

הזכות לפרטיות בעקבות חוק יסוד כבוד האדם: מהפך מושגי, חוקתי ורגולטורי

מאת

עומר טנא*

- א. מהלכת ועקנין לפסק דין פלונית: התפיסה המושגית
- ב. מפרדיגמה אנגלו-אמריקאית לפרדיגמה קונטיננטלית: התפיסה החוקתית
- ג. מהיעדר אכיפה לרפורמה מקיפה: התפיסה הרגולטורית
- ד. סוף דבר

הזכות לפרטיות נתפסה בעבר בישראל כזכות מצומצמת, משנית, המפנה מקום לזכויות חשובות ממנה בכל מקרה של התנגשות או כפילות. במהלך 15 השנים מאז חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,¹ טיפסה הזכות לפרטיות במעלה המדרג הנורמטיבי והתמקמה, בצדן של זכויות יסוד אחרות, בראש הפירמידה של זכויות האדם בישראל, כנגזרת של ערך היסוד של השיטה – כבוד האדם. ברשימה זאת אבחן את התפתחותה של התפיסה המושגית של הפרטיות על ידי בית המשפט העליון, בכלל, והנשיא אהרן ברק, בפרט, כפי שזאת משתקפת בשני פסקי דין עקרוניים. אדון ב"הגירת" הדין הישראלי מהפרדיגמה החוקתית האמריקאית, המבוססת על עקרון החירות, לפרדיגמה הקונטיננטלית, המבוססת על כבוד האדם, ובהשלכותיו של שינוי זה על הזכות לפרטיות. לבסוף אסקור את ההתפתחויות האחרונות בתחום ההגנה על מידע אישי במאגרי מידע, כתוצאותיהם של התהליכים המושגיים והחוקתיים.

* מרצה בכיר, בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי המכללה למנהל. רצוני להודות לעו"ד רבקי דב"ש ולד"ר מיכאל בירנהק על הערותיהם המועילות למאמר זה.

¹ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150 (להלן: חוק היסוד), תיקון עקיף לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. התשנ"ד–1994, ס"ח התשנ"ד.

א. מהלכת ועקנין לפסק דין פלונית: התפיסה המושגית

סוהרים כופים על אסיר לבלוע מי מלח. הם "החזיקו את פיו פתוח ומורם ולא אפשרו לו לפלוט את המים החוצה אלא לבולעם בלבד."² בעקבות בליעת התמיסה מקיא האסיר חבילת סמים, וזאת מוגשת כראיה במשפט המתנהל נגדו. האם החבילה הושגה תוך פגיעה בפרטיות האסיר ולכן פסולה על פי ס' 32 לחוק הגנת הפרטיות³ מלשמש ראיה כנגדו? בית המשפט העליון, בדיון הנוסף בעניין **ועקנין**, עונה על שאלה זאת בשלילה.⁴ ארבעה משופטי המותב התייצבו מאחורי פרשנותו המצמצמת של השופט ברק (כתוארו אז) לזכות לפרטיות, שלפיה פגיעה באינטרס המוגן בדבר חקיקה אחר – במקרה זה, עבירת התקיפה שבחוק העונשין⁵ – אינה נכללת בגדרו של חוק הגנת הפרטיות. השנה היא 1988.

בעל ואישה חיים בפירוד. הבעל מגיש תביעת גירושין נגד האישה בבית דין רבני. האישה מתנגדת לגירושין. להוכחת עילתו מציג הבעל תמונות שצילם בשעה שנכנס בחשאי לדירה המשותפת שבה התגורר עם אשתו לפני פרידתם, ובהן נראית אשתו מקיימת יחסי מין עם גבר אחר. האם התצלום הושג תוך פגיעה בפרטיותה של האישה ולכן פסול על פי ס' 32 לחוק הגנת הפרטיות מלשמש ראיה כנגדה? בעניין **פלונית** עונה בית המשפט העליון, מפי הנשיא ברק, על השאלה בחיוב.⁶ השנה היא 2006.

האם צילום אישה בידי בעלה בדירתם המשותפת הוא פגיעה קשה בפרטיותה יותר מאשר חדירה כפויה אל גופו של אדם במגמה להוציא ממנו ראיה? מדוע השתנתה גישתו של השופט ברק בין השנים 1988 ו-2006 באופן כה מובהק?

ברקע הלכת **ועקנין** ופסק דין **פלונית** עומדת הוראת ס' 32 לחוק הגנת הפרטיות, המחילה, בניגוד להלכה הרווחת שנים ארוכות בדיני הראיות הישראליים, כלל פסילה (יחסי) על ראיות שהושגו תוך פגיעה בפרטיות. הן האסיר בעניין **ועקנין** הן האישה בעניין **פלונית** מבקשים להחיל את כלל הפסילה על ראיה המוגשת כנגדם. עליהם להוכיח אפוא, כי הראיה הושגה תוך פגיעה בפרטיותם.

לכאורה משימתו של האסיר בעניין **ועקנין** נראית קלה, שכן מה היא פגיעה

² בג"ץ 249/82 **ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים**, פ"ד לז(2) 393, 399 (1983) (להלן: בג"ץ **ועקנין**).

³ חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ס"ח 128 (להלן: חוק הגנת הפרטיות).

⁴ ד"נ 9/83 **בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין**, פ"ד מב(3) 837 (1988) (להלן: ד"נ **ועקנין**, ויחד עם בג"ץ **ועקנין**, עניין **ועקנין**).

⁵ חוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226 (להלן: חוק העונשין).

⁶ בג"ץ 6650/04 **פלונית נ' ביה"ד הרבני האיזורי בנתניה** (לא פורסם, 14.05.2006) (להלן: עניין **פלונית**).

בפרטיותו של אדם יותר מחדירה כוחנית אל תוך גופו במגמה להוציא משם דבר מה? חדירה אל תחום הפרט, למשל, חדירה לביתו,⁷ נתפסת באופן מסורתי כפגיעה בפרטיות.⁸ ואם ביתו של אדם מבצרו,⁹ קל וחומר – גופו. זאת אכן גישתו של השופט בך, השואל-קובע בדעת מיעוט: "האם הכניסה לתוך נבכי גופו ומערכת העיכול של האדם אין בה דוגמה *par excellence* לפגיעה בצנעת הפרט במלוא המונח הזה?"¹⁰ אלא שלדברי השופט ברק, בית המשפט אינו עוסק "במושג המופשט והתיאורטי של הפרטיות ... מושג זה סבוך הוא ומורכב", אלא ב"רשימה סגורה של עניינים" שהם פגיעה בפרטיות על פי ס' 2 לחוק הגנת הפרטיות.¹¹ מבין אחת-עשרה העילות המפורטות בס' 2 לחוק הגנת הפרטיות בית המשפט מתמודד עם זאת שבס' (1)2 לחוק, המורה כי "פגיעה בפרטיות היא אחת מאלה ... בילוש או התחקות אחרי אדם, העלולים להטרידו, או הטרדה אחרת". האם כפייה לשתות מי מלח כדי להוציא דבר מגופו של אדם היא "הטרדה אחרת" הפוגעת בפרטיותו?

השופט ברק קובע שלא. לדבריו, הביטוי "הטרדה אחרת" בס' (1)2 לחוק הגנת הפרטיות אינו מכון לפגיעה אלימה בגופו של אדם, שהיא כשלעצמה עבירה פלילית של תקיפה. הוא מוסיף, כי "מגמת החקיקה ומטרתה לא היו אלא למלא חיסרון וליתן פתרון חקיקתי לאותם תחומים, שהדין הקלאסי טרם נתן להם פתרון, שכן בעת התפתחותו טרם באו לעולם המחשבים, המכשירים האלקטרוניים המשוכללים ושאר אמצעים, המאפשרים חדירה לרשות הפרט בלא צורך באלימות פיסית דווקא".¹² הוא גם מציין, כי "הביטוי ... 'הטרדה אחרת' ביטוי סתמי הוא, ואין לו משמעות ברורה. במובן מסוים ניתן לראות בכל פעולה אסורה (עבירה, עוולה, הפרת חוזה) פעולה מטרידה. בוודאי שלא יעלה על הדעת לקבוע, כי כל דיני העונשין, דיני הנזיקין ודיני

7 Olmstead v. United States, 277 U.S. 438 (1928); U.S. Const., Amend. IV (להלן: עניין *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001)).

8 William Lloyd, Prosser, Privacy, 48 CAL. L. REV. 383 (1960); רות גביון "הזכות לפרטיות ולכבוד" *זכויות אדם בישראל – קובץ מאמרים לזכרו של חמן שלח* 61, 68–67 (התשמ"ח); Ruth Gavison, *Privacy and the Limits of Law*, 89 YALE L. J. 421, 428 (1980).

9 Samuel Warren & Louis Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890); בג"ץ 2481/93 דיין נ' *מפקד מחוז ירושלים*, פ"ד מח(2) 456, 470 (1994) (להלן: עניין *דיין*).

10 עניין *ועקנין*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 416.

11 שם, בעמ' 423.

12 שם, בעמ' 425. זאת גם עמדתו של הנשיא שמגר בעניין *ד"ר ועקנין*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 853: "אינני גורס, כאמור, שיש להרחיב משמעותו של הביטוי 'הטרדה אחרת' ולפרשו כחובק גם מעשי עבירה המכוונים לפגוע בגוף האדם. חוק הגנת הפרטיות בא ליצור ולגדור גדרות חדשים, ולא היה צורך בו כדי שישבו ויגדירו מעשי עבירה קיימים כמעשים אסורים".

החוזים מקופלים מעתה ואילך בתיבה זו ('הטרדה') ומנווטים לחוק הגנת הפרטיות¹³. כלומר: "הטרדה" הפוגעת בפרטיותו של אדם מקימה עילת תביעה לפי חוק הגנת הפרטיות רק במקום שבו הפעולה המטרידה אינה אסורה על פי הוראת חוק אחרת, כגון חוק העונשין או פקודת הנזיקין.¹⁴ לא זו בלבד שרשימת העילות של פגיעה בפרטיות לפי ס' 2 לחוק הגנת הפרטיות נתפסת כרשימה סגורה, אלא שיש לצמצמה עוד כדי למנוע כפל הגנה.

הגישה הפרשנית של השופט ברק בעניין **ועקנין** היא פורמליסטית ומצמצמת. פורמליסטית, שכן היא מחילה כללי פרשנות המחפשים הרמוניה חקיקתית במקום שזאת אינה קיימת. ואכן, השופט ברק מזכיר את הדוגמה לכפל הגנה המצויה בס' 2 לחוק הגנת הפרטיות עצמו, הקובע כי "האזנה אסורה על פי חוק" היא פגיעה בפרטיות.¹⁵ חוק הגנת הפרטיות הוא חוק בעייתי במיוחד לשוחרי ההרמוניה החקיקתית, שכן למעשה הוא "תפור", בתפר גס ובולט, משני חוקים שונים: פרק א ופרק ג לחוק עוסקים ב"פרטיות הקלסית", בעוד שפרק ב ופרק ד לחוק עוסקים במאגרי מידע.¹⁶ כך, למשל, כולל החוק ארבעה סעיפי הגדרות שונים, המגדירים מונחים קרובים באופן המעורר תסבוכת פרשנית.¹⁷

גישתו של השופט ברק מצמצמת, שכן היא שוללת מהמונח "הטרדה אחרת", בכלל, ובהקשר של פגיעה בפרטיות, בפרט, את משמעותו הטבעית, הכוללת לכאורה פעולות כגון אלה שבוצעו באסיר. דן בכך השופט ברק, המציין כי "כל הטענות בדבר הכוונות, שניתן או שלא ניתן לייחס למחוקק, כבודן במקומו מונח, אך יש להתחשב בהן, רק כאשר נוסח החוק הוא מעורפל ולשונו משתמעת לשתי פנים".¹⁸ לענייננו, חשובה בעיקר ביקורתו של השופט שיינבוים, שלפיה "אפילו נאמר, שהמלים, בהן השתמש המחוקק, עשויות לסבול פירוש מצמצם שכזה, אין לפרשן כך אלא במקום

¹³ בג"ץ **ועקנין**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 424.

¹⁴ פקודת הנזיקין (נוסח חדש), נ"ח 266 (להלן: פקודת הנזיקין); השופט ברק משיב לנימוק זה בקובעו, כי "אילו הועמד החוקר המשטרתי במקרה שלנו לדין בגין ביצוע 'הטרדה' בעציר (כמובנה בס' 2 לחוק הגנת הפרטיות), אין הדעת סובלת, כי היה מזוכה מהטעם הבלעדי, שההטרדה שנקט לבשה צורה של הטרדה פיסית להבדיל מהטרדה מילולית גרידא" (שם, בעמ' 414).

¹⁵ בג"ץ **ועקנין**, שם, בעמ' 425. ההידרשות לס' 2(2) לחוק הגנת הפרטיות, הנסמך, הלכה למעשה, על חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979, ס"ח 118.

¹⁶ לדיון בהגנת מידע על פי פרק ב לחוק הגנת הפרטיות ראו להלן, ה"ש 99-150 והטקסט הנלווה.
¹⁷ הכוונה לס' 3, 7, 17 ו-23 לחוק הגנת הפרטיות. השוו, למשל, הגדרת המונחים "מידע" ו"מידע רגיש" שבס' 7 לחוק, למונחים "ענייניו הפרטיים של אדם" ו"צנעת חייו האישיים" שבס' 2. ראו דיון בע"א 439/88 **מדינת ישראל נ' ונטורה**, פ"ד מח(3) 808 (1994).

¹⁸ עניין **ועקנין**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 416-417.

ובשעה שאותו הפירוש דרוש להגדיל סעד ולהאדיר צדק ולשמור על זכויות אדם שלא תיפגענה. מה שאין כן מקום ושעה שאותו הפירוש דרוש להרחיב סמכויות הרשות ולהפחית מחירויות האדם.¹⁹ גישתו של השופט שיינבוים עתידה להפוך לגישת בית המשפט העליון, ובכלל זה גם של הנשיא ברק, בעקבות עלייתה של הזכות לפרטיות למדרגה של זכות יסוד חוקתית.²⁰

יתירה מכך: פרשנותו של השופט ברק בעניין משקפת תפיסה מושגית צרה של הזכות לפרטיות, המעוצבת כמעין "זכות מדרגה שנייה" – זכות שיורית החלה רק במקום שלא חלה על ההתנהגות הנידונה הוראת חוק אחרת. המשנה לנשיא אלון מחזק גישה זאת בקובעו, כי הערך הדומיננטי שנפגע בתקרית שבין האסיר ובין סוהריו הוא הפגיעה בשלמות גופו של האסיר, בעוד שהפגיעה בפרטיותו אכן קיימת, אבל "טפלה היא ושולית".²¹ תפיסה זאת מנוגדת, הפוכה ממש, לגישתם של "ממציאי" הזכות המשפטית לפרטיות, סמיואל וורן ולואיס ברנדייס.²² אלה "מאתרים" במאמרם המונומנטלי את הזכות המשפטית לפרטיות כשוכנת בצד ובמסגרתם של הוראות דין ועקרונות משפטיים קיימים, כגון לשון הרע, זכויות יוצרים, קניין וחובות אמון.²³ וורן וברנדייס קוראים אפוא את הזכות לפרטיות אל תוך הדין הקיים, שאינו מעגנה במפורש, בעוד ששופטי הרוב בדיון נוסף בעניין **ועקנין** מצמצמים את הזכות לפרטיות המעוגנת בדין הקיים, במקום שבו חלות גם הוראות דין אחרות. הראשונים מחילים תפיסה מושגית רחבה ומוציאים יש מאין; ואילו האחרונים מיישמים תפיסה מושגית מצמצמת והופכים יש לאין.

