראו ס' 29א לחוק, ובצד זה, ס' 6 לחוק, השולל את זכות התביעה בקשר לפגיעה שאין בה ממש.

ד. המאבק על המרחב

הבנת הפרטיות כשליטה, על רקע ההצדקות שנוכרו לעיל ובתוך מסגרת משפטית שרואה בכבוד האדם את המקור העיוני לפרטיות, מובילה למסקנה כי ללהט"ב יש זכות לפרטיות בקשר למרכיב הזהות של נטייתם המינית. אלא שמאז שנות התשעים של המאה הקודמת, הפרטיות ששימשה מגן ללהט"ב זוכה לקיתונות של ביקורת מבית, מכיוון התאוריה הקווירית ומתוך הקהילה הלהט"בית. בתמצית, הביקורת היא כי הזכות לפרטיות מאשררת התייחסות חברתית רווחת של הטרונורמטיביות, שלפיה ההטרנסקסואליות היא ההתנהגות הנורמטיבית, ולכן היא ציבורית, ואילו ההומוסקסואליות חורגת מהנורמה, ולכן אפשרית רק כאשר היא פרטית. הפניית להט"ב לביתם מתייגת את ההומוסקסואליות כדבר שיש להתבייש בו. כך, לפי הביקורת, הפרטיות בונה מחדש את הארון, במקום לסייע בשינוי החברתי והמשפטי החיובי שמתחולל בעשורים האחרונים ביחס ללהט"ב. חלק זה בוחן את הביקורת באמצעות דיון בשני הקשרים עיקריים: האחד, הוא הדרישה שמופנית ללהט"ב להישאר במרחב הפרטי בניגוד לרצונם, והשני הוא כאשר להט"ב הם שמבקשים להישאר במרחב הפרטי, בניגוד לרצונם של אחר, כלומר סוגיית האחצון.

1. פרטיות כפוייה?

מעט לעת נשמעת דרישה מלהט"ב להתנהג בביתם כרצונם, אבל לא בצאתם למרחב הציבורי. כלומר הדרישה היא להפריד בין המרחב הפרטי לציבורי, וכך לאפשר ללהט"ב לחיות את חייהם כרצונם. אבל, כפי שהסבירה היטב ג'ין כהן, הגישה שמתיימרת להיות סובלנית היא עמדה של רשות: הרוב ההטרנסקסואלי מתיר בחסדו למיעוט ההומוסקסואלי להתקיים, אבל בתוך כך הוא (הרוב) מוודא את המשך שליטתו במרחב הציבורי.⁹³ לגישה כזו יש מחיר כבד: היא מתירה ללהט"ב גזרת פעילות צרה בלבד, מדירה להט"ב מהמרחב הציבורי ומהשתתפות פעילה בחיי הקהילה והמדינה, ובכך היא משפילה. סובלנות, מסבירה כהן, צריכה להיות עניין של כבוד, לא של רשות.⁹⁴ התביעה שמופנית כלפי להט"ב לא לחשוף את נטייתם בפומבי, מיוחסת לעתים, בטעות, לזכות לפרטיות. אלא שדרישה של אחד מאחר "להיות פרטי" היא כפייה של "פרטיות", ואין לה דבר עם הזכות לפרטיות. המקרה האמריקני המובהק שבו התעוררה טענת הצורך בהפרדה בין הפרטי לציבורי הוא השירות של להט"ב בצבא, והמקרה הישראלי המובהק שבו התעוררה הטענה הוא של מצעדי הגאווה.

עד לשנת 1993 נאסר על ההומוסקסואלים לשרת בצבא האמריקני. למועמדים לגיוס נערכו מבדקים שונים ומשונים לזיהוי נטייתם. כך, למשל, כאשר "התברר" שמועמדת היא לסבית, היא נדחתה, או אם

93 JEAN L. COHEN, REGULATING INTIMACY: A NEW LEGAL PARADIGM (2002). אלון הראל העלה טענה דומה בביקורתו על פסק הדין של בית המשפט העליון בבג"ץ 273/97 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' שר החינוך, פ"ד נא(5) 822 (1997), שהורה לשר החינוך לא להתערב בשידור תכנית טלוויזיה על בני נוער להט"ב. הראל מאפיין את הרטוריקה השיפוטית כניטרליות ערכית קיצונית, באופן כזה שהנמקתו מבוססת על סובלנות לחריגים, ולא על כבוד לאורח החיים של אחרים. אלון הראל "בתי המשפט והומוסקסואליות – כבוד או סובלנות?" משפט וממשל ד 785, 788–789 (1998).

94 COHEN, לעיל ה"ש 93, בעמ' 81.

כבר שירתה – סולקה מהצבא.⁹⁵ ב-1993 אומצה המדיניות המכונה don't ask, don't tell: על הצבא נאסר לשאול את המועמדים והחיילים בדבר נטייתם המינית, להט"ב שגויסו נדרשו לשמור על שתיקה ולהימנע מהתנהגות להט"בית (בין בבסיס ובין בביתם, בין בזמן משמרת ובין לאחריה).⁹⁶ מרגע שחיילים להט"ב התנהגו – או התבטאו – באופן שחשף את נטייתם, הם סולקו מהצבא.⁹⁷ מכאן הביקורת על המדיניות הזו, גם אם במבט ראשון היא נראית כשיפור לעומת מה שקדם לה: הדרישה לשתיקה בדבר הנטייה המינית והסנקציה של סילוק מהצבא במקרה של גילוי המידע, הפכו אותה לעסקה חברתית פסולה. שער הכניסה לצבא אמנם נפתח בפני להט"ב, אבל הם נדרשו לשמור על זהותם המינית בסוד. המדיניות תבעה דיכוי, הסתתרות והחבאה של מרכיב אישיותי וזהותי מרכזי, והתוצאה הייתה שהנטייה המינית הלהט"בית הוצגה כנחותה. בשנת 2011 ביטל ממשל אובמה את המדיניות הקודמת, ושערי הצבא נפתחו ללהט"ב ללא תנאי.⁹⁸

המקרה הישראלי הבולט שבו נשמעה תביעה להפרדה בין המרחב הפרטי לציבורי היה בנוגע למצעדי הגאווה. מעת לעת התעורר ויכוח בקשר למצעדים ולאופיים, ובייחוד מצעדי הגאווה בירושלים ב-2006 וב-2007.⁹⁹ מתנגדי המצעדים טענו, בין היתר, שאין מקום להפגנה ציבורית של מיניות בכלל ושל הנטייה המינית ההומוסקסואלית בפרט. גם כאן נדרשו להט"ב להישאר בביתם, ולהשאיר את המרחב הציבורי להתנהגות הטרנסקסואלית בלבד. עמוס נוה בחן את ההתנגדויות למצעד, והמשיג אותן כך: "השיח הליברלי אודות פרטיות משמש במקרה זה כדי לחסום את המאבק הלהט"בי לשוויון זכויות ומשאיר את המיניות הלהט"בית ב'ארון'. זה היפוך תפקידים אבסורדי: התחום הפרטי, שנתפס כתחום המקדש חירות והגשמה עצמית ונועד להגן מפני תקיפות על ידי המדינה או החברה, הופך במקרה של נטייה מינית שאינה הטרנסקסואלית לבית כלא, מקום שאל ללהט"ב לצאת ממנו פן יפלוש ויתקוף את מי שמצוי בתחום הציבורי".¹⁰⁰

הביקורת על מתנגדי המצעדים בוודאי במקומה. המתנגדים לוקים בהומופוביה, ומנסים להשתמש בכל כלי רטורי כדי לשמר את המרחב הציבורי "טהור" מבחינתם, קרי, הטרנסקסואלי. לעומת זאת, מצעדי הגאווה הם אקט פוליטי מובהק מן המדרגה הראשונה. הם מכוונים בו-זמנית לכמה קהלים: למי שנמצאים בראשיתו או בעיצומו של התהליך האישי של הכרה במיניותם, שלהם מועבר מסר ברור: אתם לא לבד, ואין בושה בנטייה המינית ההומוסקסואלית; לקרוביהם ולמכריהם של להט"ב, שלהם

95 לדיון נרחב מתוך תאוריה קווירית ולדיון השוואתי מקיף ראו אייל גרוס "מיניות, גבריות, צבא ואזרחות: שירות הומואים ולסביות בצה"ל במשקפיים השוואתיים" פלילים ט 95 (2000).

96 ג'אנט היילי מבקרת את המדיניות כמעבר מאמת מידה של סטטוס להט"בי, שהביא להרחקה משירות, לאמת מידה של התנהגות. ראו Janet Halley, Don't: A Reader's Guide to the Military Anti-Gay Policy (1999).

97 COHEN, לעיל ה"ש 93, בעמ' 84–86. לפי מקור אחד, סולקו מהצבא כ-14,000 חיילים להט"ב. ראו David W. Austin, *Sexual Orientation and Gender Identity*, 46 INT'L LAW 447, 451 (2012). למקרה שהגיע לבית המשפט ראו McVeigh v. Cohen, 983 F. Supp. 215 (D.D.C. 1998).

98 ראו DOD News Briefing with Secretary Panetta and Adm. Mullen from the Pentagon (Sep. 20, 2011), available at <http://www.defense.gov/transcripts/transcript.aspx?transcriptid=4886>.

99 ראו בג"ץ 8988/06 משי זהב נ' מפקד מחוז ירושלים (פורסם בנבו, 27.12.2006); בג"ץ 5277/07 מרזל נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים (פורסם בנבו, 20.6.2007).

100 עמוס נוה "להוציא את הארון מהפרטיות" אמירות תשע"ב א (2012), זמין ב: amirot.blogspot.co.il/2012/02/blog-post_26.html. ראו ברומה גרוס "אין תחליף ליצירה מהארון", לעיל ה"ש 2.

