

כמותו של אדם, המשפט ממהר להתנער ממנו: דיני הקבורה מסדירים את הטיפול בגוף, דיני הירושה מסדירים את העברת הקניין, ותביעות אישיות חדלות. הזירה נשארת לתחום האישי והחברתי. האדם – איננו, אבל הפרסונה שלה או שלו נותרת כזיכרון בקרב מעגלי החיים: משפחה, חברים, עמיתים, מכרים, ולעיתים גם החברה והמדינה. במקרים רבים החיים זוכרים את המתים באמצעות אתרי זיכרון או באמצעות חפצים: תמונות, מכתבים ויצירות שיצרו. אלה הם חפצי זיכרון שמקשרים בין המתים לחיים. כאשר חיינו הופכים להיות דיגיטליים חפצי הזיכרון מומרים לקובצי מחשב, ואתרי אינטרנט הופכים להיות אתרי זיכרון.

המעבר מחפצי זיכרון לזיכרונות דיגיטליים אינו רק שינוי טכני. התפוגגות החומר משנה את זירת הזיכרון בצורה דרמטית. מאמר זה מתמקד בסוגיה של הגישה אל הזיכרונות. כמותו של אדם, לקרוביו יש בדרך כלל גישה ישירה, בפועל, לחפציו. הנורמות החברתיות מתירות את הגישה לחפצים. בסביבה הדיגיטלית, לעומת זאת, יש בדרך כלל גורם ביניים: ספק שירות דוא"ל וענן, רשתות חברתיות, מפעילי יישומים ועוד, שנמצאים בין המנוח לבין משפחתו וחבריו. ספקי השירות קובעים את תנאי הגישה לפי האינטרסים שלהם. הגישה הישירה הופכת לגישה מתווכת; הנורמות החברתיות מוחלפות בתנאים חוזיים, וסוג המידע והיקפו גדל באופן ניכר לעומת המצב האנלוגי. המאמר מציג את ההקשר החברתי של זיכרון המתים ובוחר את מאפייניהם הטכנולוגיים-חברתיים של זיכרונות דיגיטליים בהשוואה לחפצי זיכרון. נבחן את משמעות התיווך המסחרי של הפלטפורמות. נתאר שתי פרקטיקות של גישה לזיכרונות הדיגיטליים: גישה בפועל (למשל, כאשר אדם יודע את סיסמאות הגישה של המנוח), וגישה בדרך של שימוש בכלים ייעודיים שהפלטפורמות מציעות לניהול הזיכרונות הדיגיטליים. האתגר מתעורר כאשר אין גישה בפועל, והכלים של הפלטפורמות אינם מופעלים. כאן, המשפט נכנס לתמונה. עיון בתגובות משפטיות שונות שננקטו בעולם מצביע על שתי גישות עקרוניות עיקריות: גישה קניינית וגישה של פרטיות אחרי המוות. על בסיס ההקשר החברתי והטכנולוגי וניתוח הדינים הקיימים,

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב.
** מרצה, החוג לתקשורת צילומית, המכללה האקדמית הרסה ירושלים, והחוג לתקשורת חזותית, מכללת סמי שמעון; עמית מחקר Centre for Death and Society, Bath, UK.
תודה למשתתפי ומשתתפות הסדנה על המפנה החומרי (צובה, פברואר 2022) על הערות נבונות, ולרוז אשכנזי על סיוע במחקר. המחקר התאפשר הודות למענק של הקרן הלאומית למדעים (ISF), מענק 257/18.

נבחין בין סוגים שונים של זיכרונות דיגיטליים, ונבחן האם ראוי להמשיגם כקניין או כמידע אישי שמוגן לפי דיני הפרטיות.

מבוא

במותו של אדם, המשפט ממחר להתנער ממנו: דיני הקבורה מסדירים את הטיפול בגוף, דיני הירושה מסדירים את העברת הקניין, ותביעות אישיות בדרך כלל חדלות. עם זאת המשפט מחייב של אדם, הזירה נשארת לתחום האישי והחברתי. האדם – איננו, אבל הפרסונה שלה או שלו נותרת כזיכרון בקרב מעגלי החיים: משפחה, חברים, עמיתים, מכרים, ולעיתים גם החברה והמדינה. במקרים רבים החיים זוכרים את המתים באמצעות אתרי זיכרון כמו מצבות ואנדרטאות, או באמצעות חפצים כמו תמונות, מכתבים, יומן אישי או יצירות שיצרו. אלה הם חפצי זיכרון שמקשרים בין המתים לחיים. כיום, חיינו הופכים להיות יותר ויותר דיגיטליים, ואנו מייצרים שובל מידע במהלך חיי היום-יום שלנו, ובהתאמה, גם חומרי הגלם של הזיכרון הופכים דיגיטליים. חפצי זיכרון פיזיים מומרים לקובצי מחשב: יומן אישי דיגיטלי, צילומים וסרטונים ששמורים ב"ענן", תכתובות אלקטרוניות, רשימת האזנה ועוד. אלה הם זיכרונות דיגיטליים (digital remains).¹

המעבר מזיכרונות מעוגני-מרחב פיזי ומעוגני-חפץ (חפצי זיכרון) לזיכרונות דיגיטליים אינו רק שינוי טכני. התפוגגות החומר משנה את זירת הזיכרון בצורה דרמטית. מאמר זה מבקש לברר את היחסים שבין טכנולוגיות של זיכרון והנצחה, פרקטיקות חברתיות משתנות והמשפט. פרק זה שונה משאר פרקי הכרך – בעוד שעמיתנו בוחנים את החומר, אנו דנים בהיעדר החומר.

השינוי מאטומים אנלוגיים לסיביות דיגיטליות מעורר שאלות רבות,² גם בהקשר הנוכחי. כאן נתמקד בסוגיה של הגישה לזיכרונות דיגיטליים. סוגיה זו חשובה כשלעצמה, ובנוסף, היא מזקקת את השינוי מחפצי זיכרון לזיכרונות דיגיטליים. במותו של אדם, לקרוביו יש בדרך כלל גישה פיזית ישירה לחפצים שהיו ברשותו. הנגישות המעשית והנורמות החברתיות בנושא (האם מותר לקרוא יומן אישי של המנוח או שזהו "חיטוט" פסול?) מאפשרות את הגישה לתוכן, שהופך לחומר גלם לזיכרון. לעומת זאת, בסביבה הדיגיטלית בדרך כלל הגישה אינה ישירה, ויש גורם ביניים: ספק שירותי דוא"ל או "ענן", רשתות חברתיות ומפעילי יישומונים, כמו אתרי היכרויות, שנמצאים בתווך שבין המנוח ונתוניו הדיגיטליים לבין משפחתו וחבריו. היקף המידע הדיגיטלי גדול במידה ניכרת מהמקבילה האנלוגית,

1 בחרנו במושג זה משום שהחלופות האחרות מעוררות כל אחת קשיים. למושגים "עזבוני דיגיטלי" או "צוואה דיגיטלית" יש קונוטציות קנייניות גורפות יתר על המידה, כפי שנדגים בהמשך. המושג "מורשת דיגיטלית" עוסק בערכים, תפיסת עולם וחזון ומחמיץ את הפן השגרתי והיום-יומי של המידע הדיגיטלי, ומינוחים אחרים שהוצעו בנושא סובלים מבעיות אחרות. לדיון במושגים השונים לעניין זה, ראו מיכאל בירנהק וטל מורס זיכרונות דיגיטליים: גורלם של תוכן ומידע אישיים אחרי המוות (איגוד האינטרנט הישראלי, 2017; נמצא ב: <https://www.isoc.org.il/files/docs/digital-memories-for-comments-04-2018.pdf>).

2 ראו ניקולס גרופונטי להיות דיגיטלי (עמנואל לוטס מתרגם 1996).

היות שכמעט כל אינטראקציה חברתית או מסחרית מותרה רישום דיגיטלי. ספקי השירות המסחריים שוקלים בראש ובראשונה את האינטרסים שלהם ומעדיפים שלא לאפשר גישה לזיכרונות הדיגיטליים, אלא לפי תנאיהם שלהם. הגישה הפיזית הישירה לחפצי הזיכרון מוחלפת בגישה מתווכת לזיכרונות הדיגיטליים; הנורמות החברתיות מוחלפות בתנאים חוזיים. המשפט נכנס לתמונה ביתר שאת.

כיצד לעצב את הנורמה בנוגע לגישה לזיכרונות דיגיטליים? מי שמתעלמים מהפן החומרי של הזיכרון – ורואים בזיכרון הדיגיטלי המשך של הזיכרון החפצי – יבקשו להחיל כלל משפטי מוכר: דיני הקניין ודיני הירושה. מי שמלכתחילה הדגישו את האדם והזיכרון, בלי קשר לעיגון הפיזי של הזיכרון, יבקשו להאריך את הפרטיות אל מעבר למוות. המאמר טוען ששתי העמדות שגויות. היחס המשפטי הקיים לזיכרונות דיגיטליים כקניין ברהורשה, או במדינות אחרות כפרטיות שלאחר המוות, גם וכוללני מדי, ואינו משקף באופן מספק את הצרכים החברתיים המשתנים. במקום זה, דרושה גישה שתהיה ערה לשינוי מחומר מוחשי למידע לא מוחשי; שתהיה רגישה לדקויות חברתיות; שתאפשר מרחב נשימה לפיתוח טכנולוגי; ושתבחן את הבסיס העיוני של הכללים המשפטיים. באופן רחב יותר, המקרה של זיכרונות דיגיטליים ממחיש כיצד שינויים בחומר, ובכלל זה התפוגגותו, מביאים בשלב הראשון לניסיון לכפות את המשפט על המצב החדש, ובשלב השני לתהליך של בירור מעמיק יותר שבסופו גם החומר וגם המשפט משתנים. נבקש להדגיש: איננו מבקשים לקדם דווקא פתרון מסוים, אלא להסביר את תהליך הפיתוח המשפטי הראוי בעינינו. עיצוב הכללים המשפטיים לסביבה טכנולוגית-חברתית דינמית צריך לבוא מתוך לימוד הצרכים האנושיים, הערכים החברתיים ומאפייני הטכנולוגיה.

חלק א יציג בקצרה את מסגרת הדיון – היחס המורכב שבין משפט לטכנולוגיה. בתמצית, נטען שהאמירה כי המשפט מפגר אחרי הטכנולוגיה כוללנית מדי, וגם ההנחה הנפוצה שמייחסת לטכנולוגיה כוחות על אינה במקומה. טכנולוגיה היא יציר-אדם, ויש לה משמעות רק בהקשרים החברתיים שבהם היא מופעלת. בהתאם, היחסים בין המשפט לטכנולוגיה הם דיאלקטיים. חלק ב יפרוס את ההקשר החברתי של זיכרון המתים ויבחן את מאפייניהם הטכנולוגיים והחברתיים של זיכרונות דיגיטליים בהשוואה לזיכרונות חפציים. נבחן את משמעות התיווך המסחרי של הפלטפורמות. נתאר שתי פרקטיקות של גישה לזיכרונות הדיגיטליים: האחת, גישה בפועל (למשל, כאשר אדם יודע את סיסמאות הגישה של בן זוגו המנוח), והאחרת, גישה מורשית – על ידי שימוש בכלים שהפלטפורמות מציעות, כמו ה־Legacy Contact של פייסבוק ו־Inactive Account Management של גוגל. האתגר הוא כאשר אין גישה בפועל ולא נעשה שימוש בכלים של הפלטפורמות. כאן המשפט נכנס לתמונה. חלק ג יבחן שתי גישות משפטיות עיקריות: גישה קניינית וגישה של פרטיות שלאחר המוות. נבחן את הדין האמריקני – שם יש חוקים מדינתיים שמסדירים את הגישה לתכנים השונים תוך מתן עדיפות לכלים של הפלטפורמות וקביעת סדרה של ברירות מחדל בהמשך, ואת הדין באיחוד האירופי, שם יש מדינות שהאריכו את הגנת הפרטיות אל מעבר לחייו של האדם, בעוד שאחרות נקטו גישה קניינית שלפיה המידע עובר לירשמים. לפי שעה, הדין הישראלי שותק בנושא. לבסוף, נחבר את המרכיבים השונים, על בסיס ההבנה החברתית של הטכנולוגיה ועל בסיס ההבנה של המעבר מחפצי זיכרון לזיכרון דיגיטלי. נבחין בין סוגים שונים של זיכרונות דיגיטליים, ונבחן האם ראוי

להמשיגם כקניין או כמידע אישי שמוגן לפי דיני הפרטיות, או שיש לחזור ולברר עקרונות יסוד של המשפט. בכך, המחקר מבוסס על שילוב תובנות מתחומים של משפט, טכנולוגיה וחברה, לימודי מוות וזיכרון, וניתוח ביקורתי ותיאורטי של המשפט.

א. פרדיגמת המחקר של משפט וטכנולוגיה

"בידוע כי המשפט מדדה בעצלתיים אחר חידושי העולם, וכי החקיקה אינה מדביקה את קצב התקדמות המדע וישומיו". כך כתב השופט נועם סולברג בפסק דין שבחן האם למשטרה יש סמכות להורות לספקים של שירותי גישה לאינטרנט לחסום אתרי הימורים.³ ההנחה השיפוטית – שהמשפט מפגר אחרי הטכנולוגיה – רווחת בציבור ובשיח המשפטי. כעניין טכני, ההנחה נכונה. למשל, חוק האזנת סתר נחקק בשנת 1979, ואך מובן שלא התייחס להאזנה להודעות דואר אלקטרוני,⁴ או לשיחות מוצפנות "מקצה לקצה";⁵ חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, לא יכול היה לקבוע האם פעולה של חיבוב (like) או של שיתוף (share) ברשת חברתית היא בגדר לשון הרע,⁶ וחוק הגנת הפרטיות משנת 1981 לא צפה את יכולות עיבוד הנתונים של נתוני עתק.⁷

כיצד צריך המשפט להגיב לטכנולוגיות חדשות? התשובה מורכבת, ונרונה בהרחבה בספרות בשלושים השנים האחרונות.⁸ בתמצית, פרדיגמת המחקר של "משפט וטכנולוגיה" מניחה שהיחס בין המשפט לטכנולוגיה הוא הידורי: המשפט מגיב לטכנולוגיה המשתנה, בין בדרך של פרשנות משפטית ובין בדרך של חקיקה חדשה; המשפט גם משפיע על הטכנולוגיה, על התפתחותה, ולעיתים אף מגייס אותה לעזרתו. הטכנולוגיה, מצידה, חושפת הנחות סמויות שיש במשפט הקיים ומאתגרת אותן, והיא גם משפיעה על המשפט. הן המשפט והן

3 ע"ע 3782/12 מפקד מחוז תל אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי, פ"ד סו(2) 159, 180 (2013).

4 ראו ת"פ (מחוזי ת"א) 040206/05 מדינת ישראל נ' פילוסוף (נבו 18.9.2007); ולדיון, חיים ויסמונסקי חקירה פלילית במרחב הסייבר 189-194 (2015).

5 דוח משרד המשפטים, שבא בעקבות חשיפה עיתונאית על שימוש משטרת ברוגלה לשם ביצוע האזנות סתר, סבר שאין מניעה להחיל את החוק (כפי שתוקן ב-1995) שמגדיר שיחה בין היתר כ"תקשורת בין מחשבים", גם למצב זה. ראו משרד המשפטים "דין וחשבון: הצוות לבדיקת האזנות סתר לתקשורת בין מחשבים" 38 (2022) (בראשות המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט פלילי), עו"ד עמית מררי), ואת התחקיר של תומר גנון "חברת NSO בשירות משטרת ישראל: פריצות לטלפון של אזרחים ללא פיקוח או בקרה" כלכליסט (18.1.2022) https://www.calcalist.co.il/local_news/article/s1b1xwx6y.

6 בית המשפט העליון השיב בשלילה לגבי חיבוב וביחוב לגבי שיתוף. ראו רע"א 1239/19 שאול נ' חברת ניידלי תקשורת בע"מ (נבו 8.1.2020).

7 לאתגר נתוני העתק, ראו Omer Tene & Jules Polonetsky, *Big Data for All: Privacy and* User Control in the Age of Analytics, 11 Nw. J. Tech. Intell. Prop. 239 (2013); מיקי זר "אנשים שקראו מאמר זה התעניינו גם ב...": על הקשר בין פרטיות לפרופיילינג" משפט חברה ותרכות ב 69 (מיכאל בירנהק עורך 2019).

8 ראו למשל המאמרים בכרך רשת משפטית: משפט וטכנולוגיות מידע (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים 2011).

הטכנולוגיה הם פרקטיקות אנושיות-חברתיות, שמגלמות ערכים שונים. פעמים רבות מה שנחזה להיות מתח בין משפט לטכנולוגיה הוא למעשה עימות בין ערכים מתנגשים. נציג את עיקריה של פרדיגמת המחקר של משפט וטכנולוגיה. מסגרת זו תנחה אותנו בהמשך הדיון, בכחינת המקרה של הזיכרונות הדיגיטליים.

