

“אני מחליט עליי” – פרטיות של ילדים בעידן הדיגיטלי והזכות לחזרה מהסכמה הורית

מאת
סאני פֶּלֶב*

תקציר

המאמר עוסק בסוגיית החזרה מהסכמת הורים לויתור על פרטיות ילדיהם בעידן הדיגיטלי. המאמר בוחן את ההצדקות להכרה בזכות של קטין (ושל קטין שבגר) לחזור מהסכמה לויתור על פרטיותו שניתנה על-ידי הוריו בשעה שהיה קטין. בבסיס המאמר עומדות כמה הנחות-מוצא: ראשית, שילדים, ובעיקר מתבגרים, מעריכים מאוד את פרטיותם, ומבקשים לשלוט בשימוש שנעשה במידע על-אודותיהם ובאופן זרימתו; שנית, שבעידן הדיגיטלי הורים נוטים לתת את הסכמתם לגורמים שלישיים ולפעולות הכרוכות בפגיעה בפרטיות ילדיהם בנסיבות שלא היו אפשריות קודם לכן; שלישית, שהסכמה הניתנת על-ידי הורים לויתור על פרטיות ילדם עלולה להשפיע עליו ולפגוע בפרטיותו גם לאחר שייחפך לבגיר; רביעית, שהמדינה אינה נוטה ככלל להתערב בהחלטותיהם של הורים בעניין השמירה על פרטיותם של ילדיהם הקטינים, חרף סמכותה העקרונית לפעול לשמירה על זכויות קטינים ועל טובתם; חמישית, שהוראות הדין אינן מסדירות את נושא חזרתו של אדם מהסכמה שניתנה על-ידי אחר לויתור על פרטיותו. הטענה המרכזית שעולה מהנחות אלה, ואשר מצויה במוקד המאמר, היא שכאשר הסכמה לפעולות הכרוכות בויתור על פרטיותו של קטין ניתנה על-ידי הוריו, אין לראות בהסכמה זו “הסכמה מדעת” הניתנת ללא הגבלת זמן, ויש לאפשר לקטין (או לקטין שבגר) לחזור

* עורך-דין; תלמיד מחקר לתואר שלישי (PhD), הפקולטה למשפטים ע”ש בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב; מרצה מן החוקן, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים. מאמר זה מבוסס על עבודה שקולת-תזה שהוגשה במסגרת השלמות לתואר שלישי. אני מבקש להודות מעומק הלב לפרופ’ מיכאל בירנהק על ההנחיה בכתיבת עבודות התזה והדוקטורט ועל הערותיו המועילות למאמר זה. אני מודה גם לעמית אשכנזי ולאור ויונטה על שיחות מועילות בנושא. תודה שלוחה גם למיקי זר על הערותיה ועזרתה בעריכת המאמר, ולמערכת כתב-העת עיוני משפט על הערות מצוינות. תודה למרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים באוניברסיטת תל-אביב וכן לקרן הלאומית למדע (מענק 1116/12) על מלגות שאפשרו לי להתרכז במחקר שמאמר זה מבוסס עליו.

מהסכמה זו ולדרוש את מחיקת המידע מהרשת ואת הפסקת השימוש בו. המאמר מציג שלוש הצדקות מרכזיות להכרה בזכותו של אדם לחזור מהסכמה שנתנו הוריו לויתור על פרטיותו: (1) הצדקה המבוססת על הפרשנויות התיאורטיות המרכזיות של הזכות לפרטיות (פרטיות כגישה, פרטיות כשליטה, פרטיות הקשרית); (2) הצדקה המבוססת על הכשלים הקיימים בהליך מתן ההסכמה של הורים לויתור על פרטיות ילדיהם; (3) הצדקה המבוססת על התיאוריות בדבר יישום עקרון טובת הילד וזכויותיו. הכרה בזכותו של אדם לחזור מהסכמה לויתור על פרטיותו שנתנו הוריו בשעה שהיה קטין עשויה לאפשר לו לשלוט במידת החשיפה של מידע על-אודותיו ובאופן השימוש בו. לנוכח התפתחות הטכנולוגיה, השימוש הגובר של הורים ברשת והתבגרותם של הילדים הראשונים שנולדו אל תוך העידן הדיגיטלי, הסוגיה שבליבת מאמר זה תיעשה רלוונטית יותר ויותר בשנים הבאות.

מבוא

- א. הזכות לפרטיות והגישות העיוניות המגדירות אותה
- ב. עקרון ההסכמה במשפט ובדיני הפרטיות
 1. מהותה של הסכמה
 2. הסכמה בדיני פרטיות
 3. הסכמה מדעת
 4. כשלים מרכזיים בהליך קבלת ההסכמה
 5. חזרה מהסכמה לויתור על פרטיות
 6. חזרה מהסכמה לויתור על פרטיות – משפט משווה
- ג. חשיבותה של פרטיות בעיני ילדים בעידן הדיגיטלי
- ד. הזכות לחזרה מהסכמה הורית על יסוד הגישות העיוניות לזכות לפרטיות והכשלים בהליך קבלת ההסכמה
 1. חזרה של קטין (או קטין שבגר) מהסכמה לאור הגישות לזכות לפרטיות
 - (א) פרטיות כגישה
 - (ב) פרטיות כשליטה
 - (ג) פרטיות הקשרית
 2. הצדקות על יסוד כשלים בהליך קבלת ההסכמה
 - (א) הסכמה במצב של חוסר שוויון ופערי כוחות
 - (ב) הסכמה במצב אינהרנטי של אי-הבנת משמעותן של הפעולות והשלכותיהן
- ה. פרטיות של קטינים בדין הישראלי – סקירה משפטית
- ו. יחסי הורים-ילדים והזכות לחזרה מהסכמה הורית על יסוד השיח בדבר

עקרון טובת הילד וזכויותיו

1. סוגיית האפוטרופסות וסמכויות ההורה ביחס לילדו
2. היחס בין עקרון טובת הילד לבין עקרון זכויות הילד
3. הצדקה לחזרה מהסכמה על יסוד השיח העיוני בדבר טובת הילד

זכויותיו

(א) חזרה מהסכמה בשל היותה מנוגדת לעקרון טובת הילד

(ב) חזרה מהסכמה לנוכח שינוי באיזון בין טובת הילד לזכויותיו

ז. מתווה פתרון – שיקולים לבחינת בקשתו של קטין לחזרה מהסכמה הורית

ח. הפגיעה בצד שכנגד

סיכום

"A child born today will grow up with no conception of privacy at all. They'll never know what it means to have a private moment to themselves, an unrecorded, unanalyzed thought. And that's a problem because privacy matters. Privacy is what allows us to determine who we are, and who we want to be."

Edward Snowden¹

מבוא

ההתפתחויות הטכנולוגיות מחוללות מהפכה חברתית, כלכלית ופוליטית. טכנולוגיות המידע חודרות לכל תחום, ומשפיעות על המציאות וחייו היומיומיים.² אחת ההשלכות המרכזיות של מצב זה היא שמידע רב על-אודות פרטים מצוי ברחבי הרשת ונאגר במאגרי מידע שונים. מצב זה חל גם בנוגע לילדים, אשר מידע על-אודותיהם נאסף, במקרים רבים, בעקבות הסכמה שניתנה לכך על-ידי הוריהם.

במאמר זה אבחן את סוגיית זכותם של קטינים (וקטינים שבגרו) לחזור מהסכמה לויתור על פרטיותם שניתנה על-ידי הוריהם בשעה שהיו ילדים. טענתי המרכזית היא שמצב עניינים זה – שבו הסכמה לויתור על פרטיותו של אדם ניתנה על-ידי אחר – מחייב הכרה בזכות לחזרה מהסכמה כזו, במיוחד כאשר מדובר בהסכמה של בגיר שהתירה שימוש במידע על-אודות קטין.³

1 Edward Snowden's Alternative Christmas Message 2013, YOUTUBE (2013), <https://www.youtube.com/watch?v=QA5Odb0fg5I>

2 ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק "הקדמה: משפט וטכנולוגיות מידע" רשת משפטית: משפט וטכנולוגיות מידע 11 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2011).

3 יש מצבים נוספים שבהם הסכמה לויתור על פרטיות ניתנת על-ידי אחרים: הסכמת אפוטרופוס לפעולה הכרוכה בפגיעה בפרטיותו של אדם עם מוגבלות הנמצאת תחת חסותו; הסכמת יורשים

אטען כי המשפט הישראלי אינו קובע התייחסות מיוחדת למצב שבו קטין מבקש לחזור מהסכמה שניתנה על-ידי הוריו לויתור על פרטיותו, ואציג שלוש הצדקות נפרדות להכרה בזכות כזו: (1) הצדקה המבוססת על הגישות העיוניות המרכזיות בדבר הזכות לפרטיות (פרטיות כגישה, פרטיות כשליטה, פרטיות הקשרית); (2) הצדקה המבוססת על הכשלים בהליך שבו ניתנה הסכמת ההורים לויתור על פרטיות ילדיהם; (3) הצדקה המבוססת על התפיסות בדבר יישום עקרון טובת הילד וזכויותיו. טענתי המרכזית היא שמתוך כל אחת משלוש הצדקות עולה בבירור כי יש מקום להכרה משפטית בזכותו של אדם לחזור מהסכמה לויתור על פרטיותו שנתנו הוריו בשעה שהיה קטין.

* * *

הורים הם אחד הגורמים המרכזיים הפוגעים בפרטיותם של ילדים ברשת – אם באמצעות חשיפה של מידע על-אודות ילדיהם ברשת ואם באמצעות מתן הסכמות לאיסוף המידע על-ידי גורמים שונים ברשת, לאגירתו במאגרי מידע, לעיבודו ולהעברתו לגורמים שונים.⁴ הסכמות מסוג זה – המהוות הסכמות לויתור על פרטיותם של ילדים – ניתנות על-ידי הורים באופן יומיומי. דוגמה מרכזית לכך היא הורים המעלים תמונות של ילדיהם ומידע על-אודותיהם לרשתות חברתיות.⁵ דוגמה אחרת היא הורים המתירים השתתפות של ילדיהם בתוכניות מציאות חושפניות, דוגמת "סופר נני", אשר לאחר שידורן מועלות לרשת. בשני המקרים הורים נותנים את הסכמתם לגורמים שונים לאגור מידע על-אודות ילדיהם ולהשתמש בו. מידע על-אודות ילדים נחשף על-ידי הוריהם גם במסגרת נסיונם של ההורים לגונן על ילדיהם. הורים רבים מבקשים לפקח על השימוש של ילדיהם ברשת, ולשם כך משתמשים,

לויתור על פרטיותו של המנוח (ככל שלמת יש זכות לפרטיות); הסכמה של ועד עובדים לפעולה הכרוכה בפגיעה בפרטיותם של עובדים. לנוכח מורכבות הדברים, מן הראוי שכל סיטואציה תיבחן בנפרד.

4 לדיון כללי בנושא פרטיותם של ילדים מול הוריהם ראו Benjamin Shmueli & Ayelet Blecher, *Prigat, Privacy for Children*, 42 COLUM. HUMAN RTS. L. REV. 759 (2011). 'ציון כי מידע רב נאגר ברשת גם כתוצאה מהסכמה הניתנת על-ידי ילדים – לדוגמה, במסגרת הורדת יישומון או משחק רשת. מכיוון שמאמר זה מתייחס לסוגיית ההסכמה לויתור על פרטיותו של ילד שניתנה על-ידי הוריו, אין בכוונתי לדרון לעומק בזכותו של אדם לחזור מהסכמה שהוא עצמו נתן כאשר היה קטין.

5 מחקר בבריטניה מצא כי הורים מעלים לרשת בממוצע כ-1,500 תמונות של ילדם עד הגיעו לגיל חמש. *Parents 'Oversharing' Family Photos Online, But Lack Basic Privacy Know-How*, NOMINET (Sep. 5, 2016), <https://www.nominet.uk/parents-oversharing-family-photos-online-lack-basic-privacy-know/>. בסקר שנערך בישראל בשנת 2016 בקרב 500 הורים נמצא כי 77% מההורים מעלים תמונות של ילדיהם לרשתות החברתיות, ורובם (2/3) אינם נוהגים לבקש את הסכמת הילדים לכך. לעיון בממצאים ראו איגוד האינטרנט הישראלי "סקר בנושא פרטיות של ילדים" (2016) www.isoc.org.il/sts-data/21282. תופעה זו של שיתוף-יתר של הורים מכונה *sharenting*. ראו Stacey B. Steinberg, *Sharenting: Children's Privacy in the Age of Social Media*, 66 EMORY L.J. 839, 842 (2017).

בין היתר, באמצעים טכנולוגיים, כגון תוכנות המעדכנות אותם בדבר נתוני הגלישה של ילדיהם.⁶ מעקב דומה אחר ילדים נעשה גם כאשר הם אינם פעילים ברשת: הורים משתמשים באמצעים טכנולוגיים על-מנת לקבל מידע על-אודות מיקומם הגיאוגרפי של ילדיהם;⁷ הורים רבים משתמשים ביישומונים המעדכנים אותם בזמן-אמת בנוגע להתנהלות ילדם בבית-הספר;⁸ ויש גם הורים המתקינים בביתם מערכות "חכמות" המאפשרות להם לעקוב אחר המתרחש בביתם (ואחר התנהלות ילדיהם) באמצעות הטלפון הסלולרי שלהם.⁹ התנהלות זו יוצרת מצב שבו מידע רב על-אודות קטינים נאגר במאגרי מידע המנוהלים על-ידי הגורמים המסחריים המעניקים את השירותים להורים.¹⁰

הסכמות של הורים לאיסוף מידע על-אודות ילדיהם ברשת, וכן לעיבודו ולשימוש בו, ניתנות, על-פי-רוב, מבלי לאפשר להם או לילדיהם לדרוש את הפסקת השימוש במידע ואת מחיקתו. משמעות הדבר היא שהסכמה הניתנת על-ידי הורים לפעולה העלולה לפגוע בפרטיות ילדם הקטין עשויה להיחשב הסכמה "נצחית", המחייבת את הקטין לכל ימי חייו, אף שלא הוא העניק אותה. במציאות שבה מידע העולה לרשת חשוף לפני כל, ובמציאות שבה גורמים רבים משתמשים במידע דיגיטלי הנאגר במאגרי מידע לצרכים שונים, מצב זה טומן בחובו פגיעה קשה בילדים ובפרטיותם.

-
- 6 Sonia Livingstone & Ellen J. Helsper, *Parental Mediation and Children's Internet Use*, 2016 בסקר שנערך בשנת 2016 J. BROADCAST. & ELECTRON. MEDIA 581, 596–97. 39% מההורים עושים שימוש בכלים טכנולוגיים לשם סינון אתרים ומעקב אחר התנהלות ילדיהם ברשת. ראו Monica Anderson, *Parents, Teens and Digital Monitoring* 3 (2016), http://www.pewinternet.org/files/2016/01/PI_2016-01-07_Parents-Teens-Digital-Monitoring_FINAL.pdf. פִּיֶּסֶק טוען כי הורים אשר מסרבים או מתקשים לעקוב אחר פעילות ילדיהם ברשת נתפסים חברתית כחסרי אחריות. ראו Nathan Fisk, "...When No One Is Hearing Them Swear" – *Youth Safety and the Pedagogy of Surveillance*, 12 SURVEILLANCE & SOC'Y 566, 579 (2014).
- 7 בסקר של מכון המחקר Pew נמצא כי כ-16% מההורים עושים שימוש בכלי ניטור (tools monitoring) המותקנים בטלפונים הניידים של ילדיהם לשם קבלת מידע על-אודות מיקומם. Anderson, לעיל ה"ש 6, בעמ' 3.
- 8 ירון סקופ "הפרעת בשיעור? אותך לאפליקציה" הארץ 18.3.2016 www.haaretz.co.il/news/education/premium-1.2886907. לדיון בהעברת מידע אישי של תלמיד על-ידי בית-הספר להוריו ראו Melissa Prober, *Please Don't Tell My Parents: The Validity of School Policies Mandating Parental Notification of a Student's Pregnancy*, 71 BROOK. L. REV. 557 (2005).
- 9 מייסד ומנכ"ל פייסבוק, מרק צוקרברג, כתב כי בכוונתו להתקין מערכת כזו בחדרה של בתו: "I'll teach it to let me know if anything is going on in Max's room that I need to check when I'm not with her" on. ראו Mark Zuckerberg, FACEBOOK (2016), www.facebook.com/zuck/posts/10102577175875681.
- 10 JOHN PALFREY & URS GASSER, *BORN DIGITAL: HOW CHILDREN GROW UP IN A DIGITAL AGE* (2016) 48. פלפרי וגסר טוענים כי מעקב טכנולוגי של הורים אחר ילדיהם יוצר מערך נתונים אדיר על חיי הילדים ("massive dataset about a child's life").

במאמר זה אטען כי מצב הדברים האמור מחייב הכרה בזכות של קטינים, ושל קטינים שבגרו, לחזור מהסכמה שניתנה בעניינם על-ידי הוריהם בשעה שהיו קטינים. טענתי העקרונית היא שכאשר הסכמה לפעולות הכרוכות בויתור על פרטיותו של קטין ניתנה על-ידי הוריו, אין לראותה כ"הסכמה מדעת" על-זמנית, ויש לאפשר לקטין (או לקטין שבגר) לחזור ממנה בכל שלב. אטען כי הכרה בזכות זו נובעת מניתוח הסיטואציה בראי הגישות העיוניות בדבר הזכות לפרטיות; מפערי הכוחות האינהרנטיים בין הורים לילדים ומאיי-היכולת העקרונית של הורה להבין מה יהיו ההשלכות של הסכמתו ביחס לילדו; וכן מהעקרונות שבבסיס השיח בדבר טובת הילד וזכויותיו.

אומנם, ניתן לכאורה לטעון כי הזכות הנדרשת היא זכות של הילד מול הוריו, אשר תצמיח חובה שלהם להיענות לבקשתו למחיקת מידע. ברם, זכות כזו אינה מספקת משלושה טעמים עיקריים. ראשית, הסכמת הורים לויתור על פרטיותם של ילדיהם ברשת ניתנת כאמור מול גורמים שונים. מכיון שהדין הישראלי אינו מכיר בזכות של אדם לחזור מהסכמה שנתן לויתור על פרטיותו, גם הסכמה של ההורים לבקשת ילדיהם למחיקת המידע לא תוכל לחייב את מחיקת המידע ממאגרי המידע שברשת, ולא תמנע את המשך השימוש במידע על-ידי הגורמים המחזיקים בו. כלומר, נכון להיום, גם אם נניח, לדוגמה, שהורה הסכים לבקשת ילדו ומחק את תמונתו מעמוד הפייסבוק שלו, תמונה זו נשמרת עדיין במאגרי המידע, וגורמים שונים יכולים עדיין לעשות בה שימוש, חרף המחיקה. שנית, התייחסות לסוגיה אך ורק כזכות של ילדים מול הוריהם תחייב ילדים שייתקלו בסירוב של הוריהם למחיקת המידע לפנות בעניין לערכאות משפטיות נגד הוריהם.¹¹ זהו מצב בעייתי הן מפאת אי-הנחות הכרוכה בהגשת תביעה כזו והן מכיון שסביר שילדים רבים יימנעו מלעשות כן. שלישית, ייתכנו מצבים שבהם הורים ילכו לעולמם בטרם יתעורר רצון ילדם למחוק מידע בענייניו שהם העלו לרשת. לפיכך רק הכרה בזכות עצמאית של קטין (או של קטין שבגר), אשר תחייב את מחיקת המידע ממאגרי המידע ואת הפסקת השימוש בו, עשויה לתת מענה לסוגיה האמורה.

לנוכח התפתחות הטכנולוגיה והשימוש הגובר של הורים ברשת, נראה כי הסוגיה שבליבת המאמר תהיה רלוונטית מאוד בשנים הבאות. יותר ויותר הורים מסכימים לויתור על פרטיות ילדיהם בנסיבות שלא היו אפשריות קודם לכן. הסכמת הורים לויתור על פרטיות ילדם עלולה להשפיע עליו ולפגוע בפרטיותו גם לאחר שיהפך לבגיר. מידע ברשת על-אודות ילד עשוי להשפיע על הליכי המיון שלו בצה"ל, על סיכויי קבלתו לעבודה, ואף על קשריו האינטימיים עם בני/בנות-זוג עתידיים.¹² נזכור כי בניגוד למצבים דומים אחרים, כגון

11 לאחרונה תבעה נערה אוסטרית את הוריה על כך שפרסמו תמונות שלה ברשת וסירבו להסירן. Justin Huggler, *Austrian Teenager Sues Parents for 'Violating Privacy' with Childhood Facebook Pictures*, THE TELEGRAPH (Sep. 14, 2016), <http://www.telegraph.co.uk/news/2016/09/14/austrian-teenager-sues-parents-for-violating-privacy-with-childhood/>

12 כך אכן טענו פלפרי וגסר בעניין זה, באומרים: "We are only steps away from a world where detailed data about our young people, collected and analyzed by powerful companies, will influence which schools they attend, what loans they can receive, the amount they will pay for health or car insurance, and so on" ראו PALFREY & GASSER, לעיל ה"ש 10, בעמ' 61.

הסכמת הורים לטיפול רפואי בילדם, פעולה הכרוכה בפגיעה בפרטיות היא במקרים רבים פעולה בת-שינוי. כמו-כן, בעוד רוב ההליכים הרפואיים אכן נחוצים ואף דחופים, פגיעה בפרטיותו של קטין אינה מתחייבת בדרך-כלל.

בפרק א אדון בזכות לפרטיות תוך הצגת הגישות השונות לזכות זו. בפרק ב אדון בנושא ההסכמה במשפט, תוך התמקדות בסוגיית ההסכמה לויתור על פרטיותו של אדם וניתוחה. בפרק ג אטען כי בניגוד לעמדה הרווחת, פרטיות היא עדיין ערך חשוב ומשמעותי בעיני קטינים בעידן הדיגיטלי. בפרק ד אציג את ההצדקות להכרה בזכות לחזרה מהסכמה הורית על יסוד הגישות העיוניות המרכזיות לזכות לפרטיות ולנוכח הכשלים בהליך קבלת ההסכמה לויתור על פרטיות ברשת. בפרק ה אסקור כיצד ההגנה על פרטיות קטינים באה לידי ביטוי בהוראות הדין הישראלי. בפרק ו ארחיב על יחסי הורים-ילדים ועל השיח בדבר עקרון טובת הילד וזכויותיו, ואציג את ההצדקה להכרה בזכות לחזרה מהסכמה הורית המבוססת על שיח זה. בפרק ז אציג מתווה פתרון ואת השיקולים האמורים להנחות אותנו בעת בחינת בקשתו של קטין לחזרה מהסכמה הורית. בפרק ח אדון בהשלכה המרכזית של ההכרה בזכות – הפגיעה האפשרית בצדדים שכנגד. הפרק האחרון יסכם את המאמר.

א. הזכות לפרטיות והגישות העיוניות המגדירות אותה

בטרם נעסוק בסוגיית החזרה מהסכמה לויתור על פרטיות יש לדון תחילה במהותה של הזכות לפרטיות ובגישות המבקשות להגדירה. מפאת קוצר היריעה ייעשה דיון זה בקצרה. הזכות לפרטיות נחשבת זכות חדשה יחסית. התפיסה המקובלת היא שהזכות לפרטיות נולדה במאמרם של וורן וברנדייס משנת 1890 – *The Right to Privacy*.¹³ במאמרם בחנו וורן וברנדייס ענפי משפט שונים, וטענו כי ככולם עומד לפרט האינטרס "להיעזב במנוחה" (the right to be let alone). לנוכח הימצאותו של אינטרס זה בכמה ענפי משפט, טענו וורן וברנדייס כי יש מקום להכיר בו כזכות נפרדת, שאותה הגדירו כזכות לפרטיות.¹⁴ ביקורת מרכזית שנמתחה על ההגדרה שנתנו וורן וברנדייס לזכות לפרטיות היא שהגדרה זו עמומה וכללית – היא אינה מסבירה את כל קשת המצבים הנתפסים כפוגעים בזכות לפרטיות, ואינה מבחינה בין פרטיות לבין אינטרסים אחרים.¹⁵ עד היום קיימת מחלוקת בנוגע להגדרתה של הזכות לפרטיות. ה'לם טוען בעניין זה כי "כל דיון בזכות לפרטיות נפתח בניסיון בלתי-אפשרי להגדיר אותה... טרם גובשה בעולם המשפטי-פילוסופי הגדרה ברורה ואחידה של הזכות לפרטיות".¹⁶

13 Samuel Warren & Louis Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890)

14 מיכאל בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 59-60 (2010) (להלן: בירנהק מרחב פרטי).

15 ראו, לדוגמה, Daniel J. Solove, *A Taxonomy of Privacy*, 154 U. PA. L. REV. 477, 479 (2006).

16 אלי ה'לם דיני הגנת הפרטיות 1 (2003). עמדה זו מצאה את מקומה גם בפסיקתו של בית-המשפט בד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד (מב) 837, 856 (1988), שם צוין כי "עדיין לא הגדרנו באופן פוזיטיבי את הנושאים הכלולים במושג פרטיות. הגדרה זו הינה קשה ביותר, ואולי אף בלתי אפשרית".

לנוכח עמימותה של הזכות לפרטיות והשינויים התרבותיים והטכנולוגיים שהתרחשו עם השנים, התפתחה הזכות לפרטיות תחת כמה גישות שונות. אחת מהן היא הגישה החוקתית המבססת את הזכות על עקרון כבוד האדם, כנהוג במשפט האירופי ובוהה הישראלי.¹⁷ גישה זו רואה בפרטיות זכות הנגזרת מכבוד האדם (human dignity), אשר מגינה על האוטונומיה של האדם מפני התערבות פסולה של החברה ורשויות המדינה.¹⁸ על-פי גישה זו, מאחר שכל אדם הוא ישות נפרדת, התערבות חיצונית בחייו הנכפית עליו פוגעת בכבודו. התערבות כזו מצמצמת את מרחב השליטה העצמית של האדם, מכפיפה אותו לאחרים, ובכך פוגעת באוטונומיה שלו ובכבודו. תפיסה זו מקורה בתורתו של עמנואל קנט, שלפיה ההכרה בערך האדם משמעותה ראיית האדם כמטרה בפני עצמה, ולא כאמצעי להשגת תכליות נלוות חיצוניות.¹⁹ כפי שהדגים טנא, על-פי גישה זו, איסוף מידע על-אודות אדם ושמירתו במאגרי מידע מסחריים עשויים להיחשב פגיעה בכבודו, הגם שאין מדובר בפעולה שלטונית או בכזו המכבידה על האדם בפועל.²⁰ היטיבה לתאר זאת גביון כבר בתחילתו של העידן הדיגיטלי: "...הידיעה שאתה – כל אחד מאתנו, כל אחד מהאנשים – הוא מספר, הוא פרופיל, שכל אחד יכול להפעיל כפתור ולקבל אותו. הפגיעה הזו היא פגיעה של כבוד."²¹ תפיסה זו של הזכות לפרטיות מצאה את מקומה בכמה פסיקות של בית-המשפט העליון בישראל, אשר קבעו כי אדם הוא פרט אוטונומי, וכי פרטיותו מאפשרת לו "תחום מחיה" שבו הוא קובע את דרכי התנהלותו בלא מעורבותה של החברה.²² גישה חוקתית זו בנוגע לזכות לפרטיות מתיישבת במוכנים רבים עם גישת הפרטיות כגישה ועם גישת הפרטיות כשליטה, אשר יוצגו בהמשך פרק זה.

