

חשיפה מקוונת וחשיפה משפטית: על פרטיות ופומביות של פסקי דין ברשת

מאת

מיכאל בירנהק*

בשנים האחרונות חל שינוי בדרכי ההפצה של פסקי דין, ובמקום הפצה למנויים בלבד של כרכים מודפסים ובהם פסיקה נבחרת, מונגשים לכול כמעט כל פסקי הדין וההחלטות, בצורה דיגיטלית באינטרנט. השינוי הזה הביא עימו ברכה בהיבט של עקרון הפומביות: עבודתה של מערכת בתי המשפט ופסיקותיה נגישות יותר מאי פעם, אולם בה בעת, הביא עימו השינוי גם חשיפה מקוונת מוגברת של בעלי דין ופרטיהם האישיים. השינוי הטכנולוגי-עסקי-חברתי הזה מעורר שאלה ערכית: האם יש להעדיף את הפומביות על פני הפרטיות? מאמר זה בוחן את תכלית הזכות לפרטיות ואת תכלית עקרון הפומביות, תוך בדיקה אם וכיצד פרסום שמות בפסיקה משפיע על ערכים אלה. המאמר מציע ביקורת על ההמשגה החוקתית המקובלת במשפט הישראלי – של "איוונים". שפת האיוונים, שמעמדת בין הזכות לפרטיות לעקרון הפומביות, רזה מכדי להכיל את המורכבות של התכליות שביסוד הזכות והעיקרון. זאת ועוד, ההמשגה של הסוגיה במושגים של שפת האיוונים מהירה מדי. ביורר התכליות מעלה שתחום החיכוך בין הפרטיות לפומביות קטן במידת מה ממה שנחזה במבט ראשון. ביקורת נוספת על שפת האיוונים היא שהיא צרה מכדי להכיל שחקנים נוספים שמעורבים בסוגיה. במקום זה, המאמר מציע להמשיג את ההליך המשפטי כהליך מידעי. ההמשגה מסבה את תשומת ליבנו לשחקנים הנוספים בזירה, ובהם עורכי דין, שופטים, הנהלת בתי המשפט, חברות מסחריות שונות, מנועי חיפוש וספקי שירות אחרים. ההמשגה הזו מאפשרת לנו גם לאתר פתרונות משפטיים נוספים, כמו גם פתרונות טכנולוגיים וארגוניים: למשל, חובתם של עורכי דין ליידע את לקוחותיהם בדבר החשיפה המקוונת ומשמעותה המשפטית, שימוש בטופס פרטיות/פומביות בבית המשפט שמוצע במאמר, שינוי דרך ההפצה של פסקי דין ועוד.

מבוא. א. ההליך השיפוטי כהליך מידעי: מסגרת הדיון. 1. חוקי היסוד והחוקים העיקריים; 2. דלתיים פתוחות/סגורות; 3. איסור פרסומים ופרטים מזהים; 4. סיכום ביניים. ב. פרטיות דיגיטלית בסביבה מקוונת. 1. אתגרים; 2. הצדקות; 3. מידע פרטי; 4. שמות בפסקי הדין. ג. פומביות. 1. תכלית; 2. הנגשת מאגרי מידע ציבוריים? ד. שרשרת זרימת המידע. 1. עורכי הדין: חובה מקצועית? 2. המערכת השיפוטית: טופס פומביות/פרטיות; 3. בתי המשפט: שיקול דעת מהותי; 4. השופטים: כתיבה זהירה; 5. הנהלת בתי המשפט: פרסום עצמי ללא מפתוח; 6. החברות המסחריות: מפתוח, ועניין חשבים; 7. מנועי חיפוש; 8. הזכות להישכח? ה. סוף דבר.

* פרופסור מן המניין, סגן דקאן למחקר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב. מאמר זה הוא חלק מפרויקט מחקר בנושא הנדסת פרטיות ציבורית, בשיתוף פרופ' אבנר לויין מאוניברסיטת Ryerson, טורונטו. תודות לקרן אלטיס, לאריק גולדמן, לנטע זיו, להלן ניסנבאום ולמרגוט קמינסקי על שיחות מועילות בנושא, לאסף קרמר ולהילה שפיס על עזרה במחקר, ולמערכת כתב העת משפטים על הערות מצוינות. המחקר מומן על ידי מרכז בלוטניק לחקר הסייבר באוניברסיטת תל אביב.

מבוא

רעש המפעל הסמוך לביתו הפריע לזאב שוורץ לישון. כשהיה בן 15, קפץ שלמה ועקנין לבריכה בבית שמש ונחבל בראשו. יעקב קלמר התיר לבני הזוג גיא לבנות בית על המגרש שלו, בלי חוזה כתוב. טלי איסקוב ענבר טענה כי מעסיקה פיטר אותה שלא כדין בעת שהייתה בהיריון. יחסיהם של בני הזוג אבולוף עלו על שרטון בחלוף 44 שנות נישואין, וכשחילקו את רכושם, רבו על זכותה של האישה בחנות שרכש הבעל מכספו. מקרים אלה ורבים אחרים מוכרים היטב למשפטנים. שמותיהם של שוורץ, ועקנין, קלמר וגיא, איסקוב ענבר ואבולוף נישאים בפי סטודנטים, עורכי דין ושופטים מדי יום. אלה הם מקרים יוצאי דופן, שנפסקו בהם הלכות חשובות.¹ רוב בעלי הדין במאות אלפי התיקים שנדונים מדי שנה בבתי המשפט נשכחו בתוך אינספור המסמכים שזורמים במערכת השיפוטית.² לא עוד. כיום כל השמות ניתנים לחיפוש באינטרנט; פסקי הדין וההחלטות נגישים לכול.

בשנת 1984, כשנערך נוסח משולב לחוק בתי המשפט, אם ביקש מאן דהוא לברר אם אדם מסוים אחר היה מעורב בהתדיינות, היה יכול לעיין בסדרת הפרסומים הרשמית של פסקי הדין, בעיקר של בית המשפט העליון (פד"י). הכרכים נמצאו בספריות אקדמיות ובמשרדי עורכי דין. הפרסומים כללו רק חלק קטן מכלל התיקים שנדונו בבית המשפט העליון, והרבה פחות מזה בשאר בתי המשפט.³ מפתחות פסיקה היו מאורגנים לפי נושאים, לא לפי שמות.⁴ בשנת 1990 היה ניתן לבצע חיפוש באמצעות מאגר ממוחשב, בדיסקטים של "פדאור", המאגר המשפטי הממוחשב הראשון בישראל בהוצאת לשכת עורכי הדין. הגרסה הראשונה כללה רק פסקי דין של בית המשפט העליון שכבר פורסמו בדפוס בפרסום הרשמי, וגם אלה נוספו למאגר בהדרגה מהפרסומים העדכניים דאז, לאחר. ארגון המידע היה על בסיס "מפתח העניינים המאוגד". בגרסאות הבאות של הפדאור היה ניתן לבצע חיפוש לפי שאלות, ובכללן של שמות הצדדים וגם חיפוש בגוף הטקסט עצמו. המאגר היה נגיש למנוייו בלבד.⁵ כשנה לאחר מכן החלה לפעול חברת CDI, שהפיצה את תקליטורי "תקדין". באלה הורחב בהדרגה הכיסוי באופן שהקיף גם פסקי דין שלא פורסמו קודם לכן

1 ראו בהתאמה ע"א 44/76 אתא חברה לטכסטיל בע"מ נ' שוורץ, פ"ד (3) 785 (1976); ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש, פ"ד (1) 113 (1982); ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד (1) 185 (1996); ע"ע (ארצי) 90/08 איסקוב ענבר נ' מדינת ישראל – הממונה על חוק עבודת נשים (פורסם בנבו, 8.2.2011); ע"א 2280/91 אבולוף נ' אבולוף, פ"ד (5) 596 (1993).

2 בשנת 2015 נפתחו 762,055 תיקים בבתי המשפט (ראו הרשות השופטת בישראל דוח שנתי 9 (2015), <http://bit.ly/2nTWIX0>).

3 ראו יורם שחר, מירון גרוס ורון חריס "אנטומיה של שיח ומחלוקת בבית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" עיוני משפט כ 749, 751 (1997) (הכותבים סברו שפסקי הדין שפורסמו היו רק כ-12% מפסקי הדין של בית המשפט העליון). ראו גם דרורה קרוטקין "ההשפעה של גודל ההרכב על נכונות פסקי הדין" מחקרי משפט י 243, 247 (1993). אם בוחנים גם החלטות ביניים, שיעור ההחלטות שפורסמו היה נמוך עוד יותר.

4 ראו אורי גורן וטובה אולשטיין מפתח עניינים מאוגד (1993).

5 ריאיון עם עו"ד איתן עמרם, בשעתו מנהל מערכות המידע בהוצאה לאור של לשכת עורכי הדין (30.8.2016).

בדפוס ופסקי דין של ערכאות נוספות. אפשרויות החיפוש כללו גם חיפוש מילים בגוף הטקסט. קהל היעד היה מקצועי: עורכי דין ושופטים, חוקרי משפט וסטודנטים.⁶ כיום, בחלוף 25 שנים, כמעט כל החלטה שמתקבלת במערכת המשפט, ברוב הערכאות, נגישה לכול, מכל מקום, בכל זמן וללא עלות באתר בתי המשפט. במאגרים מסחריים יש מן ההחלטות שנגישות במלואן לכול, ואחרות באופן חלקי ו/או בתשלום, נושא שאשוב אליו בהמשך. זו החשיפה המקוונת. אפשרויות החיפוש נרחבות, וקל לחפש לפי שמות של צדדים או אנשים אחרים שנזכרו בטקסט השיפוטי.⁷ זהו שינוי טכנולוגי דרמטי שמשפיע על פומביות ההליך השיפוטי, על הנגישות לבתי המשפט, על מנהל בתי המשפט ועל פרטיות מי שנזכרים בפסיקה. בכך עוסק מאמר זה.

עד לעת האחרונה, הסוגיה של פרסום שמות בפסקי הדין זכתה לתשומת לב מעטה במחקר המשפטי.⁸ כאשר עלתה השאלה, היא הומשגה לא אחת כהתנגשות בין פרטיות לפומביות, בין בעל הדין שמבקש להתמים את פרטיו, כלומר להפוך את ההחלטה לאנונימית, לבין מי שביקש לעיין במידע. הפתרון נוסח בשפה החוקתית המוכרת של "שפת האיזונים", כאיזון בין זכות לאינטרס.⁹

במאמר זה אטען כי איזון כזה הוא מהיר מדי וצר מדי. במקומו, יש לחזור לתכליות שביסוד הזכות לפרטיות ולחדד את האבחנה מהי בדיוק הפגיעה בפרטיות שפרסום פרטים שנחשפים במהלך דיון משפטי מסב; יש גם לברר את התכליות שביסוד עקרון הפומביות, ולברר אם ואיך הן מושפעות מחשיפה או מחיסוי של מידע על מתדיינים ואנשים אחרים. הבירור הזה יעלה כי תחום החיכוך בין הפרטיות לפומביות מצומצם ממה שנחזה במבט ראשון. יש מקרים שבהם אין אינטרס פרטיות מוגן: כאשר הצדדים הם תאגידים, כאשר בהליך יש "ציבוריות טבועה" כמו עתירות לבג"ץ או לבית משפט לעניינים מנהליים, הליכים פליליים או תביעות ייצוגיות (שלהם יש חריגים), כאשר מדובר באנשי ציבור ועוד. יש מקרים שבהם עקרון הפומביות מחייב את פרסום פסקי הדין, אולם לא את פרטיהם האישיים המזהים של בעלי הדין.

- 6 ריאיון עם עו"ד יורם הכהן, שהיה מעובדיה הראשונים של החברה (23.8.2016).
- 7 יוצאי דופן הם פסקי דין של בתי המשפט למשפחה. מחקר אמפירי מצא שחלק ניכר מהם אינו מתפרסם, ראו רינה בוגוש, רות הלפרין-קדרי ואייל כתבן "הפסקים הסמויים מן העין": השפעתם של המאגרים הממוחשבים על יצירת גוף הידע המשפטי בדיני המשפחה בישראל" **עיוני משפט** לד' 603 (2011).
- 8 לניצנים לדיון מחודש ראו מעין שמעוני "פומביות הדיון אל מול הפגיעה בפרטיות עקב פרסום פסקי דין באינטרנט" **חוקים בקצרה** ג(2) (2010) <http://bit.ly/2LdKNHm>; יואב שוטר-גושן וזיו לידרור "צדק עיוור, זכויות נראות: האנונימיות בבית הדין לעבודה כאמצעי הכרחי לשמירת זכויות עובדים בעידן הגוגל" **עולם בלי סודות – הסוד וחשיפתו ככלים לתיקון עולם ופרט** 71 (יובל אלבשן עורך, 2015).
- 9 ראו למשל על"ע 1368/04 אפרתי נ' לשכת עורכי הדין, פס' 6 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 19.10.2004), שם ביקש עורך דין לאסור את פרסום שמו בקשר להליכי משמעת. בית המשפט עמד על חשיבותו של עקרון הפומביות ועל המעמד החוקתי של הזכות לפרטיות, וציין "בין הערכים המתנגשים, הפומביות מזה והפרטיות מזה, יש לאזן"; בהקשר פלילי, ראו למשל ע"פ 8225/12 פלונית (קטינה) נ' פלוני, פס' 10 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 24.2.2013) (להלן: עניין פלונית (קטינה)). לדיון ביקורתי בשפת האיזונים, ראו מיכאל בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית המשפט העליון בהכרעות ערכיות" **מחקרי משפט** יט 591 (2003).

הבירור של תכלית הזכות לפרטיות ותכלית עקרון הפומביות יצמצם את תחום החיכוך, אבל בכל זאת ייותר תחום כזה. בהכרעה במצבי חיכוך אמיתיים, אציע לבחון את הסוגיה לא רק במשקפיים משפטיים; לא רק כעימות בין שני צדדים – בעל המידע ומבקש העיון; ולא רק כעימות שתוצאתו בינארית: פרטיות או פומביות. במקום זה אטען כי כיום, במציאות הטכנולוגית הדיגיטלית, הסוגיה מורכבת בהרבה. לשם כך, אבחן את הדברים מנקודות מבט שונות מהמקובל בניתוח המשפטי.

נקודת מבט אחת היא המשגת ההליך המשפטי כהליך מידעי: כזרימה של מידע במערכת ארגונית-טכנולוגית. החשיבה המשפטית הרגילה בוחנת את ההליך המשפטי לפי תוכנו, ובדרך כלל במסגרת של שיח זכויות. גם ההליך הדיוני נבחן ככלי שמשרת ומקדם ערכים מהותיים.¹⁰ התבוננות בהליך המשפטי כהליך מידעי בוחנת נקודת מבט ארגונית, ובשלב הראשון היא אדישה לתוכן המידע, ומתעניינת רק בקורותיו של המידע. ההתבוננות המידעית אינה שואלת על סדרי הדין, לפחות לא בשלב הראשון. במקום זה, כדרכם של חוקרי מערכות מידע, היא מתמקדת בזרימת המידע במערכת הטכנולוגית-חברתית.¹¹

נקודת מבט שנייה, משלימה, מתמקדת במערכות שיש בהן מידע אישי, כלומר מידע על בני אדם. לשם כך אשתמש במידת מה במסגרת שהתוותה פילוסופית הטכנולוגיה הלן ניסנבאום (Nissenbaum), שהציעה גישה של פרטיות הקשרית (Contextual Integrity). לשיטתה, עלינו לבחון את כללי זרימת המידע שיש בהקשר חברתי מסוים. כאשר מערכת טכנולוגית-חברתית חדשה משנה את הכללים האלה, נוכל לומר שיש פגיעה לכאורה בפרטיות.¹² גישה זו היא סוציולוגית באופיה. היא מספקת מיקוד שמאפשר לנו לזהות ביתר דיוק את השינוי בזרימת מידע במערכת מסוימת. המיקוד עשוי להועיל לנו להבין טוב יותר את השפעת המערכת על מידע, ובהמשך המיקוד עשוי להועיל לניתוח המשפטי, בשעה שזה יבקש להתאים אמצעי למטרה. עם זאת, חשוב לשים לב שהכלי הסוציולוגי חסר ממד נורמטיבי: אין אצל ניסנבאום הנחיה לקבוע אם השינוי בזרימת המידע ראוי אם לאו.¹³

כאן ההקשר הוא של התדיינות משפטית. המשגה זו מציפה את המורכבות של ההקשר: בעוד ההמשגה החוקתית מתמקדת בעיקרה בשני קצוות של ההליך המשפטי (מי שהמידע על אודותיו ומי שניגש למידע), מבט רחב יותר מאיר עוד שחקנים: עורכי דין, שופטים, מנהל בתי המשפט הן בכובעו כמנהל ההליך הן בכובעו כמפיץ פסקי הדין, גורמים מסחריים שמציעים גישה לפסקי דין, מנועי חיפוש והציבור בכלל. בחינה זו מדגישה שהשיקולים

10 לדיון ראו יששכר רוזן-צבי ההליך האזרחי (2015).

11 לדיון בסוגיות של הגנת פרטיות באמצעות התמקדות בזרימת המידע במערכות טכנולוגיות-חברתיות ראו מיכאל בירנהק "הנדסת פרטיות ציבורית: המקרה של העברת מידע ממרשם האוכלוסין למפלגות" צפוי להתפרסם בדין ודברים יב (2019); Michael Birnhack, *A Process-Based Approach to Informational Privacy and the Case of Big Medical Data*, 20 THEORETICAL INQ. L. (forthcoming, 2019).

12 HELEN NISSENBAUM, *PRIVACY IN CONTEXT: TECHNOLOGY, POLICY, AND THE INTEGRITY OF SOCIAL LIFE* (2010).

13 לביקורת זו, כמו גם למושג "ההקשר", ראו Michael Birnhack, *A Quest for A Theory of Privacy: Context and Control: Review of Helen Nissenbaum's Privacy in Context*, 51 JURIMETRICS 447 (2011) (להלן: Birnhack, *A Quest for a Theory*).

מורכבים יותר, אם כי פרטיות ופומביות הם ככל זאת העיקר. בהתאם, גם הפתרון צריך להיות מורכב יותר. במקום השפה החוקתית הבינארית, אציע סל כלים עשיר יותר, שיש בו פתרונות משפטיים, טכנולוגיים וארגוניים, שיכולים וצריכים לפעול בצוותא.

השינוי הטכנולוגי לא חמק מעיניהם של מקבלי החלטות, ולאחרונה הם החלו להתייחס לסוגיה. בית המשפט העליון קבע כי תובעים יכולים לבקש חיסוי של שמם;¹⁴ הכנסת תיקנה את החוק בדרך שמאפשרת חיסוי שם בקשר לתביעות שנוגעות לנזקי גוף;¹⁵ הנהלת בתי המשפט הסבה את תשומת לב השופטים לנושא;¹⁶ שופטים אחדים נקטו יוזמה של חיסוי שמות או התממת פרטים מזהים;¹⁷ הנהלת בתי המשפט דרשה מחברות מסחריות למנוע מפתוח (אינדוקס) של אתריהם על ידי מנועי חיפוש.¹⁸ המשמעות המעשית של מניעת מפתוח היא כי חיפוש שמות ברשת לא יעלה בתוצאות את פסקי הדין. אולם בג"ץ פסל את ההחלטה.¹⁹ ועדה ציבורית יושבת על המדוכה זה זמן, ולפי שעה טרם סיימה את עבודתה.²⁰ השאלה איננה ייחודית לישראל. בתי משפט בעולם, ובייחוד בשיטות המשפט המקובל שבהן נהוג לקרוא לפסקי דין לפי שמות הצדדים (לעומת אזכור בדרך של מספור בלבד), מתחבטים בה.²¹

- 14 רע"א 482/13 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' פלונית (פורסם בנבו, 23.4.2013) (להלן: אליהו חברה לביטוח).
- 15 חוק בתי המשפט (תיקון מס' 77), התשע"ד–2014, ס"ח 662 (להלן: תיקון 77).
- 16 ראו מכתבו של מנהל בתי המשפט, השופט משה גל, לשופטים (5.8.2009) (עותק בידי המחבר), שבו ציין ריבוי תלונות מצד מתדיינים בנושא, וכן כתב: "אנו עדים לא אחת להחלטות הכוללות פרטים אשר ספק אם יש צורך משפטי באזכורם, לרבות ובמיוחד נוכח הפגיעה האפשרית בפרטיותם של בעלי הדין". לאור זה, ביקש גל מהשופטים לשים לב לכך ש"בעת כתיבת החלטות לעניין איזכור פרטים אישיים שאין חובה בהם ואשר פרסומם עלול לגרום לפגיעה בפרטיותם של המתדיינים".
- 17 בית הדין האזורי לעבודה (השופט דורי ספיבק), קיבל שורת החלטות בתיקים תלויים ועומדים, שהסבו את תשומת ליבם של תובעים בתיקי ביטוח לאומי שבהם היה מידע רפואי, לתיקון 77 ולפסקי הדין של בית המשפט העליון. בהחלטות אלו השופט אפשר לתובעים לבקש את אי-פרסום שמם ברבים. ראו למשל ב"ל (אזורי ת"א) 639-11-14 פלונית נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 29.11.2015).
- 18 מנועי החיפוש סורקים את הרשת כל העת, באמצעות תוכנות המכונות "עכבישים", ואלה עוקבים אחר הקישורים המופיעים באתרים כדי להגיע לאתרים אחרים. הם יוצרים עותק של האתרים ומאפיינים אותם. כך, כאשר אנו מחפשים מידע באמצעות מנוע חיפוש, למעשה איננו מחפשים ברשת עצמה – המנוע אינו סורק את כל האינטרנט בחלקיק שניה – אלא מתבצע חיפוש פנימי בתוך העותקים שנאספו ומופתחו בדרך זו. להסבר של גוגל צפו <http://bit.ly/2nVMEan>. כדי לחסום מפתוח של אתר, על מתכנת האתר לפעול לפי פרוטוקול טכני מוכר ופשוט, ולכלול קובץ בשם robots.txt, שבאמצעותו מתבקשים מנועי החיפוש שלא למפתח את האתר. להסבר ראו <http://bit.ly/2nYdEWY>.
- 19 בג"ץ 5870/14 חשבים הפ.ס. מידע עסקי בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט (פורסם בנבו, 12.11.2015) (להלן: עניין חשבים).
- 20 הוועדה מונתה בשנת 2011. בראשה עומד השופט (בדימ') יצחק אנגלרד. הח"מ הציג בפני הוועדה את עמדתו. ראו <http://bit.ly/2ORxxub> (המאמר הנוכחי מרחיב, מפרט ומסביר עמדה זו).
- 21 ראו למשל בקנדה Karen Eltis, *The Judicial System in the Digital Age: Revisiting the Relationship Between Privacy and Accessibility in the Cyber Context*, 56 MCGILL L.J. 289 (2011); Courtney Retter & Shaheen Shariff, *A Delicate Balance Defining the Line Between Open Civil Proceedings and the Protection of Children in the Online Digital Era*, 10 CAN. J.L. TECH. 231 (2012).

אנו עדים אפוא לשינויים מסוגים שונים, האחד טכנולוגי והאחר משפטי, והם מושכים לכיוונים מנוגדים. מצד אחד, במציאות הטכנולוגית של חיפושי שם ברשת ונגישות מקוונת מלאה של הפסיקה, הפומביות התחזקה והפרטיות נחלשה. מצד שני, המערכת המשפטית מגיבה בחיזוק הזכות לפרטיות על חשבון הפומביות. במובן הזה, הסוגיה של פרסום שמות בפסקי הדין היא מקרה מבחן נוסף לאתגר הרחב יותר של עיצוב מדיניות בסביבה טכנולוגית, שיש לראותה כסביבה של פעילות אנושית. הדיון שאציע כאן ממוקם בפרדיגמת המחקר של משפט וטכנולוגיה, שצורה לקשרי הגומלין המורכבים שביניהם, ומסרבת לקבל כמובנת מאליה את האמירה: "בידוע, כי המשפט מדדה בעצלתיים אחר חידושי העולם".²² פרדיגמת מחקר זו רואה הן במשפט הן בטכנולוגיה כלים חברתיים שמגלמים ערכים: הכללים המשפטיים מבקשים להגשים תכלית ערכית מסוימת, והטכנולוגיה גם היא מגלמת ערכים, בין בדרך שבה פותחה ובין בדרך שבה אנו משתמשים בה.²³ הדיון ימחיש את האתגרים הניצבים לפתחה של הזכות לפרטיות בעידן הדיגיטלי, ואת מגוון הפתרונות האפשריים. ההסדרה צריכה להיעשות לפי החלטה ערכית, שמתורגמת לסל כלים משפטי, ארגוני וטכנולוגי. במיוחד אדגיש את הפתרון של הנדסת פרטיות (Privacy by Design), שהוא ניסיון להציע פתרון ערכי-טכנולוגי לאתגרים שנוצרים בעקבות שינויים טכנולוגיים.²⁴

בחלק א, אפתח בהצגת הדין הישראלי הנוכחי, שיוצר מערכת מסועפת של ברירות מחדל. אמשיך בבירור הערכים העיקריים שעל הפרק. חלק ב יבחן את הזכות לפרטיות בהבנת הזכות חלה התפתחות ניכרת בעשורים האחרונים. אנסה לברר מהו אינטרס הפרטיות שנפגע בחשיפה המקוונת ולדקדק בהגדרתו. אתמקד באיתור פסיקה לפי שמות. שיקולים אחרים, כמו השפעות חלוקתיות ונגישות לערכאות, ישולבו בדיון לפי העניין. חלק ג יפנה לעקרון הפומביות שנהנה עד לאחרונה ממעמד בכיר במשפט. אנסה לברר מהו אינטרס הפומביות בפרסום שמות בפסקי הדין. חלק ד ימשיג את ההליך המשפטי כהליך מידעי, ויצג את השחקנים שמעורבים בתהליך זרימת המידע במערכת השיפוטית. על מי שיוזמים את ההליך המשפטי בראשיתה של שרשרת המידע, ועל הקוראים שבקצה השני של זרימת המידע, אוסיף את מי שנמצאים בתווך: עורכי דין, שופטים, הנהלת בתי המשפט, מנועי חיפוש וחברות מסחריות שעוסקות בהפצת מידע משפטי. אבקר את פסיקת בג"ץ שפסלה את הוראתה של הנהלת בתי המשפט להגביל את מפתוח האתרים המסחריים. בהתאם, אציע את הטענה שעל עורכי הדין מוטלת חובה ליידע את לקוחותיהם בדבר משמעותה של

22 ראו ע"מ 3782/12 מפקד מחוז תל-אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי, פס' 23 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 24.3.2013).

23 להרחבה בעניין הפרדיגמה המחקרית של משפט וטכנולוגיה ראו ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק "הקדמה: משפט וטכנולוגיה מידע" רשת משפטית: משפט וטכנולוגיות מידע 11, 12-22 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2011).

24 הרעיון של הנדסת פרטיות מעוגן כיום בדין האיחוד האירופי. ראו ס' 25 לרגולציה הכללית בדבר הגנת מידע אישי, שנכנסה לתוקף בשנת 2018: Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council, of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive (GDPR): 95/46/EC (להלן: (L 119/1) 1).

החשיפה המקוונת. אציע שהנהלת בתי המשפט תנהיג "טופס פרטיות/פומביות" שבו יציינו הצדדים את העדפותיהם בנושא. עוד אציע שהנהלת בתי המשפט תימנע מפרסום פרטים מזהים בפסקי הדין, כמו מספר תעודת זהות או כתובת. אוסיף ואציע שהשופטים ינקטו זהירות מודעת בכתיבת פסקי הדין. אציע שהנהלת בתי המשפט תקודד את פסקי הדין באתר האינטרנט שהיא מפעילה, ובמידת האפשר גם בקבצים שמועברים לצדדים שלישיים. אציע לבחון את קליטתה של "הזכות להישכח" בדין הישראלי. אצביע גם על עקרונות בהפעלת שיקול הדעת המהותי, במקרים שבהם יש בכל זאת התנגשות בין הפרטיות לפומביות. לבסוף, אסכם.

א. ההליך השיפוטי כתהליך מידעי: מסגרת הדיון

שני הערכים המרכזיים שעל הפרק הם פומביות ההליך השיפוטי ופרטיותם של המעורבים בהליך. הדין מכיר בשני הערכים כערכים חוקתיים, ופורט אותם לסדרה מסועפת של ברירות מחדל שניתן לשנותן. בשנים האחרונות יש שינוי בחלק מברירות המחדל האלה, לטובת הפרטיות. אציג תחילה את מסגרת הדין.

במבט על אפשר לראות את ההליך השיפוטי כתהליך מידעי: ראשיתו ביוזמה של צד אחד למסור מידע לבית המשפט ולצדדים אחרים בדרך של הגשת תביעה (או כל הליך אחר. לשם הנוחות אדבר על "תביעה", ועיקר הדיון הוא במשפט האזרחי), ולדרוש סעד על סמך המידע שכלול בה ולפי הדין; המשכו בחילופי מידע נוספים בין הצדדים, כשאלה נקבעים לפי סדרי הדין (כתבי בידין נוספים, שאלונים, עדויות וראיות שמוצגות בדין), החלטות ביניים, ובסופו של דבר – פסק דין. ההליך עצמו מייצר מידע על אודות הצדדים המעורבים, על אנשים אחרים שנכרכו בסכסוך, על מועדי הדיון, על פעולות שבוצעו במסגרתו וכדומה. במבט ראשון, נראה שעקרון הפומביות מבקש הנגשה מרבית של המידע שנוצר ונצבר בהליך, ואילו הזכות לפרטיות מבקשת להתמים מידע כזה, ומכאן שיש עימות ישיר ביניהם. בדיון בחלקים הבאים אבקש לדייק לעומת הרושם הראשוני: הפרטיות אינה מחייבת חיסוי של כל הליך או של כל ההליך, ובמצבים רבים יכולה להסתפק בחיסוי שמות. הפומביות הדרושה מושגת בדלתיים הפתוחות ובפרסום פסקי דין, אבל לטענתי לא בהכרח חלה על פרסום שמות.

