

א. נורמה חברתית בעין הסערה

שוב ושוב שמענו בעשורים האחרונים על מותה של הפרטיות,¹ אולם למרות ההכרזות הרבות על מותה, הפרטיות חיה ובוועטת. מדינות מבקשות לאסוף מידע מוקדם כדי למנוע טרור גלובלי ומקומי ולאכוף את החוק; תאגידים אוספים מידע פרטי בשם היעילות והחדשנות ולשם המודל העסקי שלהם; התקשורת מבקשת לפרסם מידע מסוגים שונים בשם חופש הביטוי וחופש העיתונות; אנחנו מבקשים לדעת עוד על "חברים"; הרשתות השונות – באינטרנט וברשת הסלולרית – מעודדות אותנו לשתף ומתעקשות ששיתוף הוא ברכה. כל אלה הם אינטרסים לגיטימיים וחשובים אבל הם לא ניצבים לבד בזירה. מולם ניצבת הפרטיות שלנו, כנורמה חברתית וכזכות משפטית. כנורמה חברתית – אנחנו עדיין מתעקשים על הפרטיות גם כשנדמה לנו שהיא אבודה; גם ילדים ובני נוער רוצים פרטיות, אף על פי שלנו המבוגרים נדמה לעתים אחרת. כזכות משפטית – הפרטיות היא זכות יסוד באמנות בין-לאומיות רבות, בחוקות רבות וגם בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בישראל.

למרות הלחצים, הביקורות וההספדים על הפרטיות, כל אחת מאיתנו זקוקה למרחב פרטי וכל אחד צריך מקום שקט שבו אפשר לתהות, לנסות, לחשוב ולהתבטא, וגם לטעות, בלי מעקב ממשטר וממשמע. המרחב הפרטי אינו בהכרח פיזי. הוא יכול להיות גלישה נטולת מעקב ברשת, סביבה שיוצרת אינטימיות ביחסים עם אנשים אחרים, ביטחון בזולת ואמון במוסדות ובתאגידים, ללא צורך להצטרף ולהסביר את עצמנו. זהו מרחב שבו אנחנו יכולים להיות עצמנו, מרחב שבו האוטונומיה שלנו מתקיימת, מרחב שבו אנחנו – ולא אחרים – מקבלים החלטות לגבי עצמנו ומממשים בכך את כבוד האדם שלנו. זה המרחב שבו אנחנו מממשים את השליטה שלנו במידע על אודותינו. בהתאם, זו תפיסת הפרטיות כשליטה.² המשא ומתן החברתי על הפרטיות שלנו הוא אחד המאפיינים הבולטים של החברה האנושית בראשית המאה העשרים ואחת. הכרך שלפניכם, במסגרת כתב העת "משפט, חברה ותרבות", מבקש לברר סוגיות שונות בלב הפרטיות ואת הטלטלה הדרמטית שהיא חווה בשנים האחרונות. המאמרים בכרך בוחנים סוגיות שונות, תאורטיות ומעשיות, במשקפיים משפטיים, חברתיים ופוליטיים, וכל אלה שלובים זה בזה.

בהקדמה זו אתאר בקצרה את אבני הבניין של השיח על אודות הפרטיות שבא לידי ביטוי בכרך זה – המעבר לחיים מידעיים (כלומר מבוססי-מידע) וחברת המעקב; אצביע על הרקע של הדיון, שהוא הוויכוח החברתי הנמשך בדבר עצם חשיבותה של הפרטיות; אתאר את הכלים שעומדים לרשותנו להגן על הפרטיות – כלים משפטיים, חברתיים וטכנולוגיים;

* סגן דקאן למחקר ופרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. עורך הכרך.

1 Nicholas A. John & Benjamin Peters, *Why Privacy Keeps Dying: The Trouble with Talk about the End of Privacy*, 20(2) INFORMATION, COMMUNICATION & SOCIETY 284 (2017)

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

אשרטט בקווים כלליים תמונת מצב עכשווית של הזכות לפרטיות בדין הישראלי ושל המחקר בתחום. לאחר מכן אציג בתמציתיות את מאמרי הכרך. אסיים בתודות.

ב. חיים מידעיים

חיי היומיום שלנו השתנו לכלי הכר עם כניסת האינטרנט ורשתות אחרות לחיינו, ובהמשך נוכח "מהפכת המובייל" – השימוש הגובר במכשירים אלחוטיים ניידים, ונוכח "מהפכת הפס הרחב" – זרימת המידע המהירה יותר, שאפשרה לנו לגשת למידע מכל סוג כמעט מכל מקום בעולם, בזמן אמת. מכשירים נוספים מתחברים לרשת ומרכיבים יחד את "האינטרנט של הדברים" (Internet of Things), מערכות של נתוני עתק (Big Data) אוספות מידע ממגוון מקורות בהיקפי עתק ומאפשרות עיבוד מידי שלו; אלגוריתמים מבצעים פעולות שעד כה היו כרוכות בבדיקה ובהחלטה אנושית. אנחנו עדים גם לכניסתה של בינה מלאכותית לזירה. כאמור, לכל השינויים האלה יתרונות עצומים. קשה לתאר את חיינו רק לפני שנים ספורות, בלי מכשירי ניווט מקוונים, מנועי חיפוש, רשתות חברתיות ושלל יישומונים (אפליקציות). ככל שטכנולוגיות חדשות נכנסות לעוד ועוד תחומי חיים, היום-יום שלנו נהפך ליותר ויותר מידעי, כלומר עשיר במידע ומבוסס על מידע. ברגע זה חלק מהקוראים אוהז בידיו את הכרך המודפס; פעולת הקריאה מעותק אנלוגי אינה מתועדת ואינה מותירה עקבות. חלק אחר קורא את המילים האלה מצג מחשב; אתר האינטרנט, מאגר המידע, ספק שירותי הגישה לרשת – כל אלה שותפים כעת לתהליך הקריאה ונוצר תיעוד של הקריאה – וליתר דיוק: נוצר תיעוד של פתיחת המסמך ואולי של שמירתו והדפסתו. בעבר, ריצת בוקר בפארק הייתה, ובכן, ריצה בפארק; כיום אותה פעולה פיזית מייצרת מידע, שהרי המכשיר המכונה טלפון נמצא איתנו גם בריצה, והמכשיר המכונה שעון הוא מד-פעילות שמתעד את מסלול הריצה שלנו בפארק, את מהירות הריצה, את הדופק שלנו ועוד. כל הנתונים האלה מתועדים אצל ספקי השירות – ורבים מהמשתמשים יפרסמו אותם בהמשך ברשתות חברתיות. למעשה, כל פעולה מייצרת מידע. בעבר, המידע על סל הקניות שלנו בסופרמרקט היה לכל היותר עניין שבינינו לבין הקופאי, אבל כיום הוא עניין שבינינו לבין מאגר המידע של הסופרמרקט בשלב הראשון, ושל גורמים אחרים בשלב השני. הביטו בסל הקניות שלכם בביקור הבא בחנות: המוצרים שרכשנו מעידים במידה רבה על מצבנו הכספי (האם רכשנו מוצרים יקרים או רק כאלה שהם זולים במיוחד?), על מספר הנפשות בבית (מה היקף הרכישה?), על הגיל של בני הבית (האם רכשנו מוצרים לתינוקות?), על אמונה דתית (האם רכשנו רק מוצרים כשרים? באיזה הכשר?), על מצב רפואי (האם רכשנו מזון נטול-גלוטן, למשל, או מזון עשיר בשומן רווי?). כעת חשבו על המידע שנאסף במשך שנים רבות: הוא מדייק את ההשערות הראשוניות, ובעזרת אלגוריתמים ו"לימוד מכונה" (machine learning) ובהצלבה עם נתונים סטטיסטיים כלליים, הפעולה הפשוטה מייצרת לא רק מידע אלא גם ידע. בהמשך, הסופרמרקט עשוי להעביר או למכור את המידע, בין באופן מזהה ובין באופן כללי (אגרגטיבי) לגורמים מסחריים אחרים או למדינה.³

3 עסקי המידע מתפתחים במהירות. ראו, למשל, שני מוזס "שופרסל מוכרת לספקים מידע על דפוסי קנייה של לקוחות" גלובס (14.2.2018). <https://bit.ly/2FeroIn>.

שובל המידע שאנחנו מייצרים בפעילותנו היום-יומית, כמעט בלי לשים לב, משקף אותנו ולעתים קרובות בצורה מדויקת יותר מעדותנו העצמית על פעילותנו והעדפותינו.⁴ כאשר המידע קיים יש מי שמתעניינים בו: למשל, ספקי שירות ומפרסמים שמבקשים להכיר אותנו – וליתר דיוק: את הפרופיל המסחרי שלנו, את העדפותינו הצרכניות, את מצבנו הכספי וכיוצא באלה – כדי לשווק לנו מוצרים ושירותים. המדינה מתעניינת במידע למטרות ראויות וחשובות כמו אכיפת חוק ומניעת טרור וכן לניהול יעיל ומתקדם יותר של מערכות השלטון השונות, למשל גביית מסים. יעילות כזו חשובה משום שהיא מקלה על ההתנהלות שלנו, חוסכת משאבים ומצמצמת טעויות. בצד התאגידים והמדינה, גם אנשים אחרים עשויים להתעניין במידע: מעסיקים, בני זוג ובנות זוג – לשעבר ואולי לעתיד, עמיתים לעבודה, שכנים ועוד אנשים. למידע יש שווי כספי עצום ואנו עדים לצמיחת שוק גלובלי של מידע. מובן שלמידע יש גם ערך פוליטי. פרשת פייסבוק-קיימברידג' אנליטיקה, שנחשפה בשנת 2017, המחישה כיצד תאגיד מידע השיג "הסכמה" של גולשים ברשת החברתית למסור מידע עליהם ועל "חבריהם" ברשת, וככל הידוע המידע שימש בהמשך לצרכים פוליטיים.⁵ המדינה גילתה זה מכבר את כוחם של מאגרי מידע. מרשם האוכלוסין הוא מאגר המידע המרכזי של המדינה לניהול האוכלוסייה, ובצדו יש מאגרים נוספים כגון ברשות הרישוי, במוסד לביטוח לאומי, במערכת הרווחה וברשויות המקומיות. המגמה כיום היא הקמה של עוד ועוד מאגרי מידע – המאגר הביומטרי הוא הבולט שבהם בשנים האחרונות⁶ – ולכל מאגר תכלית מוצהרת משלו. מגמה נוספת היא הצלבה או איחוד של מאגרי מידע קיימים. בדרך כלל האינטרס הציבורי בפעולות אלה הוא יעילות כלכלית. המדינה גם משתפת פעולה עם גורמים פרטיים ומקבלת מהם מידע על אזרחים, לעתים באופן גלוי וישיר ולעתים בדרכים סמויות, ואז יש חשש לעקיפה של מנגנוני בקרה משפטיים מוכרים.

כאשר המידע מתייחס לבני אדם (להבדיל מתאגידים, למשל),⁷ והוא מזהה אותם במישרין או בעקיפין, נאמר שמדובר ב"מידע אישי". בדין האירופי די בכך כדי להפעיל את דיני הגנת הפרטיות. בארצות-הברית, במישור הפדרלי, יש מבחן קודם להפעלת הדין – תוכן המידע: רק סוגי מידע מסוימים מוסדרים שם, בשונה מהדין האירופי האוניברסלי. בדין הישראלי

4 למונח "שובל מידע" ראו בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 169, וכן עת"מ (מחוזי ת"א) 24867-02-11 אי. די. איי חברה לביטוח בע"מ נ' רשם מאגרי המידע (פורסם בנבו, 5.8.2012).

לערעור שהוגש ונמחק, תוך שהשופטים מאשרים את פסק הדין, ראו עע"ס 7043/12 אי. די. איי חברה לביטוח בע"מ נ' רשם מאגרי המידע (פורסם בנבו, 15.1.2014).

5 ראו Carole Cadwalladr, 'I made Steve Bannon's psychological warfare tool': meet the data war whistleblower, THE GUARDIAN (Mar. 17, 2018), <https://bit.ly/2HGfVCD>

6 ראו חוק הכללת אמצעי זיהוי ביומטריים ונתוני זיהוי ביומטריים במסמכי זיהוי ובמאגר מידע התש"ע-2009, ס"ח 256 (להלן: חוק המאגר הביומטרי). ראו גם חוק נתוני אשראי, התשע"ו-2016, ס"ח 104 (להלן: חוק נתוני אשראי) שמקים מאגר נתוני אשראי מרכזי בבנק ישראל.

7 שאלת זכותם של תאגידים לפרטיות שנויה במחלוקת. אני סבור שאין הם ראויים להגנה. ראו בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 126-132. ראו גם הערה של בית הדין הארצי לעבודה, אגב השאלה אם מותר לפרסם את שמה של חברה שנתבעה לפי החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998: ע"ע (ארצי) 13-12-13359 מענית נ' אלמונית, בפס' 46 (פורסם בנבו, 31.7.2014).

נראה שהמבחן משולב, והוא כולל הן רכיב של תוכן והן רכיב של האפשרות לזהות את מושאי המידע. אולם, בעידן הטכנולוגי הנוכחי מעטים המצבים שבהם מידע יכול להישאר בלתי-מזוהה, ומשום כך פעולות של התממה – אנונימיזציה – קשות יותר מבעבר.⁸ משעה שמדובר במידע אישי שנאסף, מעובד ומשמש לבניית פרופילים והסקת מסקנות לגבינו,⁹ דיני הגנת הפרטיות נכנסים לפעולה. הם אינם אוסרים על איסוף המידע האישי ועיבודו, אבל הם מבקשים לקבוע את המותר והאסור בעניין.