17 עומר טנא "הזכות לפרטיות בעקבות חוק יסוד כבוד האדם: מהפך מושגי, חוקתי ורגולטורי" קריית המשפט ח 39, 54-55 (2009). טנא טוען כי בעקבות המהפכה החוקתית עבר הדין הישראלי לתפיסה קונטיננטלית של הזכות לפרטיות, המדגישה את כבוד האדם כבסיס רעיוני לזכות זו. בירנהק טוען כנגד זה כי הדין הישראלי בחר בגישה האירופית-הקונטיננטלית לזכות לפרטיות אף לפני המהפכה החוקתית. ראו מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה מדעת: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" משפט וממשל יא 9, 11 (2007).

18 Edward J. Bloustein, *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*, 39 N.Y.U. L. REV. 962, 1003 (1964); James Q. Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, 113 YALE L.J. 1151, 1161 (2004)

19 עמנואל קאנט הנחת יסוד למטפיסיקה של המידות 95 (משה שפי מתרגם, 1994). ראו גם אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 421 (1994). תפיסה זו מצאה את מקומה גם בפסק-דינו של בג"ץ בעניין הפרטת בתי-הסוהר: בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד (סג) 545, 644 (2009).

20 טנא, לעיל ה"ש 17, בעמ' 56.

21 רות גביון "הזכות לפרטיות ולכבוד" זכויות אדם בישראל – קובץ מאמרים לזכרו של חמן שלח 61, 69 (אן סברסקי עורכת, 1988).

22 ראו, למשל, בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה, פ"ד (א) 581 (2006); בג"ץ 2481/93 דייין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד (ח) 456, 471 (1994); ע"א 1697/11 גוטסמן נ' ורדי, עמ' 11-13 (פורסם בנבו, 23.1.2013).

הגישה החוקתית האמריקנית, לעומת זאת, מבססת את הזכות לפרטיות על עקרון החירות (liberty), ובעיקר על חירות הפרט מול השלטון.²³ גישה זו התפתחה בפסיקתו של בית-המשפט העליון האמריקני בעיקר במסגרת ההגנה על המרחב הפיזי שבו לאדם יש ציפייה לפרטיות (דוגמת ביתו של אדם)²⁴ ועל חירותו של אדם לקבל החלטות הנוגעות בחייו.²⁵ גישה משפטית אחרת רואה את הזכות לפרטיות כזכות במשפט המקובל (common law right), החלה בעיקר במסגרות מצומצמות של דיני הנזיקין. גישה זו מבטאת תפיסה צרה של הזכות לפרטיות, המתמקדת בעיקר בשאלת הנזק (harm), קרי, במצבים שבהם הפגיעה בפרטיותו של אדם מתבטאת בנזק הניתן לפיצוי על-פי דיני הנזיקין. פרוסר טען בעניין זה כי פרטיות מתייחסת לא רק לאינטרס אחד, אלא לארבעה אינטרסים שונים, שאותם הוא סיווג לארבע קטגוריות "נזיקיות" שונות שבהן זיהה את הזכות לפרטיות: פרטיות במרחב הפרטי (intrusion into seclusion); שימוש בשמו או בדמותו של אדם למטרת רווח (appropriation of likeness); פרסום וחשיפה של מידע פרטי (disclosure of private facts); והצגת אדם באור כוזב (false light).²⁶ במשפט הישראלי גישה זו באה לידי ביטוי בחוק הגנת הפרטיות, הקובע כי פגיעה בפרטיות היא עוולה אזרחית.²⁷

עם השנים התפתחו בספרות כמה גישות המבקשות להגדיר באופן תיאורטי את מהותה של הזכות. להלן אתמקד בהצגת הגישות העיוניות המרכזיות, שישמשו בהמשך בסיס לניתוח הסוגיה של חזרה מהסכמה.

גישה תיאורטית מרכזית שהתפתחה בשנות השבעים והשמונים של המאה העשרים היא "הפרטיות כגישה". על-פי גישה זו, פרטיות משמעותה מניעת גישה לא-רצויה של אחרים לאדם. נגישותו של אדם לאחרים היא שמגדירה את מידת פרטיותו או את היקפה.²⁸ את הפרשנות המקובלת ביותר לגישה זו ניסחה רות גביוון, שהתייחסה לשלושה תחומים שעל-פיהם יש

-
- Whitman, לעיל ה"ש 18, בעמ' 1161-1162. להברלים בין המשפט האירופי למשפט האמריקני בנוגע להגנה על מידע (data protection) ראו Paul M. Schwartz, *The EU-U.S. Privacy Collision: A Turn to Institutions and Procedures*, 126 HARV. L. REV. 966 (2013).
- Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).
- 25 דוגמה להכרה בזכות לפרטיות בהקשר של בחירה ניתן לראות בקביעתו של בית-המשפט העליון האמריקני כי חוק של מדינת טקסס שאסר קיומן של הפלות מלאכותיות למעט בנסיבות מצומצמות בטל, וזאת בשל הפגיעה בזכותה של האישה לקבל החלטות על גופה, הנובעת מזכותה לפרטיות. ראו Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973). ראו גם Paul v. Davis, 424 U.S. 693 (1976), שם קבע בית-המשפט העליון האמריקני כי הזכות החוקתית לפרטיות משתרעת על מקרים שבהם המדינה מתערבת באופן לא-סביר בהחלטות אישיות של אדם, לרבות בעניינים כגון נישואים, ילודה, שימוש באמצעי מניעה, גידול ילדים וחינוכם.
- 26 William L. Prosser, *Privacy (A Legal Analysis)*, 48 CAL. L. REV. 383, 422 (1960). על-פי סיווג אחר, שנערך על-ידי גורמלי, הזכות לפרטיות חלה לא רק בהקשר הנזיקי, אלא גם בהקשרים חוקתיים, כגון הגנה מפני חיפוש ותפיסה לא-חוקיים והגנה על זכותו של אדם לקבל החלטות הנוגעות בחייו: Ken Gormley, *One Hundred Years of Privacy*, 1992 WIS. L. REV. 1335.
- 27 ס' 4 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות).
- 28 Ruth Gavison, *Privacy and the Limits of Law*, 89 YALE L.J. 421, 423 (1980).

למדוד את פרטיותו של אדם: סודיות – מידע על-אודות האדם; אנונימיות – תשומת-לב אל האדם; יחידות – גישה פיזית אל האדם.²⁹ גביון טוענת כי פרטיות, על-פי גישה זו, תורמת לקידום של החירות, האוטונומיה והחופש של אדם.³⁰ גם אניטה אלן מאפיינת פרטיות כמידת הגישה לאדם, למצבו הנפשי ולמידע הנוגע בו. אלן רואה בהסתגרות, בכדידות, בסודיות ובאנונימיות צורות של פרטיות.³¹

על-פי גישה מרכזית אחרת, הדרך הטובה ביותר להבין את הזכות לפרטיות היא להבינה כשליטה, כלומר, כמידת יכולתו של אדם לקבוע בעצמו, ולמען עצמו, איזה מידע הוא מוכן לשתף עם אחרים, מתי, לאילו מטרות ובאילו תנאים.³² על-פי בירנהק, שליטה במידע משמעה שליטה בכל פעולה הקשורה למידע, החל באיסופו הראשוני, המשך בהעברתו לגורמים שונים, בשמירתו, בעיבודו, בנייתו ובהצלבתו עם מידע אחר, וכלה בקבלת החלטות על בסיסו.³³ הפגיעה בפרטיות מתרחשת לאו דווקא עם חשיפת המידע, אלא מעצם אי-יכולתו של הפרט לשלוט בו ובזרימתו. את המושג "מידע" יש לראות בצורה רחבה. הכוונה אינה רק לנתונים או פרטים אישיים, אלא גם לתמונות, הקלטות וכל מעשיו של אדם.³⁴

הפרטיות כשליטה נובעת מהכרה באוטונומיה של האדם, והיא מבוססת על יכולתו של הפרט לקבל החלטות בדבר מידע הנוגע בו. עקרון ההסכמה עומד בבסיסה של גישה זו. כאשר מידע הנוגע בפרט מסוים מועבר לגורמים אחרים ללא קבלת "הסכמה מדעת", הדבר מהווה פגיעה ביכולתו של הפרט לשלוט במידע הנוגע בו, ומכאן פגיעה בפרטיותו. על גישת הפרטיות כשליטה נשמעו ביקורות שונות. בין היתר נטען כי אין לפרט יכולת לשלוט בכל המידע הנוגע בו, במיוחד בסביבה הדיגיטלית, וכן ששליטה במידע אינה מביאה עימה בהכרח פרטיות.³⁵

גישה מרכזית אחרת היא גישת הפרטיות ההקשרית. על-פי גישה זו, יש לבחון את ההקשר שבו מתעוררת שאלה של פרטיות. לטענת הלן ניסנבאום, הזכות לפרטיות אינה עוסקת בהגבלה עקרונית של זרימה, גישה או איסוף של מידע אישי או בעצם השליטה בהם, אלא בכיבוד ובקבלה של כללי זרימת מידע התואמים את הנורמות והעקרונות החברתיים

29 שם, בעמ' 429-433.

30 שם, בעמ' 423.

31 ANITA L. ALLEN, UNEASY ACCESS: PRIVACY FOR WOMEN IN A FREE SOCIETY 83 (1988)

32 ALAN F. WESTIN, PRIVACY AND FREEDOM 7 (1967); בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 89.

33 גישת הפרטיות כשליטה מצאה את מקומה גם בפסיקה הישראלית. ראו עת"ם (מנהלי ת"א) 24867-02-11 אי.די.איי חברה לביטוח בע"מ נ' רשם מאגרי המידע, עמ' 15 (פורסם בנבו, 1.8.2012). ראו גם ת"פ (שלום ת"א) 22744-09-11 סנין נ' מדינת ישראל, עמ' 6 (פורסם בנבו, 4.6.2012).

34 בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 91.

35 שם.

36 להרחבה בנוגע לביקורות על תפיסת הפרטיות כשליטה ראו Paul M. Schwartz, *Internet Privacy and the State*, 32 CONN. L. REV. 815, 821-35 (2000); Anita L. Allen, *Privacy-as-Data Control: Conceptual, Practical, and Moral Limits of the Paradigm*, 32 CONN.

L. REV. 861, 865-74 (2000). ראו גם בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 99-93.

החלים בהקשר הספציפי שבו המידע זורם.³⁶ לגישה, כללים אלה מתעצבים על-פי ההקשר הרלוונטי ועל-פי הנורמות והעקרונות החברתיים החלים בהקשר זה בנוגע למידע. על-פי גישה זו, איסוף, עיבוד והעברה של מידע על-אודות אדם – לרבות מידע אישי הנוגע בו – ללא הסכמתו אינם מהווים כשלעצמם הפרה של הזכות לפרטיות, אם פעולות אלה תואמות את הנורמה הקיימת בחברה. רק העברת מידע בניגוד לנורמה החברתית, תוך שינוי "כללי המשחק", תיחשב על-פי גישה זו כהפרה של הזכות לפרטיות. לדוגמה, על-פי גישה זו, בית-ספר האוסף מידע על-אודות תלמידיו לא ייחשב כמפר את זכותם לפרטיות של התלמידים, אבל העברת מידע זה לגורמים אחרים שאינם רפואיים/חינוכיים (כגון חברות המשווקות תרופות וטיפולים רפואיים) תהיה הפרה בוטה של הזכות. עד כאן באשר לגישות המרכזיות המבקשות להגדיר ולאפיין את הזכות לפרטיות. כעת אדון בעקרון ההסכמה.

ב. עקרון ההסכמה במשפט ובדיני הפרטיות

סוגיית ההסכמה היא סוגיה מרכזית בנוגע לאופן מימושה של הזכות לפרטיות, מן הטעם שהסכמת אדם לפגיעה בפרטיותו הופכת פגיעה זו למותרת. סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות קובע כי "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו". כלומר, ויתור על פרטיות מתוך הסכמה שולל את עצם הפגיעה בה.³⁷ בפרק זה אפתח בדיון בסוגיית ההסכמה במשפט בכללותו ובדיני הפרטיות באופן ספציפי. אציג את עקרון "ההסכמה מדעת", אבחן את הכשלים הקיימים בעיקרון זה, ואתיחס לחזרתו של אדם מהסכמה שניתנה לו ויתור על פרטיותו.

1. מהותה של הסכמה

הסכמה, כמושג משפטי, מצאה את מקומה ברוב שיטות המשפט המתקדמות.³⁸ הסכמה מהווה מסגרת משפטית המאפשרת לאדם לבטא ולהביא לידי מימוש את יכולתו לקבל החלטות הנוגעות באופן ניהול חייו. ביסודו של רעיון ההסכמה עומדת התפיסה שלאדם עומדות החירות והאוטונומיה לקבל החלטות בענייניו.³⁹ הסכמה, כביטוי לאוטונומיה, מאפשרת לאדם לוותר על זכויותיו או להתיר פגיעה בהן. עם זאת, זכות זו אינה מוחלטת. בנסיבות מסוימות הדין הישראלי מתערב באוטונומיה של הפרט, ומגביל את זכותו של אדם להסכים לוותר על זכויותיו או לפגיעה בהן. כך,

36 Helen Nissenbaum, *Privacy as Contextual Integrity*, 79 WASH. L. REV. 119, 138 (2004).

37 ה'לם, לעיל ה"ש 16, בעמ' 41.

38 לסקירה בעניין מעמדה של ההסכמה בקודקס הצרפתי ובמשפט המקובל ראו פבלו לרנר ההתחייבות החד צרדית 62-75 (2001).

39 DAVID HUME, *A TREATISE OF HUMAN NATURE* (Dover Publications, Inc. 1739-1740). ישעיה

ברלין טען כי יכולתו של אדם לקבל החלטות לגבי עצמו היא המייחדת אותו כיצור אנושי.

ראו ישעיה ברלין *ארבע מסות על חרות* 182-183 (יעקב שרת מתרגם, "התשל"א). בלשונו של

רן, אוטונומיה היא המאפשרת לאדם "לספר את סיפורו". ראו JOSEPH RAZ, *THE MORALITY*

OF FREEDOM 396 (1986).

הצורך בקבלת הסכמה להתקשרות בדיני חוזים נובע מהתפיסה שלפיה אדם יכול לוותר על חירויותיו באמצעות הבעת רצון חופשי לעשות כן. במובן זה, הסכמה מהווה בסיסו של כל חוזה.⁴⁰ עיקרון זה נכון גם למקרים שבהם ההסכמה הניתנת מהווה הסכמה לנטילת סיכון. אדם הרוכש כרטיס הגרלה מסכים בעצם הרכישה שקיימת אפשרות שהוא לא יזכה, והסכמה זו מונעת אותו מלתבוע פיצוי על הפסד כספו. התפיסה הכללית בדיני הנזיקין גורסת כי אדם שנתן את הסכמתו לפגיעה מסוימת בזכויותיו או בקניינו אינו יכול לתבוע פיצוי בשל הנזק שנגרם לו.⁴¹ המשפט האזרחי כולל גם הסדרים ספציפיים המאפשרים לאדם להסכים לוותר על זכויותיו. לדוגמה, ליורש עומדת הזכות להסתלק מחלקו בעזבון המוריש ולוותר על חלקו בצוואה.⁴² דוגמה נוספת לכך היא הענקת מתנה, שמשמעותה היא ויתור של הנותן על זכות העומדת לו והעברתה למקבל ללא תמורה.⁴³ גם בדין הפלילי אדם רשאי לוותר על זכויות מסוימות העומדות לו. כך, אדם רשאי לוותר על זכות השתיקה במהלך חקירתו, וכן להודות באשמתו בביצוע עבירה.⁴⁴

עם זאת, במקרים רבים המדינה מגבילה את האוטונומיה והחירות של אדם. כך, במשפט האזרחי הסכמתו של אדם לוותר על זכויותיו תיחשב פסולה אם היא נוגדת את תקנת הציבור.⁴⁵ למשל, הסכמת אדם לסחר באיברי גופו תיחשב "הסכמה" פסולה, גם אם היא ניתנה לכאורה מתוך רצון חופשי.⁴⁶ דוגמה אחרת היא ויתור של אדם על זכויות קוגנטיביות העומדות לו מכוח הדין, כגון הסכמה של עובד לוותר על זכויות העומדות לו מכוח דיני המגן או הסכם קיבוצי.⁴⁷ המדינה מגבילה גם את האוטונומיה של חברי קבוצות מסוימות לנקוט פעולות הנתפסות בעיניה כמסוכנות להן. כך, המדינה אוסרת מכירת אלכוהול או סיגריות לקטינים, וזאת אף כאשר הגורמים הרלוונטיים (המוכר, הקטין ואף הורי הקטין) מסכימים לכך. במקרים אלה המדינה פועלת מתוך תפיסה פטרנליסטית, שמשמעותה התערבות בעניינו של הפרט, לעיתים בניגוד לרצונו, תחת ההצדקה שההתערבות היא לטובתו או לטובת הכלל.⁴⁸

- 40 ס' 2 ו-5 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים). בבסיסה של תפיסה זו עומדת "תיאוריית הרצון" (Will Theory). ראו Randy E. Barnett, *A Consent Theory of Contract*, 86 COLUM. L. REV. 269, 304 (1986).
- 41 ס' 5(א) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968; בועז שנור "הסתכנות מרצון: הלכה ומציאות" **עלי משפט** א 327, 328-334 (2000).
- 42 ס' 6 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965.
- 43 ס' 1(ג) לחוק המתנה, התשכ"ח-1968.
- 44 ס' 152 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.
- 45 מרים בן-פורת "אין הרוצה – נפגע" (טענת 'וולנטי') **משפטים** ב 42, 46 (1970).
- 46 ראו ע"ע (ארצי) 10-12-39945 דהן – מדינת ישראל, **משרד הבריאות**, בפס" 17 (פורסם בנבו, 26.1.2012).
- 47 הב"ע (ארצי) לח/3-59 סילשי – ארכיטקט אהרון דורון ושות' בע"מ, פד"ע י 32 (1978).
- 48 לדיון בעניין היחס שבין אוטונומיה, פטרנליזם וזכויות ילדים ראו יחיאל ש' קפלן "זכויות הילד בפסיקה בישראל – ראשיית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה" **המשפט** ז 303, 305-313 (2002) (להלן: קפלן "זכויות הילד בפסיקה בישראל"). לדיון עקרוני בשאלת סמכותה של המדינה להתערב בחייו של הפרט ראו גם הל"א הארט חוק, **חירות ומוסר** (אליה גילדין מתרגמת, 2006).

2. הסכמה בדיני פרטיות

הסכמה מהווה מרכיב מרכזי בדיני פרטיות.⁴⁹ היא מאפשרת לפרט להביע אינטימיות, לכבד את פרטיותו של האחר, ולקבוע את הגבולות בינו לבין החברה.⁵⁰ הסכמה בדיני הפרטיות מבטאת את השליטה שיש לפרט בהיבטים המרכזיים ביותר הנוגעים בעצם קיומו, והיא גורם מרכזי בכינון אישיותו (personhood) של האדם.⁵¹ לפי בירנהק, הסכמה בדיני הפרטיות היא כ"מפתח" המופקד בידיו של הפרט, אשר רק הוא יכול לעשות בו שימוש, במובן של החלטה אם, כיצד, מתי, למי ולאיוזו מטרה הוא מתיר את פתיחת הספרה הפרטית שלו.⁵² בנוגע לפטרנליזם בדיני פרטיות – הדין הישראלי אינו פועל ככלל מתוך תפיסה פטרנליסטית עקרונית, אלא מתיר לפרט לקבוע לעצמו את מסגרת פרטיותו ואת מידת ההגנה עליה. הדין אינו מונע אדם מלפרסם ברשת מידע אישי שלו, לרבות תמונות מרגעים אינטימיים. הדין אינו אוסר על אדם להצטלם בעירום. הדין גם אינו מונע אדם מלפרסם ברבים את דעותיו, רגשותיו או נטייתו המינית, גם אם משמעות הדבר היא ויתור על פרטיותו.⁵³ מסקנה זו עולה גם מהניתוח שערך הלם בנוגע להליך חקיקתו של חוק הגנת הפרטיות.⁵⁴ ההצדקות לכך הן ההכרה באוטונומיה של הפרט וההבנה כי חשיבותה של הזכות לפרטיות נובעת לא רק מהזכות עצמה, אלא גם מהזכות לוותר עליה.⁵⁵ עם זאת, יש מקרים שבהם הדין מגביל את האוטונומיה של הפרט באופן העשוי להיתפס גם כהגבלת יכולתו לשלוט בפרטיותו. דוגמה מרכזית לכך קבועה בדין הפלילי הקובע כי הסכמה של אדם לחיפוש של רשויות אכיפת החוק במחשבו או בטלפון הנייד שלו, בהנחה שאין חשד סביר בעניינו, אינה מספיקה, ועל הרשויות לערוך את החיפוש מכוח צו בלבד.⁵⁶ הדין הפלילי אוסר גם "פרסום תועבה", לרבות פרסום בשלטי-חוצות, של "תמונת עירום או תמונה של חלקי גוף אינטימיים של איש או אשה".⁵⁷ איסור זה חל גם כאשר האדם המצולם בתמונות מסכים לפרסומו.

-
- Steven L. Willborn, *Consenting Employees: Workplace Privacy and the Role of Consent*, 49
66 LA. L. REV. 975, 979 (2006)
- שם, בעמ' 975-976. 50
- Jeffrey H. Reiman, *Privacy, Intimacy, and Personhood*, 6 PHIL. & PUB. AFF. 26, 39
(1976). 51
- Michael D. Birnhack, *The EU Data Protection Directive: An Engine of a Global Regime*,
24 COMP. L. & SEC. REP. 508, 513-14 (2008). 52
- ר"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב(3) 337, 343
(1978). השופט לנדוי ציין כי חופש הביטוי הוא חירותו של האזרח "להשמיע את אשר עם
לבו ולשמוע מה שיש לאחרים להשמיע". 53
- ראו הלם, לעיל ה"ש 16, בעמ' 41. 54
- שם, בעמ' 41-42. 55
- עדרי ריטיגשטיין-איינר "האם הסכמת הנחקר יכולה להוות מקור סמכות לחיפוש בטלפון הנייד
שלו?" מעשי משפט ח 131, 135 (2016). 56
- ס' 214 ו-214 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). יצוין כי החוק אינו מגדיר
מהי "תועבה". 57

גם ההגבלות המשפטיות המוטלות על חופש הביטוי עשויות להתפרש כמגבילות את יכולתו של הפרט לשלוט בפרטיותו. הדין הישראלי אוסר עקרונית על אדם לפרסם דברים הפוגעים בשמו הטוב של אחר, וכן כאלה העלולים לפגוע בבטחון המדינה, או להסית לאלימות או לגזענות.⁵⁸ תפיסה זו מגבילה את יכולתו של הפרט להתבטא כרצונו, ומכאן גם את יכולתו לחשוף פרטים הנוגעים בו. משמעות הדבר היא הגבלת יכולתו של הפרט להחליט באיזו מידה לחשוף את עצמו לפני האחר ו/או הכלל.

על פניו נראה שהתערבות המדינה בעניינים אלה נעשית הן מתוך רצון להגן על פרטיותו של אדם במצבים מסוימים (כך, למשל, ביחס לסוגיית החיפוש במחשביו של אדם) והן מתוך רצון להגן על הציבור או על פרטים מסוימים, העלולים להיפגע מוויתור של אדם על פרטיותו (כך, למשל, לעניין ההגבלות בנוגע לפרסום פוגעני ו/או פרסום תועבה). אולם בכל הנוגע במערכת היחסים של הורים וילדים נראה כי הדין הישראלי נמנע כמעט לחלוטין מלהגביל הורים בבואם לתת את הסכמתם לפעולות הכרוכות בפגיעה בפרטיות ילדיהם. כפי שיפורט בהמשך, הדין הישראלי מעניק להורים אוטונומיה רחבה מאוד בכל הנוגע במערכת היחסים שלהם עם ילדיהם. התערבות המדינה בהחלטות הורים בנוגע לילדיהם, ובמיוחד בהחלטות הנעשות במעגל המשפחתי, נעשית במשורה ובנסיבות קיצוניות בלבד. מצב משפטי זה מביא לידי כך שבפועל הורים מוסמכים להסכים כמעט לכל פעולה העלולה לפגוע בפרטיות ילדיהם. ארחיב על כך בהמשך. בחלק הבא אעסוק בדוקטרינת ה"הסכמה מדעת" ובהיבטים השונים הכרוכים בהליך ובאופן קבלת הסכמתו של אדם לויתור על פרטיותו.

3. הסכמה מדעת

סעיף 3 לחוק הגנת הפרטיות קובע כי הסכמה לפעולה הפוגעת בפרטיות יכולה להינתן במפורש או מכללא, וכי עליה להיות "הסכמה מדעת" (informed consent).⁵⁹ דוקטרינת ההסכמה מדעת נובעת מההכרה בזכותו של אדם לקבל החלטות הנוגעות בגופו, במעשיו ובחיו מתוך ידע, והיא מעוגנת בהכרה באוטונומיה הבסיסית של אדם על גופו.⁶⁰ הסכמה מדעת משמעותה שההסכמה לפגיעה בפרטיותו של אדם צריכה להינתן רק לאחר שהאדם יודע ומבין את משמעות הפעולה המתבקשת, את הפגיעה הצפויה בעטייה ואת השלכותיה.⁶¹ הכוונה היא למתן הסכמה לא רק על בסיס ידיעה, אלא גם על בסיס הבנה עמוקה של המצב והשלכותיו.

58 אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה 737-738 (2014). לעניין האיזון בין חופש הביטוי לבין זכותו של אדם לשם טוב ראו תמר גדרון "חופש הביטוי וחוק איסור לשון הרע תשכ"ה-1965 – נקודת איזון חדשה?" המשפט ה' 9 (2000). כן ראו דנ"א 2121/12 פלוני נ' דיין אורבך (פורסם בנבו, 18.9.2014).

59 ס' 3 לחוק הגנת הפרטיות.

