

צילום חכם: האם צילום מחשב ללא רשות ראוי להיות עבירה פלילית?

מאת

אסף הרדוף*

במסגרת חקירת "תיק 4000", פרשה מסועפת של חשדות מגוונים הנוגעים לבכירים בבזק ובמשרד התקשורת ואף לראש הממשלה המכהן, נחשפה בתקשורת תכתובת ואטסאפ מביכה בין תובע מהרשות לניירות ערך לבין שופטת מעצרים בבית משפט השלום בתל-אביב. בקיץ 2018 הודחה השופטת מתפקידה, הדחה שבוטלה בסוף שנת 2018. רשימתי תתמקד בהיבט חשוב אחר העולה מהפרשה: חוקיותה של השגת המידע. התכתובת לא הודלפה בידי מי שהיה שותף לה; צילום התכתובת נעשה במסדרון בית המשפט, כשלפי הדיווחים המצלמה של חדשות 10 קלטה את הצג של התובע, ובהמשך חשפה אותה לציבור. המאמר בוחן אם מבחינה ערכית ראוי לרתום את המשפט הפלילי כדי להילחם בקליטת מידע באמצעות צילום מחשב בכלל וצילום טלפון חכם בפרט ללא ידיעת בעליו וללא הסכמתו ("צילום חכם"), ואם כן, אם קיימות עבירות המתאימות לכך או שנדרשת מסגרת חדשה. לשאלה זו חשיבות נורמטיבית רבה בעידן הנוכחי, המוצף מחשבים ומצלמות, לעיתים קרובות מאוד באותו מכשיר. המאמר כולל רובד חוקתי, של בחינת שאלת ההפלה, ורובד דוקטרינרי, הבוחן את האפשרות להפלייל צילום חכם באמצעות שלוש עבירות קיימות: חדירה לחומר מחשב לפי חוק המחשבים, התשנ"ה–1995, האזנת סתר לפי חוק האזנת סתר, התשל"ט–1979 ופגיעה בפרטיות לפי חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א–1981. המאמר מציע להפלייל את הצילום החכם בחקיקה ישירה ולא בפרשנות, באמצעות תיקון חוק הגנת הפרטיות, וקורא אגב כך לעיון מחדש ויסודי בחוק זה.

מבוא א. מלחמה פלילית בצילום חכם: שאלת ההפלה. 1. מבוא; 2. תכלית ראויה; 3. מידתיות; 4. הפללת צילום חכם: שאלת המסגרת; ב. צילום חכם כחדירה לחומר מחשב. 1. מבוא; 2. טלפון חכם כמחשב; 3. צילום חכם כחדירה לחומר מחשב; ג. צילום חכם כהאזנת סתר. 1. מבוא; 2. צילום והעתקת מידע כהאזנת סתר; 3. צילום חכם כהאזנת סתר; 4. צילום חכם בזמן אמת כהאזנת סתר; ד. צילום חכם כפגיעה בפרטיות. 1. מבוא; 2. צילום חכם ויסודות העבירה של פגיעה בפרטיות; 3. צילום חכם וסייג לאחירות. ה. סיכום: שאלת האכסניה הראויה.

* ד"ר אסף הרדוף הוא מרצה בכיר במכללה האקדמית צפת, מתמחה בפשע המקוון. תודה רבה למיכאל בירנהק על הערותיו לטייטה הראשונה של המאמר, וכמובן למערכת משפטים על אתר, ובמיוחד לעורכת ליאת דאשט, על הערות יסודיות ומעשירות לאורך הטיוטות השונות של המאמר. תודה רבה גם לעורכת הלשונית על השבחת המאמר. האחירות לכל טעות שנפלה במסגרת המאמר – עליי בלבד. מחכה לתגובות: asafhardoof@gmail.com

מבוא

בסוף פברואר 2018 רעדה האדמה במערכת המשפט. במסגרת חקירת "תיק 4000", פרשה מסועפת של חשדות מגוונים הנוגעים לבכירים בבוק ובמשרד התקשורת ואף לראש הממשלה המכהן, נעצרו חלק מהחשודים לכמה ימים. לקראת דיון הארכת מעצר חשף ערוץ 10 תכתובת ואטסאפ (להלן: תכתובת המעצר) בין התובע מהרשות לניירות ערך לבין שופטת המעצרים בבית משפט השלום בתל-אביב. בתכתובת ציין התובע בין היתר ששני חשודים צפויים להשתחרר וביקש מהשופטת להיראות מופתעת. שופטת המעצרים השיבה: "אני מתחילה לעבוד על הבעה הולמת של הפתעה מוחלטת".

הפרשה (להלן: פרשת המסרונים) תפסה כותרות ראשיות במדיה, הובילה לתגובות ציבוריות ופוליטיות חריפות, לקובלנות נגד התובע ונגד שופטת המעצרים ולדוחות רשמיים.¹ עיקר הביקורת הציבורית כיוון לחוסר ההגינות שבהליך, לתיאום המסתמן בין התובע לשופטת המעצרים ולתהיות אם הדבר משקף מגמה רחבה. בקיץ 2018 דחה בית הדין המשמעתי לשופטים הסדר טיעון להשעיית השופטת לשנה ובחר חלף זאת בסנקציה החמורה של הדחתה מתפקידה. עתירת השופטת לבג"ץ נתקבלה בדצמבר 2018 ברוב דעות והדחתה בוטלה.²

רשימתי תמקד בהיבט חשוב אחר בפרשה: חוקיותה של השגת המידע. התכתובת לא הודלפה בידי מי שהיה שותף לה; צילום התכתובת נעשה במסדרון בית המשפט, כשלפי הדיווחים המצלמה של חדשות 10 קלטה את הצג של התובע, ובהמשך חשפה אותה לציבור.³ שאלת המחקר תהיה אם מבחינה ערכית ראוי לרתום את המשפט הפלילי כדי להילחם בקליטת מידע באמצעות צילום מחשב בכלל וצילום טלפון חכם בפרט ללא ידיעת בעליו וללא הסכמתו (להלן: "צילום חכם"),⁴ ואם כן, אם קיימות עבירות המתאימות לכך או שנדרשת מסגרת חדשה. לשאלה זו חשיבות נורמטיבית רבה בעידן הנוכחי, המוצף מחשבים ומצלמות, לעיתים קרובות מאוד באותו מכשיר. הדיון שיערך הוא מופשט

1 למשל "דוחות חסויים המוגשים לבית המשפט במהלך דיון מעצרים" (חוות דעת של נציבות תלונות הציבור על מייצגי המדינה בערכאות, 6.2.2018; <http://bit.ly/2DpxZgS>); חוות דעת 18/118 של נציבות תלונות הציבור על שופטים "על יוהרה, סיכלות ומסרוני וואטסאפ – מסקנות אישיות ומערכתיות" (<http://bit.ly/2qLZ8mz>) (27.2.2018).

2 בד"מ 2081/18 שרת המשפטים נ' השופטת פוזנסקי-כץ (פורסם בנבו, 18.7.2018). השופטת עתרה לבג"ץ נגד החלטה שהתקבלה בבג"ץ 6301/18 פוזנסקי כץ נ' שרת המשפטים (פורסם בנבו, 2.9.2018). לתמיכה אקדמית בהחלטה זו ולדיון באתיקה השיפוטית ראו לימור זר-גוטמן "על אתיקה ומשפט בפרשת השופטת והמסרונים: בעקבות בד"מ 2081/18 שרת המשפטים נ' השופטת רונית פוזנסקי כץ" המשפט ברשת 81, 4 (2018) <http://bit.ly/2qOEBxK>; בחלוף חמישה חודשים בוטלה החלטת בית הדין המשמעתי בבג"ץ: בג"ץ 6301/18 השופטת רונית פוזנסקי כץ נ' שרת המשפטים (פורסם בנבו, 27.12.2018).

3 "תיק 4000: תיאום בין שופטת לחוקר" מאקו – חדשות (25.2.2018) <http://bit.ly/2OLzQ1t>.

4 אף שיש שיעירו בצדק שמדובר במכשיר שמאפשר לפגוע קשות גם בבעליו, ולפיכך אינו ראוי להתכנות "חכם", דומה שהכינוי "טלפון חכם" מכוון לעושר האפשרויות שהטלפון מציע, ואין פלא שהמונח כבר תפס אחיזה. המונח "צילום חכם" שאני מציע מתקשר אליו, ואף שמדובר בפעולה פשוטה, גם היא עשויה להציע אפשרויות עשירות.

ועקרוני בשל חשיבותה הכללית של הסוגיה, ואין בו כדי להגן על תכתובת המעצר, שזכתה לביקורת ציבורית, שיפוטית ואקדמית נוקבת.

המאמר יפתח בפרק א בדיון הערכי במלחמה המשפטית בצילום החכם, קרי שאלת ההפללה הנורמטיבית, אם ראוי לרתום את המשפט הפלילי להילחם בתופעה. אבהיר את מורכבותה של שאלת ההפללה ואת ההיבט החוקתי שלה לקראת דיון חוקתי קצר בשאלת הקונקרטי. בהנחה שאומנם התופעה ראויה להפללה, אעבור לשאלת המסגרת. שלושת הפרקים הבאים יבחנו אם יש מענה מפלילי בדיון הקיים מבחינת יסודות העברה, סייגים מיוחדים וערכים מוגנים. הואיל וכמוסבר בהמשך, טלפון חכם הוא מחשב, והואיל וההגנה על התוכן המצוי בו מתקשרת אינטואיטיבית לפרטיות של החומר המצוי במחשב בלי קשר לטיב החומר, מסע החיפוש אחר עבירה פלילית קיימת יחל בפרק ב בחוק המחשבים, התשנ"ה-1995 (להלן: חוק המחשבים). אבחן אם צילום חכם עשוי להיות עבירה פלילית של חדירה לחומר מחשב אגב הבהרה שטלפון חכם הוא מחשב ודיון אם מבחינה משפטית פלילית ניתן לחדור לחומר מחשב ללא מגע. הואיל וצילום חכם של תכתובת משקף פגיעה בתקשורת בין פרטים, אבחן בפרק ג אם הוא מבחינת האזנת סתר לפי חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979 (להלן: חוק האזנת סתר). אפתח ואדון אם צילום בכלל יכול להיחשב האזנת סתר, ואם העתקת מידע ממוחשב עשויה להיחשב האזנת סתר, ולאחר מכן אצביע על פסיקה רלוונטית ואתהה אם ברוחה ניתן לתפוס צילום תכתובת כהאזנת סתר, בעיקר אך לא רק, אם הצילום החכם הוא של תכתובת בזמן אמת.⁵ בפרק ד, היות שצילום חכם פוגע לכאורה בזכות הפרטיות, אבחן אם הוא עשוי לגלם עבירה פלילית של פגיעה בפרטיות לפי חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות). אציע שאף שוודאי מדובר בפגיעה בפרטיות, מבחינת יסודות העבירה ייתכנו הגנות שיחלצו את הפוגע מאחריותו. המאמר משלב בין הנורמטיבי לפורמלי ולדוקטרינרי ומראה כיצד סוג התנהגות פשוט מעלה שאלות דוקטרינריות ותכליתיות מורכבות בנוגע למסגרות שונות למדי. בפרק המסכם ה נבחנת שאלת המסגרת הרצויה. מוצע שהדרך הראויה להפללה היא בחקיקה ולא בפרשנות, ושהאכסניה הראויה היא חוק הגנת הפרטיות, חוק הראוי לעיון מחודש ויסודי בימינו.

א. מלחמה פלילית בצילום חכם: שאלת ההפללה

1. מבוא

שאלת ההפללה – האם מבחינה ערכית ראוי להילחם בהתהוות חברתית מסוימת באמצעות יצירת עבירה פלילית? סבוכה ומורכבת ביותר, ושורשיה נעוצים בעקרון הנזק שניסח מיל (Mill), שלפיו הסיבה היחידה להגבלת המדינה את מעשי הפרט (לאו דווקא באמצעות

5 פירוט התכתובת וגם הכיתוב "מחובר" על השופטת, בת שיחו של התובע שהטלפון שלו צולם, מרמזים שהייתה בזמן אמת, ראו: חיים טוויל "פרשת המסרונים, תיק 4000: נחשפה כל התכתובת בין החוקר והשופטת" חרדים 100 – חדשות – בארץ (26.2.2018) <http://bit.ly/2K7Swre>

הפללה) היא פגיעתם באחר.⁶ עקרון הנזק הפך פופולרי מאוד במשפט המערבי כעיקרון הבסיסי של ההפללה, וספרות עשירה ניסתה להאירו.⁷ הואיל וניתן להציע שכמעט כל התנהגות עלולה להוביל לנזק באופן כלשהו, היו שגרסו שעקרון הנזק קרס תחת הצלחתו ועימו גם היומרה להגביל בעזרתו את תוכן האיסורים הפליליים.⁸

במקומות אחרים עקרון הנזק משחק תפקיד חשוב פחות בהפללה, וקשה למצוא עקרונות ברורים ושיטתיים להפללה.⁹ בישראל למשל אין שיטה סדורה וייחודית להפללה. מלומדי המשפט הפלילי נוטים להדגיש שפגיעה בערכים מוגנים היא מאפיין כללי בעבירות פליליות.¹⁰ אולם אפיון שכזה אינו מבדיל איסורים פליליים מהסדרה משפטית אחרת, שגם היא מקדמת ערכים או מגינה עליהם; מלוא המשפט ערכים.¹¹ בהיעדר כלי אקדמי מקובל לבחון שאלות הפללה נוטה הספרות להציג "רשימות מכולת" בעד הפללה ונגדה, אף שגישה זו בהכרח מחמיצה שיקולי הפללה חשובים בשל היעדר שיטתיותה.¹²

מודלים שיטתיים של הפללה הועלו בספרות בתוך כדי חיבורם לדין החוקתי, המקור הנורמטיבי שמאפשר להגביל חקיקה פלילית (וחקיקה בכלל) בשל פגיעתה בזכויות חוקתיות מוגנות. בארצות הברית למשל נבנה מודל הפללה שיתחבר לפחות בחלקו לחוקה,¹³ וכתיבה נוספת חיברה בין ההפללה והחוקה.¹⁴ בישראל הוצעו שני חיבורים (לפחות) בין מודל שיטתי של הפללה לבין חוקי היסוד בניסיון לקחת תוכן נורמטיבי המותאם במיוחד לשאלת ההפללה וליצוק אותו למבחני המשנה המוכרים היטב של פסקת

- JOHN S. MILL, ON LIBERTY, REPRESENTATIVE GOVERNMENT AND THE SUBJECTION OF WOMEN 13 (1879, reprinted in 1996) 6
- JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: HARM TO OTHERS (1984) 7
- Bernard E. Harcourt, *Criminal Law: the Collapse of the Harm Principle*, 90 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 109, 110–194 (1999) 8
- למעט חריגים נדירים, אין עקרונות הפללה במערכת המשפט הקונטיננטלי בתאוריה או במעשה. לדין נא ראו NINA PERŠAK, CRIMINALISING HARMFUL CONDUCT: THE HARM PRINCIPLE, ITS LIMITS AND CONTINENTAL COUNTERPARTS 23, 26, 31, 128 (2007) 9
- ראו מרדכי קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העבירות הספציפיות 182, 187, 191, 193 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 1980); ג'ודי ברודר סייג זוטי-הדברים 9 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למדעי הרוח, 2001); חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובעוז שנור לשון הרע – הדין המצוי והרצוי 25, 27–28 (2005). 10
- אסף הרדוף עברת הגנבה 108–109 (2014). 11
- JONATHAN SCHONSHECK, ON CRIMINALIZATION: AN ESSAY IN THE PHILOSOPHY OF THE CRIMINAL LAW 7 (Alan Mabe et al. eds., 1994) 12
- DOUGLAS HUSAK, OVERCRIMINALIZATION: THE LIMITS OF THE CRIMINAL LAW 126–158 (2008). 13
- Mohammed S. Wattad, *The Meaning of Wrongdoing – A Crime of Disrespecting the Flag: Grounds for Preserving National Unity*, 10 SAN DIEGO INT'L L.J. 5, 21–55 (2008) 14

ההגבלה, בעיקר התכלית הראויה ומבחני המידתיות.¹⁵ אף שחיבורים אלו אינם מחייבים כמובן, ניתן להיעזר בהם ככלי שבאמצעותו תוכן של הפללה נמזג לתוך מבחני פסקת ההגבלה. קיים קונצנזוס רחב יחסית שלפיו חוקי היסוד מגבילים את תוכני המשפט הפלילי. כבר לפני למעלה משני עשורים נכתב שתוכני המשפט הפלילי כפופים לפסקת ההגבלה.¹⁶ אף שהיה מי שהציע שלפסקת ההגבלה רלוונטיות מוגבלת מאוד בהקשר הפלילי,¹⁷ ניתן למצוא בפסקת ההגבלה פוטנציאל להציב גבולות חוקתיים למשפט הפלילי.¹⁸ מתוך הכרה בכפיפותה של עבירה פלילית חדשה לפסקת ההגבלה ובשל מרכזיותה בשיח המשפטי בישראל יישען הניתוח הנורמטיבי של שאלת ההפללה של הצילום החכם על מבחני פסקת ההגבלה, שכאמור ניתן ליצוק לתוכם שיקולי הפללה עיוניים. בגין קוצר היריעה אסתפק בהצפת שיקולי הפללה העיקריים, באספקלריה של חוקי היסוד בישראל, אגב דיון קצר בתכליתו של איסור אפשרי ובמידתיותו. הנחת המוצא הנורמטיבית תהיה שאיסור פלילי פוגע בזכויות יסוד של הפרט כמו חירותו, כבודו, שמו הטוב וקניינו, ולפיכך ניתן לדון בו במשקפיים חוקתיים.¹⁹

2. תכלית ראויה

קל יחסית לצלוח את מבחן התכלית הראויה ולנקוב בערכים מוכרים שלכאורה זקוקים להגנה למול פרקטיקה שיש בה ממד פוגעני כלשהו. מהי תכליתו של איסור פלילי על צילום חכם?