ג. חברת המעקב

בצד הממד המידעי המתגבר, טכנולוגיות נוספות נכנסו לתחומי חיים שונים ושינו את מערך היחסים הקודם בהקשרים חברתיים שונים. לפעמים היה השינוי ברור ולפעמים התרחש בלי ששמנו לב. תוצאת ההצטברות של טכנולוגיות שונות בשגרת היום-יום שלנו, ושל נוכחותן המתמדת בכל מקום ובכל זמן, היא שאנו חיים כיום בחברת מעקב, מונח שנטבע כבר בשנות השמונים של המאה הקודמת.¹⁰ בעבר, היה דימוי זה שמור למשטרים טוטליטריים דוגמת ברית-המועצות ומזרח-גרמניה, ובהיבט של יחסי האזרח והמדינה סין מספקת דוגמה עכשווית, עם הפעלת המערכת לדירוג חברתי שם.¹¹ כיום המונח "חברת מעקב" כולל תופעות רחבות בשלל הקשרים: לא רק במישור המדינתי אלא גם במישור יחסינו עם תאגידים. כפי שראינו, כמעט כל פעולה מייצרת מידע, ואת המידע קל לאסוף ולעבד. כפי שהעיר נציב הגנת הפרטיות הבריטי, אנו הולכים מתוך שינה לתוך חברת מעקב.¹²

הבולטת שבטכנולוגיות המעקב היא המצלמה. לפני עשרים שנה, למשל, לא היו בכיתת הלימוד באוניברסיטה אף מצלמה או מכשיר הקלטה. כיום מספר המצלמות בכיתה טיפוסית כפול ממספר הסטודנטים: לכל מי שנוכח בכיתה יש מצלמה במחשב הנייד שלו או שלה ועוד מצלמה במכשיר (המכונה טלפון) הנייד. בבתי ספר מותקנות בשנים האחרונות מצלמות, לעתים קרובות ללא דיון מוקדם עם מי שייחשפו למצלמות – תלמידים ומורים, ולעתים קרובות גם ללא ידוע מספק. לכאורה מדובר בשינוי קטן, כמעט טריוויאלי, אולם בית ספר שיש בו מצלמות שונה מזה שאין בו מצלמות: יחסי הכוח בין המנהלים, המורים

8 לאתגרי ההתממה בהקשר של מאגרי מידע ציבוריים ראו שרון בר-זיו וטל ז'רסקי "פרטיות במשבר זהות: אסטרטגיות הסדרה בעידן ההתממה" משפט, חברה ותרבות ב 125 (מיכאל בירנהק עורך, 2019).

9 למשמעות החברתית והמשפטית של פרופיילינג ראו מיקי זר "אנשים שקראו מאמר זה התעניינו גם ב...": על הקשר בין פרטיות לפרופיילינג" משפט, חברה ותרבות ב 69 (מיכאל בירנהק עורך, 2019).

10 המונח הורחב בהמשך. ראו DAVID LYON, THE ELECTRONIC EYE: THE RISE OF SURVEILLANCE SOCIETY (1994).

11 ראו Anna Mitchell & Larry Diamond, *China's Surveillance State Should Scare Everyone*, THE ATLANTIC (Feb. 2, 2018), <https://bit.ly/2GX8LcO>.

12 ראו Jenny Booth, *UK 'sleepwalking into Stasi State'*, THE GUARDIAN (Aug. 16, 2004), <https://bit.ly/2VyubQI>.

והתלמידים משתנים; המנהלים מתחזקים על חשבון האחרים; כיתה שיש בה מצלמה שונה מכיתה ללא מצלמות: ממד האינטימיות נפגע.¹³

מצלמות מותקנות סביב-סביב על ידי רשויות מקומיות, גורמי אכיפת חוק כמו המשטרה, עסקים פרטיים, בתי ספר, בעלי בתים ודיירים בבתים משותפים. גם המצלמות משתכללות: איכות הצילום משתפרת ומקלה על זיהוי המצולמים, טכנולוגיות ביומטריות מאפשרות זיהוי של המצולמים לפי מבנה פנים וצורת הליכה, לעתים בלי ידיעתם של המצולמים. המשטרה המוצהרת בהתקנת המצלמות היא כמעט תמיד ביטחון ואבטחה, וליתר דיוק: הגברה של תחושת ביטחון. מתקיני המצלמות מבקשים להנכיח אותן במרחב הציבורי או הפרטי, לפי העניין, כדי להרתיע עבריינים וכדי לאסוף ראיות. מובן שצמחה במהירות תעשייה שמספקת את המצלמות ואת השירות עבורן, ויש לה עניין לקדם את השימוש בהן. דיווחים תדירים בערוצי הטלוויזיה ובאינטרנט, תחת כותרות כמו "צפו: שוד בתחנת הדלק" או "צפו: הגננת התעללה בתינוקות" מדרבנים את פריחת המצלמות. תועלתן, עם זאת, מוטלת בספק: בבריטניה הנושא נחקר ונמצא שלמצלמות יש השפעה מעטה בלבד על הפשיעה ורק במצבים מסוימים.¹⁴

טכנולוגיות מעקב נוספות מתמקדות במידע על המיקום של האזרחים/צרכנים/משתמשים: שלל יישומונים נפוצים לתחבורה וניווט, כרטיסי נסיעה "חכמים",¹⁵ טכנולוגיות לאיתור רכבים גנובים והשימוש במכשירי הטלפון הניידים עצמם מאפשרים איסוף של מידע על המיקום שלנו. בהקשרים של חקירות משטרה, מידע כזה נחשב ל"נתוני תקשורת" והוא כלי שגרתי בחקירה של עברות מתאימות.¹⁶

חשוב לשים לב: התייעוד הטכנולוגי שונה מהמבט האנושי (וכך גם פעולות המעקב האחרות). כאשר אנו הולכים ברחוב אנחנו חשופים לאנשים אחרים שרואים אותנו ואת מסלול הליכתנו. במובן זה, כל אינטראקציה אנושית היא פתח למעקב. עם זאת, עובדי אורח טרודים בענייניהם (או במכשיר הנייד שלהם), זיכרוןם מוגבל וקצר, הם מתעייפים וטועים לעתים בזיהוי. לעומתם, המצלמות "זוכרות" הכול, אינן טועות ואינן מתעייפות. נוסף על כך, במפגש האנושי פועלות נורמות חברתיות. אם נלך ברחוב ונבחין שמישהו עוקב אחרינו או מצלם אותנו, נגיב: חלקנו יברר מה פשר הדבר, בין בנימוס ובין בתקיפות; אחרים יעדיפו להתרחק ולמצוא מקום בטוח. לעומת זאת, עם המצלמה אין לנו שיג ושיח כלל. איננו יודעים מי נמצא מאחוריה, אם בכלל. זהו המבט הפאן-אופטיקוני הידוע שהגה ג'רמי בנת'האם ונדון בהרחבה אצל פוקו.¹⁷

13 Lotem Perry-Hazan & Michael Birnhack, למשל, *The Hidden Human Rights Curriculum of Surveillance Cameras in Schools: Due Process, Privacy, and Trust*, 48 CAMBRIDGE J. EDUC. 47 (2018).

14 לריון ראו CHRISTOPHER SLOBOGIN, *PRIVACY AT RISK: THE NEW GOVERNMENT SURVEILLANCE AND THE FOURTH AMENDMENT* 84 (2007).

15 לעניין זה ראו הנחיית רשם מאגרי מידע 1/2012 תחולת הוראות חוק הגנת הפרטיות על מאגרי מידע של מפעילי כרטיס חכם בתחבורה ציבורית (27.2.2012). <https://bit.ly/2RtePOs>.

16 ראו חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007, ס"ח 72 (להלן: חוק נתוני תקשורת).

17 ראו מישל פוקו *לפקח ולהעניש: הולדת בית הסוהר* (דניאלה יואל מתרגמת, 2015).

בפרדיגמה הפאן-אופטיקונית, המעטים (הסוהרים) צופים ברבים (האסירים) – וליתר דיוק: הרבים (האסירים) סבורים שהמעטים (הסוהרים) צופים בהם, ומפנימים את המבט שממשמע וממטטר אותם, גם כשהמעטים אינם עושים כך. המחקר על אודות חברת המעקב התקדם זה מכבר מעבר לפרדיגמה זו. יש מצבים שבהם הרבים צופים במעטים, כמו ב"תכניות מציאות" בטלוויזיה או בחשבונות פופולריים ברשתות חברתיות. נראה שהמצב הנפוץ הוא זה שבו כולנו צופים בכולם כל העת. המדבקות שנפוצות במכוניות בישראל ומבקשות לדווח על הנהיגה של אחרים, כמו גם מיזם "שומרי הדרך" של הרשות הלאומית לבטיחות בדרכים,¹⁸ הם דוגמאות נפוצות לכך. הבדיקה הנמשכת של האחרים ברשתות החברתיות היא דוגמה נוספת. בספרות, מארק אנדרייביץ' (Andrejevic) כינה את התופעה הזו בשם "מעקב לאטרלי", או "מעקב עמיתים",¹⁹ ודיויד ליון (Lyon) כינה אותה "מעקב יציר-גולשים".²⁰ נוסף על סוגי המעקבים האלה (המדינה שעוקבת אחרי האזרחים, האזרחים שעוקבים זה אחרי זה) גם התאגידים עוקבים אחרי כולנו. חמישה תאגידי מידע עיקריים (אמזון, אפל, גוגל, מיקרוסופט ופייסבוק) מעורדים אותנו למסור מידע אישי, לעתים בלי משים. כאשר תאגידי המידע מסתמכים במקרה הטוב על הסכמתנו, הם פועלים לפי הגיון השוק. שושנה זובוף (Zuboff) כינתה את הפעילות הזו "מעקב קפיטליסטי".²¹

למעקב הנמשך והרציף בכל מקום יש מחיר של פגיעה בפרטיות שלנו. אם בעבר רצינו שיניחו לנו להיעזב במנוחה²² והצלחנו לעמוד בכך בקלות על ידי הסתגרות במקום פרטי – בבית, ולעתים דווקא בשיטוט בעיר ההומה שבה ביקשנו להיות פרט אחד קטן בהמון – כיום זו משימה בלתי-אפשרית.²³ העיר מרושתת במצלמות וחיישנים.²⁴ מה שמכונה "עיר חכמה" אינו אלא מערכת צפופה של איסוף מידע אינטנסיבי.²⁵ כל שיטוט בעיר מתועד על ידי הטכנולוגיות שנזכרו לעיל.

- 18 ראו שומרי הדרך <http://www.rsa.org.il>.
- 19 ראו Mark Andrejevic, *The Work of Watching One Another: Lateral Surveillance, Risk, and Governance*, 2(4) SURVEILLANCE & SOCIETY 479 (2005).
- 20 ראו DAVID LYON, THE CULTURE OF SURVEILLANCE: WATCHING AS A WAY OF LIFE 80 (2018).
- 21 ראו Shoshana Zuboff, *Big Other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization*, 30(1) J. INFO. TECH. 75 (2015).
- 22 ההגדרה המפורסמת והראשונה של הזכות לפרטיות כזכות משפטית הייתה הזכות להיעזב במנוחה. ראו Samuel Warren & Louis Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890).
- 23 לפרטיות במרחב העירוני ראו גיאורג זימל "העיר הגדולה וחיי הנפש" אורבניזם: הסוציולוגיה של העיר המודרנית 23 (עורך מנדה-לוי עורך, מרים קראוס מתרגמת, 2004).
- 24 כאשר המצלמות מותקנות על ידי הרשות, הפעלתן כפופה למשפט החוקתי והמנהלי. במקרה אחד מצא בית משפט כי לא הייתה לעירייה הסמכה בחוק להפעיל מצלמות רחוב לשם אכיפה של דיני החנייה וזיכה את הנאשם. ראו ת"ח (מקומי ת"א) 72118789 מדינת ישראל נ' מזרחי (פורסם בפסקדין, 7.10.2018).
- 25 לדיון ראשון בהיבטי הפרטיות של העיר החכמה ראו Kelsey Finch & Omer Tene, *Welcome to the Metropticon: Protecting Privacy in a Hyperconnected Town*, 41 FORDHAM URB.

גם "רשות היחיד" שעליה חוק הגנת הפרטיות הישראלי מדבר – "הבית", על כל משמעויותיו התרבותיות – אינה בטוחה כשהייתה. הגבול של הבית כמקום פרטי כמעט נעלם: גלישה ברשת, גם כשהיא נעשית בבית, מאותתת לגורמים בחוץ על תחומי העניין שלנו (למשל, שאילתת חיפוש בנושא בריאותי); צפייה בטלוויזיה מתעדת את הרגלי הצפייה שלנו, את העדפותינו ואת אורחות חיינו (האם צפינו בשבת? בשעת לילה מאוחרת במיוחד?). ובעתיד הלא רחוק, כאשר מערכות החשמל והמים יהיו "חכמות", יצטבר מידע גם על הרגלי השימוש שלנו בזמן אמת (מתי התעוררנו? איזה מכשיר חשמלי הפעלנו? מה תדירות השימוש שלנו בשירותים?). המידע שנאסף מתגלגל למחוזות לא ידועים והיכולת שלנו לשלוט במידע – נחלשת ואף נעלמת.

כל אחת מהטכנולוגיות וכולן יחד יצרו מעקב רב־ממדי: חזותי, גאוגרפי, ביומטרי, מידעי. חוקר הטכנולוגיה האוסטרלי רוג'ר קלארק (Clarke) כינה את המעקב מהסוג האחרון *dataveillance*.²⁶ בתנאי חיים כאלה איננו אוטונומיים כשהיינו. מישוהו אחר מושך בחוטים שנקשרו אלינו ומפעילים אותנו. הספרות המשיגה את הגורם האחר הזה כ"האח הגדול" האורוליאני או כ"טירה" הקפקאית, שממנה חיינו נשלטים בלא שיש לנו כל אפשרות להיות אדונים לגורלנו,²⁷ או כ"קופסה שחורה" שאוספת את המידע שלנו ומעבדת אותו בצורה שאינה שקופה לנו.²⁸

המעקב הרציף, הרב־ממדי, הרב־מוקדי ולעתים קרובות הסמוי פוגע ביכולת שלנו לשלוט במידע על אודותינו וחושף אותנו לאחרים – בני אדם אחרים, תאגידים והמדינה, לעתים במלוא חולשתנו. החשיפה יוצרת פגיעות; למשל, אם ייוודע מידע גנטי מסוים על אדם חרדי, סיכויי הנישואין שלו ייפגעו; אם ייוודע מידע רפואי למעסיק עתידי, אפשרויות התעסוקה שלנו עלולות להיפגע; מידע אזוטרי מעברנו שלא נמחק עלול להכשיל אותנו בעתיד. מצלמה ציבורית עשויה לתעד אותנו במיקום או במצב שבו נצטרך לספק הסברים – ולא דווקא למטרה אלא למעגלים החברתיים והאישיים שלנו. האם המשפט יכול להציב גבולות למעקבים מהסוג הזה?

