

הגנה על הזכות לפרטיות בזמן מלחמה

מוגש למרכז 'עומק'

1. מבוא

ב-7.10.2023 מדינת ישראל חוותה מתקפת פתע רחבת היקף בגבולה הדרומי שבוצעה על-ידי ארגון הטרור "חמאס". המתקפה כללה תיעוד מקיף ושידור בזמן אמת של המעשים הנפשעים ברשתות החברתיות. המתקפה הניעה את מלחמת "חרבות ברזל". במסגרת הלחימה, נוסף על המאמצים הצבאיים, מדינת ישראל נאלצת להתמודד במאבק מול חמאס גם בזירת ההסברה. על רקע כל אלו, מדינת ישראל עשתה ועודנה עושה שימוש נרחב בתמונות וסרטונים גולמיים מהמתקפה על מנת להמחיש לעולם את אכזריות מחבלי חמאס וצדקת הלחימה מצד ישראל. כך, מצליחה המדינה להיאבק בחזית ההסברתית, אך בד בבד נפגעת הזכות לפרטיות של הקורבנות והנפגעים במתקפה.

בחוות דעת זו נסקור את החקיקה והפסיקה המהווים את הדין הפוזיטיבי בישראל ביחס לזכות לפרטיות בכלל, וביחס להגנה על זכותם לפרטיות של נפגעי פעולות טרור ואיבה בפרט; נציג את הספרות המשפטית בהתייחס לסוגיה, ואת הכללים שפותחו במדינות שונות בעולם שנועדו לאזן בין הזכות לפרטיות לבין זכויות ואינטרסים אחרים, ובייחוד בהקשרי אירועי חירום וטרור. לבסוף, נציע קווים מנחים למתווה חקיקתית עבור הגנה על הזכות לפרטיות בזמן מלחמה. מטרת הסקירה היא להציב תשתית עובדתית ומשפטית מקיפה לשם יצירת מסגרת חוקית מותאמת, תוך איזון הצורך בהסברה יעילה מחד גיסא, והשמירה של זכות הקורבנות לפרטיות, גם לאחר מותם, מאידך גיסא.

למותר לציין כי במסמך זה נתעמק בסוגיית הפגיעה בפרטיות של הקורבנות דרך שימוש בתמונותיהם ובסרטונים. כתוצאה מכך, לא נדרש לסוגיות ספציפיות וחשובות נוספות הנוגעות להפרת הפרטיות בזמן מלחמה. כך למשל, לא נעסוק בסוגיית החדירה לבתי מגורים של תושבי עוטף עזה ללא אישור המפורש, לטובת ביצוע סיורים מודרכים לידוענים ומשפיעני רשת – מה שמעלה שאלות רבות באשר לפגיעה בזכויותיהם החוקתיות לקניין ולפרטיות ומחייב הסדרה וגיבוש מדיניות.

2. תקציר מנהלים

2.1. רקע

בפרק זה יוצג המתח הקיים בין הצורך המהותי בהסברה וניצחון במלחמה על דעת הקהל העולמית, לבין השמירה על זכות הקורבנות והנפגעים לפרטיות – כזכות יסוד בעלת מעמד חוקתי. נעמוד על האתגרים שעומדים בפני מדינת ישראל בהתמודדות עם ההסברה בנוגע למעשי ארגון הטרור חמאס ב-7.10.2023 ועל הצורך באיזון בין האינטרסים השונים בהקשר זה.

2.2. סקירת חקיקה, אמנות בינלאומיות וסמכויות

בפרק זה נסקור את הדין הישראלי הקיים בהיבט החקיקתי, תוך בחינת המוסדות האמונים על הגנת הפרטיות.

תחילה יוצג העיגון לזכות לפרטיות כזכות חוקתית במעמד נורמטיבי עליון שעוגנה במפורש בחקיקת יסוד, יחד עם עיגונה ביתר פירוט בחקיקה ראשית – כאשר המרכזי שבה הינו החוק להגנת הפרטיות, התשמ"א-1981. החוק אינו מתווה הגדרה פוזיטיבית לזכות לפרטיות או את תחומה, אולם מגדיר על דרך השלילה פעולות המהוות פגיעה בפרטיות, וביניהן "תצלום של גופת אדם באופן שניתן לזהותה" תוך התייחסות ספציפית לנפגע באירוע פתאומי. החוק מתווה הגנה אזרחית וכן פלילית על הזכות במקרה של פגיעה בה, תוך איזון למול סייגים המצדיקים פגיעה מסוימת בפרטיות. יצוין כי החוק אינו מגן על פרטיותו של אדם לאחר מותו, אלא מקים עילת תביעה או קובלנה לקרוביו בגין הפגיעה בפרטיות ואפשרות להיכנס בנעליו. עוד תוצג ההתייחסות לזכות לפרטיות באמנות בינלאומיות אשר ישראל חתומה עליהן ובעלות מעמד פרשני בדין הישראלי. יוצג כי הזכות לפרטיות אף מעוגנת בדברי חקיקה נוספים כהגנה המוקנית במקרים מובחנים ונלווים לזכות העיקרית, יחד עם מתן ביטוי לה בכללי האתיקה של מועצת העיתונות והתקשורת וכן בכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו. לבסוף, נטען כי הרשות להגנת הפרטיות היא הגוף האמון על הגנת הפרטיות במדינת ישראל, על ההגנה על הזכות לפרטיות, ועל האסדרה, הפיקוח והאכיפה הפלילית והמנהלית של החוק להגנת הפרטיות – אולם, דומה כי לא עלתה בשעת המשבר הנוכחית כל התייחסות מצד הרשות להגנה על הזכות לפרטיות בשעת מלחמה.

2.3. סקירת פסיקה ישראלית

בפרק זה תוצג הפסיקה הבוחנת את היחס לזכות לפרטיות בפסיקה, ובייחוד כלפי קורבנות מלחמה וטרור תחת הזכות לכבוד המת וכפועל יוצא לזכות החוקתית לכבוד האדם וחירותו, וכן האופן בו בית המשפט מיישמה בפועל. לבסוף, יוצג האיזון הייחודי שנערך בפסקי דין מרכזיים בין זכות המת לפרטיות לבין אינטרסים וצרכים אחרים בעתות חירום ומשבר.

2.4. סקירת ספרות

בפרק זה נסקור את גישתה של הספרות המשפטית לזכות לפרטיות בכלל ולזכות לפרטיות לאחר המוות בפרט. ננתח בפרט את שלושת מקורות האיום על הזכות לפרטיות: המדינה, המשפחה וצדדים שלישיים. נטען, שלמרות הטענה העולה מן הספרות לפיה אין הכרח ביצירת הסדר מתאים למצבי חירום וזאת בשל קיצוניות ונדירות האירועים - נדמה שהגם שמדובר במצבי קיצון, ככל שאלה מתרחשים עולות בהם סוגיות מהותיות בשאלת הפגיעה בזכות לפרטיות, ומכאן שיש להסדיר את ההתייחסות הספציפית למצבים אלה. לצד זאת, נדגיש את התמקדותה של הספרות בשנים האחרונות בזכות לפרטיות בעידן הדיגיטלי וננסה לייצר היקשים מן ההמלצות הנוגעות לאתגרי העניין הדיגיטלי, לענייננו.

2.5. השלכות המצב הקיים

בפרק זה נבחן את השלכות המצב הקיים על זכותם לפרטיות של קורבנות אירועים אלימים, בדגש על קורבנות לאחר מותם. נדגיש שלהשלכות עשויות להיות נפקויות לא רק באירועי טרור, אלא במגוון אירועי חירום, מצבי קיצון ואירועים הרסניים. המצב הקיים מעלה שתי השלכות מרכזיות: ראשית, אין הגדרה סדורה בישראל למעמדה של הזכות לפרטיות, זכות מוגבלת ממילא, של אדם לאחר מותו, לצד היעדר קביעה

בדבר הגורם האמון על הזכות. שנית, נדמה כי אין גורם מוסדי האמון על אכיפה והגנה על הזכות לפרטיות כשזו נפגעת, על אף קיומה של הרשות להגנת הפרטיות. כל אלו מובילים לקושי במימוש והנאה אפקטיבית מהזכות לפרטיות.

2.6. סקירת המשפט משווה

פרק זה יסקור את ההתייחסות לזכות לפרטיות, היקפה ומודל ההגנה עליה בדין המצוי בארה"ב, האיחוד האירופי, בריטניה וצרפת. זאת, כמדינות מרכזיות המהוות מודל רלוונטי לבחינה ביחס לדין הישראלי, וכן ככאלה אשר חוו אירועי טרור לאורך שנות קיומן.

הזכות לפרטיות מוכרת כחלק מהדין באופן מעט שונה בכל מדינה או ארגון. הסקירה מחולקת לשני חלקים: ראשית, הסתכלות על מעמדה הכללי של הזכות לפרטיות, בכדי לבסס את הסביבה החוקית והחוקתית בה מתקיימת. לאחר מכן, בחינה פרטנית של הזכות לפרטיות של נפגעי עבירה או טרור, ולפיכך מיקוד בזכות לפרטיות שלאחר המוות.

2.7. המלצות

נסכם בפרק המלצות הכולל יישום מוצע של המידע המתקבל מהדין הישראלי, הן מהחקיקה והן מהפסיקה, מהספרות ומהמשפט המשווה על הדין הקיים בישראל. כך, נציע לבצע הסדרה בחקיקה הישראלית בסוגיית זכות המתים לפרטיות – ביחס להגדרתה באופן ברור ופוזיטיבי היוצק תוכן לזכות, תוך הגדרת הרשות להגנת הפרטיות כגורם האמון על האכיפה וההגנה עליה וקביעת סמכויותיה. נפרט הסדרים פרטניים שראוי בעינינו להחיל בדין הישראלי, תוך היעזרות במידע המוצג ביוזמה – בהתוויית אמות מידה לבית המשפט בבחינתו פגיעה אפשרית בזכות לפרטיות, בהגדרת עיזבון המנוח כגורם בעל זכותו לפרטיות גם לאחר מותו, וכן בהגדרה בחקיקה לאישור על פרסום בהסכמה, ללא הגבלה קשיחה על חופש הביטוי, חופש המידע וזכות הציבור לדעת, בדומה לחוק הצרפתי אך בתחולה רחבה יותר. זאת, תוך הבחנה בין תיעודים שהופצו על ידי גורמי טרור, לבין אלה שצולמו והופצו על ידי אזרחים וגורמים ישראלים. נעמוד על מדיניות רגולציה "רכה" שכדאי ליישם בעינינו, תוך יישום מנגנונים נוספים לאיזון בין הזכות לפרטיות לבין צרכי ההסברה המשתנים במציאות הישראלית – למשל יישום "צנזורה" כלפי פרסומים הפוגעים בפרטיות, דרישה לקבלת אישור המצולם או בעל זכויותיו לפרטיות לפרסום, או לכל הפחות ביצוע מאמץ סביר לאיתור בעל הזכויות טרם הפרסום.