הערך הראשון והעיקרי הוא הפרטיות, זכות יסוד חוקתית המעוגנת בסעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; זו מתקשרת גם לאוטונומיה. צילום חכם מאפשר לקלוט מידע פרטי עשיר ומגוון, לרבות תמונות, סיסמאות, תכתובות, נתונים של אנשי קשר, נתוני

15 יובל קרניאל הפרת אמונים בתאגיד 195, 237–238, 417 (2001); אסף הרדוף "פסקת ההפללה: טיעון חוקתי נגד הפללה – על גבולות המשפט הפלילי וגבולות פסקת ההגבלה" משפטים מב 243, 243–307 (2012) (להלן: הרדוף "פסקת ההפללה").

16 יהודית קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב 64, 94–95, 120 (1996); אהרון ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכות המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיני)" מחקרי משפט יג 5, 12–15 (1996).

17 שי לביא "צדק מתקן בפלילים – עיון מחודש ביחס שבין דיני עונשין ומשפט חוקתי" מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 511, 518–519, 550 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010).

18 מרדכי קרמניצר "עשור לתיקון 39 לחוק העונשין: דברי תגובה" מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 609, 622–627 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010); יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך א פרק 4 (מהדורה שלישית, 2014).

19 ראו ע"פ 4424/98 סילגרו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, 541, 547–552, 562 (2002); הדר דנציג-רוזנברג "הסדר הטלת אחריות לעברה נגרת – הרהורים על אשמה, מידתיות ונוסחת איון אחרת" ספר דיויד וינר – על משפט פלילי ואתיקה 683, 700–701 (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009).

גלישה ועוד. כל זאת בעידן שבו תלותו של האדם בטלפון החכם הולכת וגדלה.²⁰ לא מסובך מבחינה נורמטיבית להציע שבהקשרים רבים איסוף מידע על אחרים בלי הסכמתם וידיעתם פוגע בפרטיותם²¹ בשל האינטרס לשמור מידע והתנהלות בסוד.²² איסוף מידע, עיבוד מידע והפצת מידע על אדם בלי רשותו יכולים להזיק לו בדרכים מגוונות. מעקב חושף שביל של מידע על אדם. מודעות לפרקטיקות אלו ואפילו לאפשרות קיומן מובילה לחשש מתמיד ולשינוי התנהגות, לצנזורה עצמית ולעכבות, ובכך עלולה לא רק להמעיט בהתנהגות פסולה אלא גם לפגוע בחירות, ביצירתיות ובהתפתחות העצמית.²³ אם צופים באדם זמן מספיק, אפשר שייתפס בפעילות לא חוקית או לא מוסרית, וניתן אפוא להכתימו בעזרת המידע.²⁴ לפי תפיסה של פרטיות כגישה, לאדם מותר למנוע מאחרים לצפות במרחבו הפרטי, להפיק ממנו תועלת או לפלוש אליו.²⁵ השגת מידע על אודותיו בלי ידיעתו פוגעת בשליטתו במידע ולכן באוטונומיה שלו,²⁶ ואולי גם בדרכו להגדרה עצמית.²⁷ ההגנה על הפרטיות מגינה גם על חופש הביטוי וחופש הדעות.²⁸ החשש ממעקב ומחשיפת התוכן בטלפון החכם עלול להרתיע את הפרט מפני עריכת שיחות אישיות, פיתוח רעיונות ויצירת ביטויים מקוריים, ובכך עלול לפגוע ביכולתו של הפרט לפתח את אישיותו. פרטיות מעודדת ביטוי באפשרה תקשורת ישירה וכנה בין אנשים שבוטחים זה בזה ושלא יזיקו זה לזה בגין דבריהם. ללא פרטיות אפשר שאנשים לא ישתפו ברעיונות רבים, ולכן הגנות על הפרטיות לא רק עוצרות את חופש הביטוי, כמצוין בהמשך, אלא גם מקדמות אותו.²⁹ מנגד, ניתן להציע שהצילום החכם אינו פוגע בפרטיות, לפחות בשעה שהצילום נעשה ברשות הרבים, משום שבמצב דברים זה אין לפרט ציפייה סבירה לפרטיות. חקיקה ישראלית שמגינה על פרטיות עורכת הבחנות שונות שמקילות על פגיעה בפרטיות ברשות הרבים, כמו סעיף 8 לחוק האזנת סתר וסעיף 2(3) לחוק הגנת הפרטיות. גם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מספק הגנה חזקה יותר לנעשה ברשות היחיד, כעולה מסעיפים 7(ב)–(ג).

- 20 שרון אהרוני-גולדנברג "חדירה למערכות מחשב – היקפה הרצוי והמצוי של העברה" ספר דיזי וינר – על משפט פלילי ואתיקה 429, 431 (דורר ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009).
- 21 Daniel J. Solove, *Digital Dossiers and the Dissipation of Fourth Amendment Privacy*, 75 S. CAL. L. REV. 1083, 1167 (2002).
- 22 William J. Stuntz, *Privacy's Problem and the Law of Criminal Procedure*, 93 MICH. L. REV. 1016, 1021–1022 (1995).
- 23 Daniel J. Solove, *Reconstructing Electronic Surveillance Law*, 72 GEO. WASH. L. REV. 1264, 1268 (2004).
- 24 Daniel J. Solove, *A Taxonomy of Privacy*, 154 U. PA. L. REV. 477, 489–496 (2006) (להלן: Solove, *A Taxonomy of Privacy*).
- 25 Daniel J. Solove, *Conceptualizing Privacy*, 90 CAL. L. REV. 1087, 1103–1104 (2002) (להלן: Solove, *Conceptualizing Privacy*).
- 26 מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" משפט וממשל יא 11, 44–41 (2007) (להלן: בירנהק "הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות").
- 27 Jed Rubenfeld, *The Right of Privacy*, 102 HARV. L. REV. 737, 754–755 (1989).
- 28 אהרוני-גולדנברג, לעיל ה"ש 20, בעמ' 437–439.
- 29 Daniel J. Solove, *The Virtues of Knowing Less: Justifying Privacy Protections against Disclosure*, 53 DUKE L.J. 967, 992–994, 999–1000 (2003).

בארצות הברית למשל עלה קושי בפני מלחמה בהתנהגויות פוגעניות אחרות ברשות הרבים, כמו מציצנות וניסיונות לצלם נשים מתחת לחצאית במרחב הציבורי, מתוך תפיסה שבמרחב הזה אין ציפייה סבירה לפרטיות.³⁰

סבורני שמהדוגמה האמריקנית הזאת יש ללמוד בזהירות רבה, מה גם שקיימות חריגות ממנה,³¹ והוצעה ביקורת ערכית חריפה עליה.³² מעשי מציצנות כמו צילומים מתחת לחצאית, אף במקומות ציבוריים, הובילו בישראל להרשעה במעשה מגונה באדם גם בלי מגע, ללא הבחנה בין המקומות שבהם נעשתה הפעולה, ובתוך אמירה שיפוטית נחרצת בדבר פגיעת המעשים (גם) בפרטיות הקורבנות.³³ אני מתקשה לדמיין קביעה שיפוטית ישראלית אחרת. מלבד זאת, בג"ץ הפנה לאמירה המפורסמת כי "הזכות לפרטיות היא זכותו של האדם ולא של המקום",³⁴ בהדגישו שהזכות לפרטיות בראי הביטוי "ברשות היחיד" אינה נקבעת לפי דיני הנכסים אלא לפי דיני הפרט, ושסביב כל אדם יש מרחב שבתוכו הוא זכאי להיות עם עצמו, מרחב שנע עם האדם, והיקפו נגזר מהצורך להגן על האוטונומיה של הפרט.³⁵ שאלת המיקום עשויה להאיר על תפיסת הפרטיות, אך אינה אור יחיד.³⁶

גם מבחינת החוק, אף שיש לעיתים חשיבות לשאלת המקום, ניתן להציע שקיימת ציפייה סבירה לפרטיות בהקשרים שונים גם במרחב הציבורי, וממילא שאלת הציפייה הסבירה אינה תמיד מכרעת. למשל סעיף 8 לחוק האזנת סתר מגדיר "רשות הרבים" כ"מקום שאדם סביר יכול היה לצפות ששיחותיו יישמעו ללא הסכמתו..." אולם אינו מתיר לפרטים לבצע האזנת סתר ברשות הרבים, אלא אך מקנה לרשויות אפשרות לכך, וגם זאת רק בהסמכה מקצין משטרה בכיר. יכולתם של אחרים לקלוט שיחות ביתר קלות ולתעדן – אינה פוטרת מתחולת האיסור הפלילי על האזנת סתר.

- Cefalu v. Globe Newspaper Co., 8 Mass. App. Ct. 71, 77 (1979); Lance E. Rothenberg, 30
Re-Thinking Privacy: Peeping Toms, Video Voyeurs, and the Failure of Criminal Law to
Recognize a Reasonable Expectation of Privacy in the Public Space, 49 AM. U. L. REV. 1127,
1139 (2000); Clay Calvert & Justin Brown, *Video Voyeurism, Privacy and the Internet:*
Exposing Peeping Toms in Cyberspace, 18 CARDOZO ARTS & ENT L.J. 469, 489 (2000)
Daily Times Democrat v. Graham, 162 So.2d 474 276 Ala. 380, 382–383 (1964) 31
Andrew J. McClurg, *Bringing Privacy Law Out of the Closet: A Tort Theory for Intrusions in* 32
Public Places, 73 N.C. L. REV. 989, 1029–1087 (1995); Brian Mills, *Video Voyeurism: Are*
You Being Watched?, 3 LOY. INTELL. PROP. & HIGH TECH. J. 11, 25–27 (2000); Marc Tran,
Combating Gender Privilege and Recognizing a Woman's Right to Privacy in Public Spaces:
Arguments to Criminalize Catcalling and Creepshots, 26 HASTINGS WOMEN'S L.J. 185,
196–206 (2015) Rothenberg; לעיל ה"ש 30, בעמ' 1146–1145, Calvert & Brown; לעיל ה"ש 30,
בעמ' 495–494.
- ע"פ 9603/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 12–14 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ג'ובראן (פורסם 33
בנבו, 27.9.2011) (להלן: עניין פלוני 9603/09). בקשה לדיון נוסף נדחתה – תוך קביעה שהמעשים
אינם בגדר פגיעה בפרטיות גרידא, עניין שאינו במחלוקת ראו דנ"פ 7457/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פס'
4–5 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 26.2.2012).
- ראו 34 Katz v. U.S., 389 U.S. 347, 351 (1967); אלי הלם דיני הגנת הפרטיות 85 (2003).
- בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה, פ"ד סא(1) 581, פס' 21 לפסק דינו של הנשיא 35
ברק (2006).
- מיכאל בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 81 (2011). 36

אם כן, הן מבחינה נורמטיבית והן מבחינה פורמלית המרחב הציבורי אינו מאיין את הזכות לפרטיות. ככלל, הנגישות והקלות של פגיעה בזכות יסוד אינן יכולות לאיין את ההגנה המשפטית עליה, והציפייה הסבירה להגנה על הזכות אינה תלויה ביכולת לפגוע בה או בפגיעותה בזירה מסוימת. הציפייה הסבירה אינה עניין טכני אלא היא עניין משפטי המבקש לשקף ערכים חברתיים ולהגן על זכויות ולא להרים ידיים נוכח יתר הקלות של הפגיעה בזכות.³⁷ הקלות האמורה אין פירושה היעדר ציפייה חברתית ומשפטית לפרטיות, כשם שהקלות של פגיעה בזכויות אחרות אינה מאיינת את הציפייה החברתית והמשפטית לזכויות אלו; הרי מבחינה טכנית קל מאוד לפגוע בגופו של אדם, בכבודו ובקניינו, אך החברה והדין לא יסבלו פגיעות כאלו אך מפאת קלותן.³⁸

ביתר קונקרטי, הסכמה לפגיעה בפרטיות אינה מוכרעת רק מעצם האפשרות הטכנית של אחרים להגיע למידע הפרטי, ועליה להיות חופשית, קונקרטית ומדעת.³⁹ אפילו הותרת חומר פתוח על מחשב מעביד אינה מלמדת על הסכמה לעיין בו.⁴⁰ ממילא הסכמה משתמעת לקליטת מידע בידי אחרים אינה הסכמה לתיעודו בכלל ולשימוש פוגעני בו בפרט.⁴¹

אם כך, הסקת ההסכמה לפגיעה בפרטיות רק מעצם האפשרות הטכנית לפגוע בפרטיות ביתר קלות היא מהלך שמעורר התנגדות נורמטיבית, בצדק, משום שפירושה הגנה משפטית דלה עד לא קיימת לפרטיות בכלל ולפרטיותם של בעלי טלפונים חכמים בפרט: אם כל מידע שניתן לקליטה בקלות הוא מידע שמעבירו נחשב למי שהסכים לקליטתו ולהעתקתו בידי אחרים, יצטמצם במידה ניכרת (ולא מוצדקת) טווח הנסיבות שבהן טענת פרטיות תתקבל, משום שעצם הקליטה של המידע בידי אחר פירושו שהיה ניתן לקלוט את המידע בלי הסכמה ישירה, ושהתנהלות הפרט לא מנעה זאת. ואולם, ראוי שנגן על פרטיות גם במצב שבו הפרט יכול להימנע מפעולות שיחשפו אותו בפני אחרים, שאם לא כן נעודד פרטים להסתתרות, לקונפורמיזם, לסגפנות ולשתיקה.⁴² זאת במיוחד משום שצילום חכם

37 עניין Katz, לעיל ה"ש 34, בעמ' 372.

