

מהממ"ד לארכיון: פרטיות בתיעוד מלחמה

מיכאל בירנהק ונועה דיאמונד*

אירועי השבעה באוקטובר יצרו סוגה חדשה ונוראה של שיחות רשת, בעיקר באמצעות היישומון ווטסאפ. שיחות שבזמן אמת היו קריאת מצוקה, בקשת עזרה, ולעיתים פרדה אחרונה, הפכו לחומרי גלם בארכיונים של מיזמי תיעוד לאירועי השבעה באוקטובר. לעומת שיחה מסורתית, שבה יש שני צדדים, והיא סימולטנית ונדיפה, שיחות רשת מתקיימות בקבוצות, הן אינן סימולטניות ואינן מתנדפות מייד. הארכיון הדיגיטלי יכול לאסוף ולהנגיש חומרים מסוגים חדשים, חומרי אמת מהשטח, ולא רק מסמכים רשמיים "מלמעלה". כך, הדיגיטציה וחומרי הגלם החדשים משנים את הארכיון ואת אופן גיבוש הזיכרון הקולקטיבי. גם המשפט צריך להשתנות. המאמר בוחן את הדין בנוגע לפרטיות בתקשורת ומתמקד ב"כלל הסכמת המשתתף", שלפיו צד לשיחה יכול לפרסמה מבלי שהדבר ייחשב לפגיעה בפרטיות. הכלל נוצר בסביבה טכנולוגית ישנה, ואנו טוענים שהוא אינו מתאים לשיחות הרשת בשל מאפייניהן השונים. המאמר מצביע על קוצר היד של המשפט ומציע שילוב כלים מעולם הפרטיות וכלים ארכיוניים כדי לצמצם את החיכוך בין האינטרס הציבורי החשוב בתיעוד לבין פרטיות המשוחחים.

* פרופ' מיכאל בירנהק, מנחה אקדמי, הקליניקה לפרטיות בפקולטה למשפטים שבאוניברסיטת תל אביב; עו"ד נועה דיאמונד, מנחה קלינית, הקליניקה לפרטיות בפקולטה למשפטים שבאוניברסיטת תל אביב. תודתנו לעמרי ידלין, לטל מורס, לרוני מיקל-אריאלי, לעמית פינצ'בסקי, לאורית פישמן אפורי, לדלית קן-דרור פלדמן, לאור רפל-קרויזר, למשתתפי הכנס ה-20 של הארגון להיסטוריה ומשפט (יד בן-צבי, אוקטובר 2024) ולמשתתפי כנס הפרטיות ה-12 (תל אביב, מאי 2025), על הערות מועילות לטיטות קודמות, לשניר קנובל על עזרה במחקר ולמערכת "מעשי משפט" על הערותיה הנבונות. ולבסוף, תודה לנשות ולאנשי פורום מובילי יוזמות התיעוד, על העבודה המשותפת והמפרה, על הרצון לחשוב יחד ולמצוא פתרונות ועל מילוי תפקידם החשוב עבור כולנו בזמנים כואבים.

מבוא

אירועי השבעה באוקטובר יצרו סוגה חדשה ונוראה של שיחות רשת, בעיקר באמצעות היישומון ווטסאפ. השיחות תיעדו בזמן אמת את האימה של מי שהתבצרו במרחב המוגן הדירתי (הממ"ד) בביתם בנגב המערבי, במיגונית בבסיס או בקרבת מסיבות הטבע ואת הזוועה של מי שהותקפו, נחטפו ונרצחו. מי שהיו נצורים במרחב המוגן התכתבו בקבוצה היישובית או עם בני משפחתם וחבריהם. שיחות אחרות התקיימו בין חברי כיתות הכוננות, בין תושבים שהגנו על ביתם ובין צוותי חירום. לעיתים היו אלה שיחות אחרונות. אלה הן שיחות רשת שנקרא להן כאן "שיחות מהממ"ד". השיחות משקפות את המצוקה ואת הכאב, את ניסיונות ההצלה ואת רגעי הגבורה. מכאן גם הערך ההסברתי, התקשורתי וההיסטורי של שיחות הרשת מהממ"ד ליד הערך האישי למשפחות הקורבנות.

סמוך לאחר פרוץ המלחמה קמו עשרות מיזמי תיעוד, שעוד בתוך ההווה הכאוטי זיהו את הערך ההיסטורי של האירועים. כמה מהמיזמים הקימו ארכיונים שנשמרו בהם שיחות מהממ"ד: הפעילים אוספים שיחות רשת ומארכבים אותן, ובחלק מהמקרים מתכננים לאפשר לציבור גישה לארכיון המקוון. במסגרת מיזם משפטי שהקמנו לסיוע למיזמים חברתיים בזמן המלחמה,¹ עלתה שאלה עקרונית בדבר תיעוד של שיחות רשת והנגשתן: האם הארכוב מותר גם כאשר לא היה אפשר לקבל את הסכמת כל הצדדים לשיחה, שכן חלקם נרצחו או שנחטפו לעזה וגורלם אינו ידוע? עיון ראשון בדין הרלוונטי העלה מענה ברור: די בהסכמת אחד המשתתפים בשיחה כדי לאיין את הפגיעה בפרטיות. זהו כלל הסכמת המשתתף, שאותו נסביר בהמשך. במאמר זה נטען שהתשובה אינה מספקת. יישומו של כלל הסכמת המשתתף לשיחות רשת בכלל ולשיחות מהממ"ד בפרט פוגע בפרטיות, משום שהוא מפקיד כוח רב מדי בידי אדם אחד מתוך רבים גם אם מעורבותו בשיחה הייתה מזערית ולמרות רגישות התכנים: קריאות מצוקה ופרדות במהלך אירוע טראומטי, מבעית ואישי מאוד עבור אלו שחוו אותם. נציע מסגרת משפטית-אתית ששואפת להשיג הן את מטרות הארכיון והן את הגנת הפרטיות.

המאמר יחשוף את קוצר היד של המשפט בהתמודדות עם צורות שיחה חדשות בכלל ועם שיחות המלחמה בפרט. נטען שהגם שהמשפט מתיימר להיות ניטרלי לטכנולוגיה, הדין הקיים מניח דפוס מסוים של תקשורת בין-אישית: שיחה בזמן אמת, בין שניים, בנושאים פרטיים. לעומת זאת שיחות רשת התקיימו בין כמה

1 המיזם פעל שלושה חודשים, ואז הועבר לניהול איגוד האינטרנט הישראלי. ראו "סיוע משפטי ראשוני בזמן מלחמה: דיני פרטיות, זכויות יוצרים ואינטרנט" דיני פרטיות במלחמה <https://www.er-cyber-law.org.il>. לתיאור המיזם ראו מיכאל בירנהק ונועה דיאמונד "דיני האינטרנט במלחמה: סיוע משפטי למיזמים חברתיים במלחמת 'חרבות ברזל'" איגוד האינטרנט הישראלי (5.2.2024) <https://www.isoc.org.il/research/magazine/legal-aid-iron-> swords (להלן: בירנהק ודיאמונד "דיני האינטרנט במלחמה").

אנשים, לפעמים רבים; לעיתים ההשתתפות לא הייתה סימולטנית, והמענה התעכב או לא הגיע כלל. נמקם את הדיון במפגש שבין פרטיות בתקשורת בין-אישית לבין האינטרס הציבורי בתיעוד המלחמה. למדינה יש אינטרסים וצרכים נוספים בקשר למידע כזה, למשל לשם הסברה. אינטרסים כאלה עשויים לקבוע דיון ואיזונים אחרים. במאמר זה אנחנו מתמקדים דווקא בשימור ארוך הטווח בארכיונים.

בחלק א נציג את מיזמי התיעוד ואת סוגיית הפרטיות שהתעוררה בקשר לשיחות רשת. **חלק ב** יציג כיצד חומר שנוצר תוך כדי אירועים בהווה צובר ערך ניכר לעתיד בכך שהוא משקף חוויות ותחושות שמלוות את מי שנקלעו בעל כורחם לאירועים. נתעכב על המשמעות של זיכרון קולקטיבי, על הבנייתו ועל הכוח החברתי של מי שמחזיקים במידע הגולמי שמעצב זיכרון זה. **חלק ג** יציג את ההצדקה להגנת פרטיות בתקשורת, את מסגרת הדין ואת כלל הסכמת המשתתף. **חלק ד** יבחן את הסוגיה של שיחות רשת ואת ההיבטים הטכנולוגיים-חברתיים שלהן: היעדר תיחום טמפורלי ברור, נדיפות, ריבוי משתתפים, היעדר סימולטניות ומעורבות גורם ביניים מסחרי ששולט באפיק השיחה. נטען שהחוק מניח מודל שיחה דו-צדדי, סימולטני ועצמאי ומתקשה להכיל מודלים אחרים, כמו שיחות רשת. משום כך החלה שרירותיות של כלל הסכמת המשתתף על שיחות רשת חוטאת לאופיין, והמחיר עלול להיות פגיעה ניכרת בפרטיות. **בחלק ה** נבהיר את הקושי הנוסף ביישום של כלל הסכמת המשתתף בתיעוד שיחות מהממ"ד ונציע לקבוע רף חברתי-אתי, הגבוה מן הסף המשפטי,² שמביא בחשבון הן את צורכי התיעוד וחשיבותו החברתית והן את הזכות לפרטיות. לבסוף, נסכם.

א. שיחות מהממ"ד ומיזמי התיעוד

בבוקר שבעה באוקטובר נכנסו תושבי הנגב המערבי לממ"דים ולמקלטים בשל ירי רקטות. המבלים במסיבות טבע ניסו להימלט. במהרה התברר שמחבלים פרצו את הגבול בעשרות נקודות, חדרו ליישובים ולבסיסים והחלו לטבוח, לפגוע ולחטוף ישראלים ופועלים זרים. אלפי אנשים שהו במקלטים הביתיים בחרדה, חלקם אחזו בידית הדלת כדי למנוע ממחבלים להיכנס. במהלך השעות הארוכות התכתבו התושבים הנצורים זה עם זה בשיחות אישיות וקבוצתיות, כמו קבוצת ווטסאפ בקיבוץ או במושב, ועם חבריהם ועם בני משפחותיהם במקומות אחרים. חיילים בבסיסים שהותקפו התכתבו עם יקיריהם, וכך גם משתתפי המסיבות שהסתתרו בשטח. בחלק מהמקרים היו אלה השיחות האחרונות. לשיחות כאלה יש ערך אישי עצום לבני השיח שאיבדו את יקיריהם.

² להבחנה בין הסף המשפטי לרף האתי, ראו אסא כשר "אתיקה מקצועית" סוגיות אתיות במקצועות הייעוץ והטיפול הנפשי 15, 22 (גבי שפיר, יהודית אכמון וגבריאל וייל עורכים (2007).

בתוך ימים ספורים החלו לפעול מיזמים שונים שהקימו ארכיונים לתיעוד האירועים.³ חלקם צמח מתוך פעילות קיימת, למשל ארכיון יישובי, וחלקם הוקם בידי חוקרים מנוסים שהסבו את פעילותם לתיעוד האירועים. מיזמים אחרים קמו אד הוק. בעת כתיבת המאמר מוכרים לנו יותר ממאתיים מיזמים שונים. השוני ביניהם הוא בסוג האוכלוסייה המתועדת, במקום המתועד ובאופי התיעוד.

כמה מהמיזמים אוספים שיחות רשת, למשל של פעילים שונים. המיקוד שלנו הוא בשיחות מהממ"ד.⁴ מיזם בולט הוא "זיכרון 710" שהקים יניב הגי, חבר קיבוץ בארי, שמבקש לאסוף ולשמר "ראיות דיגיטליות", בעיקר תכתובות ווטסאפ. אתר המיזם מסביר: "זו עדות חיה למה שהתרחש בזמן אמת ששומרת על הנרטיב ממקור ראשון. ב-7/10 כמעט כל התקשורת שלנו התבצעה דרך הווטסאפ, הקלטות, תיעוד בווידיאו, התכתבויות. הדברים המעניינים נמצאים ברגעים הקטנים של החיים, שבהם בודקים זה עם זה מה קורה, משתפים ברגשות ובמה שקורה".⁵

חלק מהמשתתפים בשיחות הממ"ד מסכימים ומוסרים בעצמם את העתקי השיחות למיזמי התיעוד. מנגד, יש מי שמעדיפים ששיחותיהם יישארו פרטיות, מטעמיהם, משום שזו דרכם לעבד את האסון, ומשום שאין להם רצון לשתף אחרים ברגעים הקשים ביותר בחייהם ובחיי יקיריהם שנפגעו. זו בחירתם.⁶

המיזם לסיוע משפטי גיבש תשתית משפטית כוללת ומודולרית למיזמי התיעוד כדי לאפשר תיעוד מיטבי תוך כדי הגנת הפרטיות.⁷ בין היתר עלו שאלות בנוגע להיבטי הפרטיות בתיעוד שיחות הרשת. בשל האופי המכליל של המסגרת המשפטית שהצענו הסתפקנו שם בהערה קצרה, שהשיחות פרטיות ומוגנות בדין אלא אם אחד מהצדדים לשיחה מסכים לפרסומן. לצד זאת הדגשנו כלל אתי: שראוי לבקש הסכמה רחבה יותר במקרה של שיחות מרובות משתתפים ולתת את הדעת על פרטיותם של צדדים שלישיים שנזכרו בשיחות. מאמר זה מרחיב. הדיון ממוקם במפגש המורכב שבין שלושה גורמים: האחד הוא פעולות התיעוד ומוסד ה"ארכיון"; השני הוא הגנת הפרטיות; הגורם השלישי הוא טכנולוגיות חדשות

3 לתיאור ודיון במיזמים השונים, ראו גיליון 5 של כתב העת "זיכרון ומחקר" (2024), שהוקדש למיזמי התיעוד של השבעה באוקטובר ומלחמת חרבות ברזל.