ד. הוויכוח על הפרטיות

על רקע זה אנו עדים לוויכוח נמשך, ולעתים טעון, באשר לגורל הפרטיות כעובדת חיים, וכתוצאה מכך – באשר למעמדה החברתי והמשפטי הראוי. בשנת 1993 הדימוי הרווח של הרשת היה של אנונימיות והגולשים הראשונים העלו אותה על נס. הדימוי השתקף בקריקטורה ידועה שפורסמה במגזין "הניו יורקר", שבה נראה כלב יושב ליד מחשב וסח לחברו הכלכלב

-
- (2014) L.J. 1581. בהקשר הישראלי ראו מיכאל בירנהק "הגנה על הפרטיות בעיר הדיגיטלית" **העיר בעידן הדיגיטלי: תכנון, טכנולוגיה, פרטיות, ואי־שוויון** 56 (טלי חתוקה עורכת, 2018).
- 26 Roger A. Clarke, *Information Technology and Dataveillance*, 31(5) *Comm. ACM* 498 (1988).
- 27 Daniel J. Solove, *Privacy and Power: Computer* **למטפורות אלה בשיח הפרטיות** ראו *Databases and Metaphors for Information Privacy*, 53 *Stan. L. Rev.* 1393 (2001).
- 28 FRANK PASQUALE, *THE BLACK BOX SOCIETY: THE SECRET ALGORITHMS THAT CONTROL MONEY AND INFORMATION* (2015).

שבצדו "באינטרנט אף אחד לא יודע שאתה כלב".²⁹ שנים ספורות לאחר מכן, בתום האלף הקודם, התברר שהעמדה הזו הייתה במידה רבה אשליה. מנכ"ל חברת סאן מיקרוסיסטמס, סקוט מק'נילי (McNealy), הכריז שהפרטיות שלנו מתה והציע שנשלים עם המצב הזה.³⁰ יותר מעשור לאחר מכן חזר על רוח הדברים מארק צוקרברג, המייסד והמנכ"ל הכול-יכול של פייסבוק, כשהכריז שהפרטיות כנורמה חברתית מתה.³¹ מק'נילי וצוקרברג אינם סוציולוגים והכרזותיהם אינן פרי מחקר אקדמי; אלו הצהרות של בעלי עסקים שעסקיהם מבוססים על איסוף מידע. הפרטיות מפריעה למודל העסקי שלהם ויש להם עניין מסחרי במותה. לכן, לא מפתיע שהפרטיות מוצגת לעתים קרובות כמכשול לפני קדמה טכנולוגית וחדשנות או כמפלטו של עבריין שיש לו מה להסתיר.³² מתוך צמצום הפרטיות כעניין מעשי, הצופים מסיקים שהפרטיות איבדה את טעמה ואינה ראויה עוד להגנה. זהו כשל לוגי-פילוסופי ידוע: המצוי אינו מעיד על הראוי.

יתרה מזו, גם המצב המצוי אינו בהכרח מצב של ויתור על פרטיות. מחקרים אמפיריים שנערכו במדינות דמוקרטיות מראים שהאזרחיות והאזרחים מעוניינים בפרטיות, גם אם נראה שאנו מתנהגים אחרת. הפער בין הרצון המוצהר לבין ההתנהגות כונה בספרות "פרדוקס הפרטיות",³³ וניתנו לו הסברים שונים: לעתים אנשים בוחרים לוותר על הפרטיות בתמורה לשירות מסוים. כך, למשל, יש להניח שמשתמשי הרשתות החברתיות מבינים שהם מוותרים על מידה מסוימת של פרטיות בתמורה לאפשרות להשתתף בפעילות שברשת. אולם, המורכבות של הטכנולוגיה וחוסר השקיפות לגבי פעולות ההמשך במידע – עיבוד, ההחלטות שמתקבלות על סמך העיבוד, העברת המידע לגורמים אחרים – מקשים על היכולת של המשתמשים לדעת מה באמת נעשה במידע שנצבר על פעילותם, מה היקף המידע ומה עומקו. נראה שהמשתמשים שקועים בעיקר בפן החברתי, כלומר בפרטיות אל מול חבריהם, ולא בפן התאגידי, כלומר באיסוף המידע על ידי התאגידים.³⁴ מחקרים מראים שגם בני נוער

- Peter Steiner, *On the Internet Nobody Knows You're a Dog*, 6 NEW YORKER 61 (July 5, 1993). עיינו בערך ויקיפדיה שהוקדש לקריקטורה <https://bit.ly/1tiqJGU>. 29
- Polly Sprenger, *Sun on Privacy 'Get Over It'*, WIRED (Jan. 26, 1999), <https://bit.ly/2C0pJRX>. 30
- Emma Barnett, *Facebook's Mark Zuckerberg Says Privacy is No Longer A 'social Norm'*, THE TELEGRAPH (Jan. 11, 2010), <https://bit.ly/2SDdwd7>. 31
- נשיא חברת גוגל, אריק שמידט, מצוטט כמי שאמר "אם יש משהו שאתה לא רוצה שאיש ידע, אולי לא היית צריך לעשותו מלכתחילה". ראו אצל Zuboff, לעיל ה"ש 21. 32
- לדיון ראשון, שעדיין לא נקב במונח זה אבל הצביע על הפער בין העמדות של גולשים בעד פרטיות לבין ההתנהגות שנחזית להיות הפוכה, ראו Sarah Spiekermann, Jens Grossklags & Bettina Berendt, *E-privacy in 2nd Generation E-Commerce: Privacy Preferences Versus Actual Behavior*, in PROCEEDINGS OF THE 3RD ACM CONFERENCE ON ELECTRONIC COMMERCE 38 (2001). לשימוש מפורש ראשון במושג, ראו Patricia A. Norberg, Daniel R. Horne & David A. Horne, *The Privacy Paradox: Personal Information Disclosure Intentions versus Behaviors*, 41(1) J. CONSUMER AFFAIRS 100 (2007). 33
- ראו Alison Leigh Young & Anabel Quan-Haase, *Privacy Protection Strategies on Facebook: The Internet Privacy Paradox Revisited*, 16(4) INFORMATION, COMMUNICATION 34

מבקשים לעצמם פרטיות, וזאת בניגוד לתפיסה הרווחת בקרב מבוגרים שבני נוער ויתרו זה מכבר על פרטיותם.³⁵ חוקרת המדיה דנה בויד (boyd) הראתה שבני הנוער מתעניינים בפרטיות בעיקר אל מול גורמים בעלי סמכות בחייהם – הורים ומורים, ומוטרדים פחות מאיסוף מידע על ידי המדינה, שאיתה ממילא יש להם קשר פחות ישיר בשלב זה של חייהם.³⁶ לטענה "אין לי מה להסתיר" ניתנו בספרות תשובות מפורטות ומשכנעות:³⁷ הטענה שפרטיות נועדה רק למי שיש לו דבר מה להסתיר מזהה פרטיות עם עבריינות, בושה ובכלל פעילות לא נורמטיבית. אולם, הנער ההומו שטרם יצא מהארון, העובדת שגילתה זה עתה שהיא בהיריון, השכן שמבקש לבחון סימפטום רפואי מסוים במנוע החיפוש, הילדים שמבקשים לפתח עצמאות אל מול הוריהם, הגולשים שאינם חשים בנוח כשהם מבינים שכל פעולה שלהם, גם לגיטימית וכשרה למהדרין, מתועדת – הם אנשים ונשים נורמטיביים. יש לנו צורך אנושי שלא להיות נתונים למעקב רציף; יש לנו צורך פסיכולוגי לפעול "מאחורי הקלעים", ברקע, ולא רק בחזית הבמה, כפי שקרא לכך הסוציולוג ארווינג גופמן;³⁸ יש לנו צורך לשלוט במידע על אודותינו, שאחרת יהיו מי שירדדו אותנו לפרט מידע אחד, יוציאו את פרט המידע מהקשר הרחב, ובעיקר יוציאו אותנו מהקשר של עצמנו.³⁹ במילים אחרות, יש לנו צורך להיות בני אדם אוטונומיים.

הוויכוח טרם הוכרע וגם לא צפוי להגיע להכרעה. החשיבות שלו היא דווקא במשא ומתן החברתי המתמשך. המתח שבין הפרטיות לבין האינטרסים המסחריים, המדינתיים והחברתיים מביא אותנו לקבוע את גבולות הפרטיות; אלה נקבעים באופן חברתי ולעתים באופן משפטי. בפועל, לא אחת הגבול מושג באופן טכנולוגי. כל קביעה כזו אינה חסינה מביקורת והיא חשופה להתנגדות ולשינוי.

ה. זיהוי הפגיעה בפרטיות

התגברות המעקב היום-יומי וצמצום הפרטיות הם תופעות קיימות, אולם הן רחוקות מלשקף את המצב הרצוי. משום כך, משימתנו כחוקרי וחוקרות של פרטיות היא לברר את נסיבות המעקב ואת כוח הפרטיות, ובמקום לקבל את השינוי הטכנולוגי כמוכּן מאליו – לבחון אותו מקרוב ולברר את השפעתו על הפרטיות. פילוסופית הטכנולוגיה וחוקרת הפרטיות הלן ניסנבאום (Nissenbaum) הציעה מתווה סדור, תלוי-הקשר. לשיטתה, עלינו לברר את

.& SOCIETY 479 (2013)

35 ראו מחקר בנוגע לשש מדינות ובהן ישראל: Tal Soffer & Anat Cohen, *Privacy Perception*

(2014) 34 BULL. SCI., TECH. & SOC. 145; *of Adolescents in a Digital World*, ובארוצות

הברית: Chris Jay Hoofnagle et al., *How Different are Young Adults from Older Adults*

When it Comes to Information Privacy Attitudes and Policies?, (2010), <https://bit.ly/2SCnXgT>

.DANAH BOYD, *IT'S COMPLICATED: THE SOCIAL LIVES OF NETWORKED TEENS* (2014) 36

37 ראו במיוחד DANIEL J. SOLOVE, *NOTHING TO HIDE: THE FALSE TRADEOFF BETWEEN PRIVACY*

.AND SECURITY (2011)

38 ארווינג גופמן *הצגת האני בחיי היומיום* 55-57, 201-202 (שלמה גונן מתרגם, 1989).

39 JEFFREY ROSEN, *THE UNWANTED GAZE: THE DESTRUCTION OF PRIVACY IN AMERICA* (2000)

ההקשר החברתי הרלוונטי, לזהות את הכללים הנהוגים בו (שהם לאו דווקא כללים משפטיים אלא בעיקר כללים חברתיים), להתמקד בכללים שעוסקים במידע, מתוכם – באלה שעוסקים בזרימת מידע, ולאחר מכן לבחון אם מערכת טכנולוגית-חברתית חדשה משנה את זרימת המידע.⁴⁰ אם נזהה שכך קרה, אזי יונף דגל מתריע מפני פגיעה לכאורה בפרטיות. על כך יש להוסיף בחינה נורמטיבית: מה ההצדקה של הזכות לפרטיות שמכוונת אותנו בכירור הזה? לא כל מה שנראה במבט ראשון כפגיעה בפרטיות הוא אכן כזה, ובמבט שני, גם אם יש פגיעה בפרטיות, לעתים נרצה לאפשר אותה.⁴¹

כירור הפגיעה בפרטיות – האם פעולה מסוימת אכן פוגעת בפרטיות וכיצד – אינו תמיד קל או פשוט. קל לנו לומר שכאשר המדינה מבצעת האזנת סתר לשיחותיו של אדם יש פגיעה בפרטיות שאנו עשויים להצדיקה במקרים מסוימים; קשה יותר להגדיר את טיב הפגיעה הכרוכה בכך שהמדינה, המעסיק או מכשיר הטלפון שלנו שומרים ייצוג מתמטי של טביעת האצבע שלנו. לעתים הביא הקושי הזה את בתי המשפט לזריות יתר. בדיון חוקתי היו בתי המשפט נכונים להניח שיש פגיעה בפרטיות בלי לברר אותה עד תומה.⁴² לכאורה פעלה הנחה זו לטובת מי שטענו לפגיעה בפרטיות, אולם אחריה בחנו בתי המשפט את מידתיות הפגיעה. כידוע, במסגרת בדיקה זו בוחנים אם יש קשר בין האמצעי למטרה, אם נשקלו אמצעים פוגעים פחות ואם הפגיעה עולה על הנדרש. אולם כשאיננו מגדירים את הפגיעה ורק מניחים באופן כללי שהייתה כזו – כיצד אפשר לבחון אמצעים פוגעים פחות? כיצד אפשר לדעת אם הפגיעה עולה על הנדרש או לא? אני סבור שאי-אפשר להתחיל את הדיון במידתיות הפגיעה ותחילה יש לברר את עצם הפגיעה. הבדיקה נעשית כמובן אל מול החוק שחל בנסיבות של כל מקרה, אבל על רקע ההצדקות העיוניות של הזכות לפרטיות.

1. סל הכלים להגנת המידע האישי

יש לנו מגוון דרכים להגן על המידע האישי שלנו: נורמות חברתיות שיצמצמו איסון מידע ועיבודו מלכתחילה, התנגדות לפעולות בדיעבד, כלים טכנולוגיים שונים שאפשר להשתמש בהם מראש או בדיעבד, אמצעי שוק שונים וכמובן המשפט. לא די באף אחת מהדרכים הללו לבדה.

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

41 Michael Birnhack, *A Quest for A Theory של ניסנבאום*, ראו *of Privacy: Context and Control: Review of Helen Nissenbaum's Privacy in Context*, 51 JURIMETRICS 447 (2011).

42 ראו, למשל, בג"ץ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים, פ"ד נח(4) 842 (2004), שם הניחה דעת הרוב שהעברת מידע ממרשם האוכלוסין לגורמים ציבוריים ופרטיים פוגעת בפרטיות, והדיון התמקד בפיסקת ההגבלה; בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרת ישראל, פס' 7 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם כנבו, 28.5.2012), שם הניח בית המשפט שחוק נתוני תקשורת, שחוקתיותו נבחנה שם, פוגע בפרטיות, והדיון התמקד בפסקת ההגבלה.

