

# מאמר דעה : הזכות לפרסונליות

עו"ד רבקי דב"ש

עמיתה בכירה במכון הישראלי למדיניות טכנולוגיה

אדר א', תשפ"ב

פברואר 2022

הזכות לפרסונליות / מאמר דעה

**לידת הזכות לפרטיות**

המאה ה-19 הביאה להתפתחות של ממש בעיתונות בארה"ב. בשנות ה-30 מחירי העיתון ירדו פלאים, ובמקום מנוי שנתי מחייב, ניתן היה לרכוש עותק יומי תמורת פְּנִי אחד בלבד, ללא התחייבות ארוכת טווח. בשנות ה-50 של אותה מאה מכונות הדפוס השתכללו, כך שניתן היה להדפיס עותקים רבים בזמן קצר. גם מצלמות הסטילס התקדמו והוסיפו "צבע" (בשחור לבן) לעיתונים שנדפסו ובכלל.

החידושים הטכנולוגיים הללו הובילו את לואיס ברנדייס וסמואל וורן לפרסם לפני כ-131 שנה (ב-15 בדצמבר 1890) את מאמרם המפורסם אודות הזכות לפרטיות (4 ["The Right to Privacy"](#) HARVARD L.R 193). המאמר, שזכה להדים וציטוטים רבים, השפיע רבות על עיצוב הזכות לפרטיות ועל השיח לגביה כפי שמוכר לנו כיום בתרבות המערבית. באותה עת, כבר הוכרה זכות האדם על גופו וזכות הקניין, אולם ברנדייס ווורן הרגישו שזכויות אלו, אינן מאפשרות הגנה מספקת אל מול האתגרים הטכנולוגיים שהתפתחו בתקופתם. *"שינויים פוליטיים, חברתיים וכלכליים כרוכים בהכרח בזכויות חדשות"*, כך הם סברו.

מאז 1890, הזכות לפרטיות, כמו גם הטכנולוגיה – השתכללו עוד רבות. כפי שהיה אז, גם כיום ההתפתחויות החברתיות והטכנולוגיות מעצבות את הזכות, יותר מאשר הזכות מעצבת את האחרונות.

**הגנת המידע האישי**

עם כניסת המערכות הממוחשבות לחיינו במאה ה-20, ובמיוחד פיתוח מחשבי-העל בשנות ה-60 והמחשבים האישיים בשנות ה-70, התחדדה ההבנה כי הזכות לפרטיות, כפי שנתגבשה מאז המאמר המפורסם של ברנדייס ווורן, אינה מספקת עוד. לא עוד "הזכות להיעזב לנפשך", אלא צורך עדכני להסדיר את אופן האיסוף והשימוש המותר במכונות החדשות שהחלו לצבור מידע רב ואיכותי על אנשים רבים. אם לפני עידן המחשב, נדרש הפקיד, החוקר הפרטי או בעל מועדון הלקוחות, לפשפש בכרטיסיות נייר כדי למצוא מידע על אדם מסוים, מעתה בלחיצת כפתור ניתן יהיה לשלוף מידע רב, עדכני ומפולח.

לפיכך החלו להתפתח דיני הגנת המידע האישי (Data Protection),<sup>1</sup> דינים המבקשים לקבוע כללים לניהול מאגרי מידע אודות פרטים ומסדירים כיצד לאסוף מידע על אדם, מה השימוש שמותר

<sup>1</sup> יוער כי יש הסבורים כי דיני המידע האישי אינם ענף של הזכות לפרטיות, אלא ענף נפרד. כמו כן, תפיסת הפרטיות, כמו הסדרי הגנת המידע האישי המגוונים מעידים על תפיסות עקרוניות שונות ובעיקר על פערים בין התפיסה והיקף

לעשות בו, אילו זכויות יש לאדם אודותיו נמצא המידע במאגר ועוד. גם במקום בו אדם נתן הסכמתו שמידע אודותיו יוכנס למאגר מידע, עדיין חלות על בעל המאגר חובות פרוצדורליות ומהותיות לגבי אופן השימוש במאגר. במקביל, החלה להתפתח דאגה לגבי "האחים הקטנים". אם בעבר נחשבה המדינה לבעלת פוטנציאל הנזק הגדול ביותר אל מול הפרט, אט אט התחדדה ההכרה כי איום כזה עשוי להתגלגל גם מקרב גופים פרטיים בידיהם נאסף מידע רב על הציבור, אשר יחד עמו נצבר כח לא מבוטל.