4 מיזמים אחרים אוספים שיחות רשת כחלק ממגוון המקורות של הארכיון, למשל "הארכיון האזרחי למלחמת ה-7 באוקטובר" שמזמין הפקדת "התכתבות בזמן אמת" או "התכתבות מאוחרת". ראו "להפקדת תיעוד" הארכיון האזרחי למלחמת ה-7 באוקטובר <https://perma.cc/MG3U-TT7T> (2023).

5 "שאלות נפוצות" זיכרון 710 <https://www.710memorial.org/faq>

6 ראו למשל את עמדתה של חברת קיבוץ ומנהלת ארכיון בארי שלא שיתפה את שיחותיה עם המיזם הקיבוצי. תמר בן-צבי "מספרים מלחמה: כנס תיעוד ה-7 באוקטובר והמלחמה שפרצה בעקבותיו" יוטיוב (7.4.2024) <https://youtu.be/Sz9JkzIbqc>

7 בירנהק ודיאמונד "דיני האינטרנט במלחמה", לעיל ה"ש 1. לדיון בהיבטים משפטיים נוספים, ראו מיכאל בירנהק, נועה דיאמונד, אורית פישמן אפורי ודלית קן-דרור פלדמן "זיכרון ומשפט: היבטים משפטיים במיזמי התיעוד של המלחמה" זיכרון ומחקר 5, 21 (2024).

שמאפשרות שימור חומרי גלם מסוגים חדשים והנגשתם, אבל גם מערערות פרקטיקות תיעוד קיימות ומאתגרות כללים משפטיים.

ב. מחומרי גלם להבניית הזיכרון

במיוזמי התיעוד נפגשים זיכרון אישי, זיכרון קולקטיבי ותיעוד היסטורי. חלק זה מניח את אבן הבניין הראשונה לדיון: נדון במושגים אלו, נסביר כיצד חומרים דיגיטליים בכלל ושיחות רשת בפרט משמשים חומר גלם לזיכרון ונתייחס לתפקידו המשתנה של הארכיון בעיצוב הזיכרון הקולקטיבי.

1. זיכרון אישי וזיכרון קולקטיבי

אנשים שנקלעים לאירועים בעלי חשיבות היסטורית חווים אותם בזמן אמת כחוויה אישית שהופכת לזיכרון אישי. בהמשך, הזיכרון האישי הופך לפעולה פסיכולוגית-פיזיולוגית: הם אוגרים את זיכרון האירועים ומסוגלים לשחזרם.⁸ הפילוסוף והסוציולוג מוריס הלבוואקס (Halbwachs) טען שזיכרונות אלה ניתנים להבנה רק בהקשר החברתי, הקבוצתי, בין היתר משום שזיכרונות בזיכרונות יוצקת בהם תוכן.⁹ זהו הזיכרון הקולקטיבי. משום שלקבוצות אין זיכרון, מדובר במושג מושאל: הזיכרון הקולקטיבי הוא הנרטיב המשותף, הגרסה המוסכמת של העבר (זו שחברי הקבוצה הסכימו עליה, או זו שגורמי כוח והשפעה כפו).¹⁰ הזיכרון הקולקטיבי פועל גם בכיוון ההפוך, כמנגנון ליצירת קהילה ולסרטוט הגבולות בינה לבין "אחרים" באמצעות תהליך של מתן משמעות מוסכמת לעבר באופן שיוצר תחושת השתייכות וחוויה משותפת.¹¹ בכך הזיכרון הקולקטיבי שונה במיקודו מהיסטוריה: היסטוריה מבוססת על פרשנות של עובדות וממצאים, ואילו הזיכרון הקולקטיבי מבוסס על נרטיב.¹²

- 8 Motti Neiger, Oren Meyers & Eyal Zandberg, *On Media Memory*, in ON MEDIA MEMORY 1, 13 (Motti Neiger, Oren Meyers & Eyal Zandberg eds., 2011).
- 9 MAURICE HALBWACHS, ON COLLECTIVE MEMORY (Lewis A. Coser ed., trans., 1992); Neta Kliger-Vilenchik, Yariv Tsfati & Oren Meyers, *Setting the Collective Memory Agenda: Examining Mainstream Media Influence on Individuals' Perceptions of the Past*, 7(4) MEMORY STUD. 484, 486 (2014).
- 10 Motti Neiger, *Theorizing Media Memory: Six Elements Defining the Role of the Media in Shaping Collective Memory in the Digital Age*, 14(5) SOCIO. COMPASS 1, 2 (2020); Franklin Zaromb et al., *Collective Memories of Three Wars in United States History in Younger and Older Adults*, 42 MEMORY COGNITION 383, 383 (2014); Motti Neiger, Oren Meyers & Anat Ben-David, *Tweeting the Holocaust: Social Media Discourse Between Reverence, Exploitation, and Simulacra*, 73(3) J. COMM. 222, 223 (2023).
- 11 Neiger, שם, בעמ' 4.
- 12 REALMS OF MEMORY: THE CONSTRUCTION OF THE FRENCH PAST (Pierre Nora & Lawrence 385, 385 (Zaromb & D. Kritzman, eds., 1996).

2. הזיכרון הקולקטיבי והארכיון

הארכיון נתפס בדרך כלל כמרכיב חשוב בזיכרון קולקטיבי.¹³ המשפט מגדיר "ארכיון" כמקום שבו נשמרים מסמכים ורישומים בעלי חשיבות.¹⁴ היסטורית, ארכיונים נוהלו במקום פיזי שהגישה אליו מוגבלת. פעולת הארכיון הייתה בידי אליטות (הכנסייה, המדינה), ולגורם ששולט בארכיון הייתה סמכות להחליט מה ייאסף וישמר, וכיצד יקוטלג. הארכיון הוא מקור כוח.¹⁵ נדגיש שמטרתו של ארכיון היא שימור ארוך טווח, ושהוא לא נועד לצרכים מיידיים.

העידן הדיגיטלי משנה שינוי ניכר את מקומו של הארכיון בעיצוב הזיכרון הקולקטיבי, ולמעשה משנה את הרעיון ואת התפקיד החברתי של הארכיון. הארכיון הוא עדיין מקום פוליטי, שאיננו ניטרלי,¹⁶ אולם המדיה המודרניים וטכנולוגיות דיגיטליות מאפשרים ביזור ופרקטיקות חדשות של איסוף חומרים וארכובם בארכיון: פעולת תיעוד ויצירת ארכיון כבר אינה שמורה לאליטות בלבד; הארכיון הדיגיטלי זמין ברשת (אף שניתן להגביל את הגישה גם שם), והחומרים שנאספים נגישים יותר.¹⁷ עם זאת המקורות הדיגיטליים הם כמעט אין-סופיים בהיקפם, ונדרשת פעולה מקיפה של סינון, ניפוי ובחירה של חומרים, שהופכת את פעולת האוצרות של הארכיון לרבת חשיבות. מאפיינים חדשים אלו הופכים את הארכיון למוסד שאחת מתכליותיו העיקריות היא הנגשת החומרים והשתתפות בפרקטיקה החברתית של עיצוב זיכרון. סוגי התיעודים המגוונים בעידן הדיגיטלי ונגישותם מאפשרים לאנשים להזדהות עם חוויות של אחרים שמתועדות בארכיון, כולל חוויות טראומטיות ומעצבות, גם אם לא חוו אותן בעצמם. בקצרה: הארכיון כיום הוא מקום של זיכרון חי.¹⁸

למאפיינים חדשים אלו יש משמעות בעיצוב הזיכרון הקולקטיבי: הארכיון הופך למיזם משותף של הקבוצה החברתית, שבו רבים יכולים להשתתף, הן משום שנאספים לארכיון חומרים דיגיטליים "שלהם", והן משום שהארכיון נגיש יותר וקל יותר לשתף את תכניו. כך, הארכיון הופך לזירה חשובה לעיצוב זיכרונות

13 ראו Trond Jacobsen, Ricardo L. Punzalan & Margret L. Hedstrom, *Invoking "Collective Memory": Mapping the Emergence of a Concept in Archival Science*, 13 ARCHIVAL SCI. 217 (2013).

14 סעיף 21(2) לחוק הארכיונים, התשט"ו-1955 מגדיר חומר ארכיוני: חומר שיש בו "ענין לחקר העבר, העם, המדינה או החברה, או שהם קשורים לזכרם או לפעולתם של אנשי שם".

15 Amit Pinchevski, *Archive, Media, Trauma*, in ON MEDIA MEMORY 254, 253-254.

16 Anthea Josias, *Toward an Understanding of Archives as a Feature of Collective Memory*, 11 ARCHIVAL SCI. 95, 102 (2011); Sharon Ringel, *Interfacing with the Past: Archival Digitization and the Construction of Digital Depository*, 27(5) CONVERGENCE 1308, 1308-10 (2021).

17 Pinchevski, לעיל ה"ש 15, בעמ' 254-256.

18 שם, בעמ' 254.

קולקטיביים.¹⁹ סוגי החומרים שנאספים, ובעיקר תיעודים אודיו-ויזואליים, מאפשרים הזדהות עמוקה ואף אימוץ של חוויות טראומטיות, במה שמכונה "זיכרון נתמך".²⁰

3. חומרים דיגיטליים כחומרי גלם של זיכרון: המקרה של שיחות רשת

חיינו מתנהלים יותר ויותר במרחב הדיגיטלי. שם אנחנו יוצרים ומטפחים קשרים חברתיים, משפחתיים ורומנטיים, מתעדים את חיי היום-יום בתמונות ובסרטונים ומנהלים היבטים מקצועיים, כלכליים ואחרים של חיינו. בהתנהלותנו הדיגיטלית נוצרים חומרים רבים שצירופם יוצר פסיפס עשיר של אישיותנו, של קשרינו, ושל אורחות חיינו, שיכול להיות חומר תיעוד בעל ערך אישי: דפדוף בהתכתבות דוא"ל ישנה עם חבר יזכיר לנו מה העסיק אותנו בשעתו, עם מי היינו בקשר, ומה התרחש בעולם.

לחומרים אלו יש ערך רב לבד מהזיכרון האישי. לצורכי התיעוד ההיסטורי הם רלוונטיים לביסוס עובדתי של התרחשויות ותהליכים. צירופם לתמונה גדולה מעיד על הלך רוח של קהילות ומדינות ומציע הקשר חברתי לאירועים. גם תרומתם ליצירת זיכרון קולקטיבי חשובה.²¹ המגוון, הביזור והזמינות של החומרים ניכרים, והם מאפשרים טשטוש בין הפרטי לציבורי, וכך כל סיפור, קטן כגדול, יכול להשתלב בנרטיב כללי.²² אופי החומרים והעובדה שהם מגיעים מאנשים פרטיים ולא מגורמים רשמיים מאפשרים תיעוד של נקודות מבט שלא מצאו את מקומן בארכיונים עד כה. בשלב זה נתייחס למאפיינים של שיחות הרשת כחומרי גלם לתיעוד ולחשיבותן בעיצוב הזיכרון הקולקטיבי. נדגים באמצעות התיעוד שיחות מהממ"ד בשבעה באוקטובר.

שיחות רשת שהתרחשו בזמן אמת, בייחוד באירועים מרובי זירות, הן קודם כול ממצא עובדתי בעל ערך היסטורי. איסוף, תיעוד ומיפוי השיחות, ציון השעה המדויקת שלהן לצד תיאור האירועים (אזעקה, יריות, שרפה) מאפשרים לשחזר תמונה מדויקת ומהימנה של ההתרחשויות.²³ נוסף על זה, ההתכתבויות מתעדות באופן מוחשי את התחושות ואת האימה של אותם רגעים ושעות, וקריאה בהן מעוררת תחושת השתתפות בחוויה, הזדהות ואמפתיה. "יש הבדל עצום בין זה שאגיד לך שהייתי בממ"ד ופחדתי מאוד – ובין זה שאתה תקרא הודעת ווטסאפ שלי לאבא שלי, שבה אני כותב לו שאני פוחד. זה פשוט אחרת לגמרי. זה ריל-טיים וזה

19 שם, בעמ' 256.

20 שם, בעמ' 263.

21 ליחס שבין זיכרון אישי לזיכרון קולקטיבי ולמצב הביניים של "זיכרון אישי-קולקטיבי", ראו מיכאל בירנהק וטל מורס "מחפצי זיכרון לזיכרונות דיגיטליים" **משפט, חברה ותרבות** ז': משפט והמפנה החומרי 397, 387 (ליאורה בילסקי וענת רוזנברג עורכות 2024).

22 Ekaterina Haskins, *Between Archive and Participation: Public Memory in a Digital Age*, 37(4) RHETORIC SOC'Y. Q. 401, 405 (2007).

