

אוניברסיטת תל אביב
הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן

דיני פרטיות

עו"ד אלעד אורג
מבחן מסכם
תשס"ט, סמסטר א'
מועד א'

פתרון

שאלה 1

סעיף א'

ההודעה באתר

- האתר כמאגר מידע - ההודעה באתר ("נפעל על פי דין") אינה עומדת בדרישות סעיף 11 להודעה מפורטת בדבר המטרה לשמה מבוקש המידע, למי יימסר המידע וכולי.

שמרית מפרסמת בבלוג

- הפגיעה בפרטיותו של תמיר בשל הפרסום בבלוג. הדיון העיקרי הוא ביחס לסעיף 2(11):
 - דיון בפרטים שמסרה - עשיר, ג'נטלמן, חתיך - גם אם נוגעים לנושאים אישיים, הם כנראה אינם מפורטים מספיק כדי להיחשב פרסום של מידע שהוא "צנעת החיים האישיים" או "ליבת" הנושאים הפרטיים והאינטימיים.
 - הצלבת השמות (נסיך הלילה=תמיר) - ההצלבה גורמת לכך שכל האמירות והפרטים שנכרכו בדמות "נסיך הלילה" נכרכות עכשיו גם בזהותו האמיתית. אפשר להניח בהקשר לאתר היכרויות שיש ביניהם הרבה עניינים אינטימיים (לפחות נתון אחד ברור שנוגע לענייני בריאות ושנכרך כעת גם בזהותו האמיתית זו מחלת הסוכרת).
 - השוואה לעניין בורוכוב נ' פורן - אזכור ההלכה, יישומה כאן ודיון בביקורת עליה בנסיבות האירוע הנוכחי.

רפי מפרסם במדור הרכילות

- ההנחה היא שלבעלותו באתר אין קשר לאופן שבו השיג את המידע (מצב זה נבחן להלן בסעיף ב'). השאלה היא האם בפרסום עצמו יש פגיעה בפרטיות לפי סעיף 2(11). במסגרת זו היה צורך לדון בנקודות הבאות:
 - האם חשיפה בדבר שיטוט באתרי היכרות נוגעת לצנעת החיים האישיים או להתנהגות ברשות היחיד?
 - מה נפקות העובדה שהדיווח על המחלה הוא גם שקרי וגם אמיתי (אכן חולה, אך לא במחלה הזו)?
 - דיון בהגנות ובעיקר בסעיף 18(3):
 - עניין ציבורי:
- דיון בסיווגו כאיש ציבור - מצד אחד, תפקיד רם וחשוב, מצד שני לא בהכרח מעניין את הציבור כ"ידוען" (אם כי אולי עצם העובדה שכותבים עליו במדור רכילות מלמדת על ידענותו, המבחן המשפטי בהקשר זה הוא גם מידת הפרסום). בכל אופן מחלתו איננה בהכרח בגדר עניין ציבורי כי היא לא משפיעה על תפקודו, זאת בניגוד לדכאון (עליו ר' בהמשך).
- נראה שאופי הכתבה הוא רכילותי בעיקרו ולא מצדיק הגנה על פי הדין המצוי.
- העדר כזב - כאמור, היותו חולה אכן אמיתי; המחלה הספציפית שדווחה אינה נכונה.

- בונוס – ביחס לאי הדיוק בדיווח על המחלה - האם עוול עוולה של הצגה באור שקרי? לא חל על פי חוק הגנת הפרטיות, אבל אולי מכוח דיני הנזיקין הכלליים?

קרן מאזינה ומספרת לשר ועוזריו

- ביחס להאזנה ל"שיחה" עם הדג:
 - חוק האזנת סתר אינו חל:
 - ההאזנה נעשתה שלא באמצעות מכשיר.
 - זו כנראה איננה "שיחה" – שום רציונאל של קשר חברי או אינטימי לא חל כאן. זה שקול לכך שהוא "מדבר עם עצמו".
 - סעיף 12(1) – אפשר לטעון שבהצמדת האזון ובמאמצים להשיג עליו מידע יש משום בילוש והתחקות אחריו ופגיעה לפי סעיף 12(1).
 - סעיף 22(2) – האזנה אסורה לפי חוק הגנת הפרטיות אינה בהכרח חופפת את ההאזנה האסורה לפי חוק האזנת סתר.
 - בבחינת החלת סעיפי החוק יש מקום לבדוק שיקולים עקרוניים כגון אלו המרכיבים את מבחן הצפיות: המקום למשל איננו פרטי מובהק (אמנם משרד אישי, אבל במקום עבודה); אמצעי איסוף המידע שכיח וכן גם כזה שבקלות אפשר להתגבר עליו (שידבר בשקט); תוכן הפעילות הצפויה במשרד יכול להיות אישי אבל לא באותה מידה כמו בבית למשל (אך במקרה זה לאור הידיעה בדבר מצבו האישי אולי קרן כן יכלה לדעת מראש על כך שאולי תשמע דברים אישיים מאד כאשר תאזין מעבר לדלת המשרד, הרי בדיוק בשביל זה היא האזינה).