ניתן להמחיש את השינויים במציאות ובזכות, כהתפתחות מנקודה – לקו רציף. אם הזכות הקלאסית לפרטיות, נועדה להגן על האדם הפרטני מפני חדירה למרחב האישי שלו (הגנה על מימד אחד), הרי שהתפתחות המערכות הממוחשבות הובילה לצורך להגן על המרחב הפרטי בשני מימדים – הן על הפרט, והן על מצבור המידע - המימד האופקי – הכולל פרטים מרובים.

### האדם והמכונה

עם התפתחות נוספת של היכולות הממוחשבות, ובהן – פיתוח יכולות של אחסון מידע עצום, לצד יכולות פילוח ושליפה מתוחכמות לפי חיתוכים ושאלות, בעלויות נמוכות, יכולות מעקב אחר מיקומו של אדם, פיתוח טכנולוגיות עיבוד וניתוח נתונים וכאלה המבוססות בינה מלאכותית – עברנו כבר לצורך לפתח את הזכות לפרטיות בעולם של שלושה מימדים, לשם הדימוי. המימד הנוסף הדורש הגנה הוא היכולות האוטונומיות של המערכות הממוחשבות. אמנם גם יכולות אלו הן יציר אדם, אולם מדובר ברובד נוסף המעשיר את היכולות הטכנולוגיות ובכך את השימוש המתרחב בהן בתחומי חיים שקודם לכן נעשו בידי אדם (לטוב ולרע).

היקף המידע הנוצר כיום בכל רגע נתון, הוא בלתי נתפס. מרבית המידע המתועד הקיים היום בעולם, נוצר בשנים האחרונות. אנחנו בודקים, מנווטים ומתקשרים זה עם זה באמצעים דיגיטליים. היכולת של בן-אנוש במדינה מערבית להגיע לכלל המידע הקיים, לעבד אותו וליטול חלק שוטף בעולם הדיגיטלי שנוצר – כרוכה אינהרנטית ב"מתווכי מידע" שמעבדים עבורנו את המידע ונותנים שירות המתיימר למלא את רצונותינו. מתווכים אלו מנגישים לנו שירותים ומידע, אך אינם פועלים בהכרח באופן ניטרלי. הם משתמשים ולעתים סוחרים במידע אודותינו ולעתים – במכוון או באקראי – מכוונים התנהגות של ציבור ושל פרטים בו.

השפעת הטכנולוגיה כיום אינה מוגבלת למרחב האישי של הפרט בלבד, או למרחב הכולל של הציבור אודותיו נאסף המידע. השפעתה מחלחלת לשינוי ההתנהלות האנושית והמבנה החברתי-הפוליטי (כמו גם הכלכלי, התרבותי ועוד). ראינו כיצד חברת ייעוץ ניסתה לעצב תודעת קהל לקראת בחירות

---

ההגנה בין ארה"ב לאירופה. עם זאת, המאמר לא בא לסקור את ההשתלשלות ההיסטורית של הזכות, אלא מצביע על האתגרים והשינויים הטכנולוגיים שהובילו את עולם המשפט להתייחס ולדרוש פיתוח זכויות ודינים המותאמים לאתגרים של הטכנולוגיה החדשה.

בארה"ב לטובת מועמד לנשיאות (פרשת Cambridge Analytica), ואיך קבוצות שנחשד כי מקורן באיראן, מנסות להשפיע על השיח הישראלי ברשתות החברתיות ולעורר מדנים.