23 פרויקט שמציג בין היתר שיחות ווטסאפ על גבי מפת הנגב המערבי "כאן 7.10.360" **כאן** 11 <https://www.kan.org.il/content-pages/about360>.

חודר ישר ללב. זו עדות שאי אפשר להתווכח איתה", מספר ניב הגי, יוזם תיעוד שיחות הוואטסאפ "זיכרון 710".²⁴

שיחות רשת הן גם אבן בניין חשובה בעיצוב הזיכרון הקולקטיבי של אותו יום. השיחות משקפות תמונת שונות של ההתרחשויות: אימה ופרדה, ההבנה שהישובים הופקרו (קריאות "איפה הצבא?"), דאגה ועזרה. איסופן מאפשר תיעוד מהשטח, "מלמטה", מכלי ראשון של מי שחוו את האירועים. התיעוד מאפשר למי שרוצים בכך להשתתף בעיצוב הנרטיב המכונן של האירועים. "אזרחים ומוסדות מבינים שהתיעוד שיישאר הוא שיעצב את תפיסת הזהות שלנו כבודדים וכאומה, ואת הזיכרון הקולקטיבי והאיש. ומכאן מובן גם כוחו של התיעוד בסיוע בתהליך השיקום והבנייה מחדש. התיעוד נתפס ככלי חברתי לאיחוי, העצמה, תמיכה הדדית ושותפות גורל", הסבירה רותי פרנסדורף, ממקימות "פורום יוזמות תיעוד במלחמה".²⁵ הגי הדגיש את חשיבותה של המעורבות בעיצוב הנרטיב: "אנחנו רוצים להיות אחראים על הנרטיב שלנו, להראות שאין פה רק קורבנות אלא גם סיפורי גבורה, שיתופי פעולה וסולידריות". לדבריו, "אני מאמין שהמאגר הזה יחבר אנשים רגשית למאורעות. הרי זו הפעם הראשונה שמלחמה כל כך מתועדת. כך יוכלו הנכדים והנינים של אלו שישבו בממ"דים לראות מה קרה לסבא וסבתא רבא שלהם באותם רגעים".²⁶

אם כן, לתיעוד של שיחות רשת יש חשיבות רבה. אך אותם מאפיינים שהיו תמריץ לאיסופם מלכתחילה הם גם שיוצרים מורכבות: בעת שנוצרו לא נועדו השיחות לתיעוד היסטורי או לתרומה לזיכרון הקולקטיבי אלא לשיתוף אישי, לפרידה ולהצלחת חיים. השיחות היו פרטיות.

ג. פרטיות בתקשורת בין-אישית

נניח את אבן הבניין השנייה לדיון: חשיבות הפרטיות בתקשורת בין-אישית, כלומר בשיחות בין אנשים. נעיר על ההצדקות להגנת הפרטיות בתקשורת בין-אישית (להבדיל מתקשורת המונים) ונציג את המסגרת המשפטית של דיני הפרטיות ואת אתגריה בקשר לשיחות.

24 יוגב כרמל "הייתה לנו בת והיא נרצחה – ואף אחד לא יודע שהיא הייתה שם": כך מתעדים את זוויות 7 באוקטובר" N12 (9.5.2024) https://www.mako.co.il/news-n12_magazine/781730bdada5e810/Article-c845474e0b5ee81027.htm

25 ענת לב אדלר "המטרה: לתעד את המלחמה בזמן אמת" ידיעות אחרונות (13.5.2024) https://www.ynet.co.il/yedioth/article/yokra13918258?utm_campaign=general_share&utm_content=Header&utm_medium=social&utm_source=ynet.app.ios&utm_term=yokra13918258

26 רועי רובינשטיין "איך נזכור את 7 באוקטובר? כך מנהלת המדינה את המרוץ הסבוך להנצחת הטבח" Ynet (6.7.2024) <https://www.ynet.co.il/news/article/hyrxuyfwa>

1. מעגלי הצדקות

הזכות לפרטיות ידועה בקושי להגדירה. הזכות עמומה ותלויה בגורמים שמשנים תדיר: טכנולוגיה וחברה.²⁷ טכנולוגיות חדשות יוצרות הזדמנויות להתנהגויות חברתיות, עסקיות ופוליטיות חדשות, וגם לסיכונים חדשים. די להזכיר בינה מלאכותית, מערכות לזיהוי פנים, סורקי גוף אדם ואת האינטרנט בכלל. הפרטיות פועלת במישורים שונים – בין אנשים, בין אנשים (צרכנים או "משתמשים") לתאגידים ובין אנשים (אזרחים ותושבים) למדינה.²⁸ המיקוד כאן הוא במישור הראשון.

את ההצדקות הרבות של הפרטיות ניתן לסווג כאוסף מעגלים בעלי מרכז משותף (כלומר מעגלים קונצנטריים).²⁹ בליבה נמצאים האדם והצדקות שקשורות את הפרטיות לכבוד האדם, לאוטונומיה ולחשיבות של שגשוג ופיתוח אישיים. ההצדקות במעגל זה מטילות על הפרטיות את התפקיד להגן מפני מבט מנטר וממשטר ומפני הוצאה מההקשר וליצור מרחב פרטי שחיוני לפיתוח האישיות והזהות. במעגל השני נמצאים יחסים בין-אישיים: יחסים אינטימיים, משפחתיים וחבריים, ויחסים מקצועיים, כמו בין מטופל למטפלת. במעגל השלישי נמצאות הצדקות שמתמקדות ביחסים שבין אדם לקהילה, ובמעגל החיצוני – הצדקות שממקמות את הפרטיות ביחסים שבין אזרחים למדינה. כל מעגל הצדקות מכיל את קודמיו. שיחות ווטסאפ הן תקשורת בין אנשים שמדברים על עצמם ועל אחרים, ולכן הדגש הוא בשני מעגלי ההצדקה הראשונים.

חשוב להתעכב על ההצדקה להגנת הפרטיות בשיחות. במעגל ההצדקות הראשון יש שני פנים: **האחד**, יסוד ההחלטה שמתקיים בשיחה: כל צד מחליט לחשוף מידע מסוים לבני השיחה. ההחלטה מה למסור (תוכן המידע), למי (בני השיחה) וכיצד נתונה בידי האדם עצמו. בכך אנחנו מכבדים את האוטונומיה שלו ואת כבוד האדם שלו. כאשר גורם חיצוני מתערב בהחלטה, למשל בפרסום התוכן ללא הסכמת הצדדים לשיחה, הוא פוגע באפשרות השליטה של האדם במידע שעל אודותיו; **השני**, כאשר צדדים לשיחה יודעים שגורם חיצוני עשוי להיחשף אליה, נוצר אפקט מצנן שפוגע בחופש הביטוי של אדם, בחירותו ובפרטיותו.

במעגל ההצדקות השני, של היחסים הבין-אישיים, נדגיש את חשיבות הפרטיות לכינון אמון בין הצדדים לשיחה.³⁰ אמון חשוב לביסוס יחסים אינטימיים וחבריים

27 ראו למשל בג"ץ 844/06 **אוניברסיטת חיפה נ' עוז**, פס' 20 לפסק הדין של השופטת (כתוארה אז) חיות (נבו 12.9.2006).

28 למישורי הפעולה השונים של הפרטיות, ראו מיכאל בירנהק **פרטיות חוקתית** 113 (2023).

29 לדיון בהצדקות הפרטיות ראו (2008) DANIEL J. SOLOVE, UNDERSTANDING PRIVACY. להמשגת ההצדקות כמעגלים קונצנטריים, ראו בירנהק **פרטיות חוקתית**, שם, בעמ' 69–112.

30 ראו (1968) 48 (1968) Charles Fried, *Privacy*, 77 YALE L. J. 48. לדיון, ראו בירנהק **פרטיות חוקתית**, שם, בעמ' 75–78.

ויחסים מקצועיים:³¹ חשבו על שיחות טלפון עם אנשי סודנו, כמו בן זוג או רופאה. המשפט יוצר סביבה מוגנת ובטוחה, שבה הצדדים יכולים לשוחח בחופשיות כדי לבסס את הקשר האישי ביניהם ולקבל את השירות המיטבי, בהתאמה, כפי שנסביר בהמשך הדברים.³²

2. מסגרת הדין וכלל הסכמת המשתתף

להגנה המשפטית על פרטיות בשיחות שורשים עמוקים. נזכיר את חרם דרבנו גרשון (חדר"ג), שאסר על פתיחת מכתבים שלא בידי נמעניהם,³³ ואת האיסור המשפטי על דוורים לפתוח מכתבים שהם נושאים.³⁴ אמנות ודברי חקיקה בין-לאומיים מציינים במפורש את ההגנה על התכתבות (correspondence). סעיף 12 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם משנת 1948 מציין: "No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence..."³⁵ האמנה האירופית לזכויות אדם מגינה על תכתובות,³⁶ וכך גם צ'ארטר זכויות האדם של האיחוד האירופי.³⁷

בדין הישראלי עלו לאורך השנים הצעות שונות לחוקה ולחוקי יסוד שהתייחסו לפרטיות בתקשורת. בהצעת מפא"י (1948) הוצע לקבוע, תחת הכותרת "סודיות הקורספונדנציה", כי "אין לפתוח או לקרוא מכתבים בין אדם לאדם".³⁸ דב רוזן הציע (1950) לקבוע כי "בשנים כתיקונן לא יפתח איש מכתב עטוף וכל מסמך סגור זולת מקבלו שנועד למענו".³⁹ ח"כ הנס קלינגהופר הציע (1963) להגן על פרטיות במכתבים ובטלפון, ובדומה לזה גם פרופ' בנימין אקצין הציע לקבוע "הגנה סבירה" על "סודיות מכתביהם [של יחידים ותאגידים], מברקיהם, ושיחותיהם

31 יצחק עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים: הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי 1128 (2021).

32 את האמון בין הצדדים לשיחה אפשר לנסח גם במונחים כלכליים. השופט ריצ'ארד פוזנר, שבדרך כלל הביע יחס עוין לפרטיות וראה בה מכשול בפני זרימת מידע יעילה, הדגיש את חשיבותה בתקשורת בין-אישית. פוזנר ער לאפקט המצנן במקרה של היעדר פרטיות וחושש שבלי הגנה משפטית לא יימסר בשיחות המידע המלא הדרוש לצדדים כדי לכלכל את צעדיהם ביעילות. ראו Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Privacy*, in PHILOSOPHICAL DIMENSIONS OF PRIVACY: AN ANTHOLOGY 339 (Ferdinand D. Schoeman ed., 1984). פוזנר ער לאפקט המצנן במקרה של היעדר פרטיות וחושש שבלי הגנה משפטית לא יימסר בשיחות המידע המלא הדרוש לצדדים כדי לכלכל את צעדיהם ביעילות.

33 איתמר ורהפטינג צנעת אדם – הזכות לפרטיות לאור ההלכה 152 (2009).

34 חובת הסודיות קבועה בס' 90 לחוק הדואר, התשמ"ו-1986. בדין האמריקני הפדרלי ראו 18 U.S.C. §1702.

35 ראו G.A. Res. 217 (III) A, Universal Declaration of Human Rights (Dec. 10, 1948).

36 ראו Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms art. 8, Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221.

37 ראו 1 Charter of Fundamental Rights of the European Union art. 7, 2000 O.J. (C 364).

38 ראו בירנהק פרטיות חוקתית, לעיל ה"ש 28, בעמ' 185.

39 לדיון, ראו שם, בעמ' 186.

הטלפוניות".⁴⁰ בשנות השמונים הציעה קבוצת פרופסורים למשפטים מאוניברסיטת תל אביב להגן על פרטיות ב"סוד שיחו, במכתביו ובתקשורתו" של כל אדם.⁴¹ בסופו של דבר, סעיף 7(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע זכות כללית לפרטיות ("כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו", וסעיף 7(ד) מוסיף: "אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו").⁴²

חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979 (להלן: "חוק האזנת סתר") מתייחס לפרטיות בשיחות שכוללות שיחות פנים אל פנים, שיחות טלפון, תכתובות אלקטרוניות כמו פקסימיליה וגם "תקשורת בין מחשבים" (סעיף 1 לחוק, שמנוסח כהגדרה פתוחה). החוק קובע שהאזנת סתר אסורה, למעט בהקשרים משטריים וביטחוניים, לפי הליכים שמפורטים שם. האזנת סתר היא "האזנה ללא הסכמה של אף אחד מבעלי השיחה". כלומר, כאשר אחד הצדדים מסכים להאזנה (פעולה שכוללת גם קליטה והעתקה), היא מותרת. זהו מופע ראשון של כלל הסכמת המשתתף. לפי כלל זה, די בהסכמת צד אחד לשיחה כדי שההאזנה לא תהיה אסורה. חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: "חוק הגנת הפרטיות") מוסיף את הפן האזרחי וקובע שהאזנת סתר היא עוולה אזרחית של פגיעה בפרטיות.⁴³

חוק הגנת הפרטיות מתייחס למצב נוסף של תקשורת בין-אישית. סעיף 2(5) מגדיר פגיעה בפרטיות כך: "העתקת תוכן של מכתב או כתב אחר שלא נועד לפרסום, או שימוש בתכנו, בלי רשות מאת הנמען או הכותב, והכל אם אין הכתב בעל ערך היסטורי ולא עברו חמש עשרה שנים ממועד כתיבתו; לענין זה, 'כתב' – לרבות מסר אלקטרוני כהגדרתו בחוק חתימה אלקטרונית, התשס"א-2001".⁴⁴ כלומר, החוק מגן על פרטיות בתקשורת כתובה. גם כאן, כאשר אחד הצדדים להתכתבות מסכים לשימוש בתוכן או לפרסומו, אין מדובר בפגיעה בפרטיות. זהו מופע שני של כלל הסכמת המשתתף.