נורמות חברתיות עשויות להגביל את תפוצת המידע ולהשאירו במעגלים מסוימים, בלי שיעבור למעגלים אחרים, אולם שמירת סודיות של המידע או תיחום של מידע פרטי נהפכים יותר ויותר קשים, במיוחד במצבים טכנולוגיים חדשים שבהם טרם התגבשו הנורמות החברתיות. למשל, כאשר אדם מתקין יישומון במכשיר נייד והיישומון "מבקש" גישה לרשימת "אנשי הקשר", לכאורה זהו עניין שבין המשתמש למפעילי היישומון, אולם מתן הגישה משמעותו חשיפת מידע על החברים. כך היה בפרשת פייסבוק-קיימברידג' אנליטיקה, כשמידע שנאסף ברשת החברתית על 270 אלף גולשים – שהסכימו במפורש לאיסוף המידע על אודותיהם ואישרו גם איסוף מידע על "חבריהם", כנראה בלי שהבינו זאת – הניב מידע על כ-85 מיליון גולשים ועל יותר מחמישים מיליארד קשרים בין משתמשים.⁴³

אמצעי נוסף שמאפשר לנו להגן על המידע שלנו הוא התנגדות לאיסוף המידע. יש לנו מגוון דרכים לשבש את איסוף המידע. כפי שהראתה מיקי זר, לשיבוש כזה יש ממד פוליטי.⁴⁴ ההתנגדות יכולה להיות בדרך של אי-מסירת מידע, מסירת מידע שגוי בכוונה תחילה, יצירת מידע עורף שמשטש את המידע "האמיתי", ואף פעולות של מחיקת מידע ושיבוש מערכות.⁴⁵ מובן שחלק מהפעולות האלה עשוי להיות בלתי-חוקי, למשל חדירה לחומר מחשב ללא רשות ושלא כדין; פעולות אחרות, כמו אי-מסירת מידע הן חוקיות. בכל מקרה, רובנו לא מתנגד באופן פעיל ועקבי. הפעולה האנלוגית של "ניהול רושם" נהפכה למשימה מורכבת, רציפה ותובענית של ניהול המידע האישי; פעולה מתישה של מאבק מתמשך, כנראה אבודה מראש.⁴⁶

סל כלים נוסף להגנה על המידע ועל הפרטיות שלנו הוא טכנולוגי: החל בסיסמאות לגישה למכשירים שונים ולחשבונות מקוונים, מערכות הצפנה, עקיפה, טשטוש מקור הגלישה (למשל באמצעות VPN), גלישה במערכות מתוחכמות ובמה שמכונה "הרשת האפלה". גם חלק מפעולות ההתנגדות עשויות להשתמש באמצעים טכנולוגיים. אפשר גם לבצע פעולות פשוטות יותר של שימוש בטכנולוגיות מקדמות פרטיות (Privacy Enhancing Technologies).⁴⁷ גם מדבקה קטנה שמכסה את עינית המצלמה במחשב הנייד היא טכנולוגיה מקדמת-פרטיות. גם במקרה הזה, כדי להשתמש באמצעי ההגנה יש לדעת שנאסף מידע, להבין את משמעות האיסוף, לדעת שיש אמצעים טכנולוגיים להתמודד עמו, לדעת להגיע אליהם ולהשתמש בהם. אלה חסמים מצטברים ומשמעותיים. פתרון טכנולוגי אחר אינו רק זה

43 Mike Schroepfer, *An Update on Our Plans to Restrict Data Access on Facebook*, FACEBOOK (Apr. 4, 2018), <https://bit.ly/2VA9jcb>

44 מיקי זר 'יש לי מה להסתיר': התנגדות למעקב כפעולה פוליטית (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, אוניברסיטת תל אביב, 2018).

45 FINN BRUNTON & HELEN NISSENBAUM, OBFUSCATION: A USER'S GUIDE FOR PRIVACY AND PROTEST (2015).

46 למונח "ניהול רושם" ראו גופמן, לעיל ה"ש 38, בספר כולו ולמשל בעמ' 177-200.

47 הרעיון הוצע לראשונה ברוח קנדי-הולנדי משנת 1995. ראו INFO. & PRIVACY COMMISSIONER OF ONTARIO & REGISTRATIEKAMER, 1 PRIVACY-ENHANCING TECHNOLOGIES: THE PATH TO ANONYMITY (1995), <https://bit.ly/2Ra7HHb>, לדיון אקדמי ראשון, ראו Herbert Burkert, *Privacy-Enhancing Technologies: Typology, Critique, Vision, in TECHNOLOGY AND PRIVACY: THE NEW LANDSCAPE* 125 (Philip E. Agre & Marc Rotenberg eds., 1998)

האד-הוקי שהמשתמש מפעיל אלא תכנון מוקדם שנועד להטמיע את הפרטיות בטכנולוגיה מלכתחילה. זו הנדסת הפרטיות (Privacy by Design), שאתגריה בצדה.⁴⁸ לעתים גם השוק יכול לסייע לתקן כשלים בהגנה על פרטיות המשתמשים והאזרחים ככלל. למשל, כאשר חברות טכנולוגיה מוסיפות אמצעי הגנה מיוזמתן – כמו ההצפנה "מקצה לקצה" של WhatsApp, או מציעות שירותים שמבוססים על הבטחה של פרטיות לפחות בין המשתמשים לבין עצמם – כמו היישומון של SnapChat, שמאפשר לשלוח צילומים לחברים תוך הגדרה של משך התצוגה שאחריו יתפוגג הצילום. עם זאת, החברה עצמה, כך התברר, שמרה את הצילומים. שירותים כאלה מספקים כלים להגנת הפרטיות אולם הם ספורדיים, לא מקיפים את כל תחומי הפעילות ברשת, וכמו בדוגמת סנאפצ'אט לעתים הם מספקים הגנה במישור אחד בלבד – המישור החברתי, בין אדם לחברו, אבל לא במישור התאגידי, בין אדם לתאגיד.

המשפט פועל בצד הנורמות החברתיות והטכנולוגיות. הזכות לפרטיות מבקשת להפקיד בידנו שליטה במידע האישי על אודותינו.⁴⁹ במשפט הישראלי הפרטיות מוגנת בזכות חוקתית – ואז כוחה בראש ובראשונה אל מול המדינה, ובכלל זה הכנסת והממשלה, והיא כפופה לאיזונים החוקתיים באמצעות פסקת ההגבלה שבחוק היסוד. הפרטיות מוגנת גם במשפט הפרטי: חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 עוסק הן ביחסים שבין אדם לחברו (בפרק א ובפרק ג), ביחסים שבין תאגידים לאנשים (במיוחד בפרק ב), שאז נקרא להם במונח האירופי "מושאי המידע" (data subjects);⁵⁰ כמו כן, החוק חל גם על המדינה.

ההסדרה המשפטית של איסוף המידע על ידי תאגידים מקבלת בשני העשורים האחרונים תשומת לב ניכרת. דיני הגנת המידע האישי מבקשים להתיר את האיסוף והעיבוד של מידע אישי, אולם תוך שמירה על כללים ועקרונות שונים. כללים אלה, עקרונות הגנת המידע האישי (Fair Information Practices; FIPs), צמחו דווקא בארצות-הברית אולם כיום הם מופיעים בשורה של אמנות וכללים של גופים בין-לאומיים למיניהם ויש להם מופע מרכזי בדין האירופי רבי-ההשפעה כיום – General Data Protection Regulation (GDPR), וכאמור

48 לרעיון הבסיסי ראו Ann Cavoukian, *Privacy by Design* (2009). לקשיים בהטמעת הרעיון בקרב מהנדסים ראו Irit Hadar et al., *Privacy by Designers: Software Developers' Privacy* (2018). *Mindset*, 23 *EMPIRICAL SOFTWARE ENGINEERING* 259 (2018). נראה שכאשר מדובר ברשות ציבורית שמטמיעה את הרעיון של הנדסת פרטיות סיכוייה טובים יותר, בשל הכפיפות למשפט המנהלי והחוקתי ובשל מערך שונה של שיקולים כספיים. ראו, למשל, Avner Levin, *Privacy by Design by Regulation: The Case Study of Ontario*, 4 *CAN. J. COMP. & CONTEMP. L.* 115 (2018).

49 ALAN WESTIN, *PRIVACY AND FREEDOM* (1967). ליסה אוסטין מציעה קריאה מעודכנת של וסטין ומדגישה שהפרטיות היא האפשרות לבחור בחירות משמעותיות בקשר לפרטיות. ראו Lisa M. Austin, *Re-Reading Westin*, 20 *THEOR. INQ. L.* 53 (2019). בהקשר הישראלי ראו בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 2.

50 ראו ס' 14(1) לרגולציה להגנת המידע – GDPR: Regulation 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the Protection of Natural Persons with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Advancement of Such Data, and Repealing Directive 95/46/EC, 2016 O.J. (L 119) 1

גם בדין הישראלי.⁵¹ עקרונות אלה מבקשים ללוות את המידע בכל השלבים של מחזור החיים שלו: הם קובעים איזה מידע אסור לאסוף, כיצד נראית נקודת המפגש הראשונה בין אוסף המידע לבין מושא המידע (עקרונות בדבר הודעה והסכמה, ובדינים חדשים יותר גם התייחסות לטיב ההסכמה הדרושה, לצורתה ולאפשרות של חזרה ממנה), הגבלות על השימוש במידע (כמו עקרון צמידות המטרה, שלפיו אין להשתמש במידע שנאסף למטרה אחת עבור מטרה אחרת שאינה תואמת לראשונה), חובות שמוטלות על בעלי המידע (כמו חובת סודיות וחובה לאבטחת מידע), זכויות למושאי המידע (כמו זכות לגשת למידע על אודותיהם, לתקנו, לבקש את מחיקתו – מה שמכונה לעתים "הזכות להישכח" – או את העברתו לגורם אחר) ועוד.⁵²

הדור הנוכחי של דיני הגנת הפרטיות אינו מסתפק בכללים המשפטיים בדבר המותר והאסור בשלבים השונים של חיי המידע. המשפט מגייס לעזרתו כלים ארגוניים וטכנולוגיים, חוץ־משפטיים. כך אנו עדים לצמיחתו של מקצוע חדש – ממונה על הגנת פרטיות בארגונים. בארצות־הברית צמח המקצוע מהשטח, כתגובה של השוק לביקוש לפרטיות.⁵³ באיחוד האירופי יש חובה למנות בארגונים ממונה הגנת פרטיות.⁵⁴ בדין הישראלי יש חובה למנות במקרים מסוימים ממונה על אבטחת מידע, אולם אבטחת מידע היא רק פן אחד של הגנת הפרטיות במידע אישי.⁵⁵ בחוק שמקים ומסדיר את המאגר הביומטרי ובחוק נתוני אשראי נקבעו תפקידים של ממונה על הגנת הפרטיות, אולם הארגונים האחראים על יישום החקיקה הם גופים ציבוריים.⁵⁶ אין כיום בחקיקה הישראלית חובה כללית למינוי ממונה על הגנת הפרטיות. בסביבה טכנולוגית דינמית ובסביבה משפטית מורכבת וגלובלית, המידע האישי שמוחזק בארגונים דורש ניהול: הן בתוך הארגון והן מחוצה לו, אל מול הרגולטורים ואל מול הציבור. ראוי לקבוע חובה כזו גם בדין הישראלי.

כלי ארגוני נוסף הוא חובה לקיים תסקיר הגנת פרטיות לפני יישום של טכנולוגיה חדשה, חובה שאנו מוצאים בדין האירופי העדכני.⁵⁷ במבט ראשון חובה זו נראית כהתערבות בדרך הפעולה של ארגונים – והרי עומדת להם זכות הקניין וחופש העיסוק לנהל את עסקיהם

51 להתפתחות הכללים ראו בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 203.

52 ראו את הוראות ה-GDPR.

53 למחקר השוואתי בנושא ראו KENNETH A. BAMBERGER & DEIRDRE K. MULLIGAN, PRIVACY ON THE GROUND: DRIVING CORPORATE BEHAVIOR IN THE UNITED STATES AND EUROPE (2015).

54 ראו ס' 37-39 ל-GDPR.

55 ראו ס' 17 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ס"ח 128, וכן תקנות הגנת הפרטיות (אבטחת מידע), התשע"ז-2017, ק"ת 1022 (להלן: תקנות אבטחת מידע), שמפרטות חלק מחובותיו של ממונה זה.

56 ראו ס' 26 לחוק המאגר הביומטרי, וס' 18 לחוק נתוני אשראי, בהתאמה.

57 ראו ס' 35 ל-GDPR. בדין הישראלי, תקנות אבטחת המידע דורשות ליצור "מסמך הגדרות מאגר". הגם שההקשר הוא של אבטחת מידע, המסמך הנדרש צריך לכלול פרטים רבים שמשליכים על הגנת הפרטיות בכלל כמו תיאור פעולות האיסוף והשימוש במידע, מטרות השימוש, סוגי המידע שבמאגר, פרטים על העברת המידע לגורמים אחרים, פעולות עיבוד המידע וסיכונים של אבטחת מידע. ראו תקנה 2 לתקנות אבטחת מידע. בצד אלה יש חובה לקבוע נוהל אבטחת מידע (תקנה 4) ולבצע מיפוי של מבנה מאגר המידע (תקנה 5).

כרצונם. אולם, מדובר בהתערבות דרושה והיא מינימלית. מטרתה היא להניע תהליך פנימי בתוך הארגון, בלי להכתיב את מהלכו ותוצאותיו. הטעם לכך הוא שפעולה של ארגון – ציבורי או פרטי – בתחום איסוף המידע משליכה על הציבור הרחב. מוטב למנוע מראש תקלות מאשר לנסות להתמודד עמן בדיעבד, כשהטיפול יקר ומורכב. תסקיר הגנת פרטיות יכול לסייע בזיהוי מראש של קשיים ולכוון לפתרונות אפשריים. במשפט הציבורי תסקיר כזה נדרש כחלק משיקול הדעת המנהלי שצריך להביא בחשבון את כל השיקולים הענייניים; במשפט הפרטי הוא נובע מחובת ההודעה: כדי שארגון יוכל לומר דבר אמת למי שנאסף עליו מידע אישי, צריך לדעת למה המידע ישמש; כן הוא נובע מחובות אחרות כמו חובת הסודיות ואבטחת מידע.