תוכן עניינים

1	מבוא	.1
1	תקציר מנהלים	.2
1	רקע	.2.1
2	סקירת חקיקה, אמנות בינלאומיות וסמכויות	.2.2
2	סקירת פסיקה ישראלית	.2.3
2	סקירת ספרות	.2.4
2	השלכות המצב הקיים	.2.5
3	סקירת המשפט משווה	.2.6
3	המלצות	.2.7
4	תוכן עניינים	
6	רקע	.3
7	סקירת חקיקה, אמנות וסמכויות	.4
7	הזכות לפרטיות כזכות יסוד	.4.1
7	הזכות לפרטיות בחקיקה הראשית	.4.2
9	סקירת אמנות בינלאומיות	.4.3
10	הזכות לפרטיות בכללי האתיקה	.4.4
10	הרשות להגנת הפרטיות	.4.5
11	סקירת הפסיקה	.5
11	סקירת הפסיקה הישראלית	.5.1
13	ספרות – סקירת הסוגייה	.6
13	מבוא	.6.1
14	הפקדת זכות המת לפרטיות - מקורות האיום של פרטיות	.6.2
15	הזכות לפרטיות בעידן הדיגיטלי ושייכה למשפחה	.6.3
16	סקירת השלכות המצב הקיים	.7
18	סקירת הדין המצוי - משפט משווה	.8
18	ארה"ב	.8.1
20	האיחוד האירופי	.8.2
20	צרפת	.8.3
21	בריטניה	.8.4
21	סיכום	.8.5
22	הדין הרצוי – המלצות	.9

22	סמכות	.9.1
22	דיוק החקיקה, בעזרת החוק הצרפתי	.9.2
23	אסדרה "רכה"	.9.3
23	הצעות נוספות לאיזון הצורך בהסברה עם הצורך בהגנה על הפרטיות	.9.4

3. רקע

בתאריך ה-7.10.2023 חוותה מדינת ישראל מתקפת פתע רחבת היקף של ארגון הטרור "חמאס" על עשרות ישובים ובסיסים צבאיים באזור עוטף עזה והנגב המערבי. חלק נרחב ממתקפת הטרור תועדה ושודרה בזמן אמת ע"י מחבלי החמאס, אשר פרסמו תיעודי זוועה ברשתות חברתיות נגישות לכל, כמו האפליקציה "Telegram"¹, בה ארגון הטרור מחזיק ערוץ בלעדי², ומפרסם בלא-הפרעה וצנזורה סרטונים הקשורים למלחמה.³

פעילותו הענפה של ארגון הטרור ברשתות החברתיות לא מתנהלת בריק.⁴ הנעשה ברשתות החברתיות הופך להיות זה מכבר חלק בלתי נפרד משדה הקרב המודרני,⁵ בו הצדדים השונים עושים שימוש כדי להשפיע על דעת הקהל העולמית לטובתם.⁶ כארגון טרור, חמאס אינו מכפיף עצמו לדין הבינלאומי ופועל באופן מתמשך כדי לנצח ב"מלחמת תודעה"⁷, דבר היוצר מצב בו ישראל נלחמת ברשתות החברתיות "עם יד אחת קשורה מאחורי הגב".⁸

מדינת ישראל מבינה את חשיבות "ההשפעה על דעת הקהל העולמית"⁹, ולאור הלחץ הבינלאומי הרב עמו היא נאלצת להתמודד במהלך המלחמה, מקודמים מאמצים נרחבים בהסברה בינלאומית. כחלק מאותם מאמצים הסברה, דובר צה"ל מציג לעולם תיעוד גולמי של אירועי ה-7 באוקטובר שצולמו ע"י מחבלי החמאס באותו היום. תיעוד זה מכונה "סרט הזוועות" (להלן: "סרט הזוועות").¹⁰ הסרט מכיל תיעודים של אזרחים ישראלים הנמצאים "בצוק העיתים" – תיעודי חטיפה בזמן אמת, רצח של אזרחים תוך התעללות קשה ואף התעללות מינית.¹¹ לצד זאת, משרד החוץ מזמין משפיעני רשת מישראל ומכל העולם, להגיע ולתעד את חורבות יישובי עוטף עזה כחלק ממאמציו להשפיע על דעת הקהל העולמית דרך הרשתות החברתיות.¹²

אל מול חשיבות דעת הקהל העולמית והניסיון להיאבק עליה באמצעות הצגת הזוועות עמן תושבי העוטף נאלצו להתמודד באירועי ה-7 באוקטובר – נפגעת זכותם לפרטיות של החטופים, הנפגעים והחללים באופן

¹ אופיר דור "סרטוני הזוועה של חמאס הוסיפו לו יותר ממיליון וחצי עוקבים בטלגרם" (18.10.2023) <https://www.themarker.com/technation/2023-10-18/ty-article/premium/0000018b-4329-df22-a5eb-4b7942da0000>

² נבו טרבלסי "עם 2 מיליון עוקבים: מה עומד מאחורי ערוץ הטלגרם של החמאס?" (30.12.2023) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001466207>

³ שגיא כהן "חמאס מציף את הרשתות בתכנים מזוועתיים – והחברות מתקשות או לא רוצות לחסום" (11.10.2023) <https://www.themarker.com/technation/2023-10-11/ty-article/premium/0000018b-1f03-d465-abb-1fb734370000>

⁴ יובל מן "ברוכים הבאים לטלגרם, חמאס כבר כאן" (19.10.2023) <https://www.ynet.co.il/digital/refresh/article/iy36evbpo>

⁵ יובל מן "שדה הקרב הדיגיטלי במלחמה עם חמאס" (13.10.2023) <https://www.ynet.co.il/digital/article/2cvylafxu>

⁶ אסף פאסי "חייבים להפנים: במלחמה הזאת הרשתות והטלפונים שלכם הם זירת קרב" (22.10.2023) <https://www.makorishon.co.il/opinion/685227>

⁷ גדעון לב "מודיעין, מיתוג והתאמה לקהל היעד: כך חמאס מנצח בקרב על התודעה" (6.12.2023) <https://www.haaretz.co.il/news/politics/2023-12-06/ty-article-magazine/premium/0000018c-33c1-dc03-a9ec-3ffbe0af0000>

⁸ נירית אנדרמן "במלחמת התודעה אנחנו מפגרים אחרי חמאס בשנות אור" (15.10.2023) <https://www.haaretz.co.il/gallery/media/2023-10-15/ty-article-magazine/premium/0000018b-23d2-dd34-afdf-f7d75a200000>

⁹ צאלה קוטלר הדרי "הטובים לדיגיטל: מאחורי חדר המלחמה הצה"לי שמתרחש בכלל ביוטיוב, בפייסבוק ובטוויטר" (10.5.2019) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001284933>

¹⁰ נועם כהן ויונה לייבוון "סרט הזוועות של דובר צה"ל הוקרן לפני בכירים בהוליווד" (09.11.2023) https://www.mako.co.il/news-entertainment/2023_q4/Article-2ec9253fff1bb81026.htm

¹¹ מיכאל בירנהק ועדי גילת "הסברה אינה חזות הכל. כבדו את פרטיות הקורבנות" (05.11.2023) <https://www.haaretz.co.il/opinions/2023-11-05/ty-article-opinion/premium/0000018b-9edf-d27d-a9fb-defff3650000>

¹² משרד החוץ "ביקור משפיענים בעוטף עזה" (הודעות דוברות 27.10.2023).

בלתי-מידתי. למשל, ביחס ל"סרט הזוועות" כמקרה בוחן, יש לתת את הדעת לכך שמדובר ב"קניין דיגיטלי" שאינו שייך בבלעדיות לממשלת ישראל, ויש להקים לגביו החובה לאזן בין הצורך בניצחון במלחמת ההסברה, לבין הצורך בשמירה על כבודם של החטופים, הנפגעים והחללים המופיעים באותם תיעודים.

4. סקירת חקיקה, אמנות וסמכויות

4.1. הזכות לפרטיות כזכות יסוד

לפני חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הזכות לפרטיות נחשבה כזכות מוגבלת אשר נמוכה בחשיבותה ביחס לזכויות אחרות במקרה של התנגשות ביניהן.¹³ בתקופה זו, החוק העיקרי שהגן על הזכות לפרטיות היה חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.¹⁴ כפי שנראה בהמשך, חוק הגנת הפרטיות אינו מגדיר באופן פוזיטיבי מהי הזכות לפרטיות (אלא התנהגויות אסורות בלבד).¹⁵ כיום, הזכות לפרטיות נמנית כאחת מהזכויות הבודדות המוגנות בחוק-היסוד ונהנית ממעמד חוקתי. סעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הינו הסעיף הקובע את ההגנה על הזכות לפרטיות.¹⁶ בתחילה, ס' 7(א) לחוק-היסוד קובע "זכות אס" לפיה כל אדם זכאי לפרטיות.¹⁷ לאחר מכן, בס' 7(ב)-(ד), חוק-היסוד מונה שלושה מצבים מובחנים המהווים פגיעה בפרטיות שעליהם חוק-היסוד מגן ברמה החוקתית: אסורה הכניסה לרשות האדם ללא הסכמתו;¹⁸ אסור לערוך חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בחפציו;¹⁹ אסור לפגוע בסודותיו של אדם, כתביו או ברשומותיו.²⁰

כמו כן, יצוין כי מבחינה חוקתית, הזכות לפרטיות אינה מוחלטת (בדומה ליתר זכויות היסוד), ופגיעה בה כפופה לתנאי פסקת ההגבלה;²¹ כלומר, על הפגיעה בזכות לנבוע מהסמכה מפורשת בחקיקה ראשית, ההולמת את ערכי המדינה, שנועדה לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. לחילופין, מכיוון שנוון לכתובת יוזמה זו לא נחקק דבר חקיקה המתיר את הפרסום (וככזה הוא היה אמור להיבחן לפי פסקת ההגבלה), ניתן לטעון שבהקשר של יוזמה זו האיזון המרכזי הוא בין ביטחון הציבור לזכות לפרטיות. בהקשר זה לא מיושמת פסקת ההגבלה, אלא המבחן האנכי או מבחני המידתיות המנהליים.²²

4.2. הזכות לפרטיות בחקיקה הראשית

הזכות לפרטיות זכתה להתייחסות והסדרה במספר דברי חקיקה ראשית ובהקשרים שונים בהם נדרשת הגנה מפני פגיעה בה. החוק הרלוונטי המרכזי הוא חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, אולם נציג בנוסף לו דברי חקיקה נוספים המעגנים את הזכות לפרטיות, דבר שיכול להעיד על חשיבותה ומעמדה בעיני המחוקק הישראלי.

¹³ עומר טנא "הזכות לפרטיות בעקבות חוק יסוד כבוד האדם: מהפך מושגי, חוקתי ורגולטורי" **קריית המשפט** ח 39, 39, 46 (תשס"ט).

¹⁴ חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

¹⁵ אהרן ברק **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק** כרך ג 1534-1531, 1583-1582 (יצחק זמיר עורך, 2023).

¹⁶ ס' 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

¹⁷ שם בס' 7(א); ברק, לעיל ה"ש 15, בעמ' 1555.

¹⁸ ס' 7(ב) לחוק הגנת הפרטיות.

¹⁹ שם, בס' 7(ג).

²⁰ שם, בס' 7(ד).

²¹ שם, בס' 8.

²² בג"ץ 4077/12 פלונית נ' **משרד הבריאות**, פ"ד סו(1), 274, פס" 8 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (2013).

חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981

החוק העיקרי הקובע את הכללים להגנה על הזכות לפרטיות בחקיקה הישראלית הוא חוק הגנת הפרטיות.²³ לפי לשון החוק, אין לפגוע בפרטיותו של אדם ללא הסכמתו, אשר לפי הגדרתה בסעיף ההגדרות צריכה להיות "מדעת, במפורש או מכללא".²⁴ החוק לא מגדיר את הזכות לפרטיות או את תחומה,²⁵ אך מגדיר על דרך השלילה מספר פעולות שמהוות פגיעה בפרטיות.²⁶ כחלק מפעולות אלה ניתן למנות "תצלום של גופת אדם באופן שניתן לזהותה".²⁷ בנוסף, בשנת 2011 תוקן החוק ונוספה פעולה נוספת המהווה פגיעה בפרטיות,²⁸ לפיה "אין לפרסם צילום של נפגע באירוע פתאומי באופן שעלול להביכו".²⁹ סעיף זה מגדיר נפגע כ"מי שנפגע מפגיעה גופנית או נפשית עקב אירוע פתאומי ושפגיעתו ניכרת לעין". מעיון בפרוטוקולים של ועדת חוקה, חוק ומשפט שדנה בהצעת התיקון לחוק, ניתן לראות שתיקון זה עבר בעקבות תופעה נרחבת של צילום קורבנות פיגועי טרור בתקופה עובר לתיקון.³⁰

הזכות לפרטיות חולשת על המישור האזרחי והפלילי במשפט הישראלי. פגיעה בפרטיות הינה עוולה נזיקית במסגרת פקודת הנזיקין,³¹ ואם הפגיעה נעשתה בכוונת זדון – זו מהווה עבירה פלילית שעונשה המירבי הוא 5 שנות מאסר.³² על מנת לאזן בין הפגיעה בפרטיותו של אדם לבין זכויות ועניינים אחרים, החוק מונה הגנות, פטורים והקלות ביחס לסנקציה (האזרחית או הפלילית) בגין הפגיעה בפרטיות, ונפרט: ראשית, תינתן הגנה מסנקציה אם הפרסום הוא "מוגן" לפי חוק איסור לשון הרע,³³ אם הפגיעה בפרטיות נעשתה בתום לב לפי רשימת הנסיבות המפורטות בסעיף,³⁴ או לחילופין שהפגיעה מוצדקת בנסיבות העניין לאור עניין (אינטרס) ציבורי,³⁵ שנית, החוק מאפשר לבית המשפט להקל בסנקציה המוטלת על הפוגע בפרטיות, אם הפוגע אינו המפרסם המקורי והוא יכול להוכיח זאת,³⁶ אם לפוגע לא הייתה כוונה לפגוע,³⁷ או אם פורסמה התנצלות מטעם הפוגע וניסיון להפסיק את הפצת הפרסום.³⁸ יש לציין כי גם אם סעיפים אלה יחולו ויפטר או יקלו ברובד העונשי, אין בכוחם כדי לבטל את הפגיעה בפרטיות כשלעצמה. שלישיית, חרף הפגיעה הפוטנציאלית בזכות לפרטיות, יינתן פטור מסנקציה לאדם שהוסמך לבצע מעשה על פי דין,³⁹ ולרשויות הביטחון ומי שפועל מטעמם, כל עוד הפגיעה סבירה ונעשתה לצורך מילוי תפקידם.⁴⁰ בחוק מצויה רשומה של רשויות הביטחון הנהנות מההגנה שמקנה הסעיף, והיא: "משטרת ישראל; אגף המודיעין במטה הכללי והמשטרה הצבאית

²³ חוק הגנת הפרטיות. בנוסף לפרק הרלוונטי לחוות דעת זו העוסק בפגיעה בזכות לפרטיות, החוק עוסק גם בהגנה על הפרטיות במאגרי מידע, דיורור ישיר ומסירת מידע או ידיעות מאת גופים ציבוריים.
²⁴ שם, בס' 1 ר-3.
²⁵ תהילה שוורץ אלטשולר "מבוא" פרטיות בעידן של שינוי 11, 11 (תהילה שוורץ אלטשולר עורכת, 2012).
²⁶ ס' 2-2 לחוק הגנת הפרטיות; ראו גם: מיכאל בירנהק פרטיות חוקתית 27-28 (2023).
²⁷ שם, בעמ' 27-28.
²⁸ חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 11), התשע"א-2011, ס"ח 2291.
²⁹ שם בס' 2(א4).
³⁰ פרוטוקול ישיבה 271 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18, 2, 10, 14 (16.10.2010).
³¹ פקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968.
³² ס' 4-5 לחוק הגנת הפרטיות.
³³ שם בס' 18(1); ראו גם: חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965.
³⁴ ס' 18(2) לחוק הגנת הפרטיות.
³⁵ שם בס' 18(3).
³⁶ שם בס' 22(1).
³⁷ שם בס' 22(2).
³⁸ שם בס' 22(3).
³⁹ שם, בס' 19(א).
⁴⁰ שם, בס' 19(ב).

של צבא-הגנה לישראל; שירות בטחון כללי; המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים; הרשות להגנה על עדים⁴¹.

בנוסף לכך, החוק אינו מגן על פרטיותו של אדם לאחר מותו, אלא מקים עילת תביעה או קובלנה לקרוביו בגין הפגיעה בפרטיות, בכפוף לסד הזמנים.⁴² כמו כן, מקום בו אדם אשר הגיש תובענה או קובלנה בגין פגיעה בפרטיות, נפטר בזמן ההליך, ניתן להמשיך בהליך התביעה רק אם קרובי הנפטר יבואו במקומו.⁴³ נציין שהדבר תואם לעמדה המוצגת בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1965 לפיה אדם כשר לזכויות עד מותו.⁴⁴

4.3. סקירת אמנות בינלאומיות

נקבע בפסיקה שאמנות אינן מהוות חלק מן המשפט הפנימי החל בישראל, אולם הן מהוות התחייבות מדינתית במישור הבינלאומי ההסכמי.⁴⁵ המשמעות הינה שביחס לאמנות ולחקיקה ישראלית, חלה חזקה פרשנית פסיקתית המכונה "חזקת ההתאמה הפרשנית" לפיה יש לפרש את הדין הישראלי בהתאם להוראות האמנה.⁴⁶ על כן, בכדי להחיל את נורמות האמנה, יש צורך בחקיקה ראשית של הכנסת שתאמץ אותן לתחום המשפט הישראלי.⁴⁷ על פי חזקת ההתאמה, מבין שני פירושים אפשריים לדבר חקיקה יש לבחור באותו הפירוש העולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי ההסכמי.⁴⁸ אמנות אלה משפיעות על עיצוב תכליתו האובייקטיבית של הטקסט החוקתי-מדינתי.⁴⁹ משכך, ישנן שתי אמנות בינלאומיות בעלות תוקף נורמטיבי-פרשני בדין הישראלי, המשפיעות על התייחסותו לזכות לפרטיות:

ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם של האו"ם (1948) (להלן: "הכרזת זכויות האדם")⁵⁰

הכרזת זכויות האדם אומצה על ידי העצרת הכללית של האו"ם בתאריך 10.12.1948 ומפרטת את זכויות האדם היסודיות שנדרשות לחול בכל מדינות האו"ם. הזכות לפרטיות מעוגנת בסעיף 12 להכרזה, כך ש"לא יהא אדם נתון להתערבות שרירותית בחייו הפרטיים, במשפחתו, במעונו, בחליפת מכתבים שלו ולא לפגיעה בכבודו או בשמו הטוב. כל אדם זכאי להגנת החוק בפני התערבות או פגיעות באלה".⁵¹

האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (נפתחה לחתימה ב-1966) (אושרה ב-1991)

נוסח דומה לזה המופיע בסעיף 12 להכרזת זכויות האדם, אומץ גם בסעיף 17 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות המעגן את הזכות לפרטיות.⁵² לפי לשון סעיף זה:

⁴¹ שם, בס' 19(ג).

⁴² שם בס' 2 ו-25(א).

⁴³ שם בס' 25(ב).

⁴⁴ ס' 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1965.

⁴⁵ בג"ץ 7146/12 נג'ט סרג' אדם נ' הכנסת, פ"ד סו (1) 717, פס' 7 לחוות דעתה של השופטת ארבל (2013).

⁴⁶ ע"א 9656/08 מדינת ישראל נ' סעידי, פס' 27 לחוות דעתה של השופטת חיות (נבו 15.12.2011).

⁴⁷ אהרן ברק, "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק" כרך א: תורת הזכויות החוקתיות, 60-58 (יצחק זמיר עורך 2023).

⁴⁸ שם, בעמ' 60.

⁴⁹ שם, בעמ' 58.

⁵⁰ ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948).

⁵¹ שם, בס' 12.

⁵² ס' 17 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (נפתחה לחתימה ב-1966) (אושרה ונכנסה לתוקף ב-1991).

"א. לא יהיה אדם נתון להתערבות שרירותית או בלתי-חוקית בצנעת הפרט שלו, במשפחתו, בביתו או בתכתובתו, או לפגיעות בלתי חוקיות בכבודו או בשמו הטוב.

ב. לכל אדם הזכות להגנת החוק נגד התערבויות או פגיעות כאלה."

משכך, עולה כי הוכרה הזכות לפרטיות באמנות בינלאומיות, להן השלכה פרשנית על הדין הישראלי. עם זאת, יצוין כי אין התייחסות מפורשת בפסיקה לזכות לפרטיות ביחס לאמנות בינלאומיות.

4.4. הזכות לפרטיות בכללי האתיקה

הזכות לפרטיות בתקנון האתיקה של מועצת העיתונות והתקשורת בישראל

הזכות לפרטיות בהקשר של אתיקה עיתונאית מנויה בתקנון האתיקה המקצועית של העיתונות.⁵³ תקנון האתיקה העיתונאית חל גם בזמן מלחמה,⁵⁴ ומתיר פרסום מידע הפוגע בפרטיותו של אדם במידה ויש עניין ציבורי בפרסום,⁵⁵ גם אם האדם שזכותו לפרטיות נפגעת אינו מסכים לכך.⁵⁶ אולם, לגבי פרסום הפוגע בפרטיותו של קטין מתחת לגיל 14 – לא ניתן לפרסמו ללא הסכמת הוריו.⁵⁷ בנוסף, בדיווחים הנוגעים לאירועי חירום, התקנון מקים חובת איזון בין השאיפה לדיווח מלא לבין הרגישות הנדרשת מול הקורבנות, הנפגעים ובני משפחותיהם.⁵⁸

הזכות לפרטיות בכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (אתיקה בשידורי טלוויזיה ורדיו)

תחת כותרת הכלל "פגיעה בשם הטוב ובפרטיות" נקבע שלא ישודר משדר באופן שעלול לפגוע בזכות לפרטיות של אדם ללא קבלת הסכמה, אלא אם יש עניין ציבורי בשידור.⁵⁹

4.5. הרשות להגנת הפרטיות

הרשות להגנת הפרטיות (להלן: "הרשות") היא הגוף האמון על הגנת הפרטיות במדינת ישראל, על ההגנה על הזכות לפרטיות, ועל האסדרה, הפיקוח והאכיפה (הפילית והמנהלית) של החוק להגנת הפרטיות הנדון לעיל.⁶⁰ לרשות ארבע מחלקות אשר מחולקות לתחומי עבודתה המרכזיים: ייעוץ משפטי ואסדרה, חדשנות ופיתוח מדיניות, קשרי ציבור וממשל ומחלקת אכיפה מול ארגונים ועסקים.⁶¹ בבדיקה שערכנו, נמצא שהחל מיום 7.10.2023 הרשות פרסמה עשרה פרסומים, אשר אף לא אחד מהם עוסק בהגנה על הזכות לפרטיות בשעת מלחמה.⁶² בנוסף, מאותו תאריך לא פורסם כל מידע משפטי מטעם הרשות.⁶³

⁵³ תקנון האתיקה המקצועית של העיתונות (09.2020) (להלן: "תקנון האתיקה העיתונאית").

⁵⁴ שם, בסי' 24.

⁵⁵ שם, בסי' 10(א).

⁵⁶ שם בסי' 10(ב).

⁵⁷ שם בסי' 10(ג).

⁵⁸ שם בסי' 11.

⁵⁹ ס' 11 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (אתיקה בשידורי טלוויזיה ורדיו), התשנ"ד-1994.

⁶⁰ "אודות", הרשות להגנת הפרטיות, ראו: https://www.gov.il/he/departments/about/about_ppa.

⁶¹ הרשות להגנת הפרטיות דוח פעילות 10-12 (2022).

⁶² "פרסומים", הרשות להגנת הפרטיות, ראו: <https://www.gov.il/he/departments/publications/?OfficeId=4aadba43-3d71-4e7c-a4fe-5bf47b723d4e&limit=10&startDate=2023-10-07%20.&skip=0>.

⁶³ "מידע משפטי", הרשות להגנת הפרטיות, ראו: <https://www.gov.il/he/departments/legalinfo?OfficeId=4aadba43-3d71-4e7c-a4fe-5bf47b723d4e&limit=10&startDate=2023-10-07>.