3. כלל הסכמת המשתתף ככלל ברירת מחדל

האם כלל הסכמת המשתתף ראוי? בכמה מקרים שזכו לפרסום הקליט צד אחד שיחות ללא ידיעת הצד השני ופרסם אותן, למשל: בשיחותיה של לינדה טריפ עם

40 שם.

41 שם, בעמ' 187.

42 בדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט על חוק היסוד לא נמצאה התייחסות לסעיף זה.

43 ראו ס' 2(2) ו-4 לחוק הגנת הפרטיות.

44 ס' 1 לחוק זה מגדיר "מסר אלקטרוני": "מידע אשר נוצר, נשלח, נקלט או נשמר באמצעים אלקטרוניים או אופטיים, כשהוא נראה, נקרא, נשמע או מאוחזר באמצעים כאמור". חוק זה מפנה לחוק המחשבים, התשנ"ה-1995, שמגדיר "מידע" בס' 1 "נתונים, סימנים, מושגים או הוראות, למעט תוכנה...".

חברתה דאז מוניקה לווינסקי;⁴⁵ ובישראל, בשיחותיה של שולה זקן עם אהוד אולמרט.⁴⁶ הכלל זכה להכרה של בתי המשפט אך לאחרונה בדיון בהדלפה משיחה של קבוצת יועצים פוליטיים לשר, כאשר המדליף, כך נראה, היה צד לשיחה.⁴⁷ כיום, במכשירי "טלפון" "חכמים" רבים מותקנת אפשרות הקלטה פשוטה וקלה שנשמרת בענן. כך, קל לבצע הקלטות חד-צדדיות ללא מודעות הצד השני. גם דוא"ל קל להעביר לצדדים אחרים; האפשרות מוטמעת בתוכנותיו.

בכמה מדינות הכלל שונה. למשל, במדינת מרילנד, כדי שהקלטת שיחה תהיה חוקית, נדרשת הסכמת כל הצדדים, כפי שלינדה טריפ למדה בדיעבד; היא הועמדה לדין באשמת האזנת סתר אם כי האישום הוסר בהמשך מטעמים אחרים.⁴⁸ בכמה מדינות נוספות בארצות הברית יש כלל דומה. בקליפורניה למשל אסור להקליט שיחה באופן חד צדדי.⁴⁹ גם בגרמניה זהו הכלל, לצד חריג שמתיר הקלטה חד-צדדית אם המקליט סבור שההקלטה דרושה להגנתו.⁵⁰ בישראל ביקש ראש הממשלה נתניהו לקדם חקיקה דומה (שלא קודמה לפי שעה).⁵¹ במקומות עבודה החלו עובדים להקליט שיחות עם מעסיקיהם. בית המשפט העליון הזעיק פנים בקשר לכך,⁵² ובשירות הציבורי התקשי"ר אוסר זאת, בחריגים מסוימים.⁵³

לצד זה כללים אחרים ממתנים את הפגיעה האפשרית בצד שלא ידע על ההקלטה וממילא לא הסכים לשימוש בה או לפרסומה. ראשית, במצבים מסוימים חלה על צד לשיחה חובת סודיות מכוח הדין או אתיקה מקצועית. למשל, שיחה בין גורמי

45 ראו Carly Humphrey, *Keep Recording: Why On-Duty Police Officers Do Not Have a Protected Expectation of Privacy under Maryland's State Wiretap Act*, 19 GEO. MASON L. REV. 775, 783–85 (2012).

46 פסק הדין מזכיר את ההקלטות רק בדרך אגב. ראו ע"פ 4456/14 קלנר נ' מדינת ישראל, פס' 171 (נבו 29.12.2015).

47 ראו ת"א (י-ם) 15878-11-24 בן גביר נ' רשת מדיה בע"מ פס' 5, 7 (נבו 10.11.2024); רע"א 21942-11-24 בן גביר נ' רשת מדיה בע"מ, פס' 3 (נבו 10.11.2024) (בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון לקבלת צו מניעה שהוגשה בעקבות דחיית בקשת השר בערכאה הדיונית).

48 ראו Humphrey, לעיל ה"ש 45.

49 ראו Cal. Penal Code, s. 632.

50 ראו German Criminal Code, s. 32–34, 201.

51 ראו יהונתן ליס ושרון פולבר "נתניהו שוקל לקדם חוק שיאסור על הקלטת שיחות ללא הסכמת הצדדים" **הארץ** (10.8.2016) <https://www.haaretz.co.il/news/politi/2016-08-10/ty-article/premium/0000017f-e26e-d38f-a57f-e67e5aeb0000>.

52 ראו בר"ש 4550/15 **שמואלי נ' מדינת ישראל**, פס' ח להחלטת המשנה לנשיאה רובינשטיין (נבו 6.7.2015) ("הקלטת אדם שלא בידיעתו נגועה ככלל בפגם מוסרי"). הזעפת הפנים זכתה לביקורת בספרות בשל התעלמותה מפערי הכוחות במקום העבודה. ראו עידית צימרמן "שאלה של פרטיות? הקלטה ללא ידיעת הצד המוקלט ביחסי עבודה" **משפט, חברה ותרבות** ב: מן הפרט אל הכלל: פרטיות וחברת המעקב 371 (מיכאל בירנהק עורך 2019).

53 פס' 43.92 לתקנון שירות המדינה ("איסור הקלטה בשירות המדינה") (12.12.2024).

ביטחון בנושא ביטחוני אסורה בפרסום מטעמים ביטחוניים.⁵⁴ בדומה לזה, שיחה בין עורכת דין ללקוח: עורכת הדין מחויבת בסודיות ללקוח; הלקוח יכול לספר על תוכן השיחה, אבל עורכת הדין אינה יכולה לחסות בצל כלל הסכמת המשתתף.⁵⁵ גם שיחה בין עורכי דין אין להקליט ללא ידיעת הצד השני.⁵⁶ בעל מקצוע שחב בסודיות ללקוחו, כמו רופאה או פסיכולוג שמקליטים שיחה שהייתה בינם לבין המטופלים ומשתמשים בה ללא הסכמת הלקוח או המטופל, פוגעים בפרטיות גם לפי סעיף 2(7) לחוק הגנת הפרטיות, שלפיו "הפרה של חובת סודיות שנקבעה בדין לגבי עניניו הפרטיים של אדם" היא פגיעה בפרטיות.

אנו סבורים שהדרך הטובה ביותר להבין את כלל הסכמת המשתתף היא ככלל ברירת מחדל, ואותה ניתן לשנות. כך, כאשר הצדדים מסכימים במפורש לפרטיות בשיחה – והיא דנה ב"עניניו הפרטיים של אדם" – חלה חובת סודיות מכוח ההסכמה. ההסכמה לפרטיות יכולה להיות פשוטה: "השיחה היא אף-דה-רקורד", או "זו שיחה דיסקרטית". הפרת ההסכמה של הצדדים לשיחה היא הפרת חוזה, אבל גם פגיעה בפרטיות לפי סעיף 2(8) לחוק הגנת הפרטיות. במקרה כזה הצדדים לשיחה הופכים את ברירת המחדל שקובע כלל הסכמת המשתתף. צד שמקליט בכל זאת מפר את ההסכמה ואת ההתחייבות לפרטיות, אבל עשוי ליהנות מההגנות שבדין. למשל, כאשר בתוכן השיחה יש עניין ציבורי.⁵⁷

שנית, כלל נוסף במעטפת ההגנה על שיחות, שגובר על כלל הסכמת המשתתף, הוא סעיף 2(11) לחוק, שאוסר פרסום "של ענין הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם, לרבות עברו המיני, או למצב בריאותו, או להתנהגותו ברשות היחיד". לכן גם אם פעולה מסוימת מותרת לפי כלל הסכמת המשתתף, והיא איננה בגדר פגיעה בפרטיות לפי סעיף 2(2) (האזנה אסורה) או לפי סעיף 2(5) (שימוש או פרסום של מכתב), אבל התוכן שמתפרסם נוגע ל"צנעת חייו האישיים של אדם", הרי הפרסום אסור, לפי סעיף 2(11).

שלישית, כלל חשוב נוסף בדיני הפרטיות הוא עקרון צמידות המטרה. לפיו, כאשר מידע נאסף למטרה מוגדרת, מותר להשתמש במידע רק למטרה זו. הכלל מעוגן במפורש בסעיף 2(9) לחוק הגנת הפרטיות. נראה שכלל הסכמת המשתתף ועקרון צמידות המטרה עלולים להתנגש חזיתית. הרי אם סעיף 2(5) מתיר לאחד הצדדים להשתמש בתוכן המכתב ללא הסכמת בן השיח, יש בכך שימוש למטרה שונה ממטרת ההתכתבות באופן שפוגע בצמידות המטרה. החוק איננו מבהיר מה היחס בין הסעיפים. בפסיקה איתרנו מקרה אחד בלבד שדן ביחס שבין הסעיפים. דובר בהדלפה מקבוצת יועצים פוליטיים לשר. נקבע שסעיף 2(9) מתמקד ב"עניניו

54 רע"פ 278319 קרא נ' מדינת ישראל, פס' 1 לפסק הדין של השופט שטיין (נבו 2.1.2020) ("שיחות הרמטכ"ל הן בגדר סודי-הסודות של מערכת הביטחון").

55 ס' 19 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986.

56 שם, בס' 22.

57 לפי ס' 18(3) לחוק הגנת הפרטיות.

הפרטיים של אדם", ולכן כאשר ההתכתבות אינה מתייחסת לתכנים כאלו, הסעיף איננו גובר על סעיף 2(5).⁵⁸ פתרון אפשרי אחר בנוגע ליחס שבין הסעיפים הוא לראות בכלל הסכמת המשתתף הסדר ספציפי, ולכן חריג לעקרון צמידות המטרה. מכל מקום, אם בשיחה הוגדרה מטרה במפורש, למשל בשיחות מסחריות (התקשרות לצורך קבלת הצעת מחיר, למשל), יש להיצמד למטרה המוגדרת. נדגיש שהעיקרון של צמידות המטרה מבטא בעינינו גם ערך מוסרי ולא רק עיקרון משפטי, ובכך הוא מעניק השראה לתוכן הצעותינו בהמשך, להציב רף אתי גבוה מהסף המשפטי.

האם כלל הסכמת המשתתף מוצדק? את התשובה נאתר בדיון במעגלי ההצדקות של הזכות לפרטיות. בשיחה יש שתי מערכות יחסים: האחת היא בין היחידים שמשתתפים בשיחה, שלכל אחד מהם פרטיות זה מול זה (וכאן יתאים מעגל ההצדקות הראשון), והשנייה היא בין המשותפים, כיחידה אחת, מול גורמים חיצוניים כמו אנשים אחרים, תאגידים והמדינה (וכאן מתאים מעגל ההצדקות השני).

בהתנגשות בין פרטיות היחידים לבין פרטיות התא השיחני המשפט מעדיף את פרטיות היחידים. היחיד שחושף את השיחה חושף מידע על עצמו – את עצם קיומה של השיחה ואת תוכנה. בכך יש התאמה מלאה להצדקות הפרטיות במעגל ההצדקות הראשון של הפרטיות שמתמקד ביחיד: האדם אוטונומי להחליט בעצמו מה לעשות במידע של עצמו. כאשר הוא מפרסם בעצמו את המידע על אודותיו אין אפקט מצנן. אבל היחיד שמפרסם את השיחה מפרסם גם מידע על הצד השני. כאמור, לא כל מידע מותר בפרסום, למשל מידע שנוגע לצנעת חייו של האחר אסור בפרסום לפי הוראת סעיף 2(11) לחוק. פרסום מידע על אדם אחר אינו עולה בקנה אחד עם הצדקות הפרטיות במעגל היחיד. השוואה לפרטיות של בני זוג מסייעת כאן. המשפט מגן בדרך כלל על פרטיות של בני זוג מול צדדים שלישיים כדי ליצור סביבה זוגית בטוחה שמגבירה אמון ומאפשרת אינטימיות. הפרטיות היא מגן מול גורמים חיצוניים, והמגן מאותת לצדדים לזוגיות שמה שקורה שם נשאר שם. אולם פרטיות התא הזוגי אינה מאיינת את פרטיות היחידים. לכל אחד מהם הייתה ונשארת פרטיות מול בן או בת הזוג. לכן כאשר גבר צילם את אשתו (בהיותם נשואים, אך בהליכי גירושין) במצב אינטימי עם גבר אחר, פסק בג"ץ שמדובר בפגיעה בפרטיות, בניגוד לבית הדין הרבני הגבוה, שסבר שפרטיות התא הזוגי גוברת על פרטיות יחיד התא.⁵⁹ המשפט מכיר בכך שחיינו כרוכים אלו באלו.⁶⁰ בניסוח במסגרת מעגלי ההצדקות של הפרטיות, להצדקות שבמעגל היחיד יש קדימות לקסיקאלית על הצדקות הפרטיות במעגל הקשרים הבין-אישיים. כאשר אדם פרסם ספר בדיוני

58 עניין בן גביר, לעיל ה"ש 47, בפס' 3.