פרשנות חקיקה המגנה על זכויות האדם בצמצום כה רב, כנגד משמעותו האינטואיטיבית של הטקסט, אינה מאפיינת את מורשתו של השופט ברק.²⁴ עם זאת,

¹⁹ שם, בעמ' 434.

²⁰ ראו להלן ה"ש, 50–53 והטקסט הנלווה.

²¹ ד"נ **ועקנין**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 856. על כך משיב השופט בך, בדעת מיעוט בדיון הנוסף: "לשיטתי, ההיפך הוא הנכון, והגורם הדומיננטי היה כאן הניסיון להתחקות אחרי תוכן קיבתו של החשוד, היינו הכניסה לצנעת הפרט, והדבר אך בוצע באמצעים המלווים בשימוש בכוח פסי".

²² Warren & Brandeis, לעיל ה"ש 9.

²³ להבחנה זאת ראו מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" **משפט וממשל יא 9** (תשס"ח); Ken Gormley, *One Hundred Years of Privacy*, Wis. L. Rev. (1992) 1335, 1343–57.

²⁴ יצוין, כי עמדתו של השופט ברק ושל שאר שופטי הרוב בדיון הנוסף נובעת גם מהרתיעה מפני הרחבת תחום דריסת הרגל של דוקטרינת "פרי העץ המורעל", שנדחתה בידי הראיות הישראליות. הנשיא שמגר דן בכך במפורש בקובעו, כי "אין להניח שהמחוקק קיבל תיקון כה מהותי בידי הראיות תוך הסתרת מהותו של התיקון, שהרי אין ספק כי בכל ההסטוריה החקיקתית ובנוסחו של החוק, אין ביטוי מפורש וחד-משמעי להחלת כלל הפסילה שבס' 32 על

היא חוזרת על עצמה גם בהחלטתו בעניין **ביטון**.²⁵ בעניין זה דובר בכתבה במקומון באשדוד, שבה, תחת הכותרת "הדברת כינים נוסח ז'קלין" הוצאה דיבתה של גב' ז'קלין מימון, עוזרת לגנת בגן ילדים עירוני בעיר. בכתבה סופר על "שיטותיה האכזריות" של גב' מימון לטפל בכינים שנמצאו בראשיהן של ילדות בגן, כולל חפיפת ראשה של ילדה בנפט וגזירת תלתליה ("הזהובים") של ילדה אחרת, למרות צעקות הכאב שלה, בנוכחותם של שאר ילדי הגן.²⁶ הכתבה לוותה בתמונה "תמימה" של גב' מימון (כלומר: בלא מספריים או חבית נפט) עומדת בפתח הגן, דוגמת תצלומי הראש המצורפים לעתים תכופות לכתבות בעיתון על שר פלוני או עורך דין אלמוני.

השאלה שהנשיא ברק נדרש לה היתה, האם תמונה נייטרלית של הגנת, המצורפת לכתבה רצופת הכפשות ולשון הרע, היא "פרסום תצלומי של אדם ברבים בנסיבות שבהן עלול הפרסום להשפילו או לבזותו", כקבוע בס' 2(4) לחוק הגנת הפרטיות? גם כאן, כמו בעניין **ועקנין**, נדמה כי לתובעת עילת תביעה טובה, לפחות לפי לשון החוק, שכן תצלומה פורסם ברבים בנסיבות – הסמיכות לכתבה על "הדברת הכינים" – העלולות להשפילה או לבזותה. גם כאן, כמו בעניין **ועקנין**, פוסק הנשיא ברק כי לא קמה עילה לפי חוק הגנת הפרטיות, תוך פרשנות פורמליסטית ומצמצמת של הוראת ס' 2 לחוק.²⁷

הנשיא ברק מדגיש את הדמיון בין הוראת ס' 2(4) לחוק הגנת הפרטיות ובין ס' 1(1) לחוק איסור לשון הרע, המגדיר לשון הרע כ"דבר שפרסומו עלול... להשפיל אדם בעיני הבריות או לעשותו מטרה לשנאה, לבוז או ללעג מצדם". הוא בוחן, האם יש לפרש את ס' 2(4) כמקים אחריות חופפת לזאת הקבועה בחוק איסור לשון הרע, או שמא יש לפרשו כך שכל חוק יטיל אחריות על ההתנהגויות המתאימות לתכליות

ראיה שהושגה תוך ביצוע כל אחת מן העבירות הפליליות הקיימות היכולות להתכנס תחת הכותרת המשותפת של "הטרדה" ("ד"נ **ועקנין**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 852).
²⁵ רע"פ 9818/01 **ביטון נ' סולטן**, פ"ד נט(6) 554 (2005) (להלן: עניין **ביטון**). עיקר פסק הדין, שניתן בהרכב של תשעה שופטים, עסק בשאלה העקרונית של (א-) תחולת כלל הצפיות על היסוד הנפשי של "מטרה" בעבירות התנהגויות, בכלל, ועבירות על ס' 6 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה–1965, ס"ח 240 (להלן: חוק איסור לשון הרע) בפרט (כלל הידוע כהלכת **בורוכוב**, על שם ע"פ 677/83 **בורוכוב נ' יפת**, פ"ד לט(3) 205 (1985)). אני עוסק כאן רק בהשלכות ההחלטה על הגנת הפרטיות.

²⁶ עניין **ביטון**, שם, בעמ' 561–562–602–603, כך, למשל, נכתב שם כי "ז'קלין המנוסה יש שיטה מיוחדת במינה לטפל בכינים שעל ראשי הילדים, שיטה אכזרית שאולי מזכירה את הטיפול האכזרי בבתי היתומים בזמן מלחמת העולם השנייה באירופה... כאילו לא די במקרה המזעזע הזה המשיכה ז'קלין בשיטותיה המחרידות... מסתבר שנגד ז'קלין היו תלונות גם בשנת הלימודים הקודמת, הורים טענו כי היא מקללת את הילדים ומושכת אותם בצורה מעוררת גועל כשהם מכעיסים אותה" (שם, בעמ' 562).

²⁷ שם, בעמ' 584–586. כל השופטים שהביעו עמדה בעניין זה הצטרפו לדבריו של הנשיא ברק.

המיוחדות לו. בעניין **ביטון**, כבעניין **ועקנין**, הוא מבכר פרשנות מצמצמת לחוק הגנת הפרטיות, שלפיה הגנת החוק אינה מתפרשת על תחומים המטופלים בדבר חקיקה אחר. "ההגנה על השם הטוב אינה מתכליותיו של חוק הגנת הפרטיות", קובע הנשיא ברק, "לשם כך קיים כאמור חוק איסור לשון הרע".²⁸

מכאן, שפרסום תמונה נייטרלית של גב' מימון במסגרת כתבה משמיצה פוגע בשמה הטוב של הגנת ועשוי להקים לה עילת תביעה בלשון הרע, אך אין בו משום בסיס לתביעה על פי ס' 2(4) לחוק הגנת הפרטיות. חוק הגנת הפרטיות חל במצבים, שבהם "פוטנציאל ההשפלה" או "פוטנציאל הביזוי" טבוע בתצלום עצמו ולא בנסיבות פרסומו,²⁹ כגון תצלום אדם דתי הצופה באישה חשופה³⁰ או תמונת ידוען (סלבריטי) המגיע מפתח מכון גמילה מהתמכרות לסמים.³¹ כמו בעניין **ועקנין**, מבוססת פרשנותו המצמצמת של הנשיא ברק על ניסיון פורמליסטי ליישב בין כפילויות חקיקה מיותרות. כך קובע הנשיא ברק, כי "אימוץ הפירוש [המצמצם – ע"ט] מתאים אפוא לגישה הפרשנית העולה מפסק-הדין בפרשת **ועקנין**. יש בו לקדם הרמוניה חקיקתית. הוא מונע חפיפות מיותרות. נוסף על כך יש בו למנוע סתירות".³²

²⁸ שם, בעמ' 584. לדעתי, גישה פרשנית זו אינה מתיישבת גם עם גישתו של השופט ברק כלפי היחס שבין העוולות הפרטיקולריות ובין עוולות המסגרת שבפקודת הנזיקין. בהחלטתו הידועה בע"א 243/83 **עיריית ירושלים נ' אלי גורדון**, פ"ד לט (1) 113 (1985) קובע השופט ברק, כי "העוולות בפקודת הנזיקין [נוסח חדש] אינן 'איים' של אחריות, שכל המוצא עוגן על אחד מהם אינו יכול, בעת ובעונה אחת, להטיל עוגן גם באי אחר. זאת ועוד: העוולות אינן מגנטים של אחריות, באופן שכל הנמצא בתחום המשיכה של אחת העוולות מוצא ממילא מתחום המשיכה של עוולה אחרת. העוולות בפקודה הן רשתות רשתות, המוטלות, זו על גבי זו, על מערכת עובדתית נתונה. חלקן של הרשתות אינן 'תופסות' מערכת עובדות נתונה. לעתים נתפסת מערכת עובדות נתונה על-ידי רשת אחת בלבד. לעתים היא נתפסת על-ידי מספר רשתות, הכול על-פי אינטנסיביות השתי והערב ברשתות השונות" (שם, בעמ' 126). וכן "אירוע עובדתי מסוים עשוי, ללא כל קושי, לקיים את יסודותיהן של מספר עוולות... העוולות השונות אינן כוללות סביבן חגורות של הסדרים שליליים, לפיהן נשללת תחולתן של עוולות אחרות" (שם, בעמ' 125).

²⁹ הנשיא ברק קובע: "בתצלומיה של [הגנת] כשלעצמם אין כדי להשפילה או לבזותה. התצלומים מתעדים את [הגנת] באזור גן הילדים, ולא ניתן ללמוד מהם דבר לטוב או לרע... [עורכי המקומון] פירסמו תמונה 'תמימה' בהקשר פוגעני. בכך אפשר שפגעו בשמה הטוב של [הגנת], אך אין במעשיהם פגיעה בפרטיותה" (עניין **ביטון**, שם, בעמ' 586).

³⁰ ראו ת"א (מחוזי ת"א) 199509/02 **צדיק נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ** (לא פורסם, 22.1.2004); ובהמשך – ע"א (מחוזי ת"א) 1974/04 **הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' צדיק** (לא פורסם, 29.6.06).

³¹ Naomi Campbell v. Mirror Group Newspapers Ltd, 2 A.C. 457, [2004]; 2 All E.R. 995, [2004] (להלן: עניין **Campbell**).

³² עניין **ביטון**, לעיל ה"ש 25, בעמ' 585 (הידרשות ל"חפיפות מיותרות", בלא ספק, בלי כוונה

גם כאן, בניגוד לוורן ולברנדייס, המסתמכים על היעדר הרמוניה חקיקתית וקיומן של "חפיפות מיותרות" כדי להמציא זכות משפטית לפרטיות, בוחר בית המשפט העליון לצמצם את היקפה של הזכות אף מעבר למשתמע מלשון החוק. לא זו בלבד שחוק הגנת הפרטיות קובע רשימה סגורה של עילות, אלא שמעילות אלה יש לגרוע מצבים הנכללים גם בגדרו של דבר חקיקה אחר. הזכות לפרטיות שוב נדחת לקרן זוית ומפנה מקום לזכויות חזקות ממנה – הפעם על פי חוק איסור לשון הרע. עם חקיקתו ב-1992 חולל חוק היסוד שינוי במעמדה של הזכות לפרטיות והעלה אותה למדרגה של זכות יסוד "הכתובה עלי ספר".³³ ס' 7 לחוק היסוד קובע:

- (א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.
- (ב) אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו.
- (ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו.
- (ד) אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו.

ניכר, כי קו חדש של פרשנות חודר אל החלטות בית המשפט העליון ומציב תפיסה מושגית שונה של הזכות לפרטיות. אין המדובר בקו פרשת מים, בחיתוך חד של הגישה הצרה,³⁴ אלא בתהליך הדרגתי, שבמסגרתו צוברת הזכות לפרטיות תאוצה ומשתחררת מכבלי העבר.

ניצנים לגישה חדשה זאת ניכרים בדברי המשנה לנשיא ברק (כתארו אז) בעניין דיין, בשנת 1994, שם נידונה זכותם של מפגינים לקיים עצרת מחאה מול דירת מגוריו של מנהיג מפלגת ש"ס, הרב עובדיה יוסף, תוך פגיעה, על פי הנטען, בפרטיותו ובפרטיות שכניו. ברק קובע שם, כי "כל אדם בישראל 'זכאי לפרטיות' ... היקפה של זכות זו אינו נקי מספקות. רבות נכתב עליה. עתה, משניתן לה בסיס חוקתי חקוק, יש לפרשה מתוך 'מבט רחב'... על-כן יש לפרש הוראה חוקתית 'מתוך תפיסה רחבה, ולא באופן טכני'. מכאן הגישה – המקובלת במדינות דמוקרטיות נאורות – כי הוראות חוקתיות יש לפרש מתוך 'נדיבות'; מתוך גישה מהותית ולא גישה 'לגאליסטית', מתוך גישה עניינית ולא מתוך גישה 'טכנית' או 'פדאנטית'.³⁵

פסק הדין בעניין ועקנין ופרשנותו של בית המשפט למונח "הטרדה אחרת" לא

למשחק מילים).

³³ להרחבה בעניין "זכויות יסוד" שאינן כתובות על ספר, אלא נובעות במישור מאפיה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש". ראו בג"ץ 243/62 **אולפני הסרטה בישראל נ' גרי**, פ"ד טז 2407, 2415 (1962); בג"ץ 73/53 **קול העם נ' שר-הפנים**, פ"ד ז 871 (1953).