38 לעיתים קלות הפגיעה אף מתוארת כשיקול לחומרא, ראו למשל רע"פ 2168/99 דקרוק נ' מדינת ישראל, פס' 2 לפסק הדין (פורסם בנבו, 22.6.1999); רע"פ 6915/03 גומייד נ' מדינת ישראל, פס' 4 לפסק דינו של השופט טירקל (פורסם בנבו, 14.12.2003); בש"פ 2088/13 מדינת ישראל נ' ביטון, פס' 8 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 21.3.2013); ע"פ 1233/15 מזערו נ' מדינת ישראל, פס' 7 לפסק דינה של השופטת ברון (פורסם בנבו, 19.1.2016); רע"פ 877/16 סרחאן נ' מדינת ישראל, פס' 4 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ג'ובראן (פורסם בנבו, 24.2.2016); רע"פ 1612/18 אבראהים נ' מדינת ישראל, פס' 6 לפסק דינו של השופט שהם (פורסם בנבו, 11.3.2018).

39 ע"ע (ארצי) 90/08 איסקוב ענבר נ' מדינת ישראל – הממונה על חוק עבודת נשים, פס' 30 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ארד (פורסם בנבו, 8.2.2011).

40 רע"א 2552/16 זינגר נ' חברת יהב נחמיאס טכנולוגיות (1990) בע"מ, פס' 42–43 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 10.5.2016).

41 David D. Kremenetsky, *Insatiable "Up-Skirt" Voyeurs Force California Lawmakers to Expand Privacy Protection in Public Places*, 31 MCGEORGE L. REV. 285, 291 (2000).

42 למשל אם נתיר לצלם לתוך המחשוף ומתחת לחצאית, יוביל הדבר לקוד לבוש שמרני (ראו Calvert & Brown, לעיל ה"ש 30, בעמ' 495).

הוא פעולה קלה במיוחד, בהתחשב בכך שמצלמה היא טכנולוגיה שהפכה נפוצה וזולה בהרבה, והיא ברירת מחדל בכל טלפון חכם ולא רק בו.⁴³ סבורני שהפגיעה בפרטיות שכרוכה בצילום החכם היא ההצדקה העיקרית להפללתו. אולם לכאורה ניתן עוד לגרוס שהשגת המידע משקפת הסגת גבול או פגיעה קניינית כשלעצמה, באשר המחשב המצולם הוא בבחינת "קניין מכונן",⁴⁴ והשגת החומר שוללת את הבלעדיות של השליטה בו, הראויה להגנה.⁴⁵ מלבד זאת, הצילום החכם לעיתים מכשיר את הקרקע לפגיעות עתידיות בזכויות פרט. לאחר הצילום קל מאוד להשתמש במידע או להפיצו ללא ידיעת בעליו, להעתיקו העתקה מושלמת, בחינם ובסתר. לדוגמה ניתן לצלם תמונה אינטימית שאדם אחר מעיין בה כדין – תמונתו שלו או של בן זוגו – ולהפיצה בהמשך, ואף שצילום של תמונה הוא דרך איכותית פחות להעתיקה, עדיין אין קושי להסכים שהפרטיות נפגעת ממנה. כך גם באשר לתכתובת אישית, שלאחר שתצולם עלולה להוביל לסחיטת הכותב. אומנם במקרים אלו ניתן לסבור שקיומו של איסור על המעשה שלאחר הצילום הוא כלי מספיק להילחם בפוגענותו. אולם ניתן לייצר כלי משפטי נוסף שיצמצם את הסיכון למעשים הפוגעניים המאוחרים, ואיסורים המבקשים לצמצם סיכונים ולא רק להילחם במתקפות ישירות על ערכים אינם נדירים במשפט הפלילי.⁴⁶ מלבד כל אלו, פרסום הצילום עלול לפגוע בכבודו של הפרט, כפי שקרה בפרשת המסרונים, ולפיכך איסור על צילום עשוי להגן על הזכות לכבוד, המעוגנת בסעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מי שמסכים שצילום חכם פוגע בפרטיותו של אחר, באוטונומיה, בקניין ולעיתים בכבוד, ודאי יסכים שההגנה על אלו היא תכלית ראויה, בעיקר כשהגנה כזו גם עשויה לתרום להתקדמות הטכנולוגיה ולעידוד השימוש בה.⁴⁷

3. מידתיות

בשונה ממבחן התכלית הראויה, הפשוט יחסית לצליחה, מבחן המידתיות מציב מסגרת הדוקה יותר. כידוע, הוא מתפרק לשלושה מבחני משנה: מבחן ההתאמה הרציונלית, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ומבחן התועלת אל מול הנזק. בקשר להפללה, מבחן ההתאמה הרציונלית יצלח אם האיסור אומנם מסוגל להגן על הערכים שעליהם הוא מתיימר להגן. אם האיסור צר מכדי להגן על הערך שעליו הוא מתיימר להגן, ייתכן שלא די בו, ולפיכך ניתן לדרוש מבט רחב בהתנהגויות אחרות שפוגעות בערך

43 אף שכיום עדיין לא ניתן לבצע צילום חכם ממרחק רב, כפי שניתן למשל לחדור למחשב המצוי במדינה זרה.

44 אהרוני-גולדנברג, לעיל ה"ש 20, בעמ' 434–442.

45 השוו להערכת מידע ולהפצתו בלי רשות ברע"פ 11066/03 מדינת ישראל נ' רום (פורסם בנבו, 28.5.2007).

46 R.A. Duff, *Criminalizing Endangerment*, 65 LA. L. REV. 941, 943–954 (2005); Miriam ראו Gur-Arye, *Comments on Douglas Husak's Overcriminalization*, JRSLM. REV. LEGAL STUD. 21, 28–30 (2010).

47 השוו ב"ש (מחוזי ת"א) 90868/00 נטוויז'ן בע"מ נ' צבא הגנה לישראל, פס' 13 לפסק הדין (פורסם בנבו, 22.6.2000); ת"פ (מחוזי ת"א) 40206/05 מדינת ישראל נ' פילוסוף, פס' 6 לפסק הדין (פורסם בנבו, 5.2.2007).

הפרטיות ואינן מופללות.⁴⁸ מבט כזה חורג מהיריעה המוצעת, אך לקראת סיום המאמר אטעים שאומנם ערך הפרטיות בראי המשפט הפלילי ראוי למבט מחודש. מלבד זאת, כדי שאיסור יוכל להגן על ערך, המשפט הפלילי צריך להיות מסוגל לפעול בעניינו. פעולה מסוג אחד היא עצם ההכרזה על האיסור כדי לבטא סלידה מההווה האנושית המתוארת בו. איסור עשוי לשחק תפקיד חשוב בגינוי התנהגות לא רצויה ובחזיון ערכים רצויים,⁴⁹ באמצעות שליחת מסר חברתי.⁵⁰ ברוח הגישה האקספרסיבית למשפט, הגינוי מתקשר לחקיקה עצמה, בלי קשר לאכיפה.⁵¹ מי שסבור שלא די בהצהרה על איסור להגשמת מטרותיו צריך לבחון כיצד לאכוף האיסור. לשם כך על רשויות האכיפה לאתר את הצלמים החכמים, לאסוף ראיות מספיקות נגדם, ובהמשך על הרשות השופטת להענישם ובכך לצמצם את התופעה.⁵² אולם צילום חכם אינו רק פעולה קלה ביותר, כאמור לעיל, אלא גם פעולה שלעיתים קרובות קשה מאוד להבחין בה. הצילום נעשה לעיתים במצלמת סתר או אגב מה שנראה לא ככיוון של מצלמה לעבר מושא צילום, אלא כהחזקה תמימה של טלפון חכם, פעולה שגורה ביותר בימינו, שאינה מושכת תשומת לב מצד הסביבה. אדם המחזיק טלפון חכם ברחוב, בכיתה, בבית, במסעדה – מחזה שכמעט כל אדם רואה כמעט כל יום פעמים רבות – אינו מעורר אף לא בדל של חשד בתקופתנו.

השלב שקודם למשפט הפלילי הוא לעיתים מכריע מבחינת נפגע העבירה.⁵³ הגשת תלונה מחייבת מודעות כפולה של הקורבן, שדי בחסר של אחד מרבדיה כדי למנוע תלונה: מודעות לצילום החכם, שמטיבו נעשה בסתר (המודעות הראשונה),⁵⁴ ומודעות להיותו עבירה פלילית (המודעות השנייה). את המודעות השנייה ניתן לעורר בתקשורת, בעיקר

- 48 השו"ד בין "חוקי-היסוד והעבירות והספציפיות" מחקרי משפט יג 251, 260–259 (1995).
- 49 Sara S. Beale, *Federalizing Hate Crimes: Symbolic Politics, Expressive Law, or Tool for Criminal Enforcement?*, 80 B.U. L. REV. 1227, 1255, 1265 (2000).
- 50 השו"ד ע"א 2144/13 עזבון מנטין נ' הרשות הפלסטינאית, פס' 112–114 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 6.12.2017).
- 51 ראו Richard H. McAdams, *The Origin, Development, and Regulation of Norms*, 96 MICH. L. REV. 338, 391, 397–407 (1997); Richard H. McAdams, *An Attitudinal Theory of Expressive Law*, 79 OR. L. REV. 339, 358–359, 373 (2000); Erik Luna, *Principled Enforcement of Penal Codes*, 4 BUFF. CRIM. L. REV. 515, 537–538 (2000).
- 52 לדיון בשאלת האכיפות ראו אסף הרדוף *הפשע המקוון* 62–72 (2010).
- 53 ראו הרדוף *דנציג-רוזנברג ודנה פוגין* "הדרור הבא של זכויות נפגעי עברה: הזכות החוקתית להליך הוגן" *עיוני משפט* לו 549, 579 (2015).
- 54 יודגש, שלפי תפיסה מכשירנית יהיו שיגידו שבהיעדר מודעות למעשה אין פגיעה בפרטיות. תפיסה מכשירנית מקדשת את המטרות שהפרטיות משרתת ואת חוויית הפרט לנוכח הפגיעה. לדיון ראו Stan Karas, *Loving Big Brother*, 15 ALB. L.J. SCI & TECH. 607, 635–636 (2005). לעומת זאת, לפי תפיסה מהותית הפגיעה מתקיימת גם ללא מודעות הקורבן לה. תפיסה מהותית תציע שהפרטיות נפגעת גם ללא ידיעת הפרט על הפעולה המזיקה או על האפשרות לה, בלי קשר להחצנות ולהשלכות עתידיות. ראו Robert C. Post, *Three Concepts of Privacy*, 89 GEO. L.J. 2087, 2092–2093 (2001); Jeffrey H. Reiman, *Driving to the Panopticon: A Philosophical Exploration of the Risks to Privacy Posed by the Highway Technology of the Future*, 11 SANTA CLARA COMP. & HIGH TECH. L.J. 27, 38–40 (1995).

במצב שתיוולד עבירה פלילית חדשה. אפשר גם שהמודעות השנייה תגביר את המודעות הראשונה בשל הבנת האזרח את פגיעותו לנוכח הסכנה שהמשפט בחר להילחם בה, הן כאשר הוא קורבן העברה והן כאשר הוא יעד לעבירה שיכול לדווח עליה. אומנם, אפילו בהנחת מודעות כפולה, הקורבן לא בהכרח יבחר להתלונן, משום שתלונתו עלולה להגביר את חשיפת המידע והפגיעה בפרטיותו. כשהצילום החכם חושף התנהלות מעוררת סלידה חברתית של הקורבן, לקורבן יש תמריץ להימנע מדיווח למשטרה מתוך תפיסה שחקירה משטרתית עלולה לסבכו או מתוך הבנה שהיא עלולה ליצור הדיחה להתנהלותו הפרטית, אפילו אם היא חוקית. אולם עדי ראייה יכולים לדווח, ולעיתים יהיה ניתן לאתר את ההתנהלות בדיעבד באמצעות מצלמות אבטחה הפזורות בשפע במציאות של ימינו, או באמצעות צלמים אחרים, שבעצמם צילמו את הצלם בלי ידיעתו. בהמשך לכך, הצלם אינו יודע מי רואה אותו בזמן הפעולה, אך יודע שהיא אסורה, ולפיכך מסוכנת מבחינתו. הפללת הפעולה יכולה לשלוח מסר מרתיע, כשיש להביא בחשבון, גם אם לא תהיינה העמדות רבות לדין, שאחד האלמנטים הטרגיים של רעיון ההרתעה הוא שעל הצלחתה לא נדע. למצער, הצלם החכם ידע שאם יפיץ את התמונה – יחשוף את עצמו כעבריינין, ולפיכך האיסור לכל הפחות עשוי לצמצם את הפגיעה השניונית הפוטנציאלית. ראוי להדגיש שאכיפה של כל עבירה נתקלת בקשיים, ורבות העבירות שקשה לאתרן ולגלותן, בין משום שהקורבן אינו מודע להן ובין משום שהוא מעדיף שלא לדווח עליהן, מסיבות מגוונות. גם יכולת אכיפה מוגבלת עדיין יכולה לקדם את מטרת האיסור. למשל צילום אדם ברשות היחיד הוא עבירה פלילית של פגיעה בפרטיות, וככתוב לעיל, צילום אף עשוי להיחשב בישראל למעשה מגונה.⁵⁵ גם במקרים אלו הצילום הוא לכאורה פעולה שקשה מאוד לאתרה, ואף שהדבר בהכרח מצמצם את יכולתם של האיסורים הללו למנוע פגיעה בערכים המוגנים, אין פירוש הדבר שהאיסורים הללו כושלים מבחינה חוקתית או נורמטיבית.

מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה מחפש דרך "קלה" יותר ופוגענית פחות בפרט מהמשפט הפלילי להתמודד עם התופעה הפוגענית, וכך המשפט הפלילי נותר ככלי שיווי.⁵⁶ בהקשר זה ניתן להציע שימוש בתובענה נזיקית כאמצעי להילחם בצילום החכם תחת קביעתו של איסור פלילי. אומנם גם תובענה נזיקית סובלת מקשיים באיתור הצלם הפוגע־המעוול, ומחשש שבית המשפט יירתע מלקבל את התביעה ולפסוק פיצוי ממש⁵⁷ בשל קושי התובע לעורר חמלה שיפוטית.⁵⁸ אולם קושי נוסף וייחודי בהליך האזרחי נעוץ

55 עניין פלוני 9603/09, לעיל ה"ש 33.

56 Nils Jareborg, *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*, 2 OHIO ST. J. CRIM. L. 521, 523–526 (2005).

57 William A. Schroeder, *Restoring The Status Quo Ante: The Fourth Amendment Exclusionary Rule as a Compensatory Device*, 51 GEO. WASH. L. REV. 633, 654–655 (1983); Donald Dripps, *The Case for the Contingent Exclusionary Rule*, 38 AM. CRIM. L. REV. 1, 25–26 (2001).

58 Guido Calabresi, *The Exclusionary Rule*, 26 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 111, 114–115 (2003); Tonja Jacobi, *The Law and Economics of the Exclusionary Rule*, 87 NOTRA DAME L. REV. 585, 655 (2011); Robert E. Belanger, *Judicial Decision Making and the Exclusionary Rule*, 21

בכך שהקורבן הוא שצריך להקדיש משאבים ולהסתכן בהטלת הוצאות אם יפסיד בתיק, מה שכמובן מהווה צינור פני תובענות.⁵⁹ כך, ניתן להציע שהגנה על זכות היסוד לפרטיות – מכוח מעמדה הנורמטיבי הגבוה של הזכות – אינה צריכה להיות מותנית ביכולתו הכלכלית של הנפגע ובחששותיו מהטלת הוצאות. מנגד, בהליך הפלילי המדינה היא שאמונה על הקצאת המשאבים וניהול הסיכונים, ונוסף על זה, נקודת המבט שלה כוללת לא רק את שיקולי הקורבן כי אם גם את שיקולי האינטרס הציבורי במיגור התנהגות פוגענית. כלומר, ניתן להציע שהטלת אחריות פלילית באמצעות המדינה, באופן שלכאורה אינו מתיר לנפגע להימנע מהליך משפטי דרוש, מאפשרת אכיפה אפקטיבית יותר של האיסור וכן הרתעה אפקטיבית יותר מפניו והגנה על קורבנות פוטנציאליים, ובכך גם מילוי טוב יותר של דרישת הקשר הרציונלי.