59 בג"ץ 6650/04 פלוגית נ' בית הדין הרבני האיזורי בנתניה, פ"ד סא (1) 581, 593 (2006).

60 לדין, ראו מיכאל בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 122 (2011).

לכאורה על רומן בין גבר לאישה, ומכריה של חברתו לשעבר של המחבר לא התקשו לזהותה בספר, קבע בית המשפט שחופש הביטוי של המחבר נסוג מפני פרטיות האישה.⁶¹

ובחזרה לפרטיות בתקשורת בין-אישית. כלל הסכמת המשתתף, שמתיר לצד לתקשורת לפרסם את תוכנה, מעדיף את פרטיות היחיד על פני פרטיות התא השיחני. הצדקת הפרטיות במעגל היחסים הבין-אישיים תומכת במסקנה זו. הפרטיות במעגל זה נועדה ליצור אמון ואינטימיות בין הצדדים. אולם כאשר אין אמון אלא חשדנות שנובעת מפערי כוחות (למשל במקום העבודה) או מטיב היחסים המסוימים, אין במה לתמוך, ולכן כל משתתף בשיחה רשאי לפעול בעצמו ולפרסם את התוכן.

*

אם כך, המשפט פורס מערכת כללים וחריגים. המשפט מגן על פרטיות בתקשורת בין-אישית, מתיר פעולה חד-צדדית של צד לשיחה, גם במחיר פגיעה בפרטיות הצד האחר. כלל הסכמת המשתתף כפוף לחובות סודיות מכוח הדין או הסכם, ומגבלות פרסום מידע שנוגע לצנעת חייו של אדם. הכללים המשפטיים האלה עוצבו בקשר לשיחות בין-אישיות. שיחות רשת שונות בכמה מאפיינים משמעותיים.

ד. שיחות מהממ"ד וקוצר היד המשפטי

ראינו שהמשפט מגן על פרטיות בתקשורת אבל מסייג בכלל הסכמת המשתתף, שמאפשר לצד אחד להשתמש בדברים ששמע או קרא בשיחה ולפרסמם גם ללא הסכמת בן השיח. כלל זה מעדיף את הצדקות הפרטיות במעגל היחיד על פני הצדקות הפרטיות במעגל הקשרים הבין-אישיים. אנו טוענים שכלל הסכמת המשתתף נוצר כדי להסדיר את היחסים בין צדדים בשיחות מעוטות-משתתפים, והחלתו הגורפת על שיחות רשת אינה מוצדקת. נסביר את הפגיעה בפרטיות שיש בהחלה שרירותית כזאת ונטען שכלל הסכמת המשתתף משקף הלך רוח טכנולוגי-חברתי מסוים שמניח צורת תקשורת ישנה שפועלת באופן טכנולוגי אחד, ואילו שיחות הרשת פועלות באופן טכנולוגי אחר, ולכן יש להן משמעות חברתית שונה. על פי זה נאפיין את הסוגה התקשורתית של שיחות רשת, נחשוף את הלך הרוח הסמוי של המשפט ונבחן את הדין שחל על שיחות רשת.

1. מאפייני הסוגה – בין טכנולוגיה לתיעוד

המהפכה הדיגיטלית יצרה – וממשיכה ליצור – דרכים חדשות לתקשורת בין-אישית והתגברות על מגבלות כגון זמן ומקום. ההתפתחות החלה בדואר האלקטרוני, המשיכה בתוכנות מסרים מיידיים (דוגמת ICQ) וברשתות חברתיות שכללו תוכנות

61 ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית, פ"ד סו(3) 691 (2014).

מסרים משלהן (כמו "מסנג'ר" בפייסבוק), וכיום כלי התקשורת הדיגיטלי הנפוץ הוא יישומני מסרים מידיים מבוססי-טלפון נייד, דוגמת ווטסאפ וסיגנל.⁶² נכון לשנת 2023, ווטסאפ הוא היישומון הפופולרי ביותר ברוב מדינות העולם, כולל ישראל.⁶³ לכן נבחן את שיחות הרשת דרך יישומון זה: נאתר את המאפיינים הטכנולוגיים-חברתיים העיקריים של היישומון, כלומר את המזמינויות (affordances) של הטכנולוגיה שנובעות מהעיצוב שלה (העיצוב הטכנולוגי ועיצוב הממשק למשתמשים), ומאופני השימוש בה. נדגיש: יש עוד מאפיינים טכנולוגיים, ואלה משתנים כל העת. יש גם שונות גדולה בין משתמשים שונים במידת היכרותם את התכונות הרבות ושימוש בהן, למשל האפשרות להפיץ תמונה מתפוגגת. אולם בגלל השונות הגדולה של המשתמשים קשה ומסוכן להסיק מסקנה נורמטיבית משימוש בתכונה מסוימת או מאי-השימוש בה.

יישומון ווטסאפ, בתצורתו הנוכחית, מאפשר מגוון סוגי תקשורת: ניתן לשלוח ולקבל מסרים כתובים, לשתף תמונות, מסמכים והקלטות שמע ווידאו. היישומון מאפשר שימוש בסמלונים (אמוג'י) בהודעה או בתגובה להודעה, עריכת סקרים ושליחת מיקום ותגובה להודעה ספציפית. שיחות רשת יכולות להיות א-סינכרוניות, כלומר המסר נשלח מייד (וגם מגיע מייד לנמען, אם המכשיר שלו מחובר לרשת), אך הנמען לא בהכרח קורא את המסר מייד או מגיב לו מייד, ואולי לא יגיב כלל. בכך נבדלת האינטראקציה התקשורתית ביישומני מסרים מידיים משיחות פנים אל פנים ומשיחות טלפון ישנות.⁶⁴

בניגוד לשיחה מסורתית, שבה יש חיוג, מענה, ובסופה ניתוק, לשיחת ווטסאפ אין התחלה או סוף ברורים. אומנם ניתן לתחום בתוך השיחה מקבצי התכתבויות סביב יחידת זמן או נושא מסוימים, אבל הטכנולוגיה עצמה אינה מבצעת תיחום כזה, ולכן למעשה מדובר בשיחה מתמשכת. בקבוצות, בעיקר בקבוצות גדולות, המושגים של ה"שיחה" וגבולותיה מיטשטשים אף יותר: חברי קבוצה יכולים לעזוב אותה בעודה מתקיימת, לקרוא בלי להגיב או להשתתף במידה מינימלית (למשל שליחת סמלון בלבד).

התקשורת ביישומון יכולה להתבצע בשיחות פרטיות (בין שני אנשים בלבד) או בקבוצות רבות משתתפים. אפיק תקשורת נוסף הוא קבוצות ייעודיות להפצת

62 Julian Kohne, Jon D. Elhai & Christian Montag, *A Practical Guide to WhatsApp Data in Social Science Research*, in DIGITAL PHENOTYPING AND MOBILE SENSING, STUDIES IN NEUROSCIENCE, PSYCHOLOGY AND BEHAVIORAL ECONOMICS, 171, 172 (Christian Montag & Harald Baumeister eds., 2023).

63 "נתוני שימוש והורדות של אפליקציות מסרים בראשית שנת 2023" איגוד האינטרנט הישראלי (13.4.2023) <https://www.isoc.org.il/sts-data/messaging-apps-2023q1>

64 Kenzie Burchell, *Tasking the Everyday: Where Mobile and Online Communication Take* 64 *Time*, 3(1) MOBILE MEDIA & COMMUNICATION, 36, 40–41 (2015). עם זאת היישומון מאפשר גם ניהול שיחות בזמן אמת, בוידאו או בשמע.

הודעות ומידע (קבוצות broadcast וערוצי עניין – channels, ללא אינטראקציה בין חברי הקבוצה).⁶⁵ למעט ערוצי העניין, שמופיעים ביישומון בלשונית נפרדת, השיחות הפרטיות והקבוצתיות מוצגות במעורבב, באותו אזור, לפי סדר כרונולוגי מהשיחה העדכנית לשיחה הישנה ביותר, ובלי אפשרות למיין אותן (למעט אפשרות "לנעוץ" מספר מוגבל של שיחות בראש הרשימה). ערבוב שימושים זה מטשטש גבולות בין מעגלים חברתיים שונים (למשל בין אינטראקציות משפחתיות לשיח במקום העבודה), שכן כל השיחות מתרחשות באותו "מקום".⁶⁶

נוסף על זה, בשיחות רשת יש חיוויים שונים, למשל כאשר צד לשיחה מקליד, כאשר הודעה נשלחת בהצלחה, וכאשר ההודעה מגיעה לנמען. השיחות מוצפנות מקצה לקצה, כלומר במהלך התעבורה בין מכשיר למכשיר ההודעה מאובטחת ואינה ניתנת לפיענוח.⁶⁷ היישומון מאפשר טווח בחירה מסוים באופן ניהול השיחות: משתתפים יכולים לקבוע שההודעות ייעלמו אחרי זמן קצוב (יממה, שבוע או 90 ימים).⁶⁸ בקבוצות, מנהלי הקבוצה יכולים להגדיר שרק הם יוכלו לשלוט בהגדרת הודעות נעלמות, וכן הם יכולים לשלוט בצירוף ובהוצאה של חברים מהקבוצה וביכולת של שאר חברי הקבוצה לשלוח בה הודעות.⁶⁹ השיחה יכולה להתקיים בין שני אנשים ועד לקבוצה של 1,024 משתתפים.

תכונות אחרות של היישומון חשובות במיוחד בקשר לתיעודן. גיבוי שיחות מצריך פעולה אקטיבית מצד המשתמשת שנדרשת ליזום גיבוי ולהחליט מה יגובה (אם רק מלל השיחות או גם תמונות, סרטונים ושמע) ובאיזו תדירות.⁷⁰ הגיבוי מתבצע בפלטפורמת ענן נפרדת, כגון גוגל או iCloud,⁷¹ וכך נכנסת לתמונה מערכת יחסים מול פלטפורמה נוספת. בהיעדר גיבוי (או במקרה של תקלה בגיבוי או בגישה לחומר) אין גישה לשיחות ללא המכשיר שממנו הן בוצעו. בשימוש ביישומון המשתמשים כפופים לתנאי השימוש ולהחלטות של הפלטפורמה: חסימת גישה

65 Kohne, Elhai, Montag, לעיל ה"ש 62, בעמ' 176–179. לתכונת "ערוצי תוכן", ראו "מידע על ערוצים ב-WhatsApp" <https://faq.whatsapp.com/549900560675125> WhatsApp.

66 Anouk Mols & Jason Pridmore, *Always Available via WhatsApp: Mapping Everyday Boundary Work Practices and Privacy Negotiations*, 9(3) MOBILE MEDIA & COMMUNICATION, 422, 427 (2020).

67 "מידע על הצפנה מקצה לקצה" WhatsApp https://faq.whatsapp.com/820124435853543/?locale=he_IL.

68 "כיצד להפעיל ולכבות הודעות זמניות בקבוצה" WhatsApp https://faq.whatsapp.com/515705483748188?cms_platform=android&helpref=faq_content.

69 "כיצד לשנות הגדרות של מנהלי קבוצה" WhatsApp https://faq.whatsapp.com/526742385997912?cms_platform=android&helpref=faq_content.

70 "כיצד לגבות את היסטוריית הצ'אט" WhatsApp https://faq.whatsapp.com/481135090640375/?locale=he_IL&cms_platform=android.

71 שם.

ליישומון במקרה של הפרת תנאי השימוש⁷² או מדיניות של מחיקת חשבונות במקרה של אי-שימוש.⁷³

כפי שראינו בחלק ב, לשיחות רשת יש ערך רב בתיעוד אירועים והלך הרוח של אנשים במהלכם. מדובר בתיעודים כתובים, מצולמים וקוליים, שנשמרים במכשיר הטלפון וניתנים לגיבוי בענן. בניגוד לשיחה קולית בין אנשים, שמתקיימת בזמן אמת ומתפוגגת עם השמעת הקולות, מדובר בשיחה שמוחזרת חזרה מתועד – ניתן לשוב אליו, לעיין בו, להעתיק ולשמור אותו. השימוש הנרחב ביישומון, בהקשרי חיים רבים ובמעגלי אינטראקציה מגוונים, יוצר מגוון עשיר של שיחות והקשרים שתיעודם חשוב לארכיון. בהיותו כלי תקשורת מרכזי כיום, אנשים מבטאים בו את עצמם, בסגנונם האישי, ופעמים רבות בצורה חופשית. מאפיין זה יוצר חומר תיעודי עשיר ואותנטי, אך הוא גם מקשה על התממה של התיעוד אם אנשים מבקשים למנוע את זיהוים.⁷⁴

תכונות מסוימות של היישומון מאתגרות את מלאכת התיעוד. בהיבט פרקטי, אף שהשיחות אינן נדיפות כמו בשיחה קולית, הנדיפות היחסית היא עדיין קושי ניכר, שהופך את התיעוד למשימה דחופה.⁷⁵ איסוף החומר עצמו תלוי בגיבוי ובקיום גישה לגיבוי וכוון בייצוא ההתכתבויות והמרתן לקובץ שניתן להפקדה בארכיון, לקטלוג ולארכוב.⁷⁶ גם כאשר קיים גיבוי, עדיין יש צורך בגישה למכשיר הסלולרי של אחד המשתתפים כדי לגשת לקובץ עצמו, שגם הוא גולמי ודורש עיבוד לא מבוטל לפני ארכובו.⁷⁷ בשיחות המיוצאות מופיעים שמות המתכתבים באותו אופן שבו נשמרו ברשימת הקשר של מייצא השיחה; כאשר המתכתבים אינם שמורים ברשימת אנשי הקשר, יופיע מספר הטלפון שלהם⁷⁸ או שם המשתמש שבחרו (שאינו בהכרח שמם המלא או האמיתי). כפי שנציע בהמשך, ניתן לראות במגבלות אלו הזדמנות שמאפשרת לבחון עמידה לא רק בדרישות משפטיות, אלא גם באמות מידה מוסריות לפני הארכוב ומתן גישה לארכיון.