³⁴ עניין **ביטון**, לעיל ה"ש 25, המשמר את הגישה המושגית הצרה, נפסק בשנת 2005, יותר מעשור לאחר חקיקת חוק היסוד.

³⁵ עניין **דיין**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 470 (הושמטו מראי מקומות פנימיים – ע' ט').

התאפיינו כלל ב"נדיבות" וב"מבט רחב". נהפוך הוא: אפשר לומר, כי הקביעה שכפיית אסיר לשותות מי מלח אינה "הטרדה אחרת" הפוגעת בפרטיותו, אלא דווקא תוצר של פרשנות "לגאליסטית", "טכנית" ו"פדאנטית". גישה שונה לחלוטין ניכרת בפסק דינו האחרון של הנשיא ברק בנוגע לחוק הגנת הפרטיות, בעניין **פלונית**.³⁶ הרטוריקה בעניין **פלונית** כה שונה מזאת שבעניין **ועקנין** ובעניין **ביטון**, עד כי השופטת ארבל מסכמת בהחלטתה: "אני מצטרפת לפסק דינו של חברי הנשיא ברק לתוצאת פסק הדין כמו גם לכל הנמקותיו ומאמצת בכל לב את השירה והפרוזה על הזכות לפרטיות – היא נשמת אפו של היחיד".³⁷

גם בעניין **פלונית**, כמו בעניין **ועקנין**, דן בית המשפט בניסיון לפסול קבילותה של ראייה שהושגה לכאורה תוך פגיעה בפרטיות, תוך שימוש בס' 32 לחוק הגנת הפרטיות. כפי שהזכרתי לעיל, מדובר בסכסוך בין בני זוג, שבמסגרתו נכנס הבעל, שחי בנפרד מאשתו, בחשאי לדירה שבעבר שימשה דירת המגורים המשותפת וצילמה כשהיא מקיימת יחסי מין עם אדם אחר.³⁸ בית הדין הרבני האזורי, שדן בתביעת הגירושין של הבעל, קיבל את התמונות כראיה.³⁹ בעקבות אישור החלטתו של בית הדין האזורי בבית הדין הרבני הגדול⁴⁰ עתרה האישה לבג"ץ בבקשה שיוורה על פסילת קבילותן של התמונות. לטענתה, הושגו התמונות תוך הפרה של ס' 2(3) לחוק הגנת הפרטיות, המורה כי "פגיעה בפרטיות היא אחת מאלה... צילום אדם כשהוא ברשות היחיד", ומכל מקום – תוך פגיעה בזכותה החוקתית לפרטיות המעוגנת בס' 7 לחוק היסוד.

פסק דין **פלונית** מעלה שאלות מעניינות רבות, כגון תחולתו של חוק הגנת הפרטיות, בכלל, וכלל הפסילה שבס' 32 לחוק, בפרט, בבתי הדין הרבניים;⁴¹ שאלת קיומה והיקפה של הזכות לפרטיות בין בני זוג;⁴² אפשרות הגדרתה של דירה בבעלות

36 עניין **פלונית**, לעיל, ה"ש 6.

37 שם, בעמ' 31 דברי השופטת ארבל.

38 שם, בפס' 2 לפסק דינו של השופט ברק.

39 שם, בפס' 3 לפסק דינו של השופט ברק.

40 שם, בפס' 4 לפסק דינו של השופט ברק.

41 מעבר לשאלה הפורמלית, הנוגעת להגדרתם של בתי הדין הרבניים כ"בתי משפט" (ראו בג"ץ 768/88 **אברמוב נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה**, פ"ד מד(4) 330, 336 (1990)), מתעוררת בעניין זה שאלה מהותית, מאחר שהדין בבתי הדין הרבניים, המופקדים על ענייני נישואין וגירושין, חודר מעצם טיבו ומהותו לפרטיותם של בני הזוג. ראו דיון בעניין זה בעניין **פלונית**, לעיל ה"ש 6, בפס' 14–19.

42 האם יש מקום לזכות המשפטית לפרטיות ביחסים בין בני זוג? או שמא נאמר, כי בני זוג חולקים ביניהם את הפרטים האינטימיים ביותר ולכן "מסך הפרטיות" חוצץ בינם ובין הסביבה, אך לא בין האחד לאחר. ואף אם נקבע כי הזכות לפרטיות חוצצת עקרונית בין בני הזוג, האם אין הסכמה מכללא לווייתור עליה? (עילת התביעה על פי חוק הגנת הפרטיות כוללת את היסוד של "העדר הסכמה" – ס' 1 לחוק הגנת הפרטיות). ראו דיון בעניין זה בעניין **פלונית**, שם, בפס' 20.

משותפת של בעל ואישה כ"רשות היחיד" של האישה;⁴³ היקף ההגנות על פי ס' 18 לחוק הגנת הפרטיות;⁴⁴ וקריטריונים לשיקול דעת של בית המשפט בהחלט כלל הפסילה (היחסי) שבס' 32.⁴⁵

הנשיא ברק קובע בעניין פלוני, כי התמונה, שהושגה תוך פגיעה בפרטיותה של האישה, פסולה מלשמש ראיה במשפט הגירושין.⁴⁶ לדבריו, "ההפרה היא חמורה ביותר. היא פוגעת בליבה של הפרטיות; היא חודרת למערכות העדינות ביותר הקובעות את אישיותו של האדם; היא פוצעת את האני' המוגן בפני עין הזולת; היא פלישה להוויה האינטימית ביותר של האדם".⁴⁷

כיצד אפשר ליישב את ההבדלים בין גישתו המרחיבה של הנשיא ברק לזכות הפרטיות בעניין פלוני ובין גישתו המצרה בעניין ועקנין? חלק מן ההסבר נעוץ בלא ספק בשינוי שחל במעמדה של דוקטרינת "פרי העץ המורעל"⁴⁸ דיני הראיות הישראליים, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בעניין יששכרוב, שנפסק עשרה ימים קודם לעניין פלוני.⁴⁹ משהתרככה רתיעתו של בית המשפט מפני הכרסום בדחייתה של דוקטרינת "פרי העץ המורעל" באמצעות ס' 32 לחוק הגנת הפרטיות, נשמטה גם הסיבה לפרשנות מצמצמת של העילות על פי ס' 2 לחוק. ברם, הטעם העיקרי לשינוי הגישה נעוץ, לדעתנו, בשינוי מעמדה של הזכות

⁴³ הנשיא ברק מסתמך על הקביעה הידועה של בית המשפט העליון האמריקני בעניין כץ (Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967)), שלפיה הזכות לפרטיות היא זכות של אדם ולא זכות של מקום. הוא קובע, כי הדיבור "ברשות היחיד" בס' 32(3) לחוק הגנת הפרטיות מצביע על "יחידה אוטונומית" ולא על "יחידה קניינית", כך שזכות הבעלות של הבעל בדירה המשותפת אינה רלוונטית לצורך הגדרתה כ"רשות היחיד" של האישה. הוא מציין, בשפה הצפויה להיחקק ביסוד ההגנה החוקתית על הזכות לפרטיות, כי "סביב כל אדם יש מרחב שבתוכו הוא זכאי להיות עם עצמו. מרחב זה נע עם האדם עצמו. היקפו של המרחב נגזר מהצורך להגן על האוטונומיה של הפרט. על כן הוא עשוי לחול גם במקום בו אין לפרט כל קניין (כגון בית הוריו, בית חולים, תא טלפון)" (עניין פלוני, שם, בפס' 21).

⁴⁴ הבעל העלה את הגנת ה"חובה החוקית או מוסרית" (ס' 18(2)(ב) לחוק הגנת הפרטיות) והגנת ה"הגנה על עניין אישי כשר" (ס' 18(2)(ג) לחוק הגנת הפרטיות). ראו דיון בעניין זה בעניין פלוני, שם, בפס' 22–25 לפסק הדין.

⁴⁵ ס' 32 לחוק הגנת הפרטיות פוסל את השימוש בראיה שהושגה תוך פגיעה בפרטיות "זולת אם בית המשפט התיר מטעמים שיירשמו להשתמש בחומר". הנשיא ברק דן בקריטריונים שיש ליישם בעניין זה בעניין פלוני, שם, בפס' 26–33 לפסק דינו.

⁴⁶ שם, בפס' 34.

⁴⁷ שם.

⁴⁸ ראו Silverthorne Lumber Co. v. Nardone v. United States, 308 U.S. 338 (1939); United States, 251 U.S. 385 (1920).

⁴⁹ ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, תק-על 2006(2) 1093 (2006).

לפרטיות בעקבות חקיקת חוק היסוד. הנשיא ברק קובע בעניין **פלונית**, כי "הזכות לפרטיות היא מהחשובות שבזכויות האדם בישראל... היא אחת החירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי... היא מוכרת על ידי המשפט המקובל הישראלי כזכות אדם... ב-1992 חל שינוי מהותי במעמדה של הזכות לפרטיות... מכוחו של חוק היסוד הפכה הפרטיות לזכות חוקתית-על-חוקית".⁵⁰ אם כן, אין מדובר עוד בזכות שיוויון, "זכות מדרגה שנייה", הנסוגה כל אימת שהיא נתקלת בזכות המוגנת בחוק אחר, כי אם בזכות שהיא "מהחשובות שבזכויות האדם בישראל".

יתירה מכך: הנשיא ברק קובע בעניין **פלונית**, כי "הפרטיות הוגדרה בחוק [הגנת הפרטיות-ע' ט'] (סעיף 2) באופן שאינו 'מכסה' את כל מקרי הפרטיות המקובלים. בכל הנוגע לפגיעה בפרטיות שמעבר להגדרת החוק, ממשיך לחול המשפט המקובל הישראלי".⁵¹ כלומר: ס' 2 לחוק הגנת הפרטיות אינו נתפס עוד כרשימה סגורה, כהסדר ממצה שאין בלתו. והנשיא מוסיף: "ב-1992 הוכרה הפרטיות כזכות חוקתית בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 7)... בכך הוכרה זכות חוקתית לפרטיות בהיקף רחב יותר מהיקפה של הפרטיות בחוק הגנת הפרטיות".⁵²

ודוק: אם בעניין **ועקנין** צמצם בית המשפט את הגנת הפרטיות לתחום צר מזה המשורטט על ידי ס' 2 לחוק הגנת הפרטיות, הרי בעניין **פלונית** מרחיב בית המשפט את תחום ההגנה אל מעבר לגבולות ס' 2. אמור מעתה, כי הזכות לפרטיות מוגנת בס' 2 לחוק, אך מקרים הנופלים מחוץ לגדרי ס' 2 עשויים להיתפס על ידי ס' 7 לחוק היסוד. זאת כבר אינה הגישה המושגית הפורמליסטית, המצמצמת, של השופט ברק בעניין **ועקנין**. זוהי גישה מושגית מהותית, רחבה, הרואה בפרטיות ערך יסודי במשפט הישראלי, ערך חוקתי-על-חוקי, שאינו מתמצה במסגרת חוק הגנת הפרטיות.

לפרשנות המושגית הרחבה, ה"נדיבה", של בית המשפט העליון בעניין **פלונית** נכוננו השלכות של ממש על היקף פרישתה של הגנת הפרטיות בישראל בעתיד, בין השאר בכל הנוגע להגנת מידע אישי במאגרי מידע. נסקור השלכות אפשריות כאלה בהמשך.⁵³ בשלב זה נציין, כי נושאים שנתפסו בעבר כנופלים מחוץ לגדר חוק הגנת הפרטיות עשויים להיתפס מעתה ברשת החוקתית הרחבה שפרס הנשיא ברק מסביב לחוק. כך, למשל, בעניין פרטיות המת.

⁵⁰ עניין **פלונית**, לעיל ה"ש 6, בפס' 8-9.

⁵¹ שם, בפס' 8.

⁵² שם, בפס' 9. ראו לאחרונה גם בע"א 8825/03 **שירותי בריאות כללית נ' משרד הבטחון**, פס' כא (לא פורסם, 11.4.2007) (להלן: עניין **שירותי בריאות כללית**).

⁵³ ראו להלן, ה"ש 99-150 והסקסט הנלווה.

חוק הגנת הפרטיות אינו מתפרש על פרטיות שלאחר המוות.⁵⁴ פרטיות המת נתפסת כאינטרס של בני משפחה וקרובים, לא של הנפטר עצמו. בעניין סקולר⁵⁵ הביע השופט גולדברג חוסר שביעות רצון ממצב זה בקובעו, כי "פירוש זה, שמשמעו כי זכות הפרטיות שהיתה לאדם בחייו על-פי החוק הופכת למירמס לאחר מותו, נוגד את תכלית החוק. זכות הפרטיות האמורה אינה עוברת מן העולם יחד עם בעל הזכות, והיא ממשיכה להיות מוגנת גם אחרי מותו. אלא שבמקומו של בעל הזכות ה'מקורי', שעם מותו אינו כשר עוד לזכויות... באים יורשיו תחתיו כבעלי אותה זכות שהיתה למורישם".⁵⁶ כיום, בעקבות חקיקת חוק היסוד והפרשנות המרחיבה של הנשיא ברק בעניין פלוניתי, אפשר לטעון כי אף שפרטיותו של נפטר אינה מוגנת בחוק הגנת הפרטיות, יש להגן עליה מכוח ס' 7 לחוק היסוד,⁵⁷ משום שבפסיקה נקבע כי כבוד האדם, המוגן בחוק היסוד, חל גם על כבוד המת.⁵⁸ נושא זה עמד להיות מוסדר באופן מפורש בהצעת חוק ממשלתית שהונחה בשנה שעברה על שולחן הכנסת,⁵⁹ שלפיה תוגן פרטיותו של נפטר לתקופה של 20 שנה לאחר המוות, אלא אם כן הסכים (במפורש או מכללא) לפגיעה בפרטיותו בעודו בחיים.⁶⁰ תיקון 9 לחוק הגנת הפרטיות עבר לבסוף בכנסת בחודש יוני 2007, אך ללא הסעיף שעסק בפרטיות המת, כך שנושא זה עדיין פתוח לפרשנות.

תיקון 9 לחוק הגנת הפרטיות מסדיר גם את שאלת הזכות לפרטיות של תאגיד. חוק הגנת הפרטיות אינו מגן בעיקרו על תאגידים, בשל הוראת ס' 3 לחוק, המגדירה "אדם", "(...) למעט תאגיד".⁶¹ גם כאן היה אפשר לגרוס, כי במקום שבו מסתיימת תחולתו של חוק הגנת הפרטיות מתחיל תחום פרישתו של חוק היסוד.⁶² "התאגיד הוא אובייקט לזכויות ולחובות (במובן הרחב) כמו אדם בשר ודם. התאגיד אינו יצור

⁵⁴ ראו ס' 25 לחוק הגנת הפרטיות; וכן ס' 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, ס"ח 120.