לבסוף, מבחן התועלת אל מול הנזק מודד את ההגנה על ערכים וזכויות שמקדם האיסור למול פגיעותיו. אני שותף לתפיסה כי כל איסור פוגע בחירות הפרט ובזכויות יסוד, בשוללו עיונית את האפשרות של הפרט לממש את האוטונומיה שלו בחופשיות, ובהמשך מגבה את השלילה העיונית באכיפה ממשית, שבתורה כרוכה בפגיעה בכבוד הפרט, ואם היא כוללת מאסר – גם בפגיעה בחירות התנועה, בפרטיות ובקניין.⁶⁰ נקודת המוצא של תפיסה כזו היא חזקת החירות, המקובלת בספרות המשפטית.⁶¹ לעומת זאת אף מי שסבור שכאשר בהתנהגות המופללת אין כל ערך חיובי ויש ערך שלילי, אין בהפללתה משום פגיעה בזכויות, יסכים שכאשר יש בה ערך חיובי מסוים – אזי יש לבחון את הפללתה בביקורתיות רבה יותר, מתוך תפיסת הגנה על זכויות.⁶² האומנם יש ערך חיובי בצילום החכם שייפגע מהפללתו?

המלחמה המשפטית הפלילית בצילום החכם עשויה להוביל לצמצום חשיפות שונות ובכך לפגוע בערכים חשובים דוגמת חופש הביטוי, חופש העיתונות, יכולת המעסיק לדעת יותר על עובדיו וידע שלם יותר על האנשים שבאים איתנו במגע. צילום חכם עשוי לתרום להגנה על הביטחון, על החוק ועל הסדר החברתי, ובמובן זה ייתכן שראוי לכונן הליך שבו המדינה תוכל לבצעו בתנאים מסוימים וכן לקדם אינטרסים אזרחיים של פרטים בחברה, כגון חשיפת שחיתויות והגנה על זכויות,⁶³ ובמובן זה ייתכן שראוי לייצר סייגים לעבירה שתכונן.

59 (2016) 69, 100 TEX. REV. L. & POL. כמוכן, איני טוען שחוסר אמפתיה הוא מתכון לדחיית כל תובענה, וברור שייחכנו מקרים שבהם מעשי התובע המקוממים לא ימנעו את זכייתו בתיק. ראו למשל

ע"א 5850/10 דפרון נ' עזבון גולובין (פורסם בנבו, 15.4.2012).

60 השוו גרעון פרחמובסקי "ערבויות כבג"צ" משפטים כג 473, 474–482 (1994).

61 ראו עניין סילגדו, לעיל ה"ש 19; הנציג-רוזנברג, לעיל ה"ש 19; הרדוף "פסקת ההפללה", לעיל ה"ש 15, בעמ' 279–282.

62 ראו FEINBERG, לעיל ה"ש 7, בעמ' 9; SCHONSCHECK, לעיל ה"ש 12, בעמ' 63; Claire Finkelstein, *Positivism and the Notion of an Offense*, 88 CAL. L. REV. 335, 371 (2000).

63 אריאל בנדור והדר הנציג-רוזנברג "עבירות פליליות וזכויות חוקתיות" משפט וממשל יז 325, 343–357 (2016).

64 השוו אהרוני-גולדנברג, לעיל ה"ש 20, בעמ' 448.

כמובן, שאלת האיזון בין התועלת לנזק לעולם נתונה לבחירה ערכית ובמידת מה גם שרירותית.⁶⁴ בעיני הערך הספורדי שיופק מצילומים חכמים נמוך מאוד לעומת הפגיעה בזכות הפרטיות. אין חדש בכך שחדירה לפרטיות מפיקה לעיתים תועלת לפרטים ולציבור, אולם בשם תועלת אקראית אין להשלים עם פגיעה שיטתית בזכות יסוד. החירות לפלוש לפרטיותו של אחר היא רעיון בעייתי, שממילא מצומצם בדין הישראלי בהקשרים מגוונים, כעולה בין היתר מחוק האזנת סתר, מחוק הגנת הפרטיות ומחוקים נוספים המקדמים הגנה על רובד כזה או אחר של הזכות לפרטיות. דגל הזכויות אינו דוחק למסקנה שלפיה יש להשלים עם התנהגות שהיא פוגענית בכירור, אלא להפך. בהיעדר נורמה חברתית רווחת המצדדת בצילום חכם, ובהינתן תפיסה חברתית המצדיקה הגנה על פרטיות החומר המצוי בטלפון החכם, האיזון נראה לי תומך בהפללה. אולם כמו שכתבתי, הכרעת האיזון רחוקה מלהיות עניין מדעי.

4. הפלת צילום חכם: שאלת המסגרת

מי שסבור שצילום חכם ראוי להפללה, צריך לדון בשאלת המסגרת. שאלה זו בוחנת אם הדין הקיים כולל איסור כלשהו שניתן להחילו על צילום חכם, שאם לא כן, נדרש איסור חדש. שלושת הפרקים הבאים ידונו בנפרד בשלוש עבירות בדין הקיים, בזו אחר זו, ויבקשו לבחון אם ניתן להחילן על הצילום החכם: חדירה לחומר מחשב, האזנת סתר ולבסוף פגיעה בפרטיות. במסגרת הדיון אצביע על אתגרים פורמליים ומהותיים בשלוש העבירות, לקראת זיהוי – בפרק ה – של העבירה המתאימה ביותר לענייננו מבחינה נורמטיבית: פגיעה בפרטיות.

ב. צילום חכם כחדירה לחומר מחשב

1. מבוא

בדברי ההסבר לחוק המחשבים הודגש המקום המרכזי שהמחשב ממלא בחברה המודרנית, ולאורו הצורך בחקיקה פלילית ואזרחית שתגן כראוי על האינטרסים שהמחשב מקדם.⁶⁵ בחלוף למעלה משני עשורים לחוק איש אינו חולק על המקום העצום שהמחשב תופס בחיינו. מדובר, אולי, בטכנולוגיה המרכזית של העידן הנוכחי, במיוחד כשמביאים בחשבון שהמחשב הוא השער למרשתת, על כל העושר האדיר הטמון בה. שתי שאלות עולות בענייננו: הפשוטה היא אם טלפון חכם הוא מחשב, והמורכבת היא אם צילומו הוא בבחינת חדירה שלא כדין לחומר מחשב.

64 T. Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 YALE L.J. 943, 972 (1987); מיכאל בירנהק "הנרסה חוקתית: המתודולוגיה של בית המשפט העליון בהכרעות ערכיות" מחקרי משפט יט 591, 595–596 (2003).

65 ראו דברי הסבר להצעת חוק המחשבים, התשנ"ד–1994, ה"ח הממשלה 478 (להלן: "הצעת חוק המחשבים").

2. טלפון חכם כמחשב

סעיף 1 לחוק המחשבים מגדיר מחשב כך: "מכשיר הפועל באמצעות תוכנה לעיבוד אריתמטי או לוגי של נתונים". האם הדבר כולל גם טלפון חכם? אף שקשה עד בלתי אפשרי להשיב בשלילה, ראוי להשיב בקצרה בחיוב, ולו משום שבעבר הועלתה השאלה. מבחינה לשונית, טלפון חכם ודאי עומד בהגדרת חוק המחשבים. הגדרת מחשב היא רחבה, ו"מחשב" כולל גם מכונות מתוחכמות הרבה פחות מטלפון חכם, עניין שהודגש הן בחיתולי האכיפה של האיסור בעניין בדיר בנוגע למערכת טלפוניה⁶⁶ והן בהלכה המנחה היחידה בנושא, עניין עזרא, שעליו ארחיב מיד, בדבר מכונות כביסה, מזגנים ועוד.⁶⁷ אם מערכת טלפוניה, מכונת כביסה ומזגנים הם "מחשב", מקל וחומר שכך הוא הטלפון החכם.⁶⁸

3. צילום חכם כחדירה לחומר מחשב

השאלה אם צילום חכם הוא בבחינת חדירה לחומר מחשב טרם נדונה בפסיקה במישרין או בעקיפין. המחוקק הישראלי בחר במונח "חדירה" ולא במונח גישה, שאותו קל יותר להבין,⁶⁹ וסעיף 4 לחוק המחשבים מגדיר: "חדירה לחומר מחשב" – חדירה באמצעות התקשרות או התחברות עם מחשב, או על ידי הפעלתו, אך למעט חדירה לחומר מחשב שהיא האזנה לפי חוק האזנת סתר, תשל"ט–1979. ערכאות דיוניות התחבטו בשאלה מהי אותה חדירה לחומר מחשב. מה פשר ההגדרה?

בעניין מזרחי נקבע בבית משפט השלום שחדירה כזו מתקיימת בכל תקשורת אינטראקטיבית בין מחשבים.⁷⁰ לעומת זאת בעניין הלוי נפסק בידי אותו שופט שלום

66 השופט רוטלוי כתבה שגם מערכת לשמיעת הודעות קוליות ("מערכת קולן") היא בגדר "מחשב" משום המידע שיש בה. ראו ת"פ (מחוזי ת"א) 40250/99 מדינת ישראל נ' בדיר, פס' 14.5 לפסק הדין (פורסם בנבו, 4.9.2001) (להלן: עניין בדיר 2001).

67 רע"פ 8464/14 מדינת ישראל נ' עזרא (פורסם בנבו, 15.12.2015) (להלן: רע"פ עזרא).
68 גם פסיקה שעסקה בהליכי חיפוש דוחפת בכיוון זה. בבית הדין הצבאי נדונה קבילתו של חיפוש בטלפון חכם ללא צו חיפוש, כשהדיון נבע מס' 23 א לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט–1979, שלפיו חיפוש במחשב חייב להיערך בצו. בית הדין הצבאי המחוזי ובעקבותיו בית הדין לערעורים קיבלו את הראיה בשל הסכמת החשוד לחיפוש, בהנחה משתמעת שמדובר בחיפוש במחשב (ראו ע/78/14 (ערעורים צה"ל) פלח נ' התובע הצבאי הראשי פס' 6–7, 26–31 לפסק הדין (לא פורסם, 13.1.2015)). מאוחר יותר הכריע בית המשפט המחוזי בתל-אביב בשאלה דומה, בהנחה של הנשיאה ברלינר שטלפון נייד כמוהו כמחשב לצורך העניין, והצעה למחוקק להתייחס לעניין במישרין (ע"פ (מחוזי ת"א) 61187-06-14 קורס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.3.2015)). עוד ראו את דברי ההסבר להצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – המצאה, חיפוש ותפיסה), התשע"ד–2014, ה"ח הממשלה 574.

69 להגדרת גישה למחשב ככל אינטראקציה מוצלחת עם המחשב, ראו Orin S. Kerr, *Cybercrime's Scope: Interpreting "Access" and "Authorization" in Computer Misuse Statutes*, 78 N.Y.U. L. REV. 1596, 1646–1647 (2003).

70 ת"פ (שלום י-ם) 3047/03 מדינת ישראל נ' מזרחי (פורסם בנבו, 29.2.2004). ערעור המדינה נדחה בלי לדון בגבולות האיסור, בהותרתו בצריך עיון, בשל קביעת בית המשפט המחוזי שמעשי מזרחי הם לכל

שבהיעדר אמצעי אבטחה לחומר המחשב, אין לדבר על חדירה לחומר מחשב.⁷¹ בעניין בן שושן נקבע בבית משפט השלום ובהמשך בבית המשפט המחוזי, שגישה מרחוק לחומר בלי הרשאה, באמצעות סיסמה, לרבות סיסמה בידי מורשה לשעבר, היא חדירה לחומר מחשב שלא כדין.⁷² לבסוף, בעניין עזרא, בגלגול שלישי, ניתנה ההלכה היחידה בנושא, כשבית המשפט העליון הפך פסיקות מצמצמות של בית משפט השלום⁷³ ושל בית המשפט המחוזי⁷⁴ ופירש בהרחבה את המונח "חדירה" שיכלול כל הכנסת מידע למחשב, גם ללא עקיפת מכשול טכנולוגי, ואת המונח "שלא כדין" פירש כהיעדר הסכמה.⁷⁵ הנשיאה נאור דחתה בקצרה עתירה לדיון נוסף בהטעימה שדובר במקרה קל, שהאיסור מכסה במובהק.⁷⁶ כלומר, הפסיקה פירשה בהרחבה את רעיון החדירה שלא כדין לחומר מחשב בפרט ואת העבירה בכלל. כמובן, שונה הכנסת מידע למחשב, פעולה אקטיבית, מהוצאת מידע ממחשב, פעולה פסיבית יותר. האומנם מתחייבת מההגדרה הכנסה בלבד? המצבים שנדונו בפסיקה עד היום היו של הידוד בין מחשבים. בהידוד ממוחשב קיים פוטנציאל השפעה על חומר המחשב והפרעה לתפקודו, שאינו קיים במצבים אחרים, כמו הצצה למחשבו של אחר וכמו צילום חכם. אולם הגישה שלפיה תכליתו של האיסור היא אך ורק למנוע הפרעה לתפקוד המחשב – נדירה יחסית בפסיקה בישראל.⁷⁷ הפסיקה הבהירה שהעבירה אינה מחייבת הוכחת נזק ממשי, לפי התפיסה שמדובר בסוג של הסגת גבול⁷⁸ ושדי בנזק פוטנציאלי.⁷⁹ אדרבה, הפסיקה המנחה הדגישה שאין הצדקה להגביל את תחולת העבירה לחדירה לחומר המובע בשפת מכונה.⁸⁰ לפי תפיסה פסיקתית כאמור, ייתכן שראוי להגן לא רק מפני הכנסת מידע אלא גם מפני הוצאתו. האם ניתן לבצע הסגת גבול במבט או בצילום?

- היותר הכנה, נעדרים את היסוד הנפשי של עבירת הניסיון ואינם מסכנים אינטרס ציבורי. ראו ע"פ (מחוזי י-ם) 8333/04 מדינת ישראל נ' מזרחי (פורסם בנבו, 22.8.2004).
- 71 ת"פ (שלום י-ם) 9497/08 פרקליטות מחוז ירושלים נ' הלוי, פס' 78–90 לפסק הדין (פורסם בנבו, 29.11.2009).
- 72 ראו ת"פ (שלום י-ם) 15743-11-10 מדינת ישראל נ' בן שושן (פורסם בנבו, 7.5.2013) (להלן: ת"פ בן שושן); ע"פ (מחוזי י-ם) 51468-01-14 בן שושן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.8.2014) (להלן: ע"פ בן שושן).
- 73 ת"פ (שלום י-ם) 40102-06-10 מדינת ישראל נ' עזרא, פס' 6 לפסק הדין (פורסם בנבו, 12.2.2012) (להלן: ת"פ עזרא).
- 74 ע"פ (מחוזי י-ם) 34851-03-14 עזרא נ' מדינת ישראל, פס' 33–45 לפסק דינו של השופט יועד הכהן (פורסם בנבו, 28.10.2014).
- 75 רע"פ עזרא, לעיל ה"ש 67, פס' ז–כ לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. השופטים מזוז ומלצר הצטרפו, כשמזוז הדגיש את הנזק הפוטנציאלי הכבד (שם, פס' 1–7 לפסק דינו של השופט מזוז). לאחרונה פירש בית המשפט העליון בצמצום את המונח "שלא כדין" במסגרת עבירת האיומים (ראו רע"פ 8736/15 צוברי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.1.2018)).
- 76 דנ"פ 965/16 עזרא נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.2.2016).
- 77 גישה זו אומצה בידי שופט שלום (ת"פ עזרא, לעיל ה"ש 73), ביתר הדיונים וגם בגלגולים גבוהים של פרשת עזרא לא היה זכר לתפיסה תכליתית זו.
- 78 ת"פ בן שושן, לעיל ה"ש 72, פס' 15 לפסק דינה של השופטת לומפ; ע"פ בן שושן, לעיל ה"ש 72, פס' 11 לפסק דינו של השופט נעם.
- 79 רע"פ עזרא, לעיל ה"ש 67, פס' 4 לפסק דינו של השופט מזוז.
- 80 שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט מזוז.