72 "נחסמתם בוטסאפ? המדריך המלא כדי להשתחרר" Mako (11.4.2023) <https://www.mako.co.il/nexter-guide/Article-e01594c23466781027.htm>

73 יונתן אפולט וליאת מצה "משפחות החטופים קיבלו הודעה: 'המשתמש יצא מהקבוצה'" Mako (7.2.2024) <https://www.mako.co.il/nexter-news/Article-0fc802ff6538d81027.htm>

74 Kohne, Elhai & Montag, לעיל ה"ש 62, בעמ' 191–193.

75 ראו, למשל, דבריה של רחל יוקליס, ראש אגף האוספים בספרייה הלאומית, שחוששת מהיעלמות חומרים ("חשבונות ווטסאפ שלא בשימוש נעלמים ונסגרים ועלינו להגיע לכולם ומהר"). מובא אצל רובינשטיין, לעיל ה"ש 26. למנגנונים אוטומטיים להוצאת חברי קבוצה לא פעילים, ראו אפולט ומצה, לעיל ה"ש 73.

76 Kohne, Elhai & Montag, לעיל ה"ש 62, בעמ' 182.

77 התכתבות של מחברי מאמר זה, עם אור רפל-קרויזר, יזם ארכיון התיעוד האזרחי (26.8.2024).

78 Kohne, Elhai & Montag, לעיל ה"ש 62, בעמ' 190.

2. הנדסה חוזרת של הדין

משפטנים משתאים ונבוכים מול התפתחויות טכנולוגיות מהירות. המשפט מדדה בעצלתיים אחרי החידושים, כפי שהעיר בית המשפט העליון.⁷⁹ במובן הטכני, אמירה זו נכונה. חוק האזנת סתר וחוק הגנת הפרטיות נחקקו לפני כ-45 שנה, ומובן שלא חזו שימוש במכשיר טלפון נייד, את האינטרנט בכלל (הגם שהחיבור מרחוק הראשון בין מחשבים היה בסוף שנות השישים) או יישומנים כמו ווטסאפ.⁸⁰ אבל במובן המהותי התכלית שלשמה נועדו החוקים לאו דווקא התיישנה. המחוקק יכול לצמצם את הפער בין המשפט לטכנולוגיה בחקיקה חדשה, ובתי המשפט יכולים לפרש חקיקה ישנה ולהתאימה למצבים חדשים.

מחוקק נבון יבקש להתמודד עם אתגר זה מראש, בדרך של חקיקה ניטרלית לטכנולוגיה: במקום לנקוב בטכנולוגיה ספציפית, החוק יתאר פעולות; במקום לכלול רשימה סגורה, החוק ידגים מצבים אפשריים. לטכניקה חקיקתית זו יתרונות וחסרונות מוכרים, אם כי בדרך כלל הדיון בא תחת כותרות אחרות. ככל שחוק מנוסח בצורה כללית ומופשטת יותר, הוא מתקרב לסטנדרט, בשונה מכלל.⁸¹ חוק ניטרלי לטכנולוגיה נוקט רמת הפשטה גבוהה יחסית, בדומה לסטנדרט.

אלא שפעמים רבות מתברר שגם חוקים שמבקשים להיות ניטרליים לטכנולוגיה נכשלים במשימה. הם אינם נוקבים בטכנולוגיה מסוימת, הם מדגימים ונוקטים "רשימה פתוחה", ובכל זאת בדיעבד מתברר שהם תלויי-טכנולוגיה.⁸² הטעם לכך הוא שנקודת המוצא של המחוקק היא הטכנולוגיה שמוכרת לו, ומנקודה זו המחוקק מנסה להתנסח באופן כללי. אבל ביסוד הדברים עדיין נמצאת טכנולוגיה מסוימת שקשה להשתחרר ממנה. כדי לזהות את הנחות היסוד הטכנולוגיות הסמויות שנמצאות בלב החקיקה שנחזית להיות ניטרלית לטכנולוגיה, צריך לבצע הנדסה חוזרת של הדין: להתחיל בתוצאה המוגמרת ולנסות לפצח אותה.⁸³ זו אינה משימה

79 ע"ע 3782/12 מפקד מחוז תל-אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי, פ"ד סו(2) 159, 181 (2013).

80 תיקון מקיף לחוק הגנת הפרטיות, שייכנס לתוקף באוגוסט 2025, אינו משליך על הדיון הנוכחי. חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 13), התשפ"ד-2024, ס"ח 1430.

81 סטנדרטים מוכרים כמושגי שסתום, כמו תום לב או תקנת הציבור. יתרונו של סטנדרט בגמישותו, וחסרונו בחוסר ודאות. לעומת זאת כלל יהיה קונקרטי, למשל הגבלת מהירות בכביש. יתרונו בבהירות ובוודאות, וחסרונו בהיעדר הגמישות. הבחירה בין סטנדרט לכלל משפיעה גם על הגורם שמעצב את תוכן הנורמה המשפטית: במקרה של כלל, המחוקק קובע את התוכן ובית המשפט מיישם, ובמקרה של סטנדרט, המחוקק מאציל את הכוח לבתי המשפט. מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה: לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים 321 (1988).

82 לדיון, ראו Paul Ohm, *The Argument against Technology-Neutral Surveillance Laws*, 88 TEX. L. REV. 1685 (2010); Michael Birnhack, *Reverse Engineering Informational Privacy Law*, 15 YALE L.J. & TECH. 24 (2012).

83 שם, Birnhack.

פרשנית שמבקשת לאתר את תכלית החקיקה – משימה נכבדה וחשובה כשלעצמה; הנדסה חוזרת של הדין היא מעין גניאלוגיה קוגניטיבית של החוק. נדגים. פגשנו את חוק האזנת סתר. שתי הליכות של החוק הן מושא ההגנה – שיחה, והפעולה האסורה – האזנה (מהסוג שהחוק אוסר). "שיחה" מוגדרת שם על דרך ההדגמה ובהרחבה: "בדיבור או בבזק, לרבות בטלפון, בטלפון אלחוטי, ברדיו טלפון נייד, במכשיר קשר אלחוטי, בפקסימיליה, בטלקס, בטלפרינטר או בתקשורת בין מחשבים", ואילו "האזנה" מוגדרת כפעולות של האזנה, קליטה או העתקה באמצעות מכשיר. "האזנת סתר" מוגדרת "האזנה ללא הסכמה של אף אחד מבעלי השיחה".⁸⁴ לכאורה – החוק ניטרלי לטכנולוגיה. הפסיקה הוסיפה תנאים שונים ל"שיחה", בעיקר דרישת הסימולטניות, כלומר האזנה תיחשב לפסולה רק כאשר היא מתקיימת בד בבד עם שיחה, ואילו כאשר הגישה לשיחה נעשית בדיעבד, למשל גישה להקלטת השיחה או לדוא"ל שכבר הגיע ליעדו, היא אינה נחשבת להאזנה אלא לפעולה אחרת, למשל חדירה לחומר מחשב או תפיסת חפץ.⁸⁵

עיון בחוק ובפסיקה מעלה שהמחוקק הניח דימוי מסוים של "שיחה": המחוקק הניח שיחה קולית, סימולטנית ונדיפה בין שני אנשים. הנחות אלה אינן נזכרות בחוק, אבל הן משתקפות בהגדרותיו. החוק ביקש להיות ניטרלי לטכנולוגיה, אבל עדיין התקשה להשתחרר ממודל השיחה המסורתית הישנה. כעת מתחוויר האתגר שיש בשיחת ווטסאפ. בסעיף הקודם ראינו את מאפייניה: השיחות אינן רק קוליות, הן מתרחשות גם בקבוצות, הן אינן בהכרח סימולטניות, ותיחום השיחה – מתי היא מתחילה ומתי מסתיימת – אינו חד.

3. שיחות רשת והדין

אם כן, אופן הפעולה של שיחות רשת שונה מאוד מהדימוי שנמצא בלב החקיקה. האתגר הנוכחי ממחיש את הפער בין החוק הגלוי לדימוי הסמוי: כלל הסכמת המשתתף מותאם לשיחות קוליות, נדיפות, בין שני אנשים, ולהתכתבויות בין שני אנשים. כאשר נקבעו ההסדרים של כלל הסכמת המשתתף, היה המחוקק מוכן לקבל פגיעה בפרטיות של אחד הצדדים לשיחה בשל ההסכמה המשתמעת של הצד השני לפרסום תכניה. מדובר בפגיעה מתוחמת מבחינה מספרית – בשיחה שדמיין המחוקק היו רק שני משתתפים, ומבחינת התוכן – המחוקק ראה לנגד עיניו שיחה או התכתבות מוגדרת. לעומת זאת בשיחת רשת רבת משתתפים, יישום טכני של כלל הסכמת המשתתף עלול לגרום פגיעה לא מידתית בפרטיות. החלה שרירותית של הכלל על שיחות רשת משמעה, למשל, שמשתתף אחד בשיחה שבה היו מאה משתתפים, יחליט על דעת עצמו שניתן לפרסם את תוכן השיחה בין כל תשעים

84 ראו ס' 1 לחוק האזנות סתר.

85 בית המשפט העליון לא הכריע בשאלה אם תיקוני חוק האזנת סתר השפיעו על דרישת הבר-זמניות. ראו רע"א 2552/16 זינגר נ' חברת יהב חמיאס טכנולוגיות (1990) בע"מ, פס' 22, 30, 51 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) סולברג (נבו 10.5.2016).

ותשעה האחרים. גם טשטוש הגבולות של שיחת הרשת בממד הזמן, בנושא, בהיעדר התחלה וסוף ברורים מקשה את יישום הכלל ועלול להביא לפגיעה ניכרת בפרטיות, ללא הצדקה.

בהיעדר הסדר משפטי נפרד לשיחות רשת רבות משתתפים ראוי לפרש את הדין הקיים פירוש שיתאים למאפיינים הטכנולוגיים-חברתיים של שיחת רשת ושיהיה בו כדי לצמצם את הפגיעה המוגברת בפרטיות שנובעת מיישום טכני של כלל הסכמת המשתתף על צורת השיח החדשה.

ראשית, נזכיר שהכללים שמגבילים את כלל הסכמת המשתתף על בסיס היחסים שבין המתכתבים או על בסיס תוכן השיחה חלים גם פה: חסיונות (כגון חסיון עורך-דין-לקוח או רופאה-מטופל); כללי סודיות באשר לענייניו הפרטיים של אדם שנקבעו בדין (סעיף 2(7) לחוק הגנת הפרטיות) או בהסכם מפורש או משתמע (סעיף 2(8)); איסור על פרסום עניין הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם (סעיף 2(11)).⁸⁶ גם סעיף 2(9) לחוק, שקובע את עקרון צמידות המטרה, מצטרף כאן ומגביל את השימוש במידע למטרה שלשמה נמסר במקרים שבהם מדובר במידע על ענייניו הפרטיים של אדם.⁸⁷

שנית, כאשר אין הגבלות על פרסום השיחה, ייתכן שבחלקם אפשר לאתר הסכמה משתמעת לפרסום התכנים,⁸⁸ ולכן יישום כלל הסכמת המשתתף פוגעני פחות ממה שנדמה במבט ראשון. הטענה כאן היא שמשתתפים בשיחה של מאה איש, למשל, אינם יכולים לצפות ברצינות לפרטיות בשיחה, שהרי הם יודעים שכן שיח אחד יכול לחשוף את תוכנה של שיחה רגילה, קל וחומר בשיחה רבת משתתפים. הסכמה משתמעת נובעת למשל מהתאמת ההתנהגות של המשתתפים בשיחה למאפייניה החברתיים-טכנולוגיים: משתתפים בשיחות רשת לומדים במהירות את האפשרויות הטכניות השונות, ובכלל זה שאפשר להעביר תכנים בשיחה לגורם שאינו צד לשיחה (בדרך של forward או צילום מסך). הניסיון יוצר מודעות, שהיא בסיס להסכמה מדעת.