מבחינת דו"חות הפעילות השנתיים שמפרסמת הרשות, עולה כי בדו"ח לשנת 2022, שנכתב לאחר פרוץ מגפת הקורונה, הופיעה התייחסות לפעילותה של הרשות בתקופת המשבר.⁶⁴ מהכתוב בדו"ח ניתן לראות שהרשות פעלה במספר אופנים, כך למשל: הרשות הקימה קו חם למתן מענה בשאלות הנוגעות לתחום עיסוקה; פרסמה ניירות עמדה, מסמכי שאלות-תשובות וחוות דעת מקצועיות בנושא; השתתפה בדיונים בוועדות הכנסת ובישיבות הממשלה; העניקה ייעוץ משפטי לגופים שונים במגזר הציבורי והפרטי אודות סוגיות בהן היה צורך לאזן בין הזכות לפרטיות לבין בריאות הציבור; לקחה חלק בתוכניות שבמסגרתן הועבר מידע אל האזרחים; וביצוע פעילויות אכיפה (מנהלית ופלילית). כפי שניתן לראות, הרשות מסוגלת וכן פעלה בעבר בכדי להגן על הזכות לפרטיות בעתות משבר. על כן, הציפייה הינה שתפעל גם בעת הנוכחית.

5. סקירת הפסיקה

5.1 סקירת הפסיקה הישראלית

הזכות לפרטיות זכתה למעמד חוקתי עם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,⁶⁵ והוכרה בפסיקה כאחת מהזכויות החשובות מבין זכויות האדם בישראל,⁶⁶ וכאחת החירויות המעצבות את האופי הדמוקרטי של המשטר בישראל.⁶⁷

הזכות לפרטיות המתים בפסיקה

הזכות לפרטיות המת נגזרת מהזכות לפרטיות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁶⁸ חוק-היסוד מציין כמטרה את ההגנה החוקתית על כבוד האדם, אשר מתכליתו נובעת ההגנה על כבוד המת.⁶⁹ בליבת זכותו של המת לכבוד, עומדת ההגנה על הציפייה שרצונו יקוים,⁷⁰ כאשר חלקו כולל לרוב את הציפייה שפרטיותו תישמר לאחר מותו. משכך, הפסיקה מכירה בכך שכבוד המת הינו עקרון חוקתי הנגזר כפועל יוצא מכבוד האדם החי ומזכותו לאוטונומיה אישית המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁷¹ עם זאת, הזכות לכבוד המת אינה מוחלטת, שכן נתונה היא לסייגים וכפופה למערכת איזונים בינה לבין זכויות יסוד אחרות הראויות להגנה.⁷² איזון שכזה בין זכות הפרט לצרכים כלכליים וחברתיים, נדרש בהקשרים שונים כפי שיפורטו להלן.

בע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' ליונל אריה קסטנבאום**,⁷³ קבע בית המשפט כי "כבוד האדם אינו רק כבודו של אדם בחייו. זהו גם כבודו של אדם לאחר מותו, וזהו גם כבודם של יקיריו, השומרים את זכרו בלבם". מכאן שהפסיקה מכירה בכך שיש להתחשב בכבודם של הקרובים של האדם לאחר מותו, כבודם הוא חלק מכבוד המת.

⁶⁴ הרשות להגנת הפרטיות **דוח פעילות 2022-18** (2022).

⁶⁵ ס' 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

⁶⁶ ע"פ 1302-92 **מדינת ישראל נ' נחמיאס**, מט(3) 309 (1995).

⁶⁷ ע"מ 9341-05 **התנועה לחופש המידע נ' רשות החברות**, פס' 41 לחוות דעתה של השופטת ארבל הממשלתיות (נבו) 19.05.2009.

⁶⁸ ס' 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

⁶⁹ בג"ץ 52/06 **חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp.**

פס' 135 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (נבו), 29.10.2008.

⁷⁰ שם, פס' 139 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

⁷¹ שם, בפס' 135 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

⁷² שם, בפס' 164 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

⁷³ ע"א 294/91 **חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, מו(2) 464 (1992).

בנוסף, בע"א 1917/92 סקולר נ' ג'רבי,⁷⁴ בית המשפט הכיר בכך שהזכות לפרטיות 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 שהייתה למורישם.⁷⁵ חשוב לציין כי אמירה זו נאמרה במסגרת דיון בחיסיון בנקאי, המהווה זכות מעין-קניינית.⁷⁶ בכך, הפסיקה הפכה את הזכות האישית לפרטיות לזכות רכושית בת הורשה. משכך, כאשר מדובר בזכות לפרטיות המהווה זכות מעין קניינית ראוי לבחון האם היא בת הורשה, ועל כן ניתן לטעון שגם זכותם של המתים לפרטיות לא חלפה עימם מן העולם, אלא הועברה ליורשיהם.

בהמ" (י-ם) 938/96 עיזבון המנוח לביא נ' לביא בית המשפט הכיר בזכות לפרטיות של המת, על בסיס סעיף 7(א) לחוק היסוד, וקבע כי לא ניתן לחשוף את תיקו הרפואי של המנוח מהטעם שהדבר פוגע בזכותו לפרטיות של הנפטר, וכי זכות זו אינה עוברת מן העולם עם מותו של בעל הזכות.⁷⁷ כך גם בה"פ 29490-05-12 עיזבון פלונית נ' פלדמן-קופלר⁷⁸ נקבע כי השמירה על כבוד האדם פירושה גם שמירה על כבודו של האדם לאחר מותו וכך גם זכותו לפרטיות איננה פוקעת בפטירתו זכותו לפרטיות ממשיכה להיות מוגנת גם אחרי מותו.

בבג"ץ 3933/92 ברכאת נ' אלוף פיקוד מרכז,⁷⁹ דחה בית המשפט עתירתם של בני משפחת המנוח מטעמים ביטחוניים. שם נקבע כי נדרש איזון ראוי בין שיקולים הקשורים בכבוד המת ומשפחתו מזה, לבין שיקולים הקשורים בביטחון האזור והסדר בו מזה. איזון זה מכיר בעליונות השיקול הביטחוני, אך קובע אמות מידה באשר למצבים אשר בהם עליונות זו משתכללת הלכה למעשה. האיזון נעשה בעיקרו בבחינת שתי שאלות: מהי מידת ההסתברות לפגיעה בביטחון ובסדר הציבורי אם תינתן הכרה מלאה לכבוד המת ומשפחתו; מהי מידת הנזק בביטחון המצדיקה צמצום או הגבלה של השיקול בדבר כבוד המת ומשפחתו.⁸⁰

הזכות לפרטיות בעיתות חרום

הזכות לפרטיות בעיתות חרום אינה נעלמת מן העולם - ישנם מצבים בהם יתקיים מתח בין זכות זו לאינטרסים ציבוריים שונים. ניתן לראות בפסיקה כי בית המשפט מנסה לאזן בין השניים:

בבג"ץ 2109/20 בן מאיר נ' ראש הממשלה,⁸¹ העוסק בהחלטת הממשלה בעקבות נגיף הקורונה להתיר לשב"כ להשתמש באמצעי איכון לצורך איתור הבאים במגע עם חולה מאומת במהלך 14 הימים שקדמו לגילוי הנגיף בגופו. בית המשפט הכיר בכך שמעורבות השב"כ מובילה לפגיעה קשה בזכות לפרטיות וצנעת הפרט, בשל השימוש באיכונים לשם מעקב אחר אזרחים.⁸² אולם, לנוכח שעת החירום עקב פרוץ משבר הקורונה, התקיימו תנאי המבחן בדבר קיומה של סכנה חמורה ומיידית לביטחון הלאומי – כך שבפועל מדובר באיזון אנכי, הגם שלא צוין זאת בפועל בהכרעת בית המשפט. עוד נקבע כי מתוקף הנסיבות הייחודיות והחריגות שנוצרו, ובהינתן סד הזמנים שהוכתב נוכח התפשטותו המהירה של נגיף הקורונה - שלא אפשר לקדם חקיקה ראשית לצורך הסדרת תפקיד השב"כ במסגרת המשבר, ההחלטה לפעול מכוח חוק שירות

⁷⁴ ע"א 1917/92 סקולר נ' ג'רבי, פ"ד מז(5) 764 (1993).

⁷⁵ שם, פסי' 7 לפסק דינו של השופט גולדברג.

⁷⁶ שם, בפסי' 2 לפסק דינו של השופט חשין.

⁷⁷ המ" (י-ם) 938/96 עיזבון המנוח לביא נ' לביא, (נבו) 15.7.1996.

⁷⁸ ה"פ (תי"א) 29490-05-12 עיזבון פלונית ז"ל נ' ד"ר פרידה פלדמן-קופלר (נבו) 31.10.2012.

⁷⁹ בג"ץ 3933/92 ברכאת נ' אלוף פיקוד מרכז, מו(05) 1 (1992) (להלן: "עניין ברכאת").

⁸⁰ שם, בפסי' 12 לפסק דינו של השופט ברק.

⁸¹ בג"ץ 2109/20 בן מאיר נ' ראש הממשלה (נבו) 26.04.2020. (להלן: "עניין בן מאיר").

⁸² שם, בפסי' 41-34 לפסק דינה של השופטת חיות.

הביטחון הכללי, התשס"ב-2002, לפיו הממשלה יכולה להטיל על השב"כ תפקידים נוספים מעבר לאלו המפורשים בחוק שנועדה לקדם אינטרסים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה,⁸³ נעשתה בסמכות. עם זאת, בשל ממד הזמן - המהווה רכיב משמעותי בבחינת האפשרות להרחיב את תפקידי השב"כ ובשל היות ההסדר הקבוע בהחלטת ההסמכה הסדר ראשוני במהותו, נקבע כי ככל שיידרש המשך מעורבות השב"כ לצורך בלימת המגפה, על הממשלה לפעול לעיגון הבסיס למעורבות כזו בחקיקה ראשית.

הכרעת בית המשפט בעניין **בן מאיר** הבהירה כי שימוש באמצעי כה קיצוני צריך להיעשות בחקיקה ראשית שתקבע את ההסדרים הראשוניים בסוגיה שלפנינו, אך עם זאת התירה את קבלת ההחלטה לתקופת זמן מוגבלת בשל הנסיבות הייחודיות ומצב החירום שישראל הייתה מצויה בו.

בפסק הדין שבא לאחר מכן, בג"ץ 6732/20 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת**,⁸⁴ קבע בית המשפט כי ההסדר המאפשר לממשלה להכריז על הסמכת השב"כ לסייע בביצוע חקירות אפידמיולוגיות לתקופה של עד 21 יום, הוא הסדר חריג הפוגע פגיעה ממשית בזכות החוקתית לפרטיות. שכן איכוני השב"כ חושפים את חייהם של הנוגעים בדבר, והנתונים הנוגעים להימצאותו של אדם במקום ובזמן מסוים עשויים להיות עניין שמבקש לחסות. הפגיעה בפרטיות מתעצמת בהינתן העובדה שהדבר נעשה על ידי שירות הביטחון הכללי; ההפעלה של גוף ביטחוני חשאי בתחום אזרחי מעצימה את הפגיעה.⁸⁵ אולם, בפסק הדין מרכז הכובד של הביקורת השיפוטית מתמקד בבחינת אופן הפעלת שיקול הדעת המנהלי על ידי הממשלה בהחלטותיה על הסמכת השב"כ ולא במידת הפגיעה בפרטיות לאור פסקת ההגבלה.⁸⁶

ברע"א 2558/16 **פלונית נ' קצין התגמולים משרד הביטחון**,⁸⁷ מדגיש בית המשפט כי צורך לפגיעה בפרטיות אינו מהווה מקור לסמכות. משכך, גם אם המחוקק סבור כי קיים צורך לפגיעה בפרטיות, עליו לעגן סמכות זו במפורש בחקיקה ולא ניתן לבסס סמכות לאור הצורך כשלעצמו. הפעלת הסמכות חייבת להיות מבוססת חקיקה שהתקבלה לאחר הליך שקול ומחושב.⁸⁸

לאור כל אלו, ניתן לראות כי הפסיקה מקנה הגנה רחבה לזכות לפרטיות, אולם ניתן לזהות חוסר אחידות באופן ההתייחסות לזכות זו ולהגנה הניתנת לה, לצד חוסר אחידות בדרישת ביהמ"ש להתרת פגיעה בה בחקיקה.