השינוי הזה מתחולל בעקבות יכולות חדשות – ממשיות או מדומות. ככל שהמידע הנצבר אודותינו רחב ומקיף יותר, וככל שהוא מקיף ורחב יותר על סביבתנו, מתגלים דפוסים היכולים לזקק, במידה רבה של דיוק, הבנה על תפיסות עולם מסוימות כהבנה מתוך פיסות מידע (עולם נתוני העֶתֶק, big Data). עם פריסת טכנולוגיית ה-5G והתרבות התקני Internet of Things בסביבותינו היקף המידע שייצבר עלינו רק יילך וייגדל. גם השימוש באינטליגנציה מלאכותית (AI), המאפשר למחשב לתמוך ובעתיד אולי אף להחליף, בתחומים מסוימים, את החשיבה והתבונה האנושית מתפתח ומשתכלל ומאתגר אותנו בשאלות אתיות ומשפטיות מורכבות.

במובן זה, של היקף המידע העצום והיכולות הטכנולוגיות המשתכללות, העולם הדיגיטלי הפך לעולם תלת-מימדי. ניסיון לטפל ולהכווין עולם בעל שלושה מימדים בכלים ובשפה של עולם בעל שני מימדים – דינו להכשל. האתגר בניסוח הזכויות הדיגיטליות של הפרט, ככזה היכול להנות מהמגוון ומהיתרונות שבטכנולוגיה, אך בה בעת לשמר את האוטונומיה האישית שלו, מחייבת מאמץ וניסוח זכויות מזן חדש.

בימים אלו, מדינות רבות ובהן ישראל, מנסות להגדיר מחדש את גבולות הגזרה בתחום הטכנולוגי – במיוחד אל מול תאגידי הטכנולוגיה. בישראל, הדבר בא לידי ביטוי [בקידום תיקוני חקיקה](#) בחוק הגנת הפרטיות, ובהקמת "הוועדה להתאמת המשפט לאתגרי החדשנות והאצת הטכנולוגיה" במשרד המשפטים.

במקביל לחשיבותם ונחיצותם של המהלכים המקודמים, נדרש חידוד ודיוק מחדש של הזכות המוגנת, אשר בשמה מקודמת החקיקה. לו ניצמד לזכויות המוכרות לנו בלבד – פרטיות, קניין, שם טוב – אנו עלולים מבלי משים לייצר הסדרים שאינם נותנים מענה לתמונה התלת-מימדית, הצבעונית והמורכבת הנפרשת לפנינו, ותחת זאת מלבישים על המציאות שנוצרה, חליפה הקטנה ממנה במידותיה ושאינה מתאימה בהכרח לכל עונות השנה.

## דוגמאות לאתגר הקיים

ניקח כדוגמא את סוגיית ההסכמה. בחוק הגנת הפרטיות הישראלי שנחקק בשנת 1981, נקבע כי אין פוגעים בזולת, **ללא הסכמתו**. כאשר אדם מסכים לוותר על פרטיותו, ניתן לבצע פעולות שאלמלא ההסכמה היו נחשבים כהפרה של הזכות לפרטיות ושל הוראות החוק.

כאשר אנו מתייחסים למה שמכונה הפרת "הפרטיות הקלאסית" (לדוגמא, הצצה למכתב פרטי, צילום ברשות היחיד וכד'), קל באופן יחסי לדרוש (ולקבל) הסכמה. במעבר מן הזכות החד-מימדית של הגנת הפרטיות לדיני הגנת מידע אישי, נדרש בעל מאגר מידע ליידיע את נושא המידע על היבטים נוספים, עמוקים ורחבים יותר הקשורים במידע הקיים אודותיו – לשם מה נאסף המידע, מה ייעשה במידע, למי הוא יימסר ועוד. החובה לתת הודעה לנושא המידע עם איסוף המידע אודותיו, הקיים

במרבית ההסדרים להגנת מידע אישי בעולם, נועדה לאפשר למבקש המידע, ובמידות מסוימות גם לצד שלישי ממנו נאסף המידע, לקבל החלטה מושכלת. במובן זה מדובר בחובה פרוצדורלית שנועדה להגן על זכות מהותית של נושא המידע.