אולם יש להיזהר מהמסקנה שכל השתתפות בשיחת רשת משמעותה הסכמה משתמעת לפרסום התכנים. גודל הקבוצה ואופייה עשויים להיות סימן לכך. בקבוצות גדולות יחסית, שעוסקות בענייני חולין יום-יומיים, או קבוצות שהקשר בין משתתפיה אינו משפחתי או אינטימי, ניתן לומר שיש ציפייה נמוכה יחסית

86 בתי המשפט מתייחסים לחדירה לא מורשית להתכתבויות ווטסאפ כפגיעה חמורה בפרטיות. בהקשר של יחסי עובד-מעביד, ראו סע"ש (ת"א) 18515-02-18 **סעדה נ' בלוקשתיל בע"מ** (נבו 13.5.2020); בהקשר של בני זוג ראו תלה"מ (י-ם) 1118-09-17 **ד' מ' נ' ת' מ' (נבו 21.5.2019)**; לפגיעה בצדדים שלישיים ראו ת"א (מחוזי מרכז) 4585-02-19 **נוה נ' שטייף** (נבו 16.5.2023).

87 עניין **בן גביר**, לעיל ה"ש 47. בכל המקרים הללו ניתן לבחון אם חרף הפגיעה בפרטיות יש הצדקה לפרסום השיחה, בהתקיים אחת ההגנות המנויות בסעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות.

88 הסכמה לפי ס' 3 לחוק הגנת הפרטיות היא "הסכמה מדעת, במפורש או מכללא".

לפרטיות, ומשתתפי השיחה מקבלים את כלל הסכמת המשתתף בלי לראות בו גורם שפוגע בפרטיותם פגיעה לא מידתית.⁸⁹ כלל הסכמת המשתתף נותר על כנו. לעומת זאת ככל שהקבוצה קטנה ולכידה יותר, הציפייה לפרטיות גוברת, ואין הסכמה משתמעת לפרסום התכנים מחוץ לקבוצה. לפי הדין, ברירת המחדל היא כלל הסכמת המשתתף, אולם כאמור, אנו סבורים שהצדדים לשיחה יכולים לשנות את הכלל.

סוגיה נוספת היא המשתתף השותק. דמו לעצמכם שיחה שבה צד אחד מדבר והשני רק מקשיב. האם הצד השותק יכול לפרסם את השיחה? כלל הסכמת המשתתף מתיר זאת. בדיון בנוגע לשיחות טלפון הבהיר בית המשפט העליון: "כדי שאדם ייחשב לנוטל חלק בשיחה, אין הוא חייב להיות הדובר, היינו אין הוא חייב להיות משתתף פעיל בשיחה. הוא נחשב לבעל שיחה עם אחר, המכוון אליו את דבריו במישרין פנים אל פנים, או בדרך תקשורת אחרת, גם אם הוא עצמו בגדר מאזין בלבד לדבריו של האחר".⁹⁰ במילים אחרות, בית המשפט דימה את המשתתף השותק שיכול להסכים לפרסום השיחה כמי שנוכח (פיזית או באופן אחר) מול הדובר. בשיחות רשת, שבהן יכולים להיות משתתפים רבים, וה"שתיקה" אינה בהכרח כוללת האזנה או קריאה, יישום העיקרון הזה מוקשה. האם בקבוצת ווטסאפ שבה מאה משתתפים, אבל רק עשרה "דוברים" פעילים, ראוי להתייחס לתשעים המשתתפים השותקים כאל צדדים לשיחה? השאלה נותרת פתוחה.

אתגר נוסף, שהתעורר באופן כואב בקשר לשיחות מהממ"ד, הוא כאשר חלק מהמשתתפים בשיחה כבר אינם בין החיים. ניתוח חוק הגנת הפרטיות, לשונו, ההיסטוריה החקיקתית שלו, ועימם העיקרון של חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב–1962, שלפיו "כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו", מצביעים על כך שלמתים אין פרטיות, למעט בקשר לפרסום צילומים של גופות.⁹¹ אף על פי כן יש בפסיקה הערות אחדות שלפיהן יש מקום להגן על פרטיות המתים.⁹² במקום אחר הוצע להכיר בפרטיות האדם החי שמת, בנסיבות מסוימות.⁹³ המקרה הנוכחי מתאים לכך. התכנים נכתבו בחייו של אדם בעת שהייתה לו פרטיות במידע. כעת הם הפכו לזיכרון דיגיטלי. ראוי להפקיד את המפתח לזיכרונות הדיגיטליים האלה, כלומר את הכוח להסכים לפרסם או לסרב לכך, בידי בני ובנות השיח של המנוח באותן שיחות (ולא לפי מבחני קניין וירושה), מכמה טעמים: ראשית, הפקדת הכוח בידם תואמת את כלל הסכמת המשתתף;

89 הדבר אינו מונע כמובן מקביעת כללים בדבר הוצאת מידע מגדרי הקבוצה, גם בקבוצות גדולות. עם זאת כשמספר המשתתפים גדול, היכולת לקבוע כללים כאלו קטנה, או שהיא עוברת למי שמפעילים את הקבוצה, אם כי אין בידם בהכרח אפשרויות אכיפה.

90 ע"פ 2289/93 **מדינת ישראל נ' צוברי**, פ"ד מז(4) 177, 193 (1993).

91 ס' 2 לחוק הגנת הפרטיות.

92 פסק הדין הבולט בעניין זה הוא רע"א 1917/92 **סקולר נ' ג'רבי**, פ"ד מז(5) 764, 772 (1993).

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

שנית, בשיחה כזאת יש מידע פרטי גם על המשתתפים החיים, ונתונה להם הזכות להחליט על גורל המידע הזה.

האתגרים ביישום כלל הסכמת המשתתף בקשר לשיחות רשת מתחדדים אף יותר כאשר עוסקים בשיחות מהממ"ד בשל מאפייניהן והקשרן הייחודי. כפי שנטען בחלק הבא, אנו מציעים להוסיף כאן עוד שכבת הגנה על המתכתבים, על בסיס עקרונות מוסריים.

ה. הגנת פרטיות במלחמה: איזון, מידתיות ואתיקה

הדיון עד כה הצביע על חשיבותו הרבה של תיעוד אירועי המלחמה, ובכלל זה הסוגה הייחודית של שיחות מהממ"ד. קריאות ההצלה, הזעקה והשבר, וגם קור הרוח וסיפורי הגבורה – כל אלה הופכים מבחינת הניצולים, משפחות הקורבנות, הקהילות שנפגעו והציבור בכלל לחומרי גלם לעיבוד האסון. לצד זה התיעוד פוגע בפרטיות צדדים לשיחות שמבקשים שלא לפרסמן. השיחות קשות להם, ואת רגעי הפרדה מיקריהם הם מבקשים לשמור לעצמם.

המשפט מגן על פרטיות בתקשורת לפי מודל כללי. כלל הסכמת המשתתף, שעוצב בקשר לשיחות טלפון דו-צדדיות, מתיר לצד אחד לשיחה למסור את תוכנה. כלל זה מפקיד בידי צד לשיחה שליטה במידע אך מאפשר לו לפגוע ביחידים אחרים. יישום משפטי-טכני של הכלל בקשר לשיחות רשת מביא לידי כך שדי בהסכמת אדם אחד בקבוצה, ואפילו "משתתף שקט", כדי לאיין את הגנת הפרטיות של כולם. פתרון זה אינו משקף את מאפייניהן של שיחות הרשת, והתוצאה היא פגיעה בפרטיות המשתתפים בהן.

הסברנו לעיל שאומנם כלל הסכמת המשתתף מתיר פרסום התכתבות או שיחה, אולם כללים אחרים עשויים להגביל את הפרסום בשל פגיעה אחרת בפרטיות, למשל כאשר מדובר בפרסום עניין שעוסק בצנעת חייו האישיים של אדם (סעיף 2(11) לחוק), בכללי סודיות (סעיפים 2(7), 2(8) לחוק) ובחסיונות בדין או מכוח הסכם. ואולם, ראינו שמתעורר קושי בהחלה של כלל הסכמת המשתתף על שיחות רשת, משום שעלולה להיגרם פגיעה מוגברת בפרטיות, רבה מזו שהניח המחוקק. קושי זה מתחדד במקרה של השיחות מהממ"ד, שנסיונותיהן ייחודיות והאירועים שברקע להן חריגים.

קבוצת ווטסאפ קיבוצית למשל שבימים כתיקונם יש בה הודעות שגרתיות על שינוי בשעות הפתיחה של חדר האוכל או על אירועי תרבות, שינתה את אופייה באחת בשבעה באוקטובר. הסכמה משתמעת, גם אם הייתה כאן, הייתה מיועדת להתכתבויות בימי שגרה, ולא ניתן להחילה על המצב החריג. מדובר בהתכתבויות מרגעים שבהם המשתתפים לא יכלו לשקול שיקולים רציונליים ומחושבים של הפצה מאוחרת של ההתכתבות, הבעת ציפייה לפרטיות והחלטה בדבר מקום הפרסום הנכון של הודעותיהם (קבוצה גדולה או קטנה, קבוצה משפחתית או קבוצת

מועצה). ההודעות נכתבו בדחיפות, מתוך רצון לשרוד ולהציל חיים. במקרים כאלה, לעמדתנו, אף אם אין פגיעה בפרטיות שמקורה בהוראה נורמטיבית אחרת, בשימוש ובפרסום שיחות כאלה יש בהכרח פגיעה בפרטיות גם אם קיימת הסכמה של אחד המשתתפים לתיעוד ולפרסום. עמדתנו מבוססת על ההבנה שבמהלך התכתבויות אלו לא הייתה למתכתבים שום שליטה על מצבם, ובכך נפגעה האוטונומיה שלהם באופן קשה. הגבלת תיעודן ופרסומן של ההתכתבויות תסייע בשיקום האוטונומיה שהופרה, בהשבת השליטה והפרטיות. משפטית אפשר לנסח את הטענה לפגיעה גם כהפרה של עקרון צמידות המטרה. מטרתה של הקבוצה בימים רגילים היא לוגיסטית, טכנית ושל ניהול היבטים מסוימים בקיבוץ, ואילו בעת החירום המטרה שונה לגמרי.

מאפיין מחריד נוסף של שיחות הממ"ד היה ההתכתבות עם מי שמאוחר יותר התברר שהם נרצחו, שהם נעדרים או חטופים. החלתו של כלל הסכמת המשתתף באופן שרירותי, שמאפשר למשתתף אחר לפרסם את התכתבויותיהם במצבים כאלו, אף אם היא אפשרית על פי הדין, מעוררת קשיים אתיים לא מבוטלים. בחלק הקודם הצענו פרשנות משפטית שמבדלת את שיחות הרשת בכלל ואת שיחות הממ"ד בפרט מכלל הסכמת המשתתף. למיזמי התיעוד נציע להציב רף גבוה יותר לתיעוד שיחות כאלו מתוך הכרה בחשיבות המהלך עבור המתועדים.

תיעוד המלחמה חשוב מאוד, אבל הוא אינו מילת קסם שמבטלת את הזכות לפרטיות. יש לשאוף לממש את מטרות התיעוד תוך כדי כיבוד מרבי של פרטיות כל הצדדים לשיחה, לעיתים גם מעבר לדרישות החוק. השיח המשפטי המקובל במשפט הישראלי, שיח האיוונים, ימהר להמשיג את הסוגיה כהתנגשות בין אינטרס ציבורי בתיעוד או בהסברה לבין הזכות לפרטיות. הדיון עד כה נועד לחדד את מהותה של הפגיעה בפרטיות, את חשיבותו של האינטרס הציבורי ואת הממשק ביניהם. הפתרון המקובל להתנגשות בין אינטרס ציבורי לזכות יסוד הוא באיזון אנכי,⁹⁴ שנטמע בפסקת ההגבלה.⁹⁵ לאיזון כזה יש תוצאה בינארית, שבה אחד הניצים גובר על יריבו. אנחנו סבורים שבמקום תוצאה בינארית ראוי לנסות הן לממש את האינטרס הציבורי והן להגן על הפרטיות. הפתרון שנציע מקרב את האיזון האנכי לאיזון אופקי. בהמשגה החוקתית אפשר לומר שהאמצעים המוצעים יוצקים תוכן לדרישת המידתיות בהתנגשות זו.

המשגה נוספת של גישתנו היא להציב רף אתי לתיעוד הגבוה מן הסף המשפטי. העלאת הרף משנה את נקודת האיזון בין האינטרס הציבורי בתיעוד בכלל ובזמן מלחמה בפרט לבין הזכות לפרטיות, והתיעוד אפוא, חרף חשיבותו, נדרש לסגת

94 לשיח האיוונים ראו למשל בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נה(4) 275, 267 (2001).

95 ראו בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פ"ד סו(1) 274, פס' 8 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז (2013).

מעט לטובת הפרטיות. אנחנו סבורים שבנסיבות של תיעוד אירועים כה דרמטיים, בזמן אמת, הרף הזה ראוי אף במחיר של פגיעה מסוימת בתיעוד. כל עוד אנחנו נמצאים, אישית וקולקטיבית בתוככי הטראומה, ראוי להציב את האדם במרכז. ייתכן שבחלוף זמן ישתנה האיזון בין אינטרס התיעוד לבין הפרטיות. אפשר ללמוד מהחוקק עצמו. פרטיות במכתב לפי סעיף 2(5) לחוק מתקיימת למשך 15 שנה. גם המחוקק הניח שיש פחת מסוים במידת הפרטיות בחלוף הזמן.