באפיק הטכנולוגי, העיקר הוא הרעיון של הנדסת פרטיות שנזכר לעיל, שתמציתו היא שיש להטמיע את הגנת הפרטיות במערכת הטכנולוגית מלכתחילה.⁵⁸ גם כאן, יש הברל בין ארצות-הברית לאיחוד האירופי. בארצות-הברית אין זו חובה משפטית אולם יש ניסיון לעודד את השימוש בהנדסת הפרטיות בקרב תאגידים, מיוזמתם; באיחוד האירופי זו חובה משפטית כיום.⁵⁹ הדין הישראלי שותק בנושא.

אף אחד מהכלים האלה – המשפטי, הטכנולוגי והארגוני – אינו פתרון קסם לאתגרי הפרטיות, אולם יחד הם יכולים לכוון אותנו לפסים מועילים ולקרב אותנו להשגת המטרה של הגנת הפרטיות, תוך שאנו משיגים את המטרות האחרות של האינטרסים הציבוריים השונים – יעילות וחדשנות. אין ניגוד בין הדברים.⁶⁰

ז. אתגרי המשפט

הסדרה משפטית של מחזור חיי המידע היא אחד הפתרונות האפשריים, אולם גם היא מעוררת אתגרים.

האתגר הראשון הוא פרשני. כמו כל כלל משפטי, עקרונות הגנת הפרטיות שנמנו לעיל טעונים פרשנות ויישום, מלאכה שאינה תמיד פשוטה בסביבה טכנולוגית דינמית. לא אחת הכלל המשפטי הוא תלוי-טכנולוגיה, לעתים במפורש; לעתים הדין נחזה להיות ניטרלי לטכנולוגיה, אולם עם הופעתה של טכנולוגיה חדשה מתברר אחרת: מתברר שהדין הניח במובלע טכנולוגיה קודמת.⁶¹ האתגר המשפטי נמצא במתח שבין סטנדרט גמיש שיכול לעמוד בשינויי הטכנולוגיה לבין כלל ברור וקונקרטי, אך כזה שאין בו גמישות למצבים חדשים. הכללים המשפטיים קורסים לעתים תחת המשא הכבד שהוטל עליהם. הדבר בולט במיוחד בקשר לדרישת ההסכמה: היא משקפת עיקרון יסודי של שליטה של מושא המידע במידע על אודותיו, אולם בעידן שבו איש כמעט אינו קורא או מבין את "מדיניות הפרטיות",

58 ראו CAVOUKIAN, לעיל ה"ש 48. כאמור, לגישה זו קשיים ואתגרים משלה.

59 ראו ס' 25 ל-GDPR.

60 ראו Julie E. Cohen, *What Privacy is For*, 126 HARV. L. REV. 1918-27 (2013).

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

קשה יותר לדבר על הסכמה מדעת.⁶² יש לכך תשובות שונות ובספרות עלו פתרונות שונים, אולם מדובר באתגר משפטי, טכנולוגי וחברתי שאין להקל בו ראש.⁶³ האתגר השני הוא האתגר הגלובלי. הטכנולוגיה חוצה גבולות (בעיקר האינטרנט) בעוד שהפרטיות היא נורמה משפטית וחברתית מקומית ושונה ממקום למקום. האתגר מתעצם כשתאגיד המידע אינו כפוף – או לכל הפחות טוען שאינו כפוף – לדין המקומי. למרות כמה אמנות בין-לאומיות ולמרות ההובלה האירופית רבת-ההשפעה, אין דין בין-לאומי אחיד בתחום. הפערים משמעותיים וכולטים במיוחד בשוני שבין הגישה האמריקנית לזו האירופית. השוני הוא רעיוני ומתייחס הן לתפיסת הפרטיות והן לנכונות להתערבות בשוק,⁶⁴ והוא מיתרגם לשוני משפטי. בדין האמריקני הפרטיות מוגנת רק בהקשרים מסוימים. בהקשר החוקתי, הפרטיות מוגנת לפי התיקון הרביעי לחוקה ולפי הפיתוח השיפוטי של בית המשפט העליון (בעיקר בקשר לפעולות של גורמי אכיפת חוק ובקשר להחלטות אינטימיות שאדם מקבל, כמו שימוש באמצעי מניעה), ובהקשרי מידע מסוימים, לפי סדרה של חוקים פדרליים, למשל כאלה שעוסקים במידע רפואי, במידע על קטינים ובמידע על הרגלי הצפייה של צופי הטלוויזיה והווידיאו (וזו המחשה נוספת לחוק תלוי-טכנולוגיה, אף שבתי המשפט לא התקשו להחילו גם על סוגים חדשים של טכנולוגיות צפייה). לעומת זאת, בדין האירופי הפרטיות מוגנת באופן כללי ורוחבי בקשר לכל מידע אישי – המוגדר שם כמידע שמזהה אדם או כזה שאפשר לזהות אדם לפיו, וזאת ללא כל קשר לתוכן המידע. ההבנה היא שגם פריט מידע טריוויאלי יכול להצטרף לפריט אחר, והשלם יעלה על סך חלקיו; חשבו על עגלת הקניות שהזכרתי לעיל. מובן שבמדינות דמוקרטיות פחות היחס לפרטיות שונה אף יותר. האתגר השלישי הוא הלחצים החיצוניים על הפרטיות: הדרישה המוצדקת של המדינה למידע נוסף כדי לסכל מעשי טרור וכדי לשפר את אכיפת החוק ואת היעילות השלטונית; הדרישה הלגיטימית של תאגידים לאסוף מידע ולמסחרו כדי לשפר את השירותים שהם מציעים, להתאימם לצורכי הגולשים, להציעו ללא עלות כספית ועוד. כאן דרוש זיהוי של הפגיעה בפרטיות ואיוונים מתאימים, לפי הצורך; כאשר המסקנה היא שהפגיעה בפרטיות מוצדקת עלינו להכיר בכך שוויתרנו על הפרטיות.

האתגר הרביעי הוא פנים-משפטי: אנו עדים להתעררות של הקטגוריות המשפטיות המוכרות. ההבחנה בין משפט ציבורי שמסדיר את הגנת הפרטיות של האזרחים אל מול המדינה, בין דיני הגנת המידע האישי שמסדירים את הגנת הפרטיות של צרכנים וגולשים אל מול תאגידי מידע, ובין העולות הנזיקיות של הפרטיות שמסדירות את היחסים שבין אדם לחברו – כבר אינה הבחנה חדה. לעתים המשפט עצמו מטשטש אותה. למשל, כשלצורך

62 למחקר אמפירי נמשך ראו Joseph Turow, Michael Hennessy & Nora Draper, *Persistent Misperceptions: Americans' Misplaced Confidence in Privacy Policies, 2003-2015*, 62(3) J. BROADCASTING & ELECTRONIC MEDIA 461 (2018).

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

64 ויטמן מתאר את תפיסת הפרטיות האמריקנית כחירות – כלומר כזו שמדגישה את הגנת הפרט מפני השלטון והדגש הוא על יחסי המדינה והאזרח, ואת תפיסת הפרטיות האירופית ככבוד האדם – כלומר כזו שמדגישה את הגנת הפרט בכל הקשר. ראו James Q. Whitman, *Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, 113 YALE L.J. 1151 (2004).

דיון במידתיות החוקתית המחוקק או בית המשפט פונים לעקרונות הגנת המידע ומאמצים אותם כדרך להתאים אמצעי למטרה בצורה מיטבית. דוגמה לכך היא תיקון לחוק מרשם אוכלוסין בעקבות פסק דין של בג"ץ.⁶⁵

לעתים הפרקטיקה המתגבשת מאתגרת את ההבחנה בין המשפט הציבורי למשפט הפרטי. כך, ניבה אלקין-קורן ואני עמדנו על שיתוף הפעולה הסמוי בין המדינה לבין תאגידי מידע בעידן שלאחר אירועי הטרור של האחד-עשר בספטמבר בארצות-הברית.⁶⁶ הגילויים של אדוארד סנוודן (Snowden) בשנת 2013 חשפו את ההיקף העצום של שיתוף הפעולה הזה. על כך אפשר להוסיף כיום את קריסת ההבחנה בין המישור החברתי (יחסי אדם וחברו) למישור התאגידי (היחסים שבין צרכן לתאגיד): כאשר הקשרים החברתיים שלנו מתנווכים על ידי גורם מסחרי בעל עניין במידע האישי, היחסים כבר אינם רק בין אדם לחברו. למערכת היחסים הזו יש להוסיף את הממד התאגידי. היחסים החברתיים משתנים; המידע שנוצר בהקשר החברתי מיועד למעשה להקשר התאגידי המסחרי. זהו "הקפיטליזם של המעקב" שעליו הצביעה זוכוף. הקושי שלנו, המשפטניות והמשפטנים, הוא שהחשיבה המשפטית עדיין מקובעת לקטגוריות נפרדות – של משפט פרטי ביחסים שבין אדם לחברו ושל דיני הגנת מידע ביחסים שבין אדם לתאגיד.

ח. הפרטיות במשפט הישראלי

מובן שגם בישראל מתנהל דיון חברתי ער על גורל הפרטיות, וגם כאן אנו פוגשים את האתגרים הטכנולוגיים, החברתיים והמשפטיים שתוארו לעיל. תנאי הארץ ותושביה מוסיפים מורכבות ייחודית. תמונת מצב נוכחית של הגנת הפרטיות מעלה חקיקה מיושנת בחלקה, שאינה מדביקה את הפער בין הדין המקומי לדין האירופי, אכיפה חלקית ופסיקה שממלאת חלק מהחסר. לא זה המקום לסקירה מקיפה; להלן אסתפק בתמונת מצב עכשווית של כמה מהזירות המשפטיות העיקריות של הזכות לפרטיות בישראל.

החוק הישראלי העיקרי הוא חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, שהתיקון המשמעותי האחרון שנערך בו היה בשנת 2007. החוק כורך יחדיו פרטיות שבין אדם לחברו, פרטיות במידע אישי – כלומר בין אדם לתאגידים – ויש בו גם הסדרה של העברת מידע מרשויות ציבוריות. החוק הוא ברוח הדין האירופי והוא מיישם את עקרונות הגנת המידע האישי. אולם, סל הכלים העולמי התערכך וזה הישראלי – מתמהמה. למשל, החוק שותק בקשר לחזרה מהסכמה וצורתה, אינו כולל את הזכות להישכח, את הזכות להעביר מידע (data portability) ואת הזכות לדרוש ולקבל הסבר בקשר לצורת עיבוד המידע; אין בחוק הישראלי שימוש בכלים הארגוניים של תסקיר הגנת פרטיות (למעט בצורה חלקית ועקיפה בתקנות אבטחת מידע), אין חובה למינוי ממונה על הגנת פרטיות, חובות הדיווח שיש בתקנות אבטחת

65 ראו חוק מרשם האוכלוסין (תיקון מס' 11), התשס"ז-2007, ס"ח 106, שהוסיף את ס' 29 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965, ס"ח 270.

66 Michael D. Birnhack & Niva Elkin-Koren, *The Invisible Handshake: The Reemergence of the State in the Digital Environment*, 8 Va. J.L. & Tech. 6 (2003) & Eldar Haber, *Governance by Proxy: Cyber Challenges to Civil Liberties*, 82 Brook. L. Rev. 105 (2016).

המידע הן חלקיות ואין בחוק התייחסות להגדרת פרטיות. האכיפה אינה מספקת. בכנסת תלויה ועומדת זה מכבר הצעת חוק לחיזוק סמכויותיו של רשם מאגרי המידע.⁶⁷ תקופת ההתיישנות הקבועה בחוק היא רק של שנתיים,⁶⁸ וכדי להגיש תביעה ייצוגית בקשר להגנת הפרטיות יש להידחק לאחד המצבים המנויים בתוספת לחוק ותובענות ייצוגיות, אולם דרך המלך אינה סלולה שם.⁶⁹ עוד חסרה ההגנה על פרטיות קטינים.⁷⁰

בשנת 2011 זכתה ישראל להכרה של האיחוד האירופי, שניתנה לבקשת ממשלת ישראל, כי משטר הגנת הפרטיות הישראלי "מספק" (adequate) בהשוואה לדין האירופי.⁷¹ משמעות ההכרה היא שהעברת מידע על אזרחים אירופים לישראל פשוטה וקלה יותר, תוך שמירה על הדין הישראלי, כמובן. כעת, לאור ה-GDPR, הכרה זו נבחנת מחדש.⁷²

כדי להעריך את היקף ההגנה על הפרטיות ואת עוצמתה צריך לבחון גם חקיקה שהמוקד שלה אחר והיא רק משליכה על הפרטיות – לעתים פוגעת בה ולעתים מחזקת אותה. הזכרתי את חוק המאגר הביומטרי ואת חוק נתוני אשראי, אולם יש עוד חוקים, תקנות והסדרים מנהליים כמו חוזרי מנכ"ל במשרדי הממשלה המשפיעים על הפרטיות. אציין, למשל, את התיקון משנת 2014, שהוסיף לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998 תיקון שמכונה "חוק הסרטונים" וקובע שפרסום צילום או סרטון מיני משפיל הוא הטרדה מינית.⁷³ חשובים במיוחד גם חוזרי משרד הבריאות בקשר לשיתוף מידע רפואי.⁷⁴ כך גם בדיני זכות יוצרים – שכעת קובעים הליכים מפורטים לחשיפת גולשים אנונימיים ש"חשודים" בהפרת זכויות ברשת.⁷⁵

- 67 ראו הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 13), התשע"ח-2018, ה"ח הממשלה התשע"ח 692.
- 68 ראו ס' 26 לחוק הגנת הפרטיות, וכן הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – תקופת ההתיישנות), התשע"ח-2018, פ/5033/20.
- 69 ראו ס' 3 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ס"ח 264. כך, למשל, תביעה נגד רשות מקומית בעילה של פגיעה בפרטיות אינה באה בגדר חוק זה. ראו, למשל, ת"צ (מחוזי חי') 14-07-23549-07 מועצה מקומית כאבול נ' ג'מל (פורסם בנבו, 30.11.2014).
- 70 לעניין זה ראו סאני כלב "אני מחליט עליי" – פרטיות של ילדים בעידן הדיגיטלי והזכות לחזרה מהסכמה הורית" עיוני משפט מא 61 (2018).
- 71 ראו Commission Decision 2011/61/EU of 31 January 2011, pursuant to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the Adequate Protection of Personal Data by the State of Israel with Regard to Automated Processing of Personal Data, 2001 O.J. (L 27), <https://bit.ly/2SINdSY>.
- 72 ראו ס' 45 ל-GDPR.
- 73 ס' 3(א)(5) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, ס"ח 166, שנוסף בתיקון מס' 10 לחוק זה. במידה רבה זו חזרה על עוולה שכבר קבועה בס' 2(4) לחוק הגנת הפרטיות בקשר לפרסום צילום ברשות הרבים, אולם המיקום של האיסור בחוק הסרטונים מוסיף את הממד המשפטי של עברת מין. לעניין זה ראו ים קאטל "קול פרטי: חשופה: המאבק הפרטי לחוק הסרטונים" משפט, חברה ותרבות ב 365 (מיכאל בירנהק עורך, 2019).
- 74 חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 1/2018 "שימושים משניים במידע בריאות" (17.1.2018) <https://bit.ly/2TvHcZv>.
- 75 ראו פרק 1ח לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007, שנוסף בחוק זכות יוצרים (תיקון מס' 5), התשע"ט-2019.