6. ספרות – סקירת הסוגייה

6.1 מבוא

הזכות לפרטיות היא אחת מהזכויות הבכירות במשפחת הזכויות בחברה הליברלית-הדמוקרטית, וכמו כל אחת מבנות המשפחה, היא בעלת ייחוד משל עצמה.⁸⁹ עם זאת, להבדיל משאר הזכויות, הפרטיות נתונה

⁸³ חוק שירות הביטחון הכללי, תשס"ב-2002.

⁸⁴ בג"ץ 6732/20 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת** (נבו 1.3.2021).

⁸⁵ שם, פסי' 10-14 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז, ו-פס' 2 לפסק דינו של השופט עמית.

⁸⁶ שם, פסי' 28-29 לפסק דינה של השופטת חיות.

⁸⁷ רע"א 2558/16 **פלונית נ' קצין התגמולים משרד הביטחון** (נבו 5.11.2017).

⁸⁸ שם, פסי' 58-62 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

⁸⁹ מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" **משפט וממשל** יא, 9, 10 (2006).

תחת מתקפה קשה שמאיימת על קיומה.⁹⁰ בעידן דיגיטלי שמציע מגוון טכנולוגיות מעקב – הזכות לפרטיות נאבקת על מקומה, ולעתים נדמה שהמאבק להגנתה הוא מלחמת-מאסף.⁹¹ על כן, ניתן להיווכח כי הזכות לפרטיות טרם זכתה בפיתוח השיפוטי שהיא ראויה לו.⁹² בחלק זה, הדיון ימסגר היבט מרכזי שיש להידרש אליו כחלק מהפיתוח השיפוטי של הזכות, והוא נוגע להפקדת זכות המת לפרטיות לאחר מותו.

6.2. הפקדת זכות המת לפרטיות - מקורות האיום של פרטיות

בדיון בזכויות המתים יש להבחין בין שלושה מועדים: (1) מועד היווצרותה של הזכות; (2) מועד הפגיעה בה; (3) מועד אכיפתה.⁹³ באשר למועד היווצרותה של הזכות – הזכות המשפטית נוצרת בחייו של אדם – כל זכות לפיה תנאיה ונסיבותיה.⁹⁴ באשר למועד הפגיעה בה – כאשר הפגיעה בזכות נעשתה בחייו אך הוא מת לפני שמימש את הזכות, נתונה לו הזכות לממשה, ככל שהדין מתיר זאת; ככל שהוא מת לפני שמימש את הזכות, עולה שאלת האפקטיביות של הזכות והשאלה אם קיימת המשכיות תביעה לאחר המוות.⁹⁵

בענייננו, עסקינן בפגיעות שמתרחשות אחרי המוות ובמיהותם של בעלי הזכות לפרטיות של המת לאחר המוות, שלפי בתי המשפט, אלו בני המשפחה. על-פי אחת העמדות שנשמעת בנושא הפקדת הזכות לפרטיות של המת, כדי להגדיר בידי מי יש להפקיד את הזכות לפרטיות של המת, יש לבחון ראשית מה הם מקורות האיום הפוטנציאליים על הפרטיות, ומתוך כך להגדיר את הזכות וההגנה עליה.⁹⁶

המדינה היא מקור האיום הראשון, אם כי אין לה לרוב עניין בסודותיהם של המתים ובפרטיותם. המדינה עשויה להתעניין בחייהם של המתים לצורכי חקירה, ואכן עומדות לרשות המדינה סמכויות בקשר לכך, אך במקרה זה ההחלטה מופקדת בידי המשפחה, על אף שהאינטרס המוגן כאן אינו פרטיות המת, אלא שלמות הגופה, רצונו של המת בטרם מותו ואמונתו הדתית, וכן רגשות המשפחה.⁹⁷

המשפחה היא מקור האיום השני על הפרטיות. אחת הביקורות שנשמעה על כך, היא שלעיתים המת מעוניין שפרטיותו תישמר דווקא מפני משפחתו או יורשיו. למשל, חשיפת מידע אישי כגון חשבון בנק של המת, עשויה לחשוף קיומו של בן או בת זוג, ילדים מחוץ לנישואים, והוצאות שונות שהמת שמר בסוד מקרוביו. לכן, נשמעת הטענה כי נדרשת הגנה משפטית שאיננה הפקדה אוטומטית של הפרטיות בידי המשפחה או היורשים.⁹⁸ כמו כן, קיים חשש שהעלאת טענה בדבר זכות המת לפרטיות על-ידי המשפחה אינה אלא מסווה לאינטרסים אחרים, אשר לבני המשפחה לא נוח להעלותם ככאלה, ועל כן הם מעדיפים לדבר בשמו של המת. כך למשל, מצב בו ישנה פגיעה ברגשותיהם של בני המשפחה החיים כתוצאה מפרסום המידע על אודות יקירם. במצב שכזה, על בית המשפט להציג הדברים לאשורם ולנסח את מערך האיזונים בהתאם.⁹⁹

⁹⁰ שם.

⁹¹ שם.

⁹² בירנהק, שליטה והסכמה, לעיל ה"ש 89, בעמ' 9.

⁹³ מיכאל בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים" עיוני משפט לא, 57, 62 (2008).

⁹⁴ שם.

⁹⁵ שם.

⁹⁶ שם, בעמ' 93-94.

⁹⁷ שם, בעמ' 94.

⁹⁸ פרוטוקול ישיבה מס' 203 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 14 (29.5.2007).

⁹⁹ בירנהק, זכויות המתים, לעיל ה"ש 93, בעמ' 96.

מקור איום נוסף על פרטיותו של המת הוא צדדים שלישיים, דוגמת התקשורת וגורמי מחקר. חוק הגנת הפרטיות אמנם מגביל את פעולת התקשורת בתחום הפרטי, בכפוף לחריגים. כך למשל, צילום ברשות היחיד אסור ואילו צילום ברשות הרבים מותר.¹⁰⁰ כמו כן, פרסום הצילום, אם הוא מבזה או משפיל, אסור.¹⁰¹

בענייננו, הפגיעה בפרטיות נובעת בעיקרה מהמקור המדינתי. בהקשר זה, יש להדגיש שנשמעה הטענה כי דוגמאות קשות כגון- מצבים שבהם פורסמו תמונותיהם של הרוגים בפיגועים, תאונות, בשדה הקרב ובשבי, או שפורסמו צילומים שצילם רוצח שבהם הוא נראה מקיים יחסי מין עם הקורבן לרצח ועם אחרים, אלה אכן מצבים לא פשוטים, אך נחשבים למצבי קיצון שאינם שכחים.¹⁰² ברם, בימים אלו, נדמה שיש לבחון בשנית טענה זו. כמו-כן, בתגובה לטענה לפיה פרסום הצילומים של המתים מפיגועים, תאונות, מלחמה, ובשבי – אינו מצב שכיח אלא מצב קיצון, נעיר כי נדמה שבימים אלו, בעיצומה של מלחמת "חרבות ברזל" – בה פרסומים שכאלו הפכו לנחלת הכלל ולעניין של מה בכך, הן על-ידי ארגון הטרור "חמאס" שמבצע טרור פסיכולוגי, והן על-ידי מדינת ישראל וצה"ל שעושים שימוש בתיעודים אלה לצרכי הסברה והשפעה על דעת הקהל העולמית, טענה זו צריכה להבחן בשנית.

עוד יצוין כי שימוש שאינו מורשה בצילומים או הקלטות של אנשים, גם שלא במצבי קיצון, כגון חטיפה או מוות, עלול לפגוע בזכות לפרטיות של המצולם. כך למשל, גם צילומים שגרתיים או צילומים מהרגעים שלפני האירועים, מקים חשש לפגיעה בזכות לפרטיות. החשש הוא שפרסום זה יחשוף מידע אישי על האנשים המתועדים, שייכתן שאינם היו מעוניינים לשתף עם המעגלים השונים שנחשפים לפרסום. דהיינו, יש להביא בחשבון גם את פרטיות האנשים המתועדים בחומרים המפורסמים השונים שנוצרו ערב האירועים הטרוריים השונים.¹⁰³

6.3. הזכות לפרטיות בעידן הדיגיטלי ושיובה למשפחה

בעת הנוכחית, יותר ויותר מהמתים היו מחוברים בחייהם לרשת והשתמשו בשירותי אינטרנט שונים. לפי דו"ח איגוד האינטרנט בישראל לשנת 2020, 90% מהציבור הישראלי גולש באינטרנט, ורוב הישראלים פעילים ברשתות החברתיות.¹⁰⁴ כך למשל, נכון לשנת 2023, 97% מהאוכלוסייה משתמשים ב"YouTube", 95% מהאוכלוסייה משתמשים ב"WhatsApp", ו-90% משתמשים ב"Facebook". המשמעות היא שכל עוד חשבונותיהם האישיים לא נסגרו, הרי שיש למתים נוכחות ברשת גם לאחר המוות ונותרת לכלל נגישות מסוימת למידע והתכנים הנותרים אחריהם. משכך, להפצת התיעודים המציגים אותם ברגעיהם הקשים ביותר עשויה להיות השלכה חמורה יותר על זכות המתים לפרטיות, באפשרות לשייכם אישית אליהם.

שליטתם של אלו שבידיהם הופקדה הזכות לפרטיות של המת, כוללת גם גישה לחפציו של המת ולחשבונותיו הדיגיטליים.¹⁰⁵ עובדה זו מעלה תהיות בהמשך לטענה בדבר האיום על פרטיות המת על-ידי משפחתו. על כן, בכדי להכריע האם משפחתו של המת הינה הגורם הראוי שבידו תופקד זכותו לפרטיות, יש להידרש לסיווג

¹⁰⁰ סעיף 3(2) לחוק הגנת הפרטיות.

¹⁰¹ סעיף 4(2) לחוק הגנת הפרטיות.

¹⁰² בירנהק, זכויות המתים, לעיל ה"ש 93, בעמ' 97.

¹⁰³ מיכאל בירנהק, עדי גילת "שימוש בצילומים, סרטונים והקלטות של נעדרים/ חטופים/ קורבנות" דיני אינטרנט במלחמה –

סיוע משפטי ראשוני (24.10.2023).

¹⁰⁴ איגוד האינטרנט הישראלי, "אפיון משתמשי האינטרנט בישראל: גיל, מגזר, מגדר וגיאוגרפיה", אתר איגוד האינטרנט

הישראלי (31.12.2020), ראו: <https://www.isoc.org.il/sts-data/israelinternetusers2021>

¹⁰⁵ מיכאל בירנהק וטל מורס "זיכרונות דיגיטליים: מה צריך להיות גורלם של תוכן ומידע אישיים אחרי המוות?" ICON-S-IL Blog (5.6.2018).

המשפטי המתאים לתוכן הדיגיטלי שמשאיר אחריו אדם במותו, שחוסה גם הוא תחת המידע הפרטי המוגן של המת, שמועבר לאלו שבידיהם מופקדת זכותו לפרטיות.