איני בטוח שלא. שלא כהצצה במבט, שניתנת לתירוץ כטעות ואפילו כמעשה בלי שליטה,⁸¹ הצילום החכם פולשני בהרבה, מכוון ומייצר תיעוד מדויק שקל לשכפלו ולהעבירו הלאה. פגיעתו הפוטנציאלית בקניין המכוון של הפרט גבוהה יותר, וכך גם פגיעתו הפוטנציאלית בפרטיות, לפחות בהקשרים מסוימים, לפי החומר המצולם.

אף שאיני תומך בכך, לא מן הנמנע להעלות תזה משפטית שלפיה חדירה לחומר מחשב שלא כדין צריכה לכלול גם צילום חומר מחשב בלי רשות, גם (אך לא רק) כשהמצלמה היא עצמה מחשב, ושתזה זו מתיישבת עם לפחות חלק מתכליות האיסור שהוצעו.⁸²

מנגד, ניתן לגרוס שאין להעצים את הבעיה של העמימות והרוחב בעבירה בהרחבות נוספות. אפילו הפרשנות המרחיבה בעניין עזרא אינה בהכרח מאפשרת להחיל את העבירה על הצילום החכם, משום שאינה מלמדת על הרחבה נוספת, ומפני שאינה מתיישבת עם עקרון החוקיות ועם כלל הפרשנות המצמצמת בכלל⁸³ ובהקשר המדובר בפרט.⁸⁴ מלבד זאת קיימים קשיים מיוחדים בהחלת התזה. המונח "חומר מחשב", כהגדרתו בסעיף 1 לחוק המחשבים כתוכנה או מידע, מקשה על החלת האיסור על הצילום החכם. מידע מוגדר "נתונים, סימנים, מושגים או הוראות, למעט תוכנה, המובעים בשפה קריאת מחשב והמאוחסנים במחשב..." אשר לשיחה שנערכת בזמן אמת ניתן להציע שאין מדובר בנתונים ה"מאוחסנים" (אף שניתן גם להציע מנגד שהאחסון מתרחש מיידית ובד בבד עם השיחה). אשר למונח "שפה קריאת מחשב", המוגדרת "צורת הבעה המתאימה למסירה, לפירוש או לעיבוד על ידי מחשב או מחשב עזר בלבד", ניתן להציע שהיא מחריגה את הצילום החכם מתחולת האיסור. הצילום כאמור אינו כרוך בהכנסת מידע למחשב המצולם, כלומר אינו מייצר השפעה על הקוד הבינארי במחשב המצולם, בשונה מהזנת נתונים במחשב כמו בעניין עזרא,⁸⁵ ולכן אינו יכול להיחשב חדירה ל"חומר מחשב". טיעון שכזה מתיישב עם תפיסה תכליתית שלפיה מטרת האיסור למנוע השפעה על תפקוד המחשב. לפיכך לפי לשון החוק ואפילו לפי פסק הדין המנחה שהרחיב מאוד את העבירה – יהיה קשה, ואולי בלתי אפשרי, לקבוע שצילום חכם הוא חדירה לחומר מחשב. כמובן, ייתכן שהפסיקה בעתיד תרחיב אף יותר את תחולתה של עבירת החדירה לחומר מחשב ותפתח פתח שיאפשר לכסות גם את הצילום החכם כדי לספק הגנה משפטית מפניו.⁸⁶

81 ראו את סייג היעדר השליטה בס' 134 לחוק העונשין, התשל"ז–1977, וכן ע"פ 382/75 חמיס נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 729 (1976).

82 הספרות הישראלית אפילו העלתה בעבר בתמצית את האפשרות לתפוס פעולה כאמור כחדירה לחומר מחשב, בדומה לאפשרות לתפוס פעולות אחרות שאין בהן אפשרות ישירה להשפיע על חומר המחשב, דוגמת הפעלת מחשב, פתיחת צג של מחשב נייד וכדומה. לדיון ראו אסף הרדוף "חומר מחשב, חומר למחשבה: מבט תכליתי באיסור החדירה לחומר מחשב" משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים 651, 652 (אלון הראל עורך, 2018) (להלן: הרדוף "איסור החדירה לחומר מחשב"). לתכליות האיסור אשוב בהמשך.

83 בועז סנג'ור "פרשנות מרחיבה בפלילים?!" עלי משפט ג 165, 165–173 (2003).

84 אסף הרדוף "מסע בין רשויות: חדירה לחומר מחשב וחדירה לבית המחוקקים – בעקבות רע"פ עזרא" הסנגור 228, 4–10 (2016) (להלן: הרדוף "בעקבות רע"פ עזרא").

85 רע"פ עזרא, לעיל ה"ש 67, פס' יא לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

86 מי שסבור שתכלית האיסור למנוע פגיעה בפרטיות או בקניין מכוון, או למנוע עבירה עתידית, כמפורט בהמשך – עשוי להציע לנקוט את הגישה הפרשנית המרחיבה, שלפיה למען השגת התכלית אין מנוס

ג. צילום חכם כהאזנת סתר

1. מבוא

חוק האזנת סתר נולד כתגובה להאזנות סתר שביצע שירות הביטחון הכללי לחברי כנסת⁸⁷ כדי למנוע מעקב מסוג מסוים אחר תקשורת, ⁸⁸ להפוך אותו ללא כדאי⁸⁹ ולבטא גם במסגרת דיני הראיות יושרה וצדק באמצעות כלל פסילה.⁹⁰ האזנת סתר לאחרים היא פשע ללא סייג, כשרק המשטרה וגורמי ביטחון מסוימים יכולים לבצעה, בהיתר מבית משפט מחוזי או מראש הממשלה ושר הביטחון בהתאמה.

סעיף 1 לחוק מגדיר "האזנת סתר" "האזנה ללא הסכמה של אף אחד מבעלי השיחה". "בעל שיחה" מוגדר ככל אחד מאלה: "(1) המדבר; (2) מי שהשיחה מיועדת אליו; (3) המשרד בבזק; (4) מי שהמסר המועבר בבזק מיועד להיקלט אצלו", והכל "למעט הנותן שירות של העברת מסר בבזק, למען זולתו או מטעם זולתו". "האזנה" מוגדרת "האזנה לשיחת הזולת, קליטה או העתקה של שיחת הזולת, והכל באמצעות מכשיר". "שיחה" מוגדרת "כדיבור או בבזק, לרבות בטלפון, בטלפון אלחוטי, ברדיו טלפון נייד, במכשיר קשר אלחוטי, בפקסימיליה, בטלקס, בטלפרינטר או בתקשורת בין מחשבים". הגדרה זו מגלמת ניסיון לניטרליות של החוק לטכנולוגיה באמצעות אזכור טכנולוגיות רבות, לעומת חוק המחשבים שנדון לעיל.

האם צילום חכם יכול להיות "האזנת סתר"? יש לשים לב שהאזנת סתר היא "שיחה" בלבד, ולכן בשונה מחדירה לחומר מחשב, שאינה תלויה במושא הצילום, האזנת סתר אינה יכולה להתגבש בעניין צילום של סוגי מידע רבים, כמו צילום צג שבו רואים תמונות שבהן אדם מעיין או אתרים פרטיים שהוא גולש בהם, משום שפעולות אלו אינן "שיחה", בשונה מתכתובת. עוד יש לשים לב שהמחוקק ביקש לייצר הבחנה בין איסור האזנת סתר לאיסור החדירה לחומר מחשב, כעולה בין היתר מהגדרת "חדירה לחומר מחשב" ככזו ש"אינה מהווה האזנה לפי חוק האזנת סתר". מי שסבור שצילום חכם הוא חדירה לחומר מחשב יכול להסיק שהוא אינו האזנת סתר, ולהפך.

בטרם אשיב לשאלה הקונקרטית, אבחן בקצרה שתי שאלות מקדמיות: אם צילום יכול להיחשב האזנת סתר, ואם העתקת מידע ממוחשב עשויה להיחשב האזנת סתר.

ממתן פרשנות רחבה במעט מהמשמעות המילולית המפורשת העולה מלשון החוק. ראו ע"פ 766/07 כהן נ' מדינת ישראל, פס' 3 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 19.11.2007).

87 גדי אשד "אוזניים לכותל": האזנות סתר בעידן החדש" משפט וצבא 16, 585, 594 (2003).
88 אלכס שטיין "הערות לחקיקה: האזנת סתר ומעקבים אלקטרוניים נסתרים כאמצעים לקידומה של חקירה פלילית ובטחוניית" משפטים יד 530, 527 (1985).

89 יוחנן גבאי "ראיות שהושגו בהאזנת סתר בין בני-זוג" הפרקליט לט 552, 557 (1991).

90 אלי וילצ'יק "קבילות ראיות שהושגו בחו"ל בהאזנת סתר" משפטים טז 462, 468 (1987); יהונתן גינת "התחולה החוק-טריטוריאלית של זכויות האדם וגבולותיו של חוק האזנת סתר" הפרקליט מב 518, 539-540 (1996).

2. צילום והעתקת מידע כהאזנת סתר

חוק האזנת סתר נולד כתגובה לפרקטיקה שבוצעה במדיום מסוים, הטלפון. היסטורית ומטבע הדברים עסקה האזנת סתר בתקשורת קולית. עם זאת ההגדרות בחוק הן רחבות. "האזנה" כוללת לא רק האזנה אלא גם קליטה והעתקה של שיחה. האם צילום יכול להיחשב "האזנה"?

בעניין מיטה טענה מטפלת שנאשמה בתקיפת קשישה שהראיות נגדה, צילום שנעשה בסתר בידי משפחת הקשישה, הופקו בהאזנת סתר ולפיכך דינן להיפסל. השופט מלצר דחה את הבקשה לרשות ערעור וקבע שלשון החוק אינה מאפשרת לקרוא לתוך התיבות: "דיבור" או "בזק" גם תיעוד חזותי ללא קול של מעשי אלימות שאין בהם דר־שיח.⁹¹ היסק אפשרי (גם אם לא הכרחי) מדבריו הוא שתיעוד חזותי של תקשורת בין אנשים יכול להיחשב הקלטה או העתקה, ומה שיכריע אם מדובר בהאזנת סתר הוא קיומה של "שיחה", למשל צילום של תקשורת בשפת הסימנים.

בעניין פילוסוף נדונה השאלה אם יירוט של דואר אלקטרוני הוא האזנת סתר חרף העובדה שהיירוט בוצע לפי צו חיפוש גרידא, לפי פקודת סדר הדין הפלילי ובהיתר שופט שלום, ולא לפי חוק האזנת סתר, שמחייב צו של נשיא בית משפט מחוזי או סגנו. בית המשפט המחוזי הדגיש את הצורך לעודד אנשים להשתמש בדואר אלקטרוני, אמצעי זמין, מהיר, נוח וזול, ואת הצורך לעודד חיי מסחר תקינים ברשת כשיקולים כבדי משקל לשמירה על מתחם הפרטיות של האדם בעידן המחשב, כמו גם את ההשלכות של יירוט מידע כזה על צדדים שלישיים כשיקול לקבוע שמדובר בהאזנת סתר. מנגד, הודגש גם המעקב הממושך אחר אדם שלא בידיעתו שאינו רלוונטי לצילום חכם חד־פעמי או בן דקות ספורות. הואיל ובאותו מקרה נעשתה קליטת המידע בזמן אמת וכדי להגן על תקשורת בין פרטים גם בצורה שכזו, פסק השופט שמדובר בהאזנת סתר.⁹²

בעניין זינגר קבע השופט סולברג שעיון בתכתובות דואר אלקטרוני והדפסתן בידי מעסיק בתביעתו נגד עובד אינם האזנת סתר, משום שהם נעדרים האזנה "באמצעות מכשיר" וכוללים רק עיון על גבי המכשיר, המחשב.⁹³ חשוב להדגיש שרכיב המכשיר בהאזנה הוא בעל חשיבות מהותית ולא רק פורמלית. צילום מידע שונה מהותית מקליטת מידע בלי מכשיר. עוד בעניין צוברי הדגיש בית המשפט העליון שאף שהאזנה לשיחת אחרים ללא מכשיר עלולה לפגוע בצנעת הפרט, חוק האזנת סתר לא יחול עליה.⁹⁴ מה תכליתה של דרישת המכשיר? העניין לא נדון לעומק בישראל. סבורני שניתן להציע שתי תכליות אפשריות: האחת היא למנוע את תיעוד השיחה, בשונה מקליטתה גרידא, ואילו

91 רע"פ 3651/14 מיטה נ' מדינת ישראל, פס' 10 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר (פורסם בנבו, 23.7.2014).

92 עניין פילוסוף, לעיל ה"ש 47, פס' 6, 8 לפסק הדין. בסוגיה קרובה ראו דלית קן־דרור "לשלוח דואר אלקטרוני ממקום העבודה או לא לשלוח דואר אלקטרוני ממקום העבודה – זו השאלה: דואר אלקטרוני וסוגיית האזנת הסתר" הארת דין ה 20 (2009) <http://bit.ly/2DLTIWI>.

93 עניין זינגר, לעיל ה"ש 40, פס' 51 לפסק דינו של השופט סולברג (בית המשפט התעלם מהעובדה שההעתקה נעשתה באמצעות המדפסת או החמיץ עובדה זו).

94 ע"פ 1497/92 מדינת ישראל נ' צוברי, פ"ד מז(4) 177, 193 (1993) (להלן: עניין צוברי 1993).

האחרת היא למנוע קליטת שיחה שהחשים האנושיים כשלעצמם אינם מאפשרים את קליטתה, מה שבתורו משליך על הציפיות של בעלי השיחה לפרטיות ועל התנהלותם. שתי התכליות נפגעות מצילום חכם, שמצד אחד מתעד את השיח תיעוד מושלם שגם מאפשר את הפצתו בהמשך או, להבדיל, את הוכחתו בפני גופים אחרים באופן שקשה עד בלתי ניתן להכחשה, ומצד אחר מגדיל את יכולת הקליטה מרחוק, הרבה מעבר לגבולות העין האנושית. זאת בשונה מהצצה גרידא, שפגיעתה בפרטיות קיימת, אך היא קלה יותר.

3. צילום חכם כהאזנת סתר

שאלה דומה לשאלת חוקיותו של הצילום החכם נדונה בישראל בשנת 2011 בעניין רויכמן. דובר בתביעה בגין הפרת הסכם שיווק בלעדי, כאשר התובע ביקש להציג מסרונים להוכחת ההפרה. במהלך כינוס בחו"ל שבו נכחו נתן הנתבע לחברו את הטלפון הנייד שלו כדי לסייע לו בהגדלת הכתב. חברו הגיע, לדבריו, בטעות ובתום לב למסרונים שנשלחו לאחרים שמלמדים על הפרת הסכם שיווק בלעדי, שב לישראל ותבע את שותפו ואת החברה שלו. החברה הנתבעת ביקשה לפסול הראיות כהאזנת סתר שלא כדין. השופט המחוזי עקב אחר הקו של פסק דין פילוסוף וקבע שמסרונים בזמן אמת הם "שיחה", אלא שבשלב מסוים הם הופכים מתקשורת ל"חפץ אגור". בשלב התקשורת, קליטה באמצעות העתקה עשויה להיות האזנת סתר, אולם בשלב שמדובר במידע תקשורתי אגור המידע הוא חפץ, ולכן העתקתו אינה האזנת סתר, גם כשמדובר בעבירה פלילית שאין להרחיב את פרשנותה.⁹⁵

המקרה שנדון במאמרי דומה ושונה גם יחד. הוא דומה בכך שמדובר בצילום של טלפון חכם של אחר, בלי הסכמתו, צילום של תקשורת חשובה שבה תוכן בעייתי שבעל הטלפון לא היה מעוניין בחשיפתו. המקרה שונה משום שבעניין רויכמן מסר הקורבן את הטלפון לידי חברו ולטיפולו, ובכך אפשר לו גישה ישירה למכשיר, גם אם לא רצה לחשוף בפניו את המידע ולא העלה על דעתו כיצד ינהג חברו; אין מדובר בצילום מרחוק בידי זר. נוסף על זה, צילום הצג בעניין רויכמן נעשה בכירור שלא בזמן אמת.