להתדיינות בבית המשפט יש היבטים מידעיים נוספים, ובהם עיון בתיקי בית משפט²⁵ או סיקור תקשורתי של הדיונים.²⁶ פה אתמקד בפן מידעי אחד: שמות הצדדים המעורבים בהליך. חיפוש שמי ברשת הוא כיום פרקטיקה נפוצה. עם התוצאות נמנים לא אחת פסקי דין

25 ראו תק' 2 (א) ו-2 (ב) לתקנות בתי המשפט ובתי הדין לעבודה (עיון בתיקים), התשס"ג-2003 (להלן: תקנות עיון בתיקים), שלפיהן רשימת התיקים בבית המשפט והחלטות שאינן אסורות לפרסום – פתוחות לכל לעיון, וכן תק' 3 ו-4 שלפיהן בתיקים מלאים ניתן לעיין לאחר בקשה מתאימה. לדיון ראו בג"ץ 5917/97 האגודה לזכויות האזרח נ' שר המשפטים (פורסם בנבו, 8.10.2009) (להלן: עניין האגודה לזכויות האזרח).

26 לדיון ראו רוזן-צבי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 82-85. בדין האירופי ראו Tatiana-Eleni Synodinou, *The Media Coverage of Court Proceedings in Europe: Striking a Balance between Freedom of Expression and Fair Process*, 28 COMP. L. & SEC. REV. 208 (2012).

שבהם נזכרו השמות המחופשים. בדרך כלל כותרת תוצאת החיפוש היא "משה כהן מופיע בפסקי דין ובחוקים !", תוצאה שמביאה לחלק ממאגרי המידע המסחריים. הדיון כאן נבדל ממאמר ותיק של תומר מוסקוביץ, שעסק בפרסום הרשמי בדפוס של פסקי דין שכללו את שמות הצדדים בהליכים פליליים ומשמעתיים,²⁷ ונבדל מהדיון של קונלי (Conley) ועמיתיו בקשר לגישה לתיקי בתי המשפט (בשונה מפסקי הדין) בניו ג'רסי,²⁸ ומדיונים אחרים בהקשר האמריקני שעסקו בנגישות למרכיבים אחרים בהליך השיפוטי, כמו מושבעים, שכמובן אינם רלוונטיים לדין הישראלי.²⁹ אפתח בהצגת הדין המצוי.

1. חוקי היסוד והחוקים העיקריים

חוק יסוד: השפיטה קובע בסעיף 3 כי "בית משפט ידון בפומבי, זולת אם נקבע אחרת בחוק או אם בית המשפט הורה אחרת לפי חוק".³⁰ גם במדינות אחרות הפומביות היא עיקרון חוקתי, בין במפורש ובין לפי פרשנות.³¹ סעיף 68(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, קובע כי "בית משפט ידון בפומבי".

27 ראו תומר מוסקוביץ "ההגנה על הפרטיות בפרסומי בתי-המשפט: האם ראוי לפרסם שמות בפסקי-הדין" משפטים יח 431 (1988). מוסקוביץ עימת בין הפרטיות לפומביות, ומתוך ההקשר הפלילי, הוסיף גם שיקול של אפשרות שיקום. הצעתו הייתה להימנע מפרסום שמות אמיתיים בפרסומים (ראו שם, בעמ' 445). להצעה דומה בהקשר של תביעות "פורנוגרפיות נקמה" ראו Lior Strahilevitz, *Pseudonymous Litigation*, 77 U. CHI. L. REV. 1239 (2010). כמובן מאז הדיון של מוסקוביץ חלו תמורות ניכרות בנגישות של פסקי הדין, כפי שתואר במבוא למאמר זה.

28 Amanda Conley et al., *Sustaining Privacy and Open Justice in the Transition to Online Court Records: A Multidisciplinary Inquiry*, 71 MD. L. REV. 772 (2012). לדיון בגישה לתיקי בית משפט דרך מערכת ה-PACER האמריקנית ראו Peter A. Winn, *Judicial Information Management in an Electronic Age: Old Standards, New Challenges*, 3 FED. CTS. L. REV. 135 (2009).

29 ראו למשל Louis F. Hubener, *Rights of Privacy in Open Courts: Do they Exist?*, 2 EMERG. ISSUES ST. CONST. L. 189 (1989).

30 לפי לשון הסעיף, לבית המשפט סמכות לעצב חריגים. בית המשפט העליון קבע כי לא כל חוק יכול להגביל את עקרון הפומביות, אלא רק חוק שעומד בתנאי פסקת הגבלה. שרון וינטל כינה זאת פסקת הגבלה שיפוטית. ראו שרון וינטל "פסקת הגבלה שיפוטית: על היקף ההגנה הראוי לעקרונות חוקתיים מופשטים" מאזני משפט ט 177, 208 (2014). עניין חשבים, לעיל ה"ש 19, ממחיש זאת: בית המשפט בחן את הסוגיה במשקפיים חוקתיות. היישום שם עסק בעיקר בחוק-יסוד: חופש העיסוק ובפסקת ההגבלה שבו, אולם בפועל חופש העיסוק ועקרון הפומביות נכרכו שם יחדיו. לביקורת על פסק הדין בעניין חשבים, ראו חלק ד.6 להלן.

31 בארצות הברית, הפומביות אינה מנויה במפורש בחוקה, אולם בתי המשפט קראו אותה בתוך התיקון הראשון בדבר חופש הביטוי. בדין הפלילי ראו *Richmond Newspapers Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980). לטענה כי יש להרחיב את העיקרון ולהחילו גם בדין האזרחי ראו *Jeanne L. Nowaczewski, The First Amendment Right of Access to Civil Trials After Globe Newspaper Co v Superior Court*, 51 U. CHI. L. REV. 286 (1984). באירופה, ס' 6(1) לאמנה להגנה על זכויות אדם (European Convention on Human Rights) קובע כי: "In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic

בה בעת, סעיף 7(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מכריז כי "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו". חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 מפרט זאת. חוק היסוד וחוק הגנת הפרטיות אינם מגדירים מהי פרטיות. החוק מפרט מצבים שהם בגדר פגיעה בפרטיות. למשל, סעיף 2(9) מעגן את עקרון צמידות המטרה, ולפיו פגיעה בפרטיות מתקיימת כאשר יש "שימוש בדיעה על עניניו הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר, שלא למטרה שלשמה נמסרה";³² סעיף 2(11) קובע כי פגיעה בפרטיות היא "פרסומו של ענין הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם, לרבות עברו המיני, או למצב בריאותו, או להתנהגותו ברשות היחיד". בחוק נתונות הגנות למי שפוגעים לכאורה בפרטיות, למשל כאשר מדובר בפגיעה שאין בה ממש (סעיף 6); כאשר יש עניין ציבורי שמצדיק את הפגיעה בנסיבות העניין, כל עוד הפרסום אינו כוזב (סעיף 18(3)); והגנות שכפופות לתנאי של תום לב מצד הפוגע, למשל כאשר מוטלת על הפוגע חובה חוקית, מוסרית, חברתית או מקצועית לפעול כפי שפעל (סעיף 18(2)(ב)), או כשהפגיעה נעשתה לשם הגנה על עניין אישי כשר של הפוגע (סעיף 18(2)(ג)).³³

מובן שבין הפומביות לפרטיות יש לכל הפחות התנגשות לכאורה. פומביות של ההליך השיפוטי עשויה לחשוף מידע על "ענייניו הפרטיים של אדם": למשל, מצוקותיו של זאב שוורץ, מצבו הרפואי של שלמה ועקנין (שהיה קטין בעת הפגיעה), נכסיהם של קלמר וגיא, הריונה של טלי איסקוב ענבר, או היחסים של הזוג אבולוף. עד השנים האחרונות, העדיפו בתי המשפט את עקרון הפומביות על פני הזכות לפרטיות. באחד המקרים נימק בית המשפט העליון בכך שהוראת הפומביות שבחוק-יסוד: השפיטה היא הוראה מיוחדת שגוברת על הוראת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.³⁴ נימוק שני היה שסעיף 70(ד) לחוק בתי המשפט, שבו בין היתר יש אפשרות להורות על איסור פרסום בשל פגיעה חמורה בפרטיות, הוא חריג לכלל הפומביות, ולכן יש לפרשו בצמצום. נימוק שלישי הדגיש את מידת החומרה של הפגיעה בפרטיות הדרושה לשם מתן צו איסור פרסום.³⁵

society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice"

32 ליישום, ראו עת"ם (מחוזי ת"א) 24867-02-11 אי. די. איי חברה לביטוח בע"מ נ' משרד המשפטים הרשות למשפט טכנולוגיה ומידע – רשם מאגרי המידע (פורסם בנבו, 1.8.2012) (שם נקבע שמידע הנמסר לחברת ביטוח לשם עיקול במסגרת סכסוך בין שני צדדים אחרים, אינו יכול לשמש את חברת הביטוח בעת משא ומתן מסחרי עם הצד שחשבונו עוקל בשעתו).

33 פרק ד לחוק הגנת הפרטיות מסדיר העברת מידע מגופים ציבוריים וקובע כי "מסירת מידע מאת גוף ציבורי אסורה". חריג לכלל הוא "זולת אם המידע פורסם לרבים על פי סמכות כדין, או הועמד לעיון הרבים על פי סמכות כדין" (ס' 23(א)). מאחר שחוק-יסוד: השפיטה וחוק בתי המשפט מתירים את הפרסום של פסקי הדין, פרק ד אינו מציב קושי בעניין הנוכחי.

34 ראו את עמדת השופטת דורנר ברע"א 3007/02 יצחק נ' מוזס, פ"ד נו(6) 592, 598 (2002). לעמדתו של הנשיא (בדימ') ברק אשר חלק על הנמקתה של השופטת דורנר, ראו בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529, 537-539 (2003) (להלן: עניין פלונית נ' בית הדין למשמעת).

35 הנמקה זו מופיעה בתמציתיות ברע"א 3788/06 יפת נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פס' 15(א) לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר (פורסם בנבו, 19.1.2012).

נימוקים אלה אינם משכנעים. לנימוק הראשון בדבר ייחודיות הוראת הפומביות אין משקל של ממש. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נחקק לאחר חוק-יסוד: השפיטה, והוא הביא לשינוי רב משמעות במעמדה המשפטי של הזכות לפרטיות. מכל מקום, ההכרעה בין האינטרס של פומביות הדיון לזכות לפרטיות, שניהם ערכים חוקתיים, צריכה להיות לפי בחינה מהותית של התכליות שלהם, ולא לפי כללי פרשנות טכניים בדבר כלליות וייחודיות או סדר החקיקה.³⁶ הנימוק השני, של כלל וחריג, נובע מהטכניקה החקיקתית של סדרת ברירות מחדל שתוצג להלן. היא מתארת העדפה משפטית ראשונית, אבל לא כזו שיש בכוחה להכריע את הסוגיה. ברירות המחדל אינן חזקות חלוטות. הנימוק השלישי מניח תפיסה רזה יחסית של הפרטיות. בחלק ב אפרט את הזכות לפרטיות, ואסביר מדוע תפיסת הפרטיות של בית המשפט בהחלטה זו מצמצמת מדי, ואינה משכנעת. כאמור, בשנים האחרונות אנו עדים לשינוי ובית המשפט מבקש לקבוע איזון גורף פחות ומדויק יותר. אקדים ואומר כי אני סבור שזו מגמה ראויה.

כדי לתאם בין הפומביות לפרטיות, ובמידת הצורך לאזן ביניהם, החוק מפרט מעט יותר. הפירוט נעשה בעיקרו בחוק בתי המשפט, ובחלקו בדינים ספציפיים כמו אלה שעוסקים בקטינים³⁷ או בחיילים.³⁸ חוק בתי המשפט מתייחס לשני מרכיבים בהליך השיפוטי: לדיון עצמו ולאיסור פרסומים עליו.³⁹ שני המרכיבים עצמאיים, אך לעיתים קשורים זה בזה. הדין מתייחס לפרסום פסקי הדין רק בצורה עקיפה. התייחסות אחת היא בהסמכת שר המשפטים להסדיר בתקנות את פרסום פסקי הדין (ס' 83(א)(2));⁴⁰ הסמכה שנייה יש בתקנות בדבר עיון בתיקי בית המשפט, ושם נקבע כי "כל אדם רשאי לעיין בהחלטות שאינן אסורות לפרסום על פי דין" (תק' 2(ב)). התקנות מתירות לקיים את העיון באמצעות האינטרנט (תק' 6(ג)). אבחן את שני המרכיבים.

2. דלתיים פתוחות/סגורות

סעיף 68 לחוק בתי המשפט מפרט את יישומו של עקרון הפומביות: דיון צריך להתקיים בדלתיים פתוחות. כל אדם זכאי להיכנס לאולם הדיונים, לצפות ולהאזין.⁴¹ לאחר הכלל, באים חריגים, והם משני סוגים. האחד נתון לשיקול דעתו של בית המשפט להורות על

36 וכאמור, ראו גם את ביקורתו של הנשיא (בדימוס) ברק על הנמקה זו בעניין פלונית נ' בית הדין למשמעת, לעיל ה"ש 34.

37 ס' 9 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971 (קובע שבית המשפט לנוער יקיים דיונים בדלתיים סגורות).

38 חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 71), התשע"ו-2016, ס"ח 1138 (אוסר פרסום שמות חיילים חשודים או נאשמים כאשר העבירה שבה מדובר נעשתה אגב פעילות מבצעית. במקרה הרשעה, איסור הפרסום נמשך עד לאחר שפסק הדין נעשה חלוט).

39 לסקירה ממצה ראו רוזן-צבי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 79-82, 89-92.

40 נכון למועד כתיבת המאמר, לא הותקנו תקנות בנושא.

41 לזכות להיות נוכח באולם יש מעט חריגים שקשורים בזהות הצופה, כמו קטינים או מי שנוכחותו עלולה להרתיע עד מלהעיד באופן חופשי, כקבוע בס' 69 לחוק בתי המשפט, וזאת לפי שיקול דעתו של בית המשפט. כן, בית המשפט מוסמך להרחיק את מי שמפריע לדיון (ס' 72). המחוקק הבהיר כי ההיתר להיות נוכח באולם אינו כולל זכות לצלם דיון, אלא ברשות בית המשפט (ס' 70(ב)).

סגירת הדלתיים במצבים מסוימים (ס' 68(ב)). החוק מונה שניים עשר מצבים כאלה, שעניינם הגנה על אינטרסים ציבוריים (ביטחון המדינה ויחסי החוץ, הגנה על המוסר), הגנה על אינטרסים של צדדים חלשים ומוחלשים (הגנה על קטינים, מתלונן או נאשם בעבירות מין, הרתעת עד), והגנה על אינטרסים קנייניים מסוימים (למשל הגנה על סוד מסחרי). כלומר, ברירת המחדל היא דלתיים פתוחות, אך יש אפשרות לשנותה במצבים המנויים בחוק. משמע, בכל מקרה שאינו בא בגדר שניים עשר החריגים, יש חובה לקיים את הדיון בדלתיים פתוחות. בתי המשפט פירשו את החריגים בצמצום.⁴²

סוג חריגים שני הוא שבעניינים מסוימים יש היפוך של ברירת המחדל, והדיון צריך להתנהל בדלתיים סגורות, אלא אם נקבע אחרת. סעיף 68(ה) מונה שתי קטגוריות רחבות כאלה: האחת היא מרבית ענייני המשפחה. בית המשפט יכול לשנות את ברירת המחדל ולאפשר בכל זאת דיון פומבי. הקטגוריה השנייה שבה הדלתיים נסגרות היא הליכים פליליים מסוימים שקשורים לבני נוער.

הטכניקה החקיקתית היא אפוא של יצירת מסגרת לשיקול הדעת השיפוטי, תוך קביעת נקודות מוצא, בין שהדלתיים פתוחות (ככלל), ובין שהן סגורות (במצבים המנויים בחוק), ותוך יצירת מרחב שיפוטי מסוים לקבל החלטה אחרת בכל מקרה לפי נסיבותיו.⁴³ בדרך זו החוק יוצר הבניה והנחיה של שיקול הדעת השיפוטי.

3. איסור פרסומים ופרטים מזהים

היבט שני שמוסדר בחוק בתי המשפט בנושא זה, עוסק באיסור פרסומים. הכלל הבסיסי הוא ש"לא יפרסם אדם דבר על דיון שהתנהל בבית משפט בדלתיים סגורות אלא ברשות בית המשפט" (ס' 70(א) לחוק בתי המשפט). כך למשל, אסור לפרסם דבר על דיון שהתקיים בעניינו של קטין או בסכסוך בין בני זוג בדלתיים סגורות (לפי ס' 68(ב)(4) וס' 68(ה)(1), בהתאמה). האיסור משתרע על כל פסק הדין וממילא על זהות הצדדים ואנשים אחרים שנזכרו בהליכים.

לפי הסיפא של סעיף 70(א), לבית המשפט יש אפשרות להפוך את ברירת המחדל. כלומר, לפי לשון החוק, הכלל הוא שכאשר הדלתיים סגורות – אין לפרסם, והחריג הוא שיקול הדעת של בית המשפט. עם זאת, לאחרונה שינה בית המשפט העליון במידה רבה את סדר הדברים, והורה להפריד בין הדלתיים הסגורות לבין איסור הפרסום. בעניין יהל הורה בית המשפט כי "הכלל הוא שיש לפרסם את פסקי הדין לרבות שמותיהם של בעלי הדין, גם כאשר ההליך בערכאה הדיונית התנהל בדלתיים סגורות",⁴⁴ וכן על בית המשפט "לבחון

42 ראו למשל ע"א 4244/12 הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' ברכה, פס' 34 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר (פורסם בנבו, 31.12.2012) (להלן: עניין הוצאת עיתון הארץ).

43 טכניקה חקיקתית חלופית הייתה יכולה להיות מרחב שיקול דעת רחב יותר, שהיה מתמלא במבחנים יציר הפסיקה. השוו למשל לדיון שנוגע למדינת וושינגטון בארצות הברית: Jeanine Blackett Lutzenhiser, *An Open Courts Checklist Clarifying Washington's Public Trial and Public Access*, 87 WASH. L. REV. 1203 (2012).

44 רע"א 382/16 יהל נ' פקיד שומה תל-אביב 4, פס' 14 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 13.7.2016) (במקרה זה דובר בהליך מס שהתנהל בדלתיים סגורות).

האם התכלית שלשמה נסגרו הדלתיים עודנה קיימת כך שהפרסום יעמוד בסתירה למטרת סגירת הדלתיים.⁴⁵ כך, שופטת יכולה להחיר את פרסום פסק הדין, גם אם הדיון עצמו התקיים בדלתיים סגורות, או שלאחר מתן פסק הדין בית המשפט יכול להחיר את פרסום הפרוטוקול.⁴⁶ שיקול דעת זה כפוף גם לסייגים נוספים שיידונו להלן, ובין היתר "פגיעה חמורה בפרטיות".

מכל מקום, מהאיסור נשמע ההיתר: כאשר דיון מתקיים בדלתיים פתוחות, אין כל מגבלת פרסום של פסק הדין ובכללו שמות הצדדים, עדים ואחרים שנזכרים בו. גם כאן, בצד ההיתר (דלתיים פתוחות – רשות לפרסום), החוק מאפשר לבית המשפט לשנות את ברירת המחדל ומתיר לאסור פרסום של פרטים מזהים של חשודים או עדים בהליכים פליליים.⁴⁷ נוסף על כך, יש בחוק סל מצבים שבהם בית המשפט יכול לאסור פרסום. אלה כוללים הגנה על ביטחוננו של בעל דין, של עד או של מי ששמו נזכר בדיון, וכן "בית משפט רשאי לאסור כל פרסום בקשר לדיוני בית המשפט, במידה שהוא רואה צורך בכך [...] לשם מניעת פגיעה חמורה בפרטיות של [בעל דין, עד או אדם אחר ששמו הוזכר בדיון], לשם מניעת פגיעה בפרטיות של אדם בשל חשיפת מידע רפואי עליו או לשם מניעת פגיעה בפרטיותו של אדם עם מוגבלות שכלית או של אדם עם מוגבלות נפשית [...]" (ס' 70(ד)) [ההדגשה הוספה].⁴⁸

אם כן, החוק מסמיך את בית המשפט להפעיל שיקול דעת בנסיבות המקרה ולהחריג פרסום מסוים מעקרון הפומביות כדי להגן על הפרטיות, אולם רק כדי למנוע "פגיעה חמורה" בפרטיות. אפשרות זו נוספה לחוק בתיקון משנת 2002. התוספת משקפת את הניסיון הנמשך לעצב בצורה מדויקת יותר את הגבול שבין הפומביות לפרטיות. בתי המשפט נדרשים אפוא לפרש את הביטוי "פגיעה חמורה בפרטיות". השלב הראשון הוא בדיקה אם בכלל נגרמה פגיעה בפרטיות, השלב השני הוא בחינה אם הפגיעה חמורה, והשלב השלישי הוא הפעלת שיקול דעת: האם יש אינטרסים אחרים, ובדרך כלל מדובר באינטרס ציבורי, שמורים בכל זאת להחיר את הפרסום? בית המשפט הביא בחשבון שיקולים כגון היקף איסור הפרסום, משך האיסור והשלב של ההליך.⁴⁹ השלב הראשון לא תמיד קל. הזכות לפרטיות היא אמורפית ולעיתים עמומה. למשל, לעיתים הפרטיות כרוכה בפגיעה באינטרסים אחרים. בתי המשפט הבהירו שסמכותם לאסור

45 שם, פס' 11 לפסק דינו של השופט דנציגר. בית המשפט הבהיר שהתכלית של הדלתיים הסגורות היא לאפשר לנישומים לחשוף סודות מסחריים בלא חשש שידלפו. משהתברר כי בהליך לא נחשפו סודות כאלה, נפסק שאין הצדקה לאי-פרסום פסק הדין. השופט מזוהו הוסיף כי המטרה של סגירת הדלתיים היא האינטרס הציבורי שבגביית מס (ראו שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט דנציגר).

46 עניין הוצאת עיתון הארץ, לעיל ה"ש 42.

47 ס' 70(ד)-(ה) לחוק בתי המשפט. למשל, לאיסור פרסום שם של עדת מדינה, אף שהנאשמים יודעים את זהותה, ראו ת"פ (מחוזי י-ם) 28759-05-15 יצחק נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.8.2016) (להלן: עניין יצחק).

48 הוראה משלימה היא שצד שאינו בעל דין, יכול לבקש מבית משפט לשנות החלטה בדבר איסור פרסום. ס' 70 לחוק בתי המשפט מזכיר במפורש כלי תקשורת.

49 ראו למשל ע"א 4963/07 ידיעות אחרונות בע"מ נ' פלוני, פס' 11 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 27.2.2008) (להלן: עניין ידיעות אחרונות).

פרסום חלה רק כאשר מדובר בפגיעה בפרטיות, ולא כאשר יש פגיעה אפשרית בשם הטוב⁵⁰ או במוניטין.⁵¹ למשל, נפסק שהאשמת עורך דין במרמה אינה פגיעה בפרטיותו אלא בשמו הטוב;⁵² ונפסק שמידע שקשור במכירת נכס מקרקעין אינו פוגע בפרטיות,⁵³ ומשום כך אין עוגן לאסור את הפרסום.

לאחר מכן יש לברר מהי "פגיעה חמורה" בפרטיות.⁵⁴ בתי המשפט מתקדמים בסוגיה זו באופן קזואיסטי, ממקרה למקרה. למשל, נקבע שפרסום מידע על הרשעתו של עורך דין בהליכי משמעת אינו פגיעה חמורה;⁵⁵ טענות על יחסים אינטימיים בין מי שביקש את איסור הפרסום לאשתו של התובע הוכרו כפגיעה חמורה.⁵⁶ מדוגמאות אלה עולה שאמת מידה שמשמשת את בתי המשפט היא אופי המידע הפוגע: חשיפת מידע רגיש תיחשב לפגיעה חמורה, ובניסוחו של השופט פוגלמן: "ככלל, ככל שהמידע מתייחס לעניינים המשתייכים לליבת המונח פרטיות, תגבר הנטייה לראות בפגיעה כפגיעה חמורה".⁵⁷ בעניין יהל, שעסק בהליכי מסים שהתנהלו בדלתיים סגורות, המחיש השופט דנציגר מהם עניינים בליבת הזכות לפרטיות: "עניינים אינטימיים, עניינים משפחתיים או עניינים רפואיים".⁵⁸ עניינים אלה הם אכן פרטיים, וכיום יש תמימות דעים בעניין בחברה הישראלית, אולם לא ברור לי מדוע נקב השופט דווקא בדוגמאות אלה. חוק הגנת הפרטיות מגדיר (בסעיף 7, בקשר להסדר של מאגרי מידע) "מידע רגיש" כך: "נתונים על אישיותו של אדם, צנעת אישיותו, מצב בריאותו, מצבו הכלכלי, דעותיו ואמונתו". כלומר, גם מידע כלכלי, אישיותי או מידע על דעות ואמונות צריך להיכלל בליבת הזכות לפרטיות. באותו מקרה סבר השופט דנציגר שפרסום מידע כלכלי פוגע בפרטיות, אולם לא פגיעה חמורה.⁵⁹ אקדים ואעיר כי גישה שיפוטית זו למהותה של הפגיעה בפרטיות היא גישה מצמצמת, ומתאימה לעידן אנלוגי אך לא לעידן דיגיטלי. אשוב לכך בהמשך, בחלק ב.3.

- 50 שם, פס' 12 לפסק דינו של השופט פוגלמן.
- 51 סע"ש (אזורי ת"א) 25953-12-14 ד"ר שלמה כהן ושות' – משרדי עורכי דין נ' מנגלוס (פורסם בנבו, 18.1.2015).
- 52 ראו למשל עניין ידיעות אחרונות, לעיל ה"ש 49, פס' 12 לפסק דינו של השופט פוגלמן.
- 53 רע"א 1547/13 שלום נ' יחזקאל (פורסם בנבו, 16.6.2013).
- 54 כלומר, ייתכנו מצבים שבהם יש פגיעה בפרטיות, שהיא יותר מפגיעה של מה בכך אך פחות מ"פגיעה חמורה", ואז החוק מעדיף את הפומביות על פני הפרטיות. גם כאן, את הדין אפשר להמשיך ולקיים בדלתיים פתוחות, ובכל זאת לאסור פרסום פרטים מזהים בקשר לדמויות מסוימות. ראו למשל, את החלטת בית המשפט המחוזי בעניין יצחק, לעיל ה"ש 47, שם אסר בית המשפט לפרסם את פרטיה של עדת מדינה לפחות עד אחרי סיום עדותה.
- 55 עניין אפרתי, לעיל ה"ש 9.
- 56 עניין ידיעות אחרונות, לעיל ה"ש 49, פס' 13 לפסק דינו של השופט פוגלמן. (במקרה זה התעורר קושי משום שבית המשפט מצא שפרסום פרטים מסוימים על עורך הדין אינו בגדר פגיעה בפרטיות, ואילו פרסום דבר הרומן פוגע בפרטיות. עם זאת, יש עניין ציבורי במידע לנוכח הקשר בין היחסים המקצועיים ליחסים האינטימיים. הפתרון שנמצא היה איסור פרסום שמה של האישה, ובייחוד שחלק מהמידע שנחשף עליה קשור להליכים אחרים שהתנהלו בבית משפט לענייני משפחה בדלתיים סגורות).
- 57 שם, פס' 10 לפסק דינו של השופט פוגלמן. אמת מידה חלופית יכלה להיות הזיהוי של האדם מושא המידע. אדון בכך בהמשך, בחלק ב.3. למאמר זה.
- 58 עניין יהל, לעיל ה"ש 44, פס' 22 לפסק דינו של השופט דנציגר.
- 59 שם, פס' 23 לפסק דינו של השופט דנציגר.