את החסרים בחקיקה ואת מלאכת ההתאמה של הדין למצבים חדשים משלימים בתו המשפט. אצביע על כמה מפסקי הדין המרכזיים מהשנים האחרונות. מובן שאין זו סקירה וניתוח מקיפים, ואלה דרושים עד מאוד. לא מעט מהשאלות בקשר לזכות לפרטיות מתעוררות בצורה עקיפה – לא דווקא במסגרת תביעה כגין פגיעה בפרטיות אלא, למשל, במסגרת איוון עם זכות או אינטרס אחרים כמו חופש הביטוי וחופש המידע במשפט הציבורי, או אגב פסלות ראיות.⁷⁶

במישור הציבורי, כבג"ץ נדונו סוגיות חוקתיות ספורות בקשר לחקיקה ראשית. חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007 נבחן ואושר, תוך הערות שיפוטיות חשובות על פרשנותו במצבים מסוימים;⁷⁷ חוק המאגר הביומטרי קיבל את אישור בית המשפט.⁷⁸ בג"ץ אישר את חוקתיותו של תיקון 227 לפקודת מס הכנסה, שעניינו חובת דיווח של גופים פיננסיים בישראל לרשויות אמריקניות על חשבונות של אזרחים אמריקנים.⁷⁹ בכמה מקרים מצאו בתי משפט שרשויות פגעו בפרטיות, ובהתאם בדקו את חוקתיות הפגיעה – אלא שאז התברר שחסרה הסמכה מתאימה בחוק.⁸⁰ לעתים שאלות מתחום המשפט הפרטי העלו שאלות חוקתיות כבדות-משקל; במיוחד בולט בהקשר זה המקרה של "הספר הגנוז" – פסק דין שבו אישר בית המשפט העליון גניזה של ספר, שאף שהוצג כספר בדיוני חשף פרטים רבים על בת זוגו לשעבר של המחבר.⁸¹ סוגיה זו הציפה את הקושי ב"איוון אופקי" בין שתי זכויות יסוד שוות-משקל – חופש הביטוי והזכות לפרטיות. שאלות חוקתיות נוספות עלו תוך כדי דיון בהיקף של חופש המידע: כאשר עיתונאים ביקשו לקבל מידע על שיחותיו של ראש הממשלה עם עורך ראשי של עיתון ובעלי השליטה

76 ראו, למשל, רע"א 7828/17 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' פלוני (פורסם בנבו, 9.1.2018), שם דנה (כדנה יחידה) השופטת וילנר בשאלה אם במסגרת תביעה כגין רשלנות רפואית אפשר להגיש מסמך של חולה אחר, שאינו צד להליך, כשפרטיו מושחרים. השופטת פסקה בחיוב. אעיר כי אני סבור שזו תוצאה קשה, שאינה ערה דיה ליכולת לזהות אדם גם כשפרטי המזהים הישירים מושחרים. בכל מקרה, חשוב לשים לב שפסיקה זו מתקדמת בשלב הסופי של המידע – הפצתו, ובדיקה ראויה צריכה לבחון גם את השלבים הקודמים בגלגוליו של המידע – את איסופו הראשוני ואת המטרה שלשמה נאסף. השופטת וילנר הייתה ערה לשלבים המידעיים המוקדמים והעירה עליהם בפסק דינה.

77 ראו עניין האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, לעיל ה"ש 42.

78 בעתירה הראשונה מצא בית המשפט כי העתירה הייתה מוקדמת מדי והפנה את העותרים להמתין לסיום הפיילוט. ראו בג"ץ 1516/12 נהון נ' הכנסת (פורסם בנבו, 23.7.2012). עתירה חדשה תלויה ועומדת בשעה זו בבית המשפט. לדיון ראו גם קרין נהון "קול פרטי: הפוליטיקה של המאגר הביומטרי" משפט, חברה ותרבות ב 271 (מיכאל בירנהק עורך, 2019).

79 בג"ץ 8886/15 רפובליקנים מחו"ל בישראל (ע"ר) נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 2.1.2018).

80 רע"א 2558/16 פלונית נ' קצין התגמולים – משרד הביטחון (פורסם בנבו, 5.11.2017) (בקשר למעקב אחרי מי שהגישה תביעה לתגמולים), וכן עניין מזרחי, לעיל ה"ש 24 (בקשר לשימוש במצלמות רחוב לאכיפה של דיני התנועה).

81 ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 24.4.2014). לדיון ראו יעל ברוידא-בהט "מעבר לקהילתנות ולאנדיבידואליזם: התפיסה המורכבת של משפחה ושל הזכות לפרטיות בתוך המשפחה" משפט, חברה ותרבות ב 311 (מיכאל בירנהק עורך, 2019).

בעיתון, על היקף העסקתה של אשת ראש הממשלה ועל זהות אורחיו של שגריר ישראל בארצות־הברית בארוחת חג שערך – נדונה גם הפרטיות של גורמים מסוימים, לפי העניין. נראה כי בתי המשפט נוטים להעדיף את האינטרס הציבורי על פני הפרטיות אם כי לעתים, לפי העניין, תוך הנחיות שנועדו לצמצם את הפגיעה בפרטיות.⁸²

במישור הפרטי, שבין אדם לחברו, נדונו סכסוכים בין כלי תקשורת למי שסוקרו על ידם, בין שהיו ידוענים במידה מסוימת ובין שנקלעו לסיקור תקשורתי. כך קבע בית משפט שלום כי צילום מהרחוב של אדם (ידוען במידת מה) במרפסת ביתו היא פגיעה בפרטיות,⁸³ ובמקרה אחר נקבע שצילום אדם ברשות הרבים (אדם חרדי, צועד ברחוב ושקוע בקריאת תהילים, על רקע פרסומת לתמרוקים שבה נראית אשה) אינו פוגע בפרטיותו, אולם השימוש המסחרי בדמותו ללא הסכמתו כן פגע בפרטיותו.⁸⁴ בפרשה אחרת – חשובה בשל עקרונות שנקבעו בה בנוגע להתממת מידע, אולם ההקשר היה חברתי ולא תאגידי ולכן יש לנקוט זהירות בהיקש משם למצבים אחרים – ביקש אדריכל שתכנן בית מגורים יוקרתי ומיוחד להעלות לאתר האינטרנט שלו הדמיות של פנים־הבית. הלקוח – בעל הבית – התנגד בתוקף. בית המשפט העליון פסק כי בשל ייחודיות העיצוב אפשר יהיה לזהות את בעלי הבית, ולכן מתקיים זיהויו ונפגעת פרטיותו, ובהיבט זה נותר צו המניעה על כנו.⁸⁵

בהיעדר התייחסות מפורשת בחקיקה לפרטיות במקום העבודה השלימו בתי הדין לעבודה את החסר. במיוחד בולטים שני פסקי דין של בית הדין הארצי לעבודה. מקרה אחד עסק בחיפוש – מעקב – של מעסיק בדואר האלקטרוני של עובדת. בפרשת **איסקוב-ענבר** ביקש המעסיק הנתבע להגיש ראיות במסגרת הליך בגין פיטורין שלא כדון, והראיות היו הודעות דוא"ל ששלחה התובעת, היא העובדת (לשעבר).⁸⁶ בית הדין קבע כללים ברורים בנושא תוך הבחנה בין תיבת דואר מקצועית לתיבת דואר פרטית, כזו שנגישה ברשת או

82 ראו ע"מ 7678/16 דרוקר נ' הממונה על יישום חוק חופש המידע במשרד ראש הממשלה (פורסם בנבו, 7.8.2017) (בית המשפט הורה על מסירת מידע על מועדי שיחותיו של ראש הממשלה עם עורך העיתון ובעלי השליטה בו לעיתונאי המבקש); ע"מ (מינהליים י-ם) 43334-02-17 כספית נ' עירית ירושלים (פורסם בנבו, 20.8.2017) (בית המשפט הורה לעירייה למסור לעיתונאי המבקש מידע על מועדי העסקתה של שרה נתניהו, היקף משרתה המוגדר והיקף משרתה בפועל, אך לא פרטים על פירוט שעות ספציפיות); ע"מ 2975/15 הוצאת עיתון 'הארץ' נ' משרד החוץ (פורסם בנבו, 6.6.2016) (בית המשפט הורה להעביר את שמות משתתפי הארוחה בבית השגריר לידי העיתון, למעט משתתפים קטינים).

83 ת"א (שלום ת"א) 8419-03-15 מזרחי נ' וואלה! תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 13.9.2018).
84 ת"א (שלום ת"א) 19394-01-12 סערון נ' מעריב – הוצאת מודיעין בע"מ (פורסם בנבו, 3.1.2017). השוו לרע"א 6902/06 צדיק נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ פ"ד (סג) 52 (2008), שבו נקבע עובדתית כי הצלם, אלכס ליבק, הבטיח למצולם שהצילום הוא לשימוש אישי בלבד. לנקודת המבט של הצלמים ראו אלכס ליבק "קול פרטי: צילום רחוב" משפט, חברה ותרבות ב 457 (מיכאל בירנהק עורך, 2019).

85 ע"א 1697/11 א. גוטסמן אדריכלות בע"מ נ' ורדי (פורסם בנבו, 23.1.2013).

86 ע"ע 90/08 איסקוב ענבר נ' מדינת ישראל – הממונה על חוק עבודת נשים (פורסם בנבו, 8.2.2011).

בדרך אחרת.⁸⁷ מדובר במקרה מובהק שמראה כיצד המשפט מצליח להתמודד היטב עם חידושי הטכנולוגיה: פסק הדין השלים את החסר בחקיקה בכך שיישם עקרונות משפטיים כלליים במצב טכנולוגי חדש בשעתו. כיום, שנים ספורות לאחר מכן, יש להניח שהפרקטיקה שהייתה בשעתו הצטמצמה: מהפכת המובייל והפס הרחב מקלה על עובדים לבצע פעולות תקשורת פרטיות ללא שימוש ברשת של המעסיק, וכך הנגישות של מעסיקים למידע מסוג זה מצטמצמת. פסק הדין נוסח באופן רחב וקל להתאימו גם להקשרים אחרים – למשל למעסיק העוקב אחר עובד באמצעות מחשב "אישי", מכשיר טלפון או מכונת שנמסרה לעובד לשימוש. קביעת כללים נבונה יכולה להאריך את חיי המדף של כלל משפטי. במקרה השני קבע בית הדין הארצי כי מעסיק ציבורי – במקרה זה, רשות מקומית – אינו רשאי לחייב את עובדיו למסור טביעת אצבע לצורך תיעוד נוכחות.⁸⁸

תחת הקטגוריה המשפטית של פרטיות במידע, במישור שבין צרכן לתאגיד, אנו מוצאים כמה תביעות ייצוגיות שהוגשו וחלקן תלוי ועומד בעת הזו, אולם אין עדיין פסיקה לגופם של דברים. ברוב המקרים הושגו פשרות, לפני הדין או אחריו,⁸⁹ או שנדונו שאלות דיוניות בדבר סמכות שיפוט ובררת דין – כשדובר בתאגיד מידע גלובלי.⁹⁰

הפסיקה נוטה להזכיר, בדרך של הפניות, שורה של הצדקות שונות לפרטיות: תדיר נזכרים המקום של הזכות לפרטיות במארג הדמוקרטי,⁹¹ המקום החברתי שלה וחשיבותה עבור היחיד – כשלעצמו,⁹² אל מול החברה⁹³ או אל מול אנשים מסוימים אחרים, כמו בני ובנות זוג.⁹⁴ נראה כי הגישה של פרטיות כשליטה קנתה אחיזה ברטוריקה השיפוטית ובררך כלל גם בתוצאת ההליך.

- 87 בהחלטה של דן יחיד, אימץ בית המשפט העליון את הלכת איסקוב ענבר, בסיג של מצב שבו מעסיק נחשף באופן "מקרי ופסיבי" להודעת דוא"ל של הזולת. ראו רע"א 2552/16 זינגר נ' חברת יהב חמיאס טכנולוגיות (1990) בע"מ (פורסם בנבו, 10.5.2016).
- 88 עס"ק (ארצי) 7541-04-14 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – מרחב המשולש הדרומי נ' עיריית קלנסווה (פורסם בנבו, 15.3.2017). מקרה דומה התעורר גם בשדרות. לדין ראו גבי גלזר "קול פרטי: אצבע קלה על השעון" משפט, חברה ותרבות ב 407 (מיכאל בירנהק עורך, 2019).
- 89 למשל, ת"צ (מחוזי ת"א) 58064-12-12 כהן נ' Facebook Inc. (פורסם בנבו, 5.5.2016), שעסק במסרונים פרסומיים להצטרפות לרשת החברתית.
- 90 רע"א 5860/16 Facebook Inc. נ' בן חמו (פורסם בנבו, 31.5.2018).
- 91 ראו, למשל, עניין גוטסמן, לעיל ה"ש 85, בפס' 12; עניין עיריית קלנסווה, לעיל ה"ש 88, בפס' 101; עניין פלוני, לעיל ה"ש 81, בפס' 84.
- 92 עניין גוטסמן, שם (הזכות לפרטיות "משרטטת מתחם אשר בו מניחים את הפרט לנפשו לפיתוח 'האני' שלו, בלא מעורבות של הזולת"); עניין פלוני, שם, בפס' 75-80 (השופט סולברג הבחין בין "הצדקה אינטרינזית" ל"הצדקות אינסטרומנטליות", אולם הדגש הוא על היחיד).
- 93 עניין גוטסמן, שם ("הזכות לפרטיות, אם כן, מותחת את הקו בין הפרט לבין הכלל, בין ה'אני' לבין החברה").
- 94 עניין פלוני, לעיל ה"ש 81, בפס' 85-90.