גם בנוגע לפגיעה "קלאסית" בפרטיות נדרשת הסכמה מדעת של האדם. אך ביחס לפרטיות חד ממדית המחוקק לא ראה לנכון להתערב ולקבוע מהם הפרטים שנדרש מבקש המידע למסור לפרט, נושא המידע, אלא הסתפק ב"הסכמה מדעת". ההנחה היא שההגנה על הפרטיות הקלאסית, דורשת פחות פרוצדורה מחייבת כדי להגן על הזכות המהותית. ניתן להסביר זאת הן לאור ההבדל בין מורכבות המערכות הגדולה יותר המתקיימת במאגרי מידע על זו הקיימת במידע פרטני, והן לאור העובדה שדיני הגנת המידע האישי נועדו לא רק להגן על האדם המסוים בסיטואציה קונקרטי, אלא נועדו אף להגן על החברה בכללותה מפני בעלי מאגרים הצוברים מידע רב בידם עם יכולות דיגיטליות מתקדמות. ככל שפער הכוחות גדול יותר, דורש המשפט אחריות רבה יותר מבעל הכח. כך בתחום דיני העבודה והחוזים האחידים, וכך גם בתחום הפרטיות.

כיום, עם ההתקדמות הנוספת ביכולות הדיגיטליות, שלרבים מאתנו יש קושי בהבנתן ובהבנת משמעותיהן השונות, מתגבר הקושי לקבל הסכמה מדעת באמת. יכולתו של אדם ממוצע להבין שימוש במערכות מורכבות, שיטות כריית מידע, פעולת בינה מלאכותית, קריפטוגרפיה ועוד, אינה גבוהה בלשון המעטה. מהטעם הזה, מרבית האוכלוסייה מקבלת על עצמה את תנאי השימוש או מדיניות הפרטיות מבלי לעיין בהם או להביןם. ההנחה שניתן להשתמש בכלים של הסכמה – ובישראל כיום כבסיס כמעט יחידי להיתר לעבד מידע – אינה תואמת את יכולות השימוש במידע שמציב בפנינו העידן הטכנולוגי. בשל הכשל האמור, התפתחו במדינות אחרות עוגנים נוספים להיתר לעיבוד מידע, גם כאלה שאינם נשענים על הסכמה. ההנחה בבסיסם היא שכחברה אנו מוכנים להכיר בחשיבותם של ערכים מסוימים (כגון מחקר, מהלך העסקים הרגיל), שמצדיקים שימוש במידע ובתנאי השימוש האמור יהיה הוגן וכפוף לעקרונות נוספים.

דוגמא מוחשית לפער הזה, נתחדד לאחרונה אגב הפרסומים על השימוש של המשטרה בתוכנות של חברת NSO ודומיה. הניסיון לנתח את השימושים האמורים אגב החלוקה והתפיסה הישנה של האזנת סתר (המבוצעת באופן סמוי), חיפוש (המתבצע ככלל אל מול עדים) ותפיסת חפץ אצל צד שלישי (שמאפשר ידיעה, אך לא של מושא החשדות), אינם מתאימים עוד. ולצד ההבנה שהמשטרה צריכה כלים להתמודד גם עם אתגרי הראיות הדיגיטליות, הניתוח של היקף הפגיעה – ובכך הפרוצדורה המתאימה לכל כלי, השתבשה עת עשו שימוש, באנלוגיה, בכלי של שלושה מימדים על הסדר משפטי של שניים בלבד.

דוגמא נוספת ניתן לשאוב מתחום האסדרה של רשתות חברתיות. הרצון הגובר לייצר אסדרה בתחום – מקורו אינו רק בזכויות שנפגעו, אלא בהבנה בדבר הכח המשמעותי שיש לרשת בהכוונת התנהגות, במיוחד בקרב קטינים. השאלה אינה רק, איזה מידע נאסף עליי, על-ידי מי, ומתי נעשה בו שימוש, אלא האם השימוש שנעשה בו, מייצר "מניפולציה" רגשית או תודעתית המשפיעה על דרך ההתנהלות האישית והחברתית. האם, לדוגמא, הפלטפורמה והאלגוריתמים שמאחוריה,

מאפשרים לדמויות פוליטיות לייצר מצגי-שווא והטיות שמציגות מציאות שונה מהותית מזו הקיימת בפועל.