60 בהקשר של טיפול רפואי ראו, למשל, פנינה ליפשיץ-אבירם הסכמה מדעת של קטין לטיפול רפואי 27-31 (2006); נילי קרקו-אייל דוקטרינת ההסכמה מדעת בחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 20-55 (2008); ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים (פורסם בנבו, 5.3.2012).

61 בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 100.

מושג ההסכמה מדעת התפתח רבות בהקשר הרפואי. בהקשר זה הסכמה מדעת מוגדרת כ"הסכמה תקפה שניתנה ע"י אדם הכשיר לקבל החלטה בענין הנרון, מתוך רצון חופשי, בלי אונס או כפייה ועל בסיס מידע מלא ורלוונטי שהובן על ידו".⁶² קיימות כמה מטרות להחלטה של דוקטרינת ה"הסכמה מדעת" בהקשר הרפואי:⁶³ מטרה ראשונה היא לקדם את הזכות להגדרה עצמית ולאוטונומיה של היחיד, ולהבטיח שכל אדם יהיה אדון לגורלו; מטרה שנייה היא להגן על הסטטוס של החולה כאדם (סובייקט), על-מנת שלא ייפך לאובייקט הנתון להשפעה של גורמים אחרים; מטרה שלישית היא למנוע או לצמצם את האפשרות של תרמית, כפייה, טעות, הזנחה או רשלנות בתהליך קבלת ההחלטות לגבי הטיפול הרפואי, שכן ההנחה היא שכל שתגבר מעורבותו של החולה בהליך כן יתמרץ הרופא לנהוג במיזמנות ובאחריות; מטרה רביעית היא לתרום לעיצובו של תהליך רציונלי, שלם ומקיף ככל האפשר של קבלת החלטות בתחום ההליך הרפואי. נראה שמטרות אלה רלוונטיות, בשינויים המחויבים, גם לתחום דיני הפרטיות.

תפיסת המושג "הסכמה מדעת" בהקשר הרפואי מצאה את מקומה בפסיקת בית-המשפט גם בהקשר של פרטיות. הפסיקה קבעה כי ביסוד ההסכמה לפגיעה בפרטיות צריכים להתמלא שני תנאים: על ההסכמה להיות הסכמה שניתנה מרצון חופשי, ועליה להיות הסכמה "מדעת", קרי, שלאדם יהיה המידע הדרוש באופן סביר כדי לגבש הסכמה תקפה לפגיעה בפרטיותו.⁶⁴

4. כשלים מרכזיים בהליך קבלת ההסכמה

בעקרון ההסכמה בדיני הפרטיות יש כמה כשלים מרכזיים. כשל אחד ביישום העיקרון הוא שאנשים מסכימים לפעולות הכרוכות בפגיעה בפרטיותם מבלי להבין לעומק את משמעות הפעולות ואת השלכותיהן. כשל זה מתבטא במיוחד בסביבה הדיגיטלית, שבה אנשים נוטים להסכים לתנאי שימוש ולמסמכי מדיניות של אתרים ויישומונים מבלי להבין או להתעמק בקבוע בהם.⁶⁵ כשל זה הוכח לאורך השנים במחקרים רבים.⁶⁶ לדוגמה, מחקר מצא כי 74%

62 עפרה גולן "דרישת 'ההסכמה מדעת' כביטוי לכבוד האדם" *שערי משפט* ב 171, 172 (2000). הגדרה זו מתאימה גם לעקרון ההסכמה מדעת בדיני הפרטיות.

63 עמוס שפירא "הסכמה מדעת" לטיפול רפואי – הדין המצוי והרצוי" *עיוני משפט* יד 225, 227-226 (1989).

64 עמר"ם (מחוזי מר') 13028-04-09 אליהו נ' עיריית טבריה, עמ' 20 (פורסם בנבו, 11.3.2010).

65 Daniel J. Solove, *Introduction: Privacy Self-Management and the Consent Dilemma*, 126 HARV. L. REV. 1880, 1885 (2013) (להלן: Solove, *Privacy Self-Management*). סולוב שותף להערכה כי אנשים רבים אינם מסוגלים לנהל בעצמם את ההגנה על המידע שלהם ברשת באמצעות קבלת החלטות ובחירות משמעותיות, אך טוען כי התערבות המדינה לשם הגנה על המידע תהווה התערבות פטרנליסטית שתפגע ביכולת הבחירה של אותם אנשים. סולוב מגדיר מצב זה "דילמת ההסכמה".

66 Joseph Turow, Lauren Feldman & Kimberly Meltzer, *Open to Exploitation: American Shoppers Online and Offline* (a report from the Annenberg Public Policy Center of the University of Pennsylvania 2005), http://repository.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1035&context=asc_papers (סקר שממנו עולה כי רוב הציבור האמריקני אינו מבין את ההשלכות של השימוש שלו ברשת ואת האופן שבו חברות מסחריות משתמשות

מהמשתתפים בו נתנו את הסכמתם לתנאי שימוש באתר של רשת חברתית פיקטיבית מבלי לקרוא את מסמכי המדיניות. רובם (98%) הסכימו לתנאי השימוש מבלי להבין שבכך הם מסכימים כי ילדם הבכור ייחשב תשלום בעבור השירות.⁶⁷ פתרונות שונים שהוצעו, כגון קיצור מסמכי המדיניות ופישוטם, נמצאו לא-יעילים, שכן בפועל לא היה בהם כדי לשנות בצורה משמעותית את התנהלותם של רוב האנשים בעניין.⁶⁸

כשל נוסף ביישום העיקרון מתקיים כאשר יש חוסר שוויון מובנה בין מבקש ההסכמה לבין זה שמתבקש לתיתה.⁶⁹ דוגמה מרכזית למצב זה היא בקשות לויתור על פרטיות במסגרת יחסי עבודה. מטבע הדברים מדובר בסיטואציה שבה יש פערי כוחות ברורים, ולפיכך קשה לראות בהסכמת עובד – החושש כי סירובו לבקשה יוביל לפיטוריו או למניעת קידומו – הסכמה הניתנת מרצון חופשי.⁷⁰ לנוכח זאת קבע בית-הדין הארצי לעבודה כי אין להסתפק בהסכמה מכללא של עובד לפגיעה בזכותו לפרטיות, אלא על הסכמה זו להיות מפורשת, מרצון חופשי ומדעת.⁷¹ עם זאת, סביר שגם בהנחה זו אין כדי לתת מענה לכשל הבסיסי הנובע ממצב שבו הסכמה ניתנת במצב של פערי כוחות בין הצדדים (עובד-מעביד, הורה-ילד וכדומה). במצב כזה כל הסכמה שתניתן על-ידי הצד החלש, גם אם היא תהיה מפורשת ומדעת, תהא תוצר וביטוי של אופי מערכת היחסים החלה בין הצדדים ושל פערי הכוחות ביניהם. הסכמה הניתנת על-ידי עובד החושש מפיטוריו, או על-ידי ילד החושש כי סירובו לבקשת הוריו יביא לידי כך שהם לא ירכשו לו טלפון חדש כמו שיש לחבריו או יצמצמו את מספר השעות שבהן מותר לו לשחק ב-Xbox, אינה יכולה להיחשב באמת הסכמה הניתנת מתוך רצון חופשי. חשוב לזכור כי במקרים רבים ה"איום" של הצד החזק אינו מפורש, והסכמת הצד החלש ניתנת על-סמך הבנת הסיטואציה לאור התנהלות קודמת בין הצדדים (שכן מדובר במערכות יחסים מתמשכות). במצבים כאלה קשה להצביע על

במידע שלו); Chris Jay Hoofnagle & Jennifer King, *Research Report: What Californians Understand About Privacy Online* (Samuelson Law Technology & Public Policy Clinic, U.C. Berkeley Law 2008) (מחקר שבו נמצא כי רוב תושבי קליפורניה מניחים שאתרי קניות ברשת המציגים מסמכי מדיניות בנוגע לפרטיות מספקים הגנה משמעותית יותר למידע שלהם – דבר שאינו נכון); Wayne R. Barnes, *Rethinking Spyware: Questioning the Propriety of Contractual Consent to Online Surveillance*, 39 U.C. DAVIS L. REV. 1545, 1547 (2006) (מאמר הטוען כי תוכנת ריגול מסוג spyware הותקנה במחשביהם של מיליוני אנשים, שרובם הסכימו להתקנתה מבלי לדעת ולהבין את משמעות הדבר).

Jonathan A. Obar & Anne Oeldorf-Hirsch, *The Biggest Lie on the Internet: Ignoring the Privacy Policies and Terms of Service Policies of Social Networking Services* 25 (2016), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2757465.

M. Ryan Calo, *Against Notice Skepticism in Privacy (and Elsewhere)*, 87 NOTRE DAME L. REV. 1027, 1033 (2012).

69 כירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 105.

70 ראו Willborn, לעיל ה"ש 49, בעמ' 976.

71 ראו ע"ע (ארצי) 90/08 איסקוב ענבר – מדינת ישראל, הממונה על חוק עבודת נשים, עמ' 44 (פורסם בנבו, 8.2.2011).

רגע מסוים שבו הסכמה נהפכת לכזו הניתנת לא מרצון חופשי. יש להכיר בכשל זה בשעה שעוסקים בסוגיית ההסכמה בדיני פרטיות.

כשל נוסף בעקרון ההסכמה הוא שעיקרון זה מתבסס על כך שאנשים מקבלים החלטות בצורה רציונלית. מחקרים רבים מראים כי הנחה זו אינה מדויקת ככלל, וכי אנשים פועלים פעמים רבות על בסיס תחושות ואינטואיציה, ולא על בסיס חשיבה רציונלית ומחושבת.⁷² בתחום הפרטיות כשל זה בא לידי ביטוי באופן הבא: רוב האנשים מביעים דאגה בנוגע לפגיעה בפרטיותם, אולם בפועל מתנהגים באופן המעיד על אדישות לפגיעה בפרטיותם או על רשלנות בניסיון לשמור עליה. תופעה זו זכתה בכינוי "פרדוקס הפרטיות".⁷³

לכשלים שתוארו טרם נמצאו פתרונות מלאים, והשאלה איך להתמודד עימם שנויה במחלוקת. פתרון מוצע אחד הוא הגברה וחזוק של האסדרה באופן שימנע פרטים מלוותר על פרטיותם במצבים מסוימים או יגביל את אפשרותם לעשות כן.⁷⁴ הבעיה עם פתרונות כאלה היא שהם פטרנליסטיים במהותם, ושיישומם עלול להוביל להתערבות משמעותית של הרשויות באוטונומיה של הפרט ובזכותו לקבל החלטות הנוגעות בחייו. הגברת האסדרה עלולה גם להביא לידי הגבלה של חשיפת מידע גם במצבים שבהם יש הסכמה אמיתית לחשיפת המידע, ואף כאשר האינטרס הציבורי ייפגע אם החשיפה תוגבל או תימנע.⁷⁵ פתרונות אחרים שהוצעו מדגישים את שיפור יכולת הניהול העצמי (self-management) של הפרט בנוגע לשליטה בהגדרות הפרטיות באתרי המרשתת, לרבות קביעת מנגנוני הסכמה של opt-in, ולא opt-out.⁷⁶ גם פתרון זה אינו נחשב מספק, מן הטעם הפשוט שבמידתן הדיגיטלי יכולתו של הפרט לשלוט במידע שלו ולנהל את אופן השימוש בו מוגבלת מאוד.⁷⁷ דוגמה לכך ניתן לראות במחקר שבחן את משך הזמן והעלות הנדרשים לשם קריאת מסמכי מדיניות פרטיות ברשת. מחקר זה מצא כי משתמש אמריקני ממוצע שיבקש לקרוא את כל מסמכי המדיניות הרלוונטיים לגביו יאלץ להקדיש לכך כ-201 שעות בשנה. ברמה הארצית נמצא כי העלות

72 DANIEL KAHNEMAN, THINKING, FAST AND SLOW (2011).

73 Susan B. Barnes, *A Privacy Paradox: Social Networking in the United States*, 11 FIRST MONDAY (2006), <http://firstmonday.org/article/view/1394/1312>; Monika Taddicken, *The 'Privacy Paradox' in the Social Web: The Impact of Privacy Concerns, Individual Characteristics, and the Perceived Social Relevance on Different Forms of Self-Disclosure*, 19 J. COMPUT.-MEDIAT. COMM. 248, 267 (2014).

74 ראו ANITA L. ALLEN, UNPOPULAR PRIVACY: WHAT MUST WE HIDE? 13 (2011). ראו גם JULIE E. COHEN, CONFIGURING THE NETWORKED SELF: LAW, CODE, AND THE PLAY OF EVERYDAY PRACTICE 148 (2012).

75 סולוב מדגים זאת בהתייחסו לחשיפת מידע של בחורה אנורקטית, המבקשת לפרסם את פרטי מחלתה לצורך קידום המודעות הציבורית למחלה וסיוע לנערות אחרות השרויות במצוקה. ראו Solove, *Privacy Self-Management*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 1895-1896.

76 בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 105; ע"ע"ס 1386/07 עיריית חדרה נ' שנירוס בע"מ, פס" 14 ו-17 (פורסם בכנו, 16.7.2012).

77 Solove, *Privacy Self-Management*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 1898.

הכוללת של קריאת מסמכי מדיניות של משתמשים בארצות-הברית תעלה, בחישוב ערך הזמן שיידרש לכך, כ-781 מיליארד דולר בשנה.⁷⁸

לנוכח הכשלים שצוינו, ההסכמה בדיני הפרטיות נתפסת לעיתים כאשליה. היא אמורה לספק לאדם שליטה בפרטיותו ובמידע הנוגע בו, אולם בפועל היא אינה עושה כן. לפיכך יש כאלה, דוגמת ג'ולי כהן, שטענו כי מנגנון ההסכמה אינו כלי מספק להגנה על פרטיות, וכי יש למצוא כלים נוספים לשם כך.⁷⁹ אחרים, דוגמת ניסנבאום, זנחו את הרעיון של הסכמה כיסוד מרכזי בדיני הפרטיות.⁸⁰ חרף האמור, מבחינה משפטית הסכמה מהווה עדיין יסוד מרכזי בהליך הוויתור על פרטיותו של אדם. בחלק הבא אעסוק בשאלת החזרה מהסכמה כזו.

5. חזרה מהסכמה לויתור על פרטיות

כפי שהוצג, לכל אדם עומדת הזכות העקרונית להסכים לפעולה הכרוכה בפגיעה בפרטיותו. המחוקק מגביל פרטים מלהסכים לפעולה כזו במקרים נקודתיים בלבד, בעיקר כאשר הפעולה פוגעת בשמו הטוב של אדם אחר או עלולה לפגוע באינטרס הציבורי ובטובת הכלל. אך מה לעניין אדם המבקש לחזור מהסכמה שנתן לפעולה הכרוכה בויתור על פרטיותו? האם לאדם שהסכים לויתור על פרטיותו עומדת הזכות לחזור מהסכמה כזו? חוק הגנת הפרטיות מחיל את הזכות לחזרה מהסכמה רק בסיטואציות ספציפיות: כך, סעיף 14 לחוק הגנת הפרטיות קובע כי לאדם עומדת הזכות לבקש מחיקת מידע על-אודותיו ממאגר מידע, אך זאת רק אם נוכח לדעת שהמידע שגוי או אינו מעודכן. מעבר לכך, אין מדובר בזכות מוחלטת, ובקשת המחיקה על-פי סעיף זה מותנית בהסכמתו של בעל מאגר המידע. סעיף 17(ב) לחוק מתיר לאדם לדרוש מבעל מאגר מידע המשמש לזיוור ישיר את מחיקת המידע המתייחס אליו. מעבר לסעיפים האמורים אין בדיני הפרטיות הישראלים התייחסות לזכותו של אדם לחזור מהסכמה שניתנה בעניינו.

סוגיה זו הגיעה לפתחם של בתי-המשפט, אך החלטותיהם בנושא אינן אחידות. בעניין אפריאט קיבל בית-משפט השלום בירושלים את תביעתו של אדם שצולם צועד במצעד הגאווה במדי צה"ל, שבה דרש כי עיתון ידיעות אחרונות יפסיק לעשות שימוש חוזר בתמונתו.⁸¹ השופט דראל קבע כי "בהינתן מעמדה של הזכות לפרטיות, יש להתיר למי שהסכים לוותר על פרטיותו לחזור בו מהסכמתו".⁸² השופט הדגיש כי עמדה זו נובעת ממהות הפגיעה בתובע, שכן הפרסום עוסק בנטיותיו המיניות, אשר הוגדרו על-ידי בית-המשפט כ"לבת העניינים שבצנעת הפרט".⁸³ בעניין אריאלי פסק בית-משפט השלום באשרוד באופן שונה

Aleecia M. McDonald & Lorrie Faith Cranor, *The Cost of Reading Privacy Policies*, 78 4 I/S: J.L. & POL'Y FOR INFO. SOC'Y 543, 565 (2008)

Julie E. Cohen, *Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object*, 79 52 STAN. L. REV. 1373, 1435 (2000)
מפני פגיעה בפרטיות, הציעה כהן את רעיון הפרטיות באמצעות תכנון מוקדם (Privacy by Design).

Nissenbaum, לעיל ה"ש 36, בעמ' 130.

ת"א (שלום י-ם) 6023/07 אפריאט נ' ידיעות אחרונות בע"מ (פורסם בנבו, 5.10.2008).

שם, פס' 46.

שם, פס' 48.

לחלוטין. שם דובר באישה שצולמה בחוף־ים כשהיא חשופת־חזה. בזמן הצילום הייתה האישה תיירת נוצרייה, והתמונה פורסמה בהסכמתה. חמש שנים מאוחר יותר, לאחר שהאישה התגיירה ועמדה לפני נישואים, פורסמה התמונה שנית, מבלי לבקש את הסכמתה החוזרת. בית־המשפט דחה את תביעת האישה נגד הפרסום הנוסף, וקבע כי ההסכמה המקורית חלה גם ביחס לפרסום זה.⁸⁴

השאלה האמורה הגיעה לפתחו של בית־המשפט בשני מקרים נוספים, שהסתיימו ללא הכרעה בנושא. בעניין קרויטורו ביקש התובע, אשר בהיותו קטין הסכימו הוריו שתמונתו תתנוסס על אריות המוצר "שוקולית", לחזור מהסכמת הוריו, ודרש כי תמונתו תוסר מהאריוזה. התובע טען כי הפרסום נהפך למטרד מבחינתו, וכי הסכמת הוריו לא ניתנה לצמיתות. בעניין זה יש לציין כי ס' 6(2) לחוק הגנת הפרטיות קובע כי שימוש בשמו של אדם, בכינויו, בתמונתו או בקולו לשם ריווח מהווה פגיעה בפרטיות. ההליך הסתיים בפשרה שבמסגרתה קיבלה חברת שטראוס את הדרישה והחליפה את התמונה.⁸⁵ בפרשה אחרת ביקש רב, אשר צולם בעודו עורך טקס דתי, לחזור בו מהסכמתו לפרסום הסרט. בית־המשפט המחוזי בתל־אביב עורר את השאלה אם לרב עומדת הזכות לחזור מההסכמה, אך לא הכריע בה. בית־המשפט קבע כי צילום הטקס אינו פוגע בפרטיותו של הרב, ומכאן שבית־המשפט אינו נזקק לדון ולהכריע בשאלה האמורה.⁸⁶

הכרעותיו של בית־המשפט בעניין אפריאט ובעניין אריאלי מבטאות שתי תפיסות הפוכות בנוגע לזכותו של אדם לחזור בו מהסכמה שנתן לויתור על פרטיותו. על החלטתו של בית־המשפט בעניין אריאלי נמתחה ביקורת: הַלם טוען כי העובדה שגופה של התובעת היה חשוף לעין הציבורית ושפרטיותה הופרה בעבר אינה צריכה למנוע ממנה את האפשרות לחזור בה מההסכמה;⁸⁷ וביניהק טוען כי הסכמה חד־פעמית לצילום ולפרסום בעיתון אינה צריכה להתפרש כהסכמה לנצח, וכי פרשנות כזו מנוגדת לתפיסת הפרטיות כשליטה של אדם במידע הנוגע בו.⁸⁸

כפי שהוצג עד כאן, הוראות הדין הישראלי אינן מסדירות את זכותו העקרונית של אדם לחזור בו מהסכמתו לויתור על פרטיותו. פסיקת בית־המשפט בעניין אינה קוהרנטית, ואי־אפשר לגזור ממנה זכות זו. כפי שיוצג כעת, המצב שונה בשיטות משפט אחרות.

84 ת"א (שלום אשד') 2001/95 אריאלי נ' ערב חדש (עיתונות) אילת בע"מ (פורסם בנבו, 9.8.1998). לביקורת על החלטה זו ראו בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 101-102.

85 לעיון בהחלטה בבקשה למתן צו־ביניים שניתנה במסגרת ההליך ראו בש"א (מחוזי י-ם) 7901/09 קרויטורו נ' שטראוס גרופ בע"מ (פורסם בנבו, 20.8.2009). לעיון בכתבה המגוללת את פרטי הפרשה ראו ליאת שלזינגר "ניצחוננו של ילד השוק: תמונתו תוסר מהאריוזה" nrg 24.8.2009. www.nrg.co.il/online/1/ART1/933/462.html

86 המ' (מחוזי ת"א) 12351/95 אלמליח נ' טלעד – אולפני ירושלים בע"מ (פורסם בתקדין, 31.10.1995).

87 הַלם, לעיל ה"ש 16, בעמ' 47.

88 בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 101-102.

6. חזרה מהסכמה לויתור על פרטיות – משפט משווה

בניגוד לדין הישראלי, זכותו של אדם לחזור מהסכמה לויתור על פרטיותו דווקא מצאה את מקומה בשיטות משפט אחרות. מפאת קוצר היריעה ומשיקולים של רלוונטיות למאמר זה, אתיחס בחלק זה רק לחזרה מהסכמה במישור הרשתי ובנוגע לשימוש במידע ברשת. הרפורמה במדיניות ההגנה על מידע באיחוד האירופי – General Data Protection Regulation (GDPR)⁸⁹ – קובעת כי למושא המידע יש הזכות לחזור בו מהסכמתו בכל עת, וכי יש לעדכן אותו בדבר זכותו זו קודם לקבלת הסכמתו. הרפורמה קובעת עוד כי הליך החזרה מהסכמה צריך להיות קל ופשוט כמו הליך מתן ההסכמה, וכי זכות זו חלה גם ביחס למידע שפורסם על-ידי אדם בהיותו קטין.⁹⁰ עם זאת, זכות זו אינה מוחלטת. הרפורמה קובעת כי דחיית הבקשה לחזרה מהסכמה והמשך שמירת המידע עשויים להיות חוקיים במצבים שונים שבהם יש צורך בשמירת המידע – למשל, לשם עמידה במחויבות משפטית (compliance with a legal obligation), לשם ביצוע פעולות לטובת הציבור (for the performance of a task carried out in the public interest), למטרות של מחקר מדעי והיסטורי, וכן לשם מימוש תביעות משפטיות או הגנה מפניהן (exercise or defense of legal claims).⁹¹ חשוב לציין כי בכל הקשור למידע על-אודות ילדים, הרפורמה קובעת מפורשות כי ילדים זכאים להגנה ספציפית וייחודית ביחס למידע האישי שלהם, וזאת מכיוון שהם מודעים פחות לסיכונים ולהשלכות של חשיפת מידע ברשת.⁹² הרפורמה תיכנס לתוקף בחודש מרץ 2018, כך שאין כרגע מידע בנוגע ליישום הוראותיה ולאופן אכיפתן.

הזכות לחזרה מהסכמה לשימוש במידע קבועה גם בהנחיות של נציב הפרטיות האוסטרלי, אשר יש להן מעמד מחייב.⁹³ הנחיות אלה קובעות כי אדם רשאי לבטל את הסכמתו בכל עת, וכי לאחר ביטול ההסכמה שום גורם אינו יכול להסתמך עוד על ההסכמה המקורית לצורך שימוש עתידי במידע או גילוי עתידי שלו (use or disclosure).⁹⁴ הנחיות אלה אף מדגישות כי הסכמה הניתנת בזמן מסוים ובנסיבות מסוימות אינה יכולה להיחשב "נצחית", וכי על אוסף המידע ליידע את מושא המידע בדבר תקופת הזמן שבה הסכמתו תהיה בתוקף בהעדר שינוי נסיבות מהותי.⁹⁵

הזכות לחזרה מהסכמה קבועה גם בדיני הפרטיות הקנדיים. ה־Personal Information Protection and Electronic Documents Act (PIPEDA) קובע כי למושא המידע עומדת

89 European Parliament & Council Regulation (EU) 2016/679, 2016 O.J. L (להלן: הרפורמה או רפורמת ה־GDPR).

90 שם, ס' 65.

91 שם.

92 שם, ס' 38.

93 Australian Privacy Principles Guidelines – Privacy Act 1988 10 (2014), available at <https://www.oaic.gov.au/images/documents/privacy/applying-privacy-law/app-guidelines/.APP-guidelines-combined-set-v1.pdf>

94 שם, ס' B.45.

95 שם, ס' B.43. הנחיות אלה אינן מגדירות מהו אותו "שינוי נסיבות מהותי".

הזכות לחזור מהסכמה ככל עת, בכפוף למגבלות חוזיות או משפטיות ולמתן הודעה סבירה (reasonable notice).⁹⁶ חוק זה אינו חל באופן ספציפי על ילדים, אך בדומה למצב בישראל, המשמעות היא שהוראותיו חלות גם ביחס אליהם.