מועבר מסר דומה. המצעדים מכוונים גם לזירה הפוליטית, ומזכירים לנציגי הציבור שלהט"ב הם חלק בלתי-נפרד מהחברה ומהקהילה הפוליטית. מצעדי הגאווה משיבים להומופוביה של המתנגדים: הם מנכיחים את ההומוסקסואליות במרחב הציבורי על שלל צבעיה והמגוון האנושי שבה. זהו מאבק חשוב על הנראות הציבורית של להט"ב, ומאבק על המרחב הציבורי בכלל. אבל לא כל מה שקשור להבחנה הפוליטית-מכשירנית (והומופובית במקרה הנוכחי) בין הפרטי לציבורי קשור לזכות לפרטיות.¹⁰¹

במקרה הישראלי של מצעדי הגאווה, בשונה מהמדיניות האמריקנית בנוגע לשירות הצבאי, הדרישה לשימור החיץ בין הפרטי (ההומוסקסואלי) לציבורי (ההטרסקסואלי) לא באה מצד המדינה, וגם המניעים לדרישה שם וכאן היו שונים. אבל הדמיון הוא שגורם חוץ-להט"בי מקצה (או טוען שיש להקצות) את תחום הפעילות המותר ללהט"ב לזירה הפרטית בלבד. התוצאה דומה: הפרדה וכפיית "פרטיות" על מי שאינו רוצה בה. אלא שפרטיות אינה ניתנת לכפייה. כאשר אדם אחד דורש מאחר להתנהג בצורה מסוימת רק בביתו ולהימנע מהתנהגות דומה ומנראות במרחב הציבורי, זו התערבות בהחלטות ובהתנהגות של האחר, פגיעה באוטונומיה שלו ובכבודו. אכן, פעמים רבות החברה מסמנת את העדפותיה לגבי מה מותר ומה אסור לעשות במרחב הציבורי, ובכך משקפת ומכוננת בזמנית תחום של התנהגות נאותה וכזו שאינה מקובלת. לענייננו, איסור חברתי או משפטי על התנהגות פומבית מסוימת אינו עניין של פרטיות, אלא ניסיון ליצור או לקבע נורמות חברתיות, פעולה שלעתים קרובות כרוכה בהדרה של התנהגויות ושל אנשים מהמרחב הציבורי. תיחום כזה ראוי כמובן לבחון בעין ביקורתית.

זכות אישית אינה ניתנת לכפייה. כשם שאי-אפשר בשם חופש הביטוי לדרוש מאדם לדבר כאשר הוא מבקש לשתוק או לשתוק כאשר הוא מבקש לדבר, כך גם אי-אפשר לדרוש מאדם להתנהג באופן פרטי, בשם זכותו לפרטיות. בהקשר הלהט"בי, התביעה להפריד בין הפרטי לציבורי מדירה ומשפילה, מציגה את הנטייה המינית של להט"ב כנחותה, והיא אדנותית ודכאנית. המדירים אינם טוענים בשם הזכות לפרטיות, אלא להפך, הם פוגעים בה: הם מבקשים להתערב בהחלטותיו של אדם לגבי זהותו והתנהגותו.¹⁰² בין זה לבין הזכות לפרטיות אין ולא כלום.

סוגיה נספחת לכך היא התנהגות כלי התקשורת. נראה כי כלי התקשורת הוותיקים נמנעים מפרסום מידע על נטייתם המינית של להט"ב, אלא אם כן הם יצאו מהארון בריש גלי, למשל בריאיון חושפני בעיתון נפוץ. במילים אחרות, שתיקת כלי התקשורת בקשר לנטייה מינית להט"בית מחילה וכופה "פרטיות" על מי שלא דווקא רוצים בה. אלא שגם בעניין זה אין לדבר על פרטיות. אם כלי התקשורת נוהרים יתר על המידה, בין מחמת אי-הוודאות שלהם לגבי המצב המשפטי ובין משום הנחה הטרונומרטיבית – נושא זה ראוי למחקר נפרד באשר לגורמים שמובילים להתנהגות תקשורתית כזו. הכנסתו של אדם בחזרה לארון, תופעה שכונתה "אינינג",¹⁰³ פוגעת באוטונומיה של האדם ובעיניי, פסולה גם היא. נושא זה מוביל אותנו לסוגיה הבאה שעל הפרק, האחזון.

101 באופן דומה, איסור עירום ציבורי אינו קשור לפרטיות, אלא יש בו התערבות בהחלטותיו של אדם. בשונה מהנראות הלהט"בית, ייתכן שלאיסור יש טעמים טובים, אבל לא נכון להמשיג את הדרישה להתלבש בציבור כעניין של פרטיות. ראו בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 97.

102 ראו בדומה, COHEN, לעיל ה"ש 93, בעמ' 89.

103 גרוס "אין תחליף ליצירה מהארון", לעיל ה"ש 2.

2. אחצון

ההגדרה המקובלת לאחצון היא חשיפת מידע פרטי על נטייתו המינית של אדם ללא הסכמתו.¹⁰⁴ בגרסאות מוקדמות שלה, ההגדרה הוגבלה לדמויות ציבוריות, הגבלה שאינה במקומה. אחצון מופעל לגבי אנשים מפורסמים ולא מפורסמים כאחד. אני סבור שיש להוסיף להגדרה זו רובד נוסף, של ההקשר החברתי שבו מדובר, וביתר דיוק, מועיל להמשיג את האחצון במטפורה שהצעתי קודם, של מעגלי הפרטיות. בהתאם: אחצון הוא העברת מידע על נטייתו המינית של אדם ממעגל אחד שבו נמצא המידע, למעגלים אחרים, שבהם המידע לא היה ידוע קודם לכן, וזאת ללא הסכמתו של מושא המידע. ניסוח זה ממשיג את האחצון במונחים של הפרטיות בשליטה ומעגלי הפרטיות.¹⁰⁵ הוא מאפשר לנו לראות שאחצון קורה לא רק כאשר כלי תקשורת מפרסם את נטייתו המינית של ידוען, אלא במגוון הקשרים חברתיים ויומיומיים, כל העת. הניסוח הזה מראה גם שיש סוגים ודרגות שונות של אחצון, לפי "פריצת המעגלים" שבה מדובר. בחלק זה אציג תחילה את ההקשר החברתי של האחצון, ואציע להבחין בין אחצון עוין, אחצון תמים ואחצון שבא מתוך הקהילה הלהט"בית ושנועד להיטיב ("אחצון מבית"). אדגיש כי האחצון מתרחש במגוון הקשרים, ובדיון זה אציג את נזקיו. על בסיס זה, אדון בהמשך בביקורת הקווירית על הזכות לפרטיות.

הערה מקדימה היא תזכורת קצרה של הרקע המשפטי של האחצון – שאחזור אליו בהמשך. כפי שראינו לעיל, האחצון אסור בדרך כלל: חשיפת נטייתו המינית של אדם ללא הסכמתו היא פרסום עניין הנוגע לצנעת חייו האישים של אדם, לפי סעיף 2(11) לחוק הגנת הפרטיות. מידע שנמסר למעגל מסוים וכעת מועבר למעגל אחר, הוא מידע שנמסר למטרה אחת והועבר למטרה אחרת, כלומר מדובר בהפרה של עקרון צמידות המטרה לפי סעיף 2(9). זו גם הפרה של הזכות החוקתית לפרטיות שקבועה בחוק היסוד, ובכל מקרה, בזכות לפרטיות יציר המשפט המקובל הישראלי.¹⁰⁶ במקרים מסוימים ייתכן שהפגיעה תיחשב לפגיעה שאין בה ממש (סעיף 6), או שעשויה לקום לפוגע הגנה, למשל אם יש עניין ציבורי, לפי סעיף 18(3) או הגנה אחרת שם, שתלויה בתום לבו של הפוגע (סעיף 18(2)).

(א) אחצון עוין

הרקע החברתי של האחצון והשינויים שחלו בשדה הזה חשובים להבנת הוויכוח הציבורי והדיון המשפטי. כאשר התנהגות מינית הומוסקסואלית הייתה אסורה ונתונה לגינוי חברתי משמעותי, האחצון בדרך כלל היה עוין, ונעשה על מנת לפגוע, לבזות ולסכן את האדם הנחשף לגינוי הפלילי והחברתי על תוצאותיו – והיו כאלה.¹⁰⁷ האישור שנתן בית המשפט העליון האמריקני להפללה בעניין *Bowers*

104 השוו להגדרה אמריקנית טיפוסית: "Outing" is the forced exposure of a person's same-sex orientation, אצל Guzman, לעיל ה"ש 89, בעמ' 1531.

105 גם העברת המידע בתוך מעגל מסוים, ללא הסכמה, עשויה להיות אחצון. כפי שהערתי קודם, שאלה זו תלויה בדרך שבה אנו מגדירים מעגל לצורך זה.

106 ראו פרשת פלונית, לעיל ה"ש 32.

107 ראו David H. Pollack, *Forced Out of the Closet: Sexual Orientation and the Legal Dilemma of* "Outing", 46 U. MIAMI L. REV. 711, 715 (1992).

בשנת 1986 חיזק את כוחם של המאחזנים העוינים, שביקשו לפגוע בלהט"ב (או לסחוט את מי שהיו בארון). הנה כמה דוגמאות.

בכמה מקרים נחשפה נטייתם המינית של להט"ב שהיו קשורים במוסדות דת. כתבת בעיתון כנסייתי פוטר משהתברר לכנסייה שהיא לסבית, והיא סירבה לעבור "ריפוי". בית המשפט אפשר לה לתבוע בגין עוולות שונות כל עוד הדבר לא יגרור התערבות בחופש הדת של הכנסייה.¹⁰⁸ במקרה אחר, קולג' נוצרי סירב להעניק תעודת סיום לתלמיד שעמד בכל חובותיו האקדמיות, אך התברר למוסד שהוא הומו, וייעוץ שנכפה עליו "נכשל". התביעה הוגשה בגין העברת המידע בין ה"יועץ" לקולג'.¹⁰⁹ מקרה נוסף התעורר אגב תביעה בגין פיטורין מחמת הפליה: התובע מסר מידע למחלקת הכספים של המשרד שבו עבד, ובכלל זה מידע על בן זוגו שאותו ביקש לציין כמוטב למקרי ביטוח. המידע הועבר למחלקות אחרות במשרד, ועקב כך פוטר.¹¹⁰ גם זה מקרה שבו מידע שנמסר למטרה אחת הועבר לאחרים למטרות אחרות. עוד דוגמה לאחזון באה על רקע שנאה: שתי נשים פתחו פונדק דרכים בעיירה באורגון. משהתברר לנתבע, תושב האזור, שהן לסביות, החל לשלוח מכתבי שנאה ברחבי האזור ובהם חשף את נטייתן המינית של התובעות. הן תבעו אותו וזכו.¹¹¹ דוגמה אחרונה היא של שוטר שעצר קטין, ואיים לאחזן אותו לפני משפחתו. הקטין התאבד. שאלת האחזון עלתה בתביעת המשפחה בשל פגיעה בזכויות האדם של הקטין.¹¹² במקרים אלה כוונתם של המאחזנים לא הייתה ראויה ולא היה להם עניין אישי כשר או חובה מקצועית או מוסרית.