1. המשפט

גישה אחת שבוחנת את היחס שבין המשפט והטכנולוגיה מעמידה את המשפט בעמדת נחיתות מתמדת, ככלי חברתי שמפגר אחרי התפתחויות טכנולוגיות. זה הלך רוח פופולרי, וכאמור יש לו הדים בפסיקה. המשפט מתואר כגוף גמלוני ואיטי לעומת הטכנולוגיה המהירה, ולכן בהכרח כגורם שנמצא תמיד בעמדה מגיבה ולא יוזמת. מסקנה אפשרית אחת מהלך רוח זה היא אי-הרלוונטיות של המשפט. אכן, בשנות התשעים של המאה הקודמת, ככל שהשימוש באינטרנט התרחב, נשמעו הכרזות רבות על מותם של ענפי משפט שלמים: למשל, על מותם של דיני זכות יוצרים ועל מות הפרטיות.⁹ הוויתור על המשפט השתלב עם עמדות ליברטריאניות שמבקשות להרחיק את המדינה מהשוק ומכל תחום פעילות שמוצג כתחום פרטי. כך, המוזיקאי ופילוסוף האינטרנט ג'ון פרי בארלו הצהיר בשנת 1996 על עצמאות האינטרנט, בהצהרה שזכתה לתהודה רבה.¹⁰ בארלו הנגיד בין "אנחנו" ל"אתם", בין חומר (flesh and steel) לרוח (mind), בין התערבות חיצונית להסדרה פנימית. התוצאה הייתה cyber-libertarianism.¹¹ הוויתור על המשפט השתלב עם דגש על זכויות אדם, ובייחוד חופש הביטוי. חקיקה אמריקנית שנועדה להגן על ילדים מפני חשיפה לתכנים פורנוגרפיים ברשת הייתה מהסוגיות הראשונות שחידדו את המתח שבין המשפט לטכנולוגיה; המשפט נתפס כגורם שהגביל את חופש הביטוי.¹² לכל זה הדים גם באתוס נפוץ בתעשיית ההיי-טק: move fast and break things.¹³ גישה זו תובעת מהמדינה ומהמשפט לסגת לאחור ולאפשר לחברות הטכנולוגיה להציע סדר חדש. היא מקבילה לגישה של "נעשה ונשמע" – כלומר

9 ראו בהתאמה Robert C. Denicola, *Mostly Dead? Copyright Law in the New Millennium*, 47 COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 193 (2000); A. Michael Froomkin, *The Death of Privacy?*, 52 STAN. L. REV. 1461 (2000).

10 John Perry Barlow, *A Declaration of the Independence of the Internet*, ELEC. FRONTIER FOUND. (Feb. 8, 1996), <https://www.eff.org/cyberspace-independence>.

11 Jean-Marie Chenou, *From Cyber-Libertarianism to Neoliberalism*, ראו: *Internet Exceptionalism, Multi-stakeholderism, and the Institutionalisation of Internet Governance in the 1990s*, 11 GLOBALIZATIONS 205, 213 (2014).

12 חקיקה זו הובילה להתדיינות משפטית ממושכת בארצות הברית, כאשר החוק המקורי וחוקים מתקנים נדונו בערכאות הפדרליות השונות. ראו: *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).

13 הסיסמה מזוהה עם חברת פייסבוק, שפרסמה אותה כאחד מחמשת עקרונות הליבה שלה במכתב למשקיעים טרם הנפקתה. ראו: Jim Merithew, *Mark Zuckerberg's Letter to Investors: 'The Hacker Way'*, WIRED (Feb. 1, 2012), <https://www.wired.com/2012/02/zuck-letter>.

קודם לפעול ("נעשה"), ורק אז לבחון אם הדבר תואם את ההנחיות ("נשמע"), במקום "נשמע ונעשה".¹⁴ גישה זו מבכרת היעדר רגולציה לכתחילה על פיתוחים טכנולוגיים. גם בלי לוותר על המשפט, גברה ההכרה בקוצר ידו של המשפט לאור טכנולוגיות חדשות. כך, השופטת מיכל אגמון-גונן הדגישה את האנונימיות של עבריינים ומעוולים ברשת ואת הקושי באכיפת המשפט בסביבה גלובלית.¹⁵ ניבה אלקין-קורן הדגישה את עליית כוחם של המתווכים החדשים – שחקנים פרטיים, כמו ספקי גישה לרשת, מנועי חיפוש ורשתות חברתיות.¹⁶ ככל שחברות טכנולוגיה פרטיות, בדרך כלל תאגידים זרים-אמריקניים, צברו כוח, המשפט המקומי הפך לפחות רלוונטי.

המשפט מגיב בתיקון עצמי. דרך אחת לתיקון היא באמצעות פרשנות החוק הישן והתאמתו למצבים חדשים. דרך זו נוקטת פרשנות תכליתית, שאינה עוצרת במילות החוק ומבקשת להבין את הערכים והמטרות שהחוק נועד לקדם.¹⁷ אם התכלית הולמת את המצב הטכנולוגי החדש, ניתן להחיל את החוק הישן על המצב החדש. כך למשל, בית משפט לא התקשה לקבוע שצילום דיגיטלי מוגן לפי דיני זכות יוצרים, הגם שהחוק בשעתו התייחס במפורש לטכנולוגיה אנלוגית של "נגטיב".¹⁸ פרשנות תכליתית של חקיקה ישנה עשויה לעיתים למתוח את החבל יותר מדי, בייחוד כאשר לפרשנות יש השלכה על זכויות אדם. במקרה כזה, כהוראת פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, יש צורך בהסמכה בחוק, ובתי המשפט עמדו על כך שההסמכה תהיה מפורשת דיה.¹⁹ במקרים כאלה מוטב שלא לפרש את החוק בנדיבות, והמלאכה לעדכן את המשפט היא בידי המחוקק.

דרך שנייה לצמצם את הפער בין המשפט לטכנולוגיה היא בחקיקה חדשה.²⁰ יתרונה בכך שהמלאכה מופקדת בידי המחוקק שיש לו כלים טובים לבחון חלופות שונות ולבסס את המדיניות על מצע עובדתי מתאים. חסרונה של החקיקה הוא שהליכיה מורכבים ואיטיים. בנוסף, חקיקה בשלב מוקדם מדי של ההתפתחות הטכנולוגית עלולה לצמצם את מרחב הנשימה שדרוש להתנסות הטכנולוגית. פתרון אחד לאתגרי החקיקה נמצא בטכניקה החקיקתית. כאן נכנסת ההבחנה המוכרת במשפט בין כללים לבין סטנדרטים:²¹ כלל "מתנה תוצאה משפטית

14 שמות, כד 7.

15 מיכל אגמון-גונן "האינטרנט כעיר מקלט? הסדרה משפטית לאור אפשרויות העקיפה הטכנולוגיות וגלובליות הרשת" רשת משפטית: משפט וטכנולוגיית מידע 207 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים 2011).

16 ניבה אלקין-קורן "המתווכים החדשים 'בכיכר השוק' הווירטואלית" משפט וממשל ו 381 (2006).

17 ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 131 (2003).

18 ת"א (שלום ת"א) 190227/02 פרחי גורדון בע"מ נ' פרחים כפר רות בע"מ, פ"מ תשס"ב(3) 604 (2003).

19 כאשר פעולת הרשות פוגעת בזכויות אדם, הפגיעה תותר רק לפי הסמכה מפורשת, מפורטת וברורה. ראו למשל בג"ץ 4455/19 עמותת טבקה – צדק ושוויון ליוצאי אתיופיה נ' משטרת ישראל, פס' 14 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו 25.1.2021).

20 יצחק זמיר "חופש הביטוי באינטרנט" משפט וממשל ו 353 (2006).

21 מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים יז 321 (1987).

בהתקיימות תנאים עובדתיים אחרים, ששאלת התקיימותם ניתנת להכרעה בקלות.²² יתרונם של כללים הוא פְּדיוק, בהתאמה משפטית פרטנית ומחושבת, ולכן הם משפרים את הצפיות והוודאות מצד השחקנים הרלוונטיים, וחסרונם הוא בקשיחות ובשרירותיות. בהקשר הטכנולוגי, החשש הוא מהתיישנות מהירה של הכללים, ולכן צורך מתמיד בעדכון. סטנדרט הוא "נורמה משפטית המתנה תוצאה משפטית מסוימת בהפעלתו של קריטריון (המגלם, בדרך-כלל, ערך מסוים)".²³ סטנדרטים הם היפוכם של הכללים בהיבטים האלה. הם גמישים, יכולים להתאים לטכנולוגיות חדשות ולמצבים חדשים בכלל, אין צורך לעדכן אותם בכל רגע, אבל הם כלליים ולעיתים כוללניים ופוגעים בציפיות ובוודאות המשפטית.²⁴ החקיקה שואפת להיות ניטרלית-לטכנולוגיה, כלומר לא לנקוב בטכנולוגיה מסוימת וכך לעמוד בשינויי הזמן. דרך חקיקתית אחת לכך היא התנסחות כללית בדבר המותר והאסור בלי להזכיר כלל את האמצעים. למשל, סעיף 7(ד) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שממילא מנוסח בצורה "מלכותית",²⁵ קובע כי "אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו". דרך חקיקתית שנייה היא הכללה והמחשה. למשל, חוק האזנת סתר מגדיר "שיחה" תוך שימוש במילה "לרבות" ובפירוט רשימת דוגמאות שאינה ממצה.²⁶ אולם, גם חקיקה ניטרלית-לטכנולוגיה מתקשה להשתחרר מהנחות יסוד בדבר הטכנולוגיה המוסדרת.²⁷ הקושי אינו מפתיע. קשה לדרוש ממחוקק לחשוב על פרדיגמות טכנולוגיות שעוד לא נולדו. שוב, חוק האזנת סתר ממחיש: בעת שנחקק, בשנת 1979, המודל של שיחה היה של שני אנשים שמשוחחים סינכרונית באמצעות טלפון קווי בשירות של חברה ישראלית-מקומית בבעלות ממשלתית. כל המרכיבים השתנו. למשל, שיחה בקבוצת ווטסאפ אינה מתקיימת בטלפון אלא באמצעות "מכשיר חכם", בין מספר רב של משתתפים, לעיתים באופן א-סינכרוני, והכול בפלטפורמה של חברה מסחרית זרה, שכפיפותה לדין הישראלי אינה ישירה.

גם פרקטיקות חברתיות משתנות לאור האפשרויות הטכנולוגיות החדשות. "שיחה" דיגיטלית היא כתובה, מתועדת, ניתנת לשכפול והפצה וזמינה לחיפוש ואֶחזור. בניגוד לשיחה דבורה, שאין לה קיום או נוכחות מעבר לזמן ולמרחב הראשוני שבו התקיימה, שיחה דיגיטלית מתקבעת במחשבים, בטלפונים חכמים ובשרתים חיצוניים. השינויים במעמד הפרקטיקות החברתיות לאור מזמינויות (affordances) טכנולוגיות יעסיקו אותנו בהמשך, בנוגע למעבר מחפצי זיכרון לזיכרונות דיגיטליים.

22 שם, בעמ' 325.

23 שם.

24 שם, בעמ' 328.

25 לניסוחים חוקתיים כניסוחים מלכותיים, ראו אהרן ברק כבוד האדם: הזכות החוקתית ובנותיה – כרך א 177 (2014).

26 ס' 1 לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979: "שיחה – בדיבור או בבוק, לרבות בטלפון, בטלפון אלחוטי, ברדיו טלפון נייד, במכשיר קשר אלחוטי, בפקסימיליה, בטלקס, בטלפרינטר או בתקשורת בין מחשבים".

27 ראו Michael Birnhack, *Reverse Engineering Informational Privacy Law*, 15 YALE J.L. & TECH. 24 (2012).

2. הטכנולוגיה

השיח הפופולרי בנוגע לטכנולוגיה מציג אותה לא אחת כמעין ישות עצמאית שמתקדמת רק בכיוון אחד – קדימה, בקצב מתגבר, ובאופן בלתי נמנע – ובהתאם, שהיא אינה ניתנת לשליטה. הצגה כזו של הטכנולוגיה מדירה את המשפט, שמוצג כגורם זר, מפריע ועוין שיש להרחיקו. זו הרוח שנשבה מהצהרת העצמאות של האינטרנט מפי בארלו,²⁸ זו הרוח שנוחה לתעשיות הטכנולוגיות,²⁹ וזו ההנחה שמבצבצת מאחורי האמירות על כך שהמשפט מפגר אחרי הטכנולוגיה.

למיצוב הטכנולוגיה כגורם עצמאי מצטרפת לא אחת הצגתה כגורם ניטרלי, ככלי שאין לו משמעות ערכית כשלעצמו.³⁰ ביטוי מובהק לגישה זו יש בסיסמת הלובי האמריקני לשימוש בנשק (National Rifle Association (NRA)), "רובים אינם הורגים, בני אדם הורגים".³¹ בהקשרים טכנולוגיים, אנו מוצאים אמירות של ראשי התעשייה שלפיהן הטכנולוגיה אינה טובה או רעה באופן אינהרנטי, אלא היא מה שאנחנו עושים איתה.³² לעמדה כזו יש משמעויות מעשיות. פייסבוק, למשל, מכריזה שהיא אינה שופטת האמת, וכך מבקשת להתנער מאחריות מוסרית ומשפטית לחדשות כזב (fake news).³³

חוקרי תקשורת, פילוסופים וסוציולוגים של טכנולוגיה ומשפטנים הודפים את הטענות האלה.³⁴ הטכנולוגיה נוצרת בידי בני אדם, במסגרת פרטית, תאגידית או ציבורית, ואיננה בבחינת תורה מסיני. בני אדם מטמיעים את ערכיהם בתוך הטכנולוגיה: לעיתים בכונה תחילה, כחלק מעיצובה, כדי שתשיג מטרה מסוימת. כך, טכנולוגיות רבות מבקשות לקדם נוחות שימוש ויעילות (למשל הפעלת שירותים מרחוק), הנגשת מידע זמין (למשל מידע

28 Barlow, A Declaration, לעיל ה"ש 10.

29 לא בכדי הכריזו אנשי עסקים מובילים בעמק הסיליקון על מותה של הפרטיות: אמירתם לא הייתה תובנה סוציולוגית, אלא ביטוי לאינטרסים הכלכליים שלהם. ראו למשל את הכרזתו של סקוט מקנילי: "You have zero privacy anyway, get over it" Polly Sprenger, *Sun on*.
 Privacy 'Get Over It' (1999), www.wired.com/politics/law/news/1999/01/17538

30 לדיון בגישות שונות של ניטרליות מוסרית של טכנולוגיה, ראו Martin Peterson & Andreas Spahn, *Can Technological Artefacts Be Moral Agents?*, 17 Sci. & Eng. Ethics 411 (2011).

31 זו אינה סיסמה רשמית של הארגון, אבל מזוהה איתו. לדיון ביקורתי, ראו DENNIS A. HENIGAN, *LETHAL LOGIC: EXPLODING THE MYTHS THAT PARALYZE AMERICAN GUN POLICY* 13 (2009).

32 ראו למשל את דבריו של מנכ"ל אפל, טים קוק: "Technology is neither inherently good nor inherently bad. It is what we make of it" IAPP Global Privacy Summit, הרצאה ב"ו.
 (15:09) (Apr. 12, 2022), <https://www.youtube.com/watch?v=Dq0fcmmzfog>

33 "We cannot become arbiters of truth ourselves – it's not feasible given our scale, and it's not our role". Adam Mosseri, *Working to Stop Misinformation and False News*, FACEBOOK (Apr. 7, 2017), <https://www.facebook.com/formedia/blog/working-to-stop-misinformation-and-false-news>

34 ראו למשל HUMAN VALUES AND THE DESIGN OF COMPUTER TECHNOLOGY (Batya Friedman, ed., 1997); Helen Nissenbaum, *Values in Technical Design*, in ENCYCLOPEDIA OF SCIENCE, TECHNOLOGY AND ETHICS, lxvi (Carl Mitcham ed., 2005).

תחבורתי), הגנה על ילדים (תוכנות סינון)³⁵ ועוד. ממשקים טכנולוגיים מעוצבים כדי להיות ידידותיים ונוחים לשימוש, ולעיתים הם מעוצבים בכוונה תחילה כדי לבלבל את המשתמשים, במה שמכונה dark patterns.³⁶ העיצוב אינו מקרי, הוא פרי תכנון.³⁷ לעיתים השימוש של הציבור בטכנולוגיות (ובכלל זה דחייתן של טכנולוגיות מסוימות) מבנה את משמעותן הערכית.³⁸ כך למשל, החברה החרדית מייחסת לטלפונים "חכמים" ערך שניתן לתארו כפריצות, ולאור העמדה הערכית הזאת השוק הגיב בהצעת מכשירים "כשרים".

בשימוש היום-יומי, כמעט שאין אנו נותנים את דעתנו לערכים שמוטמעים בטכנולוגיה. אבל הערכים נמצאים בה, והם משפיעים. זו המזמינות הטכנולוגית, כלומר תכונות שונות של הטכנולוגיה שמאפשרות שימושים מסוימים ואינן מעודדות שימושים אחרים. לכך יש השלכות חברתיות ישירות ועקיפות. למשל, פלטפורמה שמאפשרת להעלות כל תוכן ללא סינון מקדמת את חופש הביטוי – אבל מאפשרת גם פעולות כמו הפצת פורנוגרפיה ואליומות, הסתה, גזענות, רדיפה והטרדה.³⁹ טכנולוגיה של סינון תכנים תסכל אולי את הפגעים, אבל צפויה להגביל את הביטוי יתר על המידה. טכנולוגיה שמחייבת רמת אוריינות גבוהה תפנה לקהלים מסוימים ותדיר, בפועל, קהלים אחרים. בנוסף, לא אחת, מתברר שטכנולוגיות נושאות בקרבן הטיות שונות של המפתחים,⁴⁰ למשל, ברור הראשון של יישומוני היכרויות הוצג כפתור בינארי של חיפוש גבר או אישה ובדרורות המאוחרים יותר הוחלף הכפתור בסולם המשקף עוצמת משיכה לרצף שבין גבר לאישה.⁴¹ במילים אחרות, הטכנולוגיה רוויה בערכים, מכל מיני סוגים.