מסגרת משפטית אפשרית להתייחסות לתוכן הדיגיטלי הנותר אחר אדם במותו הינה דיני הקניין ודיני הירושה, אשר על פיהם מוסדרת ההעברה הבין-דורית של זכויות קנייניות. ככל שהזיכרונות הדיגיטליים הם בחזקת "קניין", הרי שזו המסגרת המתאימה.¹⁰⁶

לעומת זאת, ככל שהמסגור המשפטי של התוכן הדיגיטלי שמשאיר אדם אחריו במותו היא של הזכות לפרטיות, הרי שמדובר בזכות אישית שאינה הופכת לקניינית במותו של אדם, ומכאן - שאינה ניתנת להורשה לבני משפחתו ולאף אדם.¹⁰⁷ על פניו, המידע היה מוגן בחייו של אדם תחת זכות זו, ולכן תיחום הנושא תחת מסגרת זו גם במותו מתבקשת ועשויה להתאים. אולם הקושי מתעורר לאור העובדה הפרטיות כזכות אישית - פוקעת במותו של אדם. עם זאת, כפי שיפורט בהרחבה בפרק ההמלצות, ניתן לפתור קושי זה על-ידי פיתוח משפטי-פסיקתי, שייקבע שהזכות "שורדת את המוות" ולחלופין, ניתן לקבע זאת בתיקון חקיקתי.¹⁰⁸ בהקשר זה, בהנחה שהזכות לפרטיות של המת תועבר למשפחתו, עולה החשש לפגיעה בפרטיותו. על כן, ככל שהמסקנה היא שהמשפחה היא הגורם הראוי שאליו יש להעביר את הזכות, עלינו להידרש להיבטים שהוזכרו לעיל, ולתת להם את המענה הראוי.

הספרות מפרטת מספר המלצות לקשיים שהועלו, כאשר הפתרון המוצע כולל בעיקרו העלאת מודעות בקרב הגולשים לעניין הסדרת הזיכרונות הדיגיטליים, מתן אפשרות להסדרה עצמית שתתאים לכל גולש וגולשת, יחד עם שינוי החקיקה ביחס לגורמים הדיגיטליים הפועלים בישראל. הספרות קוראת לקדם את האוטונומיה של הגולשים; פתרון אפשרי הוא הסדרה עצמית של שאלת הגישה לשיירים הדיגיטליים, שתאפשר לכל גולש וגולשת לתפור פתרון ההולם את רצונותיהם. שנית, לצד מתן האוטונומיה לגולשים, יש לפעול להגברת המודעות לנושא הזיכרונות הדיגיטליים ואפיקי הסדרתם. בכך, יתאיין החשש לפגיעתם של המתים בפרטיות על-ידי משפחתם, בעת העברת הזכות לפרטיות אל יורשיהם, שכן כל נפטר יקבל את ההסדר הראוי המתאים לרצונו ומממש את כבודו.¹⁰⁹ אפשר שמן ההסדר המוצע בנוגע לשיירים דיגיטליים אישיים, ניתן להשליך על מצבים של פגיעה לפרטיות לצרכי הסברה ולהפחית את הפגיעה הפוטנציאלית בפרט בהקשר זה.

כאמור, הספרות מעלה מספר חששות בנוגע להפקדת זכותו לפרטיות של המת בידי המשפחה, כך שלעיתים אין מנוס מלהפקיד הזכות בידיהם. עם זאת, נכון יהיה לבצע בחינה מקדמית בטרם העברה אוטומטית של הזכות לידי המשפחה ולשקול אפשרויות אחרות, כתלות בנסיבות המקרה ונסיבותיו האישיות של המת.¹¹⁰

7. סקירת השלכות המצב הקיים

¹⁰⁶ ש.ם.

¹⁰⁷ ש.ם.

¹⁰⁸ ש.ם.

¹⁰⁹ ש.ם.

¹¹⁰ אביה קירשנבויס "פרטים ומתים: מהי התכלית מאחורי הזכות לפרטיות והאם לאורה ראוי להקנות זכות זו גם לאחר המוות?" https://lawforum.org.il/wp-content/uploads/2022/08/ILLF-Aviya_students.pdf (31.08.2022).

בפרק זה נציג את השלכות המצב המשפטי כיום כלפי נפגעים בפיגועי טרור, באשר לסוגיות השונות המהוות פגיעה בפרטיות:

הגדרת הזכות לפרטיות: כאמור, הזכות לפרטיות מעוגנת הן בחקיקת-היסוד והן בחקיקה הראשית. אולם, אין בנמצא הגדרה פוזיטיבית של הזכות, אלא מספר פעולות שמהוות פגיעה בפרטיות. אחת מפעולות אסורות אלה, שעשויה להיות רלוונטית לענייננו מתקשרת להגנה על פרטיותם של קורבנות אירועי טרור.¹¹¹ אולם, לדעתנו אם הייתה קיימת הגדרה פוזיטיבית של הזכות לפרטיות, הדבר היה מקל על קובע המדיניות לשרטט מתווה ראוי להגנה על הזכות לפרטיות של קורבנות פיגועי טרור בשעת חירום. בנוסף, הגדרה פוזיטיבית של הזכות לפרטיות הייתה מקלה על רשויות המדינה ואזרחיה בתכנון התנהגותם.

הגנה מוסדית על הזכות לפרטיות: כאמור, המוסד האמון על ההגנה על הזכות לפרטיות במדינת ישראל הוא הרשות להגנת הפרטיות. אולם, חרף הפגיעה בפרטיות הקורבנות על ידי רשויות המדינה וכן אנשים פרטיים, בבדיקה שערכנו לא נמצאה התייחסות של הרשות להגנה על הזכות לפרטיות בשעת מלחמה (למרות קיומה של היסטוריה של התייחסות הרשות לפגיעה בפרטיות במצבי משבר, למשל בפרוץ מגפת הקורונה). לגישתנו, לכל הפחות, הרשות צריכה הייתה לפרסם גילוי דעת על הפגיעה בזכותם של קורבנות פיגועי הטרור לפרטיות, ואף להציע סדרי פעולה לרשויות המדינה טרם הפצת תיעודי הזוועות לצרכים הסברתיים, וכן לאזרחים – כאשר אלה נחשפו לתיעודים מיום ה-7.10.2023.

הזכות לפרטיות של נפטר: חוק הגנת הפרטיות, יחד עם הפסיקה והספרות שבעקבותיו, אינם מכירים בפגיעה בזכות לפרטיות של אדם לאחר מותו כזכות כשלעצמה, אלא ממירים את הפגיעה בה לעילת תביעה או קובלנה העומדת לקרובי הנפטר, במידה ואלה יבחרו להיכנס בנעליו.¹¹²

הזכות לפרטיות בקודים אתיים: כללי אתיקה של גופי עיתונות שונים קובעים שלפני פרסום מידע יש להתחשב בפרטיותו של אדם או משפחתו. אולם, מדובר במגבלה מאוד "רכה", עצמית ונתונה לשיקול דעת. כמו כן, אין בפועל כל מגבלה חוקית או אתית המתייחסת מפורשות לפרסום עיתונאי העשוי לפגוע בפרטיות קורבנות, זאת בייחוד באירועי טרור כמקרה ספציפי בו הפגיעה עשויה להיות חריפה ביותר - זאת בייחוד בעת הנוכחית.

הזכות לפרטיות כזכות מוגבלת: כאמור לעיל, הזכות לפרטיות ככל זכות חוקתית אינה מוחלטת, ויש לאזנה מול זכויות או אינטרסים אחרים. ניתן לראות בפסיקה איזונים מסוג זה ביחס לזכות לפרטיות: בעניין **ברכאת** נקבע שבהתמלא תנאים מסוימים, השיקול הבטחוני גובר על הזכות לפרטיות.¹¹³ בעניין **בן מאיר** נקבע שבהינתן סד זמנים קצר בשל קיומה של שעת חירום המקיימת סכנה חמורה ומיידית לביטחון הלאומי, ניתן לפגוע בזכות לפרטיות ללא קידום חקיקה ראשית.¹¹⁴ החקיקה אמנם מכירה באיזונים הנדרשים בין הזכות לפרטיות והתקשורת,¹¹⁵ אך אין התייחסות לאיזון במקרים בהם האינטרס העומד מנגד לזכות לפרטיות הוא הסברה מדינתית ולכן ייתכן שהמענה מוגבל.

¹¹¹ ס' 2(א4) לחוק הגנת הפרטיות.

¹¹² שם, בס' 25(ב); בירנהק ומורס, להלן ה"ש 105; עניין **סקולר**, לעיל ה"ש 74.

¹¹³ עניין **ברכאת**, לעיל ה"ש 79.

¹¹⁴ עניין **בן מאיר**, לעיל ה"ש 81.

¹¹⁵ סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות.

8. סקירת הדין המצוי - משפט משווה

פרק זה סוקר את הדין המצוי במדינות ארה"ב, בריטניה, וכן באיחוד האירופי כהתאגדות על-מדינתית (תוך התייחסות ספציפית למקרה הצרפתי), ביחס לזכות לפרטיות – אשר מוכרת באופן מעט שונה בדין המדינתי בכל מדינה וכן בדין האיחוד האירופי. הסקירה להלן בנוגע לכל גורם מדינתי ועל-מדינתי, מחולקת לשני חלקים:

החלק הראשון, נוגע לבחינת מעמדה הכללי של הזכות לפרטיות, בכדי לבסס את סביבתה החוקית והחוקתית. החלק השני, עוסק באופן פרטני בזכות לפרטיות של נפגעי עבירה או טרור ולפיכך מתמקד בזכות לפרטיות שלאחר המוות. שכן, כפי שעולה בענייננו ביחס לאירועי ה-7 באוקטובר והפגיעה בפרטיות הקורבנות שנגרמה בעקבותיהם, נקודה שיש להפנות אליה את הזרקור הינה בדבר זכות הקורבנות שלא נותרו בין החיים לפרטיות.

8.1 ארה"ב

הזכות לפרטיות אינה מעוגנת מפורשות בחוקה האמריקאית. התיקון הרביעי לחוקה מגביל את סמכויות החיפוש של המדינה, ובתי המשפט זיהו בחוקה "מרחבים של פרטיות", להבדיל מזכות בסיסית לפרטיות של הפרט, והסיקו את חובתה של המדינה לא להתערב בהחלטות אדם שנוגעות לניהול חייו.¹¹⁶ כמו כן, ישנם חוקים הכוללים הכרה בזכות לפרטיות הפרט כאשר מולו ניצבת המדינה.

The Privacy Act of 1974 מטיל הגבלות על גילוי מידע אישי שנמצא בידי אחד מגופי הממשל הפדרלי.¹¹⁷ הגבלות אלו כוללות, בין היתר, את מחויבותם של הגופים הממשלתיים לאסוף מידע אישי רק למטרות חוקיות ומאושרות ולשמור עליו באופן הולם, וכן דרישה לקבלת הסכמה מצד הפרט לשימוש במידע לצרכים שלא הסכים להם במקור. יחד עם זאת, מגבלות אלו ואחרות ניתנות לעקיפה כל עוד נעשית לתכלית ציבורית חשובה.¹¹⁸

דבר חקיקה נוסף הוא ה-Freedom of Information Act, אשר קובע שבתגובה לפנייה לגורמי אכיפת החוק בבקשה לקבל חומרי חקירה, רשאים הגורמים לסרב אם קיים חשש הניתן להוכחה לפגיעה בפרטיות, כמו למשל אם מדובר בתמונות גרפיות וקשות מזירת אירוע פלילי.¹¹⁹

באשר לזכות לפרטיות במישור הפרטי, דהיינו בין אדם לחברו, ניתן להבחין בהתפתחות המצויה בפסיקה. בעניין **Pavesich** הכיר לראשונה ביהמ"ש העליון של מדינת ג'ורג'יה בזכות לפרטיות כזכות שקיימת במשפט

¹¹⁶ בירנהק, לעיל ה"ש 93, בעמ' 93-94. ראו גם: Michel C. James, *A Comparative Analysis of the Right to Privacy in the* 268, 257 *United States*, 29 *CONN. J. INT'L* (2014).

¹¹⁷ מרכז המחקר והמידע של הכנסת, "הזכות לפרטיות לאחר המוות – סקירה משווה", 4 (2007).

¹¹⁸ U.S. Department of Justice, Office of Privacy and Civil Liberties. "Overview of the Privacy Act of 1974 (2020 Edition)." <https://www.justice.gov/opcl/overview-privacy-act-1974-2020-edition/introduction>.