- ביחס למסירת המידע לשר ועוזריו:
 - סעיפי "היחסים המיוחדים" – בהעבירה את המידע בדבר מחלת הדכאון של תמיר והתנהלותו בעבודה היא בוודאי מסרה מידע שנחשב ל"עניינים פרטיים". אפשר לטעון שבין עובדים במקום עבודה יש יחסי אמון מיוחדים המחייבים סוג של סודיות (סעיפים 72(7), 82(8)) ואז מסירת "עניינים פרטיים" מהווה פגיעה בפרטיות.
 - סעיף 112(11) לחוק – גם ללא "יחסים מיוחדים" נראה כי הפרטים שמסרה נופלים בגדר העניינים הנוגעים למצב בריאותו של היחיד (דכאון).

- הגנות – ההגנה המרכזית שיש לבדוק גם כאן היא הגנת העניין הציבורי לפי סעיף 18(3). בהקשר הזה נראה שקרן תהנה ממנה: המידע אינו בגדר רכילות כיוון שנוגע ליכולתו של תמיר לתפקד בתקופה בעייתית; המידע נסמך באופן מידתי (רק למספר מועט של אנשים שחייבים לדעת; גם רמת הפירוט (דיווח על "שיחתו" המביכה עם הדג) נראית נחוצה כדי להמחיש את חומרת המצב). היה מקום לאזכר את עניין סברינה ולהשוות אליו.

השר שצילם והקליט את הפגישה עם קרן ואחר כך העביר את החומרים למהדורות החדשות

- פגיעה בפרטיותה של קרן:
 - צילום קרן – האם היא ברשות היחיד? - דיון בקריטריונים השונים: המקום – משרד בעבודה – עוד פחות פרטי מאשר במקרה של תמיר לעיל, כיוון שדובר בפגישה עם עוד 10 אנשים; התוכן – שאלה גדולה האם ידעו מראש שהתוכן יגלוש להיות כל כך אישי או שהתכוונו לפגישת עבודה רגילה. גם אם לא ידעו, יכלו להפסיק את הצילום ברגע שבו התברר לאן השיחה מתקדמת; האמצעי – שכיח, אם כי לא כל כך מקובל ביחס לפגישות עבודה.
 - הקלטה – מותר לפי חוק האזנת סתר כיוון שהשר הוא צד לשיחה.
 - העברת המידע לחדשות – אמנם מותר לפי חוק האזנת סתר, אבל אם אכן מדובר בצילום ברשות היחיד (סעיף 32(3) לחוק הגנת הפרטיות) או שמדובר בסיטואציה של העברת מידע למטרה מסויימת (דיווח לשם טיפול בנושא ולא כדי שיפרסמו אותו או אותה) (סעיף 92(9)) אז יש להתייחס למתח בין הכללים ולדון בשאלה איזה מהם צריך לחול.

- פגיעה בפרטיותו של תמיר:
 - סעיף 92(9) – המידע שהעבירה קרן לשר על תמיר לא נועד לפרסום אלא לצורך טיפול בנושא ושמירה על תפקודו של הבנק.

- סעיף 2(11) – בהעברת המידע לכלי התקשורת (גם עוד לפני שאלה פרסמו אותו במהדורות החדשות) יש משום פרסום של המידע, שהוא, כאמור, מהווה "עניינים הנוגעים לצנעת החיים האישיים" ומכוסה על ידי הסעיף.