דוגמאות אלה מראות את המגוון של מצבי האחזון: המניעים היו ייחודיים לכל מקרה, אם כי נראה שבכולם יש ברקע הומופוביה; ההקשרים היו רבים. חשוב לציין שאחזון מתרחש לא רק בכלי התקשורת, ולא רק כאשר מדובר בידוענים או פוליטיקאים, אלא גם בשורה של מצבים יומיומיים.¹¹³

(ב) אחזון תמים

בצד האחזון העוין, אפשר לזהות גם קטגוריה של מצבים של אחזון תמים: כזה שלא נועד בהכרח להזיק לאדם המאוחזן, אבל גם לא נועד בהכרח להיטיב עמו. עדיין, מדובר בהעברת מידע ממעגל אחד לאחר, ללא הסכמת האדם, ולכן יש לראות בכך אחזון.

- Madsen v. Erwin, 395 Mass. 715 (1985) 108
 Johnson v. Lincoln Christian College, 150 Ill. App. 3d 733 (1986) 109
 Greenwood v. Taft, Stettinius & Hollister, 105 Ohio App. 3d 295 (1995) 110
 Simpson v. Burrows, 90 F. Supp. 2d 1108 (2000) 111
 Barbara Moretti, *Outing: Justifiable* לדין ראו *or Unwarranted Invasion of Privacy? The Private Facts Tort as a Remedy for Disclosures of Sexual Orientation*, 11 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 857, 860 (1992)
 בדבר זכויותיהם של מתים. לדין ראו מיכאל בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים" עיוני משפט לא 57 (2008).
 Brad S. Weinstein, *A Right With No Remedy: Forced Disclosure of Sexual Orientation and Public "Outing" under 42 U.S.C. § 1983*, 90 CORNELL L. REV. 811 (2005) 112
 Susan J. Becker, *The Immorality of Publicly Outing Private* לדין ראו *People*, 73 OR. L. REV. 159 (1994) 113
 מוסרית לאחזון שנועד להיאבק בהומופוביה.

כאשר מורה בבית הספר מספר להוריה של תלמידה שהיא לסבית (גם אם כוונותיו טובות),¹¹⁴ הוא מעביר מידע מהמעגל הבית ספרי למעגל אחר, המשפחתי.¹¹⁵ כאשר "חבר" ברשת חברתית יודע ש"חברו" הוא הומו, ומספר למעסיקו של החבר את העובדה הזו, הוא מפר את הציפייה של החבר לפרטיות בקשר לנטייתו המינית, בכך שהוא מעביר מידע ממעגל אחד לאחר.¹¹⁶ ובאופן היומיומי, כאשר אנו מרכלים על אחרים, שואלים אם הם הומואים ולסביות או לא, ומעבירים את המידע הלאה, זהו אחצון.

גם כאן, הדוגמאות מצביעות על רוחב המושג אחצון: הוא מתרחש במגוון מצבים, ואינו מוגבל רק למצב של כלי התקשורת שחושף את המידע על ידוען. במקרים החברתיים-רכילותיים, ייתכן (כעניין עובדתי) שהרכילות היא בתוך אותו מעגל ולכן אין פריצת מעגלים, או שמדובר בפגיעה שאין בה ממש. במקרים אחרים, ייתכן שיש טעמים טובים לאחצון כמו הגנת עניין אישי כשר, וייתכן שדבר האחצון כלל לא ייודע לאדם המאוחצן. יום אחד הוא יגלה שכולם כבר יודעים.

(ג) אחצון מבית

מסוף שנות השמונים של המאה הקודמת, וביתר שאת בראשית שנות התשעים, אנחנו עדים לאחצון שכוונתו הייתה להיטיב, ולקדם ערכים חברתיים וקהילתיים חיוביים. זהו אחצון שבא מתוך הקהילה הלהט"בית האמריקנית, ואקרא לו "אחצון מבית" (כמובן, ייתכן גם אחצון עוין מתוך הקהילה, או אחצון שכוונתו להיטיב, שמגיע מחוצה לה). באותה עת, הקהילה הלהט"בית האמריקנית הייתה נתונה בשני משברים.¹¹⁷ האחד, הוא הטראומה של הלכת *Bowers*. למרות שינויים חברתיים – פומביות הולכת וגדלה של להט"ב, קבלה גוברת של להט"ב על ידי הרוב ההטרוסקסואלי והממסד המדינתי – בלם בית המשפט את השינוי החברתי. הפער בין הכלל המשפטי השמרני למציאות החברתית הפרוגרסיבית התרחב. המשבר השני הוא משבר האיידס.¹¹⁸ בצד הרפואי, באותה תקופה עדיין לא היו טיפולים יעילים לבלום את התפרצות נגיף ה-HIV. להט"בים היו נתונים בחרדה עצומה נוכח המוות שזרעה המגפה. בצד החברתי, המחלה זוהתה במידה רבה מאוד עם גברים הומואים, מה שהגביר את

114 לדיון במקרה כזה ראו Caitlin M. Cullitan, *Please Don't Tell My Mom! A Minor's Right to Informational Privacy*, 40 J.L. & EDUC. 417 (2011).

115 כדי לקבוע אם יש פה פגיעה בעקרון צמידות המטרה, בעקרון ההסכמה, בציפיות של התלמידה, ובאופן רחב יותר, כדי לקבוע אם יש פה פריצת מעגלים שהיא בגדר פגיעה בפרטיות, יש צורך להגדיר את המעגלים החברתיים שבהם מדובר. למשל, כאשר מדובר בקטין, אפשר לומר שהוריו, שהם אפטרופוסיו, נמצאים באותו מעגל אתו. קביעה כזו נכונה אולי כאשר מדובר בילד קטן, אבל פוחתת ככל שהילד מתבגר. לדיון מהעת האחרונה במקרה כזה, ראו Wyatt v. Fletcher, 718 F.3d 496 (5th Cir. 2013).

116 או כאשר מעסיק מספר לעובדים מידע על עובד אחר. ראו למשל ע"א (מחוזי חי') 3088/04 כהן נ' חי (פורסם בנבו, 13.12.2005), שבו נמצא כי מעסיק שסיפר לעובדים על עברו הפלילי של עובד אחר, פגע בפרטיותו.

117 התופעה לא הייתה ייחודית לארצות-הברית. לדיון בהקשר הבריטי ראו Christopher Lane, *Living Well is the Best Revenge: Outing, Privacy, and Psychoanalysis*, in PUBLIC SEX/GAY SPACE 247 (William L. Leap ed., 1999).

118 Pollack, לעיל ה"ש 107, בעמ' 719 מסביר כיצד המאבק באיידס הפך את האחצון לאסטרטגיה פוליטית.

הסטיגמה החברתית נגד להט"ב, ובייחוד גברים הומואים,¹¹⁹ שילוב שני המשברים הגביר את הפוליטיזציה של המאבק הלהט"בי. גורמים בתוך הקהילה הלהט"בית מאסו בשתיקה, ופנו, על דעת עצמם, לכלי של האחצון. גל האחצון הראשון מיוחס למגזין OutWeek.¹²⁰ האחצון היה התרסה כנגד העמדה המשפטית הרשמית שהתבטאה בחוק ובפסיקת בית המשפט העליון, כנגד הפוליטיקה השמרנית וכנגד הדיכוי החברתי של להט"ב.¹²¹ בפן הפוליטי שלו, האחצון נועד לנפץ סטראוטיפים ולהגביר את הבולטות של הומוסקסואלים במרחב הציבורי. ידוען זה, אמרו המאחצנים, הוא הומו, פוליטיקאית זו היא טרנסג'נדרית.¹²² המאחצנים – אנשים מוכרים היטב – היו אמורים לשמש מודל לחיקוי: הנה, אמרו המאחצנים הן ללהט"ב שהיו בארון והן לציבור ההטרוסקסואלי: מיניות הלהט"בית היא דבר נפוץ, אינה מוגבלת לשכבה חברתית או לקבוצת אוכלוסייה אחת, ואינה מהווה מחסום ומכשול בפני איש. אמירה זו נועדה לבטל את הדמגוגיה ההומופובית.

הפסיקה האמריקנית מספקת לנו דוגמאות מעניינות לאחצון. המקרה המפורסם ביותר הוא של אוליבר סיפל, שגר בסן פרנסיסקו, שם היה דמות מוכרת, וניהל חיים הומוסקסואליים מחוץ לארון.¹²³ ב-1975 הציל את הנשיא פורד מניסיון התנקשות, והפך לגיבור לאומי. בדיווחים בתקשורת פורסמה נטייתו המינית, שכך נחשפה לראשונה למשפחתו, שגרה במדינה אחרת. סיפל תבע את כלי התקשורת, והפסיד: המידע כבר היה ידוע, קבע בית המשפט, ובכל מקרה יש בו ערך חדשותי. מתברר שמי שהעביר את המידע על נטייתו המינית לתקשורת היה ידידו של סיפל, הארווי מילק, ההומו הראשון מחוץ לארון שנבחר לכהונה פוליטית, בעיריית סן פרנסיסקו. מילק סבר שחשיפת נטייתו המינית של סיפל תקדם את המטרה הלהט"בית: סיפל היה חייל משוחרר, הציל את הנשיא, ואילו פורד נמנע מלהודות לסיפל בפומבי, כנראה בגלל נטייתו המינית.¹²⁴ במונחים שהוצעו קודם לכן, מילק העביר

119 לדיון בקשר לאחצון הומואים אגב גילוי מידע על נשאות הנגיף ראו ALIDA BRILL, NOBODY'S BUSINESS: THE PARADOXES OF PRIVACY 99 (1990); John F. Hernandez, *Outing in the Time of Aids: Legal and Ethical Considerations*, 5 ST. THOMAS L. REV. 493 (1993). הרננדז טוען שאין לקהילה הגאה הצדקה מוסרית להשתמש בחרדה מאידס כדי לקדם מטרות של הקהילה.

120 לסקירה מקיפה ראו Larry Gross, *The Contested Closet: The Ethics and Politics of Outing*, 8 CRITICAL STUD. IN MASS COMM. 352 (1991). ראו גם את מאמריו של עורך המגזין, שמובאים בספרו של גרוס: Michelangelo Signorile, *Gossip Watch Columns (OutWeek, Oct. 1, 8, Dec. 17, 1989)*, in CONTESTED CLOSETS: THE POLITICS AND ETHICS OF OUTING 193–200 (1993).