4. צילום חכם בזמן אמת כהאזנת סתר

בשני תיקים מחוזיים שנדונו לעיל⁹⁶ הודגשה חשיבות הקליטה או ההעתקה של התקשורת בזמן התקשורת ממש כתנאי לסיווגם כהאזנת סתר ולפסילת ראייה שהופקה כאמור. זאת, בהמשך לפסק דין צוברי, שבו קבע הנשיא שמגר שהעבירה הפלילית של האזנת סתר נעשית "בעת קיום השיחה... פעולות המתבצעות בו־זמנית עם קיומה של השיחה", בשונה מ"הקשבה, בשלב מאוחר יותר, לדברים שהוקלטו לפני כן בעת קיומה של השיחה".⁹⁷ פירוש הדבר לכאורה שצילום תקשורת בדיעבד אינו בגדר האזנת סתר. האומנם הבחנה זו ראויה והכרחית?

95 ת"א (מחוזי ת"א) 1477/09 רויכמן שיש ואבן בע"מ נ' שחף אבן ושיש בע"מ (פורסם בנבו, 16.3.2011) (להלן: עניין רויכמן מחוזי).

96 שם, פס' 8 לפסק הדין; עניין פילוסוף, לעיל ה"ש 47, פס' 8 לפסק הדין.

97 עניין צוברי 1993, לעיל ה"ש 94, בעמ' 196.

פרשת צוברי נפסקה בשנת 1993, לפני חוק המחשבים ולפני התיקון לחוק האזנת סתר, שהכניס להגדרת "שיחה" גם תקשורת בין מחשבים.⁹⁸ באותו עניין סירב הנשיא שמגר להרחיב את תחולת העבירה ממבצעי ההאזנה לאנשים אחרים שהאזינו לה בהמשך, בלי שהוכחה שותפות של המאזין המאוחר או תרומה להאזנה.⁹⁹ אולם אין זה המצב בעניין הצילום החכם כשלעצמו אלא רק בעניין מי שנחשף לו, לא תרם לו ולא הזמין אותו, דוגמת אזרחי ישראל בפרשת המסרונים.

מעניין שבעבר האשימה המדינה בעניין בדיר בהאזנת סתר את מי שחדר לתא קולי של אחר והאזין להודעות ללא הסכמתו. לאחר הסיכומים ובטרם הכרעת הדין שינתה הפרקליטות עמדתה, כנראה משום שהבינה את ההשלכה הרחבה על רשויות החקירה והצורך להיזקק, במצבים כאלו ודומים להם, לצו האזנת סתר. בקשת הפרקליטות לחזור בה נדחתה, והתיק תם בהרשעה.¹⁰⁰ איני מזכיר זאת כדי להסתמך על פרשנות בית המשפט המחוזי. בערעור של בדיר הודיעה פרקליטות המדינה שהיא חוזרת בה מעמדתה ומסכימה לזיכוי, ובית המשפט העליון זיכה בלי לדון בסוגיה,¹⁰¹ ובכך הביא ל"חניקת" הדין.¹⁰² אני מציין אך שהמדינה עצמה הובילה בעבר מהלך פרשני מרחיב לעבירה, ומהלך כזה אפשרי גם בהקשרים אחרים. טיעון שלפיו ניתן לבצע האזנת סתר גם שלא בזמן אמת אינו מופרך. מבחינה לשונית, חוק האזנת סתר עצמו אינו דורש בו-זמניות של קליטת המידע; מבחינת הפסיקה, אין תקדים מחייב שדורש כאמור.¹⁰³

בעניין נורמטיבי ניתן להציע שראוי לספק את ההגנה החזקה של חוק האזנת סתר לתקשורת בין פרטים לא רק כשהתקשורת היא בזמן אמת אלא גם כשאותה תקשורת אגורה לצד תקשורת רבות נוספות, כשהיא פגיעה מאוד וקלה לאחזור. ההבחנה בעניין צוברי משקפת הנחות טכנולוגיות מיושנות, שלפיהן שיחה במצב רגיל מתפוגגת ואין לה תיעוד, מה שכמובן שונה בהקשר הממוחשב. הטלפון הנייד הטיפוסי כולל מידע אינטימי מגוון, לרבות מסרונים ושיחות ואטסאפ שבעל הטלפון נמנע מלמחוק. ניתן לבוא אליו בטענות על שלא מחק אותו כדי לצמצם את האפשרות להעתקת המידע בידי אחרים, אולם זו צורה של האשמת הקורבן, שנדחתה בצדק בעניין עזרא.¹⁰⁴ למידע מסוים יש ערך לבעליו ולמחזיק בו, ערך כלכלי, רגשי או אפילו משפטי. מבחינה ערכית לא ראוי לדרוש מאנשים למחוק את תכולת הטלפון החכם שלהם מחשש לאיסוסף מידע בידי אחרים בלי הסכמתם; ראוי להגן משפטית לא רק על הזכות לתקשר אלא גם על הזכות לשמור את התקשורת ולשלוט בה.¹⁰⁵

98 אומנם כך הודגש בעניין פילוסוף, לעיל ה"ש 47, פס' 8 לפסק הדין.

99 עניין צוברי 1993, לעיל ה"ש 94, בעמ' 196–197.

100 עניין בדיר 2001, לעיל ה"ש 66.

101 ע"פ 10343/01 בדיר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.4.2003).

102 גרשון גונטובניק "הסדרי טיעון בערעור המבטלים את הקביעות הנורמטיביות של הערכאה הדינונית: לעצור את פוטנציאל הסחף" חוקים 11, 42 (2014).

103 פרשנות הנשיא שמגר לא באה כדי לגרוע מאחריותו של קולט המידע היוזם, אלא כדי לעצור את שרשרת הפרשנות שלפיה לכאורה כל מאזין, ולא חשוב כמה רחוק הוא מההאזנה, אחראי בעצמו להאזנת סתר.

104 רע"פ עזרא, לעיל ה"ש 67, פס' טז לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

105 השוו Solove, *Conceptualizing Privacy*, לעיל ה"ש 25, בעמ' 1109–1114; בירנהק "הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות", לעיל ה"ש 26, בעמ' 38–39.

אולם מנגד, הגנה מסוימת על תקשורת "אגורה" קיימת במסגרות אחרות, כמו זו שנדונה בפרק ב וכמו זו שתידון בפרק ד.

ד. צילום חכם כפגיעה בפרטיות

1. מבוא

חוק הגנת הפרטיות, כשמו, בא לקדם את ההגנה על הזכות לפרטיות.¹⁰⁶ הוא כולל בין היתר איסור פלילי מסוג פשע ועוולה נזיקית בגין פגיעה בפרטיותו של אחר ללא הסכמתו. החוק אינו מגדיר "פרטיות" הגדרה מופשטת אלא מציב בסעיף 2 רשימה קזואיסטית של פגיעות בפרטיות. בשונה מחדירה לחומר מחשב ומהאזנת סתר, עבירות בחוקים מיוחדים שאינם כוללים סייגים, לפגיעה בפרטיות דווקא קיימים סייגים, שמבחינה פוטנציאלית הם רחבים מאוד.¹⁰⁷ לפיכך בחינתי אם צילום חכם הוא בבחינת עבירה של פגיעה בפרטיות תורכב משתי שאלות: האחת היא אם צילום חכם מגבש את יסודות העבירה של פגיעה בפרטיות כהגדרתה בחוק, והשנייה – אם צילום כאמור נהנה מסייג השולל את האחריות הפלילית הכרוכה בהפרת חוק הגנת הפרטיות.

2. צילום חכם ויסודות העבירה של פגיעה בפרטיות

כאמור, חוק הגנת הפרטיות אינו מגדיר מהי פרטיות ומהי פגיעה בה הגדרה מופשטת אלא מסתפק ברשימה קזואיסטית של פגיעות בפרטיות. למקרא החוק נראה שאדם אינו יכול להעלות טענה משפטית על פגיעה בפרטיותו על בסיס אינטואיטיבי, חזק ככל שיהא, אלא עליו לקשרה לאחד מסעיפי המשנה של סעיף 2.¹⁰⁸

מרבית סעיפי המשנה אינם ניתנים לפריסה גם בהרחבה, בנוגע לצילום החכם. סעיף קטן 3 מגדיר "צילום אדם כשהוא ברשות היחיד" כפגיעה בפרטיות, ואילו סעיף קטן 4 מגדיר כאמור "פרסום תצלומו של אדם ברבים בנסיבות שבהן עלול הפרסום לבזותו או להשפילו". סעיפים אלו עוסקים בבירור בצילום אדם ולא בצילום מידע, אף כזה הקשור לאדם. כך גם הסעיף הקטן החדש יותר, (4א), שעניינו "פרסום תצלומו של נפגע ברבים שצולם בזמן הפגיעה או סמוך לאחריה באופן שניתן לזהותו ובנסיבות שבהן עלול הפרסום להביאו במבוכה, למעט פרסום תצלום בלא השהיות בין רגע הצילום לרגע השידור בפועל שאינו חורג מהסביר באותן נסיבות". ייתכן שראוי לשקול להגן במישרין על פרטיותו של אדם מפני צילומים לא רצויים גם במצב שדמותו אינה מצויה בהם, דוגמת צילום חפצים מסוימים שלו, חדר השינה שלו ועוד.¹⁰⁹ כרגע אין זה המצב.

106 הצעת חוק הגנת הפרטיות, התש"ם-1980, ה"ח 206.

107 גבאי, לעיל ה"ש 89, בעמ' 554.

108 עם זאת, נכתב שבפגיעות בפרטיות שאינן מכוסות בהגדרת החוק "ממשיך לחול המשפט המקובל הישראלי" (עניין פלוגנית, לעיל ה"ש 35, פס' 8 לפסק דינו של הנשיא ברק).

109 לקוח שהאדריכל שלו פרסם בלי הסכמתו הדמיות ממוחשבות של ביתו, מבלי לציין פרטים מזהים על בעלי הבית, טען שמדובר בפגיעה בפרטיות לפי ס' 2(11) לחוק הגנת הפרטיות – שעניינו "פרסומו של ענין הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם", ובמידה מסוימת – גם "פרסומו של ענין הנוגע להתנהגותו

לעומת אלה שלושה סעיפים קטנים כן באים בחשבון. סעיף קטן 1 עניינו "בילוש או התחקות אחרי אדם, העלולים להטרידו, או הטרה אחרת". הסעיף פורש בעבר בשני תיקים פליליים מפורסמים. בעניין קורטאם קבע השופט כן שעריכת ניתוח מציל חיים לאסיר בניגוד לרצונו אינה בבחינת "הטרדה אחרת".¹¹⁰ בעניין ועקנין בתחילה קבע בג"ץ שדחיסת מי מלח לגרונו של אסיר פלילי בכפייה היא "הטרדה אחרת" ולפיכך מובילה לפסילת הראיות נגדו.¹¹¹ בדיון הנוסף נהפכה ההחלטה ונקבע שאין מדובר בהטרדה אחרת במובן של פגיעה בפרטיות אלא "רק" בתקיפה.¹¹² אולם כשהצילום הוא של חומר אישי יותר, כשיש צילומים רבים יותר וכשהצילום מתחבר לפרקטיקות מעקב נוספות – לא מן הנמנע שייקבע שהמעשים הם "בילוש או התחקות אחר אדם העלולה להטרידו".

סעיף קטן 2 עניינו "האזנה האסורה על פי חוק". מי שמסכים שצילום חכם מסוים הוא בבחינת האזנת סתר יסכים שמדובר גם בעבירה ובעוולה של פגיעה בפרטיות. לבסוף, סעיף קטן 5 נראה רלוונטי ביותר לתכתובות: "העתקת תוכן של מכתב או כתב אחר שלא נועד לפרסום, או שימוש בתכנו, בלי רשות מאת הנמען או הכותב, והכל אם אין הכתב בעל ערך היסטורי ולא עברו חמש עשרה שנים ממועד כתיבתו; לענין זה, 'כתב' – לרבות מסר אלקטרוני כהגדרתו בחוק חתימה אלקטרונית, התשס"א–2001".¹¹³ צילום תכתובת בטלפון חכם בלי רשות מהכותבים, ביום כתיבתו ממש (בטרם חלפו 15 שנה), אף אם יש לו ערך "היסטורי" – הוא בוודאי העתקת תוכן של כתב שלא נועד לפרסום.¹¹⁴

לקראת סיום ראוי לציין את סעיף משנה 10, שעניינו "פרסומו או מסירתו של דבר שהושג בדרך פגיעה בפרטיות לפי פסקאות (1) עד (7) או (9)". חשיבותו של סעיף משנה זה אינה לצילום החכם עצמו אלא למה שנעשה בו לאחר מכן. חשיפת הצילום ברבים, דוגמת שידור בטלוויזיה, נחשבת פגיעה נוספת בפרטיות, והדבר אך הגיוני, הואיל ומדובר ברובד אחר של פגיעה – הפצת המידע בשונה מאיסופו.¹¹⁵

ברשות היחיד". הניסיון כשל בע"א 1697/11 א. גוטסמן אדריכלות בע"מ נ' ורדי, פס' 13–23 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 23.1.2013).

110 ע"פ 480/85 קורטאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 673 (1986).

111 בג"ץ 249/82 ועקנין נ' ביה"ד הצבאי לערעורים, פ"ד לז(2) 393 (1983).

112 ד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837 (1988).

113 בתיק מפורסם, קבע בית הדין הארצי לעבודה שאל למעביד לעיין בתוכן של תיבת דואר אלקטרוני חיצונית של עובדו ולהעתיקו, וגם בעניין תיבה פנימית מוטלת על המעביד שורת מגבלות ארוכה (עניין איסקוב ענבר, לעיל ה"ש 39, פס' 54 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ארד).

114 בעניין רויכמן מחוזי (לעיל ה"ש 95), הואיל והנתבעת לא טענה לפסלות מכוח חוק הגנת הפרטיות, החליט שלא לדון בכך ודחה את הבקשה לפסול את הראיה אף שקבע שיש פגיעה בפרטיות שבגינה נמנע מהטלת הוצאות. רויכמן פנה לבית המשפט העליון וביקש רשות ערעור לפסול את הראיות בגין חוק הגנת הפרטיות. השופטת (כתוארה אז) נאור דחתה את הבקשה בפסקה יחידה וקבעה שאין לאפשר מקצה שיפורים (רע"א 6794/11 רויכמן שיש ואבן בע"מ נ' שחף אבן ושיש בע"מ (פורסם בנבו, 21.11.2011)).

115 Solove, A Taxonomy of Privacy, לעיל ה"ש 24, בעמ' 525–550.

3. צילום חכם וסייג לאחריות

סעיף 19, שכותרתו "פטור", קובע כי "לא ישא אדם באחריות לפי חוק זה על מעשה שהוסמך לעשותו על פי דין". לאדם פרטי ודאי אין היתר לפגוע בפרטיותו של אחר בלי הסכמתו, ומשכך, סייג זה לאחריות איננו רלוונטי לצילום החכם.