בשנים האחרונות גבר זרם הבקשות שהגישו תובעים לחיסוי שמם. כאשר דובר בתביעות נזקי גוף שפירטו מצב רפואי ונפשי, החלו הערכאות הדיוניות לאמץ גישה שמבכרת את הפרטיות על פני הפומביות. פסקי הדין פורסמו, אבל תוך חיסוי השמות.⁶⁰ הסוגיה הגיעה לפתחו של בית המשפט העליון בעניין אליהו חברה לביטוח. בית המשפט המחוזי התבקש לאסור את פרסום שמם של תובעים, עורך דין ואישה נוספת, בתביעה לפיצוי בגין נזקי גוף שנגרמו בתאונת דרכים. חברת הביטוח התנגדה לאיסור הפרסום, ובפיה טענת הפומביות. בית המשפט הבחין בין התובע, עורך דין במקצועו, ששמו זכה לחיסיון, לבין האישה, ששמה הותר לפרסום. היא לא ערערה על ההחלטה, ושמה נותר פומבי.⁶¹ בערעור שהגישה חברת הביטוח, חזר בית המשפט העליון על אמת המידה של מידת הפגיעה בליבת הפרטיות.⁶² מצב רפואי, קבע השופט זילברטל כדן יחיד, נמצא בליבת הפרטיות. השופט הדגיש גם את הנגישות הגבוהה בסביבה המקוונת: "הפגיעה החמורה בפרטיות העלולה להיגרם עקב פרסום זהותו של בעל דין מועצמת נוכח הנגישות הגבוהה (ההולכת ומתעצמת) לתוכן של החלטות שיפוטיות (של כלל ערכאות השיפוט), בין במאגרי המידע המשפטיים השונים, בין במאגרי המידע הכלליים ובין במנועי החיפוש רבי העוצמה הנגישים לכול ברשת האינטרנט".⁶³ בהיעדר עניין ציבורי בזהותו של התובע (שאיננו איש ציבור), ובנסיבות המקרה – של תביעת פיצויים שגרתית, יישום העמדה הזו הביא לחיסוי שמו של התובע. בהחלטה אחרת הסכים השופט רובינשטיין לעמדה זו, והדגיש שהנגישות הגבוהה באינטרנט מעצימה את הפגיעה הפוטנציאלית בפרטיות.⁶⁴ ההחלטה בעניין אליהו חברה לביטוח שינתה את נקודת האיוון בין הפומביות לפרטיות: בעוד החוק קובע ברירת מחדל של היתר פרסום, אלא אם כן יש פגיעה חמורה בפרטיות, פסק הדין קבע איסור פרסום פרטים מזהים במקרה של פגיעה בפרטיות, אלא אם כן יש טעמים אחרים. בתי המשפט בערכאות הנמוכות הפנימו במהירות את השינוי,⁶⁵ יזמו חיסוי שמות בפסקי הדין גם בלי בקשה,⁶⁶ יישמו את ההחלטה במצבים של מידע פסיכיאטרי,⁶⁷

- 60 ראו למשל ע"א (מחוזי ת"א) 2319/08 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 1.6.2011) (להלן: עניין פלוני [2319/08]); ת"א (שלום ת"א) 17303-11-11 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 29.7.2012).
- 61 ת"א (מחוזי ת"א) 29518-05-12 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' פלונית (לא פורסם, 13.12.2012).
- 62 עניין אליהו חברה לביטוח, לעיל ה"ש 14, פס' 9 לפסק דינו של השופט זילברטל.
- 63 שם, פס' 10 לפסק דינו של השופט זילברטל.
- 64 ע"א 438/14 פלוני נ' המאגר הישראלי לביטוח רכב (הפול), פס' 1 להחלטתו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 6.2.2014).
- 65 ראו למשל ת"א (שלום ת"א) 22658-07-11 אלמוני נ' המאגר הישראלי לביטוח רכב – "הפול" (פורסם בנבו, 22.3.2015); ת"א (שלום י-ם) 60103-12-12 פלוני נ' הפול חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 16.9.2014). בשני מקרים אלו נזפו בתי המשפט בחברות הביטוח על שלא הפנימו את השינוי בהלכה. ראו גם ת"א (מחוזי מר') 35473-06-11 פלוני נ' המאגר הישראלי לביטוח רכב "הפול" (פורסם בנבו, 27.7.2015); ת"א (שלום רמ') 12214-11-09 פלוני נ' A.I.G חב' לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 24.5.2013); ת"א (שלום י-ם) 37557-07-11 פלוני נ' המאגר הישראלי לביטוח רכב – "הפול" (פורסם בנבו, 8.12.2014).
- 66 ראו למשל ת"א (שלום רח') 46777-02-13 פלוסק נ' פלוני (פורסם בנבו, 25.1.2016) (חיסוי שמו של נתבע מחמת התייחסות למצבו הרפואי של הנתבע).
- 67 ראו ת"א (שלום ת"א) 20422-03-13 פלוני אלמוני נ' אלסקייק (פורסם בנבו, 2.9.2013).

מידע על היותו של אדם נשא HIV,⁶⁸ וכן במקרה של הליכים של פשיטת רגל,⁶⁹ או כאשר בפסק דין בעניינו של עורך דין שתבע את המדינה נזכר כי הוגשה נגדו תלונה על הטרדה מינית – שנסגרה,⁷⁰ אבל לא במקרה שבו דובר בנזק רפואי מצומצם, של שבר בקרסול.⁷¹ המחוקק אימץ את עמדת השופט זילברטל בעניין אליהו חברה לביטוח ועיגן אותה בחקיקה. בשנת 2014 נוסף בחוק בתי המשפט איסור פרסום של פרטים מזהים כאשר מדובר בתביעה לפיצוי על נזקי גוף, שאיננה רק בשל עוגמת נפש.⁷² לפי התיקון, בעל הדין יכול להסכים לפרסום שמו, או שבית המשפט יכול להורות על כך. אילו היה שלמה ועקנין מגיש את תביעתו כיום, יכול היה להבטיח חיסיון לשמו, ואילו זאב שוורץ, שתבע בגין מטרד, לא היה בא בגדר הסעיף.

התזווה המסוימת לטובת הפרטיות חלה במשפט האזרחי. במשפט הפלילי בתי המשפט עדיין מעדיפים את הפומביות. כך ציינה הנשיאה נאור בקשר למי שביקש את חיסוי שמו, כי "הפגיעה בפרטיותו, הנלווית מטבעה לפרסום ההליך הפלילי, אינה בגדר אותן פגיעות 'חמורות' חריגות שבגינן ייעתר בית משפט זה לבקשה לאיסור פרסום".⁷³ בשונה מהערת השופט זילברטל בדבר השינוי הטכנולוגי, העירה נאור כי "הפרסום באינטרנט כשלעצמו, אינו מהווה, לעת הזו, הצדקה מספקת לאיסור הפרסום".⁷⁴ הקושי במקרים של צו איסור פרסום כשדובר בפרשות שזכו לתהודה ציבורית רחבה, לא נעלם מעיני השופטים. בית המשפט העליון העיר כי במקרים חריגים שבהם המידע הוא נחלת הכלל, "ייתכן שתידרש חשיבה אחרת".⁷⁵

68 ראו תא"מ (שלום הר") 21442-07-14 פלוני נ' שבה (פורסם בנבו, 10.9.2014) (שם ביקש עיתונאי לחשוף את זהות התובע, שלפי הטענה הוא תובע סדרתי). במקרה דומה, ייתכן שבקשר לאותו אדם, פסק בית משפט כי העובדה שהתובע הגיש תביעות רבות אינה מצדיקה את הפגיעה בפרטיותו. ראו ע"א (מחוזי מר") 41662-10-13 פלוני נ' חיוך ראשון נה דקלים בע"מ (פורסם בנבו, 6.2.2014), וכן מקרה דומה, שוב כנראה בקשר לאותו תובע, ע"א (מחוזי ת"א) 65903-03-15 פלוני נ' פרוורציה פי. א. סי. בע"מ (פורסם בנבו, 20.11.2016).

69 ראו ע"א 2763/09 לוי נ' כונס הנכסים הרשמי (פורסם בנבו, 21.2.2013).

70 הדיון התנהל בדלתיים סגורות, אולם בית המשפט התיר את פרסום פסק הדין, ובכללו שם התובע. ראו תא"מ (שלום כ"ס) 38356-09-12 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.5.2014). בית המשפט הבהיר גם שעורכי דין אינם חסינים יותר מאחרים.

71 ת"א (שלום ת"א) 68121-10-13 יפרח נ' עיריית קרית גת (פורסם בנבו, 24.7.2014). השוו לתביעה בגין נזק שנגרם מאגרטל שבור, שנמצאה ראויה לחיסוי בת"א (שלום ראשל"צ) 5200-06-12 פלונית נ' אביאל ויצמן בע"מ (פורסם בנבו, 10.6.2014).

72 תיקון 77, לעיל ה"ש 15 (התיקון, שנכנס לתוקף באוגוסט 2015, מבוסס על הצעות חוק פרטיות). ראו גם הצעת חוק בתי המשפט (תיקון – פרסום שם נפגע בתביעת נזקי גוף), התשע"ד–2013, פ/1719/19 (ח"כ קול, לוי-אבקסיס, פרנקל, סטרוק, שטרן, לוי) וכן הצעת חוק בתי המשפט (תיקון – איסור פרסום שם בהליך החושף מידע רפואי), התשע"ד–2013, פ/2007/19 (ח"כ קול). הצעה אחרת, רחבה יותר, הציעה לאסור פרסום שם של בעל דין או אדם אחר באופן גורף, אלא ברשות בית המשפט. ראו הצעת חוק בתי המשפט (תיקון – אי ציון שמות בפסקי דין), התשס"ח–2007, פ/2939/17 (ח"כ סלומינסקי).

73 בש"פ 3031/11 בן דוד נ' מדינת ישראל, פס' 4 להחלטתה של הנשיאה (בדימוס) נאור (פורסם בנבו, 9.9.2015).

74 שם.

75 עניין פלונית (קטינה), לעיל ה"ש 9, פס' 15–16 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

להשלמת התמונה ראוי לציין כי בדינים מסוימים יש הוראות פרטניות בדבר פרסום פסקי הדין, למשל בקשר לשיפוט בני נוער.⁷⁶ נוסף על כך יש הליכים שיפוטיים שמתנהלים מחוץ למערכת בתי המשפט הרגילה, כמו הליכי משמעת בלשכת עורכי הדין או בשירות המדינה, שבהם יש כללים ספציפיים שמבוססים במידה רבה על הדין הקבוע בחוק בתי המשפט.⁷⁷

4. סיכום ביניים

התוצאה היא שבמצב הרגיל, דיון מתקיים בדלתיים פתוחות, ומותר לפרסם כל דבר בעניינו. עם זאת, ניתן לאסור את פרסום פסק הדין או פרטים מזהים. במצבים מסוימים, הדלתיים ייסגרו, ואז פסק הדין חסוי, אבל על בית המשפט להפריד בין הדלתיים הסגורות לבין פרסום פסק הדין ולשקול (באדהה) אם להתיר את פרסומו. הדין יוצר אפוא מערכת מסועפת למדי של כללים וחריגים ושל ברירות מחדל שניתן להופכן. בשנים האחרונות בתי המשפט והכנסת נוטים להורות על התממה של פסקי הדין בדרך של הסרת שמם של בעלי דין כאשר יש פגיעה בפרטיותם, ובייחוד כאשר מדובר במידע רפואי. אם כן, הדין משאיר לא מעט שיקול דעת לבתי המשפט. מה יש לשקול במרחב הפרשני הזה? יש צורך לחזור למושכלות יסוד, ההצדקות שביסוד הזכות לפרטיות וביסוד עקרון הפומביות.

אקדים ואעיר כי החלטות לפרסם פסקי דין מתקבלות לא רק אצל השופטת שיושבת בדין. בצד ההחלטה הפרטיקולרית של כל שופט ושופטת, גם הנהלת בתי המשפט מקבלת החלטות עקרוניות. למשל, ההוצאה לאור של סדרת פסקי הדין של בית המשפט העליון בדפוס, בצד היעדר פרסומים מקבילים לערכאות הנמוכות, פרסום פסקי דין והחלטות של כל הערכאות באתר הרשות השופטת, העברת פסקי דין באופן מקוון לחברות מסחריות – כל אלה הן החלטות שמשיעו על הפומביות ועל הפרטיות. אלה הן החלטות של רשות מנהלית, וכפופות למשפט החוקתי ולמשפט המנהלי. כדי לעצבן היטב, יש לבחון גם כאן את ההצדקות העיוניות של הפרטיות ושל הפומביות.

ב. פרטיות דיגיטלית בסביבה מקוונת

הפרטיות, בהיותה זכות יסוד, זוכה להגנה משפטית רחבה. חלק זה של המאמר מציין תחילה בקצרה את אתגריה של הפרטיות בסביבה דיגיטלית מקוונת, ממשיך בבירור הצדקותיה של הזכות, ומיישם את הדברים בנוגע לסוגיה של חיפוש שמי של פסקי דין. המטרה היא לאתר את מורה הדרך שינחה אותנו בתיחום ההתנגשות בין הפרטיות לפומביות, וכן שיבאר לנו מה טיבה של הפגיעה בפרטיות שיש במקרה הנדון.

76 ראו ס' 9 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), לעיל ה"ש 37.

77 ראו בהתאמה ס' 65א לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961; ס' 41 ו-42 לחוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963. לחיסוי שמה של עובדת מדינה שהורשעה בדין משמעתי, ראו עמ"ס (מחוזי י-ם) 29553-12-12 פלוגית נ' משרד ראש הממשלה/נציבות שירות המדינה (פורסם בנבו, 31.1.2014).

1. אתגרים

בעידן של שינויים טכנולוגיים מואצים, הפרטיות מצויה בעין הסערה. מערכות סייבר, פרקטיקות חדשות של עיבוד וכרייה של מידע בנתוני עתק (Big Data), שימוש גובר באמצעי מעקב מגוונים כמו מצלמות, חיישנים ומערכות ביומטריות ועוד – כל אלה הן טכנולוגיות שמבוססות על מידע.⁷⁸ העניין במידע התגבר בכל זירה אפשרית: בזירה השלטונית, שבה מדינות מעוניינות להתייעל; בזירה הביטחונית, ובייחוד אחרי פיגועי הטרור של ה-11 בספטמבר 2001; בזירה המסחרית, שבה מידע הוא המטבע שעובר לסוחר בתמורה לשירותים "חינמיים" כביכול, ובזירה האישית-חברתית, שבה מידע הוא הבסיס של תקשורת חברתית. כאשר מדובר במידע על בני אדם, מתעוררות מיד שאלות של פרטיות.

ההגנה המשפטית על פרטיות במידע נמצאת גם היא בתזוזה. מאז שנות השבעים של המאה הקודמת מתפתח במדינות רבות בעולם סל כלים להגנת מידע אישי. לסדרה של חוקים מדינתיים, כללים מנחים של ארגונים בין-לאומיים כמו ה-OECD והא"ם, ולדינים אזוריים כמו משפט האיחוד האירופי, יש מכנה משותף של עקרונות להגנת מידע אישי (Fair Information Practices – FIPs).⁷⁹ העקרונות משתקפים במידה מסוימת גם בפרק ב לחוק הגנת הפרטיות. הם כוללים הודעה למושא המידע (data subject), כלומר האדם שעל אודותיו המידע, על איסוף המידע והשימושים המיועדים, הסכמה מדעת של מושא המידע לפעולות העיבוד המתוכננות, חובות שמוטלות על אוסף המידע ומעברו, כמו עקרון צמידות המטרה שנזכר לעיל, חובת סודיות וחובת אבטחת המידע, זכויות למושאי המידע, כמו זכות לעיין במידע ולדרוש את תיקונו ככל שהוא שגוי, וכל זה, בצד אמצעי אכיפה ציבוריים ופרטיים.⁸⁰ בהשפעתו הרכה של האיחוד האירופי, יותר ממאה מדינות בעולם אימצו הסדרים למיניהם להגנת המידע האישי, הגם שבין ההסדר המשפטי לבין המציאות בפועל יש פערים ניכרים.⁸¹

כיום מתגבש סל כלים מעודכן, בעיקר באיחוד האירופי, כפי שנקבע ברגולציה הכללית להגנת מידע אישי (General Data Protection Regulation): יש בה חובות חדשות המוטלות על מעבדי המידע, למשל חובת הודעה פומבית במקרה של כשל באבטחת המידע.⁸² תוספת אחרת מחייבת שימוש בכלים ארגוניים, למשל החובה לקיים תסקיר השפעה על הפרטיות לפני הפעלת מערכת טכנולוגית חדשה והחובה למנות ממונה הגנת פרטיות במקרים

78 לדיון במגוון אמצעי המעקב ומשמעותם ראו BRUCE SCHNEIER, DATA AND GOLIATH: THE HIDDEN BATTLES TO COLLECT YOUR DATA AND CONTROL YOUR WORLD (2015).

79 להתפתחות דיני הגנת המידע האישי ראו מיכאל בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 203 (2010) (להלן: בירנהק מרחב פרטי).

80 ראו בהתאמה ס' 11 לחוק הגנת הפרטיות (הודעה), ס' 1, 3, 11 (1) (הסכמה), ס' 8 (ב) (צמידות מטרה), ס' 16 (סודיות), ס' 17 (אבטחת מידע), ס' 13 (זכות עיון), ס' 14 (זכות תיקון), ס' 10 (אכיפה).

81 להשפעת דיני הפרטיות של האיחוד האירופי ראו Michael Birnhack, *The EU Data Protection Directive: An Engine of a Global Regime*, 24 COMP. L. & SEC. REP. 508 (2008); Graham Greenleaf, *Global Data Privacy Laws 2015: 109 Countries, with European Laws Now a Minority*, 133 PRIVACY LAWS & BUS. INTERN'L REP. (2015).

82 ס' 33 ל-GDPR.

המתאימים.⁸³ עוד תוספת חשובה היא החובה לקיים הליך של הנדסת פרטיות.⁸⁴ סל הכלים המתגבש מראה לנו כי המשפט מכיר בכך שכוחו מוגבל, וכי ראוי לגייס מסדירים נוספים. כלים ארגוניים יכולים להביא להטמעה של הפרטיות בארגון. הכלי המשפטי-טכנולוגי של הנדסת פרטיות נועד להקדים תרופה למכה: הרעיון הבסיסי הוא שיש לעצב את המערכת הטכנולוגית מראש, כדי למזער את הפגיעה בפרטיות.⁸⁵ עיקרון זה משתלב היטב בעקרון המידתיות המשפטי: יש לפעול כך שהפגיעה בפרטיות תהיה רק במידה שאינה עולה על הנדרש.

למרות הפיתוח המשפטי והרחבת ההגנה בכלל על הפרטיות, נראה שנוכח הטכנולוגיות החדשות שמקיפות אותנו מכל עבר, יש לנו פחות ופחות פרטיות, עד שלעתים נדמה שזו מלחמת מאסוף. עם זאת, מחקרים אמפיריים שבים ומראים כי אזרחים (ובכללם בני נוער) מעוניינים מאוד בפרטיות;⁸⁶ הספרות המחקרית הפריכה את האמירה הפופוליסטית שלפיה פרטיות היא מגן למישהו "שיש לו מה להסתיר".⁸⁷

2. הצדקות

בראשית המאה העשרים ואחת במדינות דמוקרטיות רבות הפרטיות נתונה במאבק חזיתי בגורמים חזקים: תעשיות מבוססות מידע,⁸⁸ צורכי ביטחון, התקשורת וכמובן טכנולוגיה שמאפשרת איסוף מידע בהיקפי ענק, בקלות ובזול, ועיבוד של המידע באופנים חסרי תקדים. מלבד ההגנה המשפטית הקיימת והעניין הציבורי בפרטיות, ראוי לעמוד על הצדקותיה של הזכות. הדבר חשוב כאמור לשם הפעלת שיקול הדעת השיפוטי ולשם עיצוב המדיניות של הרשות המנהלית. ההצדקות, אקדים ואומר, שנויות במחלוקת, מה שמקשה עוד יותר את המאבק על הפרטיות כנורמה חברתית ועל הזכות לפרטיות, כנורמה משפטית. בספרות המחקרית נזכרו הצדקות רבות לפרטיות.⁸⁹ אין ביניהן חפיפה מלאה, ולעיתים הן מגנות על היבטים שונים של הזכות, בתחומי פעולה נבדלים. כל כך גדולה השונות בתיאוריות של הפרטיות, שיש מי שזנחו את הניסיון לאתר את ההצדקה המשכנעת ביותר, ובמקומה הם מציעים להסתפק בתיאור. חוקר הפרטיות האמריקני דניאל סולוב (Solove) הציע טקסונומיה של פרטיות שכוללת שישה עשר מצבים שלסברתו הם פגיעה בפרטיות.⁹⁰

83 שם, ס' 23 (תסקיר פרטיות), וס' 37–39 (ממונה הגנת פרטיות).

84 שם, ס' 25.

85 לרקע של הנדסת הפרטיות ראו Ira S. Rubinstein, *Regulating Privacy by Design*, 26 BERKELEY TECH. L.J. 1409 (2011).

86 ראו למשל Chris J. Hoofnagle et al., *How Different are Young Adults from Older Adults When it Comes to Information Privacy Attitudes and Policies?* (2010), <http://bit.ly/2w4vdZE>

87 DANIEL J. SOLOVE, NOTHING TO HIDE: THE FALSE TRADEOFF BETWEEN PRIVACY AND SECURITY (2011).

88 כיום יש גם חברות קמעונאיות שהן מבוססות מידע. למשל, רשת חנויות הענק וולמארט בארצות הברית היא חברה כזו. לדיון ראו VIKTOR MAYER-SCHÖNBERGER & KENNETH CUKIER, BIG DATA: A REVOLUTION THAT WILL TRANSFORM HOW WE LIVE, WORK, AND THINK 54 (2014).

89 לסקירת ההצדקות התיאורטיות ראו למשל DANIEL J. SOLOVE, UNDERSTANDING PRIVACY (2008).

90 שם, בעמ' 101 ואילך.

נוח להצביע על פגיעות בפרטיות שיש במצב מסוים, אולם תיאור אינו יכול לקבוע את המהות. בדומה, גם גישתה של ניסנבאום שנזכרה לעיל, היא גישה תיאורית.⁹¹ גם זו גישה נוחה כדי לנסות לתאר במדויק מה מפריע לנו במערכת טכנולוגית חדשה, אבל כאמור לעיל, גם בה אין רובד מצדיק.⁹²

במקום אחר אספתי את ההצדקות המקובלות בספרות ובפסיקה והצעתי לארגן אותן כאוסף מעגלים קונצנטריים, שהציר המשותף להם הוא הבנת הפרטיות כשליטה של האדם במידע שעל אודותיו.⁹³ המעגל הפנימי ביותר הוא "מעגל האדם". שם יש הצדקות שמדגישות את הפרטיות כנגזרת של כבוד האדם: התערבות בענייניה של אחרת היא התערבות באוטונומיה שלה לספר את סיפור חייה בעצמה;⁹⁴ נמצא שם תיאוריות שמדגישות את הצורך שלנו לשלוט בהקשר של עצמנו, כלומר למנוע מאחרים להוציא אותנו מהקשרנו, למשל על ידי הדגשת מאפיין אחד ורידוד זהותנו לאותו פרט.⁹⁵ במעגל האדם נמצא גם הסברים פסיכולוגיים בדבר הצורך שלנו במרחב פרטי, פיזי ונפשי, שבו נוכל לשאול שאלות, לנסות, לתהות ולטעות, בלי שנהיה נתונים לביקורת ולשיפוט, בלי שנצטרך להסביר את התנהגותנו.⁹⁶ האינטואיציה של ג'רמי בנת'האם, שפורשה בהמשך על ידי מישל פוקו, בדבר הפן-אופטיקון, מסבירה כיצד בני אדם מטמיעים מבט עוקב שממסטר את התנהגותנו.⁹⁷ כאשר אנו מפנימים שאנחנו נתונים למעקב, נפגע המרחב הפרטי שלנו, ונפגעת היכולת לפתח את זהותנו ואישיותנו.

מעגלים אחרים הם של קשרים בין-אישיים, שבהם הפרטיות מסייעת ליצור תנאי רקע טובים ליצירת קשרים מקצועיים (רופא-מטופל, עורך דין-לקוח וכדומה) ושל קשרים זוגיים, שבהם הפרטיות בין בני הזוג מסייעת ליצור אמון ואינטימיות;⁹⁸ מעגל הקהילה, שבו הפרטיות מאפשרת לנו לחיות יחד דווקא בשל שמירה על ה"לחוד", ומעגל המדינה,

91 NISSENBAUM, לעיל ה"ש 12.

92 ראו Birnhack, *A Quest for a Theory*, לעיל ה"ש 13.

93 בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 79, בעמ' 89.

94 ראו למשל את הערות השופט (כתוארו אז) גרוניס בבג"ץ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים, פ"ד נח(4) 856, 842 (2004).

95 ראו JEFFREY ROSEN, *THE UNWANTED GAZE: THE DESTRUCTION OF PRIVACY IN AMERICA* (2001).

96 ניל ריצ'ארדס כינה זאת פרטיות אינטלקטואלית. ראו NEIL RICHARDS, *INTELLECTUAL PRIVACY: RETHINKING CIVIL LIBERTIES IN THE DIGITAL AGE* (2015).

97 ראו מישל פוקו לפקח ולהעניש: הולדת בית הסוהר (דניאלה יואל מתרגמת, 2014). הפן-אופטיקון, "רואה-כול", הוא מבנה כלא עגול, שתאי האסירים מצויים בהיקפו, והם פונים לחצר מרכזית, ולהם תריסים חד-כיווניים. במרכז החצר ניצב מגדל שמירה, והסוהרים יכולים אפוא לצפות באסירים, אבל האחרונים אינם יודעים אם ומתי הם נצפים. התוצאה היא שהמבט העוקב מוטמע אצל האסירים, וכך מושגת שליטה בהם. פוקו תיאר מוסדות רבים לפי מודל הפן-אופטיקון ובהם בתי ספר ובתי חולים.

98 לדיון מפורט בעימות שבין בני זוג תוך פגיעה בפרטיות האחת לשם השגת אינטרס של האחר, ראו בג"ץ 6650/04 פלוני נ' בית הדין הרבני האיזורי נתניה, פ"ד סא(1) 581 (2006) (צילומי סתר של אשת הנתבע במצב אינטימי אינם קבילים כראיה בהליך הגירושין ביניהם); ע"א 8954/11 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 24.4.2014) (להלן: עניין פלוני [ע"א 8954/11]) (שם נדון איסור פרסום ספר שחיבר הנתבע, ובו תיאר בין היתר פרטים אינטימיים של התובעת).

שבו הפרטיות מאפינת את החירות שיש לאדם כלפי המדינה, וכמובן הפרטיות חשובה לקיומם של תהליכים דמוקרטיים מסוימים, כמו חשאיות הבחירות. מעגלים אלה ממחישים שהפרטיות דרושה לאזרחים כלפי המדינה, לצרכנים כלפי תאגידים, ולכולנו כלפי אנשים אחרים. חשוב לשים לב שההצדקות אינן תובעות שהזכות תהיה מוחלטת. ברור לכול כי הפרטיות עלולה להיקלע לעימות עם זכויות ואינטרסים לגיטימיים אחרים של אנשים וארגונים אחרים או עם אינטרסים ציבוריים. ההצדקות מסבירות לנו מדוע ראוי להגן על הפרטיות מלכתחילה. לפי הצורך יש לבחון את ההתנגשות של הפרטיות בשיקולים אחרים.

ארגון ההצדקות בדרך האמורה מאפשר לנו לזהות את הציר המשותף להן, שהוא כאמור ההבנה של הפרטיות כשליטה. אלן וסטין (Westin) היה הראשון שניסח את הפרטיות כשליטה, לפני כחמישים שנה,⁹⁹ ואני סבור שעמדה זו עדיין משקפת בצורה הטובה ביותר את ההצדקות העיוניות השונות לפרטיות, וגם את מרבית הוראות הדין. פרטיות כשליטה משמעה שלאדם, מושא המידע, יש זכות וכוח (power-claim right, בהתאמה, כמובן הופלדיאני) לקבל בעצמו החלטות בקשר למידע על אודותיו. מושא המידע הוא שיחליט אם רצונו למסור את המידע לאחר, לאיזו מטרה, ובאילו תנאים. מושא המידע הוא שבידיו צריך להפקיד את הכוח להחליט אם המידע יועבר לצדדים אחרים ולשם מה. הפרטיות כשליטה אינה הצדקה לפרטיות כשלעצמה. היא המכנה המשותף של הצדקות רבות, והיא חלה בכל מישורי הפעולה של הפרטיות: כלפי המדינה, כלפי התאגידים, כלפי אנשים אחרים. הפרטיות כשליטה מתארת בצורה המיטבית את עקרונות הגנת המידע האישי שנזכרו לעיל, שמופיעים במידה רבה גם בדין הישראלי הקיים: דרישת ההודעה שמוטלת על אוסף המידע מאפשרת למושא המידע לשקול את הדברים; דרישת ההסכמה מדעת מאפשרת למושא המידע לקבל החלטה בעצמו; עקרון צמידות המטרה נועד להבטיח שההסכמה הראשונה תישאר צמודה למטרות שנוסחו בהודעה הראשונה; החובות לסודיות ואבטחת מידע נועדו לוודא שגורם אחר לא יפגע בשליטה של מושא המידע, בין ברשלנות (למשל עובד שיש לו גישה למידע ומדליף אותו בהיסח הדעת) ובין בכוונה (האקר שפורץ למערכת מידע); הזכויות של מושא המידע לעיין במידע ולדרוש את תיקונו יוצרים בקרה על הנעשה במידע.¹⁰⁰

אכן, תיאוריה לחדוד ומציאות לחדוד. בעידן שבו אנו מוצפים במסמכים מסורבלים של "תנאי שימוש" ו"מדיניות פרטיות", שאיש כמעט אינו קורא, בעידן שבו כל יישומן שאנו מתקינים במכשיר טלפון נייד כולל מדיניות כזו, שתמציתה היא בדרך כלל איסוף גורף

99 ALAN F. WESTIN, PRIVACY AND FREEDOM 7 (1967).

100 להמשגת היחסים בין מושא המידע לאוסף ולמעבד של המידע כנקודות מפגש שהדין יוצר ובהן הוא מפקיד שליטה מסוימת בידי מושא המידע ראו Niv Ahituv et al., *New Challenges to Privacy due to Emerging Technologies and Different Privacy Perceptions of Younger Generations: The EU PRACTIS Project*, in PROCEEDINGS OF THE INFORMING SCIENCE AND EDUCATION CONFERENCE (INSITE) 1, 17 (2014).

וכמעט נטול מגבלות שימוש במידע, השליטה שלנו במידע האישי שלנו נחלשת מאוד.¹⁰¹ יש מי שהרימו ידיים, בעיקר בארצות הברית, שם נשמעים קולות שמבקשים לזנוח את ההתבססות על השליטה של מושא המידע במידע האישי, ובמקום זה מציעים להטיל חובות מוגברות על מעבדי המידע.¹⁰² אני סבור שהקשיים אינם צריכים להביא לידי ייאוש. לעיתים די שבודדים קוראים את מדיניות הפרטיות ומיידעים את האחרים,¹⁰³ ובעידן של רשתות חברתיות אנו עדים מעת לעת להתנגדות לקוחות שמביאה לידי שינוי לטובה.¹⁰⁴ ניתן לשפר את ההגנה על הפרטיות באמצעים טכנולוגיים וארגוניים וראוי לחזק את האכיפה.