נקדים ונאמר שהשימוש היום-יומי בטכנולוגיות דיגיטליות מייצר מידע כחלק בלתי נפרד מהמערכת הטכנולוגית, שמשפיעה על פרקטיקות הזיכרון. ההחלטה לשמור את המידע,

35 ראו יובל דרור "הבניה חברתית של טכנולוגיה: על הדרך שבה ערכים, חוק ואכיפה מוטמעים בטכנולוגיה" רשת משפטית: משפט וטכנולוגיה מידע 79 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים) (2011).

36 ראו Arunesh Mathur et al, *Dark Patterns at Scale: Findings from a Crawl of 11K Shopping Websites*, 3 PROC. ACM HUM.-COMP. INTERACT, Article 81 (2019).

37 ראו WOODROW HARTZOG, *PRIVACY'S BLUEPRINT: THE BATTLE TO CONTROL THE DESIGN OF NEW TECHNOLOGIES* (2018).

38 זו ההבניה החברתית של הטכנולוגיה – social construction of technology, או בקיצור, SCOT. לדיון, ראו Trevor J. Pinch & Wiebe E. Bijker, *The Social Construction of Facts and Artefacts: Or How the Sociology of Science and the Sociology of Technology Might Benefit Each Other*, 14(3) SOCIAL STUDIES OF SCIENCE 399 (1984) וכן, דרור "הבניה חברתית", לעיל ה"ש 35.

39 ראו למשל MARTHA CRAVEN NUSSBAUM & SAUL LEVMORE, *THE OFFENSIVE INTERNET: SPEECH, PRIVACY, AND REPUTATION* (2012).

40 Anupam Chander, *The Racist Algorithm?*, 115 MICH. L. REV. 1023 (2017).

41 לדיון בהיבטי מגדר באתרי היכרויות, ראו Avery Garritano, *Inside a Binary Interface: The Construction of Gender and Identity in Mainstream Dating Apps*, 11 OCCAM'S RAZOR (2021), <http://occamsrazorwww.org/volume-11-1/2021/6/6/inside-a-binary-interface-the-construction-of-gender-and-identity-in-mainstream-dating-apps m1>

לאפשר או למנוע גישה אליו היא החלטה עסקית, חברתית ומשפטית. ההחלטה לתכנן כלים לניהול זיכרונות דיגיטליים ופרטי הכלים האלה, או הימנעות מפיתוח כזה, מבקשת לעצב את השימושים בטכנולוגיה.

3. היחס בין המשפט והטכנולוגיה

אם כן, גם המשפט וגם הטכנולוגיה הם תוצרים חברתיים, ומגלמים ערכים שונים. הפרשנות התכליתית מכוונת אותנו לאתר את הערכים שביסוד המשפט. גישה דומה מתאימה גם לטכנולוגיה. ואכן, חוקרי וחוקרות טכנולוגיה מבקשים לברר את הערכים שיש בה. אם כן, למשפט ולטכנולוגיה יש מכנה משותף, ערכי. משום כך, הטכנולוגיה איננה ישות שפועלת לפי כלליה שלה, ואיננה נמצאת מחוץ להישג ידו של המשפט. בהתאם, גם את הטכנולוגיה עצמה ניתן לעצב באופן ערכי, כדי להשתמש בה ככלי למימוש הערכים החברתיים. כך, הטכנולוגיה יכולה להיות גם גורם מאסדר.

ג'ואל ריידנברג זיהה את הכוח המאסדר של הטכנולוגיה עוד בשנות ה-90, וקרא לו Lex Informatica.⁴² לורנס לסיג הציג מודל רגולטורי, והזכיר שיש דרכים שונות לעצב מדיניות: בצד כללים משפטיים פועלות גם נורמות חברתיות, נורמות שוק, ולא להוסיף את הטכנולוגיה.⁴³ בהתאם, סיכום, code is law, כלומר, גם לטכנולוגיה יש כוח מאסדר.

התוצאה היא שמה שנראה במבט ראשון כהתנגשות בין המשפט לטכנולוגיה הוא למעשה התנגשות ערכית. למשל, החלת דיני הפרטיות על איסוף מידע דיגיטלי ברשת אינה התנגשות בין המשפט לטכנולוגיה, אלא בין הערך של הגנת הפרטיות לערכים (או אינטרסים) של יעילות וחופש פעולה עסקי. כאשר המכנה המשותף הערכי זהה, הטכנולוגיה והמשפט יכולים לשלב ידדים ולסייע זו לזו. למשל, הרעיון של הנדסת פרטיות מבקש לגייס את הטכנולוגיה להגנת הפרטיות;⁴⁴ תוכנות סינון מבקשות לברר בין תכנים מותרים לתכנים אסורים; זיהוי מקורם של תכנים ברשתות חברתיות מסייע לאכיפת זכויות יוצרים.⁴⁵

בהתאם, בחלק הבא נברר את הנורמות החברתיות והטכנולוגיות שמבקשות לגלם אותן, ובחלק ג נבחן את המשפט.

42 Joel R. Reidenberg, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology*, 76 Tex. L. Rev. 553 (1998)

Informatica פירושו דיני מידע, וזאת על משקל Lex Mercatoria – דיני הסחר.

43 LAWRENCE LESSIG, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE (1999); וגרסה מעודכנת, LAWRENCE LESSIG, CODE 2.0, 122 (2006).

44 ראו ס' 25 ל-GDPR. בחוק הישראלי אין חובה כזו, אולם בית משפט לעניינים מנהליים אימץ את הנדסת הפרטיות כחובה מהמשפט המנהלי. ראו עת"מ (ת"א) 28857-06-17 עמותת חברות הסיעוד נ' משרד הביטחון, פס' 16.8 לפסק דינה של השופטת אגמון-גונן (נבו) 1.7.2019. לדיון, ראו מיכאל בירנהק "הנדסת פרטיות ציבורית: המקרה של העברת מידע ממרשם האוכלוסין" דין ודברים יב 15 (2019).

45 ראו למשל את תוכנת Pixmole: <https://www.pixmole.com>.

ב. זיכרון והנצחה: מרוח לחומר, מחומר לרוח

המוות הוא סוף החיים, אבל הוא אינו סופם של יחסים בין-אישיים. יחסינו עם מי שמתו ללא ספק משתנים, אבל הם לא בהכרח מסתיימים.⁴⁶ בספרות הפסיכולוגית-הקלינית ניתן למצוא גישות שונות להתמודדות עם אובדן.⁴⁷ לפי גישה אחת, האבל והעיסוק באובדן פוגמים בתפקוד התקין של האדם השכול, ולכן עליו או עליה להניח להולכים ולפתח שגרה חדשה, על אף היעדרו של המנוח.⁴⁸ לפי גישות אחרות היחסים עם המנוח נמשכים, אך משתנים, ותהליך עיבוד האובדן כולל, בין היתר, את המשך התקשורת בין האדם השכול לאדם שמת.⁴⁹ התקשורת לאחר המוות היא תקשורת חד-כיוונית (לפחות בינתיים),⁵⁰ לעיתים דמיונית ולעיתים יותר מוחשית, ואף על פי שהמתים אינם יכולים להשתתף בשיחה, התקשורת איתם בהחלט מתקיימת. בסקר שנערך בנובמבר 2021 בקרב מדגם מייצג של החברה הישראלית השיבו 34% מהמשתתפים שהם מנהלים שיחות דמיוניות בראשם עם בני משפחה או חברים שמתו, ו-33% השיבו שהם השאירו או מתכוונים להשאיר אחריהם מכתבים לבני משפחה או חברים. הדיאלוג החד-כיווני עם המתים יכול להיות גם דיגיטלי, באמצעות כתיבת הודעות פומביות בפרופיל הרשת החברתית של אדם שמת, כתיבה באפיקי תקשורת בין-אישיים או בשימוש בשירותים לשליחת הודעות לאחר המוות.⁵¹

פרקטיקות של התאבלות ועיבוד האובדן כוללות גם הנצחה של המתים. דיון בכך מצריך בירור של יחסי הגומלין בין הנצחה וזיכרון לבין החומר והרוח. לשם כך, בסעיף הבא נעמוד על המושגים זיכרון אישי, זיכרון קולקטיבי וזיכרון קולקטיבי-אישי, שמסתמכים על חפצי זיכרון, כלומר על חומר, ברמות שונות, ובסעיף השני נחדר את המושג זיכרונות דיגיטליים, שהוא מושג מרכזי בחוויית האבל בעת הנוכחית, והוא מקיים יחסים אמביוולנטיים עם החומר. הסעיף השלישי יציג טכנולוגיות שונות שנועדו לאפשר לאדם לנהל בחייו את הגישה למה שיהפוך לזיכרונות הדיגיטליים.

- Dorthe Refslund Christensen & Kjetil Sandvik, *Death Ends a Life, Not a Relationship: Objects as Media on Children's Graves*, 2 MEDIATING & REMEDIATING DEATH 251 (2014) 46
- ELISABETH KUBLER-ROSS, ON DEATH & DYING: WHAT THE DYING HAVE TO ראו באופן כללי 47
- TEACH DOCTORS, NURSES, CLERGY & THEIR OWN FAMILIES (2014); Nancy Hogan, Janice M. Morse, Maritza Cerdas Tazón, *Toward an Experiential Theory of Bereavement*, 33(1) OMEGA – J. DEATH & DYING 43 (1996)
- Erich Lindemann, *Symptomatology and Management of Acute Grief*, 101 ראו למשל 48
- .AM. J. PSYCHIATRY 141 (1944)
- CONTINUING BONDS: NEW UNDERSTANDINGS OF GRIEF (Dennis Klass, Phyllis ראו למשל 49
- .R. Silverman, Steven Nickman, eds. 2014)
- Tal Morse, *Digital Necromancy: Users' Perceptions of Digital Afterlife and Posthumous* 50
- .*Communication Technologies, INFO., COMM. & SOC'Y* (2023)
- ראו למשל *GoneNotGone.com*, <https://www.gonenotgone.com> (שליחת הודעות אחרי המוות), 51
- או שירות של "פרסונה וירטואלית": המשתמש מוזמן ליצור אישיות וירטואלית שתאפשר מעין תקשורת עימו לאחר מותו. ראו <https://www.myyov.com>.

1. זיכרון המתים

נפתח בזיכרון אישי. לאנשים שהכירו את המנוח יש זיכרונות אישיים בקשר אליו או אליה. הזיכרונות כוללים שיחות משותפות, חוויות אישיות, תחושות, וגם קול, טעם וריח. הזיכרונות צרובים בתודעתם של מי שהכירו את המת, אבל אין להם ביטוי מוחשי או חומרי. מי שהכירו את המת יכולים לתווך את הזיכרון עבור מי שלא היו חלק מהאירוע באמצעות השפה ובכך לתת לדברים ביטוי מוחשי, חומרי או שאינו חומרי, זמני או קבוע. למשל, אפשר להעלות זיכרונות בכתב, בציור וביצירה אחרת. כך, ניתן לעבד תוכן שהתקיים רק בזיכרונם של הזוכרים, ולתת לו ביטוי מוחשי. הפיכת הזיכרון האישי לתיעוד מוחשי מאפשרת שימור וקבוע שלו ושיתופו והפצתו בקרב מעגל מוקירי זכרו של המת, אבל בבסיסו, הזיכרון האישי אינו מוחשי, ובהתאם גם אינו חומרי. התיעוד הופך את הזיכרון לחומר.

זיכרון קולקטיבי, לעומת זאת, עוסק בחוויות הקהילתיות – מדומיינות או שאינן מדומיינות – בסיפור המשותף של הקהילה.⁵² במשך תקופה מסוימת מהתרחשותו של אירוע, הזיכרון הקולקטיבי יכול להתבסס על האופן שבו אנשים זוכרים באופן אישי אירועים בעלי חשיבות ציבורית, אבל הזיכרון הקולקטיבי אינו עוסק באופן שבו יחידים זוכרים אירועים אישיים בגוף ראשון, אלא אם מדובר בסיפורן של דמויות ציבוריות.⁵³

לזיכרון הקולקטיבי יש, בהגדרה, ביטוי פומבי. האופן שבו קהילה "זוכרת" את העבר המשותף שלה מסתמך על ביטויים מוחשיים שמספרים את סיפורה.⁵⁴ בהקשרים של הנצחת עבר משותף, במקרים רבים, חברי הקהילה לא חוו את החוויה ההיסטורית בעצמם ואין להם זיכרון מגוף ראשון של האירועים, אבל הם ניזונים ממנגנונים חברתיים שמכנים את אותו זיכרון משותף, מדומיין או שאינו מדומיין.⁵⁵ הציוויים התנ"כיים "זכור את אשר עשה לך עמלק"⁵⁶ או "והגדת לבנך"⁵⁷ הם דוגמאות להנחלת זיכרון קולקטיבי משותף מאירועים היסטוריים שכל מי שהיו מעורבים בהם כבר אינם בין החיים ואין עוד מי שנושאת זיכרון אישי מהאירועים האלו, ובכל זאת הסיפור הקולקטיבי מועבר מדור לדור, באמצעות טקסים וטקסטים. הזיכרון הקולקטיבי יכול להיות לא-חומרי, כמו תורה שבעל פה או סיפורי עם המסופרים סביב מדורת השבט, אבל על פי רוב הזיכרון הקולקטיבי מקבל ביטוי חומרי טקסט כתוב, בשירים, בספרים ובדרכים אחרות, והופך לתיעוד מוחשי.

52 MAURICE HALBWACHS, ON COLLECTIVE MEMORY (1992); YAEL ZERUBAVEL, **ראו למשל** RECOVERED ROOTS: COLLECTIVE MEMORY AND THE MAKING OF ISRAELI NATIONAL TRADITION (1995); ON MEDIA MEMORY: COLLECTIVE MEMORY IN A NEW MEDIA AGE (Motti Neiger, Oren Meyers, Eyal Zandberg, eds. 2011).

53 מרדכי בראון "לזכור ולהזכיר: זיכרון קולקטיבי, קהילות זיכרון ומורשה" **רפוסים של הנצחה** 11, 13 (מתתיהו מיזל ואילנה שמיר עורכים 2000).

54 שם, בעמ' 15-17.

55 Neta Kligler-Vilenchik, Yariv Tsfati, Oren Meyers, *Setting the Collective Memory Agenda: Examining Mainstream Media Influence on Individuals' Perceptions of the Past*, 7(4) MEMORY STUDIES 484 (2014).

56 דברים, כה 17.

57 שמות, יג 8.

בצד האמצעים הטקסטואליים להנחלה ולקיבוע של זיכרון קולקטיבי, מחקר הזיכרון הקולקטיבי מצביע גם על מחוזות או אתרי זיכרון כביטוי חומרי במרחב, שסביבו מתכנסים אנשים כדי לזכור, להיזכר ולהנחיל זיכרון.⁵⁸ מוזאונים, ארכיונים ואנדרטאות משמשים כאתרים שבהם רעיונות תורגמו לחפץ, והחפץ מאפשר להנחיל את הזיכרון וליצור תודעה קולקטיבית של (כלל) האזרחים. אלה הם מקומות שבהם יש ביטוי מוחשי וחומרי של חוויות קולקטיביות של בני ובנות הקהילה, בין אם נחוו בגוף ראשון ובין אם לאו, גם אם הזיכרונות במקורם לא היו חומריים. חלק מאתרי הזיכרון מציג ביטויים מוחשיים של זיכרונות אישיים של מי שחוו את האירוע ההיסטורי בגוף ראשון, בצד צילומים וציורים של האירוע ההיסטורי או חפצים ששרדו.⁵⁹ כל אלה הם ביטויים חומריים של הזיכרון הקולקטיבי. בהמשך נראה איך חשבונות של משתמשים ברשתות חברתיות פועלים כמחוזות זיכרון אישיים – או כחפץ מקשר – עבור מוקירי זכרו של המת.

בין הזיכרון האישי לזיכרון הקולקטיבי מתקיים מצב ביניים שנכנה זיכרון אישי-קולקטיבי.⁶⁰ זיכרון זה הוא האופן שבו מעגל מצומצם של אנשים זוכר את בני ובנות הקהילה שמתו. כאן לא מדובר על סיפורם האישי של מנהיגים או דמויות ציבוריות, אלא על סיפור אישי של אנשים ונשים מן היישוב שהיו חלק מרקמת החיים של הקהילה, ולאחר מותם הקהילה זוכרת אותם במשותף באמצעות הנצחתם. למשל, האופן שבו חיילים מנציחים את חברים ליחידה שנהרג בדרך של מירוץ לזכרו. בדומה לזיכרון קולקטיבי, גם לזיכרון אישי-קולקטיבי יש ביטוי פומבי. ההנצחה מקבעת, או מנסה לקבע, זיכרון אישי לא-מוחשי כזיכרון אישי-קולקטיבי מוחשי. הנצחתם של בני ובנות הקהילה שמתו דורשת להמיר זיכרונות אישיים לא-מוחשיים לזיכרונות מוחשיים ופומביים, שניתן לחלוק אותם. כך, הנחלת הזיכרון האישי לאחרים היא תהליך תקשורתי שבמסגרתו חוויות אישיות שהותירו חותם בזיכרוןם האישי של מכריו של המת מקבלות ביטוי תקשורתי-מוחשי שמאפשר לשתף אותם עם יחידים או קבוצות ולהעביר אותם מאדם לאדם ומדור לדור כדי לזכור, במשותף, את מי שמתו. ההמרה מזיכרון לא-מוחשי למוחשי היא מהלך תקשורתי שאינו בהכרח חומרי (לדוגמה, הספד בעל פה שנישא בהלוויה), אבל קיבועו של הזיכרון האישי-קולקטיבי מצריך את הפיכתו לחומרי, למשל בדרך של חוברת הנצחה, פסל או תמונה.