¹¹⁹ Lauren Bemis, *Balancing a Citizen's Right to Know with the Privacy of an Innocent Family: The Expansion of the Scope of Exemption 7(C) of the Freedom of Information Act under National Archives & Records Administration v. Favish*, 25 *J. Nat'l Ass'n Admin. L. Judges* 507, 507 (2005); Department of Justice Guide to the Freedom of Information Act, p. 561.

המקובל.¹²⁰ מאז, גם ביהמ"ש הפדרליים מכירים בפגיעות של חדירה לפרטיות כבסיס לתביעות נזיקיות,¹²¹ לרבות ביהמ"ש העליון שדן בסוגים שונים של פגיעות בזכות לפרטיות שיכולות להקים עילה לתביעה.¹²² להתפתחות זו תרם ה-Restatement (Second) of Torts, המהווה חלק מאוסף טקסטים משפטיים שנכתבו על ידי ארגון של פרופסורים למשפט, שופטים ועורכי דין שנועד להשפיע על הכרעות בית המשפט אך אינו מחייב אותו, והציע לבסס עוולה נזיקית שמהותה פגיעה בפרטיות. זו, מגדירה את המעוול כ"מי שפולש במתכוון, פיזית או אחרת, לבדידות או להסתגרות של אחר או לענייניו הפרטיים", וזאת אם החדירה לפרטיות תהיה "פוגענית ביותר כלפי אדם סביר".¹²³

הזכות לפרטיות שלאחר המוות של קורבנות קיבלה התייחסויות שונות בפסיקה האמריקאית. תחילה, נקבע שזכות האדם לפרטיות "נקברת" יחד איתו.¹²⁴ אולם בהמשך, הכירה הפסיקה בזכות לפרטיות הנובעת מהזכות של משפחתו של הקורבן. זאת ועוד, הפסיקה אף הכירה בזכות משפחתו של הקורבן לפרטיות כזכות חוקתית.¹²⁵ בית המשפט הפדרלי התשיעי לערעורים הדגיש כי זכות זו לא נובעת מהכרה בפרטיותו של הקורבן, אלא מתוך הגנה על הזיכרון והרגשות של אהביו. תמונות של הקורבן לאחר המוות עלולות לחשוף פרטים קשים על נסיבות המוות ורגעי הקורבן האחרונים, ואלו עניינים של צער פרטי של המשפחה ולא של כולי עלמא.¹²⁶ יחד עם זאת, יש לציין כי לא ברור האם זכות המשפחה לפרטיות תעמוד לבני המשפחה גם למול אנשים פרטיים שעושים שימוש פרטי הפוגע בפרטיות הקורבן.¹²⁷

היבט נוסף של התמודדות המשפט האמריקאי עם סוגיית פרטיותו של המת ניתן למצוא בפסיקה שפירשה את חוק חופש המידע. בעניין *National Archives and Records Administration v. Favish et al.*,¹²⁸ בית המשפט העליון אישר את סירוב גנו המדינה למסור תמונות מזירת המוות של עוזר בכיר לנשיא, לאזרח שביקש זאת מכוח חוק חופש המידע, זאת מטעמי פרטיות. ניתן לראות בכך חידוד התפיסה לפיה למת לא עומדת הזכות לפרטיות, והאינטרס המוגן הרלוונטי הינו פגיעה ברגשות של בני המשפחה למניעת ביזויו ברבים.¹²⁹ כך, פסק הדין העניק לבני המשפחה זכאות לבקשת הגנה על אינטרס הפרטיות שלהם, בכדי למנוע ניצול של הקורבן ופלישות לצער המשפחה. יתרה מזאת, בעוד שהאינטרס הציבורי בגילוי ליקויים בחקירות מות הקורבן היה משמעותי, לא היה בכך כדי להצדיק חדירה לאינטרסים כבדי משקל של הפרטיות של המשפחה.¹³⁰ מכאן, שבאמצעות הזכות לפרטיות, ניתנה הגנה מסוימת למשפחת הנפטר למנוע את ביזויו ברבים.

כמו כן, ניתן לציין את ה-Crime Victims' Rights Act, אשר מיועד להגן על קורבנות כתוצאה מפשעים שונים. החוק מעניק לנפגעים זכויות שונות, לרבות הזכות לקבלת יחס הוגן תוך מתן כבוד לפרטיותם.¹³¹ בד

¹²⁰ *Patel v. Facebook, Inc.*, No. 18-15982, D.C. : Pavesich v. New England Life Ins. Co., 50 S.E. 68 (Ga. 1905) No. 3: 15-cv-03747-JD, 14 (9th Cir. Aug. 8, 2019).

¹²¹ *Hunstein v. Preferred Collection & Mgmt. Servs., Inc.*, 994 F.3d 1341, 1350 (11th Cir. 2021).

¹²² ראו: *TransUnion LLC v. Ramirez*, 141 S. Ct. 2190 (2021).

¹²³ Restatement of the Law, Second, Torts, § 652. Available at https://cyber.harvard.edu/privacy/Privacy_R2d_Torts_Sections.htm

¹²⁴ *Schuyler v. Curtis* 147 N. Y. 434, 447, 42 N.E. 22 (1895) 447.

¹²⁵ *Remigius N. Nwabueze and Holly Hancock, What's wrong with death images? Privacy protection of photographic images of the dead*, 47 COMPUTER L. & SECURITY REV. 1, 9 (2022).

¹²⁶ שם, בעמ' 10.

¹²⁷ שם, בעמ' 11.

¹²⁸ *National Archives & Records Admin v. Favish*, 541 U.S. 157 (2004). (להלן: "Favish").

¹²⁹ בירנהק, זכויות המתים, לעיל ה"ש 99, בעמ' 84.

¹³⁰ עניין Favish, לעיל ה"ש 128.

¹³¹ *Crime Victims' Rights Act*, 18 U.S.C. § 3771(8)(a) (2020).

בבד, פרשנות מקובלת לחוק אומרת שקורבן שהינו נפגע עבירה יכול להיחשב ככזה גם אם מת. המשמעות היא שנציגיו, קרי נציגי עזבונו של נפגע העבירה שמת, בני משפחתו או כל אדם אחר שימונה לפי החלטת בית המשפט, יוכלו לדרוש את זכויותיו לפי החוק.¹³² כך, זכותו לפרטיות של הקורבן יכולה להישמר הלכה למעשה.

ניתן אף לראות כי במשפט האמריקאי נעשה לעיתים שימוש בעקרונות חוקתיים לצורך הגנה על היבטים מסוימים הקשורים בכבוד המת.

8.2. האיחוד האירופי

הזכות לפרטיות נחשבת לזכות בסיסית אותה מחזיק כל יחיד,¹³³ הודות להיותה מוגנת מכוח שני מקורות משפטיים מרכזיים: הראשון, הוא סעיף 7 למגילת זכויות היסוד של האיחוד האירופי, אשר קובע כי "כל אדם זכאי לכבוד לחייו הפרטיים...". יצוין כי סעיף 8 קשור גם הוא לפרטיות, כך שמעגן הגנה על המידע האישי;¹³⁴ השני, הוא סעיף 18(1) לאמנה האירופית לזכויות אדם, הקובע כי "כל אדם זכאי שיכובדו חייו הפרטיים...". יש לציין כי סעיף 8(2) פותח פתח להגבלת הזכות ע"י רשות ציבורית, כל עוד ההגבלה נעשית בהתאם לחוק, והכרחית לקידום אינטרסים הנוגעים לביטחון המדינה, ביטחון הציבור, טובתה הכלכלית של המדינה, מניעת אי-סדר או פשע, הגנה על הבריאות או המוסר או הגנה על זכויותיהם של אחרים.¹³⁵

סוגיית הזכות לפרטיות לאחר המוות לא זכתה להתייחסות נרחבת בדיני האיחוד האירופי. לפי הפרשנות שניתנה לסעיף 8 לאמנה האירופית לזכויות אדם ע"י בית הדין האירופי לזכויות אדם, הסעיף מעניק הגנה לפרטיותם של החיים בלבד. ישנם מקרים בהם בית הדין סירב להכיר בזכות לפרטיות של המת, כל עוד פרטיותם לא נגעה לפרטיות של אזרחים חיים.¹³⁶ יחד עם זאת, בשנת 2012 פרסם האיחוד האירופי, בהחלטה משותפת של הפרלמנט האירופי והמועצה האירופית, דירקטיבה בעניין הזכויות וההגנות המגיעות לקורבנות, לרבות של מתקפות טרור;¹³⁷ סעיף 22 קובע שיש להגן על פרטיותם, וסעיף 2 מאפשר גם למשפחות הקורבנות, קרי בני הזוג שחיים עם הקורבן בקשר אינטימי מחייב ובמשק בית משותף על בסיס יציב ורציף או קרובי משפחה בקו ישיר או אחים וילדים, לתבוע את זכויותיו של הקורבן הנובעות מהצו. לפיכך, ניתן לומר שהצו מאפשר דה-פקטו הגנה על הזכות לפרטיות הקורבן המת, ככל שמשפחתו תדרוש לאכוף זאת.

8.3. צרפת

Congressional Victims' Service, Crime Victims' Rights Act: A Summery and Legal Analysis of 18 U.S.C. 3771 ¹³² (2021), 6.

James ¹¹⁸, לעיל ה"ש 116, בעמ' 274.

Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 326/391, 2012 ¹³⁴

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, opened for signature ¹³⁵

Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221, art. 8

E Harbinja, "Does the EU Data Protection Regime Protect Post-Mortem Privacy and What Could Be The ¹³⁶ Potential Alternatives?", (2013) 10: 1 *SCRIPTed* 19. <http://script-ed.org/?p=843>

Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012, on establishing ¹³⁷ minimum standards on the rights, support, and protection of victims of crime, 2012 O.J. (L 315) 57

צרפת כפופה לדיני האיחוד האירופי ולחקיקה האירופאית הנוגעת לפרטיות, לצד הדין הפנימי המעגן את הזכות לפרטיות בקודקס האזרחי לפיו "כל אדם זכאי שיכובדו חייו הפרטיים..."¹³⁸ מעבר לכך, יש לציין חוק ספציפי שעבר בפרלמנט הצרפתי ומדגים את סוגיית האיזון בין הזכות לפרטיות לבין האינטרס הציבורי. ככלל, ניתן לומר שצרפת דוגלת בגישה שמבכרת את הזכות לפרטיות.¹³⁹ החוק לחיזוק ההגנה על חזקת החפות ועל זכויות נפגעי עבירה, המכונה גם "חוק גויגו" על שם שרת המשפטים שהובילה את חקיקתו, נחקק על רקע התנהלות כלי התקשורת לאחר תאונת הדרכים הקשה בפריז בה מצאה את מותה דיאנה, נסיכת וויילס. צלמים רבים הגיעו לזירת התאונה ועשו מאמצים כבירים בכדי לצלם את הנסיכה והקורבנות הנוספים ששהו במכונית. בתגובה לכך, זיהתה שרת המשפטים את הצורך לאזן בין האינטרס הציבורי, המגולם בקיומו של חופש העיתונות המהווה מימוש ל"זכות הציבור לדעת" במדינה דמוקרטית, לבין זכויות הפרט, ובעניין זה זכות הקורבנות לפרטיות. זאת, באמצעות קביעת איסור על כלי התקשורת לפרסם תמונות מסוימות מזירות אירוע. החוק נועד להגן על פרטיות קורבנות מתקפות טרור או תאונות ע"י קביעת איסור על פרסום תמונות שמציגות את הקורבנות באופן הפוגע בכבוד האדם.¹⁴⁰ עם זאת, נדמה כי ההגנה שמעניק החוק פגה עם מות הקורבן.¹⁴¹

8.4. בריטניה

עם חקיקת ה-Human Rights Act בשנת 1998, שהעניק תוקף מחייב לאמנה האירופית לזכויות אדם,¹⁴² הוכרה בדין הבריטי הזכות לפרטיות בהתאם לסעיף 8 לאמנה האירופית לזכויות אדם. עם זאת, הפיתוח הפנימי של הזכות לפרטיות בדין הבריטי החל במידה רבה במשפט הפרטי, כאשר נוצר בפסיקה ראש נזק בדיני הנזיקין הנוגע לשימוש לרעה במידע פרטי. נקבע כי לצורך פסיקת נזק, יש להראות שהייתה לניזוק ציפייה סבירה שזכותו לפרטיות תישמר וזאת בהתחשב בנסיבות כמו מאפייני האדם, טבע הפעילות, כוונת הפרסום שהפר את הפרטיות ועוד.¹⁴³

בכל הקשור לזכות לפרטיות שלאחר המוות, הדין הבריטי אינו מכיר בכך. נקבע כי ראשית, בין הנסיבות שיש לשקול בשביל לקבוע אם הייתה ציפייה סבירה לשמירת הזכות לא נמצאת נסיבה הנוגעת למוות.¹⁴⁴ שנית, לא ניתן לתבוע נזק על פגיעה בפרטיות בשם המת, מכוח עקרון בריטי ותיק לפיו זכותו של אדם לפעול משפטית מתה עמו.¹⁴⁵

8.5. סיכום

יחסן של המדינות השונות ושל האיחוד האירופי שנסקרו לעיל בנוגע לזכות לפרטיות ולזכות לפרטיות של המת, דומה אך גם שונה; בכלל המדינות שנסקרו הזכות לפרטיות זוכה למעמד, כאשר בעוד באיחוד האירופי

¹³⁸ Code Civil (Fr.) [French Civil Code] art. 9.