מכאן אפשר להסיק מתי אין זכות פרטיות: הפרטיות היא זכות אישית, של בני אדם. לתאגידים אין זכות לפרטיות. הם אינם זקוקים לה במעגל האדם או בכל מעגל אחר. לתאגידים יש אינטרסים אחרים שנוגעים לסודיות, אבל אלה מושגים בכלים משפטיים אחרים. כך למשל, לבנק יש חובת סודיות כלפי לקוחו התאגידי, מכוח דיני החוזים ועקרון הסודיות הבנקאית; לעורך הדין של התאגיד יש חובת סודיות מכוח הדין וכללי האתיקה; לתאגיד עשויים להיות סודות מסחריים שיוגנו לפי דיני הקניין הרוחני. אבל פרטיות – אין.¹⁰⁵ למדינה ולגופים ציבוריים אחרים בוודאי אין פרטיות, הן משום שהם תאגידים, הן משום תפקידם הציבורי: הם פועלים (או אמורים לפעול) כנאמני הציבור, ומשל עצמם, אין להם דבר. גם למי שנפטרו אין עוד זכות לפרטיות, בוודאי לא זכות רחבה כמו לאדם החי.¹⁰⁶ אם כך, כאשר מדובר בתאגיד, ברשות ציבורית, או בתביעה של עיזבון – אין אינטרס פרטיות ראוי להגנה, וממילא אין צורך לאזן בין הפרטיות לפומביות. בהמשך לכך, מתוך ההצדקות של הזכות לפרטיות ניתן להגדיר קטגוריות שבהן יש הסכמה מפורשת או מכללא לפומביות המידע. אלה הם הליכים שיש בהם "ציבוריות

101 למחקרים על אי-הקריאה ואי-ההבנה של מדיניות פרטיות ראו למשל Jonathan A. Obar & Anne Oeldorf-Hirsch, *The Biggest Lie on the Internet: Ignoring the Privacy Policies and Terms of Service Policies of Social Networking Services* (Working Paper, 2016), <http://bit.ly/2whICgr>

102 ראו FTC, PROTECTING CONSUMER PRIVACY IN AN ERA OF RAPID CHANGE: RECOMMENDATIONS FOR BUSINESSES AND POLICYMAKERS 35 (2012).

103 ראו Shmuel I. Becher & Tal Z. Zarsky, *E-Contract Doctrine 2.0: Standard Form Contracting in the Age of Online User Participation*, 14 MICH. TELECOMM. & TECH. L. REV. 303 (2008).

104 ראו למשל את תגובת ציבור משתמשי פייסבוק לאפשרות בשם Facebook Beacon, שהוסיפה הרשת בשנת 2007: Louise Story & Brad Stone, *Facebook Retreats on Online Tracking*, THE NEW YORK TIMES (November 30, 2007) <https://nyti.ms/2wf7mWB>. האפשרות הזו יידעה את "חבריו" של המשתמש על רכישות שביצע באתרים אחרים, למשל רכישת ספר באמזון. הציבור הגיב בביקורת עזה, והרשת גנזה את התוכנית.

105 לדיון ראו בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 79, בעמ' 126. השוו גם ע"ע (ארצי) 13359-12-13 מענית נ' אלמונית, פס' 46 (פורסם בנבו, 31.7.2014), שם נמנע בית הדין הארצי לעבודה מלהכריע בזכות התאגיד לפרטיות, אך אסר את פרסום שמו מטעמים אחרים, הקשורים בטיב ההליך שדובר בו, של הטרדות מיניות.

106 לכל היותר יש מקום להכיר באינטרס הפרטיות של אדם חי, שהביע עניין בפרטיות גם לאחר מותו, בכפוף לסדרה של מסגרות שמטרתן לוודא שאין ניצול לרעה מצד אחרים (בני משפחה, למשל), בטענה בדבר "פרטיות המת" להשגת מטרות אחרות. לדיון ראו מיכאל בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים" עיוני משפט לא 57 (2008), וליישום ראו ה"פ (שלום ת"א) 29490-05-12 עיזבון פלונית נ' פלדמן-קופלר (פורסם בנבו, 31.10.2012).

טבועה". במושג זה כוונתי לשני מצבים שבהם יש להליך אופי ציבורי ממש. מצב אחד של ציבוריות טבועה הוא זה שבו ניתן להניח, מלכתחילה, הסכמה של הפרט. כך למשל, כאשר אדם יוזם הליך ציבורי במהותו, שאיננו נוגע לו באופן אישי וישיר, או כשהוא חלק מקבוצה רחבה מאוד. בהתאם, ראוי לקבוע חזקה שלפיה עתירות לבג"ץ נגד חוקתיות של חוק או החלטה שלטונית, עתירות לבתי המשפט המנהליים בענייני תכנון ובנייה, או תביעות ייצוגיות בסוגיות צרכניות שבהן התובע מתיימר לייצג קבוצה מבוזרת – הם מקרים של "ציבוריות טבועה". בדרך כלל אין בהם מידע אישי ואין צורך בשליטה במידע זה. קביעה כזו היא בגדר חזקה שניתנת לסתירה. תיתכן למשל, עתירה לבג"ץ שעניינה טיפול רפואי מסוים, ועצם העתירה מעיד על מצבו הרפואי של העותר, או תביעה ייצוגית שהיא עצמה עוסקת בפגיעה בפרטיות, למשל של מי שנרשמו לאתר היכרויות דיסקרטי וטוענים שפרטיותם שם הופרה.¹⁰⁷ במקרים כאלה, גם כאשר המידע אישי, הסעד המבוקש הוא כללי וציבורי: ביטול החלטה או חיקוק, או פרשנות שלהם, שיש להם השפעה על כלל הציבור הרלוונטי במקרה העתירה, או מימוש זכויות שנפגעו. אולם בדרך כלל, נקיטת ההליכים מעידה על הסכמת הצד שיוזם את ההליך, לפומביות שמו. אם כך, ניתן לקבוע חזקה של ציבוריות טבועה, ומי שטוען טענה אחרת, עליו הנטל לשכנע מדוע בכל זאת יש כאן זכות פרטיות שראויה להגנה. במקרים הרגילים האלה, אין פגיעה בפרטיות, ואין מניעה לפרסם את שמות הצדדים. מצב שני של ציבוריות טבועה נוצר משילוב של זהות הצדדים וסוג ההליך, גם אם אין הסכמה של האדם המעורב. זה המצב בהליך הפלילי, שבו המדינה היא הצד היוזם. במקרים כאלה יש פגיעה בפרטיות, אולם היא מוצדקת בדרך כלל מחמת אופי ההליך.

3. מידע פרטי

ענייננו כאן הוא במידע שמתפרסם בפסקי הדין, וההתמקדות היא בשמו של האדם. התמקדות זו נובעת מכך שהדרך הנפוצה של הציבור הרחב (להבדיל ממשפטנים) להגיע לפסקי דין היא באמצעות חיפוש שם במנועי חיפוש. האם שמו של אדם הוא "מידע פרטי"? לפני שאבחן את משמעותו של שם, אשאל את השאלה הכללית: מהו מידע פרטי הראוי להגנת הדין?¹⁰⁸

107 סוגיה זו התעוררה בארצות הברית ובישראל, בנסיבות זהות: בעקבות פריצה למחשבי אתר ההיכרויות "אשלי מדיסון" נחשפו פרטים של משתמשי האתר והוגשו תביעות ייצוגיות בקשר לפגיעה בפרטיות המשתמשים. בארצות הברית נדחתה בקשת התובעים הייצוגיים להסתיר את שמם, ובית המשפט שם אפשר למי שביקשו זאת להימחק מהתביעה. ראו *In Re Ashley Madison Customer Data Security Breach Litigation* (E.D. Mo. 2016). בתביעה ייצוגית באותו עניין בדיוק, שהוגשה בישראל, קבע בית המשפט המחוזי כי פרטי התובע הייצוגי יימסרו לנתבעת, כי הדיון יתנהל בדלתיים פתוחות, אך לפחות במהלך הדיון תישאר זהותו חסויה ולא יפורסמו פרטיו. בית המשפט נימק זאת בטעמי פרטיות וניהול ההליך: יש להניח שכל התובעים בקבוצה אינם מעוניינים בפרסום שמם, ולכן חשיפת הפרטים תסכל את התביעה. חברי הקבוצה יוכלו להתנגד לייצוג או לצאת מהקבוצה בשלבים המתאימים של ההליך. ראו ת"צ (מחוזי מר') 16319-09-15 פלוני אלמוני נ' **Avid Life Media Inc.** (פורסם בנבו, 9.10.2016).

108 להרחבה ראו בירנהק **מרחב פרטי**, לעיל ה"ש 79, בעמ' 191 ואילך.

הזכות הקלאסית לפרטיות מגנה על האדם במצבים מסוימים. למשל, העוולות הנזיקיות המפורטות בפרק א לחוק הגנת הפרטיות שעוסקות בהטרדה פיזית של אדם, בצילום בנסיבות מסוימות, בהאזנת סתר, בעיון לא מורשה במכתב או בשימוש מסחרי בדמותו.¹⁰⁹ בסביבה טכנולוגית, הדגש הוא במידע שקשור לאדם (כמובן, ניתן להמשיג גם את מצבי הפרטיות הקלאסית כשליטה במידע, שמבוטא בצילום, בקול וכדומה). ואכן, חלק מהעוולות הנזיקיות של הפגיעה בפרטיות עוסקות במישרין במידע: הפרת חובת סודיות שנקבעה בדין או בהסכם, שימוש במידע שלא למטרה שלשמה נמסר ופרסום מידע אינטימי.¹¹⁰ מצבים אלה מסייעים לנו לפענח, במידת מה, מהו מידע שנהנה מהגנת הפרטיות. גם הדיון הקודם, בהצדקות הזכות לפרטיות, מסביר מדוע יש להגן על מידע פרטי של אדם: המידע משקף את הזהות והאישיות, הוא מאפשר לאדם לשלוט בגורלו (או לכל הפחות לנסות), ולכתוב את סיפור חייו בעצמו, ללא הכתבה והתערבות חיצוניים.

אולם החוק אינו מקל את מלאכתנו. חוק הגנת הפרטיות משתמש בביטוי "עניניו הפרטיים של אדם", מבלי להגדירו, ובקשר לפרסום מידע, החוק מתייחס ל"צנעת חייו האישיים של אדם" ומדגים: "לרבות עברו המיני, או למצב בריאותו, או להתנהגותו ברשות היחיד".¹¹¹ בצד ביטויים אלה, החוק מגדיר את המושג "מידע", בקשר להסדרה של מאגרי מידע (בפרק ב לחוק): "נתונים על אישיותו של אדם, מעמדו האישי, צנעת אישיותו, מצב בריאותו, מצבו הכלכלי, הכשרתו המקצועית, דעותיו ואמונותיו", ובצד זה, הגדרה צרה יותר של "מידע רגיש": "נתונים על אישיותו של אדם, צנעת אישיותו, מצבו הבריאותי, מצבו הכלכלי, דעותיו ואמונותיו".¹¹²

במילים אחרות, אמת המידה להפעלת ההסדרים השונים שבחוק (בקשר לעוולות הפרטיות ובקשר להסדר של מאגרי מידע) היא העניינים המנויים שם: מידע אינטימי, בריאותי, כלכלי, מידע על דעות ואמונות, ובאופן רחב יותר, "ענייניו הפרטיים של אדם". בתי המשפט התחבטו בפרשנות ביטוי אחרון זה, ונעו בין פרשנות מצמצמת למרחיבה.¹¹³ עמדה עדכנית רואה זאת "כביטוי מסגרת שאת תוכנו הקונקרטי בכל עניין ועניין יש לצקת בהתאם לנסיבות הדברים ולהקשרם".¹¹⁴ מכל מקום, פרשנות זו לא זלגה לפי שעה לסוגיה של פומביות ופרטיות של פסקי דין. בעניין זה, העוגן שיש בחוק, כפי שראינו, הוא הביטוי "פגיעה חמורה" שבסעיף 70(ד) לחוק בתי המשפט. לשם כך, ראינו שבתי המשפט הגדירו עניינים מסוימים כמצויים בליבת הזכות לפרטיות.¹¹⁵ לא למותר להזכיר את הגדרתו של

109 ס' 1)2–(6) לחוק הגנת הפרטיות.

110 ס' 2)7–(9)2–(11) לחוק הגנת הפרטיות.

111 ס' 2)11 לחוק הגנת הפרטיות.

112 ס' 7 לחוק הגנת הפרטיות.

113 ראו ע"א 439/88 רשם מאגרי המידע נ' נטורה, פ"ד מח(3) 808, 821 (השופט כן), 835 (השופט שטרסברג-כהן) (1994); בג"ץ 844/06 אוניברסיטת חיפה נ' עוז, פ"ד סב(4) 167, פס' 20 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (2008); רע"א 6902/06 צדיק נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ, פ"ד סג(1) 52–59 (2008); לדין, ראו גם בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 79, בעמ' 220–224.

114 ע"מ 9341/05 התנועה לחופש המידע נ' רשות החברות הממשלתית, פס' 23 לפסק דינה של השופטת ארביל (פורסם בנבו, 19.5.2009).

115 ראו לעיל, הטקסט ליד ה"ש 57–59.

השופט דנציגר, שלפיה עניינים אלה הם עניינים אינטימיים, משפחתיים ורפואיים.¹¹⁶ גם בפסיקה שעסקה בסוגיות פרטיות אחרות, הבחין בית המשפט העליון בליבה המוגנת של פרטיות, וממילא בשוליים שמוגנים פחות.¹¹⁷

המשותף ל"ענייניו הפרטיים של אדם", "מידע" ו"מידע רגיש", ולפרשנות הביטוי "פגיעה חמורה" בפרטיות, הוא שהן הגדרות מבוססות תוכן: החוק ובתי המשפט מנסים להגדיר סוגי מידע מסוימים כחשובים מספיק כדי שהזכות המשפטית תופעל. גישה דומה נקוטה גם במשפט האמריקני הפדרלי. סדרה של חוקים עוסקים בסוגי מידע מסוימים לפי תוכנם: כך למשל, חוק שמסדיר היבטי מידע גנטי, חוק שמסדיר היבטים של מידע רפואי, חוק שמסדיר מידע על השאלת סרטי וידאו – עד כדי כך החוק ספציפי.¹¹⁸ יש שם שני דברי חקיקה שמבוססים, האחד על זהותו של הגורם אוסף המידע – חוק שמסדיר איסוף מידע על ידי המדינה, והשני, שמבוסס על זהות מושאי המידע – ילדים.¹¹⁹ מידע שאינו מוסדר במפורש, אינו מוגן בדין הפדרלי.

הגישה האירופית אחרת. ההסדרה המפורטת שם של מידע אישי, הן בדירקטיבה הן ברגולציה החדשה, איננה מבוססת על תוכן אלא על זיהויו של אדם: כאשר מידע מזהה אדם, הדין מופעל, וחשוב מזה לצרכינו, גם כאשר הדין אינו מזהה את האדם במישרין, אבל ניתן לזהותו מתוך המידע (identifiability), יופעל הדין.¹²⁰

הגישה שמזהה את אינטרס הפרטיות הראוי להגנה לפי תוכן המידע ויוצרת "ליבה" מוגנת וממילא שוליים שבהם הפרטיות מוגנת פחות, מתאימה לסביבה אנלוגית, שבה כל נתון מידע עומד לבדו. אולם בסביבה דיגיטלית, קל לקשר בין פריטי מידע שונים, שכל אחד מהם כשלעצמו תמים ולא בהכרח מצוי בליבת הפרטיות. למשל, כאשר במקום אחד נמצא את שמו של אדם ומספר הזהות שלו ללא כל מידע נוסף (למשל, במרשם האוכלוסין שעותקיו הלא חוקיים דלפו לרשת), ובמקום אחר יפורטו נכסיו של אדם ללא ציון שמו אך עם מספר הזהות שלו – קל להצליב בין סוגי המידע ולזהות את האדם. כאשר מציינים נתון על מצב משפחתי במקום אחד, נתון על מצב כלכלי במקום אחר, נתון על דעה פוליטית בהקשר אחר, וכן הלאה – קל לחבר את פריטי המידע יחדיו. לפי גישה כזו, כמעט כל מידע, גם כזה שנראה במבט ראשון אנונימי ובלתי מזוהה, טומן בחובו את הפוטנציאל לזיהוי

116 ראו לעיל, טקסט ליד ה"ש 58.

117 ראו עניין פלוני [ע"א 8954/11], לעיל ה"ש 98, פס' 144 לפסק דינו של השופט סולברג (שבו נדון ספר שעלילתו כללה מידע אינטימי על התובעת). השופט סולברג הגדיר את ליבת הזכות לפרטיות: "מעגל החיים הפנימי" של אדם, להבדיל מ"מעגל החיים החיצוני", ומהתווך של "אזור הרמדומים" שביניהם.

118 ראו בהתאמה Genetic Information Nondiscrimination Act (GINA), Pub.L. No. 110-233, 122 Stat. 881 (2008); Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA) Pub.L. No. 104-191, 110 Stat. 1936 (1996); Video Privacy Protection Act, 18 U.S.C § 2710 (1988).

119 ראו Privacy Act of 1974, 5 U.S.C. § 552(a); Children's Online Privacy Protection Act (COPPA), 15 U.S.C. §§ 6501–6506 (1998).

120 הגדרת מידע אישי ברגולציה היא "[a]ny information relating to an identified or identifiable natural person ('data subject'); an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number [...]". ראו ס' 14(1) ל-GDPR.

האדם. זו אכן עמדת אנשי הטכנולוגיה: שאבד הכלח על האנונימיזציה.¹²¹ עמדה זו נקלטה גם בבית המשפט. במקרה שעסק בהדמיית פנים ביתו של אדם, אימץ השופט פוגלמן במפורש את אמת המידה של זיהויו של אדם כתנאי לקביעה שנפגעה פרטיותו של אדם: "מתי תמצי לומר כי מידע שפורסם אכן מאפשר לזהות אדם, כך שאמנם קמה פגיעה בפרטיותו? בתמצית, נראה כי התשובה היא כי לא תקום פגיעה בפרטיות מקום שבו דרישת ה'זיהוי' אינה מתקיימת, היינו: ככל שאדם סביר לא יכול לקשור בין המידע שפורסם לבין אדם ספציפי" [ההדגשה במקור].¹²² השופט עמד גם על האפשרות לבצע דה-אנונימיזציה של מידע, כלומר לקשר פריטי מידע נפרדים כדי לזהות אדם.¹²³ עמדה זו הובעה בקשר ל"פרטיות קלאסית", וראוי ליישמה גם בקשר לפרטיות במידע.

מהאמור עולה שזיהוי אינטרס הפרטיות הראוי להגנה אינו יכול עוד להתבסס על התוכן בלבד. "מידע רגיש", כהגדרתו בחוק, הוא בוודאי מידע שראוי להגנה. פסק הדין בעניין אליהו ותיקון חוק בתי המשפט שבא בעקבותיו, שקבעו ברירת מחדל של פרטיות בקשר לפרטיות של אדם בתביעות על נזקי גוף, משקפים גישה זו, והיא ראויה. אולם השינוי הטכנולוגי צריך להביא לשינוי פרשני ולהרחבה של מעגל המידע המוגן באופן שיחול גם במצבים שבהם מדובר במידע שבפני עצמו רגיש פחות, אך הוא מזהה את האדם או יכול לזהותו. לפי גישה זו, לכל נתון יש פוטנציאל להיות "בליבת" הפרטיות, ולכן כל פריט מידע מזהה ראוי להגנה. חשוב לשים לב: בשלב זה אני בוחן מהו מידע שראוי להגנה. אשר למידע כזה, אבחן בהמשך כיצד יש לנהוג אם וכאשר הוא מתנגש בעקרון הפומביות. פרשנות מרחיבה למידע המוגן מתאימה לקרבה הקיימת ממילא של הדין הישראלי לדין האירופי בתחום זה. העוגן הסטטוטורי לפרשנות זו נמצא, כפי שפסק השופט פוגלמן, בהדגשה "של אדם" בביטויים שבחוק ("ענייני הפרטיים של אדם"). כאמור, כך גם פירשו חלק מהשופטים את הביטוי "ענייני הפרטיים של אדם".¹²⁴ זו גם עמדתה של הרשות להגנת הפרטיות במשרד המשפטים, הגוף המקצועי בממשלה שאחראי לפרשנות פרק ב לחוק.¹²⁵ על רקע הבנה זו של "מידע פרטי", ניתן לבחון את המקרה הספציפי של מידע מזהה בכלל, ומידע של שמות בפרט, שמופיע בפסקי דין.

121 מחקר ידוע מצא שנתונים על מיקוד הדואר, תאריך הלידה והמין הספיקו לזהות 87% מאזרחי ארצות הברית. ראו Latanya Sweeney, *Foundations of Privacy Protection from a Computer Science Perspective*, in PROCEEDINGS, JOINT STATISTICAL MEETING, AAAS (2000).
 122 המשפטית של הביטול בפועל של האנונימיזציה ראו Paul Ohm, *Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization*, 57 UCLA L. REV. 1701 (2010).
 123 ראו ע"א 1697/11 א. גוטסמן אדריכלות בע"מ נ' ורדי, פס' 18 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 23.1.2013). ראו גם עניין פלוגית (קטינה), לעיל ה"ש 9, פס' 14 לפסק דינו של השופט פוגלמן.
 124 עניין גוטסמן אדריכלות, לעיל ה"ש 122, פס' 22 לפסק דינו של השופט פוגלמן.
 125 ראו במיוחד את עמדתה של השופטת שטרסברג-כהן בע"א 439/88 רשם מאגרי המידע נ' נטורה, פ"ד מח(3) 835, 808 (1994): "יש שכל פרט ופרט בפני עצמו לא יהווה 'ענינו הפרטי' של אדם, ואילו צירוף של מספר פרטים עם האינפורמציה המתקבלת מהם יהווה עניין כזה".
 126 ראו ס' 2.7 להנחית רשם מאגרי המידע 4/2012 "שימוש במצלמות אבטחה ומעקב ובמאגרי התמונות הנקלטות בהן" <http://bit.ly/2N9IzKD> (21.10.2012).

4. שמות בפסקי הדין

כעת אפשר להתמקד. השאלה לבירור היא היבט הפרטיות בשמות בפסקי דין: האם השמות הם מידע פרטי מוגן?

(א) משמעותו של שם

לשמו של אדם יש חשיבות רבה בעבורו בממד האישי-זהותני, ובמילותיה הנבונות של המשוררת זלדה מישקובסקי, "לכל איש יש שם שנתן לו אלוהים, ונתנו לו אביו ואימו". מוכרים בפסיקה סכסוכים אחדים שעסקו בדרך שבה המדינה מתערבת בשמות.¹²⁶ יש גם חוק מיוחד שמסדיר היבטים שונים של שמות.¹²⁷ אולם לא אלה המצבים שבהם מדובר כאן. אתמקד בחיפוש היומיומי של שמות במנועי החיפוש באינטרנט, ובתוצאות מן הפסיקה שחיפושים אלה מעלים. מהו אינטרס הפרטיות שמוגן בקשר לפרסום שמו של אדם שהיה מעורב, כבעל דין, כעד או בדרך אחרת, בהתדיינות משפטית?

שמנו הוא נתון פומבי למדי. הוא נמצא בידי המדינה ורשויותיה, בידי ספקי שירות פרטיים, הוא ידוע למכרינו, ורבים מפרסמים את שמם בעצמם בהקשרים מסוימים, למשל בחתימה על יצירות כמו ציור או ספר, וכיום באופן יומיומי ברשתות החברתיות, שחלקן, כמו פייסבוק, דורשות מהמשתמשים להשתמש רק בשמם האמיתי.¹²⁸ אם כך, מה פרטי בשמו של אדם?

התשובה נמצאת בפונקציה שהשם ממלא: שם הוא אמצעי לזיהוי של אדם בשני מובנים: האחד הוא אימות זהות (authentication): האם האדם הוא מי שהוא טוען שהוא? במצב זה נערכת השוואה של "אחד לאחד", של האדם מול ראייה אחרת. הראיה יכולה להיות נתון שהופק למעננו על ידי גורם אחר, כמו מספר הזהות שלנו שנקבע על ידי המדינה, תעודה אמינה שהונפקה על ידי צד אחר, מידע שידוע רק לאדם, כמו סיסמה, או נתון ביומטרי ייחודי. המצב השני הוא איתורו של אדם אחד מתוך קבוצה (identification). במצב זה נערכת השוואה של "אחד לרבים", של האדם מול זיכרון אנושי או מול מאגר מידע.

אנו מתאימים את מצב הזיהוי (אימות או איתור) ואת אמצעי הזיהוי, לנסיבות. ככל שהנסיבות מורכבות יותר, ויש להן משמעות כלכלית או אישית חזקה יותר, נקוט אמצעי זיהוי מורכבים יותר. כדי למשוך כסף מכספומט אנחנו מזדהים (במובן של אימות זהות), באמצעות משהו שאנחנו מחזיקים (כרטיס) בשילוב משהו שאנחנו יודעים (סיסמה). כדי לבצע פעולה בנקאית מול פקיד, אנחנו מזדהים באמצעות תעודת זהות, והפקיד משווה את נתוני התעודה (התמונה) לקלסטר פנינו, ובאופן מקוון לנתוני מרשם האוכלוסין, בדיקה שנועדה לוודא שהתעודה אמינה. כדי לצאת מהארץ, אנחנו מזדהים באמצעות תעודה מיוחדת (דרכון), ובזיהוי אנושי אצל פקיד משטרת הגבולות או באמצעי זיהוי ביומטרי. לעומת זאת, כדי לרכוש מוצר בחנות, בדרך כלל אין צורך בזיהוי בכלל.

126 ראו למשל בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749 (1993).

127 חוק השמות, התשט"ז-1956.

128 ראו ס' 4 לתנאי השימוש של פייסבוק, זמין בכתובת <http://bit.ly/2Lf5q5R>.

מכל האמצעים לזיהוי, השם הוא אמצעי פשוט, זול ומקובל. באמצעות השם אנו מזדהים במקומות שונים שבהם אנחנו מבקשים שירות – פרטי או ציבורי, החל בכריזת שמנו בבית הקפה לשם איסוף ההזמנה (ואין הכרח למסור שם אמיתי), וכלה בקבלת שירות רפואי בבית חולים. שמנו מתועד במרשם האוכלוסין ומשמש את המדינה. השם הוא אמצעי נוח, משום שאיננו שוכחים את שמנו ואיננו מאבדים אותו, בשונה מכרטיסים או תעודות; הוא זול משום שאינו כרוך במערכת טכנולוגית כמו מערכות ביומטריות, והוא מקובל מימים ימימה, ולפיכך השימוש בשם כאמצעי זיהוי איננו מאתגר נורמות חברתיות, בשונה למשל מכניסתה של טכנולוגיה ביומטרית לחיינו.¹²⁹ ההסתכלות הזו בשם מעלה שהוא ממלא תפקיד, כלומר השם הוא פונקציונלי.

השם נושא מידע נוסף. הוא עשוי להעיד על מינו של אדם (אם כי יש שמות רבים שמשמשים גם לנשים וגם לגברים), הוא עשוי לרמוז למוצא עדתי (למשל, השמות שמחה או יונה היו נפוצים בעבר כשמות של גברים אשכנזים או של נשים ממוצא ספרדי), לדת (למשל, השם הנפוץ בישראל הוא מוחמד), ומי שרגישים במיוחד לפן הסוציולוגי של שמות, עשויים לקרוא בשמות רמזים למידע על עמדה פוליטית של נותן השם, או מידע אחר.¹³⁰

כאן, ענייננו הוא בשימוש בשם כמפתח לזיהוי של אדם. אלעד אורג הציע להכיר ב"זכות לזהות מידע", שהיא "החיבור בין אדם לבין המידע המתאר אותו".¹³¹ אורג התמקד במצבים שבהם גורם אחר מנתק את הקשר בין האדם למידע, וכך פוגע בזכותו לזהותו המידעית, למשל במצב של התחזות, סילוף או מחיקת מידע ודונית. כאן, בסוגיה של חשיפה מקוונת של פסקי דין, מדובר במצב ההפוך: זכותו של אדם לדרוש את הניתוק הזה.¹³² הדרישה נובעת מהזכות לפרטיות, ואני סבור שאין צורך לשם כך בהכרה בזכות נוספת. כאשר אנו מחפשים את שמו של אדם ברשת, אנו מבקשים להגיע למידע על אודותיו. השם מקשר אותנו למידע האחר. חיפושי שם ברשת נפוצים מאוד. מעסיקים מחפשים ברשת את המועמדים לפני ריאיון עבודה, גברים ונשים מחפשים ברשת את שמם של בני ובנות הזוג עוד לפני הפגישה הראשונה. אחרים מחפשים ברשת אנשים שפגשו בנסיבות מקצועיות. אנשים מחפשים את שמם בעצמם, במה שבעבר נחשב ל"חיפוש יהיר",¹³³ וכיום

129 לפי חוק הכללת אמצעי זיהוי ביומטריים ונתוני זיהוי ביומטריים במסמכי זיהוי ובמאגר מידע, התש"ע-2009, בתעודות זהות ובדרכונים יוטמעו מאפיינים ביומטריים ויוקם מאגר ביומטרי עצום בהיקפו. החוק לווה בביקורת ציבורית רבה. לדיון ראו אבי מרציאנו "עיון ביקורתי בפרויקט הביומטריה הישראלי" תיאוריה וביקורת 41, 46 (2016).