פן אחר של הנצחה, שהוא מלכתחילה חומרי, הוא שימוש בחפצים ובחומרים אחרים שנותרו אחרי מות האדם. מכתבים, תמונות ומסמכים הם ביטוי מוחשי לרגעים בהיסטוריה הפרטית של האדם שקיבלו ביטוי חומרי. לצידם נותרים גם בגדים, אוספים, וחפצים אחרים שיכולים לשמש את הזוכרים כדי לספר את סיפורו של המת. אלו הם חומרי גלם משלימים של הזיכרון האישי הקולקטיבי; אלה הם חפצי הזיכרון.

58 פייר נורה "בין זיכרון להיסטוריה: על הבעיה של המקום" זמנים 4, 45 (1993).

59 Oren Meyers, *Still Photographs, Dynamic Memories: A Study of the Visual Presentation of Israel's Past in Commemorative Newspaper Supplements*, 5(3) COMM. REV. 179 (2002); Akiba A. Cohen, Sandrine Boudana, Paul Frosh, *You Must Remember This: Iconic News Photographs and Collective Memory*, 68(3) J. COMM. 453 (2018)

60 Margaret Gibson, *Digital Objects of the Dead: רדיון בחומריות הזיכרון האישי ראו* *Negotiating Electronic Remains, in THE SOCIAL CONSTRUCTION OF DEATH: INTERDISCIPLINARY PERSPECTIVES* 221 (Leen van Brussel, Nico carpenter eds., 2014)

כפי שנראה בסמוך, חפצי הזיכרון מוחלפים כיום בחומר דיגיטלי, כלומר בשורות קוד המפוענחות על ידי מחשבים ולעיתים מיוצרות על ידי מחשבים.⁶¹ השינוי של הזיכרון הקולקטיבי האישי אינו רק המרה מהחומרי לרוחני, אלא שינוי פרדיגמטי רחב יותר שמצריך עיון בנורמות חברתיות של זיכרון והנצחה. לאלה נוספות כיום שאלות של זכויות שלאחר המוות ומעורבותם של גופים מסחריים ומוסדות משפטיים באיסוף, תיווך והנגשת הזיכרון האישי הקולקטיבי לקהילת הזוכרים.

2. מחפצי זיכרון לזיכרונות דיגיטליים

ההנגדה בין הסביבה האנלוגית לסביבה הדיגיטלית מלאכותית. בפועל, אנחנו מקיימים כיום יחסי גומלין חברתיים בפלטפורמות דיגיטליות וממשיכים להתקיים במרחב פיזי, כך שהמרחבים הפיזי והדיגיטלי מתערבבים זה בזה. העידן הדיגיטלי חדש, ומשום שהוא נסמך על המציאות שקדמה לו נדרו פרקטיקות חברתיות רבות שנוצרו בעידן האנלוגי אל העולם הדיגיטלי, בשינויים המתחייבים. למשל, היכרות בין בני זוג מתקיימת היום (גם) באמצעות יישומוני היכרויות. בצד אלו, נולדו פרקטיקות ונורמות חדשות שמבוססות על אמצעי המבע של הסביבה הדיגיטלית.⁶²

בהקשרים של מוות והנצחה, הדין מסדיר את היחסים בין המנוח לבין יורשיו, ומתייחס להיבטים קנייניים, חומריים ורוחניים. כאשר אדם מת, הוא או היא מותירים אחריהם רכוש, והמשפט מסדיר את העברתו לאחרים. בנוסף, המתים מותירים אחריהם מכתבים, תמונות וחפצים אישיים שהעברתם לאחרים לאחר המוות היא תוצאה של נורמות והסדרים חברתיים. בדרך כלל, מצווים יתייחסו בצוואותיהם לחפצים בעלי ערך (יצירת אומנות, תכשיטים), או לחפצים בעלי ערך סנטימנטלי. צוואות ישראליות נוטות להיות טכניות ולהתמקד במקרקעין ובכספים.⁶³ בהיעדר התייחסות מפורשת בצוואה, השליטה בשאר החפצים האישיים של המנוח (מכתבים, תמונות, בגדים, ספרים, כלי בית) נתונה בפועל לשיקול דעתם של מי שיש להם גישה לחפצים אלו. גם אם ניתן לסווג חפצים כאלה כמיטלטלין ולכן כקניין בר-הורשה, הסדרת הגישה והשימוש בהם לאחר המוות היא, על פי רוב, חברתית ולא משפטית. המשפט נמצא, לכל היותר, ברקע.

כאמור, חפצים אישיים יכולים לשמש כחפצי זיכרון. מוקירי זכרו של המת עשויים להשתמש בחפצים אלו כדי לזכור ולהנציח את המנוח. החפצים עשויים לכלול מידע אישי שהמנוח ביטא לעצמו (כתיבה למגירה) או שיתף עם אחרים. תמונות מודפסות משקפות,

61 Robert Prey & Rik Smit, *From Personal to Personalized Memory: Social Media as Mnemotechnolgy*, in *A NETWORKED SELF AND BIRTH, LIFE, DEATH*, 209 (Zizi Papacharissi, ed., 2018)

62 Nicholas A. John & Shira Dvir-Gvirsmann, 'I Don't Like ראו למשל ברשתות החברתיות, You Any More': Facebook Unfriending by Israelis during the Israel-Gaza Conflict of 2014, 65(6) J. COMM. 953 (2015); Natalie Pennington, *You Don't De-friend the Dead: An Analysis of Grief Communication by College Students through Facebook Profiles*, 37(7) DEATH STUDIES 617 (2013)

63 דפנה הקר "מאפייניהם של סכסוכי ירושות בישראל: ממצאי מחקר אמפירי" הון משפחתי א 36 (2015) 79.

בדרך כלל, אירועים חשובים, על פי רוב משמחים, שהמנוח בחר לנצור ולהנציח, ולאחר מותו ניתן לחזור לרגעים המתועדים ולהיזכר בהם בעזרת התמונות. הגישה לחפצים אלו והבחירה אם להפוך אותם לחפצי זיכרון נתונה בידי מי שאוחזים בחפצים עצמם. הנורמות הנוהגות כאן הן נורמות חברתיות שנגזרות מרקע תרבותי ומפרקטיקות מקובלות של אבל והנצחה, ולעיתים קרובות מושפעות מהיחסים המשפחתיים.

כיום אנחנו עדיין מוצאים חפצים אישיים שמשמשים כחפצי זיכרון, אך בצידם קיימים זיכרונות דיגיטליים. אלה כוללים את סך הנתונים האישיים והמידע האישי שנצבר ונאגר על אודות אדם במהלך חייו, ונותר מיותר ממותו. חלק מהזיכרונות הדיגיטליים הוא תוכן שנוצר על ידי המנוח בחייו, ביוזמה ובכוונה תחילה, כמו תמונות, פרסומים ברשת, פרופילים ברשתות חברתיות, תכתובות דוא"ל ומסמכים אחרים שהאדם יצר ושומר במחשב האישי, בהתקן דיגיטלי, או בשירותי אחסון ברשת. חלק אחר מהזיכרונות הדיגיטליים הוא נתונים שנוצרו ונאגרו על אודות האדם על ידי מערכות ממוחשבות, כמו נתוני מיקום של טלפונים סלולריים, היסטוריית גלישה ברשת, רשימת שירים מועדפת, תיעוד רכישות מקוונות ועוד. הזיכרונות הדיגיטליים מספרים את סיפורו של האדם באופן מקיף, גם אם לא באופן מלא, שכן כיום כמעט כל אינטראקציה בין-אישית או פעולה מול מוסדות חברתיים מותירה שובל נתונים דיגיטליים.⁶⁴ בניגוד לחפצי הזיכרון שנוצרו קודם, הזיכרונות הדיגיטליים הם תיעוד כמעט יום-יומי של פכים מחייו של האדם שמת, כמו גם עדות מהתרחשותם של רגעים מכוננים וחשובים. בניגוד לחפצים שנוצרו ונשמרו על דעתו של האדם שמת מתוך בחירה, חלק מהנתונים שהופכים לזיכרונות דיגיטליים נאגרים על ידי מערכות מחשבים גם ללא ידיעה של המשתמשים. בדברים אחרונים אלה, הכוונה למידע שנוצר תוך כדי השימוש במערכת הטכנולוגית, כמו קובצי "עוגיות", פרטי מועדי השימוש ביישומונים שונים או נתוני מיקום סלולריים, כלומר מידע על השימושים. זהו מִטְה־דאטה. רוב המשתמשים אינם מודעים לכך או אינם נותנים לכך את הדעת, וממילא אינם מבקשים גישה למידע כזה או חושבים על השימושים האפשריים בו.

החפצים שהמנוח מותיר אחריו נותרים במרחב שבו התקיימו החיים, והגישה אליהם נתונה בידי מי שהייתה להם גישה למרחב חייו של המנוח. הזיכרונות הדיגיטליים שמורים על גבי מכשירים דיגיטליים שחלקם מוגן בסיסמאות, ועל גבי שרתים של תאגיד מידע שהגישה אליהם עשויה לדרוש סיסמה. זה אחד ההבדלים המרכזיים בין חפצי זיכרון לזיכרונות דיגיטליים – בעוד שהראשונים נגישים ל"צד שני" (בני משפחה וחברים) על סמך הסדרים חברתיים רשמיים או לא־רשמיים, האחרונים דורשים תיווך והרשאה של צד שלישי (הפלטפורמות הדיגיטליות); בעוד שהגישה לחפצי הזיכרון אינה מערכת בדרך כלל את המשפט, הגישה לזיכרונות הדיגיטליים היא שאלה חוזית של אופי ההתקשרות בין המנוח לפלטפורמה, וככזו, נתונה להסדרה משפטית.

אם כך, המעבר לסביבה הדיגיטלית משנה פרקטיקות חברתיות של אבל, זיכרון והנצחה. חפצים פיזיים יכולים לשמש כחפצי מעבר בין המנוח לאבלים, ולהיות מתווכים ונשאים של זיכרון. החומר משמש כלי למימוש הזיכרון האישי־קולקטיבי. זיכרון חפצי מוגבל,

64 לשובל המידע הדיגיטלי ראו מיכאל בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 169 (2010); להיבטי הפרטיות שמתעוררים פה ראו זר "אנשים שקראו מאמר זה", לעיל ה"ש 7.

בשל מגבלות החומר: החפץ משקף תמונת מצב, snap shot של אירוע או הקשר מסוימים. בנוסף, רק אחד הנכדים יכול להחזיק בביתו את החנוכייה של סבתא זכרונה לכרכה או את אוסף הבולים של סבא. ההסדרה של הבעלות בחפצים מוסדרת במשפט, אבל בפועל נקבעת בדרך כלל בנורמות חברתיות. לעומת זאת, זיכרון דיגיטלי מקיף ורחב בהרבה מאשר אירוע נקודתי. הוא יכול לשמש בסיס לשחזור חייו היום-יומיים של המנוח, כלומר לשמש כחומר גלם לזיכרון אישי-קולקטיבי. בשונה מהחפץ הפיזי, הזיכרון הדיגיטלי ניתן לשכפול. ובאשר להסדרה של הגישה לזיכרונות הדיגיטליים – הדין הישראלי טרם הסדיר את הנושא; נראה שהנורמות החברתיות עדיין לא התגבשו, ובפועל, מושלות פרקטיקות מסחריות של הפלטפורמות הדיגיטליות.

3. טכנולוגיות של זיכרון

ספקיות שירותים דיגיטליים כיוונו את שירותיהן לחיים: מנועי חיפוש, פלטפורמות תוכן ורשתות חברתיות נועדו לשמש אנשים חיים. אולם, בחלוף הזמן, כדרכו של עולם, חלק מהמשתמשים הלך לעולמו. הפלטפורמות נאלצו לגבש מדיניות – כיצד לנהוג במתים. האינטרסים פה מגוונים: מצד אחד, לפלטפורמות עצמן שיקולים עסקיים. למשל, מאחר שמשתמש שמת אינו עוד יעד לשיווק או הכנסה כספית, הרי ששמירת החשבון שלו עולה כסף ואינה מכניסה דבר. הפלטפורמות דואגות גם לחוויית המשתמשים החיים: פייסבוק, למשל, הוסיפה את האפשרות להנציח פרופילים של משתמשים מתים כדי להפחית את אי הנעימות המתעוררת במפגש לא מתוכנן עם פרופיל של אדם מת.⁶⁵ מצד שני, בני משפחה של משתמשים מנוחים ביקשו לא אחת גישה לתכנים שלהם. הפלטפורמות נקלעו בין הפטישי לסדן: מתן גישה כזו עלול לסכל את ציפיות המשתמשים החיים ולפגוע בצדדים שלישיים שהיו בקשר עם המנוחים; סירוב למתן גישה מקומם את בני המשפחה.

הכוח נמצא בידי הפלטפורמות,⁶⁶ שמעדיפות להסדיר את הסוגיה בעצמן ולסכל התערבות מדינתית בעסקיהן. דרך אחת היא חזוית. חווי שימוש רבים קובעים שהחשבון הוא אישי, ואוסרים על העברתו לאחר – וזאת בין בחיים ובין במוות.⁶⁷ חוזים כאלה מעוררים קשיים, ולו רק מהטעם הפשוט שהרוב המוחלט של המשתמשים אינו קורא אותם. תנאי השימוש בפלטפורמה נוטים להיות ארוכים, מסורבלים, כתובים בשפה משפטית שאינה נגישה

65 Jed R. Brubaker & Vanessa Callison-Burch, *Legacy Contact: Designing and Implementing Post-Mortem Stewardship at Facebook*, in PROCEEDINGS OF THE 2016 CHI CONFERENCE ON HUMAN FACTORS IN COMPUTING SYSTEM, 2908-19 (2016).

66 Shelly Kreiczer-Levy & Ronit Donyets-Kedar, *Better Left Forgotten: An Argument against Treating Some Social Media and Digital Assets as Inheritance in an Era of Platform Power*, 84 BROOK. L. REV. 703 (2019).

67 מחקר באנגליה ברק את תנאי השימוש של 35 אתרים פופולריים שם, ומצא ש-31 מהם אסרו על העברת החשבון האישי. ראו Johan David Michels, Dimitra Kamarinou, Christopher Millard, *Beyond the Clouds, Part 2: What Happens to the Files You Store in the Clouds When You Die?* (2019) (Queen Mary School of Law, Legal Studies Research Paper No. 316).

למרבית המשתמשים, וממילא הם חוזים אחידים שאי אפשר לנהל משא ומתן לגביהם. אבל כל עוד החוזים תקפים, הרי הכוח נמצא בידי הפלטפורמות, והן מקפידות לשמר את כוחן. דרך שנייה להסדרה בידי הפלטפורמות היא פרקטיקות שונות שהן גיבשו. למשל, כאשר פייסבוק מקבלת מידע שמשמש נפטר, היא מעבירה את החשבון מהמרחב הרגיל אל מרחב זיכרון (בעבר למדה זאת פייסבוק ממגוון מקורות, וכיום היא מתבססת על דיווחים של בני משפחה, לאחר וידוא זהותם).⁶⁸ כותרת העמוד משתנה ל"זוכרים את", הפרופיל מוסר מ"אזורים ציבוריים" בפייסבוק, והאלגוריתמים מפסיקים ליזום אינטראקציות עם הפרופיל, כמו הצעות לאיחולי מזל טוב ביום ההולדת של המנוח.

דרך שלישית להתמודד עם הסוגיה היא פיתוח עצמי של כלים לניהול המידע הדיגיטלי אחרי מות המשתמש. כלים אלה מציעים למשתמשים לקבוע בעצמם מה יעלה בגורל המידע שלהם כאשר יהפוך לזיכרון דיגיטלי. כלים כאלו מציעות החברות גוגל, פייסבוק ואפל.

משנת 2013, גוגל מציעה שירות שנקרא "ניהול חשבון לא פעיל" (inactive account management), תוך שהיא נמנעת משימוש במילה מוות, ובאופן שמחיל את השימוש גם על מצבים אחרים שבהם משתמש אינו פעיל, למשל מי שנקלע למצב רפואי מורכב.⁶⁹ המשתמש יכול לקבוע את תקופת אי-הפעילות – משלושה חודשים ועד לשנה וחצי. לאחריה (ולא לפני שהמשתמש קיבל התראה על חוסר פעילותו) תפעל הרשת כפי שהמשתמש יורה לה: סגירת החשבונות השונים (שירותי הדוא"ל, חשבון יו-טיוב, שירותי אחסון צילומים ועוד), או הסמכת גורם אחר ליצור עותקים של המידע. המשתמשים יכולים לקבוע אנשי קשר שונים לשירותים השונים. אלה יקבלו, בכוא העת, גישה זמנית לעותקים של המידע. כלומר, גוגל מאפשרת למשתמשים לבחור מי ינהל עבורם את המידע שלהם שיהפוך לזיכרונות דיגיטליים. פייסבוק מציעה, משנת 2015, שירות שנקרא Legacy Contact.⁷⁰ גם פה, המשתמש יכול למנות אדם שיופקד על היבטים מסוימים של המידע. אחרי מות המשתמש, "נאמן המורשת" יוכל לבקש מפייסבוק לסגור את החשבון, או, משהומר החשבון לחשבון הנצחה, יוכל לשנות כמה מרכיבים: את התמונה שמופיעה שם, לכתוב טקסט כללי קבוע, ולאשר בקשות חברות מסוימות. נאמן המורשת אינו יכול לגשת לתכנים פרטיים של המשתמש המנוח, כמו למשל לשיחות של המשתמש עם צדדים שלישיים. כך, גם פייסבוק מאפשרת למשתמשים שליטה מסוימת בזיכרונות הדיגיטליים שלהם, בגבולות שמוגדרים מראש.