⁵⁵ רע"א 1917/92 סקולר נ' ג'רבי, פ"ד מז(5) 764 (1993).

⁵⁶ שם, בעמ' 772.

⁵⁷ ראו דן חי ההגנה על הפרטיות בישראל פס' 3.3.4 (2006).

⁵⁸ בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 866, 817 ואסמכתאות שם (1999).

⁵⁹ הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 9), התשס"ו-2005, ה"ח 230 (להלן: תיקון 9 לחוק הגנת הפרטיות).

⁶⁰ ס' 2 להצעת חוק הגנת הפרטיות תיקון 9. על זכויות המת, בכלל, ופרטיות המת, בפרט, ראו מיכאל בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים" עיוני משפט לא(1) 57 (2008).

⁶¹ כך גם קבעה הפסיקה. ראו, למשל, ק"פ (י"ם) 102/05 בנק המזרחי המאוחד נ' שאולי (לא פורסם, 21.07.2005).

⁶² ראו חי, לעיל ה"ש 57, בפס' 3.3.4.

מלאכותי, "קובע השופט (כתוארו אז) ברק בעניין **חברת מודיעים**.⁶³ אם כך, ואם חוק הגנת הפרטיות אינו הסדר ממצה, אולי יוכל תאגיד לטעון להגנת פרטיותו מכוח ס' 7 לחוק היסוד.

תיקון 9 לחוק הגנת הפרטיות דוחה גישה זאת והוא מצמצם את תחולתו של חוק הגנת הפרטיות על תאגידים.⁶⁴ הרציונל לגישה זאת הוסבר בדו"ח שהגיש בינואר 2007 צוות לבחינת החקיקה בתחום מאגרי המידע בראשותו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה יהושע שופמן (להלן: דו"ח שופמן).⁶⁵ הצוות מציין, כי הזכות לפרטיות מבוססת על "הצורך האנושי באינטימיות, זכות זו מבוססת על רעיונות כמו כבוד האדם, האוטונומיה של הרצון החופשי, הצורך במרחב עצמאי (פיסי ווירטואלי) שבו האדם יכול להיות – אם ירצה – לבדו, כדי לפתח את אישיותו וזהותו. רציונלים אלו אינם תקפים בכל הנוגע לתאגידים".⁶⁶ כאשר מדובר ב"פרטיות תאגיד", האינטרס הרלוונטי אינו באמת האינטרס לפרטיות, אלא אינטרס קנייני-כספי, והדבר מוגן בשורה של דברי חקיקה אחרים שנועדו למטרה זאת, כגון חוק עוולות מסחריות, תשנ"ט–1999; חוק זכות יוצרים, 1911; חוק המחשבים, תשנ"ה–1995 ועוד.⁶⁷

⁶³ ע"פ 3027/90 **חברת מודיעים בינוי ופיתוח נ' מדינת ישראל**, פ"ד מה(4) 379, 364 (1991).

⁶⁴ ס' 3 לחוק הגנת הפרטיות הגדיר בעבר "אדם", לענין ס' 2, 7, 13, 14 ו-25 למעט תאגיד. בעקבות תיקון 9 לחוק הגנת הפרטיות קובע הסעיף: "אדם", לענין ס' 2, 7, 13, 14, 17, 17, 117, 117, 123, 23א, 23ב ו-25 – למעט תאגיד". הצורך בתיקון התעורר עקב תקלה טכנית, שבמסגרתה לא תוקנה הגדרת המונח "אדם" במקביל לתיקון מספר 1 לחוק הגנת הפרטיות (1985) ותיקון מספר 4 (1996) שהוסיפו, בהתאמה, את פרק ד וסימן ב לפרק ב לחוק. כך יצא, שלכאורה בכל הנוגע למסירת מידע מגופים ציבוריים ולדיוור ישיר, "אדם" משמעו גם תאגיד. ראו גם ס' 4 לחוק הפרשנות, התשמ"א–1981, ס"ח התשמ"א 302, הקובע: "מקום שמדובר באדם – אף חבר בני אדם במשמע, בין שהוא תאגיד ובין שאינו תאגיד".

⁶⁵ את דו"ח הצוות לבחינת החקיקה בתחום מאגרי המידע בראשותו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה יהושע שופמן, ינואר 2007 אפשר להוריד ב www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/C0C14BDC-D581-4E09-9CD5-BAE0F1D98A16/15716/databasw.pdf.

⁶⁶ שם, בעמ' 14.

⁶⁷ חוק עוולות מסחריות, התשנ"ט–1999, ס"ח 146; חוק זכות יוצרים, התשס"ח–2007, ס"ח 38; חוק המחשבים, התשנ"ה–1995, ס"ח 366; על ההבחנה בין האינטרס הנפשי-רגשי, המוגן במסגרת הזכות לפרטיות, ובין אינטרסים קנייניים-כספיים ראו ע"א 8483/02 **אלוניאל נ' אריאל מקדונלד**, פ"ד נח(4) 314 (2004).

ב. מפרדיגמה אנגלו-אמריקאית לפרדיגמה קונטיננטלית: התפיסה החוקתית

פסק דינו של הנשיא ברק בעניין פלוני⁶⁸ משקף את התפיסה החוקתית של הזכות לפרטיות שקנתה לה אחיזה במשפט הישראלי עם חקיקתו של ס' 7 לחוק היסוד. מקורה של התפיסה החוקתית במדינות הקונטיננטל, שבעקבות נסיון המר במלחמת העולם השנייה ובתקופת המלחמה הקרה עיגנו את הזכות לפרטיות בחוקותיהן. הנשיא ברק מזכיר בפסק דינו "רשימה ארוכה של חוקות ואמנות, המכירות בפרטיות כזכות אדם חוקתית (ראו ההכרזה האוניברסלית על זכויות האדם מ-1948 (ס' 12); האמנה הבינלאומית על זכויות אזרחיות ופוליטיות מ-1966 (ס' 17); האמנה האירופאית על זכות האדם וחירויות היסוד (ס' 8); החוקה האיטלקית (סעיפים 14 ו-15); חוק-היסוד הגרמני (סעיפים 10 ו-13))".⁶⁹ אין זה מקרה, שמדובר במסמכים חוקתיים בין-לאומיים וקונטיננטליים, אך לא אנגלו-אמריקאיים. הפרטיות, כזכות יסוד חוקתית, מקורה באירופה.

באנגליה אין הגנה חוקתית על הזכות לפרטיות בין השאר מאחר שלאנגליה אין חוקה כתובה. יתר על כן: המשפט האנגלי אינו מכיר בפגיעה בפרטיות כעילת תביעה עצמאית.⁶⁹ על התובע בגין פגיעה בפרטיות להיאחז בקונסטרוקציות משפטיות שונות, כגון תביעה בגין הפרת חובת אמון (breach of confidence).⁷⁰ מאז שנת 2000 חל באנגליה חוק זכויות האדם (Human Rights Act),⁷¹ הקולט למשפט האנגלי את הוראותיה של האמנה האירופית לזכויות אדם (ECHR),⁷² כולל ס' 8 לאמנה המעגן את הזכות לפרטיות. עם זאת, בית הלורדים הבריטי טרם ניתק לחלוטין את ההגנה על הפרטיות מדרישות המשפט המקובל החלות על העוולה של הפרת חובת אמון.⁷³

גם החוקה האמריקאית אינה מגנה במפורש על הזכות לפרטיות. אמנם קיימת גזרה צרה של הזכות לפרטיות, המוגנת בתיקון הרביעי לחוקה, אשר מבטיח "הגנה

⁶⁸ עניין פלוני, לעיל ה"ש 6, בפס' 9 לפסק דינו של השופט ברק.

⁶⁹ Wainwright v. Home Office, [2004] 2 AC 406.

⁷⁰ ראו לאחרונה: עניין Campbell, לעיל ה"ש 31; ובמקור Albert v. Strange, (1849) 1 Mac. & G. 25; 41 Eng. Rep. 1171.

⁷¹ Human Rights Act 1998, 1998 Chap. 42.

⁷² Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Nov. 4, 1950, art. 8, 213 U.N.T.S. 221.

⁷³ Arye Schreiber, *Confidence Crisis, Privacy Phobia: Why Invasion of Privacy Should Be Independently Recognised in English Law*, I.P.Q., 2, 160–192 (2006); Nicole A. Moreham, *Privacy in the Common Law: A Doctrinal and Theoretical Analysis*, 121 L.Q.R. 628, 628–656 (2005).

בגוף, בבית, בניירות ובחפצים מפני חיפוש או מעצר (search and seizure) בלתי סבירים.⁷⁴ אולם אין מדובר בזכות כללית לפרטיות, דוגמת זאת המעוגנת בחוקות האירופאיות ובס' 7 לחוק היסוד הישראלי. היבט נוסף של הזכות לפרטיות מעורר מחלוקת משפטית ופוליטית עזה בארצות הברית. המדובר בזן אמריקני ייחודי של פרטיות – "פרטיות החלטות" – שמקורו בהלכת בית המשפט העליון האמריקאי בעניין גריזוולד.⁷⁵ באותה פרשה פסל בית המשפט העליון חוק של מדינת קונטיקט, שאסר שימוש באמצעי מניעה בשל "הזכות לפרטיות חיי הנישואין" המעוגנת בחוקה. זכות זאת "נקראה אל תוך החוקה" בפרשנות יצירתית של בית המשפט, בראשות השופטים ויליאם דאגלס וג'ון מרשל הארלן. הלכת גריזוולד הבשילה כעבור שנים אחדות לפסק הדין השנוי במחלוקת העמוקה ביותר במשפט האמריקאי, הלוא הוא רו נ' ווייד,⁷⁶ שבמסגרתו עוגנה זכות האישיה להפיל את עוברה באותה "זכות חוקתית לפרטיות החלטות", מתוצרת הלכת גריזוולד. המחלוקת המשפטית והפוליטית הניטשת בישראל סביב שאלת האקטיביזם השיפוטי⁷⁷ מחוורה לעומת זאת המלווה את הלכת רו נ' ווייד והזכות לפרטיות הניצבת בבסיסה, כבר יותר מ-30 שנה.⁷⁸

במשפט האמריקאי נתפסת הזכות לפרטיות כחלק מחירות הפרט (liberty), בעיקר חירות הפרט מול השלטון, ויותר מכל – חירות הפרט בביתו מפני השלטון.⁷⁹ כך, למשל, פותח השופט קנדי את החלטת בית המשפט העליון בעניין לורנס, העוסקת בחוקתיות חוק של טקסס האוסר "מעשי סדום", במילים: "Liberty protects the

⁷⁴ U.S. Constitution, Amend. IV; "ממציא" הזכות לפרטיות, השופט לואיס ברנדיס, עשה רבות כדי לשריין זכות חוקתית זאת במסגרת פסיקתו בבית המשפט העליון. ראו דעת המיעוט שלו בעניין Olmstead, לעיל ה"ש 7. שהובילה בבוא העת לפסק הדין החשוב בעניין כץ, לעיל ה"ש 43.

⁷⁵ Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

⁷⁶ Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

⁷⁷ ראו, למשל, רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן **אקטיביזם שיפוטי בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית** (2000); אהרן ברק "על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" **עיוני משפט** יז 475 (התשנ"ג); יצחק זמיר "אקטיביזם שיפוטי: החלטה להחליט" **עיוני משפט** יז 647 (התשנ"ג); עדי פרוש "אקטיביזם שיפוטי, פוזיטיביזם משפטי ומשפט טבעי: השופט ברק ודוקטרינת הכנסת הכל-יכולה" **עיוני משפט** יז 717 (התשנ"ג).

⁷⁸ הלכת Roe v. Wade כורסמה במהלך השנים האחרונות עם השתלטותם של שופטים שמרנים על בית המשפט העליון האמריקני. ראו בעיקר Webster v. Reproductive Health Services, 492 U.S. 490 (1989); Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992); Stenberg v. Carhart, 530 U.S. 914 (2000); ולאחרונה Gonzales v. Carhart, 127 S. Ct. 1610 (2007). לדיון בזכות לפרטיות בהקשר של זכויות הומוסקסואלים ראו Lawrence v. Texas, 123 S. Ct. 2472 (2003) (להלן: עניין Lawrence).

⁷⁹ Boyd v. United States, 116 U.S. 616 (1886).

person from unwarranted government intrusions into a dwelling or other ⁸⁰private places

במשפט הקונטיננטלי נתפסת הזכות לפרטיות כחלק מכבוד האדם (dignity).⁸¹ חוקת גרמניה מבטיחה לכל אדם את זכות היסוד "לפתח באופן חופשי את אישיותו, כל עוד אינו פוגע בזכויותיהם של אחרים".⁸² מעיקרון זה, הידוע כזכות לאוטונומיה אישית, או "אישיות" (Persönlichkeitsrecht), נגזרה הזכות המוכרת במשפט הגרמני ל"הגדרה עצמית תדמיתית" (informational self determination), כלומר:

⁸⁰ עניין *Lawrence*, לעיל ה"ש 78, בעמ' 2475. פסק הדין המסמל יותר מכול את עליונות החירות כערך מכונן במשפט האמריקאי, ובכלל זה את החירות להתקשר בחוזה, הוא *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). ראו אורית קמיר "מדוע עדיף (שוויון) כבוד האדם על שוויון החירות?" **המשפט** (התשס"ז, טרם פורסם). אחת ההשלכות של עיקרון זה היא זכות היסוד, המקודשת על ידי הימין האמריקאי, לשאת נשק. ראו U.S. Constitution, Amend. II.