לעומת זאת סעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות מגוון ועשיר יותר. הוא קובע הגנה במשפט פלילי או אזרחי בשל פגיעה בפרטיות בשורת מקרים שעיקרם כאשר הפוגע עשה את הפגיעה בתום לב באחת מכמה נסיבות: "א) הוא לא ידע ולא היה עליו לדעת על אפשרות הפגיעה בפרטיות; (ב) הפגיעה נעשתה בנסיבות שבהן היתה מוטלת על הפוגע חובה חוקית, מוסרית, חברתית או מקצועית לעשותה; (ג) הפגיעה נעשתה לשם הגנה על ענין אישי כשר של הפוגע; (ד) הפגיעה נעשתה תוך ביצוע עיסוקו של הפוגע כדין ובמהלך עבודתו הרגיל, ובלבד שלא נעשתה דרך פרסום ברבים; (ה) הפגיעה היתה בדרך של צילום, או בדרך של פרסום תצלום, שנעשה ברשות הרבים ודמות הנפגע מופיעה בו באקראי; (ו) הפגיעה נעשתה בדרך של פרסום שהוא מוגן לפי פסקאות (4) עד (11) לסעיף 15 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965". בהקשרים מסוימים, כמו יחסי עבודה, נקבע שהסייגים יחולו בצמצום.¹¹⁶ מלבד זאת, הפסיקה המנחה לא הרבתה לדון בסייגים. היש להם תחולה, למשל על הצילום של תכתובת המעצר?

חלופה א נראית בעייתית. כשהצילום מכוון במישרין לטלפון החכם, ובמקרים רבים הדבר ברור לכול, החלופה בעליל אינה רלוונטית. במקרים אחרים, אף אם יכול המצלם לומר שלא כיוון לטלפון ולא ידע על הפגיעה, קשה לטעון ברצינות שלא היה עליו לדעת על האפשרות לקלוט תכתובת, בעיקר אם הוא צלם מקצועי או מנוסה. קשה מאוד לצלם במקרה תכתובת בטלפון של אדם אחר בלי הסכמתו וידיעתו, במיוחד תכתובת הכוללת יותר מצילום צג יחיד.

חלופה ב היא בחירה מעניינת של המחוקק: חובה חוקית, מוסרית, חברתית או מקצועית לפגוע בפרטיות. "חובה חוקית" ניתנת לפירוש לפי מלוא החקיקה בישראל; "חובה מקצועית" ניתנת לפירוש כחובה אתית אם קיימים כללי אתיקה ברורים למקצוע מסוים.¹¹⁷ מנגד, "חובה מוסרית" ו"חובה חברתית" הם ביטויים חריגים במיוחד בתוך חוק פורמלי, ותוכנם עמום ביותר. גם אם לעיתונאי יש אג'נדה של חשיפת אמת חשובה, האם ניתן לומר שיש לצלם חובה לבצע צילום חכם? ומה באשר לאחרים שמבקשים להשיג הוכחות לצורך משפטי או אחר? הגנה זו עמומה מאוד וניתן למלאה בתוכן לכאן או לשם.

¹¹⁶ למשל עניין איסקוב ענבר, לעיל ה"ש 39, פס' 13 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ארד.

¹¹⁷ כללי אתיקה אינם רלוונטיים לאדם שמצלם בלא הסדרה, ואין מוכרים לי כללי אתיקה בעניין צילום. אשר לעיתונאים, תקנון האתיקה המקצועית של העיתונות עוסק בעיתון ובעיתונאי, לרבות עורך, אך אינו מזכיר צלמים. התקנון קובע: שעתון ועיתונאי יהיו נאמנים לחופש העיתונות ולזכות הציבור לדעת (ס' 2); שסיקור משפט יתמקד בהליך המשפטי וישקף את ההליך שיקוף נאמן לאמת, הוגן ואחראי (ס' 12); מנגד, אוסר פרסום הפוגע בפרטיות אלא אם קיים עניין ציבורי בפרסום ובמידה הראויה, אגב בירור מוקדם עם הנוגע בדבר ופרסום הוגן של תגובתו (ס' 8) (ראו: מועצת העיתונות בישראל "תקנון האתיקה המקצועית של העיתונות" (אושר במליאת מועצת העיתונות ביום 16.5.1996) (<http://bit.ly/2OT5Gtj>)).

חלופה ג עמומה אף היא. מהו "עניין אישי כשר"? עניין אישי הוא רעיון פשוט למדי. מה פשר "כשר"? האם זהו רעיון דתי? מוסרי? חברתי? פילוסופי? תהא התשובה אשר תהא, צילום חכם ודאי אינו נעשה להגנה על עניין כזה במצב שהצלם אינו נפגע אישית מהתכתובת.

חלופה ד ממשיכה את הקו המקצועי, כשהפגיעה נעשתה במהלך ביצוע העיסוק ובעבודה רגילה, אך בתנאי שלא בדרך פרסום ברבים. צילום כשלעצמו עשוי להיחשב מהלך של ביצוע העיסוק אף שלא הרי הצילום כשלעצמו כהרי מושא הצילום, הטלפון. מלבד זאת, פרסום הצילום אינו מותר לפי חלופה זו.

חלופה ה נראית רלוונטית למצב של צילום אדם ולא למצב של צילום תכתובת. בהקשרה של "פרשת המסרונים" תיתכן תחולה לחלופה ו. סעיף 15(4) לחוק לשון הרע מגן על פרסום שהוא "הבעת דעה על התנהגות הנפגע בתפקיד שיפוטי, רשמי או ציבורי...", אולם זאת רק בעניין פרסום ולא בעניין השגת המידע.

יש לשים לב שבכל החלופות שלעיל קיימת דרישה מקדמית של תום לב, שלא תמיד קל לבססו. סעיף 20 לחוק הגנת הפרטיות קובע חזקת לקיומו של תום לב או להיעדרו לפי סבירות הפגיעה. בעניין פלונית למשל התערב בג"ץ בהחלטת בית הדין הרבני לקבל ראיות של צילום אישה בזמן ניאוף ושל עדות על אותו ניאוף, בקובעו שגם אם יש לפוגע עניין אישי או חובה מוסרית לפגוע, נוכח חומרת הפגיעה ברי שנעשתה ללא תום לב, ולפיכך היא אסורה.¹¹⁸

חלופה נוספת היא כי "בפגיעה היה עניין ציבורי מצדיק אותה בנסיבות העניין, ובלבד שאם היתה הפגיעה בדרך של פרסום – הפרסום לא היה כוזב". חלופה זו עשויה להיות רלוונטית לצילום חכם מסוגים מסוימים, כמו זה של תכתובת המעצר. בית המשפט שידון בשאלה יצטרך להכריע אם העניין הציבורי מצדיק צילום טלפון של בעל תפקיד גם כשאין מלכתחילה סיבה להניח שמהו ימצא שם. כמובן, כמו בעניין תפיסת ראיות מפלילות בהיעדר חשד סביר, העובדה שבדיעבד משהו נמצא אינה יכולה כשלעצמה להצדיק את הפגיעה.¹¹⁹

לסיכום, הואיל וההגנות בחוק הגנת הפרטיות רחבות ועמומות, לא מן הנמנע לפרשן פירוש שיכסה צילום חכם, ומנגד אין קושי לקבוע שאין תום לב בצילום כזה, בעיקר כשניכר שהצילום מכונן. שיקול הדעת השיפוטי לעניין זה נראה רחב מאוד.

ה. סיכום: שאלת האכסניה הראויה

צילום חכם הוא פרקטיקה קלה, פשוטה ופוגענית. כמו פרקטיקות אחרות של איסוף מידע על אחרים בלי רשותם, לעיתים הצילום החכם מפיק ראיות בעלות ערך משפטי וציבורי, כמו תכתובת המעצר. אולם זכות הציבור לדעת אינה מכשירה – למצער לא אפריורית – השגת מידע לא חוקית. השגת מידע וחשיפתו אינן מטרה המקדשת את כל האמצעים, מבחינה

118 עניין פלונית, לעיל ה"ש 35, פס' 25 לפסק דינו של הנשיא ברק.

119 השוו, בשינויים המחויבים, רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.3.2012).

נורמטיבית או פורמלית. מבחינה נורמטיבית זכות האדם לפרטיות ודאי מכילה את הזכות לסוד שיחו ואת הזכות לפעול בלי קליטה ותיעוד של פעולותיו הממוחשבות ללא הסכמתו ולמצער ללא היתר חוקי. דומה שעל הדין הפלילי להגן על הפרט מפני צילום חכם. כיצד עליו לעשות כן?

הפער המוכר היטב בין הטכנולוגיה המהירה לבין החוק המשתרך פירושו המשך ההוויה הפוגענית עד לסיום תהליך החקיקה.¹²⁰ בישראל המחוקק מיעט לתקן חקיקה מהותית כדי להתאים את החוק למציאות החדשה שהובילה הטכנולוגיה, וקשה לשער שיעשה כן דווקא בסוגיה זו.¹²¹

עם זאת אמירה חקיקתית מפורשת של תיקון איסור קיים או של יצירת איסור חדש היא ככלל דרך ראויה להילחם בהוויה פוגענית חדשה יותר משפריסה מרחיבה או יצירתית של איסורים קיימים עליה ראויה לזה. ככלל, איסור מפורש ברור וחד יותר ומתיישב עם דרישותיו של עקרון החוקיות להגינות, מניעת שרירות, הדרכת התנהגות והפרדת רשויות.¹²² מלבד זאת המשמעות ההצהרתית שבקביעת איסור חקיקתי מפורש מודגשת מקום שבו אנו עוסקים בתופעה חדשה. לתהליך החקיקה יש ערך אקספרסיבי המאותת על נורמה התנהגותית ואולי אף מבקש לשנותה.¹²³ קונקרטי, איסור שכותרתו "צילום מחשב", "צילום חומר מחשב" וכדומה ישלח מסר חד למדי לאזרח, לרשויות האכיפה ולרשות השופטת. מסר זה יהיה הוגן ובהיר, ותהליך החקיקה עשוי ליידע אזרחים בדבר

120 Joel R. Reidenberg, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, 76 TEX. L. REV. 553, 586 (1998); Joseph H. Sommer, *Against Cyberlaw*, 15 BERKELEY TECH. L.J. 1145, 1149, 1154–1157, 1161 (2000); Michael L. Rustad, *Private Enforcement of Cybercrime on the Electronic Frontier*, 11 S. CAL. INTERDIS. L.J. 63, 86, 97 (2001); Arthur J. Cockfield, *Towards a Law and Technology Theory*, 30 MAN L.J. 383, 403 (2003); Douglas Lichtman, *How the Law Responds to Self-Help*, 1 J.L. ECON. & POL'Y 215 (2005).

121 אסף הרדוף "דיני העונשין גולשים באינטרנט: היסוד הפיזי הווירטואלי" הפרקליט נב 67, 137–140 (2013) (להלן: הרדוף "דיני העונשין גולשים באינטרנט"); הרדוף "בעקבות רע"פ עזרא", לעיל ה"ש 84, בעמ' 9–10; אסף הרדוף "בשם הילד: שינויים בהרגלי ההפללה – על תיקון 118 לחוק העונשין והאיסור לצפות בחומר תועבה" מאזני משפט י 209, 238–250 (2015); אסף הרדוף "אינוס מרחוק או רחוק מאינוס? על מחוקק אדיש, על תביעה יצירתית ועל דיני האונס, מטרתם וגבולותיהם" עלי משפט יג 65, 127–130 (2016); אסף הרדוף "אי-חקיקה, משפטי-תיר וחירות-חסר: על פסיביזם חקיקתי ואקטיביזם ליטיגטורי-שיפוטי, גבולות המשפט וגבולות האי-משפט" מאזני משפט יב 55, 72–75 (2018).

122 John C. Jeffries, *Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes*, 71 VA. L. REV. 189, 190, 196–197, 205 (1985); Andrew E. Goldsmith, *The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court, Revisited*, 30 AM. J. CRIM. L. 279, 284 (2003); Evan Fox-Decent, *Limiting Arbitrary Power: The Vagueness Doctrine in Canadian Constitutional Law*; Marc Ribiero: Vancouver: UBC Press, 2004: Reviewed by Evan Fox-Decent, 30 QUEEN'S L.J. 923, 923–928 (2005); Paul H. Robinson, *Fair Notice and Fair Adjudication: Two Kinds of Legality*, 154 U. PA. L. REV. 335, 361, 365 (2005).

123 Alex Geisinger, *A Belief Change Theory of Expressive Law*, 88 IOWA L. REV. 35, 63–71 (2002).

נורמה פסולה ובדבר הערכים שבבסיס החוק. דברים אלה יפים במיוחד מקום שבו הנורמה עוסקת בתופעה חדשה יחסית.

כמובן, אם יצורף איסור כזה למסגרת קיימת, הרי שיש להביא בחשבון את התאמתו לערכים שעליהם מתיימרת המסגרת להגן, לרמת הענישה הקבועה בעניינם ולשאלת הסייגים הקיימים לאחריות פלילית, מצד אחד, והסעדים הקיימים מחוץ למשפט הפלילי, מצד אחר.

שאלת הערכים המוגנים באיסור החדירה לחומר מחשב סבוכה בהרבה מכפי הנדמה. בפסיקה ובספרות הועלו תכליות מגוונות כמו הגנה על פרטיות,¹²⁴ הגנה על "קניין מכוון",¹²⁵ מניעת הסגת גבול,¹²⁶ מניעת פשע מאוחר¹²⁷ והגנה על תפקוד טכנולוגי תקין.¹²⁸ לא אכנס פה לנימוקים שהועלו בעד התכליות ונגדן; מהלך ביקורתי שיטתי בדבר חוסר ההתאמה בין האיסור לבין תכליתו נערך בעניין לאחרונה.¹²⁹ הרלוונטי לענייננו הוא כי דומה שאין חפיפה, למצער מלאה, בין התכליות שלעיל לבין האיסור על הצילום החכם. אף שלעיתים צילום חכם מכשיר את הקרקע לפשע מאוחר, למשל במקרים כמו צילום של תמונה אינטימית לקראת הפצתה או צילום סיסמה לקראת חדירה לחומר מחשב, קשה להציע שהוא עושה כן ככלל, ומשכך אין זו תכלית משכנעת בענייננו. נוסף על זה, קשה עד בלתי אפשרי להציע שצילום חכם פוגע בתפקוד הטכנולוגי התקין של המחשב המצולם, שהרי כמודגש לעיל, אין היוון הדדי בין המצלמה לבין המחשב המצולם. באשר לתכלית של ההגנה על הקניין המכוון ומניעת הסגת הגבול, לא פשוט לקבוע שניתן להסיג גבול באמצעות צילום גרידא, ושצילום קניינו של אחר ללא הסכמת האחר פוגע בקניין אפילו פגיעה מופשטת.

124 בישראל: ב"פ 7368/05 זלוטובסקי נ' מדינת ישראל, פס' 7 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין (פורסם בנבו, 4.9.2005); ע"פ 9893/06 לאופר נ' מדינת ישראל, פס' 19 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 31.12.2007); עניין זינגר, לעיל ה"ש 40, פס' 42 לפסק דינו של השופט סולברג. ובחור"ל: Richard W. Downing, *Shoring Up the Weakest Link: What Lawmakers Around the World Need to Consider in Developing Comprehensive Laws to Combat Cybercrime*, 43 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 705, 723 (2005); Andrew T. Hernacki, *A Vague Law in a Smartphone World: Limiting the Scope of Unauthorized Access under the Computer Fraud and Abuse Act*, 61 AM. U. L. REV. 1543, 1544–1546 (2012); Andrew McNichol, *Privacy in the Age of Smartphones: A Better Standard for GPS Tracking*, 45 ARIZ. ST. L.J. 1277, 1277–1279 (2013).