באשר למצב בארצות-הברית, חקיקה של מדינת קליפורניה קובעת כי לקטינים תושבי המדינה עומדת הזכות לחזור מהסכמה שנתנו, ולדרוש שמידע הנוגע בהם יימחק מהרשת.⁹⁷ הזכות לחזרה מהסכמה קבועה באופן מסוים גם בחוק הפדרלי האמריקני. ה-Children's Online Privacy Protection Act (COPPA) קובע כי אתרי מרשתת בארצות-הברית אשר מבקשים לאסוף מידע מקטינים מתחת לגיל שלוש-עשרה חייבים לקבל את הסכמתם של הורי הקטין או האפוטרופוס שלו לשם קבלת פרטי הזהוי האישיים של הקטין.⁹⁸ אם אתרים אלה אוספים מידע על ילדים עד גיל שלוש-עשרה על יסוד הסכמתם מבלי לקבל את הסכמת הוריהם לכך, אזי במסגרת אכיפת הוראות החוק נגדם (בין היתר כתוצאה מתלונה של הילדים או הוריהם) הם יחויבו במחיקת המידע חרף ההסכמה שניתנה.⁹⁹

סוגיית החזרה מהסכמה באה לידי ביטוי, בצורה עקיפה, בשתי פסיקות משפטיות שניתנו לאחרונה בבתי-משפט אירופיים. אחת מהן היא פסיקתו המפורסמת של בית-הדין האירופי לצדק שחייבה את חברת גוגל להיענות לבקשתו של אזרח ספרדי ולמחוק קישורים למידע על-אודותיו שאינו רלוונטי ואינו בעל עניין לציבור.¹⁰⁰ פסיקה זו לא דנה אומנם בזכות לחזרה מהסכמה, אלא בזכות להישכח (right to be forgotten), אולם במובנה הרחב היא מבטאת גם הכרה בזכות לחזרה מהסכמה, ככל שמדובר בבקשתו של פרט למחוק מידע שהוא עצמו הסכים בעבר לחשיפתו. הפסיקה האחרת היא פסיקתו של בית-המשפט האירופי לזכויות אדם. בפסיקה זו, מיום 20.6.2017, דן בית-המשפט בפרסום תמונתו של קטין על כריכה של חוברת שנועדה ליידע את הציבור הרוסי על מאמציהן של הרשויות המקומיות להגן על יתומים ועל הסיוע שהן מושיטות למשפחות המבקשות לאמץ.¹⁰¹ בית-המשפט קיבל את הטענה כי הורי הילד אישרו את צילום ילדם ולא התנו את השימוש בתמונתו. אף-על-פי-כן הוא קבע כי לא ניתנה הסכמה הורית לשימוש המסוים שנעשה בפועל בתמונה, ולפיכך מדובר בהפרה של סעיף 1(8) לאמנה האירופית לזכויות אדם. בית-המשפט לא דן בסעד של חזרה מהסכמה, אלא פסק פיצויים לטובת הורי הילד. עם זאת, בניגוד לפסיקתו של

96 *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5, s. 4.3.8., available at <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/P-8.6.pdf>

97 (2015) CA Bus. & Prof. Code §§ 22580–81. חוק זה נכנס לתוקף בינואר 2015. למיטב ידיעתי לא פורסמו עדיין נתונים בדבר אופן יישומו של החוק.

98 Children's Online Privacy Protection Act (COPPA), 15 U.S.C. §§ 6501–506 (1998).

99 אכיפת הוראות ה-COPPA היא באחריות ה-Federal Trade Commission (FTC). רוח של ה-FTC משנת 2014 מציין כי משנת 2000 אכף ה-FTC את הוראות החוק ביותר מעשרים מקרים, וגבה קנסות מחברות שונות בגובה "מיליוני דולרים". ראו Federal Trade Commission, 2014 *Privacy and Data Security Update* (2014), http://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/privacy-data-security-update-2014/privacydatasecurityupdate_2014.pdf

100 Case C-131/12, *Google Spain, SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)* (2014). פסיקה זו אינה מחייבת על-פי הדין הישראלי.

101 *Bogomolova v. Russia*, App. No. 13812/09, Eur. Ct. H.R. 208 (2017)

בית־המשפט הישראלי בעניין אריאלי, ברי כי משמעותה של פסיקה זו היא הכרה עקיפה בזכות לחזרה מהסכמה, ובכך שבנסיבות מסוימות יש לקבל בקשה להפסקת שימוש במידע על־אודות קטין. כעת נעסוק בחשיבותה של פרטיות בעיני ילדים.

ג. חשיבותה של פרטיות בעיני ילדים בעידן הדיגיטלי

פרק זה יעסוק בחשיבותה של פרטיות בעיני ילדים ובני־נוער. בחלק זה אציג את העמדה – המבוססת על מחקרים אמפיריים – שקטינים מעריכים את פרטיותם, ואף מבקשים להגן ולשמור עליה. אטען כי הפער בין בגירים לקטינים בנוגע לתפיסת הפרטיות ותפקידה מהווה חלק מהסיבה שקטינים נתפסים על־ידי מבוגרים ככאלה שאינם מעריכים את פרטיותם. טענה פופולרית נפוצה היא כי מכיוון שקטינים נוהגים לחשוף מידע ברשתות החברתיות, כגון תמונות אישיות ופרטים אינטימיים, לא אכפת להם למעשה מפרטיות.¹⁰² כך, שמואלי טוען בעניין זה כי "לעתים פרטיותם של ילדים חשובה להם פחות משהיא חשובה למבוגרים. למשל ילדים פעילים מאוד ברשת האינטרנט וחושפים פרטים שלהם, בין היתר ברשתות חברתיות".¹⁰³ אולם מחקרים אמפיריים רבים מצאו כי טענות אלה שגויות. דנה בויד, שחקרה עמדות של מתבגרים אמריקנים בנושא פרטיות ברשת, מצאה כי הפרטיות מהווה ערך מרכזי בחייהם, וכי הם מחפשים תדיר דרכים חדשות להשיג פרטיות ברשתות החברתיות.¹⁰⁴ סוניה ליווינגסטון מצאה במחקרה כי קטינים מבקשים בהחלט פרטיות, וכי הם יעשו שימוש במרחב הפרטי שלהם ברשת, בין היתר, על־מנת להתנסות בזוויות אחרות, לפנות לייעוץ בעניינים אינטימיים, ובעיקר לתקשר עם אנשים שונים ללא הפרעה ופיקוח.¹⁰⁵

סקר שנערך בקרב 1,428 מתבגרים משש מדינות שונות (ביניהן ישראל) מצא כי מתבגרים מעריכים את פרטיותם, וכי הם לא יהססו להתנגד ולפעול נגד תאגידים ברשת המבקשים להעביר מידע בנוגע אליהם לגורמים שלישיים.¹⁰⁶ מחקר אחר שמעיד על רצונם של קטינים לשמור על פרטיותם נערך בקרב מתבגרים חולים (מקרב גילאי שתים־עשרה עד שמונה־עשרה). המחקר מצא כי אף־על־פי שמתבגרים אלה משתמשים בפייסבוק באופן תדיר,

102 דברים ברוח זו נאמרו על־ידי מנכ"ל חברת דיסני: Gina Keating, *Disney CEO Bullish on Direct Web Marketing to Consumers*, REUTERS (Jul. 23, 2009), <http://www.reuters.com/article/2009/07/23/us-media-disney-idUSTRE56M0ZY20090723?pageNumber=1&virtualBrandChannel=0>.

103 בנימין שמואלי "בין רייטינג לזכויות הילד, בין סופר נני, בית ספר למוסיקה ומאסטר שף ילדים ל־Kid Nation: אסדרת השתתפותם של ילדים בתכניות מציאות (רֶאליטי)" דין ודברים ח 491, 528 (2015).

104 DANAH BOYD, *IT'S COMPLICATED: THE SOCIAL LIVES OF NETWORKED TEENS* 76 (2014).

105 Sonia Livingstone, *Children's Privacy Online: Experimenting With Boundaries Within and Beyond the Family*, COMPUTERS, PHONES, AND THE INTERNET: DOMESTICATING INFORMATION TECHNOLOGY 128, 132 (Robert Kraut, Malcolm Brynin & Sara Kiesler eds., 2006).

106 Tal Soffer & Anat Cohen, *Privacy Perception of Adolescents in a Digital World*, 34 BULL. SCI. TECHNOL. & Soc'y 145, 154–55 (2015).

רובם המכריע לא חשפו את מצבם הבריאותי במסגרת זו לכלל חבריהם ברשת, והיה חשוב להם לשלוט באופן שבו הם מציגים את עצמם ברשת החברתית.¹⁰⁷ מחקרים שנעשו בנוגע להתנהגותם של מתבגרים ברשת הראו כי קטינים פועלים בצורות שונות על-מנת לשמור על פרטיותם ברשת, כגון שינוי אפשרויות הפרטיות באתרים או מסירת מידע אישי שגוי. ממצאי מחקרים אלה אף מעידים כי מתבגרים נוטים לפעול כאמור באופן משמעותי יותר מאשר בגירים.¹⁰⁸ כך, לדוגמה, בסקר של חברת בזק שנערך בשנת 2016 בעניין התנהלות ברשת נמצא כי שיעור בני-הנוער הנוטים לשנות את הגדרות הפרטיות בפייסבוק גבוה במידה ניכרת משיעור הבגירים העושים זאת.¹⁰⁹ אישוש לדברים עולה גם ממחקר שבחן את היחס של הורים וילדים לטכנולוגיה. במחקר זה נמצא כי ילדים הביעו תסכול מכך שהוריהם חושפים יותר על המידה (overshare) מידע על-אודותיהם ברשת מבלי לקבל את הסכמתם המפורשת לכך.¹¹⁰

מחקרים אחרים מראים כי הצורך של קטינים בפרטיות קיים לא רק ברשת.¹¹¹ במסגרת הביתית, לדוגמה, פעולות של הורים כגון חיפוש בילקוט בית-הספר, קריאה ביומן או האזנה לשיחותיהם הטלפונית נתפסות על-ידי ילדים כהפרה של פרטיותם.¹¹² הנקודה המרכזית העולה מהמחקרים הבוחנים את הסוגיה היא שקטינים תופסים פרטיות באופן שונה מבגירים.¹¹³ לנוכח השוני הזה ואי-ההבנה הנגרמת כתוצאה מכך, בגירים סבורים בטעות כי קטינים אינם מעריכים פרטיות, בעוד למעשה קטינים מעריכים אותה מאוד.¹¹⁴

Maja van der Velden & Khaled El Emam, "Not All My Friends Need to Know": A 107
Qualitative Study of Teenage Patients, Privacy, and Social Media, 20 J. AM. MED.
INFORM. ASSOC. 16, 23 (2013)

Chris Jay Hoofnagle, Jennifer King, Su Li & Joseph Turow, *How Different Are Young 108
Adults from Older Adults When It Comes to Information Privacy Attitudes and Policies?*
(2010), http://repository.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1413&context=asc_papers; Kaveri Subrahmanyam & Patricia Greenfield, *Online Communication and
Adolescent Relationships*, 18 FUTURE CHILD. 119, 123–24 (2008)

"החיים בעידן הדיגיטלי – הדוח השנתי של בזק למצב האינטרנט בישראל לשנת 2016" 109
www.bezeq.co.il/media/PDF/internetreport_2016.pdf

Alexis Hiniker, Sarita Y. Schoenebeck & Julie A. Kientz, *Not at the Dinner Table: Parents' 110
and Children's Perspectives on Family Technology Rules*, CSCW '16 PROCEEDINGS OF
THE 19TH ACM CONFERENCE ON COMPUTER-SUPPORTED COOPERATIVE WORK & SOCIAL
COMPUTING 1376, 1385 (2016), http://delivery.acm.org/10.1145/2820000/2819940/1376_hiniker.pdf

Alice E. Marwick, Diego Murgia Diaz & John Palfrey, *Youth, Privacy and Reputation 111
11* (Berkman Center Research Publication No. 2010-5, Harvard Public Law Working
Paper No. 10-29, 2010), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1588163

שם, בעמ' 14. 112

BOYD, לעיל ה"ש 104, בעמ' 56. 113

danah boyd & Alice Marwick, *Social Privacy in Networked Publics: Teens' Attitudes, 114
Practices, and Strategies* 1 (2011), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1925128; Neil M. Richards, *Four Privacy Myths*, A WORLD WITHOUT PRIVACY: WHAT

פער זה בא לידי ביטוי בדרכים שונות. לדוגמה, כאשר בגירים חושבים על מרחב פרטי, הם חושבים על ביתם. קטינים רבים, לעומת זאת, אינם תופסים את ביתם כמקום שבו נשמרת פרטיותם.¹¹⁵ כמו-כן, אף שבני-נוער מנהלים במידה רבה את חייהם ברשתות חברתיות אשר "יושבות ברשת" וחשופות לזרים, הם חשים כי פרטיותם מופרת דווקא כאשר הוריהם נחשפים לאמור ברשתות אלה.¹¹⁶ פער זה בין בגירים לקטינים בנוגע לתפיסת הפרטיות ותפקידה מבהיר מדוע קטינים נתפסים על-ידי מבוגרים ככאלה שאינם מעריכים את פרטיותם. ניתן למצוא הסברים שונים לפער האמור. אבידן, למפרט ועמית טוענים כי קטינים רואים את המציאות אחרת מבגירים, וכי גם האופן שבו הם מפרשים את המציאות שונה. לטענתם, בשל הבדלים פיזיים ופערים בידע שפתי ובנסיון חיים, קטינים נוטים להרגיש ולחשוב בצורה שונה ממבוגרים.¹¹⁷ הפער בין נקודת-המבט של קטינים לבין זו של בגירים, לרבות ביחס לסוגיות של פרטיות והתנהלות במרחב הסייבר, הוביל להגדרתם של קטינים כ"ילידים דיגיטליים" (digital natives), לעומת בגירים, לרבות הוריהם, שמוגדרים כ"מהגרים דיגיטליים" (digital immigrants).¹¹⁸ המשמעות היא שהפער בין קטינים לבגירים נובע לא רק מהפרשי הגיל, אלא גם מהעובדה שההתפתחות הטכנולוגית שינתה את מציאות החיים, באופן המבדיל בין מי שנולד לתוכה לבין מי ש"היגר" אליה.

לסיכום, חרף טענות שנשמעות בעניין, ברור שלקטינים דווקא אכפת מפרטיותם, ואופן התנהלותם אינו סותר הנחה זו. ההכרה בכך שקטינים מבקשים פרטיות, ואף פועלים להשיגה, חייבת להיות נקודת מוצא לדיון בעניין זה.

ד. הזכות לחזרה מהסכמה הורית על יסוד הגישות העיוניות לזכות לפרטיות והכשלים בהליך קבלת ההסכמה

עד כאן הוצגו הגישות העיוניות בדבר הזכות לפרטיות, סוגיית ההסכמה בדיני הפרטיות וחשיבותה של פרטיות בעיני קטינים. כעת אטען כי מתוך כל אלה נובעות שתי הצדקות להכרה בזכות לחזרה של אדם מהסכמה לויתור על פרטיותו אשר ניתנה על-ידי הוריו

-
- Law Can and Should Do? 33, 51–60 (Austin Sarat ed., 2015) (במאמר זה ריצ'רדס מפריק את ארבעת המיתוסים המרכזיים לשיטתו בנוגע לפרטיות, ביניהם המיתוס שצעירים אינם מעריכים פרטיות); Solove, *Privacy Self-Management*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 1886.
- 115 boyd & Marwick, לעיל ה"ש 114, בעמ' 3. ראו גם Shmueli & Blecher-Prigat, לעיל ה"ש 4, בעמ' 759.
- 116 Barnes, לעיל ה"ש 73, בסעיף "Public versus private boundaries".
- 117 גדי אבידן, חן למפרט וגיש עמית הקול השותק – מבט אחר על ילדים בבית-הספר 16–17 (2005).
- 118 JOHN PALFREY & URS GASSER, BORN DIGITAL: UNDERSTANDING THE FIRST GENERATION OF DIGITAL NATIVES 1–12 (2008). יצוין כי בויד קוראת תיגר על ההנחה המקובלת בדבר האוריינות הטכנולוגית ה"טבעית" של בני-נוער בעידן הנוכחי. היא טוענת כי חרף השימוש הרב שלהם ברשת, לא כל בני-הנוער מבינים את המשמעות של שימוש זה, לרבות בנוגע לשליטה בפרטיותם ברשת. BOYD, לעיל ה"ש 104, בעמ' 22 ו-176–198.

בשעה שהיה קטין: הצדקה המבוססת על הגישות לזכות לפרטיות, והצדקה המבוססת על כשלים בהליך קבלת ההסכמה.

1. חזרה של קטין (או קטין שבגר) מהסכמה לאור הגישות לזכות לפרטיות

בחלק זה אראה כי הגישות העיוניות המרכזיות בדבר מהותה של הזכות לפרטיות עשויות לתמוך בזכותו של אדם לבטל הסכמה לויתור על פרטיותו שניתנה על-ידי הוריו בשעה שהיה קטין. דיון זה ייעשה תוך ניתוח שלוש הגישות המרכזיות שהוצגו לעיל.

(א) פרטיות כגישה

כאמור, תפיסת הפרטיות כגישה אינה עוסקת ישירות בסוגיית חזרתו של אדם מהסכמתו לויתור על פרטיותו. על-פי תפיסה זו, נגישותו של אדם לאחרים היא שמגדירה את היקף פרטיותו. עם זאת, על-פי תפיסה זו, פעולה שפוגעת בפרטיותו של אדם – בסודיותו, באנונימיות שלו או בגישה הפיזית אליו – ואשר מתרחשת ללא הסכמתו לכך היא פעולה פסולה, המצדיקה התערבות.¹¹⁹ במילים אחרות, גישה לאדם או למידע על-אודותיו אשר נעשית במידה ובהיקף שאינן מוסכמות על-ידיו היא גישה לא-רצויה הפוגעת באופן פסול בפרטיותו. ניתוח הדברים על-פי עמדה זו מוליכנו למסקנה כי בנסיבות אלה אמורה לעמוד לאדם הזכות לדרוש את הפסקת הפעולה הפוגעת בפרטיותו.

טלו לדוגמה מצב שבו הוריו של קטין הסכימו להשתתפות משפחתם בתוכנית מציאות מסוג "סופר נני". במסגרת התוכנית מצולם בית הקטין, ונחשפים מצבה הכלכלי של משפחתו וכן היבטים אינטימיים אחרים. העלאת התוכנית לרשת משמעותה שהמידע האישי הנוגע בקטין נהיה חשוף לעיני כל לפרק-זמן בלתי-מוגבל. זו דוגמה למצב של פגיעה בסודיות המידע של הקטין. דוגמאות אחרות הן הסכמה של הורים להשתתפות ילדם בפרסומת או החלטה שלהם להעלות מידע על-אודותיו לרשת, באופן המביא לידי פגיעה באנונימיות שלו. מצבים אלה פוגעים בשלושה מחמשת הערכים הראויים להגנה על-פי גביוון, והם אוטונומיה, עצמיות (selfhood) וקשרים אנושיים (human relations).

לפי תפיסת הפרטיות כגישה, אם הקטין מסכים לפעולות אלה, או למצער אינו מתנגד להסכמת הוריו, אזי חרף החשיפה אין לראות בדברים פגיעה פסולה בפרטיותו המחייבת התערבות. לעומת זאת, המשך החשיפה בנסיבות שבהן הוא מתנגד לה – אם בזמן היותו קטין ואם בהיותו בגיר – משמעותו הפרה של זכותו לפרטיות. לפיכך, על-פי תפיסת הפרטיות כגישה, בנסיבות אלה יש להכיר בזכותו של אדם לדרוש את ביטולה של ההסכמה ואת הפסקת ההפרה הפסולה של פרטיותו. בניגוד לשתי הגישות הנוספות, שיפורטו להלן, הצדקה זו אינה ייחודית לקטינים.

119 דוגמה לכך ניתן לראות במצב שתיארה גביוון להמחשת הבעייתיות של פגיעה בסודיותו של אדם, שבו אישה מפרסמת את מכתבי האהבה של בעלה אליה ללא הסכמתו לכך. ראו Gavison, לעיל ה"ש 28, בעמ' 429.

(ב) פרטיות כשליטה

כאמור, תפיסת הפרטיות כשליטה משמעותה כוחו של הפרט לקבוע בעצמו, ולמען עצמו, איזה מידע הוא מוכן לשתף עם אחרים, מתי, לאילו מטרות ובאילו תנאים. הרעיון הוא שכל פעולה אשר פוגעת בפרטיותו של אדם ונעשית ללא הסכמתו – פסולה. לטענת בירנהק, הפרטיות כשליטה מכירה בזכות עקרונית של אדם לחזור בכל רגע מהסכמה שנתן לווייתור על פרטיותו, ולהביא לידי מחיקת מידע הנוגע בו.¹²⁰ טענתי היא שאם תפיסת הפרטיות כשליטה מכירה בזכותו של אדם לחזור מהסכמה לווייתור על פרטיותו שהוא עצמו נתן, קל וחומר שהיא מכירה גם בזכותו של אדם לחזור מהסכמה לווייתור על פרטיותו שניתנה על-ידי אחרים.

הכרה בזכותו של אדם לחזור מהסכמה שנתנו אחרים קשורה בקשר ישיר לרציונל העומד בבסיסה של תפיסת הפרטיות כשליטה. אי-הכרה בזכותו של אדם לחזור מהסכמה שנתן בעבר משמעותה "קשירת ידיו" להחלטה קודמת שלו, תוך פגיעה ביכולתו לשלוט בפרטיותו. לא-הכרה בזכותו של אדם לחזור מהסכמה שנתנו אחרים לגבי ייש משמעות חמורה אף יותר, והיא כבילתו של אדם להחלטות שאחרים קיבלו בעבורו. מצב כזה פוגע בערך המרכזי הנמצא בבסיסה של תפיסת הפרטיות כשליטה, והוא ראיית האדם כיצור אוטונומי, אשר זכאי – מתוך האוטונומיה שלו וכבודו כאדם – לקבל החלטות ולנהל את חייו על-פי ראות עיניו.

תפיסת הפרטיות כשליטה רלוונטית ביותר למתבגרים, ועשויה להשפיע רבות על אופן ניהולן של מערכות היחסים שלהם עם הוריהם. קטינים, ובעיקר מתבגרים, זקוקים למרחב פרטי שבו יוכלו לפתח את אישיותם וזהותם.¹²¹ פרטיות היא הכלי המרכזי המאפשר למתבגרים

120 בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 101. כאמור, עמדה זו לא התקבלה עד כה בפסיקת בתי-המשפט.

121 על-פי ויניקוט, פיתוח היכולת של ילד להיות לבד היא קריטית לפיתוח יכולתו להיות בקשר ולנהל יחסי אובייקט תקינים עם עצמו ועם אחרים. דונלד ו' ויניקוט **עצמי אמיתי, עצמי כוזב** 246–247 (אסנת אראל ואח' מתרגמות, עמנואל ברמן עורך, 2009). ביחס לקשר בין זהות למרחב פרטי ויניקוט טוען כי "ישנן דרכים רבות לתאר את הבן והבת בשלב ההתבגרות הגופנית [puberty], ואחת הדרכים קשורה במתבגר כישות מבודדת. שימור הבידוד האישי הוא חלק מחיפוש אחר זהות...". (שם). לפי סרוף, קופר ודהארט, הצורך של בני-נוער במרחב אישי נובע מכך שתקופת ההתבגרות מתבטאת בהתהוות חדשה של מושג העצמי של הילד. מכיוון שתפיסת העצמי של הילד עלולה להתערער בקלות, "בני עשרה חשים שעליהם להיזהר שלא להסגיר יותר מידי שמא תעלם התחושה החדשה של העצמי המתהווה". ראו אלן סרוף, רוברט קופר וגאני דהארט **התפתחות הילד: טבעה ומהלכה** 644 (רות בייט-מרום עורכת, 1998). בקיננהם טוען כי תקופת גיל ההתבגרות היא תקופה שבה בני-נוער מְתַרְגְּלִים היפרדות מהמסגרת המשפחתית ומפתחים התייחסויות-גומלין חברתיות חדשות, וזאת כחלק מתהליך ההתפתחות של זהותם ואישיותם. ראו David Buckingham, *Introducing Identity, in YOUTH, IDENTITY, AND DIGITAL MEDIA* (David Buckingham ed., 2008) 3. להרחבה בנושא חשיבותה של הפרטיות לילדים מבחינה התפתחותית ראו גם סאני קלב "פרטיות ילדים בעידן האינטרנט – מדיניות הסדרה מוצעת" 50–47 (איגוד האינטרנט הישראלי, 2016) www.isoc.org.il/wp-content/uploads/2016/11/Childrens_Online_Privacy_Report.pdf.

ליצור לעצמם מרחב זה, לשמור עליו ולהגדיר את גבולותיו.¹²² מרחב פרטי כזה יכול להיווצר רק אם מעניקים לקטין את השליטה בקביעה איזה מידע בנוגע אליו ייחשף, באיזו מידה ולפני מי. מצב שבו קטין לא יוכל לחזור מהסכמה שנתנו הוריו לוותר על פרטיותו עלול לפגוע קשות ביכולתו ליצור לעצמו את המרחב הפרטי שהוא זקוק לו. לנוכח ההשפעה שעשויה להיות להסכמה של הורים לוותר על פרטיות ילדיהם, ולנוכח החשיבות שיש ליכולתם של מתבגרים לקבוע לעצמם את גבולותיהם אל מול הסובבים אותם, אין מנוס מהמסקנה כי פרטיות כשליטה מחייבת הכרה בזכותו של אדם לחזור מהסכמה שנתנו הוריו.

(ג) פרטיות הקשרית

גישת הפרטיות ההקשרית אינה רואה בהסכמתו של אדם עיקרון מרכזי בדיני הפרטיות, ומכאן שהיא אינה עוסקת ישירות בנושא חזרתו של אדם מהסכמה שנתן לוותר על פרטיותו. עם זאת, ניתן לומר כי גישה זו מכירה בעקרון החזרה מהסכמה, אם כי בתלות בהקשר. כך, למשל, אם הסכמה של אדם להעברת מידע הנוגע בו ניתנה בהקשר מסוים על יסוד נורמה מסוימת המקובלת בהקשר זה ביחס לשימוש באותו מידע, ונורמה זו הופרה, אזי משמעות הדבר היא שבנסיבות אלה יש לאדם הזכות לחזור בו מהסכמתו ולדרוש את הפסקת השימוש במידע.

הבנה זו של עקרון החזרה מהסכמה רלוונטית גם במצבים שבהם ההסכמה ניתנה על-ידי הוריו של קטין. טענתי היא כי במצב שבו השימוש שנעשה במידע הנוגע בקטין מנוגד לנורמות ולעקרונות המקובלים ביחס לשימוש באותו מידע בהקשר מסוים (למשל, בהקשר בית-ספרי או בהקשר רפואי), אזי לקטין אמורה לעמוד הזכות לדרוש את הפסקת השימוש במידע ואת ביטול ההסכמה, גם בנסיבות שבהן ההסכמה ניתנה מלכתחילה על-ידי הוריו. כלומר, בנסיבות שבהן קיימת הפרה של נורמות מקובלות בנוגע לזרימת המידע בהקשר מסוים, גישת הפרטיות ההקשרית מכירה גם היא למעשה בזכותו של אדם לחזור מהסכמה, לרבות מהסכמה שנתנו הוריו בשעה שהיה קטין.