בשנת 2021 השיקה חברת אפל (Apple) כלי דומה לזה של פייסבוק, בשם זהה – Legacy Contact. המשתמשים יכולים למנות איש או אשת קשר שיקבלו גישה לחשבון המנוח, לרבות תמונות, מסרים, פתקים, קבצים ויישומונים שהורדו על ידי המנוח. עם זאת, לנאמן המורשת אין גישה לנתונים קנייניים באופיים, כמו רישיונות שימוש בקובצי סרטים,

68 בעבר, כאשר הרשת למדה על מות המשתמש ממקור אחר, הפך הפרופיל לחשבון מונצח גם אם בני משפחה נמנעו ככוונה מהודעה לפייסבוק על מות יקירם, כדי שיוכלו להמשיך ולהיכנס לפרופיל המנוח (למשל, משום שידעו את הסיסמה). כיום, הרשת קשובה יותר לבני המשפחה בהחלטה אם להפוך פרופיל למונצח: <https://www.facebook.com/help/150486848354038>.

69 ראו *About Inactive Account Manager*, GOOGLE ACCOUNT HELP, <https://support.google.com/accounts/answer/3036546?hl=en> (last visited Aug. 20, 2023).

70 ראו "מהו איש קשר לענייני הנצחה ומה הוא יכול לעשות עם חשבון הפייסבוק שלי?" פייסבוק, <https://www.facebook.com/help/1568013990080948>.

מוזיקה, ספרים או מטבעות דיגיטליים. כלומר, אפל מבחינה בין מידע אישי למידע קנייני, אבל מחילה כללים קנייניים (הורשה) על המידע האישי וכללים של פרטיות על קבצים קנייניים (חסימת גישה).⁷¹

הרשתות מסרבות לחשוף את היקף השימוש בכלים אלה. מחקר אמפירי שערכנו בשנת 2017 העלה מודעות נמוכה של המשתמשים הישראליים – רק 18% מהנשאלים שמעו על הכלים האלה, והיקף שימוש נמוך עוד יותר – רק 6% מהמשתמשים אמרו שהשתמשו בכלים.⁷² הסיבות לאי-השימוש טעונות מחקר נפרד, אולם ברור שלרתיעה הכללית מעיסוק במוות, שמתבטאת גם בשיעורים לא גבוהים של חתימה על צוואות, יש משקל ניכר כאן, ואליה אפשר לצרף השערות כמו מודעות נמוכה לסוגיה של זיכרונות דיגיטליים, אוריינות טכנולוגית נמוכה, ודחיינות. בצד אלה, חברות חיצוניות מציעות שירותי זיכרון דומים.⁷³ כלים אלה הם המחשה לכך שהטכנולוגיה רוויה בערכים: הפלטפורמות שנוכרו כאן – גוגל, פייסבוק ואפל – פיתחו את הכלים לאחר לימוד הצרכים של המשתמשים,⁷⁴ כדי לגלם את מה שהן סבורות שעונה על צרכים של זיכרון אישי והנצחה. כמוכּוּן, עצם הקשב לצרכים אינו מבטיח שהכלים שפותחו הם הכלים המיטביים. פלטפורמות שבהן אין כלים כאלה השאירו את הזירה לתנאי השימוש בלבד, וכך העדיפו את האינטרסים שלהן על פני אלה של המשתמשים.

ג. חשיפת הנחות היסוד הסמויות של הדין הקיים

השינוי במצב הצבירה של חומרי הגלם של הזיכרון – מחומר פיזי למידע דיגיטלי – מעורר אינספור שאלות. כאן נתמקד בסוגיה אחת: הגישה לזיכרונות דיגיטליים. סוגיה זו כבר העסיקה כמה מחוקקים ומעט בתי משפט בעולם. הסוגיה מאירה את המשמעויות של השינויים בחומרי הזיכרון, מחומר להיעדר-חומר, בממשק שבין הנורמות החברתיות של אבל וזיכרון לטכנולוגיה ולמשפט.

מה צריך להיות גורלם של זיכרונות דיגיטליים? האם כמות אדם יש למחוק את המידע הדיגיטלי שצבר בחייו? האם ולמי צריכה להיות גישה לתכנים כאלה, ובאילו תנאים? התכנים הדיגיטליים שנשארים אחרי מותו של אדם אגורים במחשב, במכשיר הנייד ובהתקנים אחרים. בחלק הקודם ראינו את הייחודיות של הזיכרונות הדיגיטליים שנובעת מהמרת החומר הפיזי לסיביות דיגיטליות. במוכּוּן הזה, הזיכרונות הדיגיטליים הם תמונת ראי של המפנה החומרי. השינוי הוא מחומר מוחשי שיש לו קיום במרחב הפיזי למידע – או חומר דיגיטלי – שאין לו

71 ראו *How to add a legacy contact for your Apple ID*, APPLE SUPPORT, <https://support.apple.com/en-il/HT212360> (last visited Aug 20, 2023).

72 ראו בירנהק ומורס *זיכרונות דיגיטליים*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 74; וברומה, *Digital Legacy*, נמצא שרק כ-11% מהנשאלים בסקר השתמשו בשירות של פייסבוק, וכ-3% בשירות של גוגל.

73 על ניצני התעשייה בתחום זה ראו Carl Öhman & Luciano Floridi, *The Political Economy of Death in the Age of Information: A Critical Approach to the Digital Afterlife Industry*, 27(4) MINDS & MACHINES 639 (2017).

74 ראו Brubaker & Callison-Burch, *Legacy Contact*, לעיל ה"ש 65.

קיום פיזי כזה, וכפי שראינו בחלק הקודם, לשינוי זה יש משמעויות טכנולוגיות וחברתיות ניכרות. זהו המפנה האנטי-חומרי. כשלעצמו, המפנה האנטי-חומרי אינו חדש: דיני הקניין הרוחני מבקשים להסדיר את גורלם של משאבים לא מוחשיים כמו יצירות, המצאות וסימני מסחר באופן ייחודי ושונה מדיני הקניין הכלליים, בדיוק בשל ההבדלים בין הגשמי לרוחני.⁷⁵ כעת, המפנה האנטי-חומרי מתעורר בסוגיה החדשה של שליטה, העברה או השמדה של מידע אישי שנצבר לאורך חיי האדם ולאחר מותו מתגלם כזיכרונות דיגיטליים.

בסביבה הפיזית, השאלה של גישה למכתבים, צילומים ושאר חפצי זיכרון מוסדרת בנורמות חברתיות. המעבר לסביבה הדיגיטלית מביא לשינוי משמעותי בהיבט זה. ראשית, גם כאשר יש לבני המשפחה וחבריו של המנוח גישה לתכנים דיגיטליים שלו, למשל משום שהסיסמאות נשמרו במחשב, הנורמות החברתיות בנוגע לכך אינן ברורות. קרובי משפחה עשויים לחוש שגישה כזו פולשנית יותר מאשר עיון במכתבים. שנית, כאשר אין גישה בפועל, נדרשת מעורבות של ספקי השירות כדי לאפשר את הגישה. פה אין נורמות חברתיות, אלא נורמות מסחריות. וכאן, המשפט נכנס לתמונה.

כללים משפטיים ישנים עוסקים בחומר שנשאר אחרי המוות – בגוף,⁷⁶ בגופה,⁷⁷ במקרקעין, בחפצים וברכוש בכלל. במות אדם עשויות להתעורר שאלות בדבר היבטים אישיותיים של האדם, שבהם אין חומר אלא רק רוח – כמו שם טוב ופרטיות.⁷⁸ האם ניתן להחיל את דיני הקניין, דיני הירושה, דיני הפרטיות וכדומה על זיכרונות דיגיטליים? האם ניתן להחיל כללים משפטיים, שנוצרו בסביבה חפצית ועבור חפצים, על תוצריהן של טכנולוגיות חדשות?

75 למשל, עקרון יסוד בדיני זכות יוצרים הוא שהדין מגן על היצירה, ולא על החפץ שבו היא מקובעת. ראו ס' 4(א) לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007; ע"א 4600/08 האולפנים המאוחרים בע"מ נ' ברקי פטה המפרים בע"מ, פס"מ 8 (2012). עם זאת, הדין מתנה את ההגנה בקיבוע.

76 ראו למשל את הסוגיה של שאיבת זרע ממת: יעל השילוני-דולב וצבי טריגר "בין רצון המת לבין רצונם של הנותרים בחיים: שימוש בזרע לשם הולדה לאחר המוות, פטריארכיה, פרו-נטליות ומיתוס המשכיות הזרע" עיוני משפט לט 661 (2016).

77 ראו ע"א 7918/15 פלונית נ' פרידמן (נבו) 24.11.2015, שם אישר בית המשפט לממש את רצונה של המנוחה לשרוף את גופתה בהיעדר כלל משפטי הקובע חובת קבורה, ובהתאם לעיקרון המשפטי של שמירת כבוד המת.

78 החוק הישראלי מכיר בשמו הטוב של אדם אחרי מותו כזכות בת-הגנה, אולם האכיפה נתונה רק ליועץ המשפטי לממשלה, ולא ליורשים או למשפחה. ראו ס' 5 לחוק איסור לשון הרע. מעבר לכך, השם הטוב של המנוח עשוי להתעורר בהתנגשויות עם חופש הביטוי. ראו למשל בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (1999). בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, אין אפשרות מקבילה, ומשתמע שאין לאדם שנפטר, ליורשיו או לכל גורם אחר זכות תביעה בגין פגיעה שאירעה אחרי מותו (להבדיל מפגיעה שאירעה לפני המוות). ראו ס' 25 לחוק הגנת הפרטיות). למרות זאת, בתי משפט הכירו לעיתים בפרטיות המת. לדיון, ראו בירנהק, מרחב פרטי, לעיל ה"ש 64, בעמ' 132. בחוק יש מצב מיוחד של פרסום צילום של גופה מזהה שמוגדר כפגיעה בפרטיות. ראו ס' 2 לחוק, שנוסף בתגובה לפרסומי גופות כפיגועים שונים. לדיון ראו טל מורס "להתבונן במותם של אחרים: הצגת צילומי גופות בתקשורת הישראלית כמנגנון הכלה והדרה" היסטוריה ותיאוריה: הפרוטוקולים 18 (2010).

בחלק זה נברר את השאלות האלה על ידי עיון בכמה גישות מרכזיות שיש במשפט ובספרות בנושא. לפי פרדיגמת המחקר של משפט וטכנולוגיה שראינו בחלק א, ננסה לפענח את הנחות היסוד הערכיות של המשפט. נקדים ונאמר שבדין הישראלי אין הסדרה ייעודית של הנושא של זיכרונות דיגיטליים, וגם לא נמצאה פסיקה ישירה לגביו. הדיון חושף את קוצר הירד של הכללים המשפטיים הקיימים. בחלק זה נטען שדיני הקניין, ובכללם דיני הירושה, גסים מדי מכדי לחול כמות שהם על זיכרונות דיגיטליים. הם מניחים חפצים וממד של ערך כלכלי שלא תמיד נמצא בזיכרונות הדיגיטליים. דיני הקניין אינם מביאים בחשבון גורם ביניים פעיל כמו הפלטפורמות, אלא לכל היותר גורם פסיבי, כמו בנק שרק מחזיק ברכוש – בין בכספת ובין בחשבון הבנק. נוסיף ונטען שגם דיני הפרטיות אינם מתאימים, משום שמהותם היא הגנה על אישיות, זהות וכבוד האדם של אנשים חיים. הארכת ההגנה על הפרטיות גם לאחר המוות אינה מתיישבת עם הצדקות היסוד של הפרטיות כזכות אישית. התוצאה היא שבפועל, דיני החוזים – תנאי השימוש שהפלטפורמות מציעות לגולשים בדרך של חוזה אחר, באופן של take it or leave it – הם שקובעים את גורל הזיכרונות הדיגיטליים. הדיון מצביע על צורך בהתאמת הדין לסוגים שונים של זיכרונות דיגיטליים במקום החלת גישה אחידה. פתרון נוסף אפשרי הוא פיתוח דינים ייעודיים שמותאמים לסוגיות שעל הפרק, כדוגמת הדין האמריקני (שאתגריו בציוד), או יצירת כלים משפטיים חדשים. במונח הזה, האתגר שהטכנולוגיה מציבה בפני המשפט אינו רק יישומי – כיצד להתאים דין ישן למצב חדש – אלא אתגר עיוני. הטכנולוגיה החדשה חושפת פנים מהותיים של המשפט עצמו שהיו נסתרים עד כה. בצד כיוול כלים משפטיים קיימים ופיתוח כלים משפטיים חדשים, הפרדיגמה של משפט וטכנולוגיה מזכירה לנו שלעיתים הפתרון למכונה הוא המכונה.⁷⁹ הכלים הטכנולוגיים הייעודיים שהצגנו בחלק הקודם בנוגע לניהול זיכרונות דיגיטליים מותאמים טוב יותר לצורכי המשתמשים, בכך שהם מאפשרים בחירה אישית. המשפט יכול לתמוך בפתרונות כאלה. עם זאת, גם כאן, בשל התנועה המתמדת בין המשפט, הטכנולוגיה והנורמות החברתיות השונות, אין פתרון קסם קבוע.

1. זיכרונות דיגיטליים כקניין?

מסגור משפטי אינטואיטיבי הוא לחשוב על הזיכרונות הדיגיטליים כקניין, שבמות האדם הופך לעזבונו ועובר ליורשו.⁸⁰ גישה זו מתעלמת מהשינוי במצב הצבירה של מרכיבי הזיכרון שפירטנו בחלק ב, מחומר פיזי-חפצי להיעדר חומר, ומניחה שהדין שחל על החומר צריך לחול גם בהיעדר חומר. מונחים כמו "ירושה דיגיטלית", "עזבונו דיגיטלי" ו"נכסים דיגיטליים" מזינים את האינטואיציה הזו.⁸¹ דיני הקניין ודיני הירושה יוצרים מסגרת מוכרת

79 Charles Clark, *The Answer to the Machine is in the Machine*, in *THE FUTURE OF COPYRIGHT IN A DIGITAL ENVIRONMENT* 139 (P. Bernt Hugenholtz ed., 1996).

80 ס' 1 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, קובע: "במות אדם עובר עזבונו ליורשו".

81 לשימוש בשפה קניינית, ראו למשל מסמך מחקר של הכנסת רועי גולדשמידט מידע לקראת דיון בנושא "עזבונו דיגיטלי" (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2014); מאורי הירש "עזבונו דיגיטליים" אתר משפט ועסקים (2016), <https://idclawreview.org/2016/12/26/blogpost-hirsch>. כך גם בכתיבה בארצות הברית, שם משפטנים מתחום דיני הירושה היו הראשונים שזיהו את הסוגיה,

וברורה של העברה בין-דורית. אבל, המונח "עזובון", שאינו מוגדר בחוק הירושה,⁸² פורש והופעל כמתייחס לנכסים – כלומר למשאבים בעלי ערך כספי. עיון בחוק הירושה הישראלי מעלה שלל התייחסויות לנכסים חומריים.⁸³ בהתאם, השימוש במסגרת המשפטית הקניינית מניח את המבוקש – שיש להתייחס לזיכרונות דיגיטליים כאל קניין ברהורשה. אכן, אנחנו מדברים על מידע "של" המשתמש, אבל צורת ניסוח זו אינה מחייבת בהכרח המשגה קניינית. כפי שהיטיב להבהיר פילוסוף המידע לוציאנו פלורדי, משמעות הביטוי "המידע שלי" דומה יותר למשמעות הביטויים "הגוף שלי" ו"המחשבות שלי" מאשר לביטוי "המכונת שלי".⁸⁴ בנוסף, נזכיר, זיכרונות דיגיטליים עשויים לכלול גם מידע על אנשים אחרים, כמו תמונות שנשלחו אל המנוח.

אם כך, הדין הישראלי הקיים אינו מכיל כדבר מובן מאליו את הזיכרונות הדיגיטליים, ולכן מתעוררת שאלה נורמטיבית: האם ראוי להתייחס לזיכרונות דיגיטליים כאל קניין? להכרה קניינית תהייתה השלכות על הגישה למידע. אם זיכרונות דיגיטליים ייחשבו לחלק מהעזובון, הם יגיעו לידי היורשים. היורשים על פי דין הם בני המשפחה הגרעינית של המנוח.⁸⁵ האם משתמשים היו רוצים שמידע אישי, למשל מסרים וצילומים שהחליפו עם אחרים. באתר היכריות, יגיעו לידי בני המשפחה? מידע כזה נשמר בפרטיות בייחוד מול בני המשפחה.⁸⁶ המשגה קניינית תעדיף בפועל את האינטרסים של בני המשפחה על פני אינטרסים של אחרים, ואולי גם על פני רצון המנוח. בחיי המשתמש מידע כזה היה "מידע פרטי". המרת מידע אישי-פרטי להגנה קניינית במותו עלולה להביא לאפקט מצנן בחיי האדם: מי שחושש שסודותיו יתגלו לאחר מותו, יתכנס עוד יותר בארון הסוד.