מהדורות החדשות שפרסמו את קלטת הוידאו מן הפגישה

- פגיעה בפרטיותו של תמיר:
 - פגיעה לפי סעיף 2(11) – פרסום מידע בנוגע לבריאותו (דכאונו, חוסר תפקודו).
 - הגנה לפי סעיף 18(3) – דיון שונה בפרטיו בשאלת העניין ציבורי. כאן לא מדובר בפרסום מדוד לאנשים מסויימים, אלא לציבור הרחב. יש כמובן עניין ציבורי בתפקודו של מנהל בנק אבל מתעוררת השאלה האם יש צורך לדווח באופן כל כך פרטני (למשל - האם הציבור מפיך תועלת מכך ששומע את הסיפור על הדג או על הרצון להתאבד או שניתן להסתפק בדיווח כללי על מצבו; האם יש צורך שתמיר יהיה מזוהה ולא ניתן להסתפק בדיווח על "מנהל בנק" באופן אנונימי? כלי התקשורת יטענו בהקשר זה שלא מספיק דיון אנונימי כיוון שזה פוגע באמינות הדיווח, דווקא מגביר את השמועות ו"מחשיד" את כל מנהלי הבנקים).
- פגיעה בפרטיותה של קרן:
 - אם צולמה ברשות היחיד (ר' דיון לעיל) אז גם פרסום הצילום מהווה פגיעה בפרטיותה לפי סעיף 2(10) (המידע הושג תוך פגיעה בפרטיות) וכן 2(11) (פרסום עניין על התנהגות ברשות היחיד).
 - דיון בתחולת סעיף 2(4) – האם הפרסום מבז אותה? שני מובנים אפשריים:
 - ביזוי "לשון הרע" – היא מוצגת בסרט כמלשנית. אבל אז כנראה תעמוד לערוץ החדשות הגנת סעיף 18(3) אשר בהקשר להוצאת לשון הרע, עיקר הדגש בה הוא על שאלת האמת.
 - ביזוי "פרטיות" במובן של "אבדן שליטה" בשל הבכי וההתרגשות, ואז שאלת האמת פחות רלוונטית ובבחינת ההגנה לפי סעיף 18(3) יש להדגיש את שאלת העניין הציבורי - גם אם היה מקום לפרסם את הדברים כדי לספר לציבור על תמיר בשל ההשפעה על תפקודו, יש לבחון האם היתה תועלת בכך שגם קרן נחשפה בסרטון? אולי ניתן היה להסתפק בהקרנת הסרטון תוך הסתרת פניה? מצד שני, העובדה שהיא הסמנכ"ל בבנק כן מהווה נתון רלוונטי להערכת הסיפור וכן אולי גם היא סוג של דמות ציבורית.

סעיף ב

- השוואה בין המצב בו רפי השיג את המידע על תמיר מתוך המאגר לבין מצב בו השיג אותו מן הבלוג וממקורות אחרים:
- המקור המאגר – יחסים מיוחדים בינו לבין תמיר איפשרו לו את הגישה למידע:
 - מתעוררת שאלת הפרת חובת סודיות מתוך הסכם מכללא (סעיף 2(8)) (אבחון בורוכוב נ' פורן)?
 - שימוש למטרה אחרת:
 - סעיף 2(9) - נראה שברור שכאן מסירת המידע לאתר היתה למטרה מוגדרת ופונקציונאלית. אין יחסים בין הצדדים מעבר לפונקציה העסקית.
 - כמו כן מאגר מידע המצריך רישום (סעיף 8(ב)). לעניין הרישום ר' דיון בסעיף הבא.
 - הפרת חובת הסודיות (סעיף 16).
 - המקור הבלוג – אם רפי השיג את המידע מן הבלוג של שמרית הוא לא ניצל יחסים מיוחדים שלו עם תמיר להגשת המידע (לכל אחד מ-8000 החברים היתה גישה לבלוג), ולכן יש לחפש סעיף שאינו תלוי ביחסים מיוחדים כאלו דוגמת סעיף 2(11), אבל אז, כאמור, יש להראות שהפרטים שנחשפו הם אינטימיים במיוחד.
 - עם זאת, לא בטוח שיהיה שוני בתשובה (בונוס):
 - ראשית, כיוון שגם במקרה שלמד את המידע משמרית היתה לו גישה לבלוג מתוך בעלותו באתר ולא דווקא מתוך חברותו בקהילה.

- שנית, יכולה להעלות הטענה שגם אם השיג את המידע ללא קשר ליחסיו המיוחדים, אסור לו לפרסם מידע על מישהו שיש לו איתו יחסים מיוחדים, וזאת ללא קשר לשאלת מקור המידע.