ט. המחקר על הפרטיות

נוכח כל השינויים והאתגרים האלה אנחנו עדים לגידול עצום במחקר על הפרטיות ולשכלולו. רובד מחקרי אחד עוסק באירועים שוטפים: טכנולוגיה חדשה שנכנסת לחיינו, כלל משפטי חדש שמשליך על הפרטיות ופסק דין חדש שזוכים לדיון. ה-GDPR האירופי מספק כר פורה לניתוחים כאלה, והם חשובים ודרושים. רובד מחקרי שני מבקש לזהות תהליכים – מגמות טכנולוגיות, חברתיות, כלכליות ופוליטיות – ולבחון את משמעותם. רובד נוסף, עיוני, מבקש לחדר את ההבנה שלנו להצדקות של הזכות לפרטיות. מאז ההגדרה של וורן וברנדייס לפני מאה ושלושים שנה זכינו לשפע של דיונים תאורטיים, ואת אלה יש לדייק מעת לעת.⁹⁵ בצד הדיון הפילוסופי אנו מוצאים גם רובד של מחקרים אמפיריים בתחומי ידע מגוונים כמו, למשל, לימודי מידע המסתייעים בתוכנות של ניתוח התנהגותי ומחקר אמפירי,⁹⁶ לימודי תקשורת, סוציולוגיה ומדעי המדינה, וכמובן – בתוך עולם המשפט. המחקר הבין-תחומי בנושא הפרטיות מתגבר, ולצמדים המוכרים זה מכבר של "משפט ו-" כמו משפט וכלכלה, משפט וספרות או משפט וחברה, נוספים מפגשים מרתקים, כמו "משפט והנדסה". בצד המחקר המשפטי פורח שדה מחקר של "לימודי מעקב" שיסודו בסוציולוגיה, המבקש לתעד, לזהות ולבחון מקרוב את התופעות השונות של המעקב ולהבין תוך כדי תנועה את יחסי הכוח המשתנים.⁹⁷

לנגד עינינו מתגבש תחום המחקר של הפרטיות כשדה מחקרי עצמאי, גם אם תלוי מאוד בתחומי ידע אחרים. יש בעולם כנסים משמעותיים שמושכים אליהם מדי שנה מאות חוקרים; בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב מתקיימת כבר שש שנים סדנת חוקרות וחוקרים שנתית; היקף הכתיבה והמחקר המתפרסם גדל במידה ניכרת; ואנו עדים להקמה של מכוני מחקר ייעודיים למחקר הפרטיות בארצות-הברית ובאירופה. גם בישראל יש גידול חשוב בהיקף החוקרים והחוקרות העוסקים בתחום זה ומגיעים למחקר מצוידים בגישות ובשיטות מחקריות מתחומי ידע מגוונים. ובכל זאת, אנחנו עדיין בראשית הדרך. הכרך שלפניכם הוא חלק מהמגמה הזו, והוא מבקש לקדם את מחקר הפרטיות הישראלית.

י. על המאמרים

המאמרים בכרך זה נכתבו בעקבות קול קורא שפורסם ולאחר שיפוט עמיתים אקדמי. הם עוסקים בפרטיות בהקשרים שונים: במישור שבין המדינה לאזרחיה, במישור שבין תאגידים לצרכנים ובמישור שבין אדם לחברו. המאמרים מציעים בחלקם דיון עיוני כללי או דיון עיוני-משפטי בנוגע לסוגיה מסוימת; חלקם פורס מחקרים אמפיריים. המאמרים עוסקים

95 ראו, למשל, את המאמרים בגיליון מיוחד (2019) *Theoretical Inquiries in Law*, בכותרת "The Problem of Theorizing Privacy".

96 ראו, למשל, Alessandro Acquisti, Laura Brandimarte & George Loewenstein, *Privacy and Human Behavior In the Age of Information*, 347(6221) *SCIENCE* 509 (2015).

97 ראו, למשל, *THEORIZING SURVEILLANCE: THE PANOPTICON AND BEYOND* (David Lyon ed., 2006); GARY T. MARX, *WINDOWS INTO THE SOUL: SURVEILLANCE AND SOCIETY IN AN AGE OF HIGH TECHNOLOGY* (2016).

בשלל טכנולוגיות חדשות – נתוני עתק ולימוד מכונה, פרופיילינג וביומטריה, הרשת בכלל ורשתות חברתיות בפרט, מעקב באמצעות מצלמות – וגם בטכנולוגיות ישנות כמו הספר הגנוז שנזכר לעיל. ההקשרים שנבחנו מגוונים – פרטיות במשפחה, בעבודה, בבית המשותף ועוד. מרבית המחברות והמחברים הם משפטנים וחלקם מגיע מתחומי ידע אחרים – לימודי תקשורת, הנדסה, מדעי המדינה ולימודי קולנוע.

קבוצת המאמרים הראשונה מתמקדת בפרטיות במידע.

חוקר המדיניות הציבורית, רותם מדויני, מעיין באופן ביקורתי בדין האירופי הנוכחי, ה-GDPR, שהוא כיום המגדלור של דיני הגנת הפרטיות בעולם. הוא מנתח ומאפיין את הרגולציה החדשה כשינוי במדיניות האירופית בשלושה מישורים: במישור האירופי העל-מדינתי, במישור המדינתי ובמישור הארגוני. מדויני מתמקד במישור הארגוני וטוען שמסגרת חקיקתית זו – נוסף על היותה אשרור של פרקטיקות קיימות ועיגון בספר החוקים האירופי – מסמנת מעבר למשטר חדש של הגנת מידע, המבוסס על כלי מדיניות תהליכיים שמצטרפים לעקרון האחידות. למעבר לאסדרה תהליכית יש חשיבות הן בשל ההשפעה החוץ-טריטוריאלית של משטר הגנת המידע האירופי והן בשל ההשלכה על הזכות לפרטיות בעידן של נתוני עתק, האינטרנט של הדברים והשיח הגלובלי על חברת המעקב.

המשפטנית מיקי זר מתמקדת בפרקטיקה הרווחת של כריית מידע אישי לשם יצירת פרופיל של משתמשי הרשת, ובהתאם הדיון שלה ממוקם במישור שבין תאגידי המידע למשתמשים. בתהליך מתמשך, מידע נאסף ומעובד לכדי פרופיל של הפרט, וזה "חוזר" אליו באופנים שמשפיעים על תפיסת העצמי שלו ועל בחירותיו העתידיות. הליכים מותאמים-אישית כמו שימוש במנוע חיפוש או קנייה בחנות ספרים מקוונת מעצבים – גם אם בדרך מעודנת – את האופן שבו המשתמש מבין וחווה את העולם; בכך הם משפיעים על התנהגותו ועל זהותו. השפעה זו נסתרת לעתים קרובות מעיני המושפעים והיא קשה לתיאור ולהמשגה כמושגי הזכות לפרטיות. זר טוענת שתהליכי הפרופיילינג, שמתמרנים פרטים להתנהג בהתאם לציפיות של מי שמייצרים את הפרופיל, פוגעים בזהותם של מושאי הפרופיל, ושהזכות לפרטיות היא הזכות המתאימה להתמודדות עם אתגרי הפרופיילינג. לשיטתה הפרטיות נועדה, בין השאר, להגן על זהותו האישית של היחיד.

מאמרם של אשורת אילון וערן טוך, חוקרי הנדסה שמתמחים בקשרי הגומלין שבין אדם למכונה (Human Computer Interaction), בוחן מקרוב את ממד הזמן ברשתות חברתיות. משתמשים מעלים תכנים לרשתות החברתיות ואלו נשארים שם למשך זמן בלתי-מוגבל. אילון וטוך מתייחסים למצב זה, שבו התכנים אינם נמחקים, כאל "נצחיות המידע". קלות האחזור והחיפוש של המידע שפורסם מייצרת מצב חדש, שבו אפשר לצפות במידע זמן רב לאחר שפורסם לראשונה וזה עשוי להשפיע על מושאי המידע באופן שלא צפו מראש. המחברים בוחנים את נצחיות המידע משתי נקודות מבט: ניהול הפרטיות וניהול התדמית של המשתמשים. בהיבט של ניהול הפרטיות, משתמשים צריכים להתמודד עם קושי הולך וגדל בשליטה על המידע הנצבר, שעלול להיחשף למעגלים חברתיים חדשים שלא בהכרח הובאו בחשבון בעת פרסום התוכן. בהיבט של ניהול התדמית, המשתמשים נדרשים להתחשב בהשפעה של תכנים חדשים וותיקים על האופן שבו הם נתפסים על ידי מי שרואה את המידע. המאמר מציג ממצאים של מחקרים אמפיריים שהמחברים ערכו ודן בפתרונות טכנולוגיים והסדרתיים להתמודדות עם האתגרים.

המשפטים שרון בר־זיו וטל ז'רסקי מתמקדים בגופים ציבוריים ובמידע שהם מחזיקים על אזרחים. הם בוחנים את האסדרה והאכיפה של זכויות הפרטיות והגנת המידע במצבים כאלה, תוך התמקדות באסדרת התהליך של העברת מידע שעבר התממה (anonymization או de-identification). התממה היא תהליך טכנולוגי ומנהלי שמטרתו להפוך מידע אישי מוגן לזוה שמנותק מכל מאפיין שמזהה את מושאו. עם זאת, בעידן נתוני העתק מתעורר חשש מפני סכנות של תקיפת ההתממה וביצוע של זיהוי חוזר (re-identification), וכתוצאה מכך – חשיפה אפשרית של מידע אישי על ידי מי שלא אמור להיחשף אליו או להחזיק בו. בר־זיו וז'רסקי מדגימים שבישראל מתפתחים בה בעת, במנותק וככל הנראה ללא כל יד מכוונת, כמה משטרים נפרדים הנוגעים להתממה. דוגמאות מרכזיות הן המדיניות של משרד הבריאות וקופות החולים, של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה ושל רשות התקשוב הממשלתי. מאמרם טוען שההתפתחות הבר־זמנית של אסטרטגיות התממה שונות עשויה להוביל, באופן מעט מפתיע, לתוצאה ראויה המקדמת בצורה הטובה ביותר יעדים חברתיים שונים ובהם הגנת הפרטיות.

המשפטנית מעיין פרל בוחנת פן מרכזי ביחסים שבין מושאי המידע לבין מי שמקבל החלטות לגבי מושא המידע, על סמך המידע שנאסף. נקודת המוצא של הדיון שלה הוא הכוח של נתוני עתק לנבא את ההתנהגות שלנו. לניבויים שהופקו משכלול וניתוח של נתוני מידע שנאספו ממגוון עצום של מקורות יש השפעה על החלטות שונות ואף גורליות בנוגע לפרט מושא המידע. לגישה, דיני הגנת המידע בישראל אינם מספקים למושא המידע די כלים שיאפשרו לו לשלוט בקבלת ההחלטות. פרל בוחנת אם האלגוריתמים שבבסיס קבלת ההחלטות כפופים לפיקוח ובקרה הולמים ואם יש בידי מושא ההחלטה כלים מספקים לפקח ולהזים טעויות בניבוי. היא מציעה להחיל על גופים פרטיים חובת הנמקה ברוח ה־GDPR, שתייצר תמריץ שיחייב מקבלי החלטות פרטיים להוביל לשיפור הטכנולוגי הדרוש כדי להפוך ניבויים סטטיסטיים למובנים למושאי המידע.

במקרים מסוימים המידע הפרטי מנוהל במערכות בעלות רגולציה ייחודית. המשפטנית רות פלאטו־שנער בוחנת את המקרה של מידע פיננסי. אחד המאפיינים החשובים של המערכת הבנקאית הוא עקרון הסודיות הבנקאית, שאוסר על הבנק לגלות לצדדים שלישיים מידע פיננסי הנוגע ללקוחותיו. עם התרחבות הסקטור הפיננסי וכניסתם של גופים נוספים לתחום הפעילות הפיננסית, הולך ומתגבש מושג רחב יותר של "זכות לפרטיות פיננסית", שמשקף את חובת הסודיות המוטלת על כלל הגופים הפיננסיים כלפי לקוחותיהם. פלאטו־שנער דנה בחריג לסודיות זו במצב של חובת גילוי מכוון דין. בשנים האחרונות – בישראל כמו במדינות אחרות – חריג זה הולך ומתרחב, וכתוצאה מכך הזכות לפרטיות פיננסית עוברת תהליך משמעותי של צמצום והפחתה. במאמרה היא טוענת כי על אף חשיבותה הרבה של הזכות לפרטיות פיננסית, לעתים אינטרסים אחרים עשויים לגבור עליה ולהצדיק את מסירת המידע על אודות הלקוחות. כל עוד האיזון בין הזכות לפרטיות לבין אותם אינטרסים מושג באמצעות עמידה במבחני פסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, היא סבורה שיש להעדיף את חובת הגילוי למרות הפגיעה הקשה בפרטיות הפיננסית.

קבוצת מאמרים שנייה מתמקדת בפרטיות בכמה מעגלים: תחילה, ביחסינו עם המדינה (נושא שנדון גם אצל בר־זיו וז'רסקי) כשמקרה המבחן הוא המאגר הביومتر, ולאחר מכן במשפחה, במקום העבודה ובסביבת המגורים של הבית המשותף.