למשל, James D. Lamm, Christina L. Kuntz, Damien A. Riehl, Peter John Rademacher, *The Digital Death Conundrum: How Federal and State Laws Prevent Fiduciaries from Managing Digital Property*, 68 U. MIAMI L. REV. 385 (2014)

82 דיון ראשון היה לפני כמעט 70 שנה: ע"א 148/53 פנץ ו'אגד' קבוצה קואופרטיבית בע"מ נ' פלדמן, פ"ד ט 1711 (1955). (מ"מ הנשיא חשין: "בלשון בני אדם כולל המושג 'עזובון' כל סוגי הנכסים, מקרקעים ומטלטלים ומעורבים שמשאיר אדם אחריו במותו", שם, בעמ' 1716; ואצל השופט זילברג, שם, בעמ' 1719, הגדרה טאוטולוגית משהו: "העזובון, כלומר: כלל נכסי המת העוברים בירושה אל היורש". הדברים נאמרו בנוגע לשאלה האם עזובון הוא ישות משפטית עצמאית.)

83 ראו חוק הירושה, ס' 85, 112, ואת טופס פרטת העזובון, לפי תקנות הירושה, התשנ"ח-1998.

84 Luciano Floridi, *Four Challenges for a Theory of Informational Privacy*, 8(3) ETHICS & INFO. Tech. 109 (2006)

85 ראו ס' 10-16 לחוק הירושה.

86 ראו למשל מקרים שבהם הסתירו בני משפחה מידע אישי דווקא מקרוביהם: ה"פ (שלום ת"א) 29490-05-12 עזובון פלונית (המנוחה) נ' פלדמן-קופלר (נבו) 31.10.2012. מקרה מוכר בסוגיה זו הוא מותה של הזמרת עופרה חזה מאירס, שסירבה להתאשפז מחשש שמא יתגלה סודה למשפחתה. ראו חס"ם (שלום ת"א) 105/05 חזה נ' משרד הבריאות (נבו) 12.9.2006. גם במחקר שערכנו עולה שמשמשים אינם רוצים שהעקבות הדיגיטליים שלהם יועברו אוטומטית לבני המשפחה, והתנגדות זו עזה יותר בנוגע למידע מאתרי היכריות. ראו בירנהק ומורס, *זיכרונות דיגיטליים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 81.*

את המענה לשאלה הנורמטיבית יש לאתר בהבנתם של הזיכרונות הדיגיטליים ותפקידם החברתי (ובכך דנו בחלק ב לעיל), ובהבנת מהותו של הקניין הפרטי. לא נרחיב כאן בתיאוריות קנייניות, ונסתפק במסקנתנו: אנחנו סבורים שאין מקום להכרה גורפת בזיכרונות דיגיטליים כקניין. בתמצית: מידע אישי איננו חומר או חפץ, ולא זכה להגנה קניינית בחייו של אדם אלא לכל היותר להגנת דיני הפרטיות.⁸⁷ מות האדם אינו טעם מספיק להמיר את הגנת הפרטיות בהגנת הקניין. להפך. הגנת הפרטיות מפקידה בידי האדם שליטה משפטית במידע שעל אודותיו.⁸⁸ הגנה זו דרושה כדי ליצור תנאים לפיתוח זהות ואישיות של האדם, לכינון קשרים אינטימיים ומקצועיים, לסייע בתפקוד הקהילה ולמלא צרכים דמוקרטיים שונים.⁸⁹ בחיי האדם, כל אדם הוא "יחידה אוטונומית", כביטוי של אהרן ברק,⁹⁰ והשליטה של אדם במידע הפרטי שלו היא החלטה שלו בלבד. במובן הזה, הפרטיות היא זכות של היחיד, אבל אין לזכות הזו משמעות כאשר אדם נמצא לבדו בעולם. היכולת לשלוט במידע – לשתפו או לא לשתפו – היא תמיד אל מול גורם אחר: אדם אחר, הקהילה, תאגידים, או המדינה. לכן, הפרטיות היא מרכיב חשוב בכינון יחסים בין בני אדם,⁹¹ והיא זכות חברתית ביסודה. יש לה משמעות רק אל מול גורם אחר (אנשים אחרים, תאגידים, המדינה).⁹² אבל הממד היחסני (relational) אינו מצדיק את העברת השליטה במידע לידי היורשים דווקא. כל עוד לא הביע האדם רצון מפורש בנושא בחייו, אין סיבה א־פריורית להניח שהאדם ביקש

- 87 זרם בספרות ביקש להתייחס למידע אישי של אדם בחייו כאל קניין, אולם טענה זו נתקלה במענה שלילי נחרץ. לטענה, ראו למשל Edward J. Janger, *Muddy Property: Generating and Protecting Information Privacy Norms in Bankruptcy*, 44 WILLIAM & MARY JULIE E. COHEN, *Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as an Object*, 52 STAN. L. REV. 1373 (2000); Jessica Litman, *Information Privacy/Information Property*, 52 STAN. L. REV. 1283 (2000). גרימלמן ומאליגן ביקשו לאחורנה להציע עמדה קניינית מרוככת שנועדה לתת למושאי מידע שליטה קניינית מסוימת במידע שלהם מפני גורמים עוינים, כאשר המידע מקובע בחפץ פיזי כלשהו. ראו James Grimmelmann & Christina Mulligan, *Data Property*, 72 AM. U. L. REV. 829 (2023). נעיר שאת טענתם יש להבין על רקע חולשת דיני הפרטיות בארצות הברית; במדינות אחרות, ובכללן ישראל, דיני הפרטיות מסייעים להגן על אינטרסים דומים.
- 88 ההגדרה המקורית של הפרטיות כשליטה היא של המשפטן האמריקני אלן ווסטין, ALAN WESTIN, *PRIVACY AND FREEDOM* 7 (1967). לפיתוח עדכני ראו בירנהק, *מרחב פרטי, לעיל ה"ש 64*, בעמ' 89; Lisa M. Austin, *Re-reading Westin*, 20 THEORETICAL INQ. L. 53 (2019). לאימוץ הגישה בפסיקה, ראו למשל בג"ץ 6732/20 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (נבו 1.3.2021), בפס' 13 לפסק דינה של השופטת ברק־ארז.
- 89 להצדקות הפרטיות ראו בירנהק, *מרחב פרטי, שם*, בעמ' 109. לפיתוח ההצדקה בהקשר המדינתי, ראו מיכאל בירנהק *פרטיות חוקתית* 80–86 (2023).
- 90 בג"ץ 6650/04 פלונתי נ' בית הדין הרבני האיזורי בנתניה, פ"ד סא(1) 581, 606 (2006).
- 91 בירנהק, *מרחב פרטי, לעיל ה"ש 64*, בעמ' 120; ע"א 8954/11 פלונתי נ' פלונתי, פ"ד סו(3) 691, פס' 85–86 לפסק הדין של השופט סולברג (2014).
- 92 לפן היחסני (relational) של הפרטיות, ראו Salomé Viljoen, *Democratic Data: A Relational Theory for Data Governance*, 131 YALE L.J. 573 (2021).

להעביר את השליטה במידע האישי דווקא לידי אדם אחר. אחרי מותו של אדם, הקשר החי מומר באבל, זיכרון ולעיתים הנצחה, כפי שתיארנו לעיל.

מחקר אמפירי שערכנו מאשש את הטענה הזו: לאנשים שונים רצונות שונים בנוגע לגישה למידע שלהם לאחר מותם.⁹³ הכללה בדבר רצונם של מנוחים בהעברה או אי-העברה של המידע לאחרים לאחר מותם תהיה שגויה. בהתאם, התייחסות קניינית למידע פרטי תתאים אולי לרצונם של חלק מהמנוחים, אבל תסכל את ציפיותיהם של רבים אחרים. גם הפרקטיקה הקיימת אינה מסייעת בכירור רצונם של אנשים בנוגע לכך. צוואות ישראליות עוסקות כיום כמעט רק בסוגיות קנייניות.⁹⁴ השימוש בכלים של פייסבוק, גוגל ואפל אינו מקיף את מכלול הפעילות האינטרנטית, וממילא יש רק שימוש מצומצם בכלים אלה.⁹⁵ תשובה אפשרית לקושי זה היא שזו בעיית מעבר זמנית: אם הדין יקבע שמידע אישי הופך לקניין במות האדם, המשתמשים יגיבו, יתאימו את הציפיות שלהם, ולכן ציפיותיהם, אם הן ראויות להגנה משפטית, לא יופרו. אולם, אנו סבורים שתגובת "השוק" לא תהיה מהירה או פשוטה, בשל צירוף כמה גורמים: בשל רמות שונות של אוריינות טכנולוגית וידע משפטי, ובשל רתיעה מעיסוק בסוגיות של מוות, בייחוד בפן האישי (עוד יותר מאשר בפן הקנייני). אם כן, לפי טיבם, דיני הקניין אינם מתאימים לחול על זיכרונות דיגיטליים, לפחות לא באופן כולל. כאן יש מקום לאבחנות שונות: יש מידע דיגיטלי שקל לנו יותר לסווגו כקניין. למשל מטבעות דיגיטליים כמו ביטקוין, דמויות במשחקים וירטואליים שנרכשו בכסף (אם כי יש לשים לב שהורשה של דמויות כאלה אינה תלויה רק בדיני הקניין, אלא גם בחווה שבין המשתמש לבין הפלטפורמה המשחקית. אם הפלטפורמה אינה מאפשרת מכירה או העברה של הנכסים הווירטואליים, העברתם לא תהיה אפשרית).⁹⁶ בדין הישראלי, משאבים וירטואליים כאלה יחשבו למיטלטלין והם חלק ממסת הנכסים שעומדת לחלוקה ליורשים.⁹⁷ גם דיני הקניין הרוחני, ובעיקר דיני זכות יוצרים, מצטרפים. דינים אלה עוסקים מלכתחילה במשאבים שאינם מוחשיים, והגנתם נמשכת גם אחרי מות היוצר.⁹⁸ כך, צילומים שמוגנים בזכות יוצרים, טיטות של ספרים ומאמרים ששמורים במחשבים של יוצרים שהלכו לעולמם

93 המחקר, על בסיס סקר מייצג של האוכלוסייה בישראל, העלה ש-45% מהמשתמשים מעוניינים שאחרי מותם תהיה גישה מלאה לתכנים שלהם, כשליש מתנגדים לגישה כזו, וכחמישית מבקשים לאפשר גישה סלקטיבית לתכנים מסוימים בלבד. ראו בירנהק ומורס, זיכרונות דיגיטליים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 76. מחקר איכותני משלים חיזק את הממצאים, והעלה ציפיה של משתמשים להמשכיות: לשיטתם, מידע שהיה פרטי בחיים צריך להיות כזה גם במות האדם, ומה שהיה מידע פומבי צריך להישאר כזה גם לאחר מותו. ראו Tal Morse & Michael Birnhack, *The Continuity Principle of Digital Remains*, *NEW MEDIA & SOCIETY*, (2022). <https://doi.org/10.1177/14614448221133535>

94 הקר "מאפייניהם של סכסוכי ירושות", לעיל ה"ש 63.

95 ראו בירנהק ומורס זיכרונות דיגיטליים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 74.

96 לדיון בגורלן של דמויות וירטואליות במות המשתמש ראו: Edina Harbinja, *Virtual Worlds: A Legal Post Mortem Account*, 11 *SCRIPTED* 273 (2014).

97 ראו ס' 13 לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971.

98 זכות יוצרים חלה עד לשבעים שנה לאחר מות היוצר. ראו ס' 38 לחוק זכות יוצרים. עם זאת, הזכות הקניינית אינה בהכרח זכות הגישה ליצירה.

בטרם פרסום היצירות – הם חלק מהעיון. ⁹⁹ לכך נוסף מידע על קניין: מידע על חשבונות בנק, למשל, יוביל את מנהלת העיון לנכסים בני-חלוקה. ¹⁰⁰ אכן, מידע כזה עלול לחשוף מידע פרטי, למשל קיומו של ילד מחוץ לנישואין. הפן הקנייני פה יגבר על הפרטיות, אם היא קיימת למנוח לאחר מותו. ¹⁰¹

בגרמניה נדונה בקשה של הורים לאפשר להם גישה לחשבון הפייסבוק של בתם המנוחה שנדרסה למוות בנסיבות לא ברורות, תוך רמיזה שייתכן ששמה קץ לחייה. ¹⁰² ההורים לא היו "חברים" של בתם ברשת החברתית, ולכן לא הייתה להם גישה לתכנים השונים שלה – לא לתכנים פומביים (שיש להניח שאליהם ההורים היו יכולים להגיע באמצעות פנייה למי שכן היו "חברים" של הבת), ובוודאי שלא לתכנים אישיים, כמו שיחות אישיות עם אחרים. בית המשפט הגרמני עקף את הקושי בהמשגה של הזיכרונות הדיגיטליים, והתייחס לחוזה שבין הבת המנוחה לבין פייסבוק כאל הנכס שגורלו הוא שעומד לדיון. החוזה, נפסק, הוא נכס ברהורשה. ההורים באו בנעלי בתם משום שירשו את החוזה, לא משום שירשו את התכנים. התוצאה המעשית היא גישה של הורים למידע שבתם אולי לא הייתה רוצה שתהיה להם גישה אליהם – ואולי כן. והרי זה לב הקושי: ברוב המקרים, כאשר אין שימוש בטכנולוגיה שפייסבוק הציעה, ובהיעדר צוואה או הנחיה אחרת, לא נדע מה הייתה כוונת המנוחה. במונחים של דיני הירושה, אין דרך לזהות את אומד דעתו של המצווה. ¹⁰³ יש גם להניח שלפסק הדין תהיה השלכה חוזית: פלטפורמות שטרם עשו זאת תקבענה במפורש שהחווה הוא אישי ואינו ניתן להורשה. ¹⁰⁴

99 מתעוררים קשיים משפטיים נוספים. למשל, ייתכן שירוש יהיה בעל זכויות ביצירה שחיבר המנוח, אולם זו נעולה בשירות ענן. למרות הבעלות, ספק שירותי הענן אינו מחויב לתת ליורש גישה ליצירה. הדבר תלוי בתנאי החוזה המקורי בינו לבין המשתמש, ובטוב ליבו של הספק. ¹⁰⁰ בית המשפט העליון פסק שיש להעביר ליורשים מידע על קניין: רע"א 1917/92 סקולר נ' גרבי, פ"ד (5) 764, 773 (1993), שם דובר במידע על חשבונות בנק של המנוחים. ראו גם ה"פ (מחוזי ת"א) 50725-02-12 שוורצמן נ' פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ (נבו 15.10.2012), שבו נפסק שחברת הפנסיה צריכה לאפשר גישה למידע על מוטבים נוספים בקופות גמל למוטבים היורשים. כאשר דובר במידע על טיפול פסיכולוגי, סירב בית המשפט להעבירו לידי בני משפחתה של המנוחה. ראו עניין עיזבון פלונית (המנוחה) נ' פלדמן-קופלר, לעיל ה"ש 86.

101 לדיון, ראו Michael Birnhack & Tal Morse, *Digital Remains: Property or Privacy?*, 30(3) INT'L J.L. INFO. TECH. 280 (2022).

102 <https://perma.cc/V7E9-TSUR>, Case III ZR 183/17 (BGH, 2018) (גרמנית), וגלגול נוסף של הפרשה – <https://perma.cc/VT9F-6UAC>, Case III ZB 30/20 (2020) (גרמנית). לסקירה, ראו Lucas Wusthof, *Germany's Supreme Court Rules in Favor of Digital Inheritance*, 7 J. EUR. CONSUMER & MKT. L. 205 (2018).

103 ראו ס' 54(א) לחוק הירושה ("מפרשים צוואה לפי אומד דעתו של המצווה כפי שהיא משתמעת מתוך הצוואה, ובמידה שאינה משתמעת מתוכה – כפי שהיא משתמעת מתוך הנסיבות"). פרשנות לפי רצון המנוח היא עקרון יסודי בדיני הירושה והצוואה. ראו למשל ע"א 6178/21 מרכז רפואי שערי צדק ע"ר נ' מטרי, פס' 20 לפסק הדין של השופט מינץ (נבו 14.2.2022) ("נקודת המוצא בפרשנות צוואה היא כיבוד רצון המת").

104 זהו כבר כיום המצב הרווח בבריטניה. ראו Michels et al., *Beyond the Clouds*, לעיל ה"ש 67.

אם כן, המשפט הקיים שעוצב עבור חפצי זיכרון אינו מתאים לזיכרונות נעדרי חומר. נזכיר גם שאין פרקטיקות חברתיות ברורות בנושא; להפך, יש מגוון רצונות ודעות. במקום זה, ראוי להבחין בין סוגי זיכרונות דיגיטליים שונים. כל זה הוא דיון שבוחן האם המשפט "מדדה בעצלתיים אחרי חידושי העולם",¹⁰⁵ וכיצד ניתן לפתור את הפער הזה. מעבר לכך, כמצוות הפרדיגמה המחקרית של משפט וטכנולוגיה, הדיון מלמד אותנו גם על הפן המשלים של היחסים שבין המשפט לטכנולוגיה. לימוד מאפייני הטכנולוגיה (יצירת שובל מידע עשיר בחיי האדם שנותר גם במוותו; פתרונות טכנולוגיים יוזמים של כלים לניהול זיכרונות דיגיטליים), האתגרים החברתיים שהיא יוצרת (למי יש גישה?) והפרקטיקות המגוונות של המשתמשים משפיעים על המשפט. נתונים אלה חושפים את הנחות היסוד של המשפט – שעזבונו הוא מושג שמתאים לנכסים בעלי ערך, ושדיני הירושה מעדיפים את האינטרסים של המשפחה על פני השליטה האינדיווידואלית של האדם במידע האישי שלו. הטכנולוגיה החדשה והפרקטיקות החברתיות-תרבותיות הנלוות סייעו לחשוף את הלך הרוח של המשפט ולכוון אותנו לפתרון אפשרי: יצירת דין חדש, שמבוסס על הנחות שונות שמומאמות למגוון סוגי הזיכרונות הדיגיטליים, להבנת חשיבותם לאדם בחייו, ליחסים בין בני אדם בחיים ולשינוי שחל ביחסים במוות אחד הצדדים.