130 למשמעות של שמות בכלל ובהקשר המשפט ראו נילי כהן "שם, זיכרון, משפט" תרבות, זיכרון והיסטוריה 27 (מאיר חזן ואורי כהן עורכים, 2012).

131 ראו אלעד אורג "זכות לזהות מידע" עיוני משפט לג 423, 429 (2010). ובניסוח אחר, "הזכות לזהות מידע היא זכותו של אדם לקיום זהות המידע שלו [...] זוהי למעשה זכותו לתקינותם של מנגנוני המידע המאפשרים לזהותו להתקיים בתודעת הזולת" (שם, בעמ' 437).

132 אורג הטריס ורמז למצב כזה, והעיר כי חשיפה כפויה של מידע על אדם אינה מבטאת את הזכות לזהות מידע, אלא פוגעת בפרטיות ובאנונימיות (ראו שם, בעמ' 437-438).

133 ראו למשל Mary Madden & Aaron Smith, *Reputation Management and Social Media* (Pew research Center, 2010), <https://pewrsr.ch/2o3oifb> (הדוח אינו משתמש במונח "חיפוש יהיר").

הוא עניין של "ניהול רושם", כמונחו הקולע של הסוציולוג ארווינג גופמן, שהטרים את העידן האינטרנטי.¹³⁴ כך, כולם מחפשים את כולם. לא כל חיפוש מניב תוצאות דומות באיכותן. מי שיש להם שם נפוץ, למשל "נועם כהן" או "תמר לוי",¹³⁵ נהנים מריבוי האנשים שנושאים שם דומה, שמקשה לשייך פריטי מידע מסוימים לאותו אדם רק על בסיס שמו. מי שיש להם שם זהה לשמו של אדם מפורסם, נהנים מערפל המידע הזה, למשל נער ששמו "בר רפאלי".¹³⁶ בכל שאר המקרים, השם הוא מפתח מרכזי לזיהוי ולקישור של מידע.

(ב) האם שם הוא פרטי?

אם כך, האם כאשר אדם אחר מחפש את שמנו ברשת, נפגעת זכותנו לפרטיות? לפי הטקסונומיה של סולוב, ניתן לומר שמדובר במצב של זיהוי (B4 בסיווג שלו), והגברת גישה (C11),¹³⁷ אולם כאמור אין אצלו הסבר נורמטיבי אם יש בכך בעייתיות. לשיטת ניסנבאום, כניסתה של המערכת הטכנולוגית-חברתית של מנועי חיפוש ברשת לחיינו שינתה את כללי זרימת המידע: מידע שהיה נגיש פחות בסביבה האנלוגית, הוא כעת נגיש בהרבה, ובמקום לאתר מידע לפי נושא, כפי שנקבע במפתח עניינים, או לפי מספר תיק, אפשר לחפש מידע בפסקי דין באמצעות שם. השינוי הזה אכן מניע את הדיון כולו. אולם גם אצלה, אין הנחיה נורמטיבית אם השינוי הזה מועיל או מזיק, אם הוא פוגע בפרטיות בצורה בעייתית אם לאו. אם כך, נפנה להצדקות הזכות.

לפי העמדה של פרטיות כשליטה, כאשר אדם מוסר מידע לאחר, ועושה זאת באופן מודע ומרצון חופשי (כלומר, בדרך של הסכמה מדעת), יש להפקיד בידי האדם את השליטה במידע שעל אודותיו.¹³⁸ כאשר אדם יוזם הליך משפטי, הוא מוסר מידע שנדרש ממנו לפי סדר הדין האזרחי לשם ניהול ההליך המשפטי.¹³⁹ מסירת הפרטים לצורך ניהול ההליך היא הסכמה מדעת למסור מידע למעגל מסוים של ההליך המשפטי לשם ניהול ההליך. מערכת בתי המשפט אינה מבקשת רשות להשתמש במידע למטרות אחרות.

האם ניתן לומר שניהול ההליך כולל בחובו מטרה נוספת, כללית, של פומביות, וכך כאשר אדם יוזם תביעה, הוא מסכים מכללא להפצת שמו גם למעגלים נוספים? במבט ראשון, זו פרשנות אפשרית וסבירה, אולם אני סבור שהיא אינה מתאימה לכל מצב. לפי פרשנות כזו, נאמר שמתדיינים יודעים או צריכים לדעת, בין מניסיונם ומידיעתם ובין

134 ארווינג גופמן הצגת האני בחיי היומיום (שלמה גונן מתרגם, 1989).

135 כהן ולוי הם שמות המשפחה הנפוצים בקרב יהודים בישראל. ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "שמות משפחה בישראל 2016" (2017) <http://bit.ly/2BunAAW>. נועם ותמר הם מהשמות הנפוצים לבנים ולבנות יהודיים בישראל. ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "השמות הפרטים שניתנו לילידי 2016" (2018) <http://bit.ly/2nVyFRZ>.

136 ראו רן בוקר "גם לי קוראים ברפאלי" – Ynet – ידיעות אחרונות (13.5.2016) <http://bit.ly/2Pq4hf3>.

137 ראו SOLOVE, UNDERSTANDING PRIVACY, לעיל ה"ש 89.

138 מלומד אמריקני הגדיר את המידע במקרה הזה "Disclosural Privacy", כלומר זכותו של אדם להחליט למי יגלה מידע על אודותיו. ראו Hubener, לעיל ה"ש 29.

139 ראו תק' 7א(ב), 9(2) ו-9(3) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. בית המשפט העליון פסל את האפשרות לתבוע אדם שזהותו אינה ידועה כלל. ראו רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשירותי בוק בינלאומיים בע"מ, פ"ד סג(3) 664 (2010).

בעקבות ייעוץ משפטי שהם מקבלים, שדיונים מתנהלים ברגיל בדלתיים פתוחות. נאמר שהם יודעים שאנשים מן הציבור יכולים להיכנס לאולם הדיונים, לצפות ולהאזין ושהם יודעים שעיתונאים עשויים לדווח. מי שבקיאם יותר, יודעים גם שפסקי הדין מתפרסמים. כיום אנחנו נמצאים ברגע של שינוי: היקף הפרסום ונגישותו משתנים במידה ניכרת, בשל החשיפה המקוונת ואפשרות החיפוש. תקופת המעבר הזו מהירה, וחותרת תחת הפרשנות של הסכמה מכללא.

בארצות הברית מופעל מבחן משפטי שפותח בפסיקה, שנועד לסייע לזהות אינטרס פרטיות, והוא מבחן הציפיות הסבירות.¹⁴⁰ כאשר יש לאדם ציפייה (סובייקטיבית) לפרטיות, וציפייה זו סבירה (אובייקטיבית), נאמר שיש אינטרס פרטיות ראוי להגנה. שם, הסבירות נבחנת כעניין מצוי – מה הציבור יודע – ולא בהכרח לפי מבחן נורמטיבי. מצב של שינוי טכנולוגי-חברתי מאתגר את המבחן: כל עוד הציבור אינו מכיר את החשיפה המקוונת, הוא עשוי לחשוב שהמידע פרטי, כלומר שהמידע שנמסר ישמש לניהול ההליך המשפטי המסוים בלבד. בהתאם, לפי מבחן זה נאמר שכיום, לאדם שיוזם תביעה יש ציפייה לפרטיות, כלומר ששמו לא יתפרסם ברשת כתוצאה אגב של ניהול ההליך משפטי, אולם נאמר עוד שניתן לשנות את הסבירות של הציפייה הזו, למשל על ידי מסע פרסום אינטנסיבי. שינוי הציפייה באופן יזום יביא לידי כך שגם אם לאדם יש ציפייה סובייקטיבית לפרטיות בקשר לפרסום מקוון של פסקי דין שבהם אוזכר, הרי ציפייה כזו לא תיחשב עוד לסבירה, ולא תזכה להגנה משפטית.

המבחן האמריקני לא נקלט בדין הישראלי למעט הערות אגב בלתי מחייבות, וטוב שכך.¹⁴¹ לפי גישת הפרטיות כשליטה, שמשקפת את הלך הרוח של המשפט הישראלי, ניתן לומר שהשינוי הטכנולוגי של הנגשת פסקי הדין, באופן שמאפשר חיפוש שמי וכך קישור בין הליכים משפטיים לבין מידע אחר על אדם, פוגע בשליטתו הראשונית של אדם במידע על אודותיו. ניתן לצמצם את הפגיעה בדרך של הסכמה מדעת: תובע צריך לדעת שנקיטת ההליך תהיה כרוכה בדרך כלל בפומביות של ההליך ושל שמו, אלא אם כן מתקיים חריג. כאשר התובע מכיר את האפשרויות, הרי נקיטת ההליך תיחשב להסכמה. אם תהיה ידיעה ציבורית רחבה על היכולת לאתר פסקי דין ברשת לפי חיפוש שמי, יהיה מקום לשאול אם בנקיטת ההליך מדובר בהסכמה מכללא לפרסום השם ולאיתורו במנועי חיפוש.

המסקנה שאחרי יידוע מתאים נוכל לומר שאדם הסכים בהתנהגותו לנגישות המקוונת של המידע, מסייעת לכאורה להתגבר על הקושי. לכאורה, די במידע שיימסר לתובע על ידי בית המשפט או על ידי עורכת הדין שלו. אולם למסקנה כזו יש גם תוצאות לא רצויות, קל וחומר במקרי הסקת הסכמה מכללא. למשל, לעיתים אין מנוס אלא לתבוע כדי לממש זכויות שנפגעו. לעיתים התובע אינו מבין את משמעות החשיפה המקוונת ואין לו כלים להעריך אותה. במצבים כאלה, גם אם ידע, הסכמתו איננה חופשית. מצד שני, מי שמבין את המשמעויות, והממון בכיסו, יפנה לאפיקים חוץ-שיפוטיים לבירור הסכסוך. לאפיקים אלה,

140 ראו Katz v. United States, 389 U.S. 347, 361 (1967).

141 ראו עניין גוטסמן אדריכלות, לעיל ה"ש 122, פס' 16 לפסק דינו של השופט פוגלמן. לביקורת על המבחן ראו בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 79, בעמ' 197; ע"מ 2975/15 הוצאת עיתון 'הארץ' נ' משרד החוץ, פס' 49 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 6.6.2016).

כגון בוררות, גישור או פישור, יש יתרונות מערכתיים שונים, אבל הם מתנהלים בדרך כלל בתנאים של פומביות פחותה ועד כדי סודיות מלאה.¹⁴² בית המשפט אישר וחיזק את העמדה ש"בוררות מתנהלת בצנעה, בחדרי חדרים", וכי נקודת המוצא ביחס לבוררות היא של פרטיות.¹⁴³ בהתאם, לא בקלות יוכל צד חיצוני שלא היה חלק מהליך הבוררות, לעיין במסמכים שהוצגו במסגרתה.¹⁴⁴ אם הדין ינתב את החזקים והעשירים לאפיק פרטי-סודי, ואת כל השאר לאפיק פומבי, יש לכך השלכה חלוקתית לא רצויה על הנגישות לערכאות. להסקת הסכמה מכללא לפרסום פומבי של פרטי תביעה וזהות התובע, מהגשתה של תביעה, יש עוד השלכה אפשרית בעייתית: אפקט מצנן על הגישה לערכאות. תובעים עשויים להימנע מלתבוע לא מסיבות הקשורות לסיכוייהם לזכות, אלא בשל החשיפה המוגברת הצפויה.¹⁴⁵ כך למשל, חשבו על עובד שמתלבט אם לתבוע את מעסיקו בגין הפרה ברורה של זכות שנתונה לו ביחסי העבודה. העובד זכאי לסעד. בהתלבטות אם לתבוע, בוודאי ישקול את סיכויי הזכייה, עלות התביעה וכדומה. כעת, יצטרך לשקול גם את הפומביות. העובד המעורבן יבין שפסק הדין שיתקבל בעניינו יהיה נגיש ברשת. בין היתר, יניח העובד שמעסיקים עתידיים יחפשו את שמו ברשת, ושהם עשויים להיתקל בפסק הדין. העובדה שהעובד בדוגמה זו צפוי לזכות בתביעתו, אינה מעלה ואינה מורידה. מעסיקים עשויים לראות בו "עושה צרות". העובד עשוי להימנע מלתבוע רק מטעם זה. מקרה נוסף של אפקט מצנן הוא תביעות שכרוכות בלשון הרע או תביעות על הפרת פרטיות: חשיפת שם התובע רק תגביר את התפוצה של הפרסומים שבענינו הם פוגעניים, ושהוא מבקש למנוע את הפצתם.¹⁴⁶

כמובן, מעבר לכל זה, יש מי שנקלעים להליך משפטי בעל כורחם: נתבעים, עדים או אנשים אחרים ששמו משתרבב להליכים. להם אין כל שליטה בהליך. איש אינו מבקש את הסכמתם להיכלל בו. מעמדם המשפטי ממילא אינו מזכה אותם בכוח בכל הנוגע לפן המידעי של ההליך המשפטי, אלא בנסיבות מסוימות, למשל כאשר מדובר בקטינים, שאז החוק מגביל את אפשרויות הפרסום, או בנסיבות אחרות שמנויות בסעיף 70(ד) לחוק בתי המשפט. השינוי הניכר בנגישות למידע על אודותיהם, בעקבות האפשרות של חיפוש שמי בפסיקה, פוגע בשליטתם ולכן בפרטיותם. כך, אף שניתן להבטיח את השליטה של תובעים בהליכים משפטיים בדרך של יידוע מקדים על החשיפה המקוונת, במצבים רבים בכל זאת הידיעה לא תשקף הסכמה מדעת בשל היעדר מידע מספיק, אי-הבנה או חוסר רצון חופשי. קל וחומר כאשר מדובר בנתבעים ובעדים שנקלעים למשפט. בדרך כלל עדים ואנשים אחרים נזכרים בפרוטוקול בלבד, ולא בפסק הדין. אם הם בכל זאת נזכרים, עומד לרשותם

142 ראו סמדר אוטולנגי בוררות: דין ונוהל כך, א, 671–677 (מהדורה רביעית, 2005).

143 רע"א 4781/12 י.מ. עיני קונדיטוריה בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פס' 21 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 6.3.2013).

144 שם, פס' 28 לפסק דינו של השופט דנציגר.

145 לדיון במצב זה, ראו שוטן-גושן ולידרור, לעיל ה"ש 8. המחברים מציעים שעובדים יוכלו לנהל תביעות נגד מעסיקים תוך שמירה על אנונימיות בשלב פרסום ההחלטות ופסק הדין.

146 בית המשפט העליון של קנדה התחשב בשיקול זה, והתיר לנערה לתבוע תוך שימוש בכינוי בלבד, בתביעה לחשיפת שמו של גולש אנונימי שנהג כלפיה בבירונות רשת. ראו A.B. v. Bragg Communications Inc., [2012] 2 S.C.R. 567.

סעד דרך בקשה לפי סעיף 70(ד) הנ"ל, אולם הואיל והם אינם יודעים מראש אם שמם יוזכר בפסק הדין, נוצר קושי במימוש זכות זו.

אם כך, הפרטיות שדרושה בהקשר של חיפוש אינטרנטי של שמות באופן שמניב תוצאות מן הפסיקה איננה טמונה בשם עצמו. הפרטיות טמונה בפונקציה המקשרת של השם: בין אדם לבין מידע על אודותיו. תכונה זו מכונה בעולם המחשוב בשם קישוריות (linkability).¹⁴⁷ הקישוריות פוגעת בגישה אל האדם ופוגעת בשליטה של האדם במידע שעל אודותיו. יצירת הקישור בין השם למידע השיפוטי היא הפגיעה בפרטיות. היא באה בגדר "ענייני הפרטיים של אדם", משום שהיא מזהה אותו ברוח ההבנה הדיגיטלית של מידע. נוסף על כך, הפונקציה המקשרת של השם יוצרת אפקט מצנן על הגישה לערכאות, ואפקט זה אינו נחוזה באופן שוויוני על ידי הכול. העשירים יפנו למערכות פרטיות-סודיות, ואילו השאר יישארו בלית ברירה במערכת הציבורית, הפומבית. במובן הזה, הפרטיות היא אמצעי שמסייע לממש את זכות הגישה לערכאות ולשמור על השוויון בקשר לגישה לערכאות. מנגד, פרסום השם עלול להרתיע את מי ששוקל לנצל לרעה את ההליכים.

ג. פומביות

הפומביות היא עקרון יסודי בשיטת המשפט והמשל הדמוקרטי. בתי המשפט וחוקרים מהללים אותה, אף שהם מציינים כי הפומביות אינה מוחלטת.¹⁴⁸ ראינו שחוק-יסוד: השפיטה וחוק בתי המשפט קובעים את עקרון הפומביות בנוגע לדיוני בתי המשפט, אם כי הם מסייגים אותם במצבים מסוימים, הן בסגירת דלתיים הן באיסורי פרסום של דיונים ופסקי הדין. מה טיבו של העיקרון? מה הוא נועד להשיג? העיסוק השיפוטי והמחקרי בעקרון הפומביות מצומצם למדי. אנו מוצאים הערות בפסיקה שמצביעות על מטרות אחדות של הפומביות. היא נתפסת במידה רבה כאמצעי להבטחת בקרה על ההליך השיפוטי, הליך הוגן לצדדים ושוויון, וכל אלה נועדו לסייע בהגברת האמון בבתי המשפט. חלק זה יבחן מקרוב את הפומביות. אפתח בהצגת התכליות שהפומביות נועדה להשיג ואמשיך בתוצאות אגב שלה. היישום של עקרון הפומביות בסוגיה של שמות בפסקי הדין יובא במהלך הדברים, לפי העניין: עלינו לשאול איזה מידע דרוש לשם מימוש כל אחת מהתכליות של עקרון הפומביות, בממד של היקף המידע ובממד הזמן.¹⁴⁹ אעיר כי אני

147 ראו למשל דיון מוקדם במושג אצל Manuela Veloso & Jim Blythe, *Linkability: Examining Causal Link Commitments in Partial-Order Planning*, in PROCEEDINGS AIPS 170 (1994).

148 ראו למשל בש"פ 2484/05 פרי נ' מדינת ישראל, פס' 4 להחלטתה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 18.7.2005). בהקשר האזרחי ראו למשל עניין הוצאת עיתון הארץ, לעיל ה"ש 42, פס' 32 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר; עניין יהל, לעיל ה"ש 44, פס' 12 לפסק דינו של השופט דניצגר ("עקרון פומביות הדיון הוא בעל 'מעמד-על' בראי החקיקה והפסיקה"); עניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 25, בפס' 17 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. עוד לפני 50 שנה, כתב אחד מעורכי כתב העת הפרקליט כי עקרון הפומביות "הפך להיות נכסי צאן ברזל במערכת המשפט שלנו". ראו א. פ. "מענייני השעה – פומביות המשפט" הפרקליט כג 137 (1967).

149 מוסקוביץ, לעיל ה"ש 27, בעמ' 445, עמד על כך עוד בשנת 1988, והעיר כי פרסום מידי בעיתונות הוא חלק אינטגרלי מפומביות הדיון, בשונה מפרסום לטווח ארוך. גם הצעות החוק הפרטיות שנדונו בקשר

מתמקד בפסקי הדין, ולא בהיבטים אחרים של התיק המשפטי שאינם מתפרסמים בדרך כלל, והנגישות אליהם מעוררת שאלות נוספות.¹⁵⁰

1. תכלית

לפומביות יש ערך דמוקרטי בעיקר במה שהיא מסמלת. משפטים סודיים נתפסים בתרבות הפופולרית ובתרבות המשפטית כסימן למשטרים אפלים: זה המשפט הקפקאי; אלה המשפטים הסודיים בברית המועצות. לעומתם, משפטים פומביים הם סימן היכר לשיפוט במדינה דמוקרטית ולשלטון החוק. עם זאת ראינו שבמצבים רבים הדלתיים נסגרות כדי לשמור על זכויות ואינטרסים אחרים.

מלבד המטרה הדמוקרטית של הפומביות, את ההערות בפסיקה ובספרות בדבר תכליתה של הפומביות ניתן לקבץ לכמה הצדקות מצטברות. הצדקה אחת מביטה פנימה, לתוך המערכת השיפוטית; הצדקה שנייה מכוונת כלפי משתמשי המשפט הישירים, כלומר הצדדים להליכים, והצדקה שלישית מכוונת לציבור בכללותו. ההצדקות כרוכות זו בזו ואינן סותרות האחת את רעותה. במקרים אחדים בתי המשפט לא הפרידו ביניהן, או שתארו את התכליות בצורה אחרת במקצת.¹⁵¹ ההפרדה כאן היא דידקטית ונועדה לסייע לנו להבין טוב יותר את העיקרון, כדי שנוכל לבחון את סוגיית הפומביות בהקשר פרסום שמות בפסקי הדין. במידה רבה, כל ההצדקות מצטרפות יחדיו לטענה שהפומביות היא אמצעי להגברת האמון הציבורי בבית המשפט, אמון שבתורו מקנה לגיטימציה פוליטית לפעולתם.¹⁵² לצורך הדיון אבחין בין התכליות לפי היעד המרכזי שלהן: בתי המשפט, הצדדים, הליך, הציבור בכללותו.

(א) בית המשפט: בקרה

במישור הפנים-מערכתי, הפומביות מזכירה לשופטים כי הם פועלים תחת עינם הפקוחה של הצדדים ושל הציבור. בלשון בית המשפט: "עינינו המבקרת של הציבור היא אמצעי העשוי, כשלעצמו, לבטל כל אפשרות של שפיטה מתוך משוא פנים ודעה קודמת"¹⁵³, ובלשונו

לאיסור שמות בפסקי הדין הזכירו את ממד הזמן, למשל בקשר להליכים פליליים. ראו הצ"ח של ח"כ סלומינסקי, לעיל ה"ש 72.

150 ראו למשל תקנות העיון בתיקים, לעיל ה"ש 25. משום כך, ההתמקדות היא בצדדים הישירים להליך, ופחות בעדים ובאנשים אחרים שנקלעו לסכסוך לא להם. על כן אינני דן כאן בתכליות נוספות אפשריות של הפומביות, למשל השפעתה על אמירת אמת בבית המשפט, שקיפות וכדומה.

151 בית המשפט העליון תיאר את התכליות של הפומביות כשלושה רציונאלים שלובים: זכות הציבור לדעת (כאן – המישור השלישי), ערובה לאיכות ההחלטה (כאן – המישור הראשון, ושאותו אני מציג בצורה רחבה יותר, לא רק בקשר לפסק הדין אלא בכלל, בקשר לדיון), ושקיפות שמביאה לחיזוק אמון הציבור בבתי המשפט. ראו למשל עניין אליהו חברה לביטוח, לעיל ה"ש 14, פס' 8, ובדומה, עניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 25, פס' 18 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) ביניש.

152 גם במדינות אחרות ששיטתן היא המשפט המקובל, נתפס עקרון הפומביות כעקרון יסוד חוקתי, שנועד לקדם את שלטון החוק ותכליות דמוקרטיות שונות. ראו למשל בקשר לאוסטרליה וקנדה Emma Cunliffe, *Open Justice: Concepts and Judicial Approaches*, 40 FED. L. REV. 385 (2012).

153 ע"פ 11793/05 חברה החדשות הישראלית בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' 14 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 5.6.2006), תוך ציטוט מע"פ 152/51 טריפוס נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל,

של השופט מישאל חשין: "בעשותו במלאכת השיפוט, לעולם יראה עצמו שופט כמו יושב הוא בבית זכוכית או בחלון ראווה הנשקף אל הרחוב; כל עובר-ישוב רשאי להתבונן בו, לבחון אותו ולבקר אותו".¹⁵⁴ כאשר הדלתיים פתוחות, כל אדם יכול להיות נוכח באולם. החריגים בחוק מצומצמים: מותר לשופט להרחיק קטין מהאולם או את מי שנוכחותו עלולה להרתיע עדים (סעיף 69 לחוק בתי המשפט), ואין לו סמכות לדרוש מאדם שנוכח באולם להזדהות.¹⁵⁵ כדי להדגיש את הרעיון הזה, בבית המשפט העליון (לפחות) הכניסה לבניין בית המשפט כרוכה בבדיקה בלבד, אולם אורח אינו נדרש להציג תעודה מזהה.

אמנם שופטים אמורים להצטיין במזג שיפוטי וכיבוד הדעת, אולם עובדת היותם חשופים לכול ביושבם בדין היא תזכורת מוחשית חשובה להם עצמם. זהו היפוכו של המבט הפן-אופטי.¹⁵⁶ במקום הממסד שצופה ביחידים, המבט הוא של האזרחים בממסד. הפומביות מזכירה לשופט כי באולם עשויים להיות עיתונאים, בלוגרים או אחרים, וכי עליה להקפיד להימנע מלהעיר הערות לא ראויות ומהתנהגות לא נאותה בכלל. הפומביות יוצרת שקיפות, לפחות של הנעשה באולם, ובהמשך בפסקי הדין. כמובן, לשופט יש תמריץ חזק מלכתחילה לפסוק בצורה טובה ככל האפשר: זה תפקידה וחובתה. יש לה גם תמריץ לכתוב פסקי דין שישכנעו כמה מעגלי ההתייחסות: את הצדדים המתדיינים, ציבור עורכי הדין, עמיתיה השופטים, מי שיכולים להשפיע על קידומה, כמו גם התקשורת, האקדמיה ואחרים.¹⁵⁷ אולם העובדה שפסק הדין יתפרסם ברבים היא תמריץ נוסף להקפיד, לדייק, לשמור על ענייניות ומקצועיות גם בפסק הדין.

האם תכלית זו של הפומביות, כאמצעי בקרה פנימי, מחייבת את פרסום שמות הצדדים בפסקי הדין? הפומביות כבקרה נועדה לגרום לשופטים להפנים, כמו במצב הפן-אופטי, את היותם חשופים, ולהתנהג בהתאם. פסק דין פומבי, בין שהוא כולל את שמם המלא של הצדדים ובין לאו, אמור להשיג את המטרה הזו. לכך יש להוסיף את ממד הזמן. הבקרה על בתי המשפט מתקיימת בזמן אמת, כלומר בעת הדיון ופרסום פסק הדין או סמוך לאחר מכן. פרסום השמות לאורך זמן, בעבר בפרסומים בדפוס וכיום ברשת, הוא במידה רבה נצחי. החשיפה המקוונת של הצדדים אינה קשורה לתכלית הזו של עקרון הפומביות ואינה משיגה אותה.

פ"ד (1) 17, 23 (1952). ראו גם עניין יהל, לעיל ה"ש 44, פס' 12 לפסק דינו של השופט דנציגר ("באמצעותו [של עקרון הפומביות] ניתנת לאזרחים אפשרות להיחשף לנעשה באולם בית המשפט, בזמן אמת ובדיעבד, וכן לזהות את הצדדים להליכים ואת השופט היושב בדין. כך מובטחת שקיפות ההליכים השיפוטיים, ומתאפשרים פיקוח ובקרה ציבורית על הנעשה בהם").

154 רע"פ 5877/99 יאנוס נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(2) 97, 110 (2004).

155 נציב תלונות הציבור על שופטים מצא כי דרישתה של שופטת מאדם שהיה באולם הדיונים להזדהות, לא הייתה מוצדקת. הנציב נימק שדרישה להזדהות פוגעת הן בעקרון הפומביות הן בפרטיות האדם. ראו החלטה 205/16 של נציב תלונות הציבור על שופטים "על פומביות הדיון וזכותו של אדם לפרטיות ולאנונימיות (21.6.2016) <http://bit.ly/2MqTiEj>.

156 ראו לעיל ה"ש 97.

157 על הגורמים שמניעים שופטים ראו למשל Lee Epstein & Jack Knight, *Reconsidering Judicial Preferences*, 16 ANNU. REV. POLIT. SCI. 11 (2013).

(ב) הצדדים: הליך הוגן ושוויון

במישור הצדדים להתדיינות הספציפית, הפומביות נועדה להבטיח הליך הוגן ונאות (due process).¹⁵⁸ הפומביות משרתת מסר לצדדים עצמם: הם יודעים שהשופט חשוף לביקורת על התנהלותו באולם הדיונים ובפסק הדין. הם יודעים שהשופט אינו יכול להתייחס אליהם בצורה פוגענית, משום שהוא נתון לא רק לבקרה המיידית שלהם בדרך של בקשת פסלות, אלא לבקרה הציבורית בכלל. הפומביות היא אמצעי נוסף שמבטיח לצדדים שיזכו להליך ענייני. כל זה חל גם על פסק הדין: הצדדים יודעים שפרסום פסק הדין מחזק את התמריצים של השופט לכתוב פסק דין מנומק וענייני. פרסום פסק הדין מאפשר גם בסיס לערעור: בלי לדעת מה נפסק, אי-אפשר לאתגר.¹⁵⁹

גם מטרה זו של עקרון הפומביות אינה מחייבת את פרסום שמות הצדדים להתדיינות. פסק הדין הפומבי יעיד על השופט, ולכן יש לשופט די תמריצים, נוסף כמובן על חובתו שלפי חוק, לכתוב פסק דין ראוי. החשוב כאן הוא עצם פרסום ההחלטה או פסק הדין, ולא זיהוי הצדדים המסוימים. גם אם פסק הדין יתפרסם ללא שמות הצדדים, איש אינו מונע מהם לפרסם את פסק הדין בעצמם ובכלל זה לקשר אותו אליהם, למשל כדי להראות את צדקת דרכם לגורמים אחרים או לציבור כולו. גם כאן, ממד הזמן מסייע לנו לראות כי המטרה המיידית של הבטחת הליך הוגן היא בזמן אמת, ואילו פרסום השמות לנצח אינו נחוץ למימוש תכלית זו.