מעבר לכך, ניתן לדעתי להבין את הפרטיות ההקשרית כגישה המצדיקה אפשרות חזרה של קטין מהסכמה שנתנו הוריו גם על יסוד השינויים החלים בחייו של קטין והשפעתם על זרימת המידע בנוגע אליו בהקשרים שונים. כאמור, פרטיות הקשרית שמה דגש בהקשר שבו המידע זורם. ניסנבאום מגדירה הקשר כהגדרה חברתית בעלת מאפיינים המתפתחים עם הזמן.¹²³ לגישה, הנורמות החלות בהקשר המסוים שבו המידע זורם מוגדרות באמצעות בחינה של כמה פרמטרים, כגון סוג המידע, הצדדים הרלוונטיים (מושא המידע, הגורם השולח את המידע והגורם המשתמש בו) והעקרונות והנסיבות שבמסגרתם המידע נמסר.¹²⁴

Karyn D. McKinney, *Space, Body, and Mind: Parental Perceptions of Children's Privacy Needs*, 19 J. FAM. ISSUES 75, 76 (1998); Gary B. Melton, *Minors and Privacy: Are Legal and Psychological Concepts Compatible?*, 62 NEB. L. REV. 455, 488 (1983)

HELEN NISSENBAUM, *PRIVACY IN CONTEXT: TECHNOLOGY, POLICY, AND THE INTEGRITY OF SOCIAL LIFE* 130 (2010)

124 שם, בעמ' 141.

טענתי היא כי ההקשר שבו מידע מסוים זורם עשוי להשתנות עם הזמן כתוצאה מהשינוי בגיל האדם שהמידע הרלוונטי מתייחס אליו ומשינויים שעשויים להתרחש בעקבות זאת בנקודת-המבט שלו. אחד את הדברים בהתבסס על עניין אריאלי.¹²⁵ ההסכמה הראשונית של האישה לפרסום תמונה שבה היא נראית חשופת-חזה נעשתה בנסיבות שבהן היא הייתה תיירת רווקה ונוצרייה המבקרת בארץ במסגרת נופש. שנים אחדות אחר כך פורסמה התמונה שנית, אך בינתיים השתנו נסיבות חייה של האישה לחלוטין: בשלב זה היא הייתה תושבת ישראל, מאורסת לבחיר-ליבה ובתהליכי גיור. שינוי נסיבות זה היה הבסיס לתביעה שהגישה האישה בגין פרסום תמונתה בפעם השנייה. משמעות הדבר היא שהנסיבות שבהן המידע נמסר ושינויים שחלים בנסיבות אלה עשויים להשפיע בצורה ישירה ומרכזית על הבנת ההקשר שבו המידע זורם, במיוחד כאשר מדובר במדיום העיתונאי או הפרסומי.

נקודה זו רלוונטית אף יותר ביחס לפרטיותם של קטינים. ההקשר של זרימת מידע בנוגע לקטין בשנותיו הראשונות שונה מהקשר של זרימת אותו מידע בהיותו נער, כמובן זה שפרסום מידע שאינו מפריע לילד בן חמש עשוי להיות בעייתי מאוד מבחינתו עם הגיעו לגיל העשרה. כמו-כן, ההקשר של זרימת מידע בנוגע לבגיר צריך להיות שונה מההקשר של זרימת מידע בנוגע לקטין. מידע בנוגע לקטין צריך להיות מוגן יותר, וזאת על יסוד ההנחה שדיני הפרטיות צריכים להעניק הגנה משמעותית יותר לקטינים. כלומר, גילו של מושא המידע רלוונטי לשאלת ההקשר של זרימת מידע זה. ככל שהאדם יתבגר, ייתכן שגם ההקשר של זרימת המידע ישתנה.

תפיסה זו של פרטיות הקשרית רלוונטית מאוד לסוגיית החזרה של אדם מהסכמה שניתנה על-ידי הוריו בשעה שהיה קטין. כאשר הסכמה לויתור על פרטיותו של אדם ניתנת כאשר הוא קטין (ובמיוחד בגיל צעיר), סביר מאוד להניח שהנסיבות הקשורות למתן ההסכמה ישתנו רבות במהלך השנים, בעקבות התבגרותו של הקטין והתפתחותו. טלו לדוגמה מצב שבו הורים מסכימים לשימוש בתמונות של ילדם התינוק במסגרת פרסומת למוצרי תינוקות, כגון חיתולים. לאחר שנים, כאשר הילד מגיע לגיל ההתבגרות, פרסום זה גורם להשפלתו בקרב חבריו. מצב עניינים זה מהווה שינוי בהקשר של פרסום התמונות ובמידת הציפייה של הקטין לפרטיות, בעיקר לנוכח השינוי בגילו ובסיטואציה החברתית שבה הוא נמצא, וזאת גם אם הנורמות הקשורות לפרסום עצמו לא השתנו. טענתי היא כי השינוי בהקשר שבו המידע זורם, מבחינת נקודת-מבטו של הקטין, מצדיק הכרה בכך שלנוכח שינוי זה עומדת לקטין הזכות לדרוש את ביטול ההסכמה ואת הפסקת השימוש בתמונותיו.

טענתי המרכזית היא שגם על-פי תפיסת הפרטיות הקשרית יש מצבים שבהם ניתן להכיר בזכותו של אדם לחזור מהסכמה לויתור על פרטיותו שניתנה בשעה שהיה קטין. על-פי גישה זו, אין מדובר בזכות מוחלטת. זכות זו תעמוד לאדם בשני מצבים: האחד, כאשר חל שינוי בנורמות המקובלות בנוגע לזרימת מידע בהקשר מסוים לאחר קבלת ההסכמה הראשונה; והאחר, כאשר הוא יוכל להראות כי מן המועד שבו ניתנה ההסכמה על-ידי הוריו חל שינוי משמעותי בנסיבות חייו, שבגינו חל שינוי גם בהקשר של זרימת המידע בנוגע אליו, וכי שינויים אלה מצדיקים חזרה מההסכמה ואת הפסקת השימוש במידע. טענתי היא כי השינויים המתרחשים במעבר של אדם מגיל הילדות לגיל הבגרות (דרך גיל ההתבגרות)

125 ראו עניין אריאלי, לעיל ה"ש 84, והטקסט שלידה.

הם עמוקים ומשמעותיים עד כדי כך שבנסיבות מסוימות יש בהם כדי לשנות את ההתייחסות לאופן זרימתו של מידע בנוגע לאדם בהקשר מסוים, ומכאן להצדיק גם ביטול הסכמה שניתנה לגביו בשלב מוקדם יותר של חייו. עד כאן לגבי ההצדקה המבוססת על הגישות העיוניות בדבר הזכות לפרטיות. כעת אראה כי גם כשלים בהליך קבלת ההסכמה מן ההורים לויתור על פרטיותו של קטין מצדיקים את ביסוסה של הזכות לחזרה מהסכמה זו.

2. הצדקות על יסוד כשלים בהליך קבלת ההסכמה

בהליך מתן הסכמה של הורים לויתור על פרטיות ילדיהם הקטינים קיימים שני כשלים מרכזיים המצדיקים הכרה בזכותו של אדם – בין כאשר הוא בגיר ובין בהיותו עדיין קטין – לחזור מהסכמה כזו שנתנו הוריו.

(א) הסכמה במצב של חוסר שוויון ופערי כוחות

כאמור, כשל מרכזי בהליך מתן הסכמה לויתור על פרטיות מתקיים כאשר יש חוסר שוויון מובנה בין הצד המבקש את ההסכמה לבין האדם שמתבקש לתיתה. במצבים כאלה קשה לראות את ההסכמה הניתנת לבקשת הצד החזק כהסכמה הניתנת מתוך רצון חופשי ואמיתי של הצד ש"מסכים".

כשל זה קיים באופן מובהק במערכת היחסים שבין הורים לילדיהם. מערכת זו היא מערכת יחסים ייחודית, שיש בה פערי כוחות ברורים בין הצדדים.¹²⁶ שליטה הורית (parental control) נחשבת מאפיין מרכזי ביחסי הורים-ילדים.¹²⁷ היבט זה בא לידי ביטוי גם בסעיף 16 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן: חוק הכשרות המשפטית), הקובע כי קטין חייב לציית להוריו. אומנם, לא כל ההורים עשויים מקשה אחת, וברור שאופי היחסים בין הורים לילדיהם משתנה בתלות בגיל הילדים, באישיותם של ההורים והילדים וכן במאפיינים אחרים, כגון היבטים תרבותיים. עם זאת, קשה לדמיין מערכת יחסים בין הורים לילדים שאין בה כלל פערי כוחות בין הצדדים, ואשר אינה מושתתת, בין היתר וברמה מסוימת, על מאבקי כוח ושליטה.

מכאן שאין לראות בהסכמת הורים לפעולה הכרוכה בויתור על פרטיותם של ילדיהם הקטינים – אפילו כזו הניתנת במקביל להסכמה של הקטינים עצמם – משום הסכמה המבטאת בהכרח את רצונם האמיתי והחופשי של הילדים או את הסכמתם לפעולה. הסכמת הורים לפעולה הכרוכה בויתור על פרטיותם של ילדיהם הקטינים ניתנת, במקרים רבים, ללא קבלת הסכמתם של הקטינים עצמם לפעולה. מצב זה נוצר כאשר מדובר בקטינים צעירים, אשר מפאת גילם ויכולותיהם אינם יכולים להביע דעתם ולהכריע בנושא, או כאשר הורים מקבלים החלטות בשם ילדיהם מבלי להתייעץ עימם ולשמוע את דעתם. לדוגמה, הורים עשויים להעלות לרשת החברתית תמונות של ילדם הקטין או מידע בנוגע

126. Michel Foucault, *The Subject and Power*, 8 CRIT. INQ. 777, 780 (1982)

127. להגדרה של שליטה הורית ראו: Mustafa Achoui & Marwan Dwairy, *Parental Control: A Second Cross-Cultural Research on Parenting and Psychological Adjustment of Children*, 19 J. CHILD. & FAM. STUD. 16, 16 (2010)

אליו מבלי להתייעץ עימו קודם לכן ומבלי לקבל את הסכמתו לכך. מצב זה עלול להיווצר גם כאשר הורים מעניקים את הסכמתם לפגיעה בפרטיות ילדיהם חרף התנגדותם המפורשת של הילדים לכך. לדוגמה, הורים עשויים להסכים להפעלת מצלמות מעקב במוסדות חינוך או להעברת מידע למערכות החינוך והרווחה אף אם ילדיהם מביעים התנגדות לכך. גם כאשר קטינים מסכימים לפעולה הכרוכה בויתור על פרטיותם, נוסף על הסכמת הוריהם ובמקביל לה, אין הדבר מלמד בהכרח שהסכמתם ניתנה מתוך רצון חופשי ואמיתי. לנוכח פערי הכוחות בין הורים לבין ילדם, הורים עשויים להשתמש בסמכותם, בכוחם הכלכלי, בפערי המידע בינם לבין ילדם ובמניפולציות רגשיות כדי להביא לידי כך שילדם יפעל בהתאם למטרות שהם מבקשים להשיג.¹²⁸

יובהר כי אין בכוונתי לטעון שהורים פועלים במטרה לפגוע בילדיהם. עם זאת, פערי הכוחות בין הורים לבין ילדיהם מחייבים הכרה בכך שהסכמת הורים לויתור על פרטיות ילדיהם, אף אם היא ניתנת במקביל להסכמת הילדים עצמם, אינה יכולה להיחשב הסכמה המבטאת בהכרח את רצון ילדיהם. הדבר עלול להוביל למצב שבו פרטיותו של אדם נפגעת ומופרת בניגוד לרצונו וחרף העובדה שהוא עצמו לא נתן הסכמה אמיתית וחופשית לפגיעה כזו. זהו מצב פסול המצדיק הכרה בזכותו של אדם לחזור מהסכמה לויתור על פרטיותו שנתנו הוריו בשעה שהיה קטין, אף אם הסכמה כזו ניתנה באותה עת גם על-ידי.

(ב) הסכמה במצב אינהרנטי של אי-הבנת משמעותן של הפעולות והשלכותיהן

הסכמה שניתנת לפעולה הפוגעת בפרטיות צריכה להיות "הסכמה מדעת". הסכמה כזו צריכה להינתן רק לאחר שהאדם יודע ומבין את משמעותה של הפעולה המתבקשת, את טיבה של הפגיעה הצפויה ואת השלכותיה. כפי שטענתי קודם לכן, במקרים רבים, ובמיוחד בסביבה הדיגיטלית, קשה ליישם עיקרון זה. הכשל המתואר רלוונטי במיוחד להסכמה הניתנת על-ידי הורים לויתור על פרטיות ילדיהם.

כמעט כל הסכמה הניתנת על-ידי אדם הנכנס לנעליו של אדם אחר ובמסגרת זו מקבל החלטה בעבור אותו אדם היא הסכמה שקשה לראותה כהסכמה מדעת.¹²⁹ האם מקבל החלטה יכול באמת להעריך כיצד תשפיע הפעולה על האדם האחר? כיצד היא תשליך עליו ברמה הרגשית? כיצד הוא יפעל בתגובה עליה? סביר להניח שלא.

דברים אלה נכונים במיוחד ביחס לפעולות הכרוכות בויתור על זכות, ובמיוחד בויתור על הזכות לפרטיות. הזכות לפרטיות היא הזכות המרכזית המבטאת שליטה של אדם באוטונומיה שלו. לא בכדי הגדיר השופט סולברג את הפרטיות כ"גרעין הקשה של האוטונומיה האנושית".¹³⁰ פרטיות מתחברת במובן זה לרברים העמוקים ביותר בתודעתו ובנפשו של

128 שמואלי, במחקרו על השתתפות ילדים בתוכניות מציאות, טען באופן דומה כי "הורים תאבי פרסום ושתלטנים לעתים מנצלים את ילדם ניצול של ממש, לצורכי השגת תהילה או כסף או לצורך קידומו בכל מחיר". שמואלי, לעיל ה"ש 103, בעמ' 522-523.

129 דוגמאות לכך הן הסכמה לויתור על פרטיות של עובד הניתנת על-ידי ארגון העובדים או הסכמה הניתנת על-ידי אפוסטרופוס בעבור אדם קשיש או בעל מוגבלות שאינו יכול לנהל את ענייניו ולהביע את רצונו.

130 ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית, פס' 76 לפסק-דינו של השופט סולברג (פורסם בנוב, 22.5.2014).

אדם. מכיוון שכל אדם מגדיר את האוטונומיה שלו ואת יחסו לחברה באופן שונה, האפשרות שאדם ידע ויבין כיצד אדם אחר ירצה לשלוט בפרטיותו שלו ומאילו השלכות של ויתור על פרטיותו הוא ירצה להימנע היא אפשרות קלושה ובלתי-סבירה על-פירוב. כל זה נכון ביתר שאת כאשר מדובר בבגיר המעניק הסכמה בשמו של קטין.

בהתייחסו להשתתפות של קטינים בתוכניות מציאות טען שמואלי כי ספק רב אם הורים וילדים שמסכימים להשתתף בתוכנית מציאות אכן מודעים להשלכות הבעייתיות של הפרסום. לפיכך, לטענתו, קשה לראות את הסכמתם בעניין זה כהסכמה "אמתית, מלאה ומודעת".¹³¹ אני מסכים עם דברים אלה. עם זאת, לגישתי, הכשל העמוק יותר הקיים במצבים אלה נובע לא רק מהקושי להעריך השלכות עתידיות של פעולה מסוימת, כפי שטוען שמואלי, אלא גם – ואולי בעיקר – מהפער הקיים בין קטינים לבגירים, לרבות בכל הנוגע בתפיסת הפרטיות. כאמור, קטינים תופסים פרטיות באופן שונה מבגירים. קטינים נתפסים על-ידי בגירים, בטעות, כמי שאינם מעריכים את פרטיותם ואינם מבקשים לשמור עליה.¹³² מצב עניינים זה עלול להוביל לכך שהורים יסכימו לפעולה הכרוכה בפגיעה בפרטיות ילדיהם מתוך הנחה מוטעית שהדבר מתיישב עם רצון ילדיהם או שלילדיהם לא יהיה אכפת מהפגיעה בפרטיותם. מצב זה מעיד על הבעייתיות בראיית ההסכמה הניתנת על-ידי הורים לויתור על פרטיות ילדיהם כהסכמה מדעת: האם בנסיבות אלה – כאשר הורים חושבים בטעות כי ילדיהם אינם מעריכים את פרטיותם – הורים יכולים באמת לדעת כיצד תשפיע ההסכמתם לויתור על פרטיות ילדם על חייו של ילדם, ומה יהיו ההשלכות של ההסכמתם?

טלו הורה לנער שמעלה תמונה של ילדו כאשר היה תינוק לעמוד הפייסבוק שלו. התינוק מופיע בתמונה במערומיו. רוב ההורים בישראל לא יראו פעולה זו כפוגעת בזכותו לפרטיות של ילדם (בוודאי אם ילדם נוהג לחשוף מידע אישי ברשת בעצמו), וספק אם הם יבקשו את הסכמת ילדם לכך. אולם דמיינו כעת שחבריו של הנער נחשפים לתמונה הישנה ומפיצים אותה ברשת. הדבר עלול להוביל להשפלת הנער ולפגיעה בפרטיותו, אף שלא זו הייתה כוונת הוריו בוודאי.

כלומר, בניגוד לעמדתו של שמואלי – שהתייחס בעיקר לאי-היכולת של הורים וילדים להבין את ההשלכות של הפרסום במסגרת תוכניות מציאות – טענתי היא כי נוסף על כך קיים פער עמוק בין בגירים לקטינים בכל הנוגע בתפיסת פרטיות בעידן הדיגיטלי, וכי במרכזו תפיסה מוטעית של הורים בנוגע לחשיבותה של הפרטיות בעיני ילדיהם.

כפי שצוין קודם לכן, הפער בתפיסת הפרטיות בין קטינים לבגירים יכול לנבוע מהבדלי הגיל, מכך שקטינים נוטים להרגיש ולחשוב באורח שונה ממבוגרים, וכן מהעובדה שההתפתחות הטכנולוגית שינתה את מציאות החיים באופן המבדיל בין מי שנולד לתוכה לבין מי שנאלץ "להגר" אליה. פער זה עשוי להיות משמעותי במיוחד בנסיבות שבהן על בגירים לנסות להעריך כיצד החלטותיהם ישפיעו על ילדיהם הקטינים. הפער האמור הופך את המשימה המוטלת על הורים להבין לעומק את המשמעות של מתן הסכמתם לויתור על פרטיות ילדיהם למשימה שספק אם היא אפשרית. על כל זאת יש להוסיף את העובדה שבתקופת גיל ההתבגרות חייהם של קטינים משתנים בצורה משמעותית ובתוך פרק-זמן קצר יחסית.

131 שמואלי, לעיל ה"ש 103, בעמ' 517-518.

132 דברים ברוח זו נטענו גם על-ידי שמואלי. שם, בעמ' 528.

לנוכח זאת, ולנוכח השינויים בחיי ילדיהם, ספק אם הורים מסוגלים להעריך כיצד ההחלטות שהם מקבלים ביחס לפרטיותם של ילדיהם הצעירים יתפסו על-ידי ילדיהם וישפיעו עליהם בהגיעם לגיל ההתבגרות ובחיייהם הבוגרים. מצב זה ממחיש את הכשל הקיים בהליך של מתן הסכמת הורים לויתור על פרטיות ילדיהם, ואת הצורך לאפשר לקטין לדרוש את ביטולה של הסכמה זו.

עד כאן הוצגו שני כשלים מרכזיים בהליך מתן ההסכמה לויתור על פרטיות אשר רלוונטיים למערכת היחסים בין הורים לילדיהם הקטינים. טענתי היא כי מכיוון שהסכמת הורים ניתנת על רקע פערים ביחסי הכוחות בין הורים לילדים, ומכיוון שלהורים אין האפשרות להעריך באמת כיצד תשפיע הסכמתם על ילדיהם, הסכמה כזו אינה יכולה להיחשב הסכמה מדעת, שמכוחה ראוי לפגוע באופן תמידי בפרטיותם של פרטים בניגוד לרצונם. יובהר כי איני טוען שיש למנוע ככלל מהורים את האפשרות להסכים לפעולות המשפיעות על פרטיות ילדיהם. מעורבותם של הורים בחיי ילדיהם היא קריטית וחשובה. במקרים רבים הסכמת הורים לפעולה הכרוכה בפגיעה בפרטיות ילדיהם היא הכרחית לשם שמירה על טובתם, וביטול סמכות זו עלול לפגוע בילדים עצמם. מעבר לכך, במקרים רבים הסכמת הורים אכן משקפת את רצון הילד ואת צרכיו, ורק בבגרותו (או בהגיעו לגיל ההתבגרות) הסכמה זו נהפכת לבעייתית מבחינתו. נוסף על כך, גם אם ניתן להצדיק מבחינה משפטית את הטענה כי יש למנוע מהורים את האפשרות לתת את הסכמתם לויתור על פרטיות ילדיהם, ברור כי טענה זו לא תתקבל על-ידי ציבור ההורים ו/או קובעי המדיניות. בעניין זה יש להזכיר גם שמול זכותם לפרטיות של ילדים עומדת גם זכותם של הורים לחופש ביטוי והזכות לחנך את ילדיהם כראות עיניהם.

לפיכך אין בדעתי לטעון כי יש להפקיע מהורים את עצם סמכותם להסכים לפעולות המשפיעות על פרטיות ילדיהם. עם זאת, במצב שבו פרט מבקש להביא לידי ביטולה של הסכמה שנתנו הוריו, הכשלים העומדים בבסיסו של הליך מתן ההסכמה מצדיקים הכרה בזכותו לבטל הסכמה זו. כשלים אלה מחייבים התייחסות להסכמת הורים כאל הסכמה "זמנית", ומצדיקים הכרה בזכותו של אדם לחזור מהסכמה לפגיעה בפרטיותו שנתנו הוריו בשעה שהיה קטין.

כפי שאפרט בהמשך, זכות זו אינה מוחלטת, ושאלת אופן יישומה ומידת יישומה הלכה למעשה תלויה בכמה גורמים, כגון גיל הקטין ומידת הפגיעה בפרטיותו. אולם בטרם נגיע לחלק זה ברצוני לטעון כי הכרה בזכות לחזרה מהסכמה הורית נובעת לא רק מעקרונות שבבסיסם של דיני הפרטיות, אלא גם מהשיח בדבר עקרון טובת הילד וזכויותיו. את הדיון בסוגיה נתחיל בסקירת המצב המשפטי בנוגע לפרטיותם של קטינים בדין הישראלי, ולאחר-מכן נעבור להצגת השיח בדבר עקרון טובת הילד וזכויותיו.

ה. פרטיות של קטינים בדין הישראלי – סקירה משפטית

הזכות לפרטיות של קטינים במשפט הישראלי אינה מוסדרת בחוק ייעודי אחד, אלא נובעת מארבעה מקורות שונים: (1) כללי המשפט הבין-לאומי; (2) הוראות הדין החוקתיות החלות על הציבור, ובכלל זה גם על קטינים; (3) החקיקה ה"רגילה" העוסקת בזכות לפרטיות, אשר

אינה מוגבלת בגיל ולכן חלה גם על קטינים; (4) הוראות דין והסדרים ספציפיים הנוגעים בזכות לפרטיות של קטינים בתחומי חיים שונים.

במישור הבין-לאומי, סעיף 16 לאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד, אשר ישראל חתומה עליה, קובע מפורשות כי "ילד לא יהא נתון להתערבות שרירותית או בלתי חוקית בפרטיותו, משפחתו, ביתו או תכתובתו, ואף לא לפגיעות שלא כחוק בכבודו ובשמו הטוב".¹³³ סעיף זה קובע גם כי ילדים במדינות החתומות על האמנה זכאים להגנת החקיקה מפני התערבויות או פגיעות כאמור.

הזכות החוקתית לפרטיות עומדת לילדים במשפט הישראלי מכוח הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. סעיף 7(א) לחוק-היסוד קובע בצורה מפורשת כי "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו". סעיף זה, בדומה לכלל הוראותיו של חוק-היסוד, חל גם על קטינים, וזאת מן הטעם שלזכויות המנויות בו אין מגבלת גיל.¹³⁴

הזכות לפרטיות עומדת לקטינים במשפט הישראלי גם מכוח חקיקה "רגילה" וכללית: כך, חוק הגנת הפרטיות אינו כולל התייחסות מיוחדת לקטינים. עם זאת, הוא חל גם על קטינים מן הטעם שגם בו, כמו בחוק-היסוד, לא נקבעה כל מגבלת גיל. לפיכך הכלל הבסיסי הקבוע בסעיף 1 לחוק זה, שלפיו "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו", חל לכאורה גם על קטינים. סעיף 19 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, הקובע את חובת השמירה על סודיות רפואית כלפי כל מטופל, חל אף הוא גם על קטינים, שכן גם סעיף זה אינו כולל כל סייג המתייחס לגיל המטופל.¹³⁵ על-פי אותו עיקרון, גם סעיף 3(א)(5) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, האוסר פרסום ללא הסכמה של תצלום, סרט או הקלטה שמתמקדים במיניותו של אדם ואשר עלולים להשפילו או לבזותו, חל גם על קטינים.

במישור הפרטני החקיקה הישראלית כוללת כמה הוראות דין ספציפיות העוסקות בהגנה על מידע בנוגע לילדים. מפאת רוחב היריעה המוגבל אציג רק כמה דוגמאות לחקיקה כזו. כך, סעיף 14 לחוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000, קובע חובת סודיות שלפיה כל אדם שהגיע אליו מידע על תלמיד במסגרת מילוי תפקיד שהוטל עליו לפי חוק זה חייב לשמור את המידע בסוד, ולא לגלותו אלא לצורך ביצוע תפקידו.¹³⁶ סעיף 70(ג) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984, מטיל איסור פלילי על פרסום, ללא רשות בית-המשפט, של פרטי קטין שהינו נאשם או עד בהליך פלילי. סעיף 24 לחוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960, אוסר פרסום פרטים מזהים של קטין בניסיונות מסוימות, כגון במקרים שבהם הקטין ניסה להתאבד או הובא לפני בית-משפט. האיסור חל גם על פרסום דבר המקשר קטין לבדיקה או טיפול פסיכיאטריים, וכן על פרסום תמונות עירום של קטין שמלאו לו חמש שנים ואשר יש בפרסום כדי לזהותו. סעיף 214(ב) לחוק העונשין קובע עונש של חמש שנות מאסר על פרסום תועבה ובו דמותו של קטין. סעיף 205 לחוק העונשין אוסר פרסום

133 אמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991) (להלן: אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד).

134 ראו, למשל, אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 163, 165-166 (יצחק זמיר עורך, 1993).

135 ס' 20(א) לחוק זכויות החולה קובע סייגים שונים לחובת שמירת הסודיות, אשר מאפשרים העברת מידע על קטין להוריו או לגורמים אחרים המטפלים בו.

136 לעניין זה ראו גם ת"א (שלום ת"א) 62077-07 ישעיהו נ' עמר (פורסם בנבו, 13.9.2010).