125 שרון אהרוני-גולדנברג ואריה רייך "חדירה למחשב כעוולה נזיקת" **שערי משפט** ד 415, 424–425 (2006); אהרוני-גולדנברג, לעיל ה"ש 20, בעמ' 434–442; פס' 8, 46–47, 67, 91 לכתב הטענות של פרקליטות המדינה ברע"פ 8464/14 מדינת ישראל נ' עזרא.

126 הצעת חוק המחשבים, לעיל ה"ש 65, בעמ' 480.

127 ראו שם; מיגל דויטש "חקיקת מחשבים בישראל" **עיוני משפט** כב 427, 440–441 (1999); מיגל דויטש "חוק המחשבים במבחן העתים – זווית המבט של מציע החוק" **שערי משפט** ד 257, 268, 276 (2006); Downing, לעיל ה"ש 124, בעמ' 725; רע"פ עזרא, לעיל ה"ש 67, פס' יב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין, פס' 4 לפסק דינו של השופט מזוז.

128 מיכאל בירנהק "משפט המכונה: אבטחת מידע וחוק המחשבים" **שערי משפט** ד 315, 325–329, 333–334 (2006); הרדוף "דיני העונשין גולשים באינטרנט", לעיל ה"ש 121, בעמ' 87–89.

129 הרדוף "איסור החדירה לחומר מחשב", לעיל ה"ש 82, בעמ' 668–682.

אומנם ניתן לגרוס שצילום חכם פוגע בקניין, משום שהגישה למידע שעל הצג שוללת את בלעדיות המידע המשתקף על הצג, ללא הסכמת בעל המחשב. תפיסה זו, שכמובן אינה מבחינה בין צילום חכם לבין מבט למסכו של אחר, בעייתית משום שלא כל מידע שלנו שמושג בלי הסכמתנו או ידיעתנו – אומנם נוגע לקניין. אומנם הייתה מי שגרסה שהביטוי הממוחשב של כתיבת הפרט ופועלו במחשבו שייכים לו בשל קניינו המוחשי במחשב ובגין העמל שהשקיע בהפקתו.¹³⁰ מוסכם עליי שהשגת מידע בלי רשות עלולה לפגוע במובהק בקניין, למשל כשמדובר בהשגת נוסחה או סוד מסחרי, אך במקרים רבים מאוד השגת מידע כזו אינה פוגעת בזכות לקניין, בין היתר משום ששפע של פעולות ממוחשבות ומקוונות קשות מאוד לתיאור כ"קניין" לפי התאוריות הקנייניות המגוונות, תועלתניות או תוצאתניות, שעניינן זכויות ויעילות, אישיות וטיפוח עצמי, ציפיות מוצדקות, צדק חלוקתי, עבודה ועמל.¹³¹ חשיפת מידע מפליל, לא אתי או פשוט מביך חברתית מתקשרת פחות לזכות לקניין והרבה יותר לזכות לפרטיות. לכן אם אומנם אנו סבורים שהצילום החכם פוגע בעיקר בפרטיות, דומה שיש מסגרות חקיקתיות מתאימות יותר עבור ערך מוגן זה.

מבחינת הסגת גבול קיים ודאי שוני מהותי בין הסגת הגבול המסורתית של נוכחות פיזית בשטח פרטי של אחר בלי הסכמתו לבין "הסגת גבול" ממוחשבת שעניינה היחשפות לתוכן וירטואלי. הסגת הגבול המסורתית כרוכה בסיכונים פוטנציאליים שונים, דוגמת עימות פיזי בין הפולש לבין בעל השטח; לא כן הסגת הגבול הממוחשבת. גם אי-הנוחות שחוזה "בעל השטח" שונה מאוד בשני המצבים, כשבמקרים רבים בנוגע למחשב דומה שאי-הנוחות מתקשרת לזכות לפרטיות ולא לזכות לקניין. ייתכן שהטיעון שלפיו חדירה לחומר מחשב היא הסגת גבול הוא תוצר של היעדר עבירות מחשב בתחילת עידן המחשבים, שהביא לפנייה התביעתית לעבירות שונות של הסגת גבול והתפרצות.¹³² הגם שאנו נוטים לחשיבה מטפורית, דומה שתפיסת העולם הממוחשב כ"מקום" היא בעייתית ועלולה להוביל למסקנות שגויות.¹³³ המהלך בעייתי מלכתחילה בשל הערכים השונים שבסיכון והופך בעייתי עוד יותר כשמדובר בצילום החכם, שכמודגש במאמר, בשונה מחדירות מסוימות למחשב, הצילום אינו פעולה שיכולה להשפיע על החומר המצולם; הסגת גבול ודאי יכולה להשפיע על קניין המצוי בשטח.

יצירת איסור קונקרטי חדש בחוק המחשבים תציב אותו בחוק רווי עמימות הן באיסוריו והן בתכליתו, וזו נקודת פתיחה שהיא פחות מאידאלית. נוסף על זה יש לשים לב ששיבוץ האיסור בחוק המחשבים משמעותו שיבוץ במסגרת שבה אין סייגים לאחריות פלילית, ולפיכך נוסחו יצטרך להיות צר ומדויק.¹³⁴ כמו כן שיבוץ בעבירה האמורה פירושו עונש

130 אהרוני-גולדנברג, לעיל ה"ש 20, בעמ' 436, 439–442.

131 הרדוף "איסור החדירה לחומר מחשב", לעיל ה"ש 82, בעמ' 671.

132 ראו Kerr, לעיל ה"ש 69, בעמ' 1605.

133 ראו Dan Hunter, *Cyberspace as Place and the Tragedy of the Digital Anticommons*, 91 CAL.

(2003) L. REV. 439, 472–484; אברהם טננבוים "על המטאפורות דיני המחשבים והאינטרנט" **שערי**

משפט ד 359, 374, 391 (2006).

134 הגם שניתן לרתום רכיב עברה גמיש כדי להותיר אפשרויות לנקות מהאיסור הוויות חברתיות מועילות.

השוו עדי אור "דין היסוד 'שלא כדין' בדין הפלילי" **עיוני משפט** ח 561, 567–566 (1981); ומנגד: ש"ז

פלר יסודות דיני עונשין כרך א 539 (1984).

מרכי גבוה למדי בן שלוש שנות מאסר.¹³⁵ מלבד זאת, כיאה לחוק הסובב סביב טכנולוגיה אחת, תעלה השאלה הראויה לדיון במסגרת רחבה יותר, מדוע לאסור צילום חכם ולא לאסור צילום פולשני אחר, ובהמשך לה גם השאלה אם ראוי לספק הגנה כללית לפרט מפני חיטוטים לא רצויים בכליו ובמידע שלו.¹³⁶

איסור קונקרטי חדש בחוק האזנת סתר יצטרף לחוק שתכליתו מתקשרת לפרטיות, לזכותו של אדם להיות עם עצמו, למנוחת נפשו, לביטחונו ולחופש רצונו.¹³⁷ חוק זה מגן על הפרט מהתערבות בצנעתו שנערכת בהאזנה לשיחותיו ללא ידיעתו.¹³⁸ עם זאת משמו של החוק ומנוסחו ברור שהוא אינו מגן על פרטיות ככלל אלא אך על מופע אחד שלה.¹³⁹ החוק מתמקד בתקשורת בין-אישית.¹⁴⁰ האזנת סתר היא מונח המוגדר התלוי בקיומה של "שיחה": החוק מגן על שיחות, בשונה מכל פעולה תקשורתית. במצבים מסוימים, מתברר מהפסיקה, "שיחה" אף הופכת ל"חפץ אגור", ותיעוד של שיחה אינו מוגן בחוק האזנת סתר.¹⁴¹ כלומר, ההגנה שפורס החוק מסתמנת כצרה מכדי לתאר את מלוא הפוגעות שהצילום החכם משקף. למשל, צילום חכם של תמונה אינטימית או סיסמה אינו מתאים למסגרת שמתמקדת בשיחות. נוסף על זה יש לשים לב שגם בחוק זה אין סייגים, ורק לרשויות מסוימות מותר לבצע האזנת סתר, בתנאים מסוימים. מי שסבור שבצילום החכם יש לעיתים ערך חברתי שבגיניו ראוי להצדיקו בדיעבד במצבים מסוימים, לא יתמוך בשיבוץ האיסור במסגרת חוק האזנת סתר, משום שבישראל המצב המשפטי הוא שאדם פרטי לעולם אינו רשאי לבצע האזנת סתר.

לבסוף, איסור קונקרטי חדש בחוק הגנת הפרטיות יצטרף לחוק שהערך המוגן המוביל אותו מתחבר היטב לערך המוגן הנפגע ביותר מצילום חכם: פרטיות.¹⁴² חוק זה מתייחס קונקרטי לצילום מסוג אחר כאל אחת מהפגיעות בפרטיות, ולכאורה סעיף משנה זה ניתן לפרשנות הכוללת גם צילומים נוספים, ובהם הצילום החכם שאינו מהווה בהכרח התוספת האחרונה. חוק הגנת הפרטיות כולל מסגרת פלילית ונוזיקית בעת ובעונה אחת, ובכך מאפשר הגנה מגוונת על ידי נציגי ציבור ועל ידי פרטים גם יחד. יתרון פוטנציאלי נוסף הוא שבחוק זה קיימים סייגים: עצם קיומם של אלו פותח פתח חקיקתי לגמישות שיפוטית ולהתחשבות בנסיבות המיוחדות של המקרה ובאינטרסים שעשוי הצילום החכם לקדם. כלומר, מסגרת זו נראית לכאורה מתאימה מאלו שלפניה ומתאימה יותר מהמסגרת הפלילית הרחבה ביותר בישראל, חוק העונשין, שאיסוריו משקפים ערכים מגוונים ורבים, שלעיתים מתקשרים

135 לא אכנס במאמר זה לעונש הראוי, שאלה סבוכה שמצריכה מסגרת רחבה ועצמאית.

136 לתהיות מה מיוחד בחדירה לחומר מחשב לעומת פגיעות דומות השוו הרדוף "איסור החדירה לחומר מחשב", לעיל ה"ש 82, בעמ' 681-684.

137 ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס, פ"ד מט(3) 309, פסק דינו של המשנה לנשיא (כתארו אז) ברק (1995).

138 עניין צוברי 1993, לעיל ה"ש 94, בעמ' 192; ע"פ 949/80 שוהמי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 62, 76 (1981); ע"פ 2286/91 מדינת ישראל נ' אילוז, פ"ד מה(4) 289, 298 (1991).

139 בג"ץ 3815/90 גילת נ' שר המשטרה, פ"ד מה(3) 414, 420 (1991).

140 שטיין, לעיל ה"ש 88, בעמ' 530.

141 עניין פילוסוף, לעיל ה"ש 47, פס' 8 לפסק הדין; עניין רויכמן מחווי, לעיל ה"ש 95, פס' 8 לפסק הדין.

142 עניין פלונית, לעיל ה"ש 35, פס' 34 לפסק דינו של הנשיא ברק.

לפרטיות אך לעיתים קרובות גם לא; אם בחר המחוקק לייחד חוק להגנה על ערך מסוים, וחוק זה כולל גם הגנה פלילית, נראה שהוא מתאים יותר מחוק שמגן על שפע ערכים. מנגד, בעיה מרכזית בשיבוץ האיסור לבצע צילום חכם בחוק הגנת הפרטיות היא שחוק זה זקוק לרענון יסודי.¹⁴³ מצד אחד רשימת הפגיעות בפרטיות שבו איננה ממצה בעליל,¹⁴⁴ וחלף זמן רב מאז תוקנה הרשימה לאחרונה בשנת 2011, כשגם אז לא דובר בתיקון יסודי אלא בהוספת טלאי.¹⁴⁵ מצד אחר, אף שיש יתרון בקיומם של סייגים בחוק הגנת הפרטיות, הרי שסייגי החוק בנוסחם הקיים, שלא תוקן מעולם, הם כה עמומים, עד שוודאות הדין נעלמת בעניינם, והפרט אינו יכול לדעת אם יוגן אם לאו.

דומני שהצורך בחשיבה מחודשת על גבולות האיסור הקיים בחוק הגנת הפרטיות אינו מעלה סיבה נגד שילוב האיסור על צילום חכם במסגרת החוק. להפך: הצורך לשלב את האיסור החדש הוא חלק מהצורך הרחב יותר בחשיבה מחודשת על גבולות האיסור הקיים בחוק הגנת הפרטיות בפרט ועל ההגנה המשפטית שראוי לספק בעידן הנוכחי לערך הפרטיות בכלל. במבט בחוק יש לבחון מחדש את רשימת הפגיעות, הן באשר לנוסח הפגיעות הקיימות¹⁴⁶ והן באשר לפגיעות בזכות שטרם זכו בהגנה מצד אחד, ואת ניסוח הסייגים מצד אחר.

הדיון במאמר אינו סוף פסוק אלא הוא בבחינת הזמנה לחשיבה מחודשת: הן קונקרטי, הן רחבה. מחד, הגדרת העבירה של צילום חכם מזמינה חשיבה קונקרטית באשר לניסוח המדויק הרצוי, אם למשל לכוון רק למקרה של צילום בודד באמצעות טלפון או מצלמה זעירה ניידת, או גם לשימוש במצלמות ברזולוציה גבוהה במצלמה המותקנת דרך קבע; אם לכוון רק לצילום ממוקד ומכוון כלפי צג מחשב או טלפון, או שמא גם לצילום כללי באיכות גבוהה המאפשר למצות מידע מצג שצולם בו, וכדומה.

בכלליות רבה יותר, דיון בצילום החכם מעורר חשיבה מחודשת על ההגנה המשפטית בכלל ועל ההגנה הפלילית בפרט שיש להקנות לזכות לפרטיות בעידן שבו הפרטיות מותקפת בלי הרף ואולי גם מוגדרת מחדש, ולהבחין בחדות בין קלות הפגיעה לבין הצורך המשפטי להגן עליה. במאמר זה ביקשתי לטעון כי יציאת אדם לזירה שבה הוא פגיע יותר אינה בבחינת הסכמה מצידו להיפגע ואינה מאותתת על נכונות החברה והמשפט להותירו לחסדי אחרים.

לבסוף, בכלליות רבה עוד יותר, האיסורים והחוקים שנדונו במאמר ראויים גם הם לחשיבה ביקורתית מחודשת. מבט ביקורתי בחקיקה ובפסיקה מזכיר לנו שלא רק האיזון

143 הרדוף "איסור החדירה לחומר מחשב", לעיל ה"ש 82, בעמ' 688.

144 אסף הרדוף "רעיון בלתי-קביל, אמת בלתי-נוחה: פסילת ראיות בגין אופן השגתן" פרק א.3 (א) (צפוי להתפרסם במשפט וממשל כ, 2018).

145 חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 11), התשע"א-2011, ס"ח 758. גם התיקונים שלפני הוסיפו טלאי לרשימת הפגיעות: חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 8), התשס"ו-2005, ס"ח 54; חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 9), התשס"ז-2007, ס"ח 368.

146 למשל, האומנם צילום אדם ברשות הרבים אינו פוגע בפרטיותו? צילום אדם בחוף הים הוא כנראה ברשות הרבים, ולפיכך אינו פגיעה בפרטיות גם כשנעשה ללא הסכמתו. סבורני שרבים (ובהם אני) יתפסו מעשה כזה כפוגע בפרטיות.

ההולם בין זכויות וערכים ראוי לחשיבה מחדש, אלא גם האופן שבו איסורים נכתבים, הגבולות שהלשון מציבה עבורם והתכלית שבבסיסם.¹⁴⁷

147 אסף הרדוף "פרשנות תכליתית או מצמצמת, או שמא תכליתית ומצמצמת? סעיף 34 לחוק העונשין ועמימותן של הלשון, התכלית והפגיעה" (טרם פורסם).