לנגישות לשמות מי שמעורבים בהתדיינות יש חשיבות נוספת, והיא בקרה על השוויון ביחס השיפוטי. תכלית זו היא המשכה של התכלית בדבר הליך הוגן, ומרחיבה אותה. במקרים מסוימים, שמות עשויים לרמוז במידת קירוב גבוהה (אך בוודאי לא מלאה) למין, ללאום או למוצא אתני. האם שופטת מתייחסת למתדיינים יהודים וערבים בצורה דומה?¹⁶⁰ האם שופט מתייחס לנשים ולגברים בצורה שוויונית? מחיקת השמות עלולה לפגוע בשקיפות ולעורר חשש להטיות אלה או אחרות. דיווח תקשורתי שמבקש להסב את תשומת הלב להטיות כאלה יוכל להתמודד עם הפן הזה גם בלי פרסום השמות; חוקרים מהאקדמיה יוכלו לבחון אם יש הטיות שיפוטיות מהסוגים האלה על ידי עיון בתיקים המקוריים, או לפי מידע אחר.¹⁶¹

158 להערה שיפוטית ברוח זו ראו למשל ע"פ 334/81 הגינור נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 827, 832 (1982) (פומביות כאמצעי "להבטיח ניהול משפט הוגן וחסר פניות"). בית המשפט הדגיש כי "בית המשפט בפעולתו חשוף לעיני הציבור ולשיפוטו" – ובכך יש הצבעה על התכלית הקודמת, של בקרה.

159 ראו MIREILLE HILDEBRANDT, SMART TECHNOLOGIES AND THE END(S) OF LAW 101 (2015).
160 ראו למשל מחקר שבחן את הזהות הלאומית של עצירים מול הזהות הלאומית של השופטים: אורן גול-אייל, רענן סולציאנו-קינן, גל עינב ועטאללה שובאש "ערבים ויהודים בהליכי הארכת מעצר ראשוני" משפטים לח 627 (2009), ומחקרים אחרים שזוכרים שם. החוקרים קבעו את זהות החשודים לפי שמם (שם, בעמ' 641).

161 למשל, ההבחנה שיש בשפה העברית בין זכר לנקבה מאפשרת לדעת את מין הצדדים גם אם אין נוקבים בשמם ("התובע" לעומת "התובעת"). במקרים של שמות מקובלים לשני המינים (למשל טל או שרון), אפשר להתבסס גם על השפה ("טל תבע", "שרון ערערה") כדי לזהות את המין. למחקר שבחן את הפן המגדרי בבתי המשפט לענייני משפחה, שבו פסקי הדין שמתפרסמים אינם מציינים שמות, ראו בוגוש, הלפרין-קדרי וכתבן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 630–631.

במקרים אחרים, חיסוי שמות של חלק מהצדדים עשוי ליצור תחושה של העדפה. כך, במקרה שבו 240 נושים ביקשו להצטרף כצד להליכי פירוק של תאגיד, וביקשו לחסות את שמם, דחה בית המשפט המחוזי את בקשתם והסביר: "פרסום המידע יאיץ את החשש של משוא פנים בשפיטה והעדפת ציבור משקיעים בעוד שאיסור פרסום המידע יוביל לפגיעת אמון הציבור בהליך המשפטי, ולא ניתן לשלול תחושה בקרב הציבור שאי פרסום פרטי המבקשים נועד להעדיף אינטרסנטים שונים, בעלי ממון ושלא מטעמים עניינים".¹⁶² במילים אחרות, הפומביות נועדה להבטיח שוויון ברמה המערכתית.

(ג) הציבור: "זכות" לדעת

הפומביות משרתת ערכים שחשובים לא רק לצדדים להתדיינות, אלא לציבור בכללותו. מישור זה חופף את שני קודמיו, אבל יש בו עוד. לציבור יש אינטרס לדעת מה קורה במערכת השיפוטית בכלל, כיצד היא מתנהלת, כיצד מתקבלות בה החלטות כלליות ופרטיות. האינטרס הזה מכונה לעיתים "זכות הציבור לדעת" (בשיח הליברלי יש לדייק: זהו אינטרס ולא זכות). מובן שזו סוגיה נרחבת כשלעצמה, ולא כאן המקום להרחיב בה. האינטרס כאן הוא שהצדק יראה, ולא רק ייעשה.¹⁶³ כך מובטח גם שוויון בין צדדים. בית משפט שמתנהל בחשאי, ושפסיקותיו אינן מתפרסמות, עלול להעדיף צד אחד או קבוצה של מתדיינים, מטעמים לא ענייניים. הפומביות אמורה לבטל חשש להעדפה פסולה גלויה, ובצירוף המרכיב של בקרה פנימית על השופטים, הפומביות אמורה לבטל או לכל הפחות לצמצם העדפה סמויה.

פן משלים של הפומביות כאינטרס הציבור לדעת, הוא חופש הביטוי וחופש העיתונות.¹⁶⁴ ליחיד הציבור, ובכללם התקשורת יש זכות להתבטא, מכל הטעמים המוכרים של חופש הביטוי שלא ארחיב בהם כאן. לתקשורת יש זכות, ואולי אף חובה,¹⁶⁵ לדווח על אירועים חדשותיים. דיונים ופסיקות של בתי משפט הם מועמדים טבעיים להיות מושא לדיווח חדשותי. לכן יש לאפשר לדוברים גישה לבית המשפט ולפסקי הדין. לשם כך הדלתיים פתוחות, התיקים נגישים ופסקי הדין מתפרסמים. במילים אחרות, האינטרס הציבורי לדעת כולל גישה למידע. חשוב לשים לב: ניתן לראות באינטרס הזה אחת התכליות של עקרון הפומביות, אבל בה בעת, ניתן גם לראותו כשיקול נוסף שצריך להצטרף

162 פר"ק (מחוזי ת"א) 15-10-29883 קלע – הקרן לעידוד יזמות (בישראל) בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי, פס' 9.1 לפסק הדין (פורסם בנבו, 23.12.2015).

163 ראו למשל על"ע 1/64 מרגלית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(2) 601, 603 (1964): "פומביות הדיון דרושה לא רק לשם עשיית הצדק, כי אם גם לשם ראיית הצדק בעשייתו".

164 ראו גבריאיל שטרסמן "בית המשפט וכלי התקשורת" הפרקליט, גיליון מיוחד לכבוד 25 שנים ללשכת עורכי הדין, 96, 98 (1987) (שטרסמן הגדיר את כלל הפומביות "אח תאום" של חופש הביטוי). הפסיקה חזרה פעמים רבות על הקשר בין פומביות לחופש הביטוי. ראו למשל ע"א 2800/97 ליפסון נ' גהל, פ"ד נג(3) 714, 718 (1999). בארצות הברית הפומביות נגזרה בין היתר מחופש הביטוי. ראו עניין *Richmond Newspapers*, לעיל ה"ש 31.

165 לחובות האתיות של כלי התקשורת ראו רועי פלד הגינות בתקשורת: בין זכויות, חובות ואינטרסים (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת תל-אביב, 2016).

לאיזון הערכי הכולל שבין פרטיות לפומביות. אעיר על כך בסמוך, בנוגע לנגישות למאגרי מידע בכלל.

כיצד משפיעה תכלית זו של הפומביות, כאמצעי למימוש אינטרס הציבור לדעת, על פרסום שמות בפסקי הדין? ראשית, צמצום השאלה לפרסום בפסקי הדין מותירה את הדיון באולם בית המשפט פתוח ונגיש לדיווח, בכפוף לסגירת הדלתיים ולאיסורי הפרסום שנדונו לעיל. אינטרס הפרטיות באי-פרסום השמות בפסקי הדין, כפי שראינו, איננו להטיל סודיות על ההליכים, אלא להגביל קישור של פריטי מידע נפרדים לכלל זיהויו של אדם. לכן אין להגביל דיווחים עיתונאיים (גם של עיתונאים מטעם עצמם) על דיונים, ובכללם אזכור שמות. העיתונאים גם אמורים להפעיל שיקול דעת של חדשותיות, ובסופו של דבר הם מדווחים על מספר זעום של הליכים.

שנית, במקרים שבהם יש עניין להתבטא או לדווח על פסק דין – לא בכל מקרה ומקרה יש חשיבות לשמות הצדדים. במקרים רבים ניתן לדווח על פסק דין גם אם שמות הצדדים אינם גלויים. אולם כאן כבר יש מחיר במונחי חופש הביטוי והעיתונות. דיווח תקשורתי על פסק דין אינו מלאכה קלה. העיתונאי נדרש "לתרגם" מושגים משפטיים שלא בהכרח נהירים לציבור הרחב, לשפה פשוטה יותר. השוני במדיום מקשה את העברת הדיוק המשפטי, ואין מנוס מבחירה, התמקדות בהיבטים מסוימים והכללה. אזכור שמות מסייע למלאכת ההנגשה העיתונאית. הוא מוסיף פנים ודמות לדיון המשפטי "היבש". זה אינו רק קישוט לדיווח. אגב, גם שופטים מודעים לכוחו של השם, וליכולתו להפוך עקרונות מופשטים לתמונה ברורה שהציבור יכול להבין ולהזדהות איתה. דוגמה מובהקת היא כתיבתה של השופטת דורנר בפרשה ידועה, בפתח פסק הדין: "כרמלה בוחבוט הייתה אישה מוכה"¹⁶⁶. כפי שצבי טריגר הסביר, ניסוח זה אפשר לשופטת למקם את הדיון באותו מקרה בהקשרו החברתי.¹⁶⁷ אוסיף שהשימוש בשם מגביר את עוצמת הטקסט השיפוטי, ונותן פנים ודמות, לעומת דיווח חלופי שהיה אפשר לדמיין: "המערערת הייתה אישה מוכה".

תכלית זו מושגת בעיקר בזמן הדיון ופרסום פסק הדין ובסמוך אליהם, והיא הולכת ונחלשת במרוצת הזמן. עם זאת, יש עניין וחשיבות לנגישות למידע הזה גם בחלוף זמן. תחקיר עיתונאי, מחקר משפטי אמפירי או מחקר היסטורי עשויים להזדקק לשמות. כל זה מחזק את עקרון הפומביות, אבל גם מחדד אותו ומראה לנו כי ניתן לשמור על הפומביות באולם ועל פומביות פסקי הדין, ולצמצם את פומביות השמות למקרים שבהם יש בכך צורך עיתונאי או מחקרי ראוי.

(ד) הליכים פליליים

להשלמת התמונה אציין בקצרה את ייחודיות הסוגיה של פומביות שמות בהליכים פליליים.¹⁶⁸ לפומביות השמות עשויים להיות תפקידים נוספים, כמו הרתעה או ענישה במשפט הפלילי. האם הנגישות הגבוהה של הפרסום תרתיע עבריינים? זו שאלה שטעונה

166 ע"פ 6353/94 בוחבוט נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 647, 654 (1995).

167 צבי טריגר "מלחמת הקיום של הפואטיקה המשפטית: מחשבות בעקבות ספרה של שולמית אלמוג, משפט וספרות בעידן דיגיטלי" הארת דין ד 188 (התשס"ז) <http://bit.ly/2o3peQJ>.

168 ראו גם את עניין בן דוד, לעיל ה"ש 73.

בדיקה אמפירית, אולם אני ספקן בעניינה. העבריינים יודעים גם כיום כי הם עלולים להיפס ולהיחשף בדיווח תקשורתי, והם יודעים שהדין יתקיים בדלתיים פתוחות אלא במקרים מיוחדים כגון אלה של חשודים ונאשמים קטינים או של מי שביצעו עבירות מין כלפי בני משפחה קטינים.¹⁶⁹ אשר לתפקיד ענישתי אפשרי, יטען הטוען שחלק מהעונש הוא החשיפה המקוונת לציבור, שנוספת על הרישום הפלילי. אכן, יש חשיפה מוגברת לשמו של אדם, אבל אני סבור שזו לכל היותר תוצאת לוואי של הענישה, ואינה יכולה להיות מטרה כשלעצמה. ענישה בדרך של ביוש פומבי הייתה נהוגה בעבר, וכיום עבר זמנה, וטוב שכך.¹⁷⁰ פרסום שנועד לבייש את העבריין הוא משפיל ומבזה, ומספק דרישה פופוליסטית לנקמה. אין לכך מקום בשיטת משפט מודרנית במדינה דמוקרטית.¹⁷¹

עם זאת, בהליכים פליליים יש ציבוריות טבועה: הצדדים הם המדינה נגד מי שמואשם בביצוע עבירה. יש חשיבות שהציבור ידע מי הנאשמים. במקרים מסוימים ידיעה כזו מביאה לתלונות נוספות נגד אותו נאשם, למשל בעבירות מין. חשיבות הפומביות מתחזקת כאן בכל המובנים: יש בה בקרה על התביעה ועל שיקול דעתה בקשר לסמכותה להעמיד לדין; הבקרה על בתי המשפט חשובה במיוחד כאשר מדובר בחירותו של אדם; הצורך להבטיח הליך הוגן חיוני, והאינטרס הציבורי לדעת על עניין שנוגע לאורח החיים התקין בקהילה מתחזק גם הוא. משום כך אני סבור שנכון לשמור על עדיפות עקרון הפומביות בהליכים פליליים, למרות הפגיעה בפרטיות. הטעם הוא מהות ההליך, ולא שיקולי ענישה. גם עדיפות זו אינה מוחלטת, ובמקרים המתאימים ראוי להעניק חיסיון למידע פרטי.¹⁷²

2. הנגשת מאגרי מידע ציבוריים?

צירוף פסקי הדין יוצר מאגר מידע עצום בהיקפו. מספר האנשים שנזכרים בכל החלטות ופסקי הדין לאורך השנים גדול. המידע בפסיקה הוא המידע הגולמי, ללא פרשנות, קיצור, תוספות או "רעש" אחר. כך, למשתמש במאגר יש כוח רב יותר מאשר לקורא בעיתון.¹⁷³ זה מידע ממקור ראשון: הוא נוצר על ידי הרשות השופטת במהלך התנהלותה. בכך המידע אמין יותר מדיווחים בתקשורת, באתרים שונים, באנציקלופדיה או בספרות המחקר, שבהם המידע מעובד והוא מכלי שני. כלומר, מאפיין חשוב של מאגר המידע הוא היותו בלתי מתווך. בפרסומים הרשמיים של סדרת פסקי הדין בדפוס, הייתה בשעתה מערכת שבחרה מה לפרסם ומה לא. החלטות ופסקי דין קצרים, למשל, לא פורסמו. למעשה, איננו יודעים

169 שאלה מעניינת היא החיסיון במקרה של קטין שבגר במהלך המשפט. ראו למשל בש"פ 2794/00 אלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 363, 374 (2000), שם נאמר: "ושוב אין חולקין, כי האיסור לפרסם את שמם של חשוד או של נאשם בקשר לעבירה שביצע בעודו קטין מוסיף לעמוד בעינו (בהיעדר החלטה להתירו) גם לאחר בגירתו של מבצע העבירה".

170 לדיון ראו למשל ERIC A. POSNER, LAW AND SOCIAL NORMS 88 (2000).
171 James Q. Whitman, *What Is Wrong with Inflicting Shame Sanctions?*, 107 YALE L.J. 1055, 1087–1092 (1997).

172 ראו למשל "איסור פרסום לשם מניעת פגיעה חמורה בפרטיות" הנחיות פרקליט המדינה 14.18 (התשס"ו).

173 לכווחו של המחפש ראו FRANK PASQUALE, THE BLACK BOX SOCIETY: THE SECRET ALGORITHMS THAT CONTROL MONEY AND INFORMATION 60 (2015).

מה היו שיקוליה של המערכת, ורק ניתן לשער שהמערכת בחרה בפסקי הדין שנראו לה העקרוניים והחשובים ביותר.¹⁷⁴ כיום, כאשר המידע כולו דיגיטלי, אין תיווך. כל מי שיש לה גישה למאגר המידע, יכולה להחליט בעצמה מה חשוב ומעניין בעיניה. הכול מתפרסם. אילו השיפוט היה כולו בעל פה, כדרכם של השופטים שישבו בשער העיר בעת העתיקה, אולי לא היה נוצר המידע הישיר (אלא לכל היותר דיווחים משניים על שאירע). אולם בסביבה מודרנית, שעד לפני כעשרים שנה הייתה כל כולה מבוססת על נייר וכיום הולך וגובר בה הביסוס הדיגיטלי, ההליך השיפוטי מייצר מידע. מאגר פסקי הדין כולל שלושה רבדים של מידע. הראשון הוא התוכן המדויק בפסק הדין: על כך שאירעו התרחשויות אלה או אחרות, שבגינן תבע האחד את האחר. השני הוא זה שההליך השיפוטי עצמו מייצר: עצם הגשת התביעה, ההתנהלות במהלכה, תוצאת פסק הדין. הרובד הראשון הוא מידע גולמי (data), ואילו הרובד השני הוא מידע חדש, שנוצר על בסיס המידע הראשון, כלומר מידע על מידע (meta data). המשמעות היא שמאגר המידע הכולל של פסקי הדין יכול לעניין קוראים שונים למטרות שונות. יש מי שיתעניינו רק ברובד המידעי הראשון: מפסקי דין אפשר לגלות למשל היכן התגורר זאב שוורץ, מה היה מצבו הכלכלי הכללי, מה הטריד אותו ושאר פרטים שמדווחים בפסק הדין עליו. יש מי שיתעניינו ברובד המידעי השני בלבד: עצם העובדה שפלוני הגיש תביעה, מתי, נגד מי וכדומה. יש מי שיתעניינו ברובד מידעי שלישי, מצרפי (אגרגטיבי) הכולל סטטיסטיקות של תביעות: כמה הליכים היו, מה סוג הצדדים, מה סוג ההליכים ועוד.

המידע ברובד הראשון דרוש לצדדים להתדיינות המסוימת כדי לטעון את טענותיהם לגוף העניין. המידע ברובד השני דרוש לצדדים ולבית המשפט לשם ניהול ההליך. המידע ברובד השלישי דרוש לניהול מערכתי כללי. המידע שההליך השיפוטי מייצר ברבדים השונים איננו המטרה הישירה של המערכת השיפוטית. תפקידם של בתי המשפט הוא לפתור סכסוכים, ליישם את הדין, לפרשו ולפתחו. הם אינם שקולים ללשכה המרכזית לסטטיסטיקה שתכליתה ותפקידה הם לייצר מידע. כך, המידע במערכת השיפוטית נוצר אגב התנהלותה, כחלק בלתי נפרד ובלתי נמנע מקיומה במתכונת המודרנית, אבל כתוצאה לוואי, לא כמטרתה.

ובכל זאת, משנוצר המידע, מדוע לא להנגישו? כאן חוזר ועולה השיקול של האינטרס הציבורי לקבל מידע, שפגשנו קודם לכן כאחת התכליות של עקרון הפומביות. למידע שבפסקי הדין עשוי להיות ערך רב. חוקרי משפט עשויים לבחון תופעות שבעידן הטרום-דיגיטלי היה קשה מאוד לבחון, כגון היקף דעות המיעוט בפסיקה,¹⁷⁵ אם ניתן לזהות התנהגות שיפוטית שמייחדת שופטים מלאום, מוצא אתני או מין מסוימים.¹⁷⁶ עורכי דין וסטודנטים עשויים לא רק ללמוד על הלכה מסוימת, אלא הם לבחון בעצמם התפתחות של כללים והלכות, לאפיין תופעות משפטיות שבעידן הנייר היה קשה יותר לעשות. היקף המידע והיעדר העריכה של התוכן מאפשרים הרחבה רבת משמעות של נקודת המבט:

174 להשערה דומה ראו קרוטקין, לעיל ה"ש 3, בעמ' 247.

175 למחקר אמפירי על בסיס הפרסומים הרשמיים בדפוס ראו מיכאל בירנהק ודוד גוסרסקי "כסאות ייחודיים, דעות מיעוט ופולורליזם שיפוטי" עיוני משפט כב 499 (1999).

176 ראו גזל-אייל, סולציאנו-קינן, עינב ושובאש, לעיל ה"ש 160.

במקום להתרכז רק בקבוצה קטנה של פסקי דין חשובים, מאגר המידע מאפשר לבחון גם את "הזנב הארוך" של המידע.

הנגשת מאגרי מידע ציבוריים בכלל היא מגמה מתעצמת במדינות דמוקרטיות.¹⁷⁷ הנגשת מאגרי שבידי המדינה מממשת את עקרון השקיפות, והיא מתאפשרת בזכות המהפכה הדיגיטלית המקוונת. להנגיש מידע ברשת קל, זול ופשוט יותר מאשר לאפשר לכלל הציבור המעוניין גישה פיזית חופשית למידע, דבר שהיו לו עלויות ניכרות והיה משבש את העבודה השוטפת של משרדי הממשלה הרלוונטיים. זאת ועוד, ההנחה היא שהמידע עשוי להיות בעל ערך לציבור בצורה שהממשלה לא זיהתה או לא הייתה יכולה לממש בעצמה. לפי דוח של רשות התקשוב הממשלתי, בארצות הברית הונגשו לא פחות מ-188,000 מאגרי מידע ציבוריים שונים.¹⁷⁸ בישראל אנחנו עדים להכרה גוברת בחשיבות של הנגשת מאגרי מידע ציבוריים, ומאגר מרכזי החל לפעול, ויש בו כיום כ-280 מאגרים.¹⁷⁹ אלה, חשוב להדגיש, אינם כוללים מידע אישי.

במילים אחרות, יש ערך ציבורי להנגשת מאגרי מידע ציבוריים, ובכללם מאגר המידע השיפוטי. אבל העניין הציבורי בהנגשה אינו מחייב שההנגשה תהיה מוחלטת. למי שמתעניינים ברובד המידעי הראשון, כלומר בתוכן פסקי הדין למטרה משפטית – די בהנגשת המידע, אולם אין הכרח לפרסם פרטים מזהים. לעומת זאת, המידע המלא עצמו, כולל שמות ופרטים מזהים, יהיה מעניין וחשוב לחוקרי המשפט בזרמים הביקורתיים, שמתעניינים למשל בהבדלי הלאום או המגדר. למי שמתעניינים ברובד המידע השני, של מידע על התהליך, ובוודאי למי שמתעניינים ברובד השלישי, המצרפי, די יהיה בהנגשה שתאפשר להם לנתח את המידע הגולמי ולבחון סטטיסטיקות שונות, ואין להם צורך בשמות.

ובכל זאת, למאגר המידע השיפוטי יש ערך נוסף. לפני עסקה חשובה, למשל רכישה מקרקעין, ירצה אולי הקונה לדעת יותר על המוכר. עיון בפסקי הדין עשוי לגלות לו שהמוכר הסתבך בעבר בעסקאות מפוקפקות. לפני שכירת עובד בעסק פרטי, ירצה המעסיק לברר, אולי לעובד יש עבר בעייתי.¹⁸⁰ בהליכים משפטיים עשוי צד להתעניין אם הצד האחר היה מעורב בהליכים דומים בעבר. לפני טיפול רפואי של ממש, המטופל עשוי לבדוק שמא הרופא נתבע בעבר על רשלנות רפואית. לחיפושים כאלה יש ערך למחפשים, ויש להם גם ערך חברתי: ההנחה היא שמידע מדויק רב יותר יאפשר לקבל החלטות פרטיות, צרכניות ועסקיות נבונות יותר. פסקי הדין יכולים לספק מידע מתאים, אבל כל זה הוא תוצאת אגב של ההליך השיפוטי. מאגרי המידע לא נועדו להיות "רשימות שחורות". במקרים שבהם המחוקק סבר שיש ערך בפרסום מידע, הוא נגיש. למשל, בישראל ניתן לחפש מידע על

177 ראו דפנה ברק-ארוז, נתין צרכן: משפט ושלטון במדינה משתנה 176 (2012).

178 רשות התקשוב הממשלתי דוח מסכם: הצוות הבין משרדי להנגשת מאגרי מידע לציבור 13 (2016).

179 ראו אתר מאגרי המידע הממשלתיים: data.gov.il, ודיון ברוח רשות התקשוב, לעיל ה"ש 178, בעמ' 25.

180 ס' 22(ב) לחוק המרשם הפלילי ותקנות השבים, התשמ"א-1981 אוסר על מעסיקים לדרוש ממועמדים

לעבודה מידע על עברם הפלילי. בע"א 8189/11 דיין נ' מפעל הפיס (פורסם בנבו, 21.2.2013), סכר בית

המשפט העליון שלמרות זאת, יש צורך במידע על חקירות תלויות ועומדות או על עבר פלילי, והתיר

למעסיקים לבקש מעובד תצהיר בקשר לכך, אולם בכפוף למגבלות מסוימות (ראו שם, פס' 37-38).

עתירה לדיון נוסף נמחקה: דני"א 1840/13 דיין נ' מפעל הפיס (פורסם בנבו, 22.12.2013).

חייבים מוגבלים באתר בנק ישראל.¹⁸¹ בארצות הברית מידע על עברייני מין מתפרסם ברשת.¹⁸² לפי הצעתי, הליכים רבים שנוגעים לתאגידים, הליכים פליליים והליכים אחרים שיש בהם "ציבוריות טבועה", יישארו פומביים. נוסף על כך, יש חשש שמי שאינם משפטנים יקראו בצורה לא נכונה את פסקי הדין, ולמעשה עלולים שלא לקרוא אותם כלל. לעיתים תביעה שהוגשה נגד אדם, נדחתה ושמו טוהר ללא רבב. לעיתים הדברים מורכבים. במילים אחרות, ללא הסבר מתאים, יש חשש שהמחפשים יסיקו מסקנות שגויות מהמידע שייחשפו אליו. החיפוש יסב הפסד, ואם עסקאות רצויות לא יתממשו בגינו, ההפסד הוא של כולם.

יתרה מזו, להנגשה מלאה של מאגרים יש תוצאות לוואי שליליות. יש מי שמנצלים את עובדת הפרסום לטובתם. למשל, צד חזק (מבחינה כלכלית, מבחינת אורך הנשימה, היכולת להתמודד עם מצבים מגוונים וכדומה) יאמר או ירמוז לצד החלש יותר, שאם ימשיכו בהליך השיפוטי עד מתן פסק דין, המידע יהיה נגיש ברשת לכול, ועשוי לפעול נגדו. זה אינו איום פסול כשלעצמו, אבל הוא אמצעי כוחני שנוקט בדרך כלל בתביעות בין צדדים שכוחם אסימטריים. כך, בחלק ניכר מהמקרים שהגיעו לבתי המשפט שבהם ביקש תובע את חיסוי פרטיו, ההתנגדות לחיסוי באה מצד חברות ביטוח.¹⁸³ יש מי שמשתמשים בפרסום המקוון הצפוי בצורה כוחנית עוד יותר. כך למשל, בעלי זכויות ב"יצירות" פורנוגרפיות, שלפי הדין הקיים מוגנות בזכויות יוצרים למרות תוכנן, מאיימים על גולשים ש"הורידו" קבצים כאלה למחשביהם, בתביעה, שבעקבותיה יתפרסם המידע ברבים.¹⁸⁴ הגולש המצוי, שאינו מעוניין בפרסום מידע כזה מטעמים ברורים, ימהר להתפשר. זה אמנם מקרה שבו "יש מה להסתיר", אבל המידע שמבקשים להסתיר איננו בלתי חוקי, אלא רק מביך. מצד הגורם המאיים בתביעה, החשיפה המקוונת משמשת חרב. אין כאן דבר שמשרת את התכליות של עקרון הפומביות בדבר בקרה על המערכת השיפוטית, קיומו של הליך הוגן, שוויון וכדומה. כך, מאגר המידע השיפוטי, משנוצר, הוא כר פורה לשימושם של גורמים נוספים. חוקרים פרטיים, למשל, שבעבר אספו פסקי דין באופן פיזי ממזכירות בתי המשפט, יכולים היום לעיין במאגרי המידע. אלה מספקים להם מידע בקלות, בצורה ישירה וכמעט ללא עלות. אבל ברור כי לא זו היא מטרתה של מערכת השיפוט ולא זו התכלית של עקרון הפומביות. לחוקרים הפרטיים ולגורמים מסחריים בכלל, אין זכות קנויה לקבל את המידע. זה מידע שנוצר בדרך אגב, ואף שיש לו ערך משני, המטרה העיקרית היא שצריכה להכתיב את היקף הפומביות בשלב הראשון, ועל כך יש להוסיף מגבלות חיצוניות שיש להטיל על נגישות המידע, שמקורן בשיקולים אחרים, כמו למשל פרטיות הצדדים.

181 ראו בנק ישראל, איתור חשבונות מוגבלים, זמין בכתובת www.boi.org.il.

182 חוקים אלה מכונים "Megan's Law". ראו למשל את החוק הפדרלי שמסדיר את החוקים המדינתיים: 42 U.S.C. § 14071(d).

183 ראו למשל את המקרים שנוכרו בה"ש 65 לעיל.

184 ראו Paul Caine, *Copyright Cases Involving Illegal Porn Downloads Surge in Northern Illinois*, CHICAGO TONIGHT (Aug. 15, 2016) <http://bit.ly/2nVF27L>.