¹³⁹ Nwabueze and Hancock, לעיל ה"ש 125, בעמ' 8.

¹⁴⁰ BBC News, French law angers media, (May 30, 2000), <http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/europe/770514.stm>

¹⁴¹ ראוי: PEN America, "France: Troubling Criminal Charges Against Photojournalist" (Accessed January 22, 2024),

<https://pen.org/press-release/france-troubling-criminal-charges-against-photojournalist/>

¹⁴² Nwabueze and Hancock, לעיל ה"ש 125, בעמ' 3.

¹⁴³ Nwabueze and Hancock, לעיל ה"ש 125, בעמ' 4.

¹⁴⁴ שם. ראוי Murray v Express Newspapers PLC [2008] EWCA Civ 446, 35-36.

¹⁴⁵ Nwabueze and Hancock, לעיל ה"ש 125, בעמ' 1. ראוי Ronex Properties Ltd v John Laing Construction Ltd (1983)

129 SJ 323, QB.

ובצרפת מעמדה נובע מכוח חקיקה או חקיקת יסוד שמתייחסת לזכות באופן ישיר, בארה"ב ובבריטניה הזכות מקבלת תוקף עקיף באמצעות החקיקה ועל ידי הפסיקה. מעניין לראות כי צרפת וארה"ב ניסו באמצעות חקיקה להתמודד עם קיומם של אינטרסים המנוגדים לזכות לפרטיות ולייצר איזון ביניהם לבין הפגיעה בזכות, כמו למשל זכות הציבור לדעת, חופש העיתונות והמידע וכן ביטחון המדינה.

באשר לזכות לפרטיות של המת, ניתן להבחין בכך שבריטניה והאיחוד האירופי אינם מכירים ככלל בזכות זו, לעומת ארה"ב שהתמודדה בפסיקה עם סוגייה זו. יחד עם זאת, באיחוד האירופי, בדומה לדרך בה הפסיקה האמריקאית התמודדה עם הסוגייה, ניתן למצוא התייחסות לזכות הפרטיות של המת באופן עקיף; זו מעניקה לקרוביו של המת את האפשרות לקבלת סעד בגין הפרת זכות קרובים המת לפרטיות, בין אם בגלל פגיעה ברגשותיהם - כמו במקרה האמריקאי, או ללא כל סיבה ברורה - כמו במקרה האירופאי. בנוסף, החקיקה האמריקאית והאירופאית מגדירות את זהות קרוביו של המנוח באופן די נרחב – בתור בני זוג, אחים, נציגי עזבון המנוח או כל אדם אחר שימונה בהחלטת בית המשפט.

9. הדין הרצוי – המלצות

בראי המצב הקיים בדין הישראלי, נעלה מספר המלצות למענה לבעיה הקיימת המהוות בראייתנו איזון ראוי בין זכות הקורבנות לפרטיות, לבין צרכי ההסברה המשתנים במציאות הישראלית הנוכחית. כך, נציע לבצע הסדרה בחקיקה הישראלית בסוגיית זכות המתים לפרטיות. נציע הגדרת גורם האמון על הגנתה. נפרט הסדרים פרטניים שראוי בעינינו להחיל בדין הישראלי, תוך היעזרות במידע המוצג במסמך זה. וכן נעמוד על מדיניות רגולציה "רכה" שכדאי ליישם בענייננו.

9.1 סמכות

נמליץ על הגדרת גורם שאמון על אכיפה והגנה על הזכות לפרטיות במצבי משבר. לצד זאת, נמליץ לעצב ולקבוע את הממשקים של הגורם המוסמך (שנדמה שראוי וכדאי שיהא זה הרשות להגנת הפרטיות) עם גופים אחרים המעורבים בסוגייה, כמו איגוד האינטרנט, איגוד העיתונאים ואף משרד הבטחון והצנזורה הצבאית במקרים הרלוונטיים.

9.2 דיוק החקיקה, בעזרת החוק הצרפתי

נמליץ להגדיר את הזכות לפרטיות, בדגש על הזכות לפרטיות המת, באופן ברור תוך יציקת תוכן המגדיר את הזכות על דרך החיוב ולא רק על דרך השלילה, כפי שקיים כיום. כך, לגישתנו, תתאפשר הגנה שהיקפה רחב יותר מהמצב הנוכחי לצד פיתוח אמות המידה להגנה על הזכות.

כפי שעלה מסקירת הפסיקה, במשפט הישראלי אין יחס עקבי לזכות לפרטיות והשלכותיה על הנפטר. משכך, נמליץ שהמנגנון החקיקתי שייקבע ישלים את ההתייחסות החסרה לזכותו של המת לפרטיות, תוך התווית אמות מידה וכללי אצבע לבית המשפט ביישום החקיקה במקרים המובאים לפתחו. ייתכן שמבחיני פסקת ההגבלה, המנויים בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, עשויים לסייע בעיצוב אמות מידה אלו.

כפי שהצגנו בסקירת הספרות, עולה השאלה מי הגורם האמון על זכותו של המת לפרטיות. נדמה שלעתים הזכות לפרטיות משויכת באופן מידי למשפחת הנפטר וכך אף עולה מן הפסיקה בנושא. נמליץ לייצר הסדרה

ברורה ולחבר את הזכות לפרטיות כזכות המשויכת לעיזבון הנפטר, כך שבעזרת העיזבון תתאפשר הגנה מיטבית על הזכות.

החוק שהוחל בצרפת הינו מודל טוב לטעמנו, ומכאן שניתן ורצוי לשאוב ממנו השראה לחקיקה אפשרית בישראל, תוך הרחבת תחולתו והיקפו על סוגי מקרים ופרסומים שונים וכן על הפרט הנפגע גם לאחר מותו. להבדיל מהחוק הצרפתי אשר מתווה מגבלה קשיחה ונוקשה על הפרסום, נמליץ להגדיר בחקיקה אישור על פרסום בהסכמה, ללא הגבלה קשיחה על חופש הביטוי, חופש המידע וזכות הציבור לדעת. זאת, בהתייחס לתכלית הפרסום ובלבד שהינה ראויה, ובתנאי שהפרסום עומד במבחני המידתיות ומשרת את האינטרס הציבורי.

יתרה מכך, נמליץ להסדיר בחקיקה את ההבחנה בין צילום ע"י החמאס (ארגון טרור, שבלתי אפשרי למעשה לשלוט במעשיו אלא בדיעבד באמצעות ענישה) לבין צילום בלבד אן הפצה שבוצעה ע"י גורמים ישראלים פרטיים, בדומה לנורמה המוחלת בחוק העונשין.¹⁴⁶ זאת, תוך עמידה על המורכבות שבחומרת המעשים שבין צילום להפצה. באם מדובר בגורמים מדינתיים המפיצים את אותם תיעודים, ראוי להתייחס לכך שהפעולה נעשית מכוח חקיקה או תקנות כגופים מנהליים.

9.3. אסדרה "רכה"

מעבר להגבלות נוקשות בחקיקה, נמליץ על יישום מנגנוני אסדרה "רכה", שתבוצע ע"י איגוד העיתונאים והרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו ביחס לגופי התקשורת וע"י הרשות להגנת הפרטיות ביחס לגורמי ההסברה המדינתיים ויתר הגורמים המעורבים. למשל, יצירת "תו תקן" וולונטרי לגופי התקשורת וגורמי ההסברה, המהווה הצהרה על מחויבותם בפעילותם להגנה על הזכות לפרטיות והשמירה על כבוד האדם וחירותו. מנגנון שכזה עשוי אף להגביר העניין הציבורי ואכיפתו העצמאית בסוגיה זו כלפי אותם גורמים, כסנקציה חברתית. כך, נדמה שגם בהיעדר הגבלה נוקשה בחקיקה, תתאפשר שליטה ומינון של הפגיעה בפרטיות באמצעות יצירת אפקט מצנן מסוים על הפרסומים.

9.4. הצעות נוספות לאיזון הצורך בהסברה עם הצורך בהגנה על הפרטיות

נמליץ שהרשות להגנת הפרטיות, כרגולטור האמון על שמירה על הזכות לפרטיות, תפעל במקרים בהם עולה צורך הסברתי להפצת תכנים שעשוי להוביל לפגיעה בפרטיות כמעין גוף "צנזורה לענייני פרטיות". עם זאת, נמליץ שהמלצת הגוף לא תהא מחייבת, אולם נדרשת קבלתה בטרם ההפצה. כך, שיקולים של הגנה על הפרטיות ישקלו בכל מקרה לגופו ולפחות חלק מן הפגיעות הפוטנציאליות בפרטיות, יוכלו להימנע.

בנוסף, נמליץ על יצירת כללים מחייבים, גם אם לא בחקיקה אלא דרך רגולטור כאמור, שיגדירו את חובת הצנזור של הפרט המצולם ומפורסם, גם אם לא בהסכמתו או הסכמת קרוביו, לשם שמירה מרבית על הפרטיות (למשל, חובת צנזור מאפיינים שיאפשרו את זיהוי הנפגע – פנים ומאפיינים פיזיים ייחודיים או בולטים).

¹⁴⁶ חוק העונשין, התשל"ז-1977. ראו: ס' 352 (א) וס' 352 (ג).

כמו-כן, נמליץ על יצירת מנגנון פרסום שכולל מאמץ סביר לאיתור בעל הזכות לפרטיות במטרה לאשר עימו או עם קרוביו את ההפצה, כשחובת ההוכחה לביצוע מאמץ סביר למציאת בעל הזכויות מוטלת על המפרסם. זאת, בדומה לקבוע בחוק זכויות יוצרים, תשס"ח-2007.¹⁴⁷

מסמך זה נכתב ע"י: אור שפירא, רותם ביטון, עדן לפיד, עדי בר וזיו פינגלה.

בליווי: חבר צוות מחקר – הראל בן יוסף.

נערך ע"י: ראשי הצוות – טל מימון ורון אריאס.

נבדק ע"י: ראשת הסניף – ענבר נחמן.

אושר לפרסום ע"י: מנכ"לית 'עומק' – רז רחמני.

אנו מודים לליוויה האקדמי של לי אור אביב, על הקריאה המוקפדת והערותיה המועילות, אשר תרמו רבות להכנת מסמך זה.

¹⁴⁷ חוק זכויות יוצרים, תשס"ח-2007, בס' 27א(א). החוק מחייב מאמץ שכולל שקידה סבירה לגילוי או לאיתור בעל זכות היוצרים לפני השימוש.