⁸¹ Robert C. Post, *Three Concepts of Privacy*, 89 GEO. L.J. 2087 (2001); Edward J. Eberle, *DIGNITY AND LIBERTY: CONSTITUTIONAL VISIONS IN GERMANY AND THE UNITED STATES* (2002). הנרטיב המקובל מתאר את משקל-העל שניתן במסמכים החוקתיים הקונטיננטליים לכבוד האדם ולפרטיות, כתגובה של העמים האירופיים לזוועות המשטר הנאצי. כדאי לציין, כי ישנם הטוענים שנרטיב זה אינו מדויק. לדבריהם, חשיבות הכבוד (dignity או honor) במשפט הקונטיננטלי נטועה עוד בימי המשטרים המלוכניים, האריסטוקרטיים והפאודליים ששלטו באירופה במשך מאות שנים. משטרים אלה קידשו את הזכות לכבוד אך רק לגבי שכבות מסוימות באוכלוסייה. החברים בשכבות אלה נהגו להגן על כבודם במידת הצורך גם באמצעות קרבות חרבות. ראו James Q. Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, 113 YALE L.J. 1151, 1165–1166 (2004) (להלן: Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy*). ואכן, את מקורותיה העמוקים של הזכות לכבוד בחברה האירופית אפשר לזהות אפילו בשפה, כגון בפניית הנימוס המקובלת בצרפתית בלשון רבים נייטרלית –ג'נדר, *vous*, ובמקבילתה הגרמנית *Sie*. עם הזמן חלחלו נורמות הכבוד גם לשכבות הנמוכות באוכלוסייה, כגון מיעוטים או אסירים. דא עקא, כי לא זו בלבד שתהליך החלחול לא שימש תגובה לעידן הנאצי, אלא שהנאצים עצמם, בהבטחתם להפוך את כל בני העם הגרמני ל"אדונים", הובילו מגמה זאת (מוכן שלא לגבי כל שכבות האוכלוסייה). ראו James Q. Whitman, *On Nazi 'Honor' and the New European 'Dignity,' in DARKER LEGACIES OF LAW IN EUROPE: THE SHADOW OF NATIONAL SOCIALISM AND FASCISM OVER EUROPE AND ITS LEGAL TRADITIONS* 243, 251–262 (Christian Joerges & Navraj Singh Ghaleigh eds., 2003). גם החקיקה הצרפתית של עידן דה-גול, שאימצה את הזכות לפרטיות עוד לפני סיומה הפורמלי של מלחמת העולם השנייה, ניתנת לייחוס לשאיפתו של הגנרל הצרפתי להעניק חסיון ומעטה סודיות למשתפי הפעולה עם הנאצים ולא לקסמן של זכויות האדם (Ordinance of May 6, 1944, J.O., May 20, 1944, p. 418). ראו Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy*, שם, בעמ' 1189–1190.

⁸² Grundgesetz, art. 2, para. 1. ראו גם ס' 10 לחוקה הגרמנית, המגן על פרטיות במכתבים ובאמצעי תקשורת.

זכות הפרט לשלוט באינפורמציה על אודותיו הנמסרת לאחרים.⁸³ הזכות לפרטיות נקלטה במסמכי היסוד של מדינות אירופה. היא מעוגנת, כאמור, בס' 8 לאמנה האירופית לזכויות אדם משנת 1950⁸⁴ ומוגנת בסעיפים 7–8 לחוקת האיחוד האירופי.⁸⁵

המחוקק הישראלי הציב את "כבוד האדם" כאבן היסוד של מגילת זכויות האזרח.⁸⁶ הוא העמיד ערך זה בראש פירמידת הערכים של שיטת המשפט, והעניק לזכות לפרטיות עוגן חוקתי, כאחת הזכויות הנגזרות מכבוד האדם. בכך ניצבת ישראל לצדן של מדינות הקונטיננט, המשתיתות את מגילת זכויותיהן על הערך של כבוד האדם, אל מול הגישה החוקתית האמריקנית, המבוססת על הערך של חירות מפני התערבות שלטונית.⁸⁷ הבחנה זאת אינה הצהרתית או תיאורטית בלבד. יש לה השלכות מהותיות

⁸³ כך נפסק ב-1983 בפסק הדין הידוע של בית המשפט החוקתי בעניין חוק מרשם האוכלוסין (BVerfGE 65, 1) (טקסט ההחלטה נמצא ב- www.datenschutz-berlin.de/gesetze/sonstige_volsz.htm (בגרמנית)). ראו בהרחבה, Eberle; וכן Matthew W. Finkin, *Menschenbild: The Conception of the Employee as a Person in Western Law*, 23 COMP. LAB. L. & POL'Y REV. 577 (2002). הזכות לפרטיות אינה מופיעה מפורשות בחוקת צרפת, אך בית המשפט החוקתי הצרפתי פירש את החוקה ב-1995 כמגנה על הפרטיות (Décision 94-352 du Conseil Constitutionnel du 18 Janvier 1995). ס' 9 לקודקס האזרחי הצרפתי קובע: "לכל אדם זכות לפרטיות"

(Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 art. 22 Journal Officiel du 19 juillet 1970).

⁸⁴ ס' 8 ל-ECHR קובע: "Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. (2) There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others"

⁸⁵ Charter of Fundamental Rights of the European Union, arts. 7–8, 2000 O.J. (C 364) 1 (ראו טקסט ב- www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf).

⁸⁶ אורית קמיר **שאלה של כבוד – ישראליות וכבוד האדם** (2004); רות גביון מכנה את כבוד האדם "לא עוד אחת מזכויות האדם, אלא העיקרון שממנו נגזרות זכויות האדם כולן... במובן זה כבוד האדם הוא המקור לכל הזכויות" (גביון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 63).

⁸⁷ מיכאל בירנהק סבור, כי המשפט הישראלי השתייך לתפיסה האירופית עוד לפני חקיקתו של חוק היסוד, אלא שנוצר פער של ממש בין החוק ובין יישומו. לדעתו, חוק היסוד אינו הגורם למהפך המתואר במאמר. אורית קמיר משווה במאמרה (קמיר, לעיל ה"ש 80), בין הערך של "שוויון החירות" (האמריקאי), שעל פי הגדרתו של ישעיהו ברלין הוא "חירות שלילית" ("חירות מ...") כלומר: חירות הפרט מפני עריצות המדינה והתערבות יתר בענייניו ובין הערך של כבוד האדם (הקונטיננטלי), הנעוץ ביסודו בציווי הקטגורי של עמנואל קאנט – יש לנהוג בכל אדם כתכלית ולעולם לא כאמצעי. ראו קמיר, שם, והטקסט הנלווה לה"ש 6 ו-30. ההפניות הן 55

על יישומן של זכויות היסוד, ולענייננו – הזכות לפרטיות בחקיקה, ברגולציה ובפסיקה בישראל.

טלו, לדוגמא, את מאגרי המידע המקיפים המוחזקים בידי חברות פרטיות. מאגרים כאלה עשויים להחזיק מידע אישי רב, חלקו פרטי ורגיש מאוד, על הרגלי צריכה ומצב פיננסי של לקוחות (מאגרים שבידי בנקים או שירות נתוני אשראי), מצב בריאותי (מאגרים שבידי חברות ביטוח), היסטוריית גלישה באינטרנט (מאגרים שבידי ספקיות שירותי אינטרנט או מנועי חיפוש), תנועות גיאוגרפיות (מאגרים שבידי חברות סלולר) או אינטגרציה של כל המידע האישי לגבי האדם שהוא בר-איסוף (מאגרים שבידי חברות אגירת מידע data aggregators, כגון Choicepoint או Axiom). אם הזכות לפרטיות מבוססת על חירות מפני התערבות שלטונית, הרי שפעולתם של מאגרי מידע המוחזקים בידי הסקטור הפרטי אינה מעוררת בעיית פרטיות. יתר על כן: גם פעולות של המדינה, שמידת התערבותן בחיי הפרט מינימלית (כגון סריקת כל תכתובת האי-מייל במדינה בידי תוכנות המזהות מילות מפתח "חשודות") ואינן מכבדות על האזרח (או אף ידועות לו), אינן מעלות שאלות חוקתיות של פרטיות. לעומת זאת, אם הזכות לפרטיות מבוססת על הערך של כבוד האדם, הרי שגם פעולות של הסקטור הפרטי גם פעולות של המדינה שאינן מכבדות על האזרח עלולות לפגוע בזכותו החוקתית.

רות גביון דנה בכך, בצינה כי "הסכנה במאגר [מידע – ע"ט] כזה איננה רק... החשש לשימוש לרעה. אחת מהסכנות במאגרים שכאלה היא הידיעה שאתה – כל אחד מאיתנו, כל אחד מהאנשים – הוא מספר, הוא פרופיל, שכל אחד יכול להפעיל כפתור ולקבל אותו. הפגיעה הזאת היא פגיעה של כבוד".⁸⁸ זוהי גם גישתו של לורנס לסיג, הכותב בספרו *Code Version 2.0*, בהידרשו לחיפוש משטרתיים ומודיעיניים סמויים, כגון סריקת תכתובת אי-מייל המונית, כי "אף אם החיפוש אינו מכביד על אף אחד, או אף ידוע לאדם כלשהו, תפיסה כזאת של הזכות לפרטיות רואה בעצם ביצוע החיפוש פגיעה בכבוד האדם... על פי תפיסה כזאת, חיפוש ללא חשד סביר פוגע בכבוד האדם, בין אם הוא מכביד על האזרח ומתערב בחייו ובין אם לאו".⁸⁹

ואכן, המשפט האירופי כולל מארג צפוף של חוקים ורגולציות החלים על בעלים, מחזיקים ומנהלים של מאגרי מידע. לעומת זאת, המשפט האמריקאי מותיר את התחום להסדרה פרטית באמצעות הסכמים, קודים אתיים וסטנדרטים ענפיים, למעט

לישעיהו ברלין **ארבע מסות על חירות** (1971); ולעמנואל קאנט **הנחות יסוד למטפיסיקה של המידות** (1950).

⁸⁸ גביון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 69.

⁸⁹ Lawrence Lessig, *CODE: VERSION 2.0*, 211 (2006) (בתרגום חופשי של המחבר). ברוח האידאולוגיה של לסיג אפשר להוריד את הספר כולו באינטרנט ב-<http://codev2.c>.

מאגרי מידע בענפים ספציפיים, המוסדרים בחקיקה מיוחדת.⁹⁰ כפי שנראה להלן, מצטרפת ישראל, כפועל יוצא מגישתה החוקתית כלפי הזכות לפרטיות, אל הצד האירופי של המתרס, שלפיו מאגרי מידע פרטיים מחייבים הסדרה חוקית ופיקוח רגולטורי.

את הפער הנוצר בתפיסה החוקתית של הפרטיות משני עברי האוקיאנוס האטלנטי מדגימה היטב הפרשה שהתעוררה לאחרונה סביב נסיונותיה של ממשלת ארצות הברית לאגור מידע אישי רב ככל האפשר על נוסעים בטיסות לארצות הברית, במסגרת המאבק בטרור והמחדלים המודיעיניים של 11 בספטמבר 2001. ראשית הפרשה בדרישתו של המשרד לבטחון פנים האמריקאי (Department of Homeland Security) מחברות התעופה המפעילות טיסות לארצות הברית להעביר לרשותו את כל המידע הנאגר במערכת ההזמנות הממוחשבת על נוסעים המתעתדים לטוס למדינה זו. מידע זה כולל אינפורמציה בסיסית, כגון שם, כתובת, פרטי התקשרות ומספר דרכון, אך גם מידע רגיש יותר, כגון אמצעי תשלום (כולל מספר כרטיס אשראי), מספר תיקים ומזוודות, סידורי לינה בארצות-הברית (אם ההזמנה בוצעה באמצעות סוכן נסיעות) והעדפות קולינריות בטיסה (שמהן אפשר להסיק פרטים על דתו של הנוסע).⁹¹ חברות התעופה האירופיות חששו, כי בהעברת המידע המבוקשת יהיה משום הפרה של דיני הפרטיות והגנת המידע האירופיים; וכך מצאו את עצמן בין הפטיש ובין הסדן – בין איומן של הרשויות האמריקאיות כי לא יוכלו לטוס לארצות הברית מבלי להעביר את המידע ובין אזהרתן של הרשויות האירופיות כי יוחזקו כמפרות חוק באירופה (כולל הוראות שנפקותן פלילית) אם תקיימנה את הדרישה.⁹² על פי הגישה האמריקאית, סריקת מידע מסוג זה על כלל הנוסעים אינה מעוררת בעיה של פרטיות ומכל מקום, בעיית הפרטיות היא משנית לשיקולי הביטחון. על פי הגישה האירופית, מדובר בהעברת מידע שלא למטרה אשר לשמה נאסף, לגופים שאינם עומדים בסטנדרטים המחמירים של הגנת הפרטיות החלים באירופה, תוך פגיעה בפרטיות של הנוסעים.

כדי ליישב את המחלוקת קיימו הנציבות האירופית וממשלת ארצות הברית משא

⁹⁰ ראו להלן, ה"ש 99–150 והטקסט הנלווה.

⁹¹ ראו, למשל, Feds order airlines to divulge passenger details (Cnet, 21.9.04) at http://news.com.com/Feds+order+airlines+to+divulge+passenger+details/2100-1029_3-5376365.html.

⁹² לעמדת הרשויות האירופיות ראו חוות דעתה של ועדת ס' 29, המורכבת מנציגי הגנת המידע במדינות האיחוד ב- Opinion 2/2004 on the Adequate Protection of Personal Data Contained in the PNR of Air Passengers to Be Transferred to the United States' Bureau of Customs and Border Protection (US CBP) (9.1.2004, MARKT/10019/04/EN, WP .87).

ומתן, שבסיומו הגיעו להסכמות בדבר העברת מידע בקנה מידה צנוע יותר, המעוררת פחות חששות לגבי פרטיותם של הנוסעים.⁹³ אלא שהפרלמנט האירופי סירב לקבל את ההסדר ותקף את חוקיותו בבית הדין האירופי העליון (European Court of Justice) במקום מושבו בלוקסמבורג, וזה אכן פסק במאי 2006 כי ההסדר הושג על ידי הנציבות בלא סמכות, ומכאן שאינו חוקי.⁹⁴ כך שבו הצדדים למשבצת הראשונה ונאלצו לנהל משא ומתן מחודש במטרה להגיע להסדר שיעמוד הן בדרישות הביטחון של הרשויות האמריקניות הן בדרישות הפרטיות של הרשויות האירופיות, וכל זאת בלחץ של זמן, שכן בית הדין האירופי קבע כי ההסכם המקורי יפקע בסוף חודש ספטמבר 2006. במהלך אוקטובר 2006 הושג הסכם חדש, אך לנוכח קוצר הזמן נקבע, כי מדובר בהסכם זמני שיעמוד בתוקפו רק עד יולי 2007.⁹⁵ גם הסכם זה כבר זכה לקיתונות של רותחין הן מצד חברי הפרלמנט האירופי⁹⁶ הן מצד רשויות אכיפת החוק והביטחון הלאומי בארצות הברית.⁹⁷

לסיום פרק זה חשוב להעיר, כי אני טוען שבאירופה "יש יותר פרטיות" מאשר בארצות הברית. עצם הגדרתה של הזכות לפרטיות, קל וחומר בחירת הדרכים

⁹³ Agreement between the European Community and the United States of America on the processing and transfer of PNR data by air carriers to the United States Department of Homeland Security, Bureau of Customs and Border Protection (Signed in Washington on 28.5.2004), available at http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/adequacy/pnr/2004-05-28-agreement_en.pdf. ההסכם קבע, בין השאר (1) אילו קטגוריות של מידע יועברו לרשויות; (2) כי הרשויות תוכלנה להשתמש במידע רק למטרות מצומצמות (בעיקר מניעת טרור); (3) מגבלות על העברת המידע לרשויות או גופים אחרים; (4) מגבלות על תקופת ההחזקה של המידע (שלוש וחצי שנים); (5) זכות עיון ותיקון של הנוסעים במידע המוחזק על אודותיהם.