סעיף ג

- האיטום בגין אי הרישום – מאגר המידע שבאתר חייב ברישום. לא לפי כמות האנשים אבל כן לפי רגישות המידע: המחלות, הקשרים הרומנטיים (סעיף 8(ב)2). אי רישום מהווה עבירה פלילית לפי סעיף 31א.
- ראיות בנוגע לסמים:
 - חיפוש הסם באמצעות הכלב – האם זהו באמת "חיפוש"? אם כן מצריך צו (או שנופל בגדר חריגים המאפשרים לשוטר לחפש גם ללא צו - בונוס), אם לא אין צורך בצו. יש לבחון את מבחני הצפיות בדגש על כך שמחד גיסא, האמצעי (הכלב) מפעיל אמנם חוש נפוץ של ריח (בניגוד לעניין Kyllö, שם הופעלה טכנולוגיה טרמית, שקלטה מידע שלא נקלט בחושים הרגילים) אבל יכולת הרחרוח שלו היא על-אנושית. מאידך גיסא, כלבי רחרוח צפויים להמצא בתחנת משטרה.
 - האימייל בגיימייל – האם מצריך צו חיפוש או צו האזנת סתר. מצב שאינו מוסדר לפי הלכות פילוסוף – ההודעה תמיד נשארת אצל הספק גם אחרי שנקראת. בדיוק אחד המצבים שמוכיח עד כמה בחינת "מיקומו" של הקובץ בעייתית כאמת מידה מבחינה.

שאלה 2

- א. וורן וברנדייס – ה"זכות להיעזב במנוחה". מובן זו כולל שליטה, אבל כזו המתמקדת בקיומו או אי-קיומו של נתק, מעין אדם "פאסיבי" שרק מבקש מרחב מנותק מן הציבור. הזכות לפרטיות כ"שליטה", לעומת זאת, מקנה שליטה רחבה יותר גם בהיבטים אקטיביים שאינם קשורים לנתק (כמו שליטה בסוגי שימוש במידע, שליטה באיכותו וכולו). פרוססר – אינו מציג תפיסה אחידה של הזכות לפרטיות ובכך כבר שונה מוורן וברנדייס ומבירנהק, אבל היה מקום לבחון לאיזה מושג מבין שני המושגים ("היעזבות לנפשך", או "שליטה רחבה") משתייכות הקטגוריות שלו: איסור חדירה ואיסור פרסום עניינים אישיים עוסקים באופן ברור ב"היעזבות לנפשך" (שלא יגלו על אדם דברים כאשר הוא ברשות היחיד, שלא יפרסמו על אדם). אל איסור הצגה באור שקרי אפשר להתייחס כאל "זכות להיעזב במנוחה" בגלל העובדה שמתמקדים בפרט וכן שיש בה אלמנט של פרסום. מאידך גיסא, אפשר להתייחס לעוולה כאל ביטוי של שליטה אקטיבית שלו באופן שבו דמותו מוצגת, כלומר הוא מעוניין בכך שכן ידעו עליו והוא רוצה שידעו עליו את האמת. גם אל איסור שימוש בדמות לשם רווח אפשר להתייחס כאל סוג של "זכות להיעזב במנוחה" כיוון שתמונה של היחיד בפרסומת מציבה אותו בפומבי ושוב אין נתק בינו לבין הציבור. אולם, אפשר גם להתייחס לעוולה כאל זכות מעין-קניינית שמקרבת אותה למושג השליטה של אדם בדבר השימושים שיעשו בדמותו (למרות שבירנהק שולל במפורש אופי קנייני של הזכות לפרטיות).
- ב. אפשר למצוא בדין הישראלי ביטויים של עקרון "השליטה" בכלל ו"השליטה הרחבה" בפרט, אבל לעתים הם חסרים. להלן כמה דוגמאות שהיה מקום לדון בהן.
- ביטויים:
 - הכרה בזכות לפרטיות כמגינה על בפרטיות ההחלטות (אוטונומיה).
 - דרישת ההסכמה לפי חוק הגנת הפרטיות, והעמקתה בדרישת "הסכמה מדעת".
 - עקרון צמידות המטרה – סעיף 2(9).
 - מעורבות וצמידות מטרה – פרק מאגרי המידע בחוק הגנת הפרטיות.
 - אבדן שליטה כסוג של ביזוי לפי סעיף 2(4).
 - חוסרים:
 - הסכמה מכללא ופרשנותה בפסיקה.
 - סעיף 7(ג) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שאינו מתנה את הפגיעה בפרטיות בהעדר הסכמה.
 - אי-אימוץ עולת הצגה באור שקרי בחוק הגנת הפרטיות – צמצום היכולת של הפרט לשלוט בדמותו.