121 לדיון במטרות האחצון האמריקני בראשית שנות התשעים ראו Ronald F. Wick, *Out of the Closet and into the Headlines: "Outing" and the Private Facts Tort*, 80 GEO. L.J. 413 (1991); Jon E. Grant, *Note: 'Outing' and Freedom of the Press: Sexual Orientation's Challenge to the Supreme Court's Categorical Jurisprudence*, 77 CORNELL L. REV. 103 (1991); John P. Elwood, *Note: Outing, Guzman; Privacy, and the First Amendment*, 102 YALE L.J. 747 (1992); Pollack, *לעיל ה"ש 107, בעמ' 719–721*. לניתוח אתי ראו Andrea Austen & Adrian Alex Wellington, *Outing: The Supposed Justifications*, 8 CAN. J.L. & JURISPRUDENCE 83 (1995). ההצדקות לאחצון, למעט אחת – אחצון כאקט של הגנה עצמית.

122 למקרה כזה ראו Diaz v. Oakland Tribune, Inc., 139 Cal.App.3d 118 (1983), שם דובר בפעילה בארגון סטודנטים שאיש לא ידע כי עברה ניתוח לשינוי מין.

123 *Supple v. Chronicle Publishing Company*, 154 Cal. App. 3d 1040 (1984).

124 ראו: ANNABELLE LEVER, ON PRIVACY 31 (2012).

מידע ממעגל חברתי אחד (הקהילה הגאה בסן פרנסיסקו) למעגל אחר (התקשורת הכלל-ארצית) ודרכו לכל מעגל אחר. אולי כוונתו הייתה טובה, אבל הוא השתמש בסיפיל ללא רשותו. זה היה אחצון מבית, שכוונתו הייתה להיטיב. הפרסום בכלי התקשורת הרחיב את המעגל רק בפן הגאוגרפי, מתחומי קליפורניה לכלל ארצות-הברית.

במקרים אחרים, מטרת המאחצנים הייתה לחשוף את צביעותו של נבחר ציבור, למשל פוליטיקאי הומו בארון, שהטיף לשמור על ערכי המשפחה ותמך בפומבי בהלכת *Bowers* – היה "מועמד" לאחצון מהסיבה הזו.¹²⁵ התנהגות צבועה היא נתון רלוונטי לשיח הציבורי, כדי שהציבור יוכל לשפוט את מעשיהם של מי שבחר או של מי שאמורים להיות נאמניו. נימוק הצביעות עדיין תקף כיום, ובמקרים המתאימים גם יכול לבוא בגדר ההגנות שיש בחוק הגנת הפרטיות, למשל עניין ציבורי (סעיף 18(3) לחוק הישראלי). אולם חשוב להבחין ביחס המשפטי במקרה כזה: תחילה המשפט מכיר בכך שיש פגיעה בפרטיות, ואז פוטר את הפוגע מאחריות. לעומת זאת, בראייה הקווירית, האחצון האקטיביסטי כופר בכך שיש פגיעה בפרטיות מלכתחילה, משום ההתנגדות לארון ולהגנתו על נטייה מינית של אדם כעניין פרטי. החשיפה מחמת צביעות לא הוגבלה לנבחרי ציבור. גם הידוען שביקש להתפרסם, למשל, אבל הטיף נגד הומוסקסואליות – היה מועמד לאחצון.

המשימה של ניפוץ הארון חשובה גם במקרים שבהם נטייתו המינית של אדם היא סוד גלוי, בבחינת "ארון זכוכית". זהו המצב שבו רבים יודעים על נטייתו המינית של אדם, אבל נמנעים מדבר על כך מחוץ למעגל הידע המקורי. למשל, כלי התקשורת יימנע מלפרסם מידע שידוע בקרב מעגל חברתי מסוים.¹²⁶ סדג'וויק כינתה זאת "הסוד הגלוי".¹²⁷ זה המצב מעת לעת בקשר לאנשי בידור מפורסמים, או בקשר לחבר כנסת שנמצא בארון, אך נראה שרבים יודעים – במעגלים רחבים – מהי נטייתו המינית.¹²⁸ ההומו בארון הזכוכית משמש מודל שלילי לחיקוי: הוא משדר מסר של חוסר השלמה, בוש והסתרה. לבני נוער שחרדים ממשמעות היציאה מהארון, מודל כזה עלול להזיק. האחצון מבית, במקרים כאלה, מבקש להפוך את המודל השלילי לחיובי.¹²⁹

125 לדוגמאות, ראו Gross, לעיל ה"ש 120.

126 לדיון בקשר לשחקנים בהוליווד ראו Michael Musto, *The Glass Closet*, OUT (2007), available at <http://www.out.com/entertainment/2008/09/22/glass-closet?page=0,0>. אחד המרואיינים בכתבה מצביע על ארבעה סוגי להט"ב בהוליווד: "There's the openly gay; the gay and everybody knows it; but nobody talks about it; the married, closeted gay who doesn't talk about it; and the screaming 'I'll sue you if you say I'm gay person'". In other words, the no closet, the glass closet, the cast iron closet, and the closet you get buried in".

127 ראו סדג'וויק, לעיל ה"ש 3.

128 אייל גרוס "בארון של חבר הכנסת X" הארץ 14.3.2013 www.haaretz.co.il/opinions/.premium-1.1964744.

129 ניתן לתהות על האפקטיביות של האחצון – עד כמה פוליטיקאי צבוע יכול לשמש מודל לחיקוי? האם האחצון תרם לשינוי החברתי הדרמטי בקשר ליחס המשפטי וחברתי ללהט"ב, או שהשינוי בא בעקבות אינ-ספור גורמים אחרים? האם האחצון צמצם הומופוביה? אלה שאלות מעניינות, אבל אשארן לסוציולוגים ולהיסטוריונים.

(ד) נזקי האחצון

פגיעתו של האחצון העוין ברורה, והיא עלולה להיות מלווה בעברות פליליות נוספות, כמו סחיטה באיומים. מקרה ביניים הוא האחצון התמים, והמקרה הקשה יותר לדיון הוא של האחצון מבית שנועד להיטיב. אפרט כמה סוגי נזקים: תגובה עוינת בסביבתו הקרובה של המאוחצן, נזקי כבוד, נזקים אישיותיים-זהותניים ונזקים חברתיים. אמנם יש מי שאוחצנו (ובכלל זה באחצון שתואר פה כעוין), ובדיעבד סברו שהאחצון הועיל להם,¹³⁰ אולם זו תגובה בדיעבד של חלק מהמאוחצנים, ולכן אינה יכולה להיות בסיס להערכה נורמטיבית מלכתחילה.

במישור המידי, במקרים מסוימים הביסקסואלית שתאוחצן בניגוד לרצונה עלולה להיתקל בניכור מצד קרובה ומכריה (כפי שטען גם אפריאט, במקרה שנדון בישראל), יחס עוין במקום העבודה או הלימודים, והפליה במסגרות שונות, כמו בדוגמאות האמריקניות שראינו לעיל. אמנם ההפליה על רקע נטייה מינית אסורה ברוב שיטות המשפט המערביות, אולם יש להניח שבין החוק למציאות יש פער. הפרטיות שנפגעה שימשה עד אז מגן נוסף למי שחששה מהפליה כזו, מבלי שתצטרך להזדקק למנגנונים המשפטיים של איסורי ההפליה.

באחצון יש נזקי-כבוד (במובן dignity): פגיעה באוטונומיה וביכולת לקבל החלטות משמעותיות ללא התערבות. המאחצן מחליט עבור המאוחצן כיצד להציג את עצמו ברבים.¹³¹ המאחצן נוטל מידע שנמסר בהקשר חברתי אחד ומעבירו להקשר חברתי אחר ללא רשות. האדם המאוחצן מוצא מהקשרו הכללי, עשירה זהותו ככל שתהיה, מרודד לפרט אחד – חשוב ומרכזי באישיותו וזהותו ככל שיהיה – ומוצג עכשיו לעולם: הומו, לסבית, ביסקסואל, טרנסג'נדר. המאחצן הופך את כל שאר מרכיבי זהותו למשניים. הפרט המאוחצן נאלץ להיאבק על הצגת זהותו בצורה מלאה יותר, משימה שעשויה להיות קשה מאוד.

בנוסף, האחצון פוגע בתהליך ההכרה העצמית של אדם ובגיבוש אישיותו וזהותו. אצל אנשים שונים האחצון עלול להגיע בשלבים שונים של תהליך הזהות הפנימי. למי שהכירה והשלמה זה מכבר עם מיניותה – הפגיעה במרחב הפרטי שדרוש לתהליכים אלה קטנה יחסית. אם תתבע, ייתכן שלגביה, הפגיעה תיחשב לכזו שאין בה ממש, ואז, לפי החוק הישראלי לא תיחשב לפגיעה. אבל למי שנמצאים בראשית הדרך, למשל בני נוער שעסוקים בכיור זהותם המינית, ובייחוד מי שנמצאים בסביבה חברתית הומופובית, ההתערבות החיצונית עלולה להזיק מאוד. מאחר שהמאחצן אינו מבקש את הסכמת האדם שבו מדובר, הוא אינו יכול לדעת מה עצמת הפגיעה.

לאחצון עלולים להיות גם נזקים חברתיים: מקובל לדבר על "קוד שתיקה" בקהילה הלהט"בית.¹³² כלומר, הומו "מגלה" על אדם שהוא הומו שנמצא בארון, לא יספר על כך למי שנמצאים מחוץ למעגל הלהט"בי. קוד השתיקה הפנים-קהילתי אפשר ללהט"ב לממש משהו מזהותם בימים שבהם

130 ראו למשל בן אילן "ההסתרה שמקבעת את הארון" וואלה! 17.2.2013 news.walla.co.il/?w=/4996/2617307. כפי שטען בהמשך, אחצון פוגע באוטונומיה של האדם. גם אם המאוחצן משלים עם האחצון, או אף שמח עליו בדיעבד, אין בכך כדי לאיין את הפגיעה הראשונית.

131 במונחיו של אורג, נאמר שהמאחצן מבטל מנגנון עיקרי שיש למאוחצן, של יצירת תודעה אצל האחר לגבינו: השליטה במועד ובצורה של הפצת המידע. אורג מכליל נטייה מינית כחלק מזהות (אורג, לעיל ה"ש 28, בעמ' 429).

132 ראו למשל נוה, לעיל ה"ש 100, בעמ' 4.