עיון בתכליות של עקרון הפומביות העלה שאלה לא בהכרח מחייבות פרסום מלא של שמות הצדדים ואחרים. את רוב התכליות ניתן להגשים גם בלי פרסום פרטים מזהים: הבקרה על השופטים ובתי המשפט מתממשת בעקרון הדלתיים הפתוחות ובפרסום פסקי הדין עצמם. הפומביות נטולת הפרטים המזהים משיגה גם את ההליך ההוגן במקרה המסוים, ומאפשרת בקרה לשם הבטחת שוויון בכלל. זכות הציבור לקבל מידע מובטחת בדרך כלל גם ללא פרסום שמות הצדדים. במצבים כאלה אין כלל התנגשות בין הפרטיות לבין הפומביות, שכן עקרון הפומביות אינו נפגע. הדיון בחלק הקודם בנוגע לזכות לפרטיות העלה גם שלא בכל מצב יש בכלל פגיעה בפרטיות. כך למשל כאשר מדובר בתאגידים, בנפטרים או בסוגי הליכים שהפומביות טבועה בהם כמו עתירות לבג"ץ, עתירות מנהליות, תביעות ייצוגיות או הליכים פליליים, בסייגים המתאימים. אמנם אי-הפרסום עלול לפגוע בחופש הביטוי והעיתונות במידה מסוימת, הוא עלול להקשות מחקר אקדמי מסוגים מסוימים,¹⁸⁵ והוא מחמיץ את יתרונות הלוואי של מאגרי מידע ציבוריים פומביים. האם התועלת שבהגנת הפרטיות עולה על המחיר?

ד. שרשרת זרימת המידע

הדיון בחלקים הקודמים בחן מקרוב את הזכות לפרטיות ואת עקרון הפומביות, כדי לראות מתי אין פגיעה בפרטיות כלל ומתי אין פגיעה בפומביות כלל. ראינו שהפומביות היא ערך חשוב בשיטת הממשל ובמערכת השיפוט, אולם היא אינה מוחלטת, ויש לה סייגים. כדי להגשים את רוב תכליות הפומביות אין הכרח לפרסם את שמות הצדדים, אלא בהקשרים מסוימים. מצד הפרטיות, החשיבות היא להגן על השם כאמצעי לזיהוי ולקישור פרטי מידע נפרדים לאדם מסוים. לכן אין צורך למחוק את המידע במלואו, והגבלת גישה באמצעות השם עשויה להספיק כדי להשיג את עיקר ההגנה על הפרטיות. נזכור גם כי לתאגידים, למדינה ולמי שנפטרו אין זכות לפרטיות, וכי יש עניינים של "ציבוריות טבועה" כגון עתירות, תביעות ייצוגיות והליכים פליליים, ולאנשי ציבור יש פרטיות פחותה. דיון זה צמצם את תחום החיכוך שבין הפרטיות לפומביות, והראה לנו מתי לא אמור להיות קושי בהסתרת שמות של צדדים בפסיקה.

עם זאת נותר תחום של חיכוך, שבמבט ראשון נראה כי אין מנוס בו מהעדפה של הפרטיות או של הפומביות על פני יריבתה. אכן, הפתרון המשפטי הישראלי הקיים הוא העמדת הערכים המתנגשים זה מול זה, במלאכת האיזון. פעולה משפטית זו מעמתת בין הזכויות והאינטרסים של שני הצדדים שנמצאים בקצוות של שרשרת זרימת המידע: בקצה האחד בעלי הדין, העדים ואחרים שמעורבים או שנזכרים בהליכים – הם המחזיקים בזכות לפרטיות, ובקצה השני מי שמבקשים לעיין במידע או מתנגדים לחיסוי, והם שנושאים את נס הפומביות.

185 מוסקוביץ (לעיל ה"ש 27, בעמ' 444), סבר בשעתו כי גם חוקר אינו מפיץ תועלת מפרסום השמות בפסקי הדין. אני חולק עליו. המחקר המשפטי השתנה עד מאוד מאז שנות השמונים, עת שהמחקר התמקד בעיקר בדוקטרינה. ההכרה הריאליסטית-ביקורתית בתהליכים חברתיים שמעורבים במשפט בכלל, ולענייננו בפסיקה ובשיפוט, מחייבת גישה לשמות במקרים מסוימים.

משפטנים ימהרו לאחוז בכלים משפטיים, ויציעו שדרך המלך להתמודדות תהיה החקיקה, למשל כזו שתסמיך את הנהלת בתי המשפט במפורש לקבוע כללים בקשר לתפוצת פסקי הדין, או בתיקון תקנות סדר הדין האזרחי, להסדרת "טופס הפרטיות" שיוצע בהמשך הדיון כאן. הסמכה כזו גם תתגבר על הקושי החוקתי שעלה בעניין חשבים, שיידון בהמשך. הסדרה של פרסום תוכן תוך הגבלת פרסום פרטים מזהים קיימת בחקיקה בהקשרים אחרים. למשל, חוק העמותות מסמיך את רשם התאגידים לפרסם באתר אינטרנט מסמכים של עמותות "ובלבד שלא יפורסמו שמות תורמים לעמותה";¹⁸⁶ ובין היתר דוחות כספיים "בלא פירוט שמותיהם של מקבלי השכר הגבוה ביותר בעמותה", והסמכות של שר המשפטים להתקין תקנות מותנית בכך "שהפרסום לא יאפשר איתור מידע לפי פרטי זיהוי של יחיד".¹⁸⁶

אולם תיקון החוק אינו הדרך היחידה להשיג את המטרה המהותית. חלק זה מבקש להראות כי שפת האיזונים המקובלת במשפט הישראלי מרדדת את התמונה המורכבת לאיזון בינארי בין הפרטיות לפומביות, ועושה זאת מהר מדי. הדיון מבקש להראות שהמשגת ההליך המשפטי כתהליך מידעי מאירה אפשרויות הסדרה נוספות, בחוליות נוספות של זרימת המידע, ובכלים שאינם רק משפטיים. בין שני הקצוות – המפרסם והמשתמש – יש עוד שחקנים. כל אחד מהם הוא תחנה במסלול הזרימה של המידע, וכל תחנה כזו היא אתר פוטנציאלי להסדרה. ההסדרה אינה חייבת להיות משפטית. בשלב הזה יש להוסיף את התובנות של פרדיגמת המחקר של משפט וטכנולוגיה: ייתכנו פתרונות טכנולוגיים וארגוניים שיותאמו לשלבים השונים של זרימת המידע. אציג כאן את השחקנים והתחנות האלה, ובהתאם – את האפשרויות להסדרה. אלה הם עורכי הדין של הצדדים; המערכת השיפוטית שמנצחת על ההליך השיפוטי; השופטים שמחברים את פסקי הדין; המערכת השיפוטית שמפיצה את פסקי הדין לציבור ולחברות מסחריות; החברות המסחריות עצמן ולבסוף, מנועי החיפוש ברשת. במהלך הדיון אציג ואבקר את פסק הדין בעניין חשבים, שאסר על הנהלת בתי המשפט לדרוש מהחברות המסחריות לחסום אפשרות של מפתוח הפסיקה על ידי מנועי החיפוש.¹⁸⁷

אחדות מההצעות יכולות להשתלב זו בזו ולחול במקביל, וחלקן מבטל את הצורך לפנות לאחרות. הדברים שלהלן כוללים הצעות שהן ראשית דיון ולא סופו. המטרה, כאמור, היא להצביע לא רק על פתרונות קונקרטיים, אלא על תהליך חשיבה חלופי לעיצוב המדיניות בסביבה של טכנולוגיית מידע.

1. עורכי הדין: חובה מקצועית?

לא בכל הליך מעורבים עורכי דין, אבל כאשר הם מעורבים, הם יכולים לשמש נקודת בקרה טובה מפני חשיפה מקוונת של מידע. עורכי הדין מכירים מניסיונם המעשי את הנגישות של פסקי הדין באפיקים השונים ואת האפשרות לחפש שמות בפסקי דין. הם כמוכן אמורים

186 ראו בהתאמה ס' 39(ג) ו-39(ו) (1) לחוק העמותות, התש"ם-1908.

187 עניין חשבים, לעיל ה"ש 19.

להכיר גם את החוק ואת הפסיקה, ולדעת על האפשרות לבקש לסגור את הדלתיים במקרים המתאימים או להעניק חיסיון לשם.

עורכי הדין משמשים נציגיהם של הלקוחות לא רק בשאלות המשפטיות, אלא גם בקשר לגיבוש האסטרטגיה הדיונית: האם להגיש תביעה? מתי? היכן? האם להתפשר? במסגרת זו, עורכי הדין אמורים לפרוש לפני לקוחותיהם את הערכתם המשפטית בכל הנוגע למצב הדברים, לסיכונים ("חשיפה" בלשון המשפטית-עסקית המקובלת כיום) ולסיכויים. במסגרת הזו, אני סבור שראוי להתקדם לקראת גיבושה של חובה נוספת: החובה להסביר לצדדים את המשמעות של החשיפה המקוונת. בדוגמאות שנוכרו לעיל, אני סבור שעורכת דין שמייצעת לעובד לתבוע את מעסיקו, צריכה להסביר לאותו עובד שעליו להבין שפסק הדין יתפרסם בבוא העת ברשת, וחיפוישים לפי שמו עשויים להעלותו. הצפת השיקול הזה עשויה להביא לשינוי האסטרטגיה הדיונית: אולי התביעה תיכרך במידע אישי מסוים, ואז הסיכוי לסגירת הדלתיים יגבר; אולי יצומצם המידע האישי שייחשף במסגרת התביעה, אולי יוותר העובד על תביעה בראש נזק מסוים. אם כך, זהו אפקט מצנן לפעולה: עורכי דין הנוהגים כך מציפים לפני הלקוח שיקול שעלול להרתיעו מלממש את זכויותיו. אולם כל עוד המצב המשפטי הוא כזה שברירת המחדל כוללת פרסום שם, אני סבור שראוי ללבן את הסוגיה במפגש הייעוץ בין עורכת הדין ללקוח.

יידוע הלקוחות בהיבט החשיפה מאפשר להם לקבל החלטה מושכלת על בסיס מידע מלא יותר. החלטה כזו מכבדת את האוטונומיה של האדם, ומשתלבת היטב בתפיסת הפרטיות כשליטה שהוצגה בחלק ב לעיל: הלקוח הוא שמחליט כיצד לנהוג במידע על אודותיו: האם לוותר על הפרטיות בנושא השם כדי להגיש את התביעה, או שמא לוותר על התביעה כדי לשמור על הפרטיות? במקרים רבים הבחירה אינה פשוטה, אבל היא מפקידה את השליטה הראשונית בידי מושא המידע.

האם מוטלת חובה על עורכי הדין להסביר ללקוח את משמעותה של החשיפה המקוונת? בעת הזו אין חובה מפורשת ומפורטת כזו בחקיקה או בכללי לשכת עורכי הדין. מוטב היה אילו נקבעה חובה כזו בין בחקיקה, בין בכללי האתיקה, בין בדרך פרשנית של גזירתה מחובות עורך הדין כלפי לקוחו. מכל מקום, אני סבור שיש לעורכת הדין חובת זהירות (מושגית) להסביר את היבטי החשיפה ללקוח, ובמקרים מסוימים, כאשר יש מידע רגיש זה או אחר שנכרך בתביעה, יש גם חובת זהירות קונקרטיית. במילים אחרות, במקרים שבהם לא הסביר עורך הדין את הסיכון של חשיפה מקוונת, ונגרם נזק עקב כך, ייתכן שיש מקום להכיר ברשלנות.

האפשרות של עורכי הדין למנוע מראש את הנזק של חשיפה מקוונת מדגישה את המקרים שבהם אין ייצוג: תובעים שמגישים תביעות בעצמם, למשל בבית הדין האזורי לעבודה או בבית המשפט לתביעות קטנות, נתבעים שמייצגים את עצמם, עדים ואחרים שנזכרים בהליכים ובפסקי הדין. יש להניח שבחלוף הזמן עוד ועוד מחברי הקבוצה הזו ידעו מניסיונם כגולשים באינטרנט על האפשרות ששם יעלה ברשת, ויבינו את משמעות הדבר. אולם בין ידיעה והבנה כלליים לבין פעולה אקטיבית לנסות להגן על פרטיותם – עוד יש מרחק. לכן יש חשיבות לפעולה גם מצד המערכת השיפוטית.

2. המערכת השיפוטית: טופס פרטיות/פרטיות

משיזם צד הליך משפטי, נפתח לו תיק בבית המשפט, והמשך הטיפול המנהלי הוא בידי בית המשפט. הצדדים יכולים לפעול בתיק לפי סדרי הדין (להגיש כתבי בדין), לבקש בקשות שונות בקשר להליך – בין בהיבטים דיוניים ובין בהיבטים טכניים כמו בקשות לדחיית דיון, בכפוף להחלטות מזכירות בית המשפט וכמובן החלטות השופטים לפי הצורך. המנהל השיפוטי הוא בעיקרו גורם טכני בזרימת המידע, אבל הוא מהווה צוואר בקבוק: כל המידע אמור לעבור דרכו. משום כך, זה מקום טוב לסייע לצדדים להבין את האפשרויות שנתונות להם.

לפני שנים מספר הוסיפה הנהלת בתי המשפט הודעה על גבי הזימונים לדיונים, שמבחינה שפסקי דין והחלטות מתפרסמים ברשת.¹⁸⁸ הנוסח הקיים לקוני: אין בו יידוע והסבר על פרסום באתרים מסחריים או על הנגישות הצפויה ברשת בכלל. נוסף על כך יש להניח שרבים אינם מתעמקים באותיות הקטנות שבשולי הזימון. למי שאינם מבינים את המשמעויות, הודעה אינה מספיקה. אני סבור שיש לעגן את ברירות מחדל שנקבעו בחוק ובפסיקה, בסדרי הדין, ולפי הצורך להוסיף עליהם.

לפיכך, הצעתי היא להוסיף "טופס פרטיות/פומביות" להליכי פתיחת התיק באופן שבעת פתיחת הליך תימסר הודעה לתובע, ובעת משלוח מסמכים לצדדים האחרים, יקבלו גם הם הודעה, שמסבירה בקצרה ובפשטות כי המידע בתיק עשוי להיות נגיש לציבור, וכי החלטות ופסקי דין מתפרסמים באתר מערכת בתי המשפט ובאתרים מסחריים. זה פן מנהלי שניתן לביצוע מיידי. נוסף על כך, הטופס צריך לאפשר לצד המעוניין בכך לבקש חיסוי שם ופרטים מזהים. זה פן דיוני. ככל שמדובר במצבים שבהם החוק קובע את ברירת המחדל בדבר פרסום או חיסוי, תפעל מזכירות בית המשפט בהתאם. במקרים שבהם הצדדים מבקשים לשנות את ברירת המחדל שנקבעה בדין, תועבר הבקשה להכרעת שופט. פרוצדורה זו חשובה במיוחד למי שאינם מיוצגים. כמו היידוע על ידי עורכי הדין, גם היידוע בטופס מממש את הפרטיות כשליטה.

קבוצה נוספת של צדדים הם מי שנקלעים להליכים שלא בטובתם: עדים או אנשים אחרים שנזכרים בשמם בפסק הדין. אשר לעדים בהליכים שהם פרטיים באופיים (כלומר תביעות אזרחיות רגילות), יש לכלול בזימון אפשרות להגיש בקשה, בדרך פשוטה של סימון תיבה, אם הם מבקשים לשמור על פרטיות שמם. כל עוד יש הסכמה בין הצדדים, יש לכבד את בקשתם. במקרים שבהם אין הסכמה, ההחלטה צריכה להיות של בית המשפט. דוגמה לחיסוי שמם של עדים אנו מוצאים במקרה שבו ביקש העיתונאי יגאל סרנה לעיין בפרוטוקול דיון של תביעה שעניינה היה רשלנות באבחון פיגור שכלי. הדיון באותה תביעה התקיים בדלתיים פתוחות, אולם בית המשפט שם הטיל חיסיון על אחת העדויות, של מי שהיה עד ולא היה צד לתביעה עצמה. מטעמי קוצר היד של מחלקת המחשוב, שהתקשתה להסתיר רק חלק מהפרוטוקול, הוסתר הפרוטוקול כולו. רשם בית המשפט העליון התיר את העיון בפרוטוקול, למעט החלק החסוי, והורה על השחרת פרטים אישיים של מי שנזכרו

188 נוסח ההודעה הוא "פסקי דין והחלטות מתפרסמים באתר האינטרנט של מערכת בתי המשפט בכתובת www.court.gov.il."

בהליך ולא היו צד לתביעה. המשימה הופקדה בידי המחלקה המשפטית של בית המשפט, ולא בידי מחלקת המחשוב.¹⁸⁹

דוגמה זו ממחישה כי בצד הפתרון הדינוני שמוצע כאן, של קביעת ברירת מחדל באמצעות טופס פומביות/פרטיות, נשמרת האפשרות גם לצדדים שלישיים, בראש ובראשונה כלי תקשורת, לבקש בכל זאת לחשוף את שמם ופרטיהם של עדים. אפשרות זו מעוגנת כיום בסעיף 70ג(א) לחוק בתי המשפט, ויש לשמרה.

הפתרון המוצע, של טופס פומביות/פרטיות, הוא דינוני ואינו כרוך בשינוי הדין המהותי. הוא עוד אמצעי שנועד לסייע למזער את הפגיעה בפרטיות ובפומביות באופן שלא יעלו על הנדרש. מבחינת הפרטיות, האפשרות המוצעת משקפת ומכבדת את עקרון ההסכמה מדעת הקבוע בחוק: יש בה מסירת מידע אפקטיבית יותר מזו הנעשית כיום בקשר לתהליכי זרימת המידע, יש בה אפשרות לקבל החלטה – אם לתבוע אם לאו, ויש בה אפשרות לבקש חיסוי, או להסכים לפרסום, לפי הוראות הדין המהותי. מבחינת הפומביות, הפרוצדורה המוצעת מאפשרת להגשים את התכליות של עקרון הפומביות ביתר דיוק. באופן כללי, סדרי הדין יכולים – וצריכים – לשקף ערכים מהותיים,¹⁹⁰ ובמקרה הנוכחי: פרטיות ופומביות גם יחד, ודרכם, הגשמת התכליות שעקרונות אלה נועדו להשיג: יתר שליטה וכבוד לאוטונומיה של הצדדים המעורבים, בקרה, שקיפות והליך הוגן, תוך מניעת ניצול לרעה של ההליכים וצמצום האפקט המצנן שעלול להיות על גישה לערכאות.

3. בתי המשפט: שיקול דעת מהותי

גם בהמשך ההליך יש לאפשר לצדדים לבקש לשנות את ההחלטה בדבר חיסוי הפרטים או פומביותם, ואת זו יש לשקול לפי הדין המהותי. משימה ראשונה של בתי המשפט צריכה להיות בירור אם בכלל יש תחום חיכוך בין הפרטיות לפומביות. הדיון בחלקים ג ו-ד לעיל הראה לנו כי במקרים מסוימים אין כלל אינטרס פרטיות (למשל כאשר יש בהליך "ציבוריות

טבועה"), או שאינטרס הפומביות אינו מחייב את פרסום השמות דווקא.¹⁹¹

כך למשל, בעניין יהל, שנזכר לעיל, נדונה שאלה של גביית מס. הנישומים ביקשו לקיים את ההליך בדלתיים סגורות.¹⁹² בית המשפט העליון מצא שסגירת הדלתיים נועדה להגן על סודות מסחריים שעשויים להיחשף במהלך הדיון, אולם משלא נחשפו סודות כאלה, אין הצדקה להמשיך ולהסוות את שמות הצדדים. בית המשפט אף ציין שם שיקול הרתעה. זו המחשה לבירור אם יש חיכוך בין הפרטיות לפומביות. הליכי מס הם הליכים ציבוריים באופיים. המדינה תובעת תשלום מס מאזרחים, לפי דין שאמור לחול באופן מלא ושוויוני

189 ע"א 8805/13 דהאן נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (פורסם בנבו, 26.7.2016) (להלן: עניין סרנה) (החלטה בבקשתו של יגאל סרנה לעיין בפרוטוקול דיון חסוי).

190 לסדרי הדין כמשקפים ערכים מהותיים ראו למשל רוזן-צבי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 31. בהקשר של השפעת הטכנולוגיה על ההליך המשפטי ראו Orna Rabinovich-Einy, *Beyond Efficiency: The Transformation of Courts Through Technology*, 12 UCLA J.L. & TECH. 1 (2008).

191 הבחנת לעיל בין שני מצבים של ציבוריות טבועה (ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 107). האחד הוא כשצד יוזם הליך ציבורי באופיו ולכן הוא בחזקת מסכים לפרסום. המצב השני הוא כשההליך נכפה על האדם, כמו בהעמדה לדין פלילי, אולם ההליך ציבורי במהותו. זה המקרה כאן.

192 עניין יהל, לעיל ה"ש 44.

על הכול, לפי הוראות הדין ונסיבות כל מקרה ומקרה. בדומה להליכים פליליים, בהליכי מס יש ציבוריות טבועה.

אם לאחר הברור הזה המסקנה היא שעדיין יש התנגשות, יש להכריע, והפעם זו בקשה שבית המשפט (להבדיל מהמנהל השיפוטי) צריך לשקול. כאן המקום שבו הפרטיות והפומביות מעומתות במישרין. כיצד יש להכריע?

בארצות הברית בתי המשפט משתמשים במבחן של "מכלול הנסיבות", ובוחנים את מידת הציבוריות שיש בהליך, סוג המידע שצפוי להיחשף בהליך, סיכון למשפט פלילי וכדומה. בהתאם, בתי משפט התירו לתובעים בתביעות אזרחיות להשתמש בפסבדונים במקרים שעסקו בתקיפה ובהטרדה מינית, בהפלות, באמצעי מניעה, במחלות מין, בתיקי רווחה וילדים שננטשו, אבל במקרים שבהם נחשפו עניינים של אלכוהוליזם, חיפוש אוניברסיטאי במעונות סטודנטים, ובאופן כללי במצב שבו נגרמה מבוכה בלבד, נפסק שלא די בכך להצדיק חיסוי שמות.¹⁹³

מבחן כזה, של כלל הנסיבות, יוצר אי-ודאות מסוימת, אבל גם מאפשר גמישות. זו גמישות חשובה, שכן הזכות לפרטיות מושפעת מנורמות חברתיות, ואלה משתנות במרוצת הזמן.¹⁹⁴

איני סבור שיש כלל חד-משמעי שמתאים לכל המקרים. נדרש כאן פיתוח פסיקתי של סעיף 70(ד) לחוק בתי המשפט, שמסמיך את בית המשפט לאסור פרסום במקרה של "פגיעה חמורה" בפרטיות. כשם שבית המשפט העליון, והמחוקק בעקבותיו, קבעו כי פירוט של נזקי גוף הוא "פגיעה חמורה", יש לבחון מצבים נוספים. מידת הפגיעה בפרטיות היא השיקול העיקרי כאן. כל עוד הדין הישראלי מגדיר סוגי מידע מסוימים, לפי תוכניהם, כ"מידע רגיש", ניתן להיעזר בהגדרה זו כאמת מידה לקביעה אם פגיעה היא חמורה אם לאו. אולם כפי שטענתי לעיל, עצם הזיהוי של אדם טומן בחובו פגיעה פוטנציאלית, גם אם המידע כשלעצמו נראה תמים. בתי המשפט צריכים להיות ערים למאפיין זה של מידע בסביבה דיגיטלית: האפשרות לחבר נתונים אחדים לכלל תצרף אנושי שגדול מסך מרכיביו, והם צריכים להיות קשובים לנורמות החברתיות המשתנות.

4. השופטים: כתיבה זהירה

השופטים הם החוליה הבאה בשרשרת זרימת המידע שבהליך השיפוטי. הם מנהלים את ההליך בפן המהותי והדיוני שלו, ויש להם סמכות בדין לקבל החלטות. הם שכותבים את פסקי הדין. לשופטים יש עצמאות מוחלטת בכך, וכהוראת חוק היסוד, אין עליהם מרות

193 ראו סיכום של הפסיקה בעניין שבו ביקשו תובעים חיסיון לשמם, בתביעה ייצוגית נגד אתר ההיכרויות אשלי מדיסון, שמאגר המידע שלו נפרץ (לעיל ה"ש 107). בית המשפט האמריקני מצא שפרסום המידע עובר את סף המבוכה, אולם מאחר שמדובר בייצוג של אחרים, יש לפרסם את שמות התובעים. בית המשפט התיר לתובעים לחזור בהם מהתביעה עובר לאישורה כייצוגית. כמתואר לעיל, בית המשפט הישראלי פסק אחרת.

194 לדין ראו בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 79, בעמ' 39–43.

זולת מרותו של הדין.¹⁹⁵ הפתרון לבעיית החשיפה המקוונת אינו בחיוב לכתוב את פסק הדין בצורה מסוימת, אלא בהטמעת המשמעות של פרסום פרטים מזהים. כתיבה שיפוטית היא מלאכה מורכבת: היא מיועדת בראש ובראשונה לצדדים עצמם, ומסבירה את "השורה התחתונה", אבל היא מיועדת גם לציבור כולו.¹⁹⁶ פסק הדין הוא הבסיס לבחינה בערכאת ערעור.¹⁹⁷ ככל שמדובר בערכאה גבוהה יותר, פסק הדין מנחה או מחייב ערכאות נמוכות רבות יותר. לפיכך בהיבט של חשיפת מידע פרטי בפסקי הדין, מה שדרוש הוא בעיקר מודעות שיפוטית להיבטי הפרטיות: לכך שפסקי הדין מתפרסמים ברשת, לכך ששמות הם שאילתת חיפוש נפוצה, ולכך ששמות הם אמצעי זיהוי עיקרי. דרושה גם היכרות עם שיטות בסיסיות לעיבוד מידע, והבנה, למשל, שאזכור תאריך לידה ומקום מגורים עשוי להספיק לזיהוי של אדם, גם אם שמו אינו מופיע בהחלטה. כאשר מדובר באדם שגר במקום קטן, יש להקפיד עוד יותר באי-אזכור שם המקום ופרטים מזהים אחרים.¹⁹⁸ גם כאן דרושה הבנה דיגיטלית של המידע: שפריטי מידע אינם עומדים לבדם, וגם נתון תמים וטריוויאלי עשוי להצטרף לעוד נתונים טריוויאליים עד שהשלם עולה על סך חלקיו, ופוגע בפרטיות. דרושה ההבנה של חשיבות השם: שאיננו רק אמצעי זיהוי פשוט, אלא מפתח לקישור בין פריטי מידע. בכתיבה מודעת, שופטים יכולים למנוע פגיעה רבה בפרטיות הצדדים.

פנייתו של מנהל בתי המשפט לשופטים משנת 2009 עדיין תקפה.¹⁹⁹ ראוי לרענן אותה מעת לעת, ולהוסיף את הלימוד המתאים לשופטים במסגרות המתאימות של השתלמויות לשופטים או בדרכים אחרות. יוזמות שיפוטיות שמסבות את תשומת לב הצדדים לכללים המשפטיים המשתנים, כמו החלטת בית המשפט העליון בעניין אליהו שהפכה את ברירת המחלל בקשר לתביעות בגין נזקי גוף, ותיקון החקיקה שעניין אליהו שהפכה את ברירת מבורכות.²⁰⁰ דוגמה נוספת היא התנהלותו של בית המשפט העליון בפרשה שעסקה בדיני מסים, אבל הייתה כרוכה בחשיפת מידע אישי אינטימי רב על הנישום, אשתו ובנות זוג אחרות שלו. תחילה העביר בית המשפט את פסק הדין לצדדים בלבד וביקש מהם התייחסות לנושא הפרסום, ולאחר מכן פורסם פסק הדין תוך מחיקת פרטיהן של הדמויות השונות.²⁰¹ בצד זה, דרושה גם ההבנה שלעיתים אי-אפשר לעצור את זרימת המידע, ומה שיצא ופורסם – קשה להשיב. אבל גם אז, אני סבור שבתי המשפט אינם צריכים להתייאש. גם אם

195 ס' 2 לחוק-יסוד: השפיטה.

196 בתי המשפט עמדו על כך בקשר לחובת ההנמקה. ראו למשל ע"פ 446/01 רודמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 25, 30 (2002); ע"פ 1965/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 37 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר (פורסם בנבו, 17.8.2016).

197 שם.

198 להמלצות דומות לשופטים בטריבונלים שיפוטיים בקנדה, ראו David Loukidelis, *Privacy and Openness in Administrative Tribunal Decisions*, 22 CAN. J. ADMIN. L. & PRAC. 75, 88 (2009).

199 ראו פנייה דומה של המועצה השיפוטית בקנדה לשופטים, בשנת 2005, כמדווח אצל Loukidelis, שם, בעמ' 86. ההמלצה כללה הצעה לאי-הכללת פרטים, והצעה נוספת לטשטוש יוזם של פרטים, כמו יצירת ראשי תיבות שרירותיים לתיאור בעלי הדין. עמדה זו מהדהדת את גישתו של מוסקוביץ לשימוש בפסבדונים (ראו מוסקוביץ, לעיל ה"ש 27, וכן Strahilevitz, לעיל ה"ש 27).

200 ראו פניית בית הדין האזורי לעבודה לצדדים בתיקים שבהם נכלל מידע רפואי (לעיל ה"ש 17).

201 ראו את ההחלטה המשלימה בע"א 3328/15 פלוני נ' פקיד שומה אשקלון (פורסם בנבו, 12.3.2017).

מידע רב פורסם ברבים, בכל זאת יש ערך לצו איסור פרסום – כאשר זה נדרש לפי הדין המהותי.²⁰² הערך הוא הצהרתי וחינוכי. בית המשפט מצהיר כך על מה שראוי מבחינה ערכית. יהיו מי שילעגו לבית המשפט על כך שהוא מיושן, אבל בכל זאת יש ערך להצהרה הערכית. זאת ועוד, ברבות הימים הזיכרון האנושי ישכיח את הפרטים שפורסמו, אבל מידע שיפוטי מזהה יוסיף להיות נגיש ברשתות, ולנצח. בטווח הארוך, שמירת הפרטיות עשויה להתקיים, גם אם בנקודת הזמן הראשונית יש פגיעה.