הרשתות החברתיות אינן הראשונות שעושות שימוש במניפולציות רגשיות לצרכי רווח כלכלי או הון פוליטי. פרופגנדה ודרכי שיווק אינן המצאות של המאה ה-21, ואפילו לא של העידן המודרני. גם בעבר היה מטיף כריזמטי או חברה עסקית שהצליחה להלביש את סנטה קלאוס בצבעי המותג האדום על פני הלבוש הירוק המסורתי שלו. אך ככל שאמצעי התקשורת השתכללו, והמידע שנאסף על כל אחד מאתנו התרחב והשתכלל, האפשרות לייצר תהליך של שינוי תודעתי המכוון לאדם הבודד גוברת. כמו בעולם הפרטיות שעבר לעולם תלת ממדי, אנו מצויים גם כאן בתחום סבוך יותר של מניפולציה ושיווק, אשר דיני הגילוי הנאות בתחום הצרכנות, כמו גם דיני התעמולה הישנים, אינם בהכרח תואמים את אתגרי השעה ונדמה שאינם מייצרים הגנה מספקת על היכולת של האדם לשמר אוטונומיה מחשבתית.

במובנים רבים, כוחם של תאגידי הטכנולוגיה הגדולים, על העוצמה שלהם ונוכחותם האדירה בחיי היום-יום שלנו, דורש מאתנו חשיבה מחודשת על ההתייחסות לחברות אלה במנעד מיוחד הנע בין הפרטי-מסחרי, לציבורי-מינהלי.

### זכויות דיגיטליות

היקף השימוש בטכנולוגיה מתקדמת, התלות וההסתמכות שלנו עליה בעידן הדיגיטלי, יכולותיה והשפעותיה על החברה והפרט, מחדדים את שאלת האוטונומיה במימוש העצמי ("פרסונליות") של האדם בעידן הנוכחי. נשאלת השאלה, איזה מקום אנו מייעדים לטכנולוגיה בחיינו, ומה הם העקרונות והערכים שנבקש להגן עליהם אגב הטכנולוגיות המואצות של תקופתנו. אם הזכות לפרטיות נועדה לשמר לנו אוטונומיה שתאפשר לנו להגן (גם) על היכולת שלנו להתפתח באופן עצמאי, תוך החלטה על בחירות אישיות שאינן כפופות ללחצים חיצוניים או מושפעות מהטיות מכוונות, דרישה לפרטיות לבדה, אינה יכולה לספק לנו זאת עוד.

שימור ה'פרסונליות' מבקש לאפשר לאדם הטבעי להתפתח על פי רצונותיו, תוך הסתייעות בכוחה של הטכנולוגיה. ככל שהיקף המידע העצום, דורש מאתנו הסתייעות במתווכים טכנולוגיים על מנת לאתר, לאמוד ולהבין את שטף המידע סביבנו, היכולת האישית של אדם לממש עצמו עשויה להיות תלויה באותם מתווכים ובאופן התנהלותם. במובן מסוים, אדם שיעזב לנפשו לחלוטין על ידי הכלים הטכנולוגיים, יהיה אדם שיכולת ההתמודדות שלו עם עידן המידע, תהא פחותה ולא מספקת. עם זאת, התלות המסוימת שלנו בכלים טכנולוגיים, מובילה להטלת אחריות על מתווכי המידע להיות ניטרליים והוגנים, כחלק מהזכות לפרסונליות.