היה איסור פלילי של התנהגות הומוסקסואליות, ובדומה, גם כיום, בתנאים של סביבה חברתית עוינת. קוד השתיקה מאפשר ללהט"ב בארון להמשיך את התהליך הפנימי ללא חשש. הוא מאפשר להם לפגוש אנשים אחרים, "כמוהם", להתנסות בחוויות מיניות חדשות, ולפתח את זהותם. במילים אחרות, קוד השתיקה משמר את המידע בתוך מעגל חברתי מסוים. מול זה, האחצון המיטיב, מבית, מאיים על קוד השתיקה.¹³³ במקרים מסוימים תהיה לכך תוצאה הפוכה מכוונת המאחצנים: במקום לעודד להט"ב לצאת מהארון, לספק להם מודלים לחיקוי וכדומה, החשש הוא שהלסבית בארון, שיש לה לבטים וחרדות בקשר לזהותה ובקשר ליציאתה מהארון, עלולה להידחק עוד יותר לתוך הארון, להימנע מליצור קשר עם אחרים, ולהיות חשדנית יותר. מאת"ו שפירו הצביע על נזק חברתי נוסף: הוא רואה ביציאה מהארון אקט פוליטי של הפרט. הוצאה מהארון – אחצון – הוא דיבור כפוי, בשם האדם, שמפקיע ממנו את יכולתו לבצע את האקט הפוליטי בעצמו.¹³⁴

כעת, אחרי שראינו שהאחצון מתקיים במגוון הקשרים, שיש סוגים שונים של אחצון לפי מטרות המאחצן, ועמדנו על נזקי האחצון, אפשר לשוב לביקורת הקווירית על השיח שמייצרת הזכות לפרטיות.

3. הביקורת על הפרטיות

אם כן, כעניין מצוי, האחצון פוגע בפרטיות, גם אם במקרים מסוימים הפגיעה תותר, אם יתקיימו הגנות מסוימות שקבועות בדין. האם המצב המשפטי הזה ראוי? זו השאלה שנמצאת בלב הוויכוח החברתי-פוליטי. כאן נכנסת לתמונה הביקורת על הזכות לפרטיות. אציג שלוש ביקורות מרכזיות, ואשיב להן.

(א) שיקולי נגד

כדי להצדיק את האחצון מבית, הועלו בדיון בארצות-הברית כמה טענות בנוגע לפרטיות הלהט"בית.¹³⁵ טענה אחת מסבירה את חשיבות האחצון ואת מטרותיו החיוביות שנזכרו לעיל. אכן, הצבעה על מודלים לחיקוי, מטרות פוליטיות נקודתיות כמו חשיפת צביעות של פוליטיקאי בארון, והמטרה הפוליטית הרחבה יותר של הנכחת להט"ב במרחב הציבורי שהם חלק ממנו – הן מטרות חשובות. יתרה מכך, למאחצן יש זכות משלו לומר את האמת: זהו חופש הביטוי (וחופש העיתונות, במקרים המתאימים).

אבל קיומם של אינטרסים חברתיים חשובים וזכויות נוגדות אינו מבטל את הזכות לפרטיות: מי שמייחס חשיבות גבוהה יותר לשיקול הנגד, צריך להציב את האינטרס הנוגד מול הפרטיות, לנסות להצדיק את הפגיעה, וככל שזו תוצדק, להכיר בכך שיש מי שמשלם מחיר כבד. בארצות-הברית

133 Austen & Wellington, לעיל ה"ש 121, בעמ' 90.

134 Mathieu J. Shapiro, Note, *When is a Conflict Really a Conflict? Outing and the Law*, 36 B.C.L. REV. 587, 615 (1995).

135 לדיון בהקשר האנגלי ראו Keith Schilling, *Privacy and the Press: Breach of Confidence – the Nemesis of the Tabloids?*, 2 ENT. L. REV. 169 (1991); Jeanne M. Hauch, *Protecting Private Facts in France: The Warren & Brandeis Tort is Alive and Well and Flourishing in Paris*, 68 TUL. L. REV. 1219 (1994).

שיקול-הנגד המרכזי לפרטיות הוא שיקול העניין הציבורי, שמגולם בהגנת החדשותיות (newsworthiness), שנכללת בעוולה הנזיקית של פרסום מידע פרטי.¹³⁶ אכן, כאשר האחזון נעשה על ידי כלי תקשורת, בתי המשפט לא התקשו להכריע לטובת חופש הביטוי. זו הכרעה ערכית כללית, שיש להבין אותה על רקע החשיבות העליונה שהתרבות והמשפט האמריקניים מייחסים לחופש הביטוי.¹³⁷ המשפט הישראלי פיתח שפה עשירה של איזונים שמספקת מסגרת נוחה לדיון כזה. בהקשר החוקתי, למשל אם המדינה תבקש לזהות להט"ב למטרה בירוקרטית כלשהי, האיזון ייבחן דרך פסקת ההגבלה על מבחניה המוכרים. במשפט הפרטי, למשל כאשר כלי תקשורת מפרסם את נטייתה המינית של זמרת ידועה, האיזון יהיה בדרך פרשנות החריגים וההגנות שיש בחוק: למשל, האם יש עניין ציבורי בגילוי המידע. פרשנות החריגים וההגנות עשויה להיות מושפעת מהמעמד החוקתי של הזכות לפרטיות, וככל שיש כזה, מהמעמד החוקתי של הזכות הנוגדת. בדרך זו, המשפט מאפשר להצדקות כאלה להישמע ומכיל אותן.¹³⁸

אם כן, הביקורת על הפרטיות שמדגישה את חשיבות האחזון אינה כופרת בזכות לפרטיות ובתחולתה על מידע בדבר נטייה מינית, אלא מתווכחת על עצמתה. המשפט מספק כלים מוכרים להתמודדות עם שיקולי הנגד וזכויות הנגד. גם כאשר הזכות לפרטיות תוכרע מול אינטרס נוגד, חשוב להפנים את המחיר שיש בכך, של פגיעה בפרטיות.

(ב) התנהגות או זהות

טענה נוספת שמצדדת באחזון מבקשת להתמודד עם הזכות לפרטיות על ידי פרשנות צרה שלה. ריצ'ארד מוהר (Mohr) הוא מהדוברים הבולטים בעד אחזון בארצות-הברית, עוד מראשית שנות התשעים.¹³⁹ הוא טען בין היתר שהפרטיות מגנה רק על התנהגות מינית, ולא על זהות מינית. לשיטתו, הנטייה המינית היא לכל היותר עניין של סודיות.¹⁴⁰

- 136 ראו RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 652D, המצוטט לעיל, בטקסט שמפנה לה"ש 8.
- 137 לדיון בסוגיית האחזון כמתח בין הפרטיות לחופש הביטוי ראו למשל Shapiro, לעיל ה"ש 134; Grant, לעיל ה"ש 121; Elwood, לעיל ה"ש 121.
- 138 שיח האיזונים הישראלי מדלג לעתים על שלב בירור הפגיעה. בתי משפט מניחים לצורך הדיון שהזכות לפרטיות נפגעה, ועוברים לדיון בנוסחת האיזון המתאימה. אלא שדילוג כזה מקשה על האיזון: אם אין אנו יודעים מהו היקף הזכות שנפגעה, מה בדיוק נפגע ואיך, קשה יותר לאזן. לכן יש להתעכב ולברר מהי הזכות שנפגעה. לדיון ראו בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 30–31.
- 139 RICHARD D. MOHR, GAY IDEAS: OUTING AND OTHER CONTROVERSIES 32–33 (1992). מוהר טען שאחזון אינו פוגע בפרטיות, ולעומת זאת שלמאחזן יש חובה מוסרית לאחזן, למעט במצבים חריגים, למשל, כאשר יש חשש שהמאוחזן ייפגע פיזית. דוגמאות נוספות לאחזון אסור, לפי מוהר, הן אחזון מתוך נקמה, או אחזון שנועד לבזות את המאוחזן בעיני תומכיו ההומופוביים. ראו Richard Mohr, A Response to My Critics, in QUEER PHILOSOPHY: PRESENTATIONS OF THE SOCIETY FOR LESBIAN AND GAY PHILOSOPHY, 1998–2008, 229, 231 (Raja Halwani, Carol V.A. Quinn, Andy Wible eds., 2012).
- 140 MOHR, לעיל ה"ש 139, בעמ' 17. גם נוה, לעיל ה"ש 100, בעמ' 4–5, טוען כך. לביסוס טענתו, נוה מצביע על כך שחשיפת סוד עלולה לגרום לנזק, ואילו בפגיעה בפרטיות אין בהכרח נזק, אלא היא הנזק עצמו. מאחר שפרסום נטייה מינית עלול לגרום נזק, נוה מסיק שהמידע הוא סודי אך לא פרטי. הלך מחשבה זה שגוי. אין להסיק על היקפה של הזכות מתוך היעדרו של נזק חיצוני. ההצדקה של זכות אינה תלויה בקיומו של נזק. כבוד האדם מכתוב שאין לפגוע בפרטיות.

הסבר אפשרי להבחנה בין התנהגות לזהות בקשר לפרטיות הוא שזהות היא עניין גלוי וממילא אינו נתון לשליטת האדם, ולכן אינה מתאימה להגנת הפרטיות. אכן, אדם אינו יכול לשלוט בדי.אן.איי שלו, במין הביולוגי שבו נולד, בנתונים הביומטריים שלו ועוד. חלק מסוגי המידע האלה אינו ידוע למושאי המידע עצמם: מי מהקוראות יודעת לומר משהו על טביעת האצבע שלה? חלק מהמידע הזהותי גלוי לכול: צבע עור למשל, אם כי גם פה אין ודאות: יש "שחורים" בהירי עור, ו"לבנים" כהי עור. לגבי מאפיינים כאלה, אין לנו פרטיות בצאתנו לרחוב. אנשים אחרים רואים אותנו, ובצורה הזו מקבלים מידע מסוים על זהותנו. האדם היוצא לרחוב מסכים, בהתנהגותו ובמשתמע, לחשיפת נתוני הזהות האלה בפני מי שיתקלו בו ברחוב. אבל מכך אין להסיק שהנתונים אינם פרטיים במעגלי פרטיות אחרים. כאשר המדינה או מעסיק ישאלו אותנו בטפסים שונים (כלומר, בלי מבט עין) מהו הגזע שלנו, נתקומם כנגד "האח הגדול", אף שהפקיד במשרד הפנים יכול בדרך כלל להבחין בכך. ההתנגדות תהיה בגלל החשד ששאלה כזו מעידה על גזענות, או פשוט בגלל חוסר הרלוונטיות של המידע למטרת מילוי הטופס. הפרטיות משמשת כאן כמכשיר נוסף, בצד איסורים אחרים, להגנה מפני הפליה. במילים אחרות, העובדה שמרכיבי זהות מסוימים גלויים לעין אינה מייצרת את הגנת הפרטיות לגביהם.