אם כן, כיצד ראוי לנהוג? המלאכה מוטלת תחילה על העוסקים בה, כלומר על מיזמי התיעוד עצמם. המצבים העובדתיים שעשויים להתעורר רבים ומגוונים. ההצעות שלהלן הן במישור מופשט יותר, כעקרונות שאותם יש ליישם במצבים הקונקרטיים. אנו מציעים שהמיזמים יישמו איזון שער לרגישות המידע בעת הזאת. נציע לשלב כלים מעולם הפרטיות עם כלים מעולם הארכיונאות.

תחילה לכלים מעולם הפרטיות. אנו מציעים כמה הצעות, ברשימה לא ממצה. המשותף להן הוא שהן משקפות את עמדת הפרטיות כשליטה תוך כדי כיבוד הפרטיות של כל הצדדים לשיחה. העקרונות המעשיים של דיני הפרטיות משמשים פה השראה ישירה, כמו עקרון ההסכמה, והשראה עקיפה, כמו עקרון צמידות המטרה, שמעניק משקל ומקום של כבוד לתפיסתם של המשתתפים בשיחת הרשת את מהות השיחה בעת שקיימו אותה.

ראשית, יש לתחום את השיחה שאותה מבקשים לתעד: מתי התחילה ומתי הסתיימה, או לתחום אותה לפי תוכנה. התיחום בזמן מראה מי היו מעורבים בשיחה, והתיחום בתוכן מבטיח שהתכלית מתמקדת בתיעוד האירועים של אותו היום ולא בתיעוד עניינים אישיים שאינם בליבת התיעוד. כעת יש לאתר את המשתתפים, או את אפוסטרופוסייהם כאשר מדובר בקטינים או בחסויים, ואם מדובר במי שנרצחו – את בני המשפחה. האיתור מצריך מאמץ, אפשר שיהיו לו עלויות, אבל הוא הכרחי. החלה של כלל הסכמת המשתתף, שמשמעה שגורם אחר מחליט עבורם, תהיה שרירותית ותפגע פגיעה נוספת באוטונומיה שלהם. איתור המשתתפים ובקשת אישורם לפרסום ייתנו לאנשים הזדמנות אמיתית לקבל החלטה בעצמם וישיבו להם במידה מסוימת שליטה על שהתרחש באותו היום.

שנית, כאמור, יש לבקש את הסכמת הצדדים לשיחה. זו צריכה להיות הסכמה מדעת ומרצון חופשי. מי שמתבקשים להסכים צריכים לקבל תמונה מלאה של המיזם הרלוונטי ושל השימושים הצפויים בשיחות – שהם כעת חומרי הגלם של הארכיון. יש לשאוף למודולריות ולפירוט בקבלת ההסכמה כדי שהיא תתייחס למרכיבים שונים בתיעוד: איסוף, שמירה (ארכוב) והנגשה, לרבות מיקום, מועד וקהל היעד של הארכיון. אשר למשתתפים פעילים בשיחה ראוי לנקוט הסכמה אקטיבית (opt in), ואין להסתפק באפשרות לסרב (opt out).

אשר ל"משתתפים שותקים", כלומר חברים בקבוצת ווטסאפ שלא השתתפו בשיחה באופן פעיל, אנחנו סבורים שאין הכרח בקבלת הסכמתם, אם כי רף אתי גבוה יותר יבקש גם אותה. בכך אנחנו מבקשים להתאים את הכלל המשפטי לאופיין

של שיחת ווטסאפ, בשונה משיחה רגילה, דו-צדדית וסימולטנית מהסוג שהמשפט מדמה. יכול שתתעורר שאלה בנוגע לסיווג הזה – האם מי שרק שיגר סמלון אחד הוא משתתף פעיל? אין לכך תשובה כללית, ויש לבחון בכל מקרה את סוג השיחה, את מידת האינטנסיביות שלה, את היקפה ואת תכניה. מכל מקום, קבלת הסכמת הצדדים לשיחה חשובה במיוחד כאשר מי שמבקש למסור את השיחה לארכיון הוא משתתף שותק בעצמו. במקרה כזה יש לוודא שלא ייעשה שימוש לרעה בכלל הסכמת המשתתף כאשר דווקא פרטיותו של מפקיד השיחה (המשתתף השותק) איננה צפויה להיפגע, אבל הפקדת השיחה עלולה לפגוע בפרטיותם של אחרים. לעיתים יהיה אפשר לתעד רק את חלקי השיחה של המשתתפים שנתנו הסכמתם. לעיתים היעדר הסכמה של משתתף מסוים תקשה את הבנת השיחה ללא אמירותיו. מצבים כאלו הם מורכבים, אך בשים לב לעקרונות שהצענו לעיל – ייחודיות הנסיבות של ההתכתבויות ומטרותיהן החריגות באותו היום – יש לדעתנו לבכר את בקשת המשתתף שלא לתעד את השיחה על פני הסכמה של משתתפים אחרים לתעודה.

שלישית, יש לאפשר למשוחחים לחזור בהם מהסכמתם. פרקטיקה כזאת מבטאת את עקרון השליטה במידע, וראוי שעיקרון זה יחלוש גם על מידע שכבר נמסר לארכיון. הדרישה אינה קיימת כיום בדין הישראלי,⁹⁶ אבל היא מספקת ביטחון לאנשים שבהם מדובר שההבטחות שניתנו להם יקוימו, ואם לא, שלא ימצאו את המידע הרגיש שמסרו נתון לגחמות של גורם שאין הם סומכים עליו עוד. האפשרות לצאת בקלות ממערכת היחסים דווקא מגבירה את האמון בתוך היחסים.⁹⁷ מתן אפשרות חזרה מהסכמה מכביד עוד על מיזמי התיעוד: הם צריכים לתעד הסכמות ולנהלן. אולם ארכיונים מורגלים בניהול חומרי הגלם שלהם, וזו תוספת מוצדקת לניהול בשל הגנת הפרטיות והאוטונומיה שהיא מגלמת.

רביעית, בעת הנגשת התכנים לציבור אפשר להתמים את זהות הצדדים לשיחה וכן תוכני שיחה שמאפשרים זיהוי (כגון התייחסות למקום מגורים, שמות קרובי משפחה, מקצוע וכדומה), לפי רצון המתועדים. כלים טכנולוגיים יכולים לסייע בהסרת הפרטים המזהים הישירים כמו שם ומספר טלפון, אבל כדי להגיע להתממה מלאה אין מנוס אלא לבחון ידנית את התכנים עצמם. זו עשויה להיות משימה

96 ס' 14 לחוק הגנת הפרטיות מאפשר לאדם לדרוש מחיקת מידע רק אם הוא שגוי. ראו עש"א (שלום פ"ת) 11767-09-21 עו"ד רונן ניר נ' איי.די.איי. חברה לביטוח בע"מ (נבו) 13.4.2023. בדין האירופי זכות זו קבועה בהסדרה המרכזית של הגנת המידע האישי, ה-GDPR. ראו ס' 17 ל- Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council, 2016 O.J. (L 119) 1 (General Data Protection Regulation) (on the Protection of Natural Persons with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, and Repealing Directive 95/46/EC).

97 זאת בדומה להסדרים משפטיים אחרים, למשל שיתוף במקרקעין. ראו חנוך דגן "שיתוף במקרקעין: מוסד חברתי רצוי?" **משפטים** כז 493 (1997).

מורכבת. התממה אינה פתרון קסם, ומי שתהיה לו מוטיבציה ויכולת מספיקות יוכל לנסות לזהות את הצדדים מחדש, אבל היא יוצרת חסם טכנולוגי לרוב האנשים, וגם מאותתת על הפרטיות של הצדדים לשיחה ומנכיחה אותה. כלים מעולם הארכיונאות מצטרפים.

ראשית, בממד הזמן של ההנגשה ניתן לאסוף את החומר, לקטלגו ולשמור אותו בלי להנגישו לציבור הרחב בעת הזאת אלא רק בחלוף פרק זמן שיוסכם – שנה, עשור, 30 שנה או יותר מזה. פרקטיקה כזאת מוכרת בעולם הארכיונאות.⁹⁸ לדחיית ההנגשה יש מחיר מסוים בפן של מימוש אינטרסים ציבוריים כמו זכות הציבור לדעת או המאבק בדיעוה כזב (fake news), אולם יש אפיקים חלופיים מספקים לשם כך. בשילוב עם הצעותינו האחרות ניתן להקדים את ההנגשה בממד הזמן, אך להגביל את התכנים או את הפרטים המזהים.

שנית, ניתן לקבוע הגבלות על הנגישות, למשל לאפשר גישה רק לחוקרים וחוקרות שבידיהם אישור אתי למחקרם ושיתחייבו להימנע בפרסומיהם האקדמיים מפרסום פרטים מזהים של מי שבחרו בכך. דרישה אתית במחקר היא להסכמה מדעת של המשתתפים במחקר, ולכן מתעורר אתגר בשל השאלה אם הדרישה האתית חזקה מכלל הסכמת המשתתף.⁹⁹ הגבלות יכולות להיות גם במישור הפיזי לעומת זה המקוון: לאפשר גישה לארכיון רק במקום מסוים, למשל הספרייה הלאומית, או ברשת – רק למשתמשים רשומים שיגישו בקשה מנומקת לעיון ויסכימו לתנאי השימוש, ללא גישה חופשית דרך מנועי חיפוש.

שלישית, בדומה לכלים מעולם הפרטיות, אם התכנים מונגשים ברשת, ניתן לנקוט אפשרויות שונות לעמעום המידע, למשל: לא לציין שמות מלאים, לטשטש מספרי טלפון, לעוות את הקול, להמיר קול בטקסט ועוד כלים מסוג זה.¹⁰⁰ קשת האפשרויות רחבה, והיא תלויה בסוג המיזם וביצירתיות של מנהליו. המפתח המוצע הוא לשאוף לקיים את המיזם תוך כדי שמירה על פרטיות הצדדים לשיחה.

סוף דבר

אי אפשר לחלוק על חשיבות התיעוד של האסון הנורא של השבעה באוקטובר. אולם חלק מחומרי הגלם של התיעוד הם רגעים קשים, אינטימיים ופרטיים של הנפגעים. האינטרס הציבורי בתיעוד מתנגש בזכות לפרטיות. במאמר זה עמדנו על ההתנגשות הזאת, על חשיבות התיעוד להבניית הזיכרון האיש והקולקטיבי ועל מסגרת הדין.

98 לדיון שמשווה בין הפרקטיקות במדינות שונות ראו Mikuláš Čtvrtník, *Closure Periods for Access to Public Records and Archives: Comparative-Historical Analysis*, 21 ARCHIVAL SCI. 317 (2021).

99 לדיון, ראו Kohne, Elhai & Montag, לעיל ה"ש 62, בעמ' 187–189.

100 לטכניקות התממה ולאתגריהן בקשר לשיחות ווטסאפ, ראו למשל, שם, בעמ' 191–193.

המשפט הישראלי מגן על פרטיות בתקשורת, אבל מסייג בכלל הסכמת המשתתף, שמתיר לצד אחד לשיחה לחשוף את תוכנה כפוף למגבלות מסוימות. כלל זה משקף העדפה של הצדקות הפרטיות במעגל היחיד על הצדקות הפרטיות במעגל הקשרים הבין-אישיים, אבל מתיר למעשה ליחיד לפגוע בפרטיות האחרים. טענו שהדין הקיים מבוסס על הנחות טכנולוגיות-חברתיות מסוימות שמדמות שיחת טלפון סימולטנית בין שני אנשים או התכתבות במכתב או בדוא"ל. שיחות רשת בווטסאפ שונות מהדימוי הזה.

נדרשנו לסוגיות האלה גם בזמן אמת, בזמן מלחמה. לייעוץ המשפטי למיזמי התיעוד נדרשו חשיבה דינמית ומענה תוך כדי תנועה. מיזמי התיעוד צמחו באופן אורגני, ספונטני ומהיר, ובמשך תקופת-מה הם ביססו את מטרותיהם ואת דרך פעולתם. למובילי היוזמות הייתה אינטואיציה טובה באשר להיבטי הפרטיות, והם ידעו להתייעץ ולהציף סוגיות שונות. מצידנו, במסגרת מיזם הסיוע המשפטי נדרשנו למצוא מענה קונקרטי בדין, וכפי שהסברנו במאמר זה, לעיתים נוצר קושי. מובילי ומובילות מיזמי התיעוד אימצו את המסגרת הכללית הזאת. בכך לא תמה המלאכה. הספרייה הלאומית, שמרכזת את מאגר הזיכרון הלאומי לתיעוד מאורעות ה-7.10 והמלחמה,¹⁰¹ עמלה בימים אלה, בשיתוף מיזמי התיעוד, על גיבוש קוד אתי למיזמי התיעוד.

כדי להתיר את ההתנגשות בין צורכי התיעוד לפרטיות וכדי להתגבר על ההנחות הטכנולוגיות הסמויות של המשפט שנחשפות במקרה הזה, הצבענו על כלים שונים מעולם הפרטיות ומעולם הארכיונאות. הממשק בין התיעוד לפרטיות, בין המשפט לטכנולוגיה ובין המשפט למוסר הוא דינמי, ויוסיף להשתנות בחלוף הזמן.

101 "מאגר הזיכרון הלאומי: תיעוד מאורעות ה-7 באוקטובר 2023 והמלחמה" הספרייה הלאומית
<https://www.nli.org.il/he/at-your-service/who-we-are/projects/7-october>