לאור המאבק הציבורי בקשר לחוק המאגר הביומטרי, חוקר התקשורת אבי מרציאנו מציע ניתוח של השיח על פרויקט הביומטריה הישראלי. הוא בוחן שלושה אמצעי תקשורת מרכזיים במטרה להאיר את הדרכים שבהן דנה העיתונות בפרויקט בהקשרים שונים, ומאפיין את ה"סיפור" שהועבר לקוראים באמצעות זיהוי נרטיבים מרכזיים בשיח. ממצאי הניתוח של מרציאנו מצביעים על שני שיחי-משנה מתחרים: שיח לאומי-ביטחוני-טכנולוגי שהדגיש את חשיבות הפרויקט, ושיח ביקורתי-אזרחי-אנושי שהבליט את השלכותיו השליליות והזהיר מפניו. נוסף על כך נמצא הבדל בין העומק ומורכבות היחסיים של השיח הישראלי לבין שטחיותם של שיחים דומים בעולם. המחקר מניח שהשיח העיתונאי הוא משאב תרבותי העשוי ללמד על האופן שבו החברה הישראלית מדמינת את פרויקט הביומטריה ואת הקשר שלו למעקב, לביטחון, ללאומיות, לאזרחות, לזהות, לטכנולוגיה ועוד.

הפרטיות היא גורם משמעותי בקשרים בין בני אדם במסגרות שונות ובראשן המשפחה. שלושה מאמרים בוחנים היבטים שונים של הפרטיות – ושל המשפט – במעגל הזה. המשפטן סאני פֶּלֶב בוחן את צמצום המרחב הפרטי של קטינים בעידן הדיגיטלי. תחילה הוא מבסס את חשיבותם של פרטיות ומרחב פרטי להתפתחותם התקינה של קטינים על יסוד תאוריות מתחום הפסיכולוגיה ההתפתחותית. בהמשך הוא דן בזהות הגורמים שמשפיעים על צמצום המרחב הפרטי של קטינים, האינטרסים שלהם ותפקידו של המשפט בעניין. המאמר ממשיג את המרחבים הרלוונטיים לחייהם של קטינים – המרחב הביתי-משפחתי, המרחב הבית-ספרי, המרחב הציבורי והמרחב הווירטואלי, מזהה את השחקנים המרכזיים הפועלים בהם ומראה איך הם משתמשים ברשת ובאמצעים טכנולוגיים כדי לעקוב אחר קטינים ולאסוף עליהם מידע. כלב טוען שהדין הישראלי אינו מתייחס לצורך של קטינים במרחב פרטי ברמה עקרונית ומספקת. הוא מראה שההתפתחות הטכנולוגית, האינטרסים הכלכליים והנורמות החברתיות בישראל, בשילוב עם הניטרליות שהמשפט נוקט בסוגיה, מביאים לצמצום המרחב הפרטי של קטינים. המאמר מנתח את השלכות התופעה ומציע כמה כיווני פעולה להתמודדות עמה.

המשפטנית יעל ברוידא-בהט בוחנת את תפקיד הפרטיות ביחסים שבין בני זוג. היא מציעה שתי תפיסות רווחות על המשפחה – התפיסה הקהילתנית והתפיסה האינדיבידואליסטית – וטוענת כי שתי התפיסות, כל אחת בדרכה, מקשות על קידום הזכות לפרטיות של בני המשפחה ביחסיהם עם בני משפחה אחרים. התפיסה הקהילתנית נמנעת ממשפוט של היחסים המשפחתיים ובמיוחד היא נמנעת מהחלה בתוך המשפחה של זכויות אינדיבידואליסטיות כגון הזכות לפרטיות. התפיסה האינדיבידואליסטית רואה את בני הזוג כפרטים נפרדים, שווים ואוטונומיים. בהתאם, תפיסה זו דוגלת בהתערבות מינימלית של המשפט והמדינה בנעשה בתוך המשפחה כדי לשמור על החירות של בני הזוג לקבוע ולהסדיר בעצמם את היחסים ביניהם. לעומת תפיסות אלה, ברוידא-בהט מציעה תפיסה מורכבת של משפחה, המתפתחת בעשרים השנים האחרונות. תפיסה זו משלבת בין עקרונות אינדיבידואליסטיים לעקרונות קהילתניים ומייחסת למשפט תפקיד משמעותי בקידום הזכויות של בני המשפחה. תפיסה זו מקדמת המשגה מורכבת של הזכות לפרטיות בתוך המשפחה ומייחסת לפרטיות תפקיד מרכזי בחיזוק האינדיבידואליות של בני המשפחה בד בבד עם חיזוק הקהילה המשפחתית. המשפטנית איילת בלכר-פריגת עוסקת גם היא בפרטיות במשפחה ומרחיבה את נקודת המבט למכלול היחסים במשפחה. היא מתמקדת בזכות לפרטיות במערכות יחסים

אינטימיות, והמשפחה היא דוגמה מרכזית לכך. בטיעון שמשלים את המאמרים של כלב ושל ברוידא-בהט היא טוענת שהתאוריות המסורתיות של הזכות לפרטיות הן רובן ככולן תאוריות אינדיבידואליסטיות שמתמקדות בשליטה ובהצבת גבולות בין העצמי לבין האחר. בלכר-פריגט סבורה שתפיסות אלו קשות ליישום; יתרה מזו, הן אינן ראויות ליישום בהקשר הפנים-משפחתי. במקום זה, הכרה בחשיבות הפרטיות ליחסים האינטימיים בין בני משפחה מחייבת לאמץ תפיסה חלופית של הזכות לפרטיות, כזו המתמקדת בתפקיד הפרטיות ביצירה ובשימור של אינטימיות מיטיבה. כאמור, המאמר מציג תפיסה חלופית הנשענת על המסגרת התאורטית שהניחה הלן ניסנבאום, שהגדירה את הזכות לפרטיות במידע כזכות שמטרתה להבטיח זרימת מידע ראויה. המאמר מבקש לצקת תוכן לנורמות הראויות בקשר לזרימת מידע בהקשר הפנים-משפחתי, תוך התבססות על ערכים של אינטימיות ואמון.

מעגל חברתי משמעותי נוסף הוא מקום העבודה. המשפטנית עידית צימרמן מאירה את מקומה של הפרטיות ביחסי העבודה ואת ההסדרה המשפטית באמצעות הסוגיה של הקלטה חד-צדדית של שיחות במקום העבודה. נקודת המוצא היא אמרת אגב של בית המשפט העליון, שלפיה הקלטת אדם ללא ידיעתו נגועה בפגם מוסרי. אמרה זו אומצה בפסיקת בתי דין אזוריים לעבודה, שהסתמכו עליה כדי להצדיק יחס שלילי לפרקטיקה של הקלטה ללא ידיעת המוקלט ביחסי עבודה ולייחס לה משקל ראייתי נמוך יותר. צימרמן טוענת כי את ההקלטה ללא ידיעת המוקלט במקום העבודה יש לראות כמקרה פרטי של מעקב ואיסוף מידע. בעיניה, התנהגות זו היא "מעקב נגד" של עובדים מול מעסיקהם. מסקנתה היא שככלל יש לאפשר הקלטות במקום העבודה כמו גם את הגשתן של ההקלטות כראיות בהליך המשפטי, בכפוף לשמירה על תום הלב המוגבר החל על הצדדים ביחסי עבודה. את תום הלב בהקשר הזה היא מציעה לבחון בעזרת עקרון המידתיות, שמציע פתרון מספק להגנה על האינטרסים הרלוונטיים של הצדדים ליחסי העבודה בהקשר זה.

מעגל חברתי נוסף הוא סביבת המגורים המידית שלנו. המשפטנית ומתכננת הערים דורית גרפונקל בוחנת את השימוש הגובר במצלמות בבתים משותפים על רקע השינוי באופי הבנייה והמעבר למגורים במגדלים. היא בוחנת את ההשלכות של הצבת המצלמות על פרטיות הדיירים, על זכות הקניין, על ניהול הבית המשותף ועל היחסים ביניהם. גרפונקל מבררת את התכליות של הצבת המצלמות ומצביעה על אי-הבהירות השוררת במצב המשפטי הנוכחי באשר להסכמה, לפגיעה בפרטיות הטמונה במצלמות ולסבירות הפעולה. היא טוענת שבמצב המשפטי הנוכחי זכות הקניין גוברת על הזכות לפרטיות ומצמצמת אותה באופן שמשפיע על תפיסת הפרטיות בקניין הפרטי של הבית המשותף – גם בעיני הדיירים ובעלי הדירות וגם בעיני המשפט. הצבת המצלמות משפיעה גם על היחס שבין בעל הדירה היחיד לקהילת בעלי הדירות, ונהפכת לאמצעי לניהול הרכוש המשותף. המאמר מונה אתגרים חדשים לזכות לפרטיות במרחב פרטי זה, הנובעים בין היתר מאופי המידע הנאסף ומהיקפו ומאפשרות השליטה המוגבלת עליו. בהיעדר כלים משפטיים מספקים, צמצום הפרטיות בבית המשותף עלול להיות חרב פיפיות ובסופו של יום גם לפגוע בזכות הקניינית של בעלי הדירות ובאוטונומיה שלהם. המאמר מציע הצעות להסדרה חדשה בקשר לקבלת החלטות וניהול הבית המשותף, להסדרת הפעילות של חברות הניהול ולתכנון מראש של הצבת המצלמות – ובקשר להגנת המידע.

חותם את הכרך מאמרו של חוקר הקולנוע ענר פרמינגר, שעוסק ביחסי הגומלין בין פרטיות ומרחב אישי לבין מציצנות, חודרנות והמתח המתמיד בין שמירה או ויתור על פרטיות לבין היכולת ליצור קשר אינטימי עם הזולת. פרמינגר בודק כיצד אינטראקציה דיאלקטית בין פלישה למרחב הזולת לבין אינטימיות וקרבה בין בני אדם הם רכיב מהותי בהגדרה ובעיצוב ההתפתחות של זהות בוגרת, כפי שהדבר משתקף בקולנוע של קז'ישטוף קישלובסקי. הוא מתמקד במהלך הקולנועי בשלושה מסרטיו של קישלובסקי: דקלוג 6, דקלוג 9, ואדום. בסרטים אלו מתחדדת השאלה האתית שאקט החודרנות מעורר. בחירתו המרתקת והייחודית של קישלובסקי חותרת לייצוג קולנועי של פרטיות ואינטימיות במדיום שהוא ביסודו חודרני, מערער פרטיות ואף מוחק אותה. המאמר בוחן את המהלך האתי לאור העמדה המשפטית שקישלובסקי מוביל. בה בעת נבחן הקשר בין מציצנות וחודרנות, קשר אינטימי ואחריות האדם על מעשיו וחייו. המחבר מראה כיצד הסרטים עוסקים בצורות שונות של מציצנות חזותית וקולית מורכבת, שמפרקת את חומות הפרטיות של קרבנותיה וחושפת אותם למעקב חודר המאיים על אישיותם.

כמו בכרכים קודמים של "משפט, חברה ותרבות" גם כאן שילכנו טקסטים קצרים יותר, שמביאים בגוף ראשון את חוויותיהם של מי שנקלעו לסוגיות של פרטיות. הקולות הפרטיים שמובאים כאן מאירים את הדיונים התאורטיים ומשלימים אותם בחוויה האישית, בהתלבטויות ובקשיים. הקולות הפרטיים האלה נועדו להזכיר שהמשפט פועל בזירה חברתית, ושכאשר אנו עוסקים בשפה המשפטית והפילוסופית ראוי מעת לעת לתרגם אותה חזרה לשפה היום-יומית של מי שחווים את הדברים, לעתים על בשרם. תמצאו כאן את ה"קול הפרטי" של חתן פרס ישראל לצילום אלכס ליבק, שמצא את עצמו מגן בכתי משפט על צילומי רחוב שצילם; של נורה גרינברג, פעילה מרכזית בקהילת הטרנסג'נדרים בישראל, שמתארת את הממשק שבין זהות לפרטיות; של ים קאטל, שצילומיה האינטימיים הופצו ברשת ובעקבות זאת קידמה את "חוק הסרטונים"; של איתי הירש, שמספר על הפרטיות – והיעדרה – מנקודת מבטו של אסיר; של גבי גלזר, שמספרת על מאבקה בשעון הנוכחות הביומטרי שהוצב במקום העבודה שלה בעיריית שדרות; של אמונה קליין בר-נוי ושל יעל יחיאלי-פרסיקו שהובילו, עם נשים נוספות, את המאבק להגנת פרטיותן בעת טבילה במקווה; ושל קרין נהון, שהובילה עם אחרים את המאבק בחוק המאגר הביומטרי.

*

תודות

עריכה של אסופת מאמרים עיונית היא מלאכה רבת-משתתפות ומשתתפים ואלה ראויים לתודה: בראש ובראשונה לסתיו כרמל ונעם פיינסטון, תלמידות הפקולטה שהיו עורכות מסורות ולא חסכו שבטן מהמאמרים שהוגשו וניהלו ביד רמה את המערכת. מערכת הכרך הורכבה מתלמידה המצטיינים של הפקולטה, ששמם מפורט בעמוד קודם, והם שקרו על המאמרים בתשומת לב הן בשאלות רחבות והן בקוצו של יוד. חברי המערכת אביה באשה וטל מוסקוביץ ניהלו בתבונה וביסודיות את המלאכה בקשר ל"קולות הפרטיים". נירית פוטרמן ריכזה את ההפקה. היצירה שעל עטיפת הכרך הוא מעשה ידיו של Benjamin Zehrfeldt. העורך הראשי, פרופ' אסף לחובסקי, תמך ברעיון של הכרך מהרגע הראשון וליווה אותו לכל

הדרך בעצות נבונות. טל מורס הציע את שם הכרך ומיכאלה קלי ערכה לשונית את המאמרים כולם. לכולם שלוחה תודה. אני מבקש להודות גם למחברות ולמחברים שהיו קשובים למערכת והפכו את תהליך הכתיבה והעריכה לדיון מרתק ופורה עבור המערכת. לבסוף, תודה לשופטות ושופטים האנונימיים שסייעו לנו בכרירת המאמרים ובהצעות לשיפורם.