בשונה מצבע עור, נטייה מינית אינה גלויה לעין. יש התנהגויות סטראוטיפיות שניסיונו החברתי מקשר לזהות מסוימת, אבל סטראוטיפים הם מהותניים, אינם מכבדים את הפרט, ולעתים קרובות מדי שגויים. מהתנהגות חיצונית (לבוש, חיתוך דיבור, שפת גוף וכדומה) לא ראוי להסיק לגבי נטייתו המינית של אדם, בוודאי לא היסקים שמשמשים אחרים (המדינה, מעסיקים וכדומה) כנתון לקבלת החלטות. משום כך, אין לומר שנטייה מינית היא גלויה וחשופה באופן אינהרנטי כלשהו. בשונה מצבע עור, אין הסכמה משתמעת של האדם לחשיפת הנתון על זהותו המינית: לא במילוי טפסים שלטוניים ולא בצאתנו לרחוב. כלומר הגנת הפרטיות על התנהגות אינה מספיקה. ההגנה דרושה גם לזהות.

יתרה מכך, אני סבור שעמדתו של מוהר צרה מאוד, והיא מרוקנת חלק ניכר מתוכנה של הזכות לפרטיות. נראה שההסבר לגישתו טמון בעמדה האמריקנית של פרטיות כחירות מפני התערבות המדינה, בייחוד בעידן *Bowers*. אולם הזכות לפרטיות רחבה יותר מאשר חירות מפני התערבות שלטונית. הפרטיות חשובה לא רק אל מול המדינה, אלא גם מול השוק ומול בני אדם אחרים. פרטיות שנגזרת ממושג הכבוד, העמדה שמקובלת במשפט האירופי והישראלי, משיבה לצרכים האלה, ומגנה על כלל היבטי האישיות והזהות של האדם, מול כל איום עליה.

להגנת הפרטיות על הזהות, ולא רק על ההתנהגות, יש חשיבות רבה. יש מנעד רחב של נטיות מיניות. אין דיכוטומיה הומו-הטרו, אלא קשת איך-סופית של זהויות והתנהגויות מיניות. הפרטיות כשליטה מאפשרת לאדם להגדיר בעצמו את מיקומו על פני המנעד הזה. חגי קלעי הגדיר פן זה כך: "האישי הוא המרחב בו מתגבש הסובייקט מעבר למגבלותיו של השיח. זהו המרחב הא-מילולי, בו עומדת לפרט היכולת להעניק משמעות או לשלול משמעות מפרקטיקות חייו", וכחלופה לתפיסת הפרטיות שמגנה על פרקטיקות ספציפיות של הפרט כמו זהות מינית, הוא מציע "תפיסה חלופית של הזכות לפרטיות [...] כהגנה על כוחו השיחני של הפרט למשמע את חייו"¹⁴¹. בכך הוא קולע לעמדת הפרטיות כשליטה. הן ההנחה החברתית ההטרונורמטיבית והן האחצון הם בינאריים, שכן הם מסווגים אדם כהטרו או הומו. מכאן הביקורת על ההטרונורמטיביות, אבל הביקורת תקפה גם לגבי האחצון:

141 קלעי, לעיל ה"ש 68, בעמ' 178.

האחצון הוא אקט מהותני. מנגד, הפרטיות מכבדת את הגדרתו העצמית של כל אדם. היא מבקשת מאתנו (המדינה, החברה, בני אדם אחרים) לכבד את הפרט, לא להניח לגביו הנחות מוקדמות כלשהן, ולאפשר לו להגדיר את זהותו בעצמו על פני הקשת. כמובן, כוחו של המשפט מוגבל. החברה עשויה להניח הנחות, להתייחס לאדם בצורה בינארית ולרדד את מורכבות הזהות. אולם ביחס החברתי הזה אין הצדקה לויתור על הזכות לפרטיות, שיכולה לסייע לפרט, ולו במידה מוגבלת, לשלוט בזהותו ובמורכבותה.

(ג) חיזוק הארון?

הביקורת המרכזית והנוקבת ביותר נגד הזכות לפרטיות בהקשר האחצון מצביעה על המשמעויות התרבותיות, החברתיות והפוליטיות השליליות של כלל משפטי (הזכות לפרטיות) שמאפשר לאנשים להישאר בארון. סדג'וויק ואחרים הצביעו על ההבניה החברתית של ההטרסקסואליות כציבורית ושל ההומוסקסואליות כפרטית, ומכאן טענתם שלשימור הארון במרחב הפרטי באמצעות הפרטיות עלולה להיות השלכה דכאנית.¹⁴² יש מבין המבקרים, כמו מוהר, שמזהים פרטיות עם סודיות, ומכאן קצרה דרכם לזהות פרטיות עם הסתרה ובושה: הפרטיות, לפי הביקורת, מאפשרת ללהט"ב להישאר בארון, להסתיר את נטייתם המינית ולהסתתר. כך, לשיטתם, הפרטיות היא כלי משפטי שגורם לאדם להתבייש בזהותו ובעצמו ולהתייחס לעצמו כאדם נחות.

הביקורת מתחזקת נוכח ההנחה ההטרונורמטיבית שמיוחסת למשפט: אמנם המשפט מדבר בשפה ניטרלית של "צנעת חייו האישיים" של אדם, או באופן כללי יותר "מידע אישי" או "מידע פרטי", וזהו ניסוח שיכול היה לחול על כל נטייה מינית, גם הטרסקסואלית. אבל קשה לראות הטרסקסואל שיראה בנטייתו הטרסקסואלית משום מידע אישי, פרטי או "צנעת חייו" (לעומת זאת, בקשר למיניות בכלל, גם הטרסקסואלים יראו בכך עניין של צנעת חייהם). כך יוצא, יטענו המבקרים, שהזכות לפרטיות מגנה רק על זהות מינית הומוסקסואלית. המשמעות של הגנה כזו היא שהטרסקסואליות זוכה, שוב, להכרה ואישור משפטיים וללגיטימציה לקיומה במרחב הציבורי, ואילו הומוסקסואליות זוכה, שוב, לדה־לגיטימציה משפטית לקיומה במרחב הציבורי, ונרחקת, שוב, למרחב הפרטי. כך, הפרטיות מחזקת את הארון במקום לשבור אותו.

האם המשפט אכן לוקה בהטרונורמטיביות מהסוג הזה? הפסיקה הישראלית בנושא מצומצמת מאוד, ועל סמך המקרים הבודדים שנדונו, כמו עניין אפריאט, לא יהיה נכון לקבוע עמדה כוללת. לכן, ולצורך הדיון, אקבל את הטענה הקווירית הביקורתית, ואניח שיש במשפט הנחה הטרונורמטיבית. השאלה היא אם האשמה לקיומה של הנחה כזו רובץ לפתחה של הזכות לפרטיות, ואפילו אם יש בפרטיות אשמה מסוימת בכך, האם היא מצדיקה אחצון. לשם כך, וכדי לבחון את הביקורת, אנסה לברר את ההנחות הסמויות של הביקורת בקשר לתפיסת הפרטיות ובקשר לממד המשפטי שלה.

142 ראו לעיל ה"ש 3. לטיעון דומה בהקשר המשפטי ראו Shapiro, לעיל ה"ש 134, בעמ' 610; Cathy A. Harris, Note, *Outing Privacy Litigation: Toward a Contextual Strategy for Lesbian and Gay Rights*, 65 GEO. WASH. L. REV. 248, 265 (1997).

ראשית, הביקורת סבורה שפרטיות וסודיות הן קטגוריות חופפות.¹⁴³ אבל כפי שראינו הן בדיון העיוני והן בדיון המשפטי, הן אינן חופפות. יש דברים סודיים שאינם פרטיים: למשל סוד מסחרי – שמוגן בישראל בחוק עוולות מסחריות, אבל אין בינו לבין הזכות האישית לפרטיות ולא כלום. יש דברים שהם פרטיים, אך אינם סודיים. למשל, נתונים על זהותי כגבר, יהודי, ישראלי, שנולד בשנה מסוימת וכן הלאה – הם מידע שנמצא בידי רשויות מדינה שונות, בידי המעסיק שלי, ידוע למכריי וחלקן גלוי לעין. המידע אינו סודי, אבל הגנת הפרטיות אינה מוגבלת רק לחשיפה של מידע. הגנת הפרטיות כוללת סל עשיר בהרבה של מרכיבים והגנות לאדם.¹⁴⁴

הגישה שמרדדת את הפרטיות לסודיות בלבד, מביאה לתוצאה דיכוטומית, שלפיה, מידע שפורסם פעם אחת – וכבר אינו סודי – איננו עוד בגדר מידע פרטי. הפרטיות כשליטה כופרת בדיכוטומיה הזו. מידע שנחשף במעגל חברתי אחד, בהקשר מסוים, אינו הופך בכך לגלוי לכול. שימושים אחרים במידע, ובכלל זה שימוש במעגלים אחרים מהמעגל המקורי פוגעים בשליטתו של האדם במידע על אודותיו. הפרטיות כשליטה מאפשרת מורכבות ורגישות למצבים מגוונים. בהקשר הלהט"בי, אדם יכול להחליט בעצמו אם לספר על נטייתו המינית, ואם כן – מתי, למי ואיך. למשל, העובדה שתלמיד סיפר את המידע למורה אינה היתר לפרסום המידע לתלמידים אחרים, להוריו או למערכת החינוך בכלל. כך, הפרטיות, בראייתה העשירה, ובניגוד לעמדת הסודיות הצרה, מאפשרת לכל אחת להחליט בשביל עצמה, בזמן ובמועד שמתאימים לה כיצד לשלוט במידע. עמדה זו דווקא משתלבת היטב עם טענה אחרת של סדג'וויק, שהצביעה על התהליכיות של היציאה מהארון ונוכחותו הנמשכת של הארון בחיי הפרט.¹⁴⁵ הפרטיות מאפשרת את היציאה מהארון, למי שמעוניין בכך. הפרטיות מסייעת ליצור סביבה בטוחה לפרט לגבש את זהותו. כמובן, ניסיון לחוד ומציאות לחוד. לא תמיד קל לשלוט בזרימת המידע ולהתמודד עם רכילות. אבל הזכות לפרטיות מאפשרת לפחות מגן אחד מפני אחצון מכוון, בין שהוא עוין ובין שכוונתו להיטיב.