⁹⁴ Joined Cases C-317/04 and C-318/04, European Parliament v. Council of the European Union and Commission of the European Communities (30.5.2006), available at http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/adequacy/pnr/judgement_ecj_30_05_06_pnr_en.pdf.

⁹⁵ Agreement between the European Union and the United States of America on the processing and transfer of passenger name record (PNR) data by air carriers to the United States Department of Homeland Security (Signed in Washington on 19.10.2006), available at http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/adequacy/pnr/2006_10_accord_US_en.pdf. ראו גם חוות דעתה של ועדת ס' 29 לגבי יישום ההסכם ב- Opinion 2/2007 on information to passengers about transfer of PNR data to US authorities (15.2.2007, WP 132).

⁹⁶ ראו דיון בפרלמנט האירופי מ- 11.10.2006 <http://www.statewatch.org/news/2006/oct/eu-usa-pnr-debate.pdf>.

⁹⁷ ראו, למשל, (The Register, 10.10.2006), available at www.theregister.co.uk/2006/10/10/pnr_stitchup.

האופטימליות להגנתה, אינה משימה פשוטה. פרטיות אינה רק עניין משפטי, אלא גם עניין חברתי.⁹⁸ וישנם הטוענים, כי בעיקר בתחום זה אמצעי האכיפה והמודעות הציבורית חשובים אף יותר מהכללים המהותיים וכי אלה יעילים דווקא בארצות הברית, שם רווחת אכיפה פרטית על ידי אזרחים מודאגים יותר מאשר באירופה, המתבססת על אכיפה של ביורוקרטיה רגולטורית. אני טוען, כי מדובר בשתי גישות שונות וכי ישראל, עם חקיקת חוק היסוד והשינויים הצפויים בחוק הגנת הפרטיות, נוטה יותר ויותר לגישה הקונטיננטלית.

ג. מהיעדר אכיפה לרפורמה מקיפה: התפיסה הרגולטורית

נראה, כי אין נושא המשקף את הפער בין הגישה האמריקנית ובין הגישה האירופית לזכות לפרטיות כמו תחום הגנת המידע האישי (data protection). המשפט האירופי מעלה את זכות הפרט להגנת מידע אישי לדרגה של זכות יסוד חוקתית.⁹⁹ ב-1995 נתקבלה באיחוד האירופי דירקטיבת הגנת המידע (95/46/EC),¹⁰⁰ הקובעת כללים מפורטים לשמירת פרטיותם של מושאי המידע ומחייבת הקמתן של נציבויות הגנת מידע מדינתיות (Data Protection Authorities או בקיצור DPAs), שפעילותן

⁹⁸ כך, למשל, צרפתים אינם נוהגים לדבר על משכורותיהם ועל שווי נכסיהם, בניגוד לאמריקנים שאינם מהססים לחשוף פרטים אלה גם בשיחות חולין. אולם בצרפת נוהגות נשים לרחוץ בים בלא חזייה, בעוד שבארצות הברית התנהגות כזאת תיחשב לפגיעה קשה בפרטיות ובמוסר הציבורי. האמריקנים גם יזדעזעו לנוכח סמכותם של פקחים צרפתים לבדוק האם אזרחים מחזיקים בביתם מקרן טלוויזיה מבלי ששילמו אגרה. חדירה כזאת אל קודש הקודשים של פרטיות האזרח (ביתו ומקרן הטלוויזיה שלו) נתפסים כהפרת הזכות לפרטיות בארצות הברית. נתונים אמפיריים מראים, כי שיעור הציתותים והאזנות הסתר בארצות הברית נמוך באופן ניכר מבמדינות הקונטיננט. ראו Paul M. Schwartz, *German and U.S. Telecommunications Privacy Law: Legal Regulation of Domestic Law Enforcement Surveillance*, 54 HASTINGS L. J. 751 (2003); וכן בירנהק, לעיל ה"ש 23.

⁹⁹ ס' 8 לחוקת האיחוד האירופי (הטעונה עדיין אשרור של המדינות החברות) קובע כדלקמן: (1) "Everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her. (2) Such data must be processed fairly for specified purposes and on the basis of the consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law. Everyone has the right of access to data which has been collected concerning him or her, and the right to have it rectified. (3) Compliance with these rules shall be subject to control by an independent authority"

¹⁰⁰ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (להלן: "דירקטיבת 95/46").

מתואמת על ידי הגוף האחראי על הגנת מידע בנציבות האירופית בבריסל.¹⁰¹ ב-2002 נחקקה דירקטיבת הפרטיות באמצעי תקשורת אלקטרוניים (2002/58/EC), המפרטת ומרחיבה את דירקטיבת הגנת המידע בכל הנוגע לספקיות שירותי תקשורת, אינטרנט וסלולר.¹⁰² הדירקטיבות אומצו כנדרש במשפט המדינתי על ידי כל מדינות האיחוד באמצעות חקיקה מקומית.¹⁰³ דיני הגנת המידע, החלים במגזר הציבורי והפרטי כאחד, נובעים מהזכות החוקתית לפרטיות ומנגזרתה, הזכות ל-informational self-determination. הם יוצאים מנקודת הנחה, כי מידע אישי הוא נחלת הפרט וכי השליטה בשימוש במידע ובהעברתו צריכה להישמר בידיו של הפרט.

לעומת זאת, בארצות הברית מידע אישי הנאסף במאגרי מידע נחשב לרכושו של בעל המאגר. למעט מאגרי מידע בענפים ספציפיים, המוסדרים בחקיקה מיוחדת,¹⁰⁴ תופעת מאגרי המידע אינה נתפסת כמעוררת בעיה של פרטיות. מידע אישי הוא נכס עובר לסוחר,¹⁰⁵ שמן בגלגלי כלכלת השוק, המבוססת על תנועה חופשית של אינפורמציה.¹⁰⁶ זאת ועוד: עצם המחשבה על הפקדת פרטיותו של האזרח בידיו

¹⁰¹ ראו http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy.

¹⁰² Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications) (להלן: דירקטיבת 2002/58).

¹⁰³ ראו Status of implementation of Directive 95/46 on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data, available at <http://ec.europa.eu/Data> justice_home/fsj/privacy/law/implementation_en.htm, למשל, באנגליה Protection Act 1998, 1998 Chapter 29, available at www.opsi.gov.uk/ACTS/acts/1998/19980029.htm.

¹⁰⁴ ראו, למשל, בעניין מאגרי מידע של חברות שירותים פיננסיים: Gramm-Leach-Bliley Act of Health Information; מידע רפואי: 1999, Pub. L. No. 106-102, 113 Stat. 1338 Portability and Accountability Act (HIPAA), Pub. L. 104-191, 110 Stat. 1936 Fair Credit Reporting Act (FCRA), Pub. L. No. 90-32, 15 (1996); שירות נתוני אשראי: U.S.C. § 1681 et seq. (2000). אין מקום לחפש הרמוניה במסגרת החקיקה המפוזרת בנושא זה. כך, למשל, נחקק בארצות הברית חוק מיוחד להגנת הפרטיות ברישומי ספריות הווידאו על אודות סרטים ששאלו מנויים (Video Privacy Protection Act of 1988 (codified as 18 U.S.C. § 2710 (2002)). זאת, בעקבות השערורייה הציבורית שהתעוררה בארצות הברית לנוכח פרסומה בעיתונות של היסטוריית הצפייה של השופט רוברט בורק, שופט ארכי-שמרן ומתנגד קולני לפורנוגרפיה, בעת שמועמדו לבית המשפט העליון נידונה בסינט. ראו www.epic.org/privacy/vppa.

¹⁰⁵ Julie E. Cohen, *Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object*, 52 STAN. L. REV. 1373 (2000).

¹⁰⁶ Richard A. Posner, *The Right to Privacy*, 12 GA. L. REV. 393 (1978); אך ראו Richard

רגולטורים, מפקחי פרטיות והגנת מידע¹⁰⁷ מטעם המדינה (ה-DPAs),¹⁰⁸ מעוררת תמיהה בקרב משפטנים אמריקנים, האמונים על הגנת הפרטיות מפני המדינה ולא באמצעותה. בארצות הברית המדינה היא הנתפסת כאויבת הגדולה של הפרטיות, בעוד שמנגנוני השוק ואמצעים טכנולוגיים פועלים להבטחת מידה רצויה (ויעילה) של פרטיות לאזרח. באירופה המדינה היא זאת המופקדת על הגנת הפרטיות מפני תאגידים תאבי בצע וכוח.

בישראל, כבמדינות אירופה, ובניגוד לארצות הברית, נחקק חוק מקיף המסדיר את הגנת הפרטיות והמידע האישי בין כלפי המדינה בין כלפי המגזר הפרטי. ולא זו בלבד, אלא שחוק הגנת הפרטיות, המייחד פרק לטיפול במאגרי מידע,¹⁰⁹ הוא אחד מדברי החקיקה הראשונים בעולם העוסקים בנושא.¹¹⁰ נתוני פתיחה אלה עשויים היו להקנות לישראל ניסיון רב באכיפת החוק ובפרשנותו, אלמלא העובדה שפרק מאגרי המידע בחוק כמעט שלא נאכף לאורך השנים.¹¹¹ בשנים האחרונות, במקביל לאימוצה של הפרדיגמה החוקתית הקונטיננטלית, נעה ישראל לעבר המסגרת החוקית-רגולטורית האירופית להגנת הפרטיות, בכלל, והמידע האישי, בפרט. ראוי לציין בהקשר זה

S. Murphy, *Property Rights in Personal Information: An Economic Defense of Privacy*, 84 GEO. L.J. 2381 (1996)

¹⁰⁷ כותרת תפקידו של הרגולטור הבריטי, "נציב האינפורמציה" (Information Commissioner), דומה כאילו נלקחה מספר של ג'ורג' אורוול (כותרת זאת נובעת מהיותו של הנציב הבריטי ממונה לא רק על הפרטיות והגנת המידע, אלא גם על חופש המידע [Freedom of Information]). ראו אתר הנציבות הבריטית (הכולל חומר רב ונגיש מאוד בנושא) www.ico.gov.uk

¹⁰⁸ למען הדיוק יש לציין, כי דירקטיבת הגנת המידע 95/46 מחייבת הקמתן של הנציבויות כגופים עצמאיים, שאינם כפופים למדינה אלא לחוק בלבד. ראו ס' 28(1) לדירקטיבה, הקובע: "These authorities shall act with complete independence in exercising the functions entrusted to them"

¹⁰⁹ פרק ב לחוק הגנת הפרטיות. פרק ד, שהוסף לחוק הגנת הפרטיות (תיקון), התשמ"ה-1995, ס"ח 52, עוסק בהעברת מידע בין גופים ציבוריים.

¹¹⁰ לאמנה הבין-לאומית הראשונה בתחום זה ראו Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108) (Strasbourg, 1981). חוק הגנת המידע הראשון בעולם נחקק במדינת הסה בגרמניה ב-1970. גרמניה חוקקה את חוק הגנת הפרטיות הפדרלי הראשון ב-1977 (Bundesdatenschutzgesetz) (1977 (BDSG).

¹¹¹ עד לפסק הדין בעניין האגודה לזכויות האזרח, שיידון להלן בה"ש 133-150 והתקסט הנלווה, דן בית המשפט העליון בהליך אכיפה של הגוף הממונה על יישום החוק, רשם מאגרי המידע, רק פעם אחת, בע"א 439/88 מדינת ישראל נ' ונטורה, פ"ד מח(3) 808 (1994). ראו גם הערות המועצה הציבורית להגנת הפרטיות לדו"חות רשם מאגרי המידע באתר המועצה www.justice.gov.il/MOJHeb/HaganatPratiut/Pirsumim

התפתחויות אחדות.

ראשית, לנוכח הגירעון בפעילות אכיפה הוקמה ב-2006 במשרד המשפטים רשות חדשה – "הרשות למשפט, טכנולוגיה ומידע", בראשותו של עו"ד יורם הכהן.¹¹² הרשות היא איחוד אדמיניסטרטיבי של שלוש יחידות במשרד המשפטים, הפועלות על פי חוק: רשם מאגרי מידע,¹¹³ רשם גורמים מאשרים¹¹⁴ ורשם שירותי נתוני אשראי ושירותי מידע על עוסקים.¹¹⁵ אתר האינטרנט של משרד המשפטים מסביר, כי הרשות הוקמה "לקידום המשק הטכנולוגי הישראלי, לעידוד השימוש בתשתיות מחשוב, להתמודדות עם ריבוי עבירות המחשב והמידע, לחיזוק ההגנה על הפרטיות, לייעול תהליכי פיקוח ואכיפה ולביסוס אמון הציבור בסחר אלקטרוני". בכך פוסעת ישראל בנתיב הרגולציה האירופית, המפקידה רשות ציבורית על הגנת פרטיותם של האזרחים ועל הסדרת הנושא של מאגרי המידע. כמו ה-DPAs האירופיים, ממונה ראש הרשות לא רק על פעילות פיקוח ואכיפה, אלא גם על ייעוץ משפטי למשרדי הממשלה ועל קידום יוזמות חקיקה בתחום.

שנית, במשרד המשפטים הוקם צוות בין-תחומי בראשותו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (חקיקה), יהושע שופמן, שתפקידו לגבש המלצות לרפורמה מקיפה בפרק ב לחוק הגנת הפרטיות. הצוות הגיש בינואר 2007 את המלצותיו,¹¹⁶ העומדות להיכלל בתזכיר חוק שמכניח מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים. צוות נוסף בחן מחדש את ההסדר החל על העברות מידע בין גופים ציבוריים מכוח פרק ד לחוק הגנת הפרטיות. הרפורמה בפרק ב היתה נחוצה בעיקר בשל השינויים הטכנולוגיים המפליגים מאז חקיקתו ב-1981, ובראשם התפתחות רשת האינטרנט והדיגיטליזציה של מאגרי המידע, המאפשרת אגירה בלתי-מוגבלת של נתונים עם יכולות אחזור, חיפוש, הצלבה וניתוח ("כריית מידע"), שקשה היה לצפות את קיומן לפני יותר מ-20 שנה.¹¹⁷ דו"ח שופמן ממליץ על שורה של צעדים, שנועדו בין השאר להגביר את רמת האכיפה ולהתאים את המסגרת החוקית בישראל לזאת הנוהגת

¹¹² ראו www.justice.gov.il/MOJHeb/RashutTech ; וכן www.justice.gov.il/MOJHeb/Hodaot.Hadover/200608/NEWS_DOVER/yoram+cohenhtm.