2. פרטיות לאחר המוות?

שובל המידע שאנחנו מייצרים במהלך פעילות יום-יומית ברשת כולל תכנים שונים – תכתובות ותקשורת עם אחרים, "פתקים", צילומים ועוד, וכולל גם מידע על התכנים. אלה הם נתוני התקשורת (כאשר מדובר בקשר עם אחרים), או נתוני תוכן בכלל. נתונים כאלה עשויים להיראות במבט ראשון משניים בחשיבותם לעומת התוכן, אך לא כך. נתוני תוכן ותקשורת מעידים על המשתמשים.¹⁰⁶ מידע כזה נאסף על ידי גורמים אחרים – תאגידים, מפרסמים ולעיתים גם המדינה. הפלטפורמות הן הראשונות להתעניין במידע. המודל העסקי שלהן מבוסס על איסוף מידע,¹⁰⁷ עיבודו ומכירתו. במילים אחרות, בחיינו, מידע אישי שנמצא ברשת הוא מידע פרטי. דיני הפרטיות פועלים כאן, בסיוע דינים נלווים. מי שיחדור למחשב שלנו ללא הסכמה – הרי זו עבירה לפי חוק המחשבים ולפי חוק הגנת הפרטיות;¹⁰⁸ פרסום מידע אישי הוא פגיעה בפרטיות.¹⁰⁹ כאשר המדינה מבקשת לגשת לתכנים כאלה, עליה לצעוד באחד הנתיבים שבדין.¹¹⁰ דיני הפרטיות קובעים את כוחנו לשלוט במידע שעל אודותינו, גם כאשר הוא אינו נמצא בדינו.

105 ראו לעיל ה"ש 3.

106 ראו עומר טנא "הסתכל בקנקן וראה מה יש בו: נתוני תקשורת ומידע אישי במאה העשרים ואחת" רשת משפטית: משפט וטכנולוגית מידע 287 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים (2011).

107 זר, "אנשים שקראו מאמר זה", לעיל ה"ש 7; SHOSHANA ZUBOFF, THE AGE OF SURVEILLANCE; CAPITALISM: THE FIGHT FOR THE FUTURE AT THE NEW FRONTIER OF POWER (2019).

108 4 לחוק המחשבים, התשנ"ה-1995; ס' 5(2) לחוק הגנת הפרטיות.

109 ראו ס' 2(2), 5(2), 9(2), 10(2), 11(2) לחוק הגנת הפרטיות.

110 לרשות המדינה כמה אפיקים, לפי סוג הפעולה המבוקש: חיפוש בחומר מחשב (שכולל מכשיר טלפון) מוסדר בס' 23 לפקודת סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982; גישה לנתוני

האם ראוי להגן על פרטיות האדם גם לאחר מותו? כמו בדיון בסעיף הקודם בנוגע לגישה הקניינית, נעיר על האינטואיציות והשפה שבה אנחנו משתמשים, על הדין הקיים, על ההשלכה המעשית של הכרה או אי-הכרה בפרטיות המתים, ועל השאלה העיונית. מתוך זה, נבחן את היחסים שבין המשפט לטכנולוגיה.

לרבים יש אינטואיציות בדבר המשכיות הפרטיות גם אחרי המוות, שמשתקפים בכיטויים כמו "לקחת את הסוד אל הקבר". מחקר איכותני שערכנו בדרך של קבוצות מיקוד עם משתמשי אינטרנט בישראל העלה שלרבים יש ציפייה ורצון בהמשכיות: המשתתפים במחקר סברו שמידע שהיה פומבי בחיים צריך להישאר פומבי במוות, ומידע שהיה פרטי בחיים צריך להישאר פרטי במוות.¹¹¹ עמדות אלה משקפות נורמות חברתיות בדבר כיבוד פרטיותם של המתים, וכמובן תורמות לכינון הנורמות. רבים מאיתנו ירגישו אי נוחות "לחטט" במידע דיגיטלי של המנוח. נורמות חברתיות בנוגע לחפצים פיזיים שהמנוח השאיר אחריו מבוססות יותר, ונראה שהן מקבלות את הגישה לחפצים כמו מכתבים ומסמכים. הזיכרונות הדיגיטליים מעוררים מצבים חדשים. יש מי שמבחינתם גישה לחשבון דוא"ל של מנוח דומה לפריצת מנעול של מגירה שנועדה להישאר נעולה.

המשפט יכול היה לסייע בכינון נורמות חברתיות, בדרך של קביעת המותר והאסור או על ידי ברירות מחדל שמסמנות "מה מקובל". כאן נמצא שונות במדינות שונות. במדינות המשפט המקובל, העמדה המשפטית היא שהפרטיות היא זכות אישית ולא חפצית, וחללה במות האדם.¹¹² ניתוח משפטי של החוק בישראל היה צריך להביא למסקנה דומה.¹¹³ הפרטיות נתפסת כזכות אישית; חוק הגנת הפרטיות שותק בנוגע לאפשרות של פגיעה בפרטיות שהתרחשה אחרי מות האדם – למעט בנוגע לפרסום צילומי גופות,¹¹⁴ ושתיקה זו אינה מקרית: המחוקק שקל את הנושא והחליט שלא להגן על פרטיות המתים.¹¹⁵ לשון החוק, ההיסטוריה החקיקתית, השוואה לדינים קרובים כמו לשון הרע, ואפיון הפרטיות כזכות אישית – מצביעים על כך שאין מקום להכיר בפרטיות מתים. ואף על פי כן, בית המשפט העליון קבע באופן כללי במקצת שלמתים יש זכות לפרטיות.¹¹⁶ הקביעה באה ללא הנמקה של ממש, לפי אמירות כלליות בדבר המשכיות כבוד האדם החי אחרי המוות, וזכתה לביקורת בספרות. באיחוד האירופי, הרגולציה להגנת מידע אישי (ה-GDPR) מתירה חופש

תקשורת מוסדרת בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007; גישה לשיחות מוסדרת בחוק האזנת סתר. לדיון בפרטיות מול המדינה, ראו בירנהק, פרטיות חוקתית, לעיל ה"ש 89.

111 Morse & Birnhack, *The Continuity Principle*, לעיל ה"ש 93.

112 למשל בארצות הברית: National Archives and Records Administration v. Favish, 541 U.S. 157 (2004).

113 ראו בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 64, בעמ' 133.

114 ס' 2א לחוק הגנת הפרטיות. לדיון ראו מורס, "להתבונן במותם של אחרים", לעיל ה"ש 78. ניתן לתבוע בקשר לפגיעה שהתרחשה לפני מות האדם, ראו ס' 25 לחוק.

115 בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 64, בעמ' 133.

116 עניין סקולר, לעיל ה"ש 100, בעמ' 773.

פעולה למדינות החברות לקבוע האם הגנת הפרטיות במידע חלה גם אחרי המוות.¹¹⁷ ואכן, כמה מדינות פעלו כך.¹¹⁸

חשוב לעמוד על ההשלכה המעשית של הכרה או אי-הכרה בפרטיות המנוח. אם נאמר שהפרטיות פוקעת במות האדם הרי שאין עוד הגנה על המידע האישי, ולכאורה הוא נגיש ופרוץ לכול. לפי זה, חשיפת מחלה של אדם לאחר מותו אינה פגיעה בפרטיות, וכך גם אחצון (outing, הוצאה מהארון הלהט"בי) של אדם.

בעניין זה, יש שוני בין מידת העניין הציבורי כאשר מדובר בדמות ציבורית לעומת אנשים פרטיים. כאשר מדובר בחפצי זיכרון חומריים (מכתבים, למשל) או מידע דיגיטלי, הרי שמי שיש להם גישה לכך יחשפו למידע הפרטי, והם שיחליטו האם לשתף אחרים במידע. כלומר, אי ההכרה בפרטיות המתים חושפת את המידע האישי שלהם למי שיש להם גישה ישירה למידע. כאמור, פעמים רבות אנשים מבקשים להסתיר מידע מסוים – בחייהם ובמותם – דווקא מקרוביהם. התוצאה עלולה להיות גרסת לאחר-המוות של תופעה שכונתה בספרות "פרדוקס הפרטיות": מונח זה מתייחס לפער שבין הרצון המובע של אנשים בנוגע לפרטיותם (בחייים) לבין התנהגות של חשיפת מידע ברבים.¹¹⁹

כאן יש הבדל משמעותי בין המצב החומרי למצב הדיגיטלי. בסביבה הפיזית, קרובי המשפחה או מי שיש להם גישה לחפצי המנוח יחשפו למסמכים, מכתבים, צילומים, ועלולים לגלות מידע פרטי שלא היה ידוע להם. המשפט אינו נוכח שם. בסביבה הדיגיטלית, כפי שפירטנו בחלק ב, בין המנוח לבין קרוביו יש מתווכים – הפלטפורמות הדיגיטליות. פקיעת הפרטיות במות האדם משחררת את הפלטפורמה מחובה משפטית להגן על פרטיות המנוח מצד אחד, אבל מצד שני אינה מחייבת אותה לאפשר למשפחה (או למכרים או לאחרים) גישה למידע הזה. בפועל, הפלטפורמות מעדיפות לא לאפשר גישה כזו.¹²⁰ הסיבות הן כמובן עסקיות: מתן גישה לקרובי המשתמשים המתים מחייב מערך טכנולוגי ושירות לקוחות יקר; מתן גישה עלול להפר הבטחות של הפלטפורמה למשתמשים בחייהם – והגם שהמנוחים לא יתבעו, הדבר ישפיע על משתמשים חיים. כך למשל, אתרי היכרויות קובעים בתנאי

117 הערת פתיח (recital) 27 ל-GDPR מבהירה: "This Regulation does not apply to the personal data of deceased persons. Member States may provide for rules regarding the processing of personal data of deceased persons"

118 לדיון בפרטיות שאחרי המוות באיחוד האירופי ראו David Erdos, *Dead Ringers? Legal Persons and the Deceased in European Data Protection Law*, 40 COMP. L. & SEC. REV. 105495 (2021)

119 לדיון ראו Tal Morse & Michael Birnhack, *The Posthumous Privacy Paradox: Privacy Preferences and Behavior Regarding Digital Remains*, 24(6) NEW MEDIA & SOCIETY 1343 (2022). שם הצבענו גם על פרדוקס הפוך: יש מי שמבקשים דווקא לשמור את המידע שלהם כפרטי בחייהם אבל מעוניינים בחשיפתו לאחר מותם, למשל כדי שילדיהם יוכלו לזכור אותם. אם לא פעלו מראש בהתאם, רצונם עלול שלא להתגשם, ויהיה פער בין הרצון האישי לבין המעשה בפועל.

120 ראו Michels et al., *Beyond the Clouds*, לעיל ה"ש 67.

השירות שלהם שהשירות הוא אישי ואינו ניתן להעברה.¹²¹ במילים אחרות, אי-הגנה על פרטיות המתים בהקשר הדיגיטלי משמעה העברת הכוח להחליט בדבר פומביות או פרטיות המידע מקרובי המשפחה אל הפלטפורמות.

מנגד, עמדה אחרת מבקשת לקבוע שגם למתים יש פרטיות. עמדה זו אינה נובעת מתוך דיני הפרטיות הקיימים, אלא מבקשת ליצור מודלים חדשים של פרטיות שלאחר המוות.¹²² מיידת תעוררנה שאלות משנה רבות: האם משמעות הדבר שהמידע הדיגיטלי צריך להימחק מהרשת כמות האדם? או שמא יש לשמור את המידע, ולהפקיד החלטות לגביו (כמו פרסום, מחיקה או כל פעולה אחרת) בידי גורם אחר? ומיהו אותו גורם? כלי הניהול של פייסבוק, גוגל ואפל מציעים תשובות אפשריות: המשתמש הוא שיחליט עוד בחייו מי יוכל לבוא בנעליו. זהו פתרון טכנולוגי-עסקי שעונה על צורך חברתי, אבל כיום הוא אינו חלק אינטגרלי מהמערכות האלה. חסמי האוריינות הדיגיטלית, הרתיעה מעיסוק בניהול המוות, ושיווק מוצנע של הכלים, מביאים לכך שהשימוש בכלים אלה מצומצם.

השאלה הנורמטיבית, האם ראוי להכיר בפרטיות המתים, מורכבת, והיא חלק מדיון רחב יותר בשאלת זכויות של מתים. במקום אחר הוצע לצמצם את ההכרה בזכויות המתים רק לציפיות סבירות של אנשים חיים בנוגע לגורל המידע האישי שלהם לאחר מותם, תוך וידוא שמי שטוענים בשמם לפרטיותם אינם טוענים למעשה לאינטרסים שלהם עצמם במסווה של פרטיות המת, ותוך איוון בין הזכות לפרטיות לבין זכויות ואינטרסים אחרים שמתנגשים בה (כמו למשל חופש הביטוי של החיים).¹²³ גישה זו רואה בפרטיות זכות אישית ולא זכות קניינית. זכות אישית (*in personam*) מתייחסת לאישיותו של אדם, היא אינה ניתנת להעברה, ופוקעת כמותו של אדם. זכות קניינית (*in rem*) מתייחסת למשאב מסוים, ניתנת להעברה, ואינה פוקעת כמותו – אלא הבעלות עוברת לגורם אחר. היישום להקשר של הזיכרונות הדיגיטליים הוא שיש לכבד את פרטיות המשתמשים, ועקרון ההמשכיות שזיהינו בשיחות עם משתתפים בקבוצות המיקוד מתאים כאן.¹²⁴ עם זאת, תרגום העקרונות האלה לשרה הדיגיטלי מעלה אתגרים נוספים: כיצד נאתר את רצון המשתמש כאשר לא הביע אותו ולא בחר להשתמש בכלי שהפלטפורמה מציעה? כיצד נאפשר גישה? ועוד. אלה הם אתגרים יישומיים, לא דווקא נורמטיביים.

כמו לגבי הדיון הקנייני, הדיון בשאלת הפרטיות לאחר המוות מעלה שהמשפט הקיים אינו מותאם למצב החדש של הזיכרונות הדיגיטליים, שבו חומרי הגלם של ההנצחה אינם חומריים. אכן, פרשנות משפטית יכולה למתוח את גבולות הפרטיות ולקבוע כללים משפטיים שונים שנגזרים, כביכול, מהדין הקיים או להצביע על כיוונים להסדרה חדשה.

121 ראו למשל ס' 7 לתנאי השימוש של טינדר (19.11.2021), <https://policies.tinder.com/terms/>, וס' 5 לתנאי השימוש של גרינדר: *Terms of Service*, GRINDR (July 7, 2022), <https://www.grindr.com/terms-of-service>, שקובעים שהזכות אישית ואינה ניתנת להעברה.

122 ראו בעיקר: Lilian Edwards & Edina Harbinja, *Protecting Post-mortem Privacy: Reconsidering the Privacy Interests of the Deceased in a Digital World*, 32 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 83 (2013); Edina Harbinja, *Post-mortem Privacy 2.0: Theory, Law, and Technology*, 31 INT'L REV. L. COMP. & TECH. 26 (2017).

123 מיכאל בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים" עיוני משפט לא 57 (2008).

124 ראו לעיל, ה"ש 93.

אלה הם ניסיונות להתאים את הכלים המשפטיים לצרכים חדשים שנוצרו בעקבות כניסתה של טכנולוגיה חדשה והשינויים החברתיים-תרבותיים שהיא הביאה. כזו מלמד אותנו לא רק על כך המשפט משתרך אחרי הטכנולוגיה ומגיב לה, אלא גם על המשפט עצמו. השינויים שנדרשו כאן חושפים את הנחות היסוד של המשפט על מהותה של הפרטיות, ובעיקר שהיא נתפסת כזכות אישית ואינדיבידואליסטית, תוך הצנעת הממד הבין-אישי של הפרטיות. כאשר הפרטיות עוברת מהמרחב הפרטי של היחיד אל היחסים שבין הפרט (שאיננו עוד) לבין אחרים, הממד היחסי שלה מתחדד. ממד זה זוהה ונדרש גם בנוגע לפרטיות בין אנשים חיים,¹²⁵ הוא מתעצם בהקשר הדיגיטלי של המוות, ונחשף. עם זאת, הממד היחסי שונה, שהרי הקשר בין הקרובים לבין המנוח שונה מהקשר שבין החיים.