ומסירה של מידע בדבר זנות של קטין. סעיף 19(ג) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, אוסר פרסום פרטים העלולים להוביל לזיהויו של ילד שנולד כתוצאה מהליכי פונדקאות, אלא באישור בית-משפט.¹³⁷

נוסף על כך, החקיקה הישראלית כוללת הוראות דין שמגינות באופן עקיף על פרטיותם של ילדים. סעיף 1 לחוק לגילוי נגיפי איידס בקטינים, התשנ"ו-1996, מאפשר לקטינים בנסיבות מסוימות לערוך בדיקה לגילוי נגיף האיידס מבלי לקבל את אישור הוריהם לכך. סעיף 316 לחוק העונשין מאפשר לקטינה בכל גיל להחליט לבדה על ביצוע הפלה. המשותף להוראות אלה הוא שהן מעניקות אוטונומיה לקטינים לקבל החלטות בנוגע לעצמם מבלי שמידע על כך יועבר לגורמים אחרים, לרבות להוריהם.

נוסף על כך, הסדרים שונים העוסקים בהגנה על מידע בנוגע לקטינים קבועים גם בהנחיות מנהליות, דוגמת הנחיות משרד החינוך.¹³⁸ הסדרה נוספת קיימת בנוגע להשתתפות של קטינים בתוכניות טלוויזיה ובפרסומות.¹³⁹ במקביל נוצרו הסדרים כלליים בנוגע להגנה

137 בעבר נטו בתי-המשפט לא לאשר פרסום פרטים העלולים להוביל לזיהויו ילדים שנולדו בהליכי פונדקאות, וזאת מתוך רצון להגן על זכותם לפרטיות, שהוגדרה כגוברת על אינטרסים של הורים ועל חופש העיתונות וזכות הציבור לדעת. ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 4570/98 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 5.3.1998). אולם עם השנים חל שינוי בעמדה זו. כך, בתמ"ש (משפחה ת"א) 51740/06 חיה נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 19.4.2007) הוחלט להתיר פרסום כתבה על תהליך פונדקאות של זוג הורים ואם נושאת, אך עדיין תוך נקיטת אמצעים לשמירה על פרטיותו של הילד, כגון טשטוש פניו ועוד. בפסיקות מאוחרות יותר חל שינוי נוסף. בפסיקות אלה אושרו לפרסום כתבות העוסקות בנושא אף ללא נקיטת אמצעים מיוחדים לשמירה על פרטיותם של הילדים, וזאת, בין היתר, בשל השינוי בתפיסה החברתית בנוגע לפונדקאות. ראו תמ"ש (משפחה פ"ת) 34631-09-12 חברת החדשות הישראלית בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 20.12.2012); אמ"ץ (משפחה ת"א) 59611-03-16 שטיינברג נ' היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה והשירותים החברתיים (פורסם בנבו, 24.7.2016).

138 ראו, לדוגמה, חוזר מנכ"ל משרד החינוך תשס"ג/7(א) "שמירה על הפרטיות באתרי האינטרנט הבית-ספריים" (2.3.2003), המסדיר כללים בנוגע לפרסום מידע על-אודות תלמידים באתרי המרשתת של בתי-הספר; חוזר מנכ"ל משרד החינוך תשע"ה/9(ב) "סקרים ואיסוף מידע – הנהלים לפעילות מחקרית במערכת החינוך" (3.5.2015), המסדיר כללים בנוגע למידע הנאסף על-אודות תלמידים בבתי-ספר במסגרת סקרים ופעילות מחקרית; חוזר מנכ"ל תש"ע/3(א) "מאגרי מידע בבתי הספר – רישום, דיווח ואבטחת מידע" (1.11.2009), המסדיר כללים בנוגע לשמירת מידע על-אודות תלמידים במסגרת מאגרי מידע בבתי-ספר; וחוזר מנכ"ל משרד החינוך תשע"ה/9(א) "מצלמות במוסדות חינוך – הסדרת הכנסתן ואופן התקנתן" (3.5.2015), הקובע כללים בנוגע להפעלתן של מצלמות אבטחה בבתי-ספר ולטיפולם של בתי-הספר במידע הנאגר במסגרת פעילותן של המצלמות.

139 ראו תקנות עבודת נוער (העברת ילד בהופעה או בפרסומת), התשנ"ט-1999; "אמנה בנושא השתתפות ילדים בתוכניות טלוויזיה" הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו www.rashut2.org; מועצת העיתונות בישראל "תקנון האתיקה המקצועית של העיתונות" (2007) mishkenot.org.il/Hebrew/docs/ethics/takanonim-itonut.pdf (בעל רישיון לשידורים), התשמ"ח-1987; כללי הרשות השנייה

על פרטיות שחלים על כלל הציבור ואשר מתייחסים באופן אגבי גם לקטינים. דוגמה לכך היא הסדר השימוש במצלמות מעקב במרחב הציבורי.¹⁴⁰ ההסדרים האמורים מושתתים בעיקרם על הוראות חוק הגנת הפרטיות ועל העקרונות שבבסיסו. בהתאם לכך, נקודת המוצא של הסדרים אלה היא הגנה ושמירה על מידע הנוגע בילדים, תוך הסדרת האפשרות לחשוף מידע זה לגורמים מוסמכים – אם כתוצאה מקבלת הסכמה לכך ואם כתוצאה מצורך לגיטימי לחשוף את המידע.

לסיכום, אף שהזכות לפרטיות היא זכות חוקתית העומדת גם לילדים, וחרף העובדה שהוראות הדין מתייחסות להיבטים שונים של פרטיות ילדים, בסוגיית ההגנה על מידע בנוגע לילדים – בכלל וברשת בפרט – החוק הישראלי נעדר הסדר כולל וייחודי. החקיקה הישראלית מתייחסת למקרים הניתנים להגדרה כ"מקרי־קצה" (לדוגמה, איסור פרסום שמו של קטין החשוד בפלילים או איסור הפצת תמונות עירום של ילדים מעל גיל חמש), אך שותקת ביחס לשימוש "רגיל" ויומיומי במידע על־אודות ילדים.¹⁴¹ הדין הישראלי משאיר את הטיפול בסוגיה זו באחריותם של הורי הילדים, ואינו מעניק התייחסות ספציפית למעמדה של הזכות לפרטיות של ילדים, לרבות ברשת ולרבות במסגרת מערכת היחסים שבין הורים לילדיהם.

סוגיית זכותם לפרטיות של ילדים מול הוריהם לא נדונה עד כה בצורה ישירה בבתי־המשפט בישראל.¹⁴² ייתכן שהסיבות לכך הן אי־הוודאות השוררת בנוגע לזכותם לפרטיות של ילדים מול הוריהם, אי־הרצון של ילדים לתבוע את הוריהם בדרישה לסעד משפטי ואי־התערבותן של רשויות המדינה בסוגיה זו. אך הנה, בשנת 2012 הכיר בית־המשפט לענייני משפחה בנצרת בזכותה לפרטיות של ילדה בת שנתיים אל מול אביה.¹⁴³ עדות

לטלוויזיה ורדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה), התשנ"ד-1994; כללי הרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בשידורי רדיו), התשנ"ט-1999; מרכז המחקר והמידע של הכנסת "השתתפות ילדים בתוכניות מציאות ובפרסומת – נייר רקע" (2013) www.justice.gov.il/Units/ilita/subjects/HaganatHapratiyut/MeidaMerasham/Hanchayot/42013.pdf 140 ראו הנחיית רשם מאגרי מידע מס' 4/2012 "שימוש במצלמות אבטחה ומעקב ובמאגרי התמונות הנקלטות בהן" (21.10.2012) index.justice.gov.il/Units/ilita/subjects/HaganatHapratiyut/MeidaMerasham/Hanchayot/42013.pdf

141 זה המצב ברוב מדינות העולם. יוצאת־דופן היא צרפת. לאחרונה פורסם כי הורים בצרפת המפרסמים תמונות של ילדיהם ברשתות החברתיות ללא קבלת הסכמתם לכך עלולים להיתבע בעתיד על יסוד פגיעה בפרטיות ילדיהם ובכבודם. הורים הוזהרו כי אם יורשעו, ייתכן שיושאו עליהם עונשים כבדים, דוגמת שנת מאסר או חיוב בתשלום קנס. ראו David Chazan, *French Parents 'Could Be Jailed' For Posting Children's Photos Online*, THE TELEGRAPH (Mar. 1, 2016), <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/france/12179584/French-parents-could-be-jailed-for-posting-childrens-photos-online.html>

142 כאמור, מירב העיסוק של בתי־המשפט בסוגיה זו נגע עד כה בסמכותם של הורים לפרסם באמצעי התקשורת פרטים על־אודות ילדיהם בהקשר של הליכי פונדקאות. ראו ה"ש 137 לעיל.

143 תמ"ש (משפחה נצ') 21852-03-10 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 2.10.2012). בהליך זה קיבל בית־המשפט בקשה של אב לעיין בחלק מחומר חקירה בתיק סגור שכלל סרטון שבו

ראשונה לתחילתה של הכרה בפרטיות של ילדים מול הוריהם בהקשר הרשתי ניתן לראות בפסיקה חדשה יחסית של בית-המשפט לתביעות קטנות בתל-אביב. במסגרת תביעה כספית בגין עוולת לשון-הרע – שהוגשה בשם קטינה בגין דברים שנכתבו עליה ברשת על-ידי קטינה אחרת – נטען, בין היתר, כי על הורי הקטינה הפוגעת היה לפקח על אופן השימוש של בתם ברשת. בית-המשפט דחה טענה זו, וקבע כי "אין זה סביר לדרוש מהורה לבצע בילוש 24 שעות אחר מסרונים ו/או תמונות באינסטגרם ו/או סטטוסים בפייסבוק... נוסף לכך, קיים גם הנימוק הערכי לפיו גם לילד הקטין יש זכות לפרטיות ולא ניתן לקחת ממנו את כל עניין הפרטיות בעניינים אלה".¹⁴⁴ אף שמדובר בהתייחסות קצרה יחסית ובהחלטה של ערכאה נמוכה, ייתכן שדברים אלה מעידים על שינוי בתפיסה המשפטית בנוגע להגנה על זכותם לפרטיות של ילדים, לרבות במערכת היחסים שלהם עם הוריהם. כעת נעבור לדיון ביחסי הורים-ילדים, ונראה כיצד מערכת יחסים זו, והמתח בין עקרון טובת הילד לזכויותיו, טומנים בחובם הצדקה נוספת להכרה בזכות לחזרה מהסכמה הורית לויתור על פרטיות ילדם הקטין.

ו. יחסי הורים-ילדים והזכות לחזרה מהסכמה הורית על יסוד השיח בדבר עקרון טובת הילד וזכויותיו

בטרם נדון בזכות לחזרה מהסכמה הורית הנובעת ממערכת היחסים שבין הורים לילדיהם, יש לשרטט את המסגרת המשפטית הנוגעת במערכת יחסים זו ובמתח שבין עקרון טובת הילד לזכויותיו.

1. סוגיית האפוטרופסות וסמכויות ההורה ביחס לילדו

קטין הוא אדם שטרם מלאו לו שמונה-עשרה שנה.¹⁴⁵ מעמדם המשפטי של קטינים מורכב. מחד גיסא, הדין מעניק לקטינים זכויות ייחודיות העומדות לרוב רק להם, כגון הזכות לחינוך חינוך או להתפתחות. מאידך גיסא, הדין מגביל קטינים מליישם זכויות אזרחיות ופוליטיות בסיסיות ומרכזיות, דוגמת הזכות לבחור ולהיבחר או הזכות להתקשר בחוזים על-פי רצונם. מורכבות זו נובעת מהמתח הקיים בין ההכרה בקטינים כבני-אדם אוטונומיים בעלי זכויות עצמאיות לבין הרצון להגן עליהם.

צולמה בתו בת השנתיים, על-מנת להשתמש בו בתביעת נזיקין שהגיש נגד אם ילדיו בגין פרסום לשון-הרע. בית-המשפט קבע כי האב יוכל להשתמש בתקליטור וביתר העדויות שבתיקי החקירה כראיה בתביעתו. אולם, על-מנת למזער את הפגיעה בכבודה ובפרטיותה של הקטינה, נקבע כי רק באי-הכוח של הצדדים יהיו רשאים לצפות בסרטון וביתר החומרים.
144 ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 53379-11-15 פלוגית נ' אלמונית (קטינה), פס' 15 (פורסם בנבו, 8.9.2016).

145 ס' 3 לחוק הכשרות המשפטית. ראו גם ס' 1 לאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד, לעיל ה"ש 133. שמונה-עשרה הוא הגיל המקובל להגדרת בגרותו המשפטית של אדם ברוב המדינות המערביות. רבקה בר-יוסף "ילדות בסביבה החברתית המשתנה של סוף האלף השני" מגמות מ 365, 368 (2000).

קטינים עד גיל שמונה-עשרה מצויים באחריות הוריהם, הנחשבים האפוסטרופוסים הטבעיים של ילדיהם.¹⁴⁶ הורים מוסמכים – ולעיתים אף מחויבים – לקבל החלטות בנוגע לילדיהם, לרבות כאלה העלולות להשפיע על זכויותיהם וחובותיהם של הקטינים ועל אופן מימושן.¹⁴⁷ סמכות רחבה זו עומדת להורים, בין היתר, על יסוד שלוש הצדקות מרכזיות: הצדקה אחת היא שהאדם המתאים והטוב ביותר לדאוג לילד הוא ההורה שלו, אשר מופקד על התא המשפחתי ומכיר אותו על כל היבטיו, ומכאן שגם הילדים וגם החברה בכללותה יוצאים נשכרים מכך שלהורים עומדת סמכות רחבה ביחס לגידול ילדיהם ולחינוכם;¹⁴⁸ הצדקה שנייה היא שהזכות של הורים לגדל את ילדיהם היא זכות טבעית וראשונית המבטאת את הקשר הטבעי בין הורים לילדיהם;¹⁴⁹ והשלישית היא שההורים הם הראשונים שיצטרכו להתמודד עם המשמעות המעשית של ההחלטה בנוגע לילדם.¹⁵⁰

הדין הישראלי בכלל וחוק הכשרות בפרט מעניקים להורים אוטונומיה רחבה מאוד בכל הנוגע בחינוך ילדיהם ובהתנהלות מולם, ואינם מגבילים כמעט הורים כבואם לתת את הסמכתם לפעולות הכרוכות בפגיעה בזכויות ילדיהם.¹⁵¹ המדינה ובתי המשפט יתערבו

146 ס' 14 לחוק הכשרות המשפטית.

147 סמכות זו קבועה בס' 15 לחוק הכשרות המשפטית, המפרט באילו עניינים על הורים לדאוג לילדיהם. עם זאת, בית-המשפט קבע כי הרשימה אינה רשימה ממצה. ראו ע"א 2266/93 פלוני, קטין נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 241 (1995) (להלן: עניין פלוני). לדיון בעניין זכויותיהם וחובותיהם של הורים כלפי ילדיהם ראו יחיאל קפלן "זכות הילד לתבוע את הוריו בגין התעללות נפשית" מגמות בקרימינולוגיה: תאוריה, מדיניות ויישום – לכבוד ד"ר מנחם הורוויץ בהגיעו לגבורות 463 (מאיר חובב, לסלי סבה ומנחם אמיר עורכים, 2003).

148 ברטלט טענה בעניין זה כי "Parental exclusivity is defended from an instrumentalist perspective on the grounds that the care of children will be handled most efficiently – to the greatest benefit of children and society as a whole – when the task is turned over to the child's parents". ראו Katharine T. Bartlett, *Rethinking Parenthood as an Exclusive Status: The Need for Legal Alternatives When the Premise of the Nuclear Family Has Failed*, 70 VA. L. REV. 879, 891 (1984).

149 לעניין זכותם הטבעית של הורים לגדל את ילדיהם ראו את דבריו של השופט חשין בע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 133, 155 (1996): "זכותם זו של אם ושל אב הייתה ונתקיימה לפני היות חוק וחוקה. משפט הטבע הוא, המשפט שבלבבנו פנימה." ראו גם דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 103 (1995); ע"א 488/77 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב(3) 421, 434 (1978); דנ"א 6041/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 246 (2004).

150 בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת, פס' 59 לפסק-דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 17.9.2014).

151 ס' 17 לחוק הכשרות המשפטית קובע, באופן כללי, כי הורי קטין חייבים לנהוג לטובתו "כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות העניין". ס' 22 לחוק קובע כי הורים לא יישאו באחריות לנזק שגרמו לקטין או לרכושו תוך מילוי תפקידם כאפוסטרופוסים, אלא אם כן הם פעלו לא בתום-לב או לא התכוונו לפעול לטובת הקטין. כהנא טוענת כי "באופן מעשי, התא המשפחתי מתנהל באורח אינטימי ומטבע הדברים, באופן רגיל, החלטות של הורים בהקשר לילדים אינן

בהחלטות של הורים רק כאשר אלה מנוגדות לטובת הילד, וכאשר הן פוגעות באופן חמור ובלתי-מוצדק בזכויותיו.¹⁵²

אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד מבקשת לכטא את האיזון בין הכרה בילדים כבני-אדם הזכאים לזכויות עצמאיות לבין ההכרה בצורך להגן עליהם. האיזון משתקף בשני סעיפים מרכזיים של האמנה: סעיף 3, הקובע כי בכל פעולה אשר נוגעת בילדים ומתקיימת במסגרת ציבורית או פרטית תהא טובת הילד "שיקול ראשון במעלה"; וסעיף 5 לאמנה, הקובע את עקרון הכשרים המתפתחים של הילד, שלפיו יש להתחשב באופן מתאים בצרכיו של כל ילד, וזכויותיהם של ילדים יעמדו להם בהתאם לגילם, למידת בגרותם ולכשריהם המתפתחים.¹⁵³

2. היחס בין עקרון טובת הילד לבין עקרון זכויות הילד

אחת המחלוקות העיקריות ככל הקשור למעמדם המשפטי של קטינים נוגעת במתח הקיים בין עקרון טובת הילד לעקרון זכויות הילד, ובשאלה איזה משקל יש לתת לכל עיקרון במקרים של התנגשות ביניהם.¹⁵⁴

עקרון טובת הילד ועקרון זכויות הילד נחשבים ברמה הנורמטיבית מושגים סותרים.¹⁵⁵ עקרון טובת הילד נחשב עיקרון הגנתי, מכיוון שהוא מדגיש את ההיבטים ההגנתיים של ההווה

חשופות לעין הציבור, וממילא לא נתונות לבקרה". בלהה כהנא חבות של הורים בנויקין כלפי ילדיהם וסוגיות בנויקין בהקשר לקטינים וצדדים שלישיים 31 (2008).

152 ראו את פסק-דינו של הנשיא שמגר בעניין פלוני, לעיל ה"ש 147, בעמ' 238. השופט אור קבע כי "נוכח העוצמה הניכרת של זכות ההורים לאוטונומיה בקבלת החלטות לגבי ילדיהם, נדרש, כדי להצדיק את השימוש בכוחות הנתונים לרשויות המדינה... להתערב בהחלטות ההורים, כי תתקיים... עילה מיוחדת ויוצאת דופן". ראו רע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' אכר (קטין), פ"ד נא(4) 830, 862 (1997). יצוין כי הדין הישראלי אינו מגדיר מפורשות כיצד על הורים לנהוג ביחס לילדיהם. ס' 17 לחוק הכשרות המשפטית קובע כאמור, באופן כללי, כי על הורים "לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות הענין". ראו גם כהנא, לעיל ה"ש 151, בעמ' 27-32. לפי פסיקת בית-המשפט, הורים יחויבו בנויקין בגין הפרת חובותיהם כלפי ילדיהם רק במקרים קיצוניים. ראו ע"א 2034/98 אמין נ' אמין, פ"ד נג(5) 69 (1999), שם נדחה ערעור שהוגש על-ידי אב שחויב בתשלום פיצויים לילדיו על שהזניח אותם והתנכר להם. בתי-המשפט בארצות-הברית הכירו בזכותם של ילדים לתבוע את הוריהם רק בנסיבות שבהן מדובר בהתנהגות זדונית ומרושעת (outrageous conduct) של ההורים. ראו Courtney v. Courtney, 413 S.E.2d 418 (1991).

153 להרחבה בעניין עקרון הכשרים המתפתחים ראו תמר מורג "עשרים שנה אחרי: תפיסת זכויות הילד על פי האמנה בדבר זכויות הילד" זכויות הילד והמשפט הישראלי 15, 51-54 (תמר מורג עורכת, 2010).

154 אליקים רובינשטיין "על הקטין במשפט" משפחה במשפט ג-ד 35, 44-40 (2009-2010). ראו גם שולמית אלמוג ואריאל בנדור "טובת ילדים, זכויות האדם" ספר זמיר: על משפט, ממשל וחברה 93 (יואב רותן ואריאל בנדור עורכים, 2005). מחלוקת זו באה לידי ביטוי בעניין פלוני, לעיל ה"ש 147, שם דחה בית-המשפט העליון ערעור של אם על החלטת בית-המשפט המחוזי שחייבה אותה להימנע מלחשוף את ילדיה לתורתה של כת "עדי יהוה".

155 אלמוג ובנדור, לעיל ה"ש 154. כהנא טענה כי "בין העיקרון של 'זכויות הילד' לעקרון 'טובת הילד' קיים קונפליקט מובנה". כהנא, לעיל ה"ש 151, בעמ' 46.

האנושית של הילד יותר מאשר את ההיבטים העצמאיים שלו.¹⁵⁶ עיקרון זה נחשב פטרנליסטי מן הטעם שעצם הקביעה מהי טובתו של הילד נעשית על-ידי בגירים. לפי עיקרון זה, ילדים אינם יודעים מהי טובתם, ולפיכך אין מקום לתת משקל אמיתי לרצונותיהם ולדעותיהם.¹⁵⁷ לעומת זאת, עקרון זכויות הילד נחשב עיקרון ליברלי, אשר נותן קדימות לאוטונומיה של הילד ומדגיש את ההיבטים העצמאיים שלו יותר מאשר את ההיבטים ההגנתיים שלו.¹⁵⁸ ניסיון ליישם את שני המושגים הללו במקביל יוצר מתח מובנה. להלן אציג את התפיסות המבקשות להכריע בין המושגים.

תפיסה אחת מקדשת את טובתו של הילד. פיליפ אלסטון, לדוגמה, טוען כי לשון האמנה והגדרת טובת הילד בה כעיקרון "ראשון במעלה" משמעותן שבהתנגשות בין טובת הילד לזכויותיו תגבר טובת הילד, למעט במקרים קיצוניים וייחודיים שבהם תינתן עדיפות ליישום זכויותיו של הילד. אלסטון טוען עוד כי הגדרת טובת הילד כעיקרון "ראשון במעלה" משמעה העברת נטל ההוכחה לידי מי שטוען כי יש להעדיף אינטרס אחר על טובת הילד.¹⁵⁹ תפיסה שונה גורסת כי בתחילה יש להגדיר ולבחון מהן זכויות הילד הרלוונטיות, ורק לאחר-מכן לבחון אם יישומן יגרום לפגיעה מהותית בטובתו. לפי תפיסה זו, הכרעה על-פי עקרון טובת הילד תתקבל רק במצבים שבהם קיים חשש שיישום זכויות הילד וקבלת הכרעה לפיהן יובילו לפגיעה קשה ומהותית בו. כך, מייקל פרימן טוען כי התערבות באוטונומיה של ילדים ראויה רק במקרים שבהם אי-ההתערבות עלולה לגרום לילד נזק קשה.¹⁶⁰ לפי פרימן, פעולה פסולה המצדיקה התערבות באוטונומיה של הקטין היא פעולה העלולה להשפיע על יכולתו לקבל החלטות בעתיד (future life choices) ועל האינטרסים שלו בצורה בלתי-הפיכה. על-פי תפיסה זו, לקטין תעמוד הזכאות ליישם את זכויותיו, וזולת במקרים שבהם יישום זכויות אלה יביא לידי פגיעה קשה באינטרסים שלו, לרבות באינטרסים העתידיים שלו.¹⁶¹

156 רוברט ליכטפטרן "קבלת החלטה בעניינה של ילדה – לקראת השלמה בין טובת הילדה לבין זכויות הילדה" *זכויות הילד והמשפט הישראלי* 429, 431-432 (תמר מורג עורכת, 2010).

157 שם, בעמ' 432.

158 שם.

159 Philip Alston, *The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights*, 8 INT'L J.L. & FAM. 1, 13 (1994).

160 Michael D.A. Freeman, *The Limits of Children's Rights*, THE IDEOLOGIES OF CHILDREN'S RIGHTS 29 (Michael D.A. Freeman & Philip E. Veerman eds., 1992); Michael D.A. Freeman, *Taking Children's Rights More Seriously*, 6 INT'L J.L. & FAM. 52, 67 (1992).

161 תפיסתו של פרימן מבוססת על עקרון "הפטרנליזם הליברלי", שלפיו יש לאפשר לילדים לקבל החלטות גם בנסיבות שבהן לדעת המבוגר הן שגויות. העיקרון מבוסס על ההכרה בזכותו של הילד לטעות, באוטונומיה ובכבוד שלו כאדם, ועל החשיבות של מתן אפשרות לילדים להתנסות בקבלת החלטות. עם זאת, אין לאפשר לילדים לקבל החלטות שעלולות לגרום להם נזק משמעותי ובלתי-הפיך. ראו M.D.A. Freeman, *Taking Children's Rights Seriously*, 4 CHILD. & SOC. 299, 309 (1987-1988). איקלר טוען באופן דומה כי יש לכבד את רצון הילד כל עוד הוא אינו מזיק לטובתו הפיזית או הנפשית באופן שעלול לפגוע בסיכווי הגעתו לבגרות או למנוע ממנו את האפשרות לקבל החלטות אוטונומיות בעת בגרותו. ראו John Eekelaar, *The*

דברים דומים במהותם טענו אלמוג ובנדור.¹⁶² לשיטתם, פגיעה בזכויות קטינים תותר רק בהתקיים תנאים מסוימים: אם הפגיעה נדרשת עקב חוסר בשלותם של הקטינים וקשייהם לפעול ברצינות; אם הפגיעה היא מידתית, בהתחשב במהות הזכות העומדת על הפרק ובבשלותם של הילדים שבהם מדובר; ואם הפגיעה הצפויה בטובת הילדים משמעותית, וחומרתה עולה בעליל על החומרה שבפגיעה בזכויות.¹⁶³

התפיסה המרכזית המבקשת לאזן בין עקרון טובת הילד לעקרון זכויות הילד מצאה את מקומה ברוח שחיברה "הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה", בראשות השופטת סביונה רוטלוי. על-פי תפיסה זו, טובת הילד היא עיקרון "ראשון במעלה", וזכויותיו, רצונותיו והאינטרסים שלו הם גורמים שלאורם תיקבע טובה זו בכל מקרה ומקרה.¹⁶⁴ כלומר, על-פי תפיסה זו, יש לראות את עקרון טובת הילד כאיזון בין מכלול הזכויות, האינטרסים והצרכים של הילד, לאחר שלכל אחד מהם ניתן המשקל היחסי הראוי בנסיבות העניין. תפיסה זו אינה רואה את עקרון טובת הילד ואת עקרון זכויות הילד כמושגים מתנגשים. היא משלבת את שני המושגים, תוך שהיא קובעת כי זכויותיו של הילד, לרבות רצונו, יהיו שיקול מרכזי בקביעת טובתו.