¹¹³ ס' 10 לחוק הגנת הפרטיות.

¹¹⁴ ס' 9 לחוק חתימה אלקטרונית, התשס"א-2001, ס"ח 212.

¹¹⁵ ס' 3 לחוק שירותי נתוני אשראי, התשס"ב-2002, ס"ח 105.

¹¹⁶ דו"ח שופמן, לעיל ה"ש 65.

¹¹⁷ דו"ח שופמן, שם, בעמ' 5. על כריית מידע ראו Tal Zarsky, *Mine Your Own Business! Making the Case for the Implications of the Data Mining of Personal Information in the Forum of Public Opinion*, 5 YALE JOURNAL OF LAW AND TECHNOLOGY (2002–2003).

הוכחת נזק בסכום שלא יעלה על 50,000 שקלים (100,000 שקלים במקרה של פגיעה מכוונת) – סעד הצפוי להגביר את האכיפה הפרטית על ידי נפגעים שבעבר סבלו מהיעדר תמריץ לתבוע.¹²⁴ (2) חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 40), התשס"ח–2008, המתאים את רמת ההגנה מפני דואר זבל (spam) המופץ באמצעי תקשורת אוטומטיים, כגון מערכות חיוג אוטומטי, דואר אלקטרוני, SMS או פקסימיליה, לזאת הנהוגה באירופה מכוח דירקטיבת 2002/58.¹²⁵ (3) תזכיר חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ו–2005, שיסדיר את נושא אחריותן של ספקיות שירותי האינטרנט לתוכן שחובר על ידי גולשים ואת נושא חשיפת זהותם של גולשים אנונימיים.¹²⁶

¹²⁴ ס' 29א לחוק הגנת הפרטיות.

¹²⁵ המדובר בהסדר של opt-in, שלפיו אפשר לשלוח הודעות רק למי שהתיר לעשות כן במפורש, לעומת ההסדר הנוכחי של opt-out, שלפיו אפשר לשלוח הודעות לכל מי שלא דרש את הפסקת המשלוח. דו"ח שופמן נדרש להתאמת ההסדר החל על דיור ישיר בחוק הגנת הפרטיות (ס' 17ג–17ט לחוק) לזה המוצע בחוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 40), התשס"ח–2008, ס"ח 518 מיום 1.6.2008. ראו דו"ח שופמן, לעיל ה"ש 65, בעמ' 62–63.

¹²⁶ תזכיר חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ו–2005, פרק ד. לאחריותן של ספקיות שירותי אינטרנט לתוכן שחובר על ידי גולשים, ולשאלה הקשורה בדבר חובתן של ספקיות השירות לחשוף את זהותם של הגולשים למטרות תביעה על ידי צד שלישי ראו בר"ע (חי') 850/06 מור נ' ידיעות אינטרנט מערכות אתר YNET, תק-מח 2007 (2) 1837 (2007); ה"פ (ת"א) 541/07 עו"ד יעקב סבו נ' ידיעות אינטרנט (שותפות רשומה), תק-מח 2007 (4) 5805 (2007); בש"א (י-ם) 4995/05 פלונית (קטינה) נ' בזק בינלאומי, תק-של 2006 (1) 11480 (2006); בש"א (ת"א) 173201/06 לוי נ' בזק בינלאומי בע"מ, תק-של 2006 (4) 5939 (2006); ת"א (כ"ס) 7830/00 בורוכוב נ' פורן, תק-של 2002 (2) 1216 (2002); ת"א (שלים ת"א) 37692/03 סודרי נ' שטלרד, תק-של 2005 (3) 1629 (2005); ת"א (שלים ת"א) 37692/03 סודרי נ' היידפארק מרכז הפורמים הישראלי, תק-של 2004 (1) 20473 (2004); בש"א (י-ם) 012 3081/05 קווי זהב בע"מ נ' נבות, תק-של 2005 (4) 20794 (2005); בש"א (חיפה) 5478/06 קי.אס.פי. מחשבים בע"מ נ' ברק אי.טי.אס. (1995) החברה לשירותי בזק בינלאומיים, תק-של 2006 (3) 16416 (2006); בש"א (ת"א) 174875/06 גלבוץ נ' בנאטב, תק-של 2006 (4) 29351 (2006). ראו גם בארצות הברית Recording Industry Ass'n of America, Inc. v. John Doe v. Cahill (Del. Sup. 2005) Verizon Internet Services, 351 F.3d 1229 (D.C. Cir. 2003). לאחרונה עלתה סוגיה זאת לכותרות בעקבות תביעה בסך של מיליארד דולר שהגישה חברת המדיה ויאקום נגד גוגל, בטענה שסרטונים המועלים על ידי גולשים לאתר יוטיוב שבבעלותה מפרים זכויות יוצרים של ויאקום. ראו, למשל, <http://tinyurl.com/yp9485>. שאלת האחריות המשפטית לתוכן המיוצר בידי הגולשים מתחדדת בתקופה המכונה "עידן הווב 2.0". מונח זה מתאר את המהפך שעבר על האינטרנט – ממודל של יצירת תוכן על ידי חברות גדולות, כגון ניו יורק טיימס או דיסני, למודל של יצירת תוכן על ידי גולשים בבלוגים, ברשתות חברתיות, בטוקבקים ובאתרי וידאו, כגון יוטיוב. ראו באופן כללי: Tim O'Reilly, *What Is Web 2.0*, available at www.oreillynet.com/pub/a/oreilly/tim/news/2005/09/30/what-is-web-20.html

רביעית, ישראל הגישה בשנה שעברה בקשה לנציבות האירופית להיות מוכרת כמדינה המבטיחה "הגנה הולמת" לפרטיות מידע אישי, על פי ס' 25 לדירקטיבה 95/46. ס' 25 אוסר להעביר מידע אישי אל מחוץ לתחומי האיחוד האירופי, אלא אם כן מדינת היעד שהמידע מועבר אליה מבטיחה "הגנה הולמת" לפרטיות של מושאי המידע.¹²⁷ הנציבות האירופית ממונה על בחינת ההגנה במדינת היעד ועל הקביעה אם זאת עומדת בדרישות האיחוד, על פי הליך הקבוע בס' 31(2) לדירקטיבת 95/46.¹²⁸ הקביעה חשובה, שכן בהיעדרה עלול להתעורר קושי להעביר מידע ממאגרים המצויים באירופה למאגרים בישראל גם בין רשויות ציבוריות, חברות אם וחברות בת או אף בין מחלקות שונות של אותה חברה.¹²⁹ אמנם, אפשר להעביר מידע אל מחוץ לאיחוד גם למדינות שלא זכו ל"תו תקן" של הנציבות, אך זאת רק עם התקיימם של תנאים מקדמיים נוספים¹³⁰ או מכוח הסדרים חוזיים מפורטים שזכו בעצמם לאישור הנציבות.¹³¹ מכאן עולה החשיבות הפרקטית הגלומה בקירוב הדין הישראלי לדין האירופי כדי למנוע מגבלות סחר אפשריות בין ישראל ובין שותף הסחר הגדול שלה – האיחוד האירופי. חמישית, אחד הנושאים מעוררי המחלוקת גם במשפט האירופי במסגרת דיני הגנת המידע נוגע לשיתוף במידע בין גופים ציבוריים שונים (public sector data sharing). האם במידע שנאסף על ידי הרשות לאיסור הלבנת הון ומימון טרור רשאיות להשתמש גם רשויות כמו מס הכנסה או ביטוח לאומי? האם צה"ל רשאי להעביר

¹²⁷ ס' 25(1) לדירקטיבת 95/46, הקובע: "The Member States shall provide that the transfer to a third country of personal data which are undergoing processing or are intended for processing after transfer may take place only if, without prejudice to compliance with the national provisions adopted pursuant to the other provisions of this Directive, the third country in question ensures an adequate level of protection"

¹²⁸ עד כה אישרה הנציבות העברות על פי ס' 25 לארגנטינה, לקנדה, לשווייץ ולאיי התעלה הבריטית (גורנזי ואייל אוף מאן). ראו http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/thridcountries/index_en.htm. ארצות הברית, אף כי אינה עומדת בדרישות האיחוד, השיגה הסדר מיוחד, לנוכח כוחה המסחרי והפוליטי, שלפיו חברות אמריקניות יכולות להצהיר באופן וולונטרי על קיום עקרונות דירקטיבת 95/46 ולהיכנס ל"מעגן בטוח" (Safe Harbor), שבמסגרתו אפשר להעביר אליהן מידע. ראו אתר ה-Safe Harbor של משרד המסחר האמריקני www.export.gov/safeharbor.

¹²⁹ Alexander Zinser, *International Data Transfer Out of the European Union: The Adequate Level of Data Protection According to Article 25 of the European Data Protection Directive*, 6 TUL. J. TECH. & INTELL. PROP. 171 (2004); Jörg Rehder & Erika C. Collins, *The Legal Transfer of Employment-Related Data to Outside the European Union: Is It Even Still Possible?*, 39 INT'L LAW. 129 (2005).

¹³⁰ ראו ס' 26(1) לדירקטיבת 95/46.

¹³¹ המדובר בהסדר של Standard Contractual Clauses: ס' 26(4) לדירקטיבת 95/46.

מידע למשרד הרישוי? האם ראוי כי משרד הפנים ומרשם האוכלוסין יעבירו מידע לאגף הגבייה של רשות השידור? במילים אחרות: השאלה היא, האם יש לראות במדינה "גוף אחד", הרשאי להשתמש במידע שהשיג לכל מטרותיו, או שמא כל משרד ממשלתי וכל רשות ציבורית היא "אי נפרד", הרשאי לשתף גופים מקבילים במידע שברשותו רק בהסכמת מושא המידע או בתנאים הקבועים בדיון.¹³² שאלה זאת נידונה בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **האגודה לזכויות האזרח**,¹³³ המאיר את השלכותיו של חוק היסוד על יישומם של ההסדרים בחוק הגנת הפרטיות ועל עניינים שחוק הגנת הפרטיות אינו מטפל בהם במפורש.

האגודה לזכויות האזרח עתרה לבג"ץ נגד משרד הפנים בבקשה למנוע גישה ישירה למאגרי המידע של מרשם האוכלוסין על ידי גופים ציבוריים – בהם נציבות מס ההכנסה, המוסד לביטוח לאומי ורשות השידור – ועל ידי הבנקים המסחריים. לטענת האגודה, הגישה הישירה של מאות פקידים אל המידע, בלא בחינה פרטנית האם הם זקוקים לו ובלא קריטריונים באשר לחשיפת המידע, לשימוש בו ולאבטחתו, פוגעת בפרטיותם של מושאי המידע המוגנת בחוק היסוד ובחוק הגנת הפרטיות. זאת ועוד: לחיבור הישיר של הבנקים המסחריים אל מאגר המידע הממשלתי כלל אין היתר בדיון, ומכאן שאין לאפשרו.¹³⁴ המדינה טענה, כי העברת מידע לבנקים ולגופים ציבוריים הכרחית לצורך הבטחת שירות יעיל ומהיר וכי בגופים אלה "נעשה מאמץ" לדאוג לכך שהמידע יגיע רק לאותם עובדים שהוא חיוני לעבודתם.¹³⁵

השופט דורנר פותחת את פסק דינה במילים "הזכות לפרטיות היא בישראל זכות יסוד", ומפנה אל ס' 7 לחוק היסוד.¹³⁶ ברי, כי פסק הדין יעסוק בזכות לפרטיות לא רק כפי שזאת מעוצבת בחוק הגנת הפרטיות, אלא כזכות יסוד חוקתית. השופט דורנר

¹³² Charles Raab & Christine Bellamy, *Joined-Up Government and Privacy in the United Kingdom: Managing Tensions Between Data Protection and Social Policy*, 83(1) PUBLIC ADMINISTRATION 111–133 (2005); UK DCA (Department for Constitutional Affairs), PUBLICSECTOR DATA SHARING – GUIDANCE ON THE Law (London, Department for Constitutional Affairs, 2003).

¹³³ בג"ץ 8070/98 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים**, פ"ד נח(4) 842 (2004). (להלן: **עניין האגודה לזכויות האזרח**). ראו גם עניין **שירותי בריאות כללית**, לעיל ה"ש 52.

¹³⁴ עניין **האגודה לזכויות האזרח**, שם, בעמ' 849.

¹³⁵ עניין **האגודה לזכויות האזרח**, שם, בעמ' 850. לטענת המדינה, מקור הסמכות החוקית הוא ס' 29(ג) לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה–1965, ס"ח 644 (להלן: חוק מרשם האוכלוסין), המאפשר ל"אדם שיש לו לכאורה ענין בדבר" לקבל מידע ממרשם האוכלוסין, בשילוב עם צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של תאגידים בנקאיים), התשס"א–2001, ק"ת 68 (להלן: צו איסור הלבנת הון), המחייב את הבנקים להשוות פריטי מידע מסוימים לנתוני מאגר מרשם האוכלוסין.

¹³⁶ עניין **האגודה לזכויות האזרח**, שם, בעמ' 846.

קובעת, כי יש לבחון כל פגיעה בפרטיות, כמו פגיעה בזכויות האחרות הקבועות בחוק היסוד, על פי הוראות פסקת ההגבלה – הלוא היא ס' 8 לחוק היסוד. על פי פסקת ההגבלה, אפשר לפגוע בזכות חוקתית רק "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת-ישראל, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".¹³⁷

באשר להעברה לגופים הציבוריים, קובעת השופטת דורנר כי אמנם זאת מותרת על פי חוק (ס' 23 לחוק הגנת הפרטיות עצמו),¹³⁸ שנועד לתכלית ראויה (בהקשר זה, מתן שירות יעיל ומהיר לציבור) והולם את ערכיה של מדינת ישראל, אולם ההעברה אינה עומדת בדרישה הנוספת של פסקת ההגבלה – היא **דרישת המידתיות**. ואכן, "השטן מצוי בפרטים הקטנים": בענייני זכויות אדם, פרוצדורות ונהלים הם מגן חשוב מאין כמותו לאזרח הקטן כנגד שרירות לבה של הרשות וכוחו העודף של הממשל. העברת המידע לרשויות ציבוריות באמצעות חיבור ישיר למחשבי מרשם האוכלוסין אינה מידתית, שכן אין כל בקרה על זהות העובדים הנגישים למידע ועל היקף המידע המועבר אליהם. השופטת דורנר קובעת, כי "דרישת המידתיות מחייבת למזער את הפגיעה בזכות לפרטיות על-ידי צמצום מספר עובדי הציבור הנגישים למידע; על-ידי צמצום היקף המידע שנמסר, כך שיועבר רק המידע הדרוש; על-ידי קביעת היקף המידע בהתחשב בחשיבות התכלית שלשמה הוא נדרש".¹³⁹ זאת יש לעשות לא על ידי "מאמצים" של פקידי הרשויות, אלא "בתקנות או למצער בהנחיות מינהליות".¹⁴⁰

¹³⁷ שם, בעמ' 848–849. אמנם, חוק הגנת הפרטיות נחקק לפני חוק היסוד, אשר ס' 10 בו קובע כי אין בהוראותיו כדי לפגוע בתוקפם של דינים שנתקבלו לפניו. אולם השופטת דורנר מציינת, תוך הסתמכות על ס' 11 לחוק היסוד ועל בש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 355 (1995), כי כל רשויות השלטון מחויבות לפרש וליישם גם דברי החקיקה שהיו קיימים לפני חקיקת חוק היסוד על פי אמות המידה הקבועות בפסקת ההגבלה (שם, בעמ' 848–849).