3. חוק המודל האמריקני

הדיון במסגרות המשפטיות הקיימות של קניין ושל פרטיות מעלה שהמשפט הקיים, על הנחותיו הסמויות, מתקשה להתמודד עם הזיכרונות הדיגיטליים. התוצאה היא שבפועל, הכוח להחליט מה ישרוד אחרי מות האדם ומה ייעלם, למי תהיה גישה ולמה, נותר בידי פלטפורמות הרשת.¹²⁶ נזכיר: מדובר בתאגידים פרטיים, שחובתם היא לבעלי המניות שלהם ולא דווקא לציבור הרחב, הם אינם כפופים (לפי שעה לפחות) למשפט הציבורי,¹²⁷ ובמקרה הישראלי – מדובר בדרך כלל בתאגידים זרים. התדיינות מולם רצופה משוכות משפטיות.¹²⁸ על הרקע הזה, מעניין לבחון את הדין האמריקני בסוגיה.¹²⁹ ארצות הברית הייתה הראשונה שהסדירה באופן ייחודי את סוגיית הגישה לזיכרונות דיגיטליים. המסגור הראשוני היה של

125 ראו Viljoen, *Democratic Data*, לעיל ה"ש 92; ובהקשר של יחסים בין-אישיים בזוגיות ובמשפחה, ראו יעל ברזידא-בהט "מעבר לקהילתנות ולאנדיבידואליזם: התפיסה המורכבת של משפחה ושל הזכות לפרטיות בתוך המשפחה" משפט חברה ותרבות ב 311 (מיכאל בירנהק עורך 2019); איילת בלכר-פריגת "הזכות לפרטיות במשפחה" משפט חברה ותרבות ב 339 (מיכאל בירנהק עורך 2019).

126 Krecizer-Levy & Donyets-Kedar, *Better Left Forgotten*, לעיל ה"ש 66, בעמ' 713-717. 127 להצעה להחיל נורמות מן המשפט הציבורי על הפלטפורמות, ראו נועה מור "רשתות חברתיות מקוננות כזירות לעיצוב זכויות והקצאתן: לקראת החלתן של חובות מן המשפט הציבורי" דין ודברים יד 127, 185-196 (2019).

128 ראו התדיינות בנוגע לסמכות השיפוט – רע"א 5860/16 Facebook Inc. נ' בן חמו (נבו 31.5.2018); ובנוגע לדין החל – רע"א 8160/20 Google LL.C. נ' אשל (נבו 20.2.2022); רע"א 1901/20 טרויס-מילר בע"מ נ' Facebook Ireland Ltd. (נבו 26.7.2022), ודיון אצל אוהד סומך, מעיין פרל, ניבה אלקין-קורן "המשתמש העסקי בפלטפורמות דיגיטליות: העדשה החזית" עיוני משפט מז (יתפרסם ב-2023).

129 במדינות אחרות יש הסדרה עקיפה של הנושא, למשל על ידי הארכת זכויות פרטיות מסוימות אל מעבר למוות, כפי שראינו בסעיף הקודם. בצרפת יש חוק ייעודי משנת 2016 שלפיו אדם יכול לתת הוראות בנוגע למידע האישי שלו לאחר מותו, בין אם בדרך של הנחיות כלליות ובין אם בהנחיות פרטניות. יורשים יכולים לגשת למידע שנחשב ל"זיכרון משפחתי" וגם לברר מידע על נכסים שצריכים להיכלל בעיזבון. ראו Loi N° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique. (Digital Republic Act). באיטליה הוארכו זכויות פרטיות אחרי

דיני הירושה, ולכן הסוגיה היא בסמכות המדינות (להבדיל מהמערכת הפדרלית). לאחר כמה חוקים מדינתיים נקודתיים בעשור הראשון של המאה הנוכחית,¹³⁰ גובשה הצעת חוק מודל בשם Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (RUFADAA).¹³¹ לאחר תיקון בשנת 2015, ההצעה אומצה במהירות ככמעט כל מדינות ארצות הברית.¹³² החוק קובע כי אם אדם השתמש בכלי ניהול טכנולוגי בנוגע לזיכרונותיו הדיגיטליים – יש לפעול לפי הנחיותיו אלה. אם לא השתמש (או שבשירותו שבו מדובר אין אפשרות כזו), יש לפעול לפי צוואה שהתייחסה לגורלם של הזיכרונות הדיגיטליים. בהיעדר צוואה כזו יש לפעול לפי תנאי השימוש שקבע ספק השירות. מדרג זה מעודד שימוש בכלים הטכנולוגיים מהסוג שראינו בחלק ב לעיל ובצוואה, שבאמצעותם המשתמש יכול לדייק את רצונו. בפועל, בשל השימוש הנמוך בכלים הטכנולוגיים ואי-התייחסות לזיכרונות הדיגיטליים בצוואות (כיום),¹³³ המדרג מאשרר את השליטה של ספקי השירות, שיכולים לקבוע תנאים בעניין הזה כרצונם. החוק אינו מתערב בתוכן התנאים. חוק המודל ממשיך ומתייחס לתוכן התקשורת של המשתמש המנוח, וקובע שמנהל העיזבון יוכל לקבל גישה לתכנים כאלה רק אם הייתה הסכמה אקטיבית של המשתמש בחייו. לעומת זאת, לגבי נתוני התקשורת, המידע יימסר למנהל העיזבון, אלא אם המשתמש התנגד לכך בחייו.

כך, החוק מבחין בין מצבים שונים וקובע הסדר מדורג, תוך התייחסות לכלים טכנולוגיים ומשפטיים. במובן הזה, הגם שנראה שנקודת המוצא של החוק היא קניינית, הוא מצליח לדייק יותר מאשר הכללות משפטיות של "קניין", "ירושה" או "פרטיות". הגישה המדורגת והמותאמת שנפרט מיד מאפשרת מרחב בחירה למשתמשים ולמשתמשות ברשת. המדרג אינו מושלם, ויש בו פגמים שונים, אולם מטרתנו כאן היא להמחיש כיצד השינויים הטכנולוגיים וחשיבה טכנולוגית-חברתית היתרגמה להסדר משפטי מותאם.

130 המוות בחקיקה: Decreto Legislativo 10 agosto 2018, n. 101, לדיון, ראו Erdos, *Dead Ringers?*, לעיל ה"ש 118.

131 לסקירה ודיון, ראו Rebecca G. Cummings, *The Case against Access to Decedents' E-mail: Password Protection as an Exercise of the Right to Destroy*, 15 MINN. J.L. & TECH. 898 (2014).

132 חוק המודל גובש על ידי ה-National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, שמטרתו להביא לאחדה בין הדינים המדינתיים שם. ראו <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=112ab648-b257-97f2-48c2-61fe109a0b33&forceDialog=0>.

133 ראו אתר מלווה לחוק המודל, <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=f7237fc4-74c2-4728-81c6-b39a91ecdff2>. כיום, 45 מדינות אימצו את ההצעה, אחת אימצה נוסח קודם של החקיקה, וכך גם מחוז קולומביה ואיי הבתולה.

133 באנגליה אנו רואים ניצנים לשינוי, של התייחסות להיבט הדיגיטלי בצוואות, אך מוקדם עדיין להעריך אם מדובר במגמה או במקרים בודדים. למחקר בריטי שבחן עמדות של מנהלי עזבונות ראו Johan David Michels, Sharon Hartung, Christopher Millard, *Digital Assets: A Call To Action* (2021), <https://ssrn.com/abstract=3925439>. בישראל הנושא טרם נבדק. משיחות אנקדוטליות שלנו עם עורכי דין בתחום דיני המשפחה נראה שבעת הזו אין פרקטיקה כזו בישראל.

ההסדר מתאים לאינטרסים של הפלטפורמות, וליתר דיוק לכלי הניהול של פייסבוק, גוגל ואפל, בכך שהוא נותן להם עדיפות. אנו סבורים שבמקרה הזה, ההעדפה המשפטית לשימוש בכלים הטכנולוגיים נכונה וראויה, והאינטרסים התאגידיים משתלבים באינטרסים של המשתמשים – השתלבות שאינה טריוויאלית. גישה זו מאפשרת לאדם להחליט בעצמו מה רצונו בנוגע לניהול המידע הדיגיטלי שלו אחרי מותו, תוך בידול בין שירותים שונים ואפשרויות שונות בעניין. זהו מקרה שבו המשפט – מתוך הבנה של משמעויות השינוי מחפצי זיכרון לזיכרונות דיגיטליים – מקצה מקום של כבוד לטכנולוגיה. זו המחשה לפעולה משותפת של המשפט והטכנולוגיה. קשה לאפיין את ההסדר הזה כ"קניין" או כ"פרטיות אחרי המוות", ולמעשה, גם אין צורך לאפיין אותו. המהות חשובה מהתווית.

4. פתרונות אחרים?

הגישה שמבקשת להחיל את הכללים המשפטיים הקיימים למצב הטכנולוגי-חברתי החדש היא כוללנית. הצענו במהלך הדברים להבחין בין סוגים שונים של זיכרונות דיגיטליים: קניין, או נספח לקניין, וחלקם ניתן לסיווג כמידע אישי שהיה מוגן בדיני הפרטיות בחיי האדם. אולם החלת הכלים הישנים על המצבים החדשים אינה רגישה מספיק למשמעויות של המעבר מחפצי זיכרון לזיכרונות דיגיטליים, מחומר להיעדר חומר. גישת בית המשפט הגרמני, למשל, גסה מאוד. פתרון אחד הוא חקיקה חדשה, שרגישה לטכנולוגיה, למאפייניה, לצרכים החברתיים ולכך שטרם התגבשו נורמות חברתיות ברורות. זהו למשל הניסיון האמריקני, על יתרונותיו וחסרונותיו.

גישה נוספת, שממחישה את השפעת המפנה החומרי (או המפנה הדיגיטלי, במקרה הנוכחי) תבקש להתאים מוסדות משפטיים קיימים למציאות הזו. כך למשל, מוסטפא שְנֵל מציע להחיות את הדוקטרינה של מעין-קניין (quasi-property) ולהחיל אותה בנוגע לזיכרונות דיגיטליים.¹³⁴ דוקטרינה זו, שצמחה בנוגע לגופות ובנוגע למידע חדשותי שאינו מוגן בזכויות יוצרים, מאפשרת לבעלי הזכות לחקות את מרכיב ההדרה שיש בקניין, גם ללא בעלות מלאה במשאב שבו מדובר. אדינה הרביניה מציעה ליצור קטגוריה משפטית חדשה של פרטיות שלאחר המוות.¹³⁵ פתרונות אלה טעונים פיתוח תיאורטי נוסף, ואם הם עומדים במבחן הביקורת, גם פיתוח כלים יישומיים מתאימים. מבלי לדון בהם לעומקם כאן, הפתרונות האלה ממחישים את האפשרות של פיתוח המשפט במענה למצב הטכנולוגי-חברתי החדש.

Mustafa Şenel, Digital Remains Succession amidst Proprietary and Personality Rights: 134 A Comparative Inquiry between the United States and Germany (Ph.D. Dissertation, Gianclaudio Malgieri, et al., eds., 2018). submitted to the Senate of Tel Aviv University, 2022) *R.I.P.: Rest in Privacy or Rest in (Quasi-)Property? Personal Data Protection of Deceased Data Subjects between Theoretical Scenarios and National Solutions, in DATA PROTECTION AND PRIVACY: THE INTERNET OF BODIES* 143, 150–152 (Ronald Leenes

135 ראו Harbinja, *Post-mortem Privacy 2.0*, לעיל, ה"ש 122.

פתרון אפשרי אחר יכול להימצא בהתאמת כללים משפטיים שונים לאנשים שונים, לפי העדפותיהם. אריאל פורת וליאור סטרכילביץ',¹³⁶ ובהמשך פורת ועומרי בן-שחר,¹³⁷ הציעו לאסוף מידע על אנשים, ובדומה לאופן שבו פרסומות שונות מותאמות לנו לפי העדפותינו כפי שאלה נלמדות מהמידע שנאסף ומעובד, להתאים כללים משפטיים שונים לאנשים שונים. ההצעה מעוררת קשיים ניכרים בכמה היבטים,¹³⁸ ובין היתר בהיבט הפרטיות,¹³⁹ אולם דווקא בנוגע לניהול זיכרונות דיגיטליים היא עשויה להועיל. הרגלי השימוש של המשתמשים ידועים היטב לפלטפורמות, שהרי זה הבסיס למודל העסקי שלהן.¹⁴⁰ אם הפלטפורמות יכולות לפענח מתוך זה מה רצונם של המשתמשים בנוגע לניהול המידע שלהם אחרי המוות, הן תוכלנה להתגבר על הרתיעה של משתמשים מעיסוק בניהול המוות. לימוד העדפות המשתמשים בנוגע לניהול המידע האישי שלהם אחרי המוות יכול להוביל להתאמת ברירות מחדל לפי ההעדפות האלה. כמוכן גם פתרון כזה יעורר קשיים עיוניים וקשיים מעשיים. כך למשל, במקרים רבים משתמש עשוי לרצות דבר אחד לגבי השימוש במידע שלו בחיים (למשל פרטיות) אבל דווקא יבקש שאחרי מותו המידע יהיה נגיש, לפחות לבני משפחתו.¹⁴¹ פלטפורמה שתשייט את עקרון ההמשכיות על בסיס ניתוח מידע בחיים עלולה להיכשל במימוש רצונו של המשתמש המנוח. אולם שוב, זו המחשה לאופן שבו הטכנולוגיה והמשפט משוחחים זה עם זה, ולאופן שבו השינוי מחפצים לסיכיות, מחומר להיעדר-חומר, מאפשר פיתוח משפטי.

סיכום

בחינו, חפצים משמשים אותנו למטרות רבות: השימושים יכולים להיות טריוויאליים כמו עט לכתיבה או כוס לשתייה; שימושים מוסדיים, כמו מסמכים שבידי השלטון, ושימושים רגשיים כמו "חפץ מעבר" של תינוק שנפרד מהוריו. במאמר זה, התרחקנו מהחפצים הפיזיים בשני צעדים. הראשון הוא מעבר מחפצים לתוכן דיגיטלי, כלומר מצב של מעבר מגילום משמעות בחפץ להיעדר החומר וגילומו של התוכן בשורת קוד, והשני הוא שבמקום לבחון

136 ליאור סטרכילביץ' ואריאל פורת "פרסונליזציה של כללי בררת-מחדל וחובות גילוי אמצעות נתוני-עֶתֶק" עיוני משפט מב 343 (2020).

137 OMRI BEN SHAHAR & ARIEL PORAT, PERSONALIZED LAW: DIFFERENT RULES FOR DIFFERENT PEOPLE (2021).

138 ראו למשל טל ז'רסקי "הפליה והבחנה בעידן ההתאמה האישית – תגובה על מאמרם של ליאור סטרכילביץ' ואריאל פורת" עיוני משפט מב 405 (2020); הילה שמיר "חובות התאמה 2.0? התאמה אישית והשלכות חלוקתיות – תגובה על מאמרם של ליאור סטרכילביץ' ואריאל פורת" עיוני משפט מב 447 (2020).

139 מיכאל בירנהק "פרטיות מותאמת אישית: תגובה על מאמרם של ליאור סטרכילביץ' ואריאל פורת פרסונליזציה של כללי בררת-מחדל וחובות גילוי באמצעות נתוני-עֶתֶק (Big Data)" עיוני משפט מב 381 (2020).

140 ראו Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism*, לעיל ה"ש 107.

141 דנו בכך במקום אחר, ותיארנו את המצב הזה כהיפוך של פרדוקס הפרטיות. ראו Morse & Birnhack, *The Posthumous Privacy Paradox*, לעיל ה"ש 119.

את משמעות החפצים עבור החיים, בחנו את מעמדם המשוער מנקודת המבט של המתים. אלה הם הזיכרונות הדיגיטליים. הצורך לעסוק בזיכרונות דיגיטליים מתגבר ככל שעוד אנשים שהולכים לעולמם מותירים אחריהם שובל מידע דיגיטלי, והרצון להנציח אותם נשען על תכנים דיגיטליים לא חומריים. בנוסף, הדיון בנושא מציב מראה שמאפשרת לנו לבחון את המפנה החומרי – באמצעות המפנה האנטי-חומרי.

מסגרנו את הדיון בפרדיגמת המחקר של משפט וטכנולוגיה, שמדגישה את הממד הערכי של המשפט ושל הטכנולוגיה גם יחד, ואת הקשרים ההדדיים ביניהם, במקום גישה פשטנית שלפיה המשפט מפגר אחרי הטכנולוגיה. בחנו את המשמעות של זיכרון והנצחה, ואת השינויים בפרקטיקות אלה לאור המעבר מהתבססות על חפצי זיכרון לזיכרונות דיגיטליים. הוספנו את המשפט לדיון. מורכבות זו חושפת את הנחות היסוד של הדינים הקיימים (בייחוד דיני הקניין והירושה, ודיני הפרטיות), את אי התאמתם למצב הדיגיטלי החדש, ומדגישה את הצרכים של ניהול הזיכרונות הדיגיטליים מצד אחד, ושל החשיבות של הגישה של בני המשפחה והחברים של המנוח מהצד האחר. הסדרת הגישה לזיכרונות דיגיטליים אינה רק איזון בין רצון המתים לצורכי החיים ולאינטרסים של הפלטפורמות. ראינו שיש שונות רבה ברצונות של המשתמשים, בצד עניין בהמשכיות הגישה או אי-הגישה לתכנים שיצרו בחייהם. פתרונות משפטיים מוכרים כמו קביעת כלל ברירת מחדל אינם מתאימים למורכבות זו. בסיוע פרדיגמת המחקר של משפט וטכנולוגיה, אנו רואים שהפתרון עשוי להימצא דווקא בטכנולוגיה – בכלים לניהול זיכרונות דיגיטליים שישקפו את רצונות המשתמשים ויממשו את האוטונומיה שלהם.