שנית, הביקורת על הפרטיות מניחה תפיסה צרה יחסית של הפרטיות – בין שתפיסה שרואה בה מגן על התנהגות בלבד אך לא על זהות, ולכך השבתי לעיל,¹⁴⁶ ובין שתפיסה אמריקנית שרואה בפרטיות עניין של חירות – כלומר הגנה רק מול המדינה, אך לא עניין של כבוד האדם – כלומר הגנה כלפי כולי עלמא, וגם לכך השבתי לעיל.¹⁴⁷ כך, למשל, נראה שתפיסתה של סדג'וויק לגבי הפרטיות אינה מגובשת, ומהדהדת בה, מטבע הזמן והמקום של כתיבתה בעידן הלכת *Bowers*, הרוח האמריקנית.¹⁴⁸ היא התייחסה לקטגוריה של פרטיות בהחלטות, שייחודית למשפט האמריקני, והדיון שלה בא על רקע תפיסת הפרטיות כחירות, כלומר זכות שמגנה על הפרט בעיקר מול המדינה. אבל ראינו שהפרטיות אינה רק חירות, והיא עניין של כבוד האדם, והיא אינה חלה רק על החלטות, אלא גם על זהות, על התנהגות ועל מידע אישי. כך בכלל, ובהקשר הישראלי, תפיסת הפרטיות רחבה, מבוססת על כבוד

143 Mohr, לעיל ה"ש 139, סבור שנטייה מינית היא רק עניין של סודיות, ולא עניין של פרטיות.

144 ראו פרק ב' לחוק הגנת הפרטיות.

145 ראו את הדיון אצל זיו וגרוס, לעיל ה"ש 3.

146 ראו לעיל, חלק ד.3(ב).

147 ראו לעיל חלק ב.1.

148 סדג'וויק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 287–288.

האדם ומתמצית בהבנתה של הפרטיות כשליטה של אדם בעצמו ובמידע על אודותיו, ובכלל זה בזרימת המידע.

שלישית, נראה שהביקורת על הפרטיות מניחה את ההתייחסות המשפטית האמריקנית. כזכור, העוולה האמריקנית של פרסום מידע אישי כוללת מרכיב של פוגענות: כדי לתבוע בעילה הזו, יש להראות שחשיפת המידע פוגעת ביותר באדם הסביר.¹⁴⁹ כלומר, כדי לזכות בתביעה על אחצון בארצות-הברית יש להוכיח, נוסף על שאר מרכיבי העוולה, שהמידע על נטייתו המינית של אדם היה פוגע באדם הסביר. זהו מקום שבו הנחות חברתיות – הטרונומטיביות והומופוביות – נכנסות לתוך המשפט בדלת הראשית.

בהיבט הזה, העילה האמריקנית של פגיעה בפרטיות מתלכדת עם הבעיה של תביעות לשון הרע שבהן הטרוסקסואלים תבעו את מי שייחסו להם נטייה מינית הומוסקסואלית.¹⁵⁰ כאשר המשפט מקבל תביעת לשון הרע בגין ייחוס שגוי כזה וקובע שהייחוס משפיל ומבוזה, הוא מאשר את קיומה של ההשפלה. אבל בדיני הגנת הפרטיות (בשונה מדיני לשון הרע) בישראל (בשונה מארצות-הברית) אין יסוד של פוגענות. הפגיעה בפרטיות אינה תלויה בצורה שבה נקלטה על ידי הקהל (לכל היותר, זה עשוי להיות שיקול בקביעת גובה הנזק). הפגיעה היא בעצם פרסום מידע אישי על אדם ללא הסכמתו. לכן, אם בית משפט יקבע שאחצון פוגע בפרטיות, אין בכך כשלעצמו משום גינוי לנטייה המינית הלהט"בית. באופן היפותטי, אם הטרוסקסואל יתבע מאן שהוא שפרסם על אודותיו כי הוא הטרוסקסואל, ללא הסכמתו, הרי גם אז יש פגיעה בפרטיות, אם כי יש להניח שבית המשפט יקבע, על רקע המציאות החברתית, כי לא נגרם לאדם נזק.

משום כך, אין להסיק מהביקורת (המוצדקת) על הפסיקה הישראלית בנושא לשון הרע בהקשר הלהט"בי להקשר של הגנת הפרטיות.¹⁵¹ יתרה מכך, כפי שהדי ויטרבו אפיין, השיח בקשר לשאלת לשון הרע בהקשר הלהט"בי הוא שיח של אמת, שלטענתו (המשכנעת) משעתק מהותנות, הנגדה (הומו/הטרו) ומיעוטנות (של ההומוסקסואליות), ומתעסק באינטנסיביות בבושה, בעלבון ובהשפלה.¹⁵² בהקשר של הפרטיות, לעומת זאת, השיח אחר. לפי עמדת הפרטיות כשליטה, השיח הוא על הפקדת המידע על אדם בידי האדם עצמו, מול אינטרסים חברתיים, כאשר דווקא השליטה העצמית מאפשרת מגוון והגדרה עצמיים במקום מהותנות. גם לפי גישות אחרות של פרטיות, למשל פרטיות

149 ראו לעיל ה"ש 88.

150 לדיון ראו ויטרבו, לעיל ה"ש 66.

151 הן הזכות לשם טוב והן הזכות לפרטיות הן זכויות אישיות שמגנות על זהות או מרכיביה. אבל יש ביניהן הבדלים משפטיים וחברתיים חשובים. בתביעת לשון הרע, התוצאה המשפטית היא דיכוטומית: בית המשפט קובע קביעה בדבר האמת המשפטית, ולרשותו עומד גם סעד להורות על תיקון הרקורד הציבורי (ס' 9(א)(2) לחוק איסור לשון הרע). הקביעה העובדתית המשפטית נתפסת לא אחת כקביעה מוחלטת בדבר האמת, ולכן תביעת לשון הרע משמשת כלי רטורי חשוב בזירה הפוליטית-חברתית. תובעים מבקשים הצהרה אובייקטיבית בדבר האמת, ולא אחת, עצם הגשת התביעה היא איתות על כך שהם מכחישים את ההשמצה שכוונה כלפיהם, והיעדר תביעה נתפס כהודיה בהשמצה. לעומת זאת, בתביעה לפי חוק הגנת הפרטיות אין השגה על האמת, ולכן בהגשת תביעה בשל פגיעה בפרטיות התובע מבקש פיצוי בגין נזק שכבר נגרם. כך, תביעה לפי חוק הגנת הפרטיות מכשירנית פחות מאשר תביעה לפי חוק איסור לשון הרע. לדיון וטענה בדבר חפיפה בין פרטיות ללשון הרע ראו תמר גדרון "פרסום מידע פרטי: בחינה יישומית של הזכות לפרטיות במבט השוואתי" עלי משפט ח 133 (2010).

152 ויטרבו, לעיל ה"ש 66, בעמ' 23–24, 27.

כגישה, כשיטתה של רות גביון, השיח אינו של אמת, אלא של הגבלת גישה לאדם.¹⁵³ ההשפלה עלולה להיווצר כתוצאת לוואי לא רצויה, אבל היא אינה נדרשת ואינה הכרחית לביסוס הטענה המשפטית.

(ד) גורלו של הפרט

הביקורת על הפרטיות נשענת ברובה אפוא על אדנים רעועים. מהדיון האמור עולה, שאכן, הזכות לפרטיות עלולה לתייג את הנטייה המינית הלהט"בית כנטייה שיש להסתירה. המשפט אינו לבד בתיג הזה, אלא נלווה לנורמות חברתיות. בכל מקרה, זו תוצאת לוואי מצערת של הזכות לפרטיות. אבל תוצאה זו אינה סיבה משכנעת כדי לאיין את הזכות לפרטיות. הביקורת הכוללנית נגד הפרטיות אינה במקומה. אם הביקורת נשענת על הפיסה צרה של הזכות לפרטיות (כסודיות או כחירות) או על המשפט האמריקני (עם מרכיב הפוגעות שיש בו) או על היקש מדיני לשון הרע, הרי שהחצים אינם מכוונים נגד הזכות לפרטיות, אלא נגד קריקטורה שלה.

בעולם אידאלי, נטייה מינית לא תיתקל בשום סנקציה משפטית או חברתית, ובמובנים האלה לא תהיה שונה מכל מאפיין זהותי אחר. אולם עדיין איננו נמצאים בעולם אידאלי כזה. הגנת הפרטיות לנטייה המינית משקפת את המצב החברתי הנוכחי. הכלל המשפטי שמגן על הנטייה המינית כעניין פרטי עלול בהחלט להתפרש בציבור הרחב בצורה שהביקורת מתארת, כלומר כעניין שיש להסתיר, ומכאן, כעניין שיש להתבייש בו. אכן, לא אחת, הפרטיות בכלל (ולא רק בהקשר הלהט"בי) מוצגת כמגנה על מי שיש לו משהו להסתיר. הספרות העיונית השיבה לכך תשובות ניצחות,¹⁵⁴ אבל הדימוי עדיין קיים.¹⁵⁵

אם כן, השאלה היא מי צריך לשאת במחיר: החברה או הפרט המאוחצן? אם החברה תאפשר לפרטים לחסות את המידע על נטייתם המינית היא תשלם מחיר מסוים בדימוי של נטייה מינית הומוסקסואלית כדבר שיש בו נחיתות מסוימת לעומת ההטרסקסואליות, וכן, מי שנמצאים מחוץ לארון יצטרכו לצאת ממנו שוב ושוב. אם נתיר אחצון, הפרט המאוחצן יצטרך לשאת במחיר האישי, כדי לקדם את האינטרס הכללי. כפי שמציינת לבר (Lever), מאחר שמדובר בצעד חד-צדדי, המאחצן אינו יודע ואינו יכול להעריך את הנזק שייגרם לאדם המאוחצן, ויתרה מכך, המאחצן אינו חב דין וחשבון (אלא אם כן המשפט מחייבו לכך) בגין מעשיו.¹⁵⁶

¹⁵³ Ruth Gavison, *Privacy and the Limits of Law*, 89 YALE L.J. 421, 423 (1980).