¹³⁸ ס' 23 לחוק הגנת הפרטיות קובע: "(א) מסירת מידע מאת גוף ציבורי אסורה, זולת אם המידע פורסם לרבים על פי סמכות כדין או שהאדם אשר המידע מתייחס אליו נתן הסכמתו למסירה". ס' 23 לחוק קובע סייג לאיסור: "מסירת המידע מותרת, על אף האמור בס' 23 לחוק, אם לא נאסרה בחיקוק או בעקרונות של אתיקה מקצועית – (1) בין גופים ציבוריים, אם נתקיים אחד מאלה: (א) מסירת המידע היא במסגרת הסמכויות או התפקידים של מוסר המידע והיא דרושה למטרת ביצוע חיקוק או למטרה במסגרת הסמכויות או התפקידים של מוסר המידע או מקבלו; (ב) מסירת המידע היא לגוף ציבורי הרשאי לדרוש אותו מידע על פי דין מכל מקור אחר; (2) מגוף ציבורי למשרד ממשלתי או למוסד מדינה אחר או בין משרדים או מוסדות כאמור, אם מסירת המידע דרושה למטרת ביצוע כל חיקוק או למטרה במסגרת הסמכויות או התפקידים של מוסר המידע או מקבלו; אולם לא יימסר מידע כאמור שניתן בתנאי שלא יימסר לאחר".

¹³⁹ עניין **האגודה לזכויות האזרח**, לעיל ה"ש 133, בעמ' 843.

¹⁴⁰ שם, בעמ' 849.

באשר להעברה לבנקים, קובעת השופטת דורנר כי זאת אינה מעוגנת בחוק ומכאן שהיא אסורה. הבנקים הסתמכו בטעוניהם על חקיקה המחייבת אותם לזהות את לקוחותיהם באמצעות מרשם האוכלוסין,¹⁴¹ אלא שחקיקה כזאת, אליבא דשופטת דורנר, אינה מצדיקה חיבור ישיר של מחשבי הבנקים אל מאגרי המרשם. די היה לבנקים בהוראת ס' 29(ג) לחוק מירשם האוכלוסין,¹⁴² המאפשרת להם להגיש שאילתות פרטניות כדי לאמת את זהותם של לקוחותיהם בעת שאלה פונים אליהם. אין לפרש חוקים הדורשים מהבנקים לאמת את זהות לקוחותיהם פרשנות מרחיבה, מדגישה השופטת דורנר, שכן "על הסמכה לפגיעה בזכות אדם להיות מפורשת. אין לפרש חוק כפוגע או כמסמך לפגוע בזכות אדם – ובענייננו הזכות לפרטיות – זולת אם הדבר נקבע בו במפורש".¹⁴³

כמו בעניין פלוני, ניכרת בפסק דין האגודה לזכויות האזרח "המהפכה החוקתית" של הזכות לפרטיות. בניגוד לעניין ועקנין וביטון, לא זו בלבד שבית המשפט העליון אינו מצמצם את הגנת הפרטיות מעבר למתחייב מלשון החוק, אלא שבית המשפט פורש רשת ביטחון חוקתית מסביב לגבולותיו של חוק הגנת הפרטיות (המתיר, כאמור, את ההעברה לרשויות ציבוריות בהוראה מפורשת) ומרחיב על ידי כך את תחולתו. חשוב מכך: זכויותיהם של מושאי מידע על פי פרקים ב, ד לחוק הגנת

¹⁴¹ מדובר בצו איסור הלבנת הון, המוצא מכוח חוק איסור הלבנת הון, התש"ס–2000, ס"ח 82; ובחוק שיקים ללא כיסוי, התשמ"א–1981, ס"ח 136. בפסק הדין נידונו טענות הבנקים בהנחה, שהחיבור למאגרי המידע אכן משמש אך ורק למטרת אימות זהותם של הלקוחות ולא למטרות שונות, כגון הליכי גבייה, בדיקת פרטים של חייבים או דיוור ישיר. ראו, למשל, אייל גונן "פרטיות: האם החזון של אורוול הולך ומתממש?" YNET 29.7.2004 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2955085,00.html.

¹⁴² ס' 29(ג) לחוק מרשם האוכלוסין קובע: "אדם שיש לו לכאורה ענין בדבר רשאי לקבל ידיעה על תאריך לידתו של אדם הרשום במרשם ועל פרטי רישום אחרים שייקבעו בתקנות". תקנות מרשם האוכלוסין (קבלת פרטי רישום של נרשם), התשל"ה–1975, ק"ת 2415; מוסיפות את פרטי הרישום הבאים: שמות ההורים, מקום הלידה, מצב משפחתי, מין, לאום, תאריך עלייה ומספר תעודת הזהות. חוק מרשם האוכלוסין תוקן לאחרונה כדי להתיר גישה ישירה לגופים כגון הבנקים. ראו חוק מרשם האוכלוסין (תיקון מס' 11), התשס"ז–2007, ס"ח 297 (להלן: חוק מרשם האוכלוסין (תיקון מס' 11), המוסיף את ס' 29א לחוק).

¹⁴³ עניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 133, בעמ' 853. בעקבות פסק הדין בעניין האגודה לזכויות האזרח דרשו הבנקים וגופים פרטיים נוספים תיקון חקיקה, שיאפשר להם, במסגרת הקריטריונים שנקבעו בפסק הדין, להתחבר ישירות למאגר מרשם האוכלוסין. לאחרונה התקבל בכנסת חוק מרשם האוכלוסין (תיקון מס' 11), המוסיף את ס' 29א לחוק, שלפיו יתאפשר, בתנאים מסוימים ולגבי פרטים מסוימים, חיבור ישיר לגופים שמוטלת עליהם חובה חוקית או תפקיד בחיקוק. ס' 29א צומצם במידה ניכרת לעומת הגרסה המוצעת המקורית בהמלצתה של המועצה להגנת הפרטיות. ראו הצעת חוק מרשם האוכלוסין (תיקון מס' 9) (מסירת פרטי רישום לגוף הפועל על פי חיקוק), התשס"ה–2005, ה"ח 1199.

הפרטיות נתפסות כחלק מזכותם החוקתית לפרטיות.¹⁴⁴ ההפרה של הכללים החלים על הגנת מידע אישי במאגרי מידע אינה נתפסת כהפרה טכנית, נומינלית, אלא כפגיעה בזכות יסוד חוקתית. בכך מתקרבת ישראל לתפיסה האירופית, שלפיה הזכות לפרטיות כוללת גם זכות ל-informational self determination, קרי: זכות לשליטה על מידע אישי במאגרי מידע.¹⁴⁵

גישה זאת באה לידי ביטוי מובהק במחלוקת שנתגלעה בין שופטי ההרכב סביב טענת הבנקים, כי אף לו היתה פגיעה בפרטיותם של מושאי המידע, הרי שהיתה זאת "פגיעה שאין בה ממש" אשר בגינה אין עילת תביעה מכוח חוק הגנת הפרטיות, כקבוע בס' 6 לחוק.¹⁴⁶ השופט גרוניס, בדעת מיעוט לעניין זה, מקבל את טענת הבנקים וקובע, כי "ככל שישנה פגיעה בזכות לפרטיות, מדובר בפגיעה של מה בכך... המידע האישי אודות הלקוח, אשר מקבל פקיד הבנק ממחשב מרשם האוכלוסין, אינו חורג מן המידע שבתעודת הזהות, המונחת בפניו ממילא".¹⁴⁷ השופט גרוניס סבור, כי המידע האישי על הלקוח הנחשף לפקיד הבנק אשר מתחבר למאגר המידע הממשלתי בטל בשישים לעומת המידע הפיננסי על חשבונותיו, חסכוניותיו ופעולותיו הכספיות של הלקוח, הנמצא ממילא בפני הפקיד. כך שהפגיעה האפשרית של החיבור הממוחשב הישיר בפרטיותו של הלקוח מתגמדת בפני החשיפה שלה נתון הלקוח בהסכמה ומרצון.¹⁴⁸

השופטת דורנר משיבה לנימוק זה: "אף בהנחה – שאיני מקבלת – כי הפגיעה

¹⁴⁴ ראו גם בעניין **שירותי בריאות כללית**, לעיל ה"ש 52, שם קובע השופט רובינשטיין, בפסקה כא לפסק הדין, כי "אין מנוס מפירושן של הוראות ס' 23 לחוק, המאפשר מסירת מידע בין גופים ציבוריים, אשר מהוות חריג לאיסור הפגיעה בפרטיות, על דרך הצמצום (...). לפיכך, פרשנות המתייחסת בזהירות ובצמצום למונח 'גוף ציבורי', עולה בקנה אחד עם התכליות העומדות בבסיס חוק הגנת הפרטיות וכן עם זכותו (החוקתית) של הפרט".

¹⁴⁵ כפי שציינתי לעיל, בטקסט הנלווה לה"ש 87, מיכאל בירנהק חולק על טענה זאת. הוא סבור, כי ישראל משתייכת לגישה האירופית, המעניקה הגנה למידע אישי במאגרי מידע כבר מאז חקיקתו ב-1981 של פרק ב לחוק הגנת הפרטיות, העוסק במאגרי מידע. לדעתי, חשובה ההבחנה בין הגנה חוקית למידע אישי, כקבוע בפרק ב לחוק, ובין הגנה חוקתית, כקבוע בס' 7 לחוק היסודי כפי שפורש בעניין **האגודה לזכויות האזרח**, לעיל ה"ש 133; ולאחרונה בעניין **שירותי בריאות כללית**, שם. אדרבה: לדעתי, זהו בדיוק הבסיס למחלוקת בין השופטת דורנר ובין השופט גרוניס בעניין **האגודה לזכויות האזרח**, שם. ראו להלן ה"ש 146–149 והטקסט הנלווה.

¹⁴⁶ ס' 6 לחוק הגנת הפרטיות, קובע, תחת הכותרת "מעשה של מה בכך": "לא תהיה זכות לתביעה אזרחית או פלילית לפי חוק זה בשל פגיעה שאין בה ממש".

¹⁴⁷ עניין **האגודה לזכויות האזרח**, לעיל ה"ש 133, בעמ' 858–859.

¹⁴⁸ שם, בעמ' 859. השופט גרוניס סבור, כי "הפגיעה בפרטיות שהעותרת קובלת עליה בקשר לפרטים שבמחשב מרשם האוכלוסין, הינה בעלת משקל נוצה ביחס לחשש מפני שימוש לרעה במידע הפיננסי שבידי פקיד הבנק לגבי הלקוח" (שם).

בפרטיות הנוצרת כתוצאה מהתחברות גוף פרטי, דרך קבע, למאגר מידע ממשלתי היא זניחה, הרי שאין בידי להסכים לגישת חברי, הפוטרת פגיעות קלות בזכויות אדם מתחולת פיסקת ההגבלה. מושכלות ראשונים הם כי ניתן לפגוע בזכויות אדם, ובכללן הזכות לפרטיות, רק אם הפגיעה מקיימת את כל ארבעת היסודות המצטברים הקבועים בפיסקת ההגבלה, לרבות היות הפגיעה בחוק או לפי חוק, מכוח הסמכה מפורשת בו. דרישת החוקיות היא איפוא דרישה עצמאית, המצטברת לשאר הדרישות... בכך שהפגיעה היא קלה אין כדי לשחרר מדרישת החוקיות.¹⁴⁹ חשוב להבחין, כי שני השופטים דנים ברמות נורמטיביות שונות של הזכות לפרטיות: השופט גרוניס ברמה החוקית, שבמסגרתה פוטר ס' 6 לחוק הגנת הפרטיות פגיעות קלות כ- *de minimis*; ואילו השופט דורנר ברמה החוקתית, שבמסגרתה דין פגיעה קלה כדין פגיעה חמורה; שהרי זאת גם זאת חייבת לעבור בשעריה של פסקת ההגבלה. ניתוח ההפרה של הוראות "טכניות" לכאורה של חוק הגנת הפרטיות, העוסקות במאגרי מידע, בכלים חוקתיים, והקביעה כי גם מה שהוחרג במפורש בחוק הגנת הפרטיות נופל תחת חוק היסוד מלמדים אותנו, כי המהפך שעברה הזכות לפרטיות מאז עניין **ועקנין הושלם**.¹⁵⁰ אין מדובר עוד בזכות שיורית מדרגה שניה, אלא בזכות חוקתית הנובעת ישירות מערך היסוד של המשפט הישראלי – כבוד האדם.

ד. סוף דבר

חקיקתו של חוק היסוד ועיגונה של הזכות לפרטיות במסגרתו מסמנים שינוי מקיף במעמדה של הפרטיות במשפט הישראלי. השינוי הוא מושגי, בתפיסתה של הפרטיות כזכות יסוד ראשונית, להבדיל מזכות שיורית החלה רק במקום שאינה מתנגשת עם זכויות מקבילות בדינים אחרים. השינוי הוא חוקתי, במעבר מפרדיגמה אנגלו-אמריקנית, המדגישה את עקרון החירות, לפרדיגמה קונטיננטלית, המעלה את כבוד האדם – ומכוחו, את הזכות לפרטיות – לראש פירמידת הערכים של שיטת המשפט. השינוי הוא חוקי, במאמץ להדק את ההגנה החוקית ואת האכיפה הרגולטורית של הזכות לפרטיות, בכלל, ונגזרתה הזכות ל-*informational self determination*, בפרט.

¹⁴⁹ שם, בעמ' 851.

¹⁵⁰ עניין **שירותי בריאות כללית**, לעיל ה"ש 52.