אחריות זו צריכה לבוא לידי ביטוי ביצירת חובות על העושים שימוש בטכנולוגיה מתקדמת שתפתח ותחזק מנגנונים המאפשרים ביטוי אישי. אחריות זו צריכה גם לבוא באמצעות פיתוח תפיסות

שקיפות חדשות וייחודיות לבעלי הכח. ואלו רק שני יסודות הכרחיים בפיתוח מנגנונים שמטרתם להגן על האדם בעידן דיגיטלי של שלושה מימדים.

"ביחסים" בינינו לבין אותן חברות טכנולוגיה, לא די בזכויות הקיימות. נדרש לבחון האם בעוצמות הטכנולוגיות יש כרסום במיקום של האדם בעולם, והאם הכרסום הזה מכוון אותנו לכך שהגיע הזמן להגדיר זכויות חדשות. זכויות אלו, צריכות לינוק מהזכות לחירות, לפרטיות ולשוויון, אולם יש להגדירן באופן שייתן מענה נכון לאתגרים הנוכחיים והעתידיים.

"הזכות להישכח" שנתגבשה בשנים האחרונות בעיקר באירופה ובמספר מדינות בדרום אמריקה, מציגה התפתחות של זכות דיגיטלית. הטבע האנושי הוא כזה שאינו זוכר הכל לעולמי עד. מרבית האירועים בחייו של אדם ובהיסטוריה האנושית, עוברים לתהום הנשייה. טבע אנושי זה נשתנה עת השתכללו מאגרי המידע, היקף האחסון ויכולות האחזור של כל מידע דיגיטלי. במובן זה, כל תיעוד דיגיטלי, תהא חשיבותו אשר תהא, נשאר לעד בזיכרון הדיגיטלי ויכול להעשות בו שימוש תיאורטי בכל רגע נתון. לפיכך נוצרה דרישה, שהתגבשה להסדרים חוקיים, לאפשר את מחיקתו של מידע בקרב מתווכי המידע – מנועי החיפוש. המידע נותר בחלל הדיגיטלי אולם אדם יכול לדרוש, בנסיבות מסוימות, לחסום את האפשרות לאתר את המידע אודותיו בקלות. מבלי להיכנס לוויכוח העקרוני בין התפיסה האירופאית לתפיסה האמריקאית ביחס לזכות להישכח, או לכשלים הממשיים ביישום הזכות, הזכות להשכח היא דוגמא לניסיון לשמר יכולת אנושית ("פרסונליות") בעידן הדיגיטלי המורכב. הזכות להישכח מבקשת להכפיף את היכולות הטכנולוגיות לטבע האנושי לשכוח, ובכך לחזק (לתפיסתי) את הזכות לפרסונליות של האדם.

## במקום סיכום

מאמר זה נועד להניח אבן פינה לשיח בנושא, ולחשיבה על פיתוח עקרונות שיאפשרו התמודדות עם אתגרי השעה והעתיד. שימור הנקודה (פרטיות) בעולם של שלושה מימדים, באופן פשטני ומיושן כפי שנעשה לצערי בישראל, לא רק שאינו מספק את ההגנה המתאימה, אלא אינו מאפשר ניסוח מחודש של אתיקה עקרונות וזכויות שיתנו לנו הגנה טובה יותר בשימור הפרסונליות האישית בעולם עתידי.

בעוד אני מחדדת את דקויות הניסוח של מאמר דעה זה, מתפרסמת באיחוד האירופי [הצהרה](#) על זכויות דיגיטליות ועקרונות לעידן הדיגיטלי. בה בעת, בישראל עוסקים בשימור חובת רישום מאגרי המידע, מקנים סמכויות נרחבות לרשות הנדרשת לאכוף חקיקה שיש בה עוגן אחד לשימוש במידע אישי – הסכמה, ומתפלפלים על היקף המעקב הדיגיטלי שניתן לעשות עם הוראות חקיקה מסוף שנות ה-70 של המאה הקודמת.

וורן וברנדייס כבר כתבו כי "שינויים פוליטיים, חברתיים וכלכליים כרוכים בהכרח בזכויות חדשות". זו העת להתחיל בהכרה בהן גם בישראל.