¹⁵⁴ דאן: Daniel J. Solove, "I've Got Nothing to Hide" and Other Misunderstandings of Privacy, 44 SAN DIEGO L. REV. 745 (2007).

¹⁵⁵ הנטייה המינית אינה לבד בהקשר הזה. עירום של הגוף הוא דומה: בעולם שבו הבדלים בין גוף אחד לאחר לא יהיו עניין של בושה, עירום יהיה לגיטימי. אבל החברה שבה אנו חיים מתייגת את גוף האדם ומביאה בחשבון מאפיינים כמו מתאר הגוף ושומן. דאן: Yofi Tirosh, *The Right to Be Fat*, 12 YALE J. HEALTH POL'Y. L. & ETHICS 264 (2012). כל עוד יש יחס חברתי שונה לגוף העירום, המשפט אינו יכול להתעלם מיחס זה. דאן: Yofi Tirosh & Michael Birnhack, *Naked in front of the Machine: Does Airport Scanning Violate Privacy?*, 74 OHIO ST. L.J. 1263 (2013).

¹⁵⁶ Lever, לעיל ה"ש 124, בעמ' 33–34.

אני סבור שכל עוד החברה מניחה הנחות הטרונומטיביות ויש בה הומופוביה, ונוכח הייחוד של תהליך ההכרה העצמי בקשר לנטייה המינית, המשפט צריך לאפשר מרחב נשימה לפרט לכתוב את סיפור חייו בעצמו. יהיו מטרות האחצון טובות וראויות ככל שיהיו, הוצאתו של אדם מהארון בניגוד לרצונו פוגעת בתהליך האישי הזה, פוגעת בשליטתו בעצמו ופוגעת בכבודו.¹⁵⁷ כאשר הפגיעה נעשית כדי לקדם אינטרס של הכלל, זהו שימוש מכשירני באדם למטרה אחרת. זו הפרה של הצייווי הקאנטיאני.¹⁵⁸

תשובה לטענה זו היא שהגנת הפרטיות גוררת את ההנחה ההטרונומטיבית, וכך יוצרת מעין חזקה משפטית הטרוסקסואלית: אדם הוא הטרוסקסואל עד שהוא עצמו יאמר אחרת, ובכך נכפה על אדם לצאת מהארון. ככל שמצב בינארי כזה קיים במציאות, אם משום שזהו הכלל המשפטי ואם משום שהתקשורת חוששת להסתכן בביורר המצב המשפטי, זו תוצאה לא רצויה, שכן היא מחזקת את השיח ההטרונומטיבי. אולם היא הרע במיעוטו, לעומת החלופה של הוצאה כפויה של אדם מהארון כדי להשיג מטרה פוליטית-חברתית.

שימוש באדם להשגת מטרה חברתית הוא לגיטימי רק במצבים מיוחדים, יוצאי דופן, למשל של הפוליטיקאי או הידוען הלהט"ב בארון, שמתנהגים בצביעות, או אחרי הפעלת מסננת שיקולים של העניין הציבורי. כדי להכריע במצב הקונקרטי אם האחצון מותר, צריך ללמוד את ההקשר שבו מדובר: מיהו האדם (האם הוא נבחר ציבור, דמות ציבורית אחרת או אדם "פרטי"); מי המאחצן (האם עיתון? אדם בעל אינטרס אישי? אינטרס מסחרי? וכדומה), מה מטרת האחצון (האם בישראל בשנת 2015 הצורך במודלים לחיקוי דומה לזה שהיה לפני עשרים שנה, כאשר כבר יש פוליטיקאים, ידוענים ורבים אחרים מחוץ לארון, אולם יש גם רבים שעדיין נמצאים בארון, ויש גם גילויי שנאה? האם האחצון ככלי פוליטי רלוונטי?) מהו המעגל המקורי שבו היה המידע ידוע ומהו המעגל החדש שבו פורסם המידע? מה סוג הארון?¹⁵⁹ מה ההקשר החברתי הכולל?¹⁶⁰ רק על רקע אלה אפשר להעריך אם האינטרס החברתי גובר על זכות הפרט. בכל מקרה, גם כאשר האינטרס הציבורי יגבר, חשוב להכיר בפגיעה הקשה שיש בפרט. פגיעה מוצדקת אינה מבטלת את הפגיעה האישית, ולכן יש לה מחיר.

ה. סיכום

הזכות לפרטיות, שבעבר הגנה על להט"ב, נתונה במתקפה מתוך הקהילה הלהט"בית. הפרטיות, נטען כנגדה, מפרידה מחדש בין הפרטי לציבורי, כולאת את ההומוסקסואליות למרחב הפרטי בלבד, ובכך מחבלת באפשרויות המימוש של הזהות המינית. מאמר זה בחן את הקשרים שבין הפרטיות לנטייה המינית הלהט"בית, וביקש להראות שמושג הפרטיות רחב ועשיר בהרבה מהדרך שבה הוצג עד כה

157 בהקשר אחר, יופי תירוש מסבירה את יתרונות השתיקה "כסוג של הישמרות מפני חדירה של המבט החברתי והמשפטי למקומות האינטימיים ביותר של העצמי". ראו יופי תירוש "על שתיקה במשפט בסרט *לאהוב אותך מאז*" *מעשי משפט* ב 257, 261 (2010).

158 למסקנה דומה ראו Becker, לעיל ה"ש 113, בעמ' 220–226.

159 ראו את ארבעת סוגי הארון שצוטטו לעיל, בה"ש 126.

160 ראו את הדיון של Austen & Wellington, לעיל ה"ש 121, בעמ' 84–85, שמזכירים את זהות המאחצן, מטרתו וקהל היעד כגורמים רלוונטיים בשיקול זה.

בשיח הקוירי ובשיח ההומו־לסכי; שהביקורת נשענת על תפיסה צרה מאוד של הפרטיות (שאינה התפיסה המקובלת בישראל); שהיא מניחה הנחות שגויות (למשל שהפרטיות חופפת לסודיות); ומסיקה מסקנות שגויות (למשל, שהפרטיות מגנה על התנהגות בלבד, אך לא על זהות).

המקרה המובהק של הביקורת על הפרטיות הוא סוגיית האחצון: ההוצאה הכפויה של אדם מהארון הלהט"בי. הצעתי להבין את האחצון במסגרת הבנת הפרטיות כשליטה, ובמטפורה של מעגלי פרטיות שסביב האדם. כאשר אחד מעביר מידע על נטייתו המינית של אחר ממעגל אחד למעגל אחר, הרי זהו אחצון שפוגע בפרטיות. פרסום חוזר של מידע באותו מעגל אינו מהווה פגיעה כזו. בהקשרים היומיומיים, פריצת המעגלים זוכה למענה חברתי: אם גבר הומו אחד יחשוף את נטייתו המינית של הומו אחר בפני הומו שלישי, מעשה רכילות נפוץ, התגובה תהיה חברתית: בין שחוסר עניין של הצדדים, ובין שתגובה חברתית אחרת. במעגלים שבהם אין היכרות חברתית קודמת, התשובה לפריצת המעגלים עשויה להיות משפטית: למשל, בית הספר שמעביר מידע על מיניות התלמידים לגורם שלישי, ללא הסכמת התלמידים. המעגלים השונים אינם קשיחים. ההקשרים החברתיים שבהם אנחנו פועלים מתערבבים לא אחת. ייתכן שהעמית לעבודה או המעסיק הוא גם חבר או קרוב משפחה. בסביבה הדיגיטלית מידע זולג ממעגל חברתי אחד לאחר כמעט ללא הגבלה. אבל כאשר האדם מבקש לשמור מידע במעגל אחד ופועל למנוע זליגת מידע כזה למעגלים אחרים, יש לכבד את רצונו. זו פרטיותו.

האחצון העוין, שנועד להשפיל או להפלות, פסול, שכן אין לו תכלית ראויה (בשפה החוקתית), והוא לא נעשה בתום לב או לשם הגנת עניין אישי כשר, או שיש לו חובה מוסרית (בשפת חוק הגנת הפרטיות). אחצון תמים, או אחצון מבית, עשויים לצלוח את משוכת התכלית הראויה או לבוא בגדר אחת ההגנות שיש בחוק. כדי להעריך את הפגיעה ואת עצמתה, יש לבחון את המעגלים – את זה המקורי שבו היה המידע ידוע, ואת זה שנחשף למידע; יש להבין את ההקשר החברתי; יש לבחון עד כמה נפגעה שליטת האדם במידע האישי – ובעצמו. ייתכן שמדובר בפגיעה של מה בכך. ייתכן שהפוגע לא היה יכול לדעת שהוא פוגע. ייתכן שיש עניין ציבורי משמעותי בפרסום. המקרה של נבחר הציבור או פקידי הציבור הלהט"ב שפועלים בצורה ברורה נגד להט"ב מצדיק את חשיפת המידע. ככל שמתרחקים מנבחרי הציבור לכיוון האדם הפרטי, ההצדקה לחשיפה פוחתת, אולם זו עשויה לקום במקרים מסוימים: למשל ידוען בארון זכוכית שפועל נגד להט"ב. גם כאן, העניין הציבורי הוא לחשוף את העמדה שממנה מדבר הדובר, כדי שאפשר יהיה להעריך את עמדתו נכונה.

כאשר הוא נכפה, הארון הוא מבנה חברתי דכאני. החברה צריכה לעודד יציאה של להט"ב מהארון על ידי יצירת תנאים משפטיים של שוויון על בסיס כבוד (ולא על בסיס סובלנות למיעוט), ועל ידי נורמליזציה חברתית של כל מנעד הנטיות המיניות, ובמקרים המתאימים, סיוע והגנה. להט"ב שמשמשים כמודל לחיקוי או השראה חשובים מאוד בהקשר הזה. ייתכן שללהט"ב המפורסם בארון יש חובה מוסרית לצאת ממנו, אבל יש לו גם זכות משפטית להישאר שם, אם כך בחר. הוצאתו הכפויה מהארון מפקיעה מהאדם את הזכות, הכוח והיכולת להחליט על גורלו בעצמו. היא פוגעת בזכותו לפרטיות, משתמשת בו בצורה פסולה כדי לקדם מטרות של החברה, חשובות ככל שיהיו. הזכות לפרטיות כנגזרת מכבוד האדם, במובן של פרטיות כשליטה שמאפשרת לאדם למדר בין מעגלים והקשרים חברתיים שונים, מגנה על הבניית הזהות הלהט"בית, ומאפשרת הגדרה עצמית, במקום כפייה חיצונית, אלימה ומהותנית.