שאלת היחס בין טובת הילד לזכויותיו נותרה פתוחה הן בכתיבה האקדמית והן בפסיקת בית-המשפט בישראל.¹⁶⁵ ככלל, ניתן לומר שילדים נחשבים נשאי זכויות עצמאיים, ושפגיעה בזכויות אלה יכולה להיעשות רק כאשר היא נדרשת לטובת הילד, תוך בחינת זכויותיו ורצונו, ותוך התחשבות בגילו ובמידת בשלותו הנפשית והקוגניטיבית. לדוגמה, במצב שבו קטין מסרב לקבל טיפול רפואי בניגוד לדעת הוריו, על בית-המשפט לשמוע את הקטין ולהתחשב בדעתו, במיוחד אם מדובר בקטין בוגר המבין את משמעות סירובו. סביר שבית-המשפט גם ייטה לקבל את רצון הקטין, אלא אם כן מדובר במצב שבו אי-קבלת הטיפול תוביל לפגיעה משמעותית בבריאות הקטין או בחייו. במצב כזה סביר שבית-המשפט ייטה להכפיף את זכויותיו של הקטין לטובתו, ולחייבו בקבלת הטיפול.¹⁶⁶

סוגיית היחס בין טובת הילד לבין זכותו לפרטיות, ככל שיש סתירה בין אלה, לרבות במסגרת מערכת יחסים של קטינים עם הוריהם, לא נבחנה עד כה לעומק בפסיקת בית-

Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism,

8 INT'L J.L. & FAM. 42, 53 (1994)

162 אלמוג ובנדור, לעיל ה"ש 154, בעמ' 93-94.

163 שם, בעמ' 119-123.

164 הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה דוח הוועדה חלק כללי 137 (הלית אורן-רשף ותמר פלד-אמיר עורכות, 2003) (להלן: דוח ועדת רוטלוי). ראו גם מורג, לעיל ה"ש 153, בעמ' 41.

165 קפלן "זכויות הילד בפסיקה בישראל", לעיל ה"ש 48, בעמ' 333-334; רובינשטיין, לעיל ה"ש 154, בעמ' 44.

166 דוגמה לכך ניתן לראות בהחלטת בית-המשפט העליון בבג"ץ 2098/91 פלוני נ' פקידת סעד, לשכת הסעד בירושלים, פ"ד מה(3) 217 (1991). לעיון בפסקי-דין נוספים שבהם נתן בית-המשפט משקל לרצון הקטין בנוגע לקבלת טיפול רפואי ראו תמ"א (מחוזי י-ם) 26/82 היועץ המשפטי לממשלה ופלוני נ' ציוידאלי, פ"מ תשמג(1) 225 (1982); תמ"ש (משפחה ת"א) 26442-04-11 מרכז רפואי ת"א סוראסקי-איכילוב נ' א.מ. (קטינה) (פורסם בנבו, 7.7.2011).

המשפט. כעת אטען כי ההצדקה להכרה בזכותו של אדם לחזור מהסכמה הורית לוותר על פרטיותו נובעת גם מהשיח בדבר עקרון טובת הילד וזכויותיו ומהאיזון בין עקרונות אלה.

3. הצדקה לחזרה מהסכמה על יסוד השיח העיוני בדבר טובת הילד וזכויותיו

כפי שראינו, הזכות לפרטיות חשובה לקטינים. עם זאת, אין מדובר בזכות מוחלטת. הזכות לפרטיות של קטינים עשויה להצטמצם ואף לסגת מול הצורך להגן על חייהם ועל בטחונם. אופן מימושה של זכות זו תלוי לא רק ברצונם של הקטינים, אלא גם בגילם וביכולותיהם הנפשיות והקוגניטיביות. במובן זה הזכות לפרטיות של קטינים שונה מזו העומדת לבגירים. האיזון בין הזכות לפרטיות של קטינים לבין אינטרסים אחרים שלהם נעשה, כעיקרון, תחת המסגרת המשפטית של עקרון טובת הילד. על-פי הדין הישראלי, להורים עומדת הסמכות – ולעיתים גם החובה – לתת את הסכמתם לפעולות אשר ככל מצב אחר היו נחשבות פגיעה בפרטיות, וזאת כל עוד הם פועלים מתוך ראיית טובת ילדיהם וכפי שהורים מסורים נוהגים לפעול.¹⁶⁷

המחלוקת המרכזית בקשר למעמדם המשפטי של קטינים עוסקת במתח הקיים בין עקרון טובת הילד לבין עקרון זכויות הילד, ובשאלה איזה משקל יש לתת לכל עיקרון במקרים של התנגשות ביניהם. כפי שראינו, יש כמה תפיסות הנדרשות לשאלה זו – מכאלה המבכרות כמעט תמיד את טובת הילד על זכויותיו ועד כאלה שלפיהן התערבות באוטונומיה של ילדים ראויה רק במקרים שבהם אי-ההתערבות עלולה לגרום לילד נזקים קשים ובלתי-הפיכים. הגישה המרכזית, וכנראה המקובלת ביותר במשפט הישראלי, היא זו של ועדת רוטלוי, שלפיה טובת הילד מהווה עיקרון "ראשון במעלה", וזכויותיו, רצונותיו והאינטרסים של הקטין הם גורמים שלאורם תיקבע טובה זו בנסיבותיו של המקרה הספציפי.

במסגרת מאמר זה איני נדרש להכריע בין תפיסות אלה. עם זאת, אציין כי בדומה לביקורת של שוז על גישתה של ועדת רוטלוי, גם לדעתי תפיסה זו אינה מעניקה ביטוי הולם דיו להכרה בזכויות ילדים.¹⁶⁸ לדעתי, התפיסות של פרימן ושל אלמוג ובנדור מציעות מסגרת הולמת לאיזון בין עקרון טובת הילד לזכויותיו. העיקרון המצוי בבסיסן של תפיסות אלה אוסר פגיעה בזכויות של קטינים בשם טובתם, למעט במצבים שבהם הימנעות מפגיעה כזו עלולה להביא לידי פגיעה קשה ובלתי-הפיכה בקטינים ובאינטרסים שלהם. תפיסות אלה נכונות, לדעתי, שכן הן מבטאות נכונה את מעמדן המשפטי הגבוה של זכויות אדם וזכויות אזרח בתפיסה המשפטית המודרנית.

דברים אלה נכונים גם ביחס לאיזון בין טובת הילד לבין זכותו לפרטיות, כאשר אלה מתנגשים. פיליפ מונטגיו (Montague) טוען כי הזכות לפרטיות היא זכות שאמורה לעמוד ככלל לקטינים, למעט במקרים שבהם יש טעמים מוסריים משמעותיים המצדיקים פגיעה בזכות זו. לטענתו, טעמים אלה עשויים להיות רק כאלה הקשורים למימוש זכויות מיוחדות אחרות של קטינים, כגון הזכות לחיים או הזכות לבריאות.¹⁶⁹ זו, כאמור, הגישה הנכונה גם בעיניי.

167 ס' 17 ו-22 לחוק הכשרות המשפטית.

168 רונה שוז "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת 'תינוק המריבה'" משפחה

במשפט א 163, 183-184 (2007).

169 Phillip Montague, *A Child's Right to Privacy*, 2 PUB. AFF. Q. 17, 30 (1988)

בכל מקרה, רוב התפיסות הרלוונטיות אינן רואות בטובת הילד עיקרון הגובר תמיד על זכויותיו ועל רצונו לממשן. על-פי רובן, ייתכנו מקרים שבהם יש לתת לילד לממש את זכויותיו גם אם הדבר עלול לפגוע בו במידה מסוימת. לעומת זאת, כל התפיסות המרכזיות תומכות בכך שאין לאפשר לקטין לממש את זכויותיו בנסיבות שבהן סביר שמימוש זה יפגע קשות בטובתו ובאינטרסים מרכזיים שלו.

עם זאת, הפרקטיקה במערכת היחסים בין הורים לילדים בנוגע לשמירה על זכותם של קטינים לפרטיות היא שונה לחלוטין. כפי שהוצג, הורים מסכימים לפעולות הפוגעות בפרטיות ילדיהם גם בנסיבות שבהן אין מדובר בפעולות שנועדו דווקא לטובת הילד. בחלק מהמקרים – דוגמת הסכמה להשתתפות בתוכנית מציאות או העלאת תמונה לרשת – הדבר עלול אף להיות מנוגד לטובתו של הקטין.

ההסדרים המשפטיים הקיימים כיום אינם מעניקים הגנה עקרונית ומספקת לפרטיותם של קטינים. הסדרים אלה אינם מגבילים כמעט הורים מלהסכים לפעולות הכרוכות בפגיעה בפרטיות ילדיהם. האוטונומיה הרחבה של הורים לקבל החלטות בעבור ילדיהם, ואי-התערבות המדינה באוטונומיה זו לשם הגנה על פרטיותם של הילדים, יוצרות מציאות שבמסגרתה פרטיותם של קטינים מופרת גם בנסיבות שבהן אין הדבר תואם את העקרונות שבבסיס התפיסות המרכזיות בדבר יישומם של עקרון טובת הילד ועקרון זכויות הילד.

לפיכך, כאשר הסכמה לפעולה הכרוכה בפגיעה בפרטיותו של קטין ניתנה ללא הצדקה מספקת מלכתחילה, או כאשר הנסיבות השתנו והפכו את ההסכמה לבלתי-מוצדקת, מן הראוי שלקטינים תהיה האפשרות לדרוש את ביטולה של ההסכמה. טענה זו מבוססת על שני טעמים מרכזיים אפשריים: האחד הוא שההסכמה שניתנה מנוגדת לעקרון טובת הילד; והאחר הוא שחל שינוי באיזון בין טובת הילד לזכויותיו. להלן אפרט טעמים אלה.

(א) חזרה מהסכמה בשל היותה מנוגדת לעקרון טובת הילד

הסכמת הורים שניתנת בניגוד לעקרון טובת הילד היא החלטה פסולה כעיקרון, אשר אין לכבדה.¹⁷⁰ לפיכך לקטינים צריכה לעמוד הזכות לדרוש את ביטולה. הכרה בזכות זו תאפשר לקטינים לשנות את אופן השימוש במידע הנוגע בהם ואת מידת חשיפתו במצב שבו ההסכמה לשימוש במידע ניתנה בנסיבות שלא היו מוצדקות מלכתחילה. אבהיר את הדברים. הורים רבים מסכימים לפעולה הכרוכה בפגיעה בפרטיות ילדיהם או פוגעים הם עצמם בפרטיות ילדיהם מבלי שהם נדרשים לשאלה אם הפגיעה בפרטיות מוצדקת ואם היא מתיישבת עם עקרון טובת הילד. במקרים רבים ההסכמה ניתנת ללא הצדקה מספקת. על-פי התפיסות המרכזיות בדבר טובת הילד וזכויותיו, שפורטו לעיל, הסכמה כזו עשויה להיחשב הסכמה פסולה.

טלו לדוגמה הורים המעלים תמונות של ילדיהם לרשתות החברתיות כחלק מהבעת תמיכה באמירה גזענית או במסע תעמולתי שנוי במחלוקת מבחינה פוליטית, דוגמת המסע לקידום הצעת חוק עונש מוות למחבלים.¹⁷¹ הורים כאלה אינם פועלים על-פי-רוב מתוך

170 ראו באופן דומה גם שמואלי, לעיל ה"ש 103, בעמ' 521.

171 כחלק ממסע לקידום הצעת חוק עונש מוות למחבלים של חבר הכנסת לשעבר שרון גל, העלו הורים לרשתות החברתיות תמונות של ילדיהם מחזיקים שלטים שבהם כתוב כי גם הם תומכים

ראיית טובת ילדיהם, אלא מתוך שיקולים ואינטרסים אחרים, פוליטיים או אישיים. הורים אלה משתמשים בילדיהם לצורכיהם הפוליטיים, ופוגעים בפרטיותם ללא הצדקה אמיתית ומבלי שלקטינים תצמח תועלת אישית מהפרסום.¹⁷² יתרה מזו, פרסום כזה עלול לפגוע בקטינים בעתיד מבחינה חברתית או בשעה שיבקשו להתקבל למסגרת לימודים או למקום עבודה. ניתוח סיטואציה זו מבעד למשקפיהן של רוב התפיסות בדבר טובת הילד וזכויותיו, לרבות גישותיהם של פרימן, של אלמוג ובנדור ואף של ועדת רוטלוי, יובילנו ככל הנראה למסקנה כי מדובר בפעולה פסולה, המנוגדת לעקרון טובת הילד ואף לצינוי הקנטיאני, המחייב לראות כל אדם כמטרה בפני עצמו, ולא כאמצעי. עם זאת, במצב המשפטי הנוכחי הדין הישראלי מתיר להורים לפעול כאמור, ואינו מעניק מזור לילדים המבקשים את מחיקת המידע.

לגישתי, במצב כזה – שבו ההסכמה לויתור על פרטיותו של קטין ניתנה על-ידי הוריו ללא הצדקה מספקת, ואי-אפשר להראות כי היא נעשתה לטובתו הספציפית – צריכה לעמוד לקטין הזכות לדרוש את ביטול ההסכמה. הצדקה זו היא עקרונית, ונובעת מראיית הקטין כאדם אשר זכאי לכך שהחלטות בעניינו יתקבלו בהתאם לעקרונות המשפטיים והמוסריים המחייבים האמורים להנחות את הגורמים הרלוונטיים, לרבות הוריו. אי-הכרה בזכות זו תכבול קטינים להחלטה פסולה שניתנה בניגוד לעקרונות שהיו אמורים להגן עליהם ולהנחות את הוריהם.

זו הצדקה עקרונית המבוססת על עקרון טובת הילד. מבחינה מסוימת ניתן לעגן אותה גם בדיני החוזים. סעיף 30 לחוק החוזים קובע כי "חווה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל". בית-המשפט הרחיב מסגרת זו כדי לפסול חוזים שנתפסו בעיניו כבלתי-מוסריים, לרבות במסגרת יחסי הורים-ילדים, וזאת במטרה להגן על עקרון טובת הילד.¹⁷³ משמעות הדבר היא שהדין הישראלי מכיר באפשרות לבטל חוזה על יסוד היותו מנוגד לעקרון טובת הילד. עם זאת, כלל זה מתייחס

בעונש מוות למחבלים. מערכת וואלה! NEWS "מטריד בפייסבוק: הילדים של קמפיין עונש מוות למחבלים" וואלה! NEWS 12.7.2015 tech.walla.co.il/item/2871858

172 בניגוד למסע התמיכה בעונש מוות למחבלים, יש מסעות פוליטיים שניתן להצדיק השתתפות של ילדים בהם מן הטעם שהם עוסקים בנושאים הקשורים ישירות לחיי הילדים, ומן הטעם שהם שנויים פחות במחלוקת מבחינה מוסרית ופוליטית, דוגמת המאבק להורדת צפיפות תלמידים בכיתות. ראו רויטל בלומנפלד "מחאת הסרדינים" מחריפה: כל בתי הספר בארץ יושבתו ביום ראשון" וואלה! NEWS 23.6.2015 news.walla.co.il/item/2866372

173 דוגמה מרכזית לתפיסה זו ניתן לראות בפרשה שבה קבע בית-המשפט העליון כי חוזה בין הורים שפוטר הורה מכל אחריות כלפי ילדו, ואשר תוצאתו המסתברת היא פגיעה משמעותית בקטין ובזכויותיו, יכול שייפסל מטעמים שבתקנת הציבור. ראו ע"א 614/76 פלמונית נ' אלמוני, פ"ד לא(3) 85 (1977). ראו גם שמואלי, לעיל ה"ש 103, בעמ' 521. פרידמן טען כי "עקרון תקנת הציבור משמעותו כי לחופש החוזה יש גבולות. נכון הוא כי תקנת הציבור מחייבת ביצוע חוזים אך זאת בתנאי, כמובן, שאין הם סותרים את תקנת הציבור". דניאל פרידמן "חוזים אחרים, תום לב ותקנת הציבור" עיוני משפט ז 431, 434 (1980).

למקרים קיצוניים בלבד, החותרים בצורה מהותית תחת עקרון טובת הילד.¹⁷⁴ לפיכך הוא אינו מספק ואינו תואם את השיח התיאורטי בדבר טובת הילד וזכויותיו. במסגרת מאמר זה ברצוני לטעון – בצורה רחבה יותר ובהתבסס על העקרונות שבבסיס השיח בדבר טובת הילד וזכויותיו – שכאשר הסכמת הורים לפעולה הפוגעת בפרטיות ילדם ניתנת בנסיבות שאינן מצדיקות פגיעה זו, וכאשר הפעולה אינה נעשית לטובתו במובנה הישיר והבסיסי ביותר, ראוי שלקטין תעמוד הזכות לדרוש את ביטול ההסכמה על יסוד הפרה של עקרון טובת הילד. כפי שהוצג קודם לכן, הדין הישראלי אינו מתערב בהחלטות של הורים הפוגעות בפרטיות ילדיהם אלא במקרי-קיצון. הדין הישראלי מבטא בעניין זה את העמדה הרווחת בחברה, קרי, שלהורים עומדת הזכות להסכים לפעולות הפוגעות בפרטיות ילדיהם גם אם אין הצדקה ברורה לכך וגם אם הדבר עלול לפגוע בטובתם. במילים אחרות, פעולות הפוגעות בפרטיותם של ילדים מול גורמים שונים – כגון העלאת תמונות של ילדים לרשת על-ידי הוריהם, רישומם לתוכניות מציאות או שימוש של הורים במערכת של "בית חכם" לשם מעקב אחר ילדיהם – אינן נתפסות, הן מבחינה חברתית והן מבחינה משפטית, כפעולות פסולות הפוגעות בטובת הילד. לפיכך בפועל אין כיום הכרה בזכותם של ילדים לדרוש מגופים האוספים מידע בנוגע אליהם את הפסקת השימוש במידע ואת מחיקתו. זהו מצב בעייתי המחייב תיקון.

על יסוד הטעמים שפורטו קודם לכן, אין כוונתי לטעון כי יש להפקיע מהורים את עצם הזכות להסכים לפעולות העלולות לפגוע בפרטיות ילדיהם במקרים שאינם קיצוניים. עם זאת, הכרה בזכותו של קטין (או של קטין שבגר) לדרוש את ביטול ההסכמה ההורית במקרים אלה, מן הטעם שהיא לא ניתנה לטובתם, תתאם את השיח בדבר טובת הילד וזכויותיו, ותאפשר לילדים לשלוט במידע הנוגע בהם, וכל זאת מבלי להידרש לקביעה אפריורית כי מדובר בפעולות פסולות ומבלי לחייב ילדים לתבוע את הוריהם.

(ב) חזרה מהסכמה לנוכח שינוי באיזון בין טובת הילד לזכויותיו

זכותו של קטין לחזור מהסכמה שנתנו הוריו לוותר על פרטיותו יכולה לחול גם כאשר ההסכמה ניתנה בנסיבות מוצדקות לכאורה (או מוצדקות לשעתן), קרי, בנסיבות שבהן הפגיעה בזכות לפרטיות של הקטין נעשתה מתוך ראיית טובתו. טלו לדוגמה הורים החושפים פרטים רגישים על-אודות ההתנהגות של ילדם בן השש במסגרת התייעצות בעמוד של קבוצת הורים בפייסבוק. הפגיעה בפרטיות הקטין העלולה להיגרם כתוצאה מחשיפה זו מאוזנת בנסיבות אלה מול הטובה העשויה לצמוח כתוצאה מהשיתוף ומההיוועצות. אומנם, על-פי התפיסות של פרימן ושל אלמוג ובנדר, ספק אם הפגיעה בפרטיות הקטין תוכל להיחשב מוצדקת בנסיבות אלה, במיוחד אם אין מדובר במצב קיצוני המצדיק פגיעה כזו. לעומת זאת, על-פי תפיסתה של ועדת רוטלוי – הרואה את טובת הילד כעקרון-על המשקלל את זכויותיו של הילד ואת האינטרסים השונים שלו – ייתכן שהפעולה לא תיחשב פעולה פסולה המנוגדת לעקרון טובת הילד, וזאת מן

174 כפי שעולה מפסיקת בתי-המשפט בנוגע לפרסום פרטיהם של ילדים שנולדו בהליכי פונדקאות, בתי-המשפט אינם רואים כיום בעצם פרסומם של הפרטים משום צעד פסול המנוגד לעקרון טובת הילד. ראו ה"ש 137 לעיל.

הטעם שמול הפגיעה בפרטיות הקטין עומד האינטרס שלו ושל הוריו להביא לידי שיפור במצבו. זהו אינטרס משמעותי, שיכול לגבור בנסיבות אלה על זכותו לפרטיות של הקטין. עם זאת, מכיוון שההתכתבות מצויה ברשת ובמאגרי מידע דיגיטליים (ומכאן שהיא עשויה להיות חשופה לא רק לפני חבריו של הקטין, אלא גם לפני גורמים מסחריים, העשויים להשתמש במידע לצרכים כלכליים, וכן לפני גורמים מדינתיים, העשויים להשתמש במידע לצורכיהם – לדוגמה, במסגרת הליך המיון של הקטין לצה"ל), בחינת האיזון בין טובת הילד לזכותו לפרטיות חייבת להביא בחשבון גם את מאפייני הזמן ואת שינוי הנסיבות הנובע מגילו המשתנה של הקטין. במובן זה, אף שייתכן שעקרון טובת הילד יגבר על זכותו של הקטין לפרטיות בהיותו ילד בן שש, הדברים עשויים להשתנות כאשר הוא ייהפך למתבגר. בשלב ההתבגרות חל שינוי בתפיסת הפרטיות של קטינים ובצורך שלהם להביא זכות זו לידי ביטוי. בהתאם לכך ייתכן שההפכותו של הילד למתבגר תשנה את האיזון בין טובת הילד לזכותו לפרטיות, באופן שיהפוך את הפגיעה בשלב זה לפסולה.

ההכרה בזכותו של קטין לחזור מהסכמה שנתנו הוריו לויתור על פרטיותו תבטא גם את ההכרה בשינוי שחל בנסיבות חייו של הקטין, ובכך ששינוי זה עשוי לשנות גם את האיזון שנעשה בעבר בין טובתו לבין זכותו לפרטיות, שעל יסודו ניתנה ההסכמה. אומנם, בבחינת טובתו של קטין בעת שקילתה הראשונית של פעולה מסוימת יש להתחשב גם בשאלת השפעתה של הפעולה על עתידו.¹⁷⁵ אולם התחשבות זו בעייתית, שכן קשה – ולעיתים בלתי־אפשרי – להעריך כיצד פעולה מסוימת תיתפס על־ידי הקטין בעתיד, ואיזה משקל יש לתת לחשש מפני השפעה עתידית שלילית מול הרווח המידי שעשוי לצמוח לקטין בהווה. לפיכך ראוי להכיר בזכותו של קטין לדרוש את ביטולה של הסכמה שניתנה על־ידי הוריו לויתור על פרטיותו, וזאת לנוכח השינוי שחל בנסיבות ובתפיסת טובתו של הקטין, ובשל המשקל שיש לתת לזכויותיו ולרצונו.

* * *

מן האמור עולה כי ההצדקה להכרה בזכותו של אדם לחזור מהסכמה לויתור על פרטיותו שניתנה על־ידי הוריו בשעה שהיה קטין נובעת גם מהשיח בדבר טובת הילד וזכויותיו. הנוהג של הורים להסכים לויתור על פרטיות ילדיהם בנסיבות שאינן הכרחיות, ושינוי הנסיבות שהתרחש מאז ניתנה ההסכמה, המחייב בחינה דינמית של האיזון בין טובת הילד לזכויותיו גם במקרים שבהם ההסכמה המקורית הייתה מוצדקת לשעתה, מחייבים הכרה בזכותם של קטינים לדרוש את ביטול ההסכמה.

בנסיבות שבהן המדינה אינה פועלת להגבלת האוטונומיה של הורים בכואם להעניק את הסכמתם לויתור על פרטיות ילדיהם, ביטול ההסכמה בשלב מאוחר יותר על־ידי הילדים הוא למעשה סעד ראוי והכרחי, המביא לידי ביטוי את העקרונות שבבסיס הרעיון בדבר טובת הילד, רצונו וזכויותיו.

175 דוח ועדת רוטלוי, לעיל ה"ש 164, בעמ' 145.

ז. מתווה פתרון – שיקולים לבחינת בקשתו של קטין לחזרה מהסכמה הורית

עד כאן ראינו כי קיימות הצדקות ממקורות שונים להכרה בזכות של אדם לחזור מהסכמה לויתור על פרטיותו אשר ניתנה על-ידי הוריו בשעה שהיה קטין. משמעות הדבר היא הכרה בזכותו של אדם לדרוש את ביטולה של ההסכמה, ומכאן את הפסקת השימוש במידע על-אודותיו ואת מחיקת המידע ממאגרי המידע ומאתרי המרשתת השונים. עם זאת, כפי שכבר צוין קודם לכן, אין מדובר בזכות מוחלטת. השאלה אם במקרה פרטני יש להביא זכות זו לידי מימוש ולקבל את הבקשה צריכה להיבחן על-פי נסיבות המקרה ותוך איזון בין עקרון טובת הילד לבין זכותו לפרטיות. בפרק זה אציג את השיקולים המרכזיים שלאורם יש לבחון את מידת יישומה של הזכות ואת אופן יישומה הלכה למעשה. דיון זה ייעשה על יסוד העקרונות שבבסיס השיח בדבר טובת הילד וזכויותיו, אשר הוצגו קודם לכן. בשלב הראשון נחזור להבחנה בין הסכמה לויתור על פרטיות של קטין שניתנה על-ידי הוריו מתוך ראיית טובתו – ואשר בשלב מאוחר יותר הוא מבקש (בעודנו קטין או לאחר שבגר) את ביטולה – לבין זו שניתנה מלכתחילה בניגוד לעקרון טובת הילד. כפי שנטען קודם לכן, הסכמה של הורים שניתנה מלכתחילה בניגוד לעקרון טובת הילד היא הסכמה פסולה כעיקרון, אשר אין לכבדה. לנוכח זאת טענתי היא כי בנסיבות אלה יש להכיר בזכותו של אדם לחזור מהסכמת הוריו על יסוד הפרת עקרון טובת הילד, וכי זכות זו הינה זכות מוחלטת כעיקרון, המחייבת את ביטול ההסכמה. כך, לדוגמה, ילד שהוריו פרסמו את תמונתו בפייסבוק כאקט תמיכה בהצעת חוק עונש מוות למחבלים זכאי לדרוש מחברת פייסבוק את מחיקת תמונתו ממאגר המידע, וזאת על יסוד זה שהעלאת התמונה על-ידי הוריו לא נעשתה מתוך ראיית טובתו הספציפית, אלא משיקולים אחרים. במצב עניינים זה תהא חברת פייסבוק חייבת לקבל את הבקשה ולמחוק את המידע.