- המבחנים האובייקטיביים לקביעה מה הוא פרטי ומה אינו פרטי.
- פרק מאגרי המידע – אשר חסר בכל הנוגע להגנת איכות המידע ולדרישת ההודעה כאשר המידע נאסף לא מן הפרט. דווקא אלו ביטויים מרכזיים בפרק מאגרי המידע של עקרון השליטה הרחבה.

שאלה 3

- עיקר השאלה דרשה ניתוח של הסדר הצעת החוק והשוואתו למצב הקיים. ואכן, הצעת החוק בעייתית בכמה מובנים ומשנה את המצב הקיים.
 - האנונימיות ביחס לציבור הגולשים:
 - אפשרות שחזור הזהות - בעקרון ההצעה שומרת על האפשרות להגיב בעילום שם כלפי כלל הציבור, ורק מקילה את "שיחזור" זהותו של הדובר אקס-פוסט. בכך, חשוב להדגיש, היא די דומה למצב החל היום שבו ניתן לשחזר את זהותו של הדובר באמצעות כתובת ה-IP.
 - השוני ביחס להיום:
 - עילת שחזור מאד "פתוחה" – הוצאת דיבה או "פגיעה ברגשותיו". זהו סטנדרט מקל בוודאי בהשוואה לזה הקבוע בפלוגיני מור: לא ברמה פלילית) אבל גם בהשוואה לזה הקבוע במור ובהצעת חוק מסחר אלקטרוני (עבירה או עוולה - "פגיעה ברגשות" היא מושג עמום ורחב יותר).
 - הליך השחזור:
 - העדר מבחני איזון ביחס להליך השחזור (השוואה לקריטריונים שצוינו בפסיקה ובעיקר בעניין מור): לא ברור מיהו המשחזר (האם זה נתון לשיקול דעתו של מנהל האתר? האם רק בצו בית משפט?); לא ברור אם לפרט האנונימי יש זכות תגובה; וכולי.
 - קל יותר לשחזר מבחינה טכנית – על פי ההצעה מוקמת תשתית אינפורמטיבית שמאפשרת לשחזר את הזהות ביתר קלות (השוו עם מצוקות השחזור מבוסס ה-IP העוללות להתפתח כפי שתואר בעניין מור). חשוב להדגיש כי זה כשלעצמו איננו יוצר בעיה גדולה, שהרי אם השחזור מוצדק, אז העובדה שמקלים על הנפגע לשחזר את זהותו של הפוגע אינה פסולה.
 - מודעות גבוהה יותר לסכנת "השחזור" – העובדה שאדם מוסר את זהותו לאתר למקרה שיתעורר צורך ב"שחזור" יוצרת אצלו מודעות גבוהה למעקב אחריו, וזאת לעומת המצב היום שרבים לא מודעים לסכנת שחזור זהותם באמצעות כתובת ה-IP. מצד אחד, זה טוב. אנונימיות-מדומה מסוכנת לפרטיות יותר מאשר העדר-אנונימיות. מצד שני, זה מחמיר את "אפקט הצינון" והפגיעה בחופש הביטוי.
 - אנונימיות כלפי מנהל האתר - הבעיה המרכזית בהצעת החוק היא הפגיעה המוחלטת, התמידית, אקס-אנטה, באנונימיות של הדובר כלפי מנהל האתר. במצב היום, המבוסס על שחזור באמצעות כתובת ה-IP, אין אף גוף שיועד, אקס אנטה, לקשר את האמירה לאדם (רק הצלבת המידע בין האתר לספק השירות מאפשרת זאת). איסור גורף כזה של אנונימיות ביחס למנהל האתר עלול לגרום "אפקט צינון" משמעותי ופגיעה בחופש הביטוי, בגלל החשש שהאתר עצמו ידע (גם אם לא יספר לקוראים). כמו כן, חובת מזוהות כזו כלפי האתר מקנה לו כוח גדול למעקב שיטתי אחרי הגולש ופגיעה בפרטיותו.
- דין רצוי – כאן היה מקום לדון בבסיס הנורמטיבי של הזכות לאנונימיות ולהביע את דעתכם ביחס למתח בין יתרונויותיה ומחירה.