סוגיה מורכבת יותר היא מידת היקפה של הזכות בסוג המקרים הראשון, קרי, בנסיבות שבהן הסכמת ההורים ניתנה מלכתחילה בהלימה לעקרון טובת הילד. בסוגיה זו אעסוק כעת. כפי שנטען, זכותו של קטין לחזור מהסכמה שנתנו הוריו לויתור על פרטיותו יכולה לחול גם כאשר ההסכמה ניתנה בנסיבות מוצדקות לכאורה (או מוצדקות לשעתן) – קרי, בנסיבות שבהן הפגיעה בזכות לפרטיות של הקטין נעשתה מתוך ראיית טובתו – וזאת בעיקר על-סמך שינוי הנסיבות הנובע מגילו המשתנה של הקטין. זכות זו מתיישבת עם הגישות העיוניות המרכזיות בדבר הזכות לפרטיות. עם זאת, אין מדובר בזכות מוחלטת, וההחלטה בעניין צריכה להתקבל על יסוד איזון בין זכותו לפרטיות של הקטין המבקש לבין טובתו, וכן תוך התייחסות לשיקולים נוספים. עתה אפרט את השיקולים המרכזיים שלאורם יש לקבל החלטה זו:

- **גיל המבקש, בגרותו ויכולותיו** – הגיל והיכולות הינם שיקולים מרכזיים בבחינת היחס המשפטי לקטינים. כאמור, סעיף 5 לאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד קובע את עקרון הכשרים המתפתחים של הילד, שלפיו יש להתחשב באופן מתאים בצרכיו של כל ילד, וזכויותיהם של ילדים יעמדו להם בהתאם לגילם, למידת בגרותם ולכשריהם המתפתחים. כך, גם מידת הפרטיות העומדת לקטינים, לרבות מול הוריהם, תלויה בגילם, בבגרותם

וביכולתם הקוגניטיבית והנפשית.¹⁷⁶ אף שהזכות לפרטיות, במובנה הבסיסי, עומדת לכל אדם, ברי כי זכותם לפרטיות של ילדים גדולים יותר, דוגמת בני-נוער, הינה רחבה ומשמעותית יותר מזו של תינוקות או ילדים צעירים. כלל זה רלוונטי גם לסוגיית החזרה מהסכמה הורית. אין ספק שדרישה לחזרה מהסכמה של קטין בן שש אינה זהה במהותה לדרישה דומה של קטין בן שבע-עשרה. נוסף על כך, אי-התחשבות בגיל המבקש עלולה להכפיף את הסכמת ההורים לגחמות רגעיות של בנם הקטין. לפיכך יש לקבוע שככל שמדובר בבקשה של קטין "בוגר" הנתפס כבעל יכולות לקבל החלטות בעבור עצמו, יש מקום להעניק קדימות לזכותו לפרטיות מול ההגנה על טובתו ועל אינטרסים אחרים שלו. לעומת זאת, ככל שגיל המבקש צעיר יותר כן יש לתת קדימות לעקרון טובת הילד, וזאת בהתחשב בשיקולים הנוספים שיוצגו בהמשך. מובן ששיקול זה אינו רלוונטי בנסיבות שבהן מבקש הבקשה הינו בגיר.

- **הצורך בהמשך השימוש במידע על-אודות הקטין לשם הגנה על טובתו – שיקול משמעותי נוסף בבחינת בקשתו של קטין לחזרה מהסכמה הורית הוא הצורך בהמשך השימוש במידע על-אודותיו שנאסף בעקבות הסכמת ההורים, ומידת הכורח בשימוש זה לשם הגנה על טובתו וקידום אינטרסים חיוניים שלו.** לדוגמה, הסכמת ההורים להתיר העברת מידע חינוכי בנוגע לילדם מחטיבת-הביניים לתיכון היא הסכמה לפעולה הכרוכה בפגיעה בפרטיותו של הקטין. דרישת הקטין מהתיכון לבטל את ההסכמה ולמחוק את המידע עשויה להיתקל בהתנגדותם של ההורים, של התיכון ושל מערכת החינוך בכללותה, מן הטעם שהשימוש במידע נועד לטובת הקטין. כלל-האצבע בעניין זה צריך להיות שככל שקיים צורך אמיתי ומשמעותי בהמשך השימוש במידע על-אודות קטין, יש פחות מקום לקבל את בקשתו של קטין לחזרה מהסכמת ההורים. לעומת זאת, ככל שהגורם אשר קיבל את ההסכמה ומחזיק במידע אינו יכול להצדיק עוד את המשך השימוש בו מטעמים של הגנה על אינטרסים לגיטימיים של הקטין, יש מקום לקבל את בקשת הקטין לחזרה מהסכמת ההורים. יובהר כי הנטל של הצדקת הצורך בהמשך השימוש במידע על-אודות קטין, אם זה ביקש את מחיקתו, צריך להיות מוטל על מחזיק המידע, ואין לדרוש מן הקטין להצדיק את בקשתו על-ידי הוכחת העדר צורך כאמור.
- **עוצמת הפגיעה בפרטיותו של הקטין ורגישות המידע –** כאמור, הנחת-המוצא לדיון היא שכל איסוף מידע על-אודות קטין ושימוש בו ללא קבלת הסכמתו לכך מהווים פגיעה בפרטיותו. באופן מסורתי היה נהוג להבחין בין מידע רגיש על-אודות אדם לבין מידע שאינו כזה, ולראות חשיפת מידע שאינו רגיש כפגיעה פחותה בפרטיותו של אדם.¹⁷⁷ עם זאת, בעידן המידע הדיגיטלי וה-*Big Data* ההבחנה בין מידע רגיש לבין סוגי מידע

¹⁷⁶ שמואלי ובלכר-פריגת כתבו בעניין זה כך: "We contend that children should have an individual right for privacy against their parents, while recognizing that this right should be qualified according to the child's age and evolving capacities". ראו Shmueli & Blecher-Prigat, לעיל ה"ש 4, בעמ' 763.

¹⁷⁷ הבחנה בין סוגי מידע קבועה בחוק הגנת הפרטיות. ס' 7 לחוק מגדיר מידע רגיש בהקשר של מאגרי מידע כ"נתונים על אישיותו של אדם, צנעת אישיותו, מצב בריאותו, מצבו הכלכלי, דעותיו ואמונתו". לדיון ביחס שבין רגישותו של מידע לבין מידת הפגיעה בפרטיותו, ולביקורת על פסיקת בית-המשפט בנושא, ראו מיכאל בירנהק "חשיפה מקוונת וחשיפה משפטית: על

אחרים נעשתה חשובה פחות, מן הטעם שבסביבה הדיגיטלית קל לקשר בין פרטי מידע "תמימים", שאינם נתפסים כרגישים, באופן היוצר מידע רגיש על-אודות אדם ומביא לידי זיהויו.¹⁷⁸ לפיכך העובדה שהמידע שקטין מבקש למחוק אינו נתפס כרגיש אינה אמורה להוות שיקול לאי-קבלת בקשתו של הקטין לחזור מהסכמת הוריו לויתור על פרטיותו. עם זאת, במצב ההפוך, שבו מדובר במידע העשוי להיחשב רגיש (דוגמת מידע על-אודות מצב בריאותו או נטייתו המינית של הקטין), יש בכך כדי לתת עדיפות וקדימות לבקשתו של הקטין לחזור מההסכמה, למחוק את המידע ולהפסיק את השימוש בו.

- **מהות הפגיעה באינטרסים של מחזיק המידע ומידת הפגיעה בהם** – במקרים רבים קבלת בקשת לחזרה מהסכמה הורית עלולה לפגוע בגורם אשר מחזיק את המידע ועושה בו שימוש. לפיכך, במסגרת שקילת הבקשה יש לבחון כיצד ובאיזו מידה הצד המחזיק במידע עלול להיפגע כתוצאה מקבלת הבקשה. במסגרת בחינה זו יש להתחשב בנתונים שונים, כגון אורך הזמן שהצד שכנגד החזיק במידע, אופן השימוש שלו במידע ומידת ההסתמכות שלו על המשך השימוש במידע. יובהר כי למחזיקי המידע עשויים להיות אינטרסים לגיטימיים בהמשך שמירתו. כך, לדוגמה, בעל עסק עשוי להיזקק לתיעוד עסקותיו לשם הגנה מפני טענות על חיוב בלתי-מוצדק, ומוסד עשוי לרצות לשמור את רשימת המבקרים בו כדי לזהות מי גנב ממנו או חיבל ברכושו.¹⁷⁹ אלה אינטרסים לגיטימיים העשויים להצדיק דחיית בקשה לחזרה מהסכמה הורית, אך נטל ההוכחה בעניין זה צריך להיות מוטל על כתפיהם של מחזיקי המידע. עם זאת, אבקש להבהיר כי שיקולים כלכליים של מחזיק המידע אינם אמורים, כשלעצמם, להוות שיקול לדחיית הבקשה לחזרה מהסכמה. במקרה של פגיעה כלכלית ספציפית העלולה להיגרם כתוצאה מקבלת הבקשה לחזרה מהסכמה הורית, הפתרון הראוי צריך להיות בצורת פיצוי כספי, ולא דחיית הבקשה. ארחיב על סוגיה זו ביתר פירוט בפרק הבא.
- **עניין לציבור ואינטרסים ציבוריים** – כעיקרון ייתכנו מקרים שבהם המידע שקטין מבקש למחוק הוא כזה של ציבור יש עניין בו, ומחיקתו תהא מנוגדת לאינטרסים ציבוריים לגיטימיים. דמיינו מצב שבו הורה מפרסם ברשתות חברתיות כי ילדו נפגע כתוצאה מטיפול תרופתי לקוי, וזאת במטרה למנוע את המשך השימוש של ילדים באותה תרופה. לאחר הפרסום הילד מבקש את מחיקת המידע בטענה כי מדובר בפגיעה בפרטיותו, וזאת חרף העובדה שמידע זה עשוי להיות בעל ערך רב לציבור, ואף להביא לידי הצלת חייהם של ילדים רבים. במקרה זה ובמקרים אחרים שבהם יש עניין ציבורי משמעותי בהמשך השימוש במידע ייתכן שיהיה זה מוצדק לדחות את בקשת הקטין לחזרה מהסכמת הוריו. עם זאת, במקרים כאלה ראוי לשקול אפשרות להפוך את המידע לאנונימי ככל האפשר (תהליך המכונה "התמתת מידע" – data de-identification), באופן שיאפשר את המשך הפרסום תוך ניסיון לענות על הצורך של הקטין בפרטיות.

פרטיות ופומביות של פסקי דין ברשת" משפטים מח (צפוי להתפרסם ב־2018), בעמ' 10, 17-19.

178 שם, בעמ' 18.

179 בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 101. שיקולים אלה תואמים את אלה המפורטים בס' 65 לרפורמת ה-GDPR, לעיל ה"ש 89.

עד כאן מניתי חמישה שיקולים מרכזיים שיש לשקול בעת בחינת בקשתו של קטין לחזרה מהסכמת הוריו לויתור על פרטיותו. מובן שקיימים שיקולים נוספים שעשויים להיות רלוונטיים בהתאם לנסיבות הפרטניות של כל מקרה ומקרה. בפרק הבא אדון בסוגיית הפגיעה הכלכלית העלולה להיגרם כתוצאה מקבלת בקשתו של קטין לחזרה מהסכמת הוריו, ואטען כי אין בפגיעה אפשרית זו כדי למנוע הכרה בזכות לחזרה מהסכמה הורית.

ח. פגיעה בצד שכנגד

הנימוק המרכזי לאי-הכרה בזכות לחזרה מהסכמה הוא הפגיעה הכלכלית העלולה להיגרם לצד שקיבל את ההסכמה. בפרק זה אחרד ביקורת זו, אך אטען כי אין בה כדי להוות חסם אמיתי להכרה בזכות האמורה.

הורים המסכימים לויתור על פרטיות ילדיהם עושים זאת, למעשה, תחת מסגרת חוזית, שבה הם מאפשרים לצד שכנגד לאסוף מידע בנוגע לילדיהם ולהשתמש בו. הסכמה זו יוצרת אצל הצד שכנגד הסתמכות וציפייה שהוא יוכל להשתמש במידע, לרבות לשימושים מסחריים.¹⁸⁰ הסכמה כזו – המאפשרת להעביר מחברה אחת לחברות אחרות מידע שעשוי להיות בעל ערך לגבייהן – היא הבסיס שעליו בנוי המודל הכלכלי של חברות כגון פייסבוק, טוויטר וגוגל.¹⁸¹

דרישה של קטין (או של קטין שבגר) לביטול ההסכמה שניתנה על-ידי הוריו לויתור על פרטיותו מהווה למעשה דרישה לביטול חוזה. דרישה זו עלולה לפגוע באינטרסים כלכליים של גורמים שונים. לדוגמה, דרישה של קטין למניעת שידור של תוכנית בהשתתפותו עלולה לפגוע כלכלית בחברת הפקות שהשקיעה כספים בצילום התוכנית וכן לפגוע במוניטין שלה. חיוב של רשת חברתית להפסיק לסחור במידע הנוגע בקטין משמעותו פגיעה ברווח עתידי שהיה יכול לצמוח לחברה משימוש במידע זה, ואשר חברה זו הסתמכה עליו.

חרף האמור, טענתי היא כי אין בפגיעה זו באינטרסים של צדדים שכנגד כדי לחסום הכרה בזכותו של אדם לדרוש את ביטול ההסכמה לויתור על פרטיותו שניתנה על-ידי הוריו בשעה שהיה קטין. ראשית, כפי שצוין לעיל, בנסיבות שבהן הסכמת ההורים תיחשב מלכתחילה בלתי-מוצדקת, בשל פגיעה קיצונית בטובת הילד, ניתן לראות את החוזה בין

180 להרחבה על אינטרס הציפייה, אינטרס ההסתמכות ואינטרס ההשבה ראו יהודה אדר "קרן אור על אינטרס ההסתמכות" ספר אור 343 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים, 2013). נוסף על כך ראו אריאל פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים 235 (1997); דניאל פרידמן "אינטרס הקיום בפצויות חוזיים" 141 ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008).

181 בס' 9 להסכם הנאי השימוש של פייסבוק מוצהר כי מטרת השירות היא לספק למשתמשים ולמפרסמים תוכן, לרבות מסחרי, שהוא בעל ערך לגביהם. מוצהר שהמשתמשים נותנים רשות להשתמש במידע שלהם במסגרת ההתקשרות של פייסבוק עם גורמים מסחריים. מודגש שהמשתמשים נותנים את הסכמתם לכך שכל עסק (או ישות אחרת כלשהי) יוכל לשלם לפייסבוק על-מנת לקבל מידע בנוגע אליהם, מבלי שהם יהיו זכאים לפיצוי בגין השימוש באותו מידע. ראו בכתובת www.facebook.com/legal/terms. הצהרה דומה קיימת במסמך מדיניות הפרטיות של טוויטר, הנמצא בכתובת <https://twitter.com/privacy>.

ההורים לבין הגורמים האמורים כחווה פסול ומבוטל.¹⁸² חוזה כזה אינו אמור להניב רווחים לצדדים החתומים עליו. מכאן שהפגיעה הכלכלית העלולה להיגרם לצד שכנגד אין בה כדי להצדיק את המשך אכיפתה של ההסכמה הפסולה. בנסיבות מסוימות ייתכן שאותו צד שכנגד – ככל שהוא ייחשב תם-לב – יוכל לתבוע פיצויים בגין ביטול ההסכמה, אך הוא לא יוכל לתבוע את אכיפתה.

שנית, כאשר מדובר בהסכמות שאינן נתפסות מבחינה משפטית כפוגעות בפרטיות הילדים בצורה קיצונית (ולכן אין בהן כנראה כדי להגדיר את החוזים כפסולים), או בהסכמות שניתנו בנסיבות המצדיקות את הפגיעה בפרטיות הקטינים, נראה שיש מקום להכיר באינטרסים הכלכליים של הצדדים שכנגד. עם זאת, כפי שטען ה'לם, הפתרון המתאים גם בנסיבות אלה הוא פיצויים של אותם צדדים, ולא דווקא אכיפת ההסכמה הראשונית.¹⁸³

גובה הפיצוי שייפסק במצב של קבלת דרישה לחזרה מהסכמה יהיה תלוי בנסיבות המקרה. ניתן לציין כמה שיקולים העשויים לסייע בעניין זה: הזמן שעבר ממועד מתן ההסכמה ועד מועד הדרישה לביטולה (ככל שפרק-הזמן ארוך יותר כן סביר להניח כי הגורם שקיבל את ההסכמה כבר הפיק מהמידע רווח כספי לא-מבוטל, והפיצוי שיינתן, אם בכלל, צריך לשקף זאת); סוג המידע, מידת הפגיעה בפרטיות הקטין הגלומה בפרסומו והרציונל לאיסופו מלכתחילה (ככל שמדובר במידע רגיש ובפגיעה קשה יותר בפרטיות הקטין כן יש מקום לפסוק פיצויים נמוכים יותר – הן על-מנת למנוע מצב שבו חשש מפני השתת פיצוי גבוה על הוריו יניא את הקטין מלדרוש את הפסקת השימוש במידע הנוגע בו, והן על-מנת להביא לידי כך שמידע רגיש על קטינים לא ייאסף מלכתחילה אלא במקרים המחייבים זאת); ההשקעה הכספית שהושקעה על-ידי הצד שכנגד (כך, לדוגמה, סביר שביטול תוכנית טלוויזיה לפני שידורה, בשל בקשת קטין לחזרה מהסכמת הוריו, יזכה את חברת ההפקה של התוכנית בפיצוי גבוה יותר מזה שייפסק בגין מחיקת מידע על-אודות קטין ממאגרי מידע דיגיטליים של רשת חברתית גלובלית); והרווחים העתידיים שיימנעו מהצד שכנגד אם הבקשה תתקבל.

סביר להניח שמדיניות משפטית המכירה בזכותו של אדם לחזור מהסכמה לויתור על פרטיותו שנתנו הוריו בשעה שהיה קטין תשפיע על שוויין הכלכלי של העסקאות שיעשו בין הורים לבין החברות השונות, ושהדבר ישפיע בתורו על גובה הפיצוי העשוי להיפסק במצב של קבלת דרישה לחזרה מהסכמה. מדיניות כזו עשויה גם ליצור הסדרים שיחייבו את הגורמים השונים להתמודד עם אפשרותו של אדם לדרוש את ביטול הסכמת הוריו, כגון חיוב הגורמים בקבלת הסכמה נוספת מאותו אדם עם הגיעו לגיל שמונה-עשרה או חיובם ברכישת ביטוח למקרה שיקבלו דרישה לחזרה מהסכמה.

182 שלו טענה בעניין זה כי "חוזה פסול כמשפטנו הוא בדרך כלל חסר תוצאות ואין בכוחו להעביר זכויות קנייניות". גבריאלה שלו דיני חוזים ב 313 (1999). שאלת תוקפו של חוזה פסול ותוצאות ביטולו, מבחינת מעמדן של הזכויות הקנייניות של הצדדים לו, היא רחבה וחורגת מגבולותיה של עבודה זו. להרחבה ראו דניאל פרידמן "תוצאות אי חוקיות בדין הישראלי לאור הוראות סעיפים 30-31 לחוק החוזים (חלק כללי)" עיוני משפט ה 618 (1977); עופר גרוסקופף "חוזה פסול" חוזים כרך ג 473 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003).

183 ה'לם, לעיל ה"ש 16, בעמ' 49. ראו באופן דומה בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 101.

הכרה בזכותו של קטין שבגר לחזור מהסכמה שניתנה בעבר על-ידי או על-ידי הוריו עשויה ליצור מצב משפטי שבו צד שעושה עסקה בקשר לקטין ולפרטיותו יצטרך להתייחס אליה כאל עסקה שתקפה רק עד למועד בגרותו של הקטין. כך, בהגיע הקטין לגיל שמונה-עשרה יתחייב חידוש ההסכמה. חידוש זה יכול להיעשות בדרך של חתימת הקטין שבגר על חוזה חדש או על בסיס התנהגות שלו שיהיה אפשר ללמוד ממנה על רצונו בהמשך תחולתה של העסקה. הכרה בכך שכל עסקה בנוגע לקטין ולפרטיותו היא עסקה "זמנית", התקפה רק עד למועד בגרותו של הקטין, תשנה את הציפייה של הצדדים בנוגע לתקופת החוזה, ומכאן תאיין את טענתם בדבר פגיעה באינטרס ההסתמכות שלהם בנוגע לשימוש במידע גם לאחר שהקטין הגיע לגיל שמונה-עשרה. מצב זה ישפיע גם על שווי העסקה, אשר יחושב באופן שיביא בחשבון את האפשרות שההתקשרות בין הצדדים תסתיים כאשר הקטין יגיע לגיל שמונה-עשרה, ומטבע הדברים גם על גובה הפיצוי העשוי להיפסק לזכותם עם קבלת בקשתו של קטין לחזרה מהסכמת הוריו.

נוסף על כך, הכרה של הורים כי הסכמה שלהם לוותר על פרטיות ילדם עלולה להביא לידי כך שביום מן הימים הם יידרשו לפצות חברות מסחריות, בגין בקשה של ילדם לחזור מהסכמתם, עשויה להוליד שינוי בפרקטיקה הנהוגה כיום, שבמסגרתה הורים נוטים להסכים לחשיפת מידע על-אודות ילדיהם מבלי לשקול את הדברים לעומקם. ייתכן שהכרה כזו תדרבן הורים להתייעץ עם ילדיהם לפני מתן הסכמה כזו ולקבל את הסכמתם לכך – דבר שהינו חיובי לכל הדעות.¹⁸⁴ עם זאת, ברור גם כי קביעת סכומי פיצוי גבוהים מדי עלולה לגרום להתרעת-יתר של הורים (אשר יחששו להעניק את הסכמתם גם במצבים לגיטימיים) ושל ילדים (אשר יחששו כי בקשתם לחזרה מהסכמה תטיל על הוריהם נטל כספי לא-מבוטל). לפיכך על בתי-המשפט לנקוט בעניין זה משנה זהירות, ולפעול בצורה מדודה אשר תאפשר את יישומה בפועל של הזכות לחזרה מהסכמה הורית לוותר על פרטיות קטינים.

סיכום

הורים רבים מסכימים לפעולות שמשמעותן פגיעה בפרטיות ילדיהם ברשת, החל בהורים נרגשים המעלים לרשת תמונות של ילדם הראשון וכלה בהורים למתבגרים המשתמשים בטכנולוגיות לשם פיקוח ומעקב אחר ילדיהם. למעשה, להורים יש חלק משמעותי בפגיעה בפרטיות ילדיהם ובחשיפת מידע על-אודותיהם ברשת.

אף שלעיתים אין זה נראה כך – ילדים, ובעיקר מתבגרים, מעריכים מאוד את פרטיותם, ומבקשים לשלוט בשימוש שנעשה במידע על-אודותיהם ובאופן זרימתו. לפיכך טוב יעשו הורים אם יכירו בפרטיות ילדיהם, יצמצמו את מידת החשיפה של המידע על-אודותיהם ברשת, יעשו שימוש בטכנולוגיות מעקב רק במצבי-קיצון, וישתפו את ילדיהם בהליך קבלתן של החלטות העוללות לפגוע בפרטיותם.

הילדים הראשונים של העידן הדיגיטלי נכנסים כעת לתקופת הבגרות של חייהם, אל המוסדות להשכלה גבוהה ואל שוק התעסוקה. ההכרה בזכותו של אדם (בגיר או קטין) לחזור

184 ס' 12 לאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד, לעיל ה"ש 133, קובע כי לקטינים יש הזכות להשתתף בהליכי הקבלה של החלטות המתייחסות אליהם.

מהסכמה לויתור על פרטיותו שניתנה על-ידי הוריו בשעה שהיה קטין מאפשרת לו להחזיר לידי את השליטה במידע הנוגע בו. זכות זו נשענת על הצדקות שונות, על אדנים משפטיים מבוססים וכן על הכרה בחשיבותה של הפרטיות לאנשים בכלל ולקטינים בפרט. עם זאת, אין מדובר בזכות מוחלטת. השאלה אם במקרה פרטני יש להביא זכות זו לידי מימוש צריכה להיבחן על-פי נסיבות המקרה ועל יסוד המסגרת המשפטית של עקרון טובת הילד וזכויותיו. מאמר זה מתחבר לשיח המתנהל בתחום זה בשנים האחרונות, שבבסיסו השאלה כיצד על המשפט להתמודד עם עידן המידע והשלכותיו על הזכות לפרטיות. ההתפתחויות הטכנולוגיות השונות, האינטרסים הבטחוניים של מדינות והאינטרסים הכלכליים של חברות ותאגידים פוגעים במעמדה של הזכות לפרטיות, ועלולים אף להכחידה. על כך יש להוסיף את הטענות שהמשפט תמיד "מפגר אחר הטכנולוגיה" ושפרטיות כבר אינה נחשבת נורמה חברתית. מול תהליכים ואמירות אלה על המשפט למצוא דרכים ליישב את המתח שבין הקדמה הטכנולוגית לבין זכותו של הפרט לפרטיות. כלי אחד להתמודדות עם המצב הוא לאפשר לפרט שליטה רבה יותר במידע הנוגע בו, ובכלל זה להכיר בזכותו לדרוש, בנסיבות מסוימות, את מחיקתו.

בשנת 1597 טען הפילוסוף האנגלי המפורסם פרנסיס בייקון כי "ידע הוא כוח" (scientia potestas est – knowledge is power).¹⁸⁵ נראה שבעידן הטכנולוגיה וה-Big Data תפס המידע (information) את מקומו של הידע (knowledge) כמקור מרכזי של כוח פוליטי, מדיני וכלכלי. הכרה בזכותו של אדם לחזור מהסכמה לויתור על פרטיותו שנתנו הוריו בשעה שהיה קטין מבטאת הכרה בחשיבותה של הפרטיות לחייו של אדם וכן בצורך של אדם לשלוט בשימוש שנעשה במידע הנוגע בו. הכרה כזו מחזירה מעט מן ה"כוח" לידיו של הפרט.

José María Rodríguez García, *Scientia Potestas Est – Knowledge is Power: Francis Bacon to Michel Foucault*, 28 *NEOHELICON* 109 (2001)