5. הנהלת בתי המשפט: פרסום עצמי ללא מפתוח

משנכתב פסק דין ונמסר לצדדים, הכדור חוזר למערכת השיפוטית בכובעה כמנהלת ההליך. עותק פיזי של פסק הדין נמסר לצדדים עצמם. הנהלת בתי המשפט מפרסמת את פסקי הדין באתר הרשות השופטת ומעבירה את פסקי הדין לחברות מסחריות לצורך פרסום מקוון. עד שנת 2008 פסקי הדין נחשבו ל"יצירות" במובן לפי חוק זכות יוצרים, והן היו בבעלות המדינה. בעלות זו הייתה שריד לדין הבריטי שקבע כי זכויות היוצרים בפסקי דין נתונות לכתר.²⁰³ בישראל הומר הכתר במדינה. כיום אין זכויות יוצרים בפסקי הדין כלל.²⁰⁴ היעדר הזכויות נכון: המדינה (ובתי המשפט והשופטים) אינה זקוקה לתמריצי השוק שדיני זכויות יוצרים נועדו לספק ליוצרים. פסקי הדין נוצרים כחלק מההליך השיפוטי, ותמריצייהם של המחברים, כלומר השופטים, שונים בתכלית מאלה של היוצרים שאליהם מכוונים דיני זכות יוצרים.

עם זאת, היעדר זכויות יוצרים אין משמעו שאין להנהלת בתי המשפט שליטה בפסקי הדין. בפסקי הדין שתחת ידה, הרשות השופטת יכולה וצריכה לנקוט שורה של אמצעים כדי לוודא שרק מה שצריך להתפרסם – יתפרסם.

כרשות מנהלית, שיקול הדעת של הנהלת בתי המשפט מוגבל למדי: ההחלטות צריכות להיקבע לפי הדין המהותי. הרשות צריכה ליישם את הדין בכל מקרה ומקרה, ויש לה מרחב שיקול דעת מסוים בנוגע לאמצעים שהיא נוקטת כדי להבטיח את הפומביות או את הפרטיות, לפי העניין. על הנהלת בתי המשפט מוטלת חובה לאפשר פומביות במקרים שבהם פסק הדין פומבי, ומוטלת עליה חובה להעניק חיסיון לפסקי דין שאינם אמורים להתפרסם, למשל פסקי דין שניתנו בדלתיים סגורות ושלא הוחלט לפרסמם, כגון פסקי דין של בתי המשפט לענייני משפחה, שאינם צריכים למצוא את דרכם לאתר הפומבי של הרשות השופטת (ובוודאי לא להגיע לחברות מסחריות). פעולתה של הנהלת בתי המשפט צריכה להיות לפי החלטת השופטת בתיק.

בעיית הפרטיות מתעוררת כאשר פסקי הדין פומביים. הפתרון כאן הוא טכנולוגי-ארגוני. אני סבור שעל בתי המשפט לנקוט אמצעים לחיסוי פרטיהם המזהים של הצדדים ושל אחרים, לפני הפרסום באתר הרשות ולפני העברה לצדדים שלישיים: למשל, יש להשמיט פרטים מזהים כמו מספר תעודת זהות וכתובת מדויקת. תכליותיו של עקרון

202 ראו בדומה את הערות בית המשפט העליון בעניין פלונית (קטינה), לעיל ה"ש 9.

203 ראו Copyright Act, 1911, 6 Geo. 5, c.46, § 18 (Eng.).

204 ראו ס' 6 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007, שנכנס לתוקף ב-25.5.2008.

הפומביות, שאותן ראינו בפרק ד למאמר זה, לא ייפגעו אם תושמט כתובתו המדויקת של בעל דין. סוגיית השמות מורכבת יותר, שכן היא כבר משקפת בחירה ערכית. בעניין זה הרשות המנהלית צריכה להפעיל את שיקול דעתה ולמצוא את האיזון הראוי בעיניה בין הפרטיות לפומביות. כפי שהצעתי בעמודים הקודמים, אני סבור שיש לצמצם את תפוצת השמות, וכאשר יש פגיעה בפרטיות, למחוק אותם מפסקי הדין,²⁰⁵ או לשנותם באופן שיקשה את חיפושם במנועי החיפוש. דרך אחת היא להשחיר את השמות. דרך שנייה היא להחליף את השמות בראשי תיבות, או בשמות שרירותיים.²⁰⁶ ייתכנו דרכים נוספות, ויש לשקוד על איתורן.

באתר האינטרנט שלה, הרשות השופטת צריכה להמשיך לחסום אפשרות של מפתוח מצד מנועי חיפוש חיצוניים, לפחות בקשר לחיפוש שמי, ככל שהדבר ניתן מבחינה טכנולוגית.²⁰⁷ כלומר, את האתר יש לתכנת באופן שיאותת למנועי החיפוש על כך שהם אינם רשאים לאפיין חלק מתוכני האתר. פעולה כזו קיימת ומוכרת זה זמן, וגם נהוגה באתר הרשות השופטת בעת הזו. התוצאה היא שחיפוש שמות במנועי החיפוש הכלליים אינו אמור להניב תוצאות מתוך פסקי הדין. יש לשאוף לכך שיתאפשר חיפוש במנועי החיפוש לפי פרמטרים שונים, אבל לא לפי שמות. הממשק בין אתר הרשות השופטת (ואתרי אינטרנט בכלל) למנועי החיפוש משתנה כל העת, והנהלת בתי המשפט צריכה להתעדכן ולעדכן את האתר בהתאם.

אני ער לכך שיש כאן אתגרים טכנולוגיים, ויש להם עלות של בניית מערכת מתאימה, של הקדשת זמן של עובדי המערכת – הצוות הטכני, הפקידים ולעיתים השופטים, וכן שלעיתים יהיו טעויות בסיווג ויהיה צריך לפצות נפגעים בגין נזקי הטעויות. אולם הקשיים והעלויות כשלעצמם אינם מצדיקים התעלמות מהבעיה ואינם יכולים לקבוע את האיזון המהותי. התשובה שניתנה בעניין סרנה, כי צוות המחשוב לא היה יכול להתמים חלק מהפרוטוקול ולכן הוטל חיסיון על הפרוטוקול כולו, אינה תשובה קבילה.²⁰⁸ זו כניעה של הכלל המהותי למגבלה טכנולוגית. מערכת בתי המשפט צריכה להפנים את המשמעויות של החשיפה המקוונת, ולפעול בהתאם.

השלב הבא של זרימת המידע הוא העברת פסקי הדין לצדדים שלישיים, ובעיקר החברות המסחריות למיניהן.

205 כך למשל נהוג בקנדה, בעקבות התערבות של נציבת הגנת הפרטיות שם. ראו מכתבה Privacy Commissioner of Canada to Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic, University of Ottawa, 8.7.2008, עותק בידי המחבר.

206 ראו את הגישה הקנדית, של שימוש בראשי תיבות שרירותיים (לעיל ה"ש 199). בית משפט למשפחה נקט גישה דומה. ראו תלה"מ (משפחה ח"י) 60532-09-16 ויצמן נ' שחם-ויצמן (פורסם בנבו, 8.1.2018). בית המשפט התיר את פרסום פסק הדין, הגם שמדובר בענייני משפחה, אך בראש פסק הדין צוין: "שמות הצדדים והקטינים בהחלטה בדויים ונכתבו לצרכי נוחות בלבד".

207 כך בקנדה. לדין ראו KAREN ELTIS, COURTS, LITIGANTS, AND THE DIGITAL AGE: LAW, ETHICS, AND PRACTICE 71 (2nd ed. 2016).

208 עניין סרנה, לעיל ה"ש 189.

6. החברות המסחריות: מפתוח, ועניין חשבים

(א) העברת מידע מהנהלת בתי המשפט לחברות מסחריות

חברות מסחריות מפיצות פסקי דין מאז ראשית שנות התשעים של המאה הקודמת. תחילה הם הופצו בדיסקטים, בהמשך בתקליטורים, וכיום בגישה מקוונת. היקף הכיסוי של המאגרים המסחריים הלך והתרחב, כמו גם אפשרויות החיפוש בהם. החברות משמשות בפועל מתווך בין בתי המשפט ובין הציבור: הן מסייעות להנגשת פסקי הדין. השירותים המוספים שהן מספקות, כמו מנועי חיפוש מתקדמים, קישורים בין תכנים שונים (פסקי דין, חוקים, הצעות חוק ודברי הסבר, ספרות משפטית ועוד) – מסייעים לעורכי הדין, לשופטים, לסטודנטים ולחוקרי משפט אחרים בעבודתם היומיומית. השירותים נגישים בדרך כלל למנויים בלבד, ובתשלום. לחברות שיקול דעת כיצד לנהל את עסקיהן, שיקול דעת שמוגן הן כזכות קניינית (ואולי אף חופש ביטוי מסחרי) הן כחופש עיסוק. אולם זכויות אלה אינן מבטלות את הזכות לפרטיות של צדדים ואנשים אחרים בהליכים משפטיים.

חשוב לעמוד על הבדל של ממש בין החברות המסחריות לבין מתווכים אחרים כמו כלי תקשורת או אתרים לא מסחריים, למשל האנציקלופדיה השיתופית ויקיפדיה. מטרתן הלגיטימית של החברות היא להשיא את רווחיהן. בשונה מעיתונאים, לחברות אין בהכרח קוד אתי. הן כפופות לדין הכללי בלבד, וגם אם הן מקבלות עליהן כללי התנהגות מסוימים, הן חופשיות לשנותם כרצונן. בשוק הנוכחי בישראל אנו רואים כמה שחקנים. שחקן מרכזי אחד הוא חברת נבו. "מאגר נבו" אינו מאפשר למנועי חיפוש חיצוניים למפתח אותו. בדרך זו, חיפוש שמי של אדם במנוע חיפוש כמו גוגל אינו צפוי להניב פסקי דין מתוך "מאגר נבו". נוסף על כך, בחברה יש עובדים שתפקידם לבדוק את פרסום השמות, ולעיתים הם מסירים שמות של צדדים אף שפסקי הדין כללו אותם כדין, בין ביוזמתם ובין לפי פנייה של צדדים.²⁰⁹ במובן הזה, בעלי המאגר קבעו לעצמם כללים, שבחלקם מחמירים יותר מדרישת הדין ומבתי המשפט. אולם אין כל ערובה כי ינהגו כך לעד, ואין מוטלת עליהם כל חובה משפטית חיצונית לנהוג כך.

חברות אחרות, לעומת זאת, בחרו במודל עסקי אחר. בעת כתיבת המאמר נמצאו שתי חברות שפועלות במתכונתן, "תקדין לייט" ו"פסק דין".²¹⁰ החברות מציעות (בנפרד) שירות נגיש לציבור הרחב, גם זה שאינו מנוי. שלא כ"נבו", מאגר "תקדין לייט" ומאגר "פסק דין" מאפשרים למנועי החיפוש למפתח את התכנים שבהם. ואכן, חיפוש פלוני במנוע החיפוש של גוגל מניב לא אחת תוצאות שמפנות לאתרים אלה. התוצאה המוצגת באתרים אלה כוללת בדרך כלל חלק מפסק הדין, ומי שמבקש לעיין במסמך כולו מוזמן לרכוש אותו.²¹¹

209 הודעת דואר אלקטרוני מאלי נבו, מייסד ובעלי מאגר נבו, למחבר (7.9.2016).

210 "תקדין לייט" הוא השם המסחרי של אחת הפעילויות של חברת חשבים ה.פ.ס מידע עסקי בע"מ. אתר "פסק דין" נוסד על ידי זאב ולנר, והוא בבעלות חברת פסקדין – אתרי משפט בע"מ. התיאור בטקסט נסמך על עיון באתרים הרלוונטיים ובתנאי השימוש בהם, וכאשר לתקדין, גם על עניין חשבים, לעיל ה"ש 19, פס' ב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

211 נכון ל-18 במאי 2018, עלות מסמך ב"תקדין לייט" היא 35 ש"ח, וב"פסקדין" היא 27 ש"ח.

האתרים מאפשרים לצדדים לפנות אליהם בבקשה להסיר את התוצאות.²¹² נראה שבקשת ההסרה מהאתר עצמו היא כיום חנם, אולם "תקדין לייט" גובה תשלום בעד טיפול בבקשות הסרה מול מנועי החיפוש.²¹³ המודל העסקי-טכנולוגי הזה הביא לעימות חזיתי בין החברה לבין הנהלת בתי המשפט.

הנהלת בתי המשפט מבקשת מחברות מסחריות שמקבלות את חומרי הגלם, כלומר את פסקי הדין, להתחייב במסמך שכותרתו "כתב התחייבות", שהוא מבחינה משפטית חוזה. בין היתר, החברה שמקבלת את החומר (חנם) מתחייבת לפרסם רק מסמכים שפרסומם מותר.

(ב) עניין חשבים

בראשית 2013 ביקשה הנהלת בתי המשפט לעדכן את כתב ההתחייבות, ודרשה מהחברות המסחריות למנוע את המפתוח של מנועי החיפוש החיצוניים באתריהן.²¹⁴ הכוונה הייתה למנוע את התופעה שנדונה כאן: שחיפוש שמי במנועי חיפוש יוביל לפסקי הדין. הנהלת בתי המשפט לא פנתה למנועי החיפוש ולא ביקשה מהם לחסום חיפושים או העלאת תוצאות מסוג זה בלבד, דבר שהוא מורכב מבחינה טכנולוגית ומשפטית בעת הזו, אלא ביקשה מהחברות המסחריות של המידע המשפטי למנוע ממנועי החיפוש את המפתוח כליל. כך, בהיעדר מפתוח של פסקי הדין שנמצאים במאגרי החברות המסחריות, ממילא לא יוצגו פסקי הדין בתוצאות מנועי החיפוש. תוצאתה של בקשה זו רחבה מסוגיית השמות. משמעותה היא הפחתה של הנגישות ברשת לפסקי דין בכלל. חברת חשבים, מפעילת מאגר תקדין, התנגדה, ועתירתה לבג"ץ התקבלה.²¹⁵

חשבים העלתה טענות בדבר היעדר סמכות של הנהלת בתי המשפט, בנוגע להליך שקיימה רשות זו,²¹⁶ ובדבר שיקול דעתה לגופו של עניין. השופטים רובינשטיין, חיות

212 באתר "פסקדין" לא צוינה עלות הטיפול. נכתב שם כך (18.5.2018): "בעלי דין המבקשים הסרת המסמך מהמאגר באמצעות פניית הסרה בעמוד יצירת הקשר באתר. על הבקשה לכלול את שם הצדדים להליך, מספרו וקישור למסמך. כמו כן, יציין בעל הדין בבקשתו את סיבת ההסרה. יובהר כי פסקי הדין וההחלטות באתר פסק דין מפורסמים כדין ובאישור הנהלת בתי המשפט. בעלי דין אמנם רשאים לבקש את הסרת המסמך, אולם במצב בו אין צו האוסר את הפרסום, ההחלטה להסירו נתונה לשיקול דעת המערכת".

לפי ס' 6.4 לתנאי השימוש של "תקדין לייט", ניתן לבקש הסרה ללא תשלום של פסק דין מהמאגר. מובהר שם שפסק הדין יישאר במאגר תקדין, ומכל מקום יש לבעלי האתר שיקול דעת בעניין. ראו <http://bit.ly/2Mu0vDJ>.

213 ראו שם, ס' 6.7 לתנאי השימוש של "תקדין לייט". בפסק הדין צוין כי הפעילות של "תקדין לייט" מניבה ל"תקדין" 20% מהכנסותיה (עניין חשבים, לעיל ה"ש 19, פס' כא לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין), אך לא צוין שם איזה חלק מהכנסות מקורו ברכישת גישה למסמכים ואיזה חלק מקורו בתשלום בעד פעולות ההסרה.

214 שם, פס' ג לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

215 בד בבד עם העתירה, הוגשה תביעה ייצוגית נגד חברת חשבים, אולם לאחר פסק הדין של בג"ץ, הסתלק התובע מהתביעה. ראו ת"צ (מחוזי ת"א) 34134-01-12 שווימר נ' חשבים ה.פ.ס. מידע עסקי בע"מ (פורסם בנבו, 14.12.2016).

216 הטענות כנגד ההליך נדחו (עניין חשבים, לעיל ה"ש 19, פס' כו-כט לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין). לא ארחיב בכך כאן.

ופוגלמן מצאו כי הנהלת בתי המשפט פגעה בחופש העיסוק של חשבים, ומשום כך הייתה דרושה הסמכה מפורשת בחוק, ואין להסתפק בהסמכה בחקיקת משנה או בהסמכה כללית כלשהי.²¹⁷ אכן, יש להניח שמניעת המפתוח הייתה פוגעת במספר הגולשים המבקרים באתר "תקדין לייט" ובהיקף הרכישות של גישה לפסקי דין, ושמספר המבקשים לפעול להסרת פסקי דין שנגישים באמצעות מנועי החיפוש היה מצטמצם לאפס. כלומר, יש להניח שאכן איסור המפתוח היה פוגע בהכנסות החברה. בפעולת המפתוח ראה בית המשפט משום "פרסום שירותים" של החברה,²¹⁸ ובהתאם, קבע כי "פגיעה בשרשרת הפעילות העסקית [...] עלולה להגיע לכדי פגיעה בחופש העיסוק".²¹⁹ המשגת האינטרס המוגן של חשבים כחופש עיסוק בקשר לפרסום מעלה כמובן גם היבטים של חופש ביטוי מסחרי.²²⁰

(ג) ביקורת על פסק הדין

פסק הדין אינו משכנע מכמה היבטים, ובייחוד בהיבטי חופש העיסוק, הפרטיות והפומביות.

חופש עיסוק

האומנם נפגע במקרה זה חופש העיסוק של החברה? חופש העיסוק משמעו שאין לפגוע בפעילותו העסקית של האחר. במובן הפשוט ובמבט ראשון, הדרישה של הנהלת בתי המשפט ממאגרי המידע המסחריים למנוע מפתוח מצד מנועי החיפוש אכן מתערבת בפעילותם העסקית, ופוגעת בהם. אולם הצורה שבה הציג בית המשפט את הדברים הפכה את החופש של האחד (מאגרי המידע המסחריים), לחובה של האחר (הנהלת בתי המשפט) לסייע לו. כמונחים הופלדיאניים, בית המשפט הפך את החופש שמולו החובה שלא להפריע, לתביעת זכות שמולה ניצבת חובה לסייע למימושה באופן אקטיבי, בדרך של אספקת פסקי דין ללא מגבלות טכנולוגיות, וללא דרישות נלוות.

האם לחשבים ולחברות אחרות יש זכות קנויה לקבל את המידע מהנהלת בתי המשפט? פסקי הדין הם של הציבור. אין בהם זכויות יוצרים. כפי שראינו בחלק ג לעיל, יש חשיבות רבה לפרסומם. אבל הם מתפרסמים כדי לשרת אינטרסים ציבוריים, ולא כדי לספק מקור פרנסה לגורמים אחרים. המודל העסקי הפרטי שמשמש במידע ציבורי הוא תוצאה נלווית, וכשלעצמה יש לה יתרונות ובוודאי אינה פסולה, אבל הוא אינו מקים זכות עצמאית לקבל

217 שם, פס' יז-כה לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. נוסף על כך, ולמעלה מן הדרוש, השופטים בחנו את ההליך המנהלי, ולא ראו לנכון לפסול את ההחלטה מחמת פגם מסוים שנפל בהליך, שם, פס' כט. השופט רובינשטיין, ובהסכמת השופט פוגלמן, בחן גם את שיקול הדעת המנהלי עצמו, ומצא כי גם בכך כשלה הרשות (שם, פס' לו ואילך). השופטת חיות (כתוארה אז) הסתפקה בפסילת ההחלטה מחמת סוגיית היעדר ההסמכה.

218 שם, פס' כא לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. הערה זו אינה ברורה. פרסום נעשה בדרך כלל על ידי הגורם שמציע את השירות, ואילו כאן המפתוח נעשה על ידי צד חיצוני, מנוע חיפוש. השוו לאיסורי פרסום שמוטלים על בעלי מקצוע מסוימים. לדיון באיסור פרסום המוטל על רופאים, ראו רע"א 1367/95 פורפורציה מרכז רפואי בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 28 (1995).

219 עניין חשבים, לעיל ה"ש 19, פס' כא לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

220 שם, וכן, שם, בפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות.

את המידע בכלל או בצורה מסוימת דווקא. אילו הייתה מחליטה הנהלת בתי המשפט כי תחדל כליל לפרסם פסקי דין ולא תעבירם לאיש, בוודאי הייתה בכך פגיעה קשה בעקרון הפומביות, והחלטה כזו לא הייתה עומדת. אולם האם יש להנהלת בתי המשפט חובה לספק את פסקי הדין בכלל, לכל דורש, ובצורה מסוימת דווקא? איני סבור כך. משמעות פסק הדין היא שאם למשל תרצה הנהלת בתי המשפט לשנות את הפורמט הטכני של פסקי הדין, והדבר לא יהיה נאה למי מהחברות שנסמכו על קבלת המידע בצורה מסוימת, תהיה להן טענה חזקה של פגיעה בחופש העיסוק. למשל, אם הנהלת בתי המשפט תקודד את הקבצים שבהם פסקי הדין עצמם, באופן שלא יהיה ניתן למפתחם²²¹ – ואני סבור שבכוחה של הנהלת בתי המשפט לפעול כך, ואולי גם חובתה לנהוג כך – האם כל אזרח יוכל לדרוש לקבל גם הוא את כל פסקי הדין בכל יום? במילים אחרות, לחברות יש חופש עיסוק, אבל אין חובה לספק להן חומרי גלם ציבוריים בצורה מסוימת דווקא. המדינה אינה אחראית למודלים העסקיים של החברות, ואינה צריכה להיות כפופה להם.

הנהלת בתי המשפט אינה מקודדת את הקבצים המועברים לחברות המסחריות, והיא מעבירה אותם בפורמט שמתאים לכל הצדדים. הקידוד אינו טכנולוגי, אלא משפטי: תנאי נלווה מצורף לכל פסק הדין וקובע כי אין להפיצו בצורה מסוימת, כלומר אין להפיצו באופן שיהיה ניתן למפתוח ושיהיה ניתן לחיפוש במנועי החיפוש.

אפשר לדקדק ולומר כי השוני הוא בזהות המבצע: אילו הנהלת בתי המשפט הייתה מקודדת את פסקי הדין בעצמה בדרך שתמנע מפתוח של מנועי החיפוש, אין בכך פגיעה בחופש העיסוק של מקבלי המידע, אולם כאשר הנהלת בתי המשפט דורשת מגורם אחר לבצע פעולה מסוימת בעצמו, יש בכך פגיעה. אני סבור שבמערך הדברים הנוכחי אין לייחס משקל לשוני בזהות הצדדים. החסימה למפתוח היא פעולה פשוטה וטריוויאלית שלה עצמה אין עלויות. אין צורך לפתח תוכנה מיוחדת או לשכור מהנדסי תוכנה לשם כך.²²² לעומת זאת, קידוד פסקי הדין בדרך שמונעת את מפתוחם היא פעולה מורכבת יותר, לפחות כיום. לכן הדרישה ממאגרי המידע למנוע מפתוח ממקמת את הפתרון הטכנולוגי במקום הזול ביותר לביצועו.

מפתח לנסות לאתר מקרה מוחשי מקביל, אולם יש להיזהר ממטפורות פיזיות להמשגת הסביבה הווירטואלית, ולהיות ערים להבדלים.²²³ הנהלת בתי המשפט מעוניינת בפרסום פסקי הדין, אבל תוך הגבלת השימושים האפשריים בהם. כלומר, היא מעוניינת בפרסום, אבל לפי תנאיה, שמשקפים הכרעה ערכית שבסמכותה של רשות מנהלית להחליט. חשבו על בעלי הזכויות בסרט, שמתיר לאולם קולנוע להציגו ברבים, אבל דורש מבעלי האולם לאסור על המבקרים לצלם את הסרט באולם. במקרה זה, יש לבעלי הזכויות מנוף משפטי איתן להיאחז בו: זכות היוצרים שלו מאפשרת לו לשלוט בביצוע הפומבי של היצירה.²²⁴ במקרה הנוכחי, אין להנהלת בתי המשפט זכויות יוצרים בפסקי הדין. אולם מכך אין להסיק שאין לה שליטה בהם. יש לה שליטה מעשית, בכך שהיא המקור למידע שמועבר לחברות

221 למעשה מדובר בסוג של מנגנון ניהול זכויות דיגיטלי (Digital Rights Management – DRM).

222 ראו לעיל ה"ש 18.

223 ראו אברהם טננבוים "על המטאפורות בדיני המחשבים והאינטרנט" שערי משפט ד 359 (2006).

224 ראו ס' 11(3) ר-13 לחוק זכות יוצרים. תודתי לנעם רתם שדימוי זה עלה בעקבות שיחה איתו בנושא.

המסחריות. יש לה שליטה משפטית משום שהיא רשות מנהלית שחייבת בשמירת הפרטיות ובהבטחת הפומביות, ולכן יש לה חובה לאזן ביניהן בעצמה. אין כאן דבר שמקים זכות למקבלי המידע לקבל את המידע בצורה מסוימת אחת, ולא אחרת.

פומביות ופרטיות

בבחינת שיקול הדעת של הנהלת בתי המשפט, ניסח השופט רובינשטיין את האיזון הדרוש כעומות בין הפרטיות לבין עקרון הפומביות הכללי וחופש העיסוק של חשבים. שיקול הפרטיות הוצג כפגיעה היתרה שעלולה להיגרם לבעלי דין מהמפתוח.²²⁵ זיהוי הפגיעה כנובעת מהמפתוח נכון, אך חלקי. הפגיעה בפרטיות נגרמת מהחשיפה המקוונת בכלל: ההנגשה המלאה של כל פסקי הדין, העברתם מלכתחילה לפרסום בזירות מקוונות, והנגישות למנועי החיפוש שמתאפשרת על ידי המפתוח שלהם. בייחוס הפגיעה בפרטיות למפתוח, חסרה הבנה של הפרטיות כשליטה, וההבנה של גורלה של הפרטיות בסביבה מקוונת, שבה פרטים טריוויאליים מצטרפים בקלות לתמונה גדולה. בית המשפט חזר על ההצדקה המקובלת בפסיקה בקשר לפומביות, ומסגר אותה כחלק מ"אידיאולוגיית השקיפות".²²⁶ אולם אין שם הסבר איך תיפגע הפומביות אם יוגבל המפתוח.

בית המשפט העיר כמה הערות טכנולוגיות, ומהן גזר מסקנות משפטיות. ראשית, בית המשפט העיר שהמפתוח הוא ברירת המחדל ומניעתו היא בחירה אקטיבית של בעל האתר.²²⁷ אני סבור שאין לייחס משקל לעניין זה. חסימת המפתוח היא עניין טכני של מה בכך, ונעשה כדבר שבשגרה באתרים רבים. הוא אינו כרוך בעלויות כשלעצמו. שנית, בית המשפט קבע כי הפרטיות נפגעת מעצם מציאת פסק דין הכולל פרטים אישיים, במנוע החיפוש, וכי "זהות האתר אליו מפנה מנוע החיפוש אינה שוללת פגיעה זו".²²⁸ כלומר, בית המשפט הניח שפסקי הדין מתפרסמים ממילא, ולכן גם אם תהיה חסימה במקום אחד, חיפוש במנועי החיפוש בכל זאת יוביל לפסק הדין. חוששני שתיאור זה הופך את סדר הדברים. תוכן מתפרסם תחילה באתרים, לאחר מכן אלה ממופתחים על ידי מנועי החיפוש, ורק אז התכנים נגישים למשתמשים של מנועי החיפוש. חסימת המפתוח באתרים תביא לידי כך שתוצאות החיפוש לא יכללו את פסקי הדין. תיאור זרימת המידע מבהיר כי פסקי הדין מגיעים ממקור אחד: הנהלת בתי המשפט. חברה מסחרית שתוצאה ללקט בעצמה את פסקי הדין בנייר מכל בתי המשפט, תצטרך להשקיע משאבי עתק באיסוף, סריקה מתוחכמת ועיבוד התכנים. אתרי אינטרנט אחרים, כמו אתרים של משרדי עורכי דין, בתי ספר למשפטים ועמותות שונות, כוללים לעיתים פסקי דין, אולם רק בהיקף מוגבל, ולפי שיקול דעת של בעלי האתר. במילים אחרות, אין זה מקרה שבו "הסוסים ברחו מהאורווה". הנהלת

225 עניין **חשבים**, לעיל ה"ש 19, סוף פס' לא לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

226 שם, פס' לב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

227 שם, פס' לו לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

228 שם.

בתי המשפט היא צוואר בקבוק בזרימת המידע, ולכן מניעת המפתוח במפגש שבין החוליה של הנהלת בתי המשפט לבין החברות המסחריות, יכולה גם יכולה להיות אפקטיבית.²²⁹ בית המשפט ציין כמה אפשרויות חלופיות לצמצום הפגיעה בפרטיות: רענון לסגל המשפטי והמנהלי באשר לכתיבת פסקי דין; פרסום מקדים לצדדים לפני פרסום ברשת, כדי שיוכלו לבקש מחיקה של פרטים אישיים,²³⁰ סריקת פסקי הדין בידי תוכנה ייעודית לאיתור פרטים מזהים וכדומה.²³¹ אלה הן הצעות ראויות, והן עוסקות בחוליות הקודמות של זרימת המידע השיפוטי. הן גם מדגישות כי לבית המשפט יכולת וסמכות לקבוע מה יועבר, ואיך יועבר, לצדדים שלישיים. כאן לא ראה בית המשפט פגיעה בחופש העיסוק.

מלבד הטעמים האלה, קשה שלא להבחין בשיקול מרכזי שעולה בין השורות של פסק הדין, ולבסוף יצא המרצע מן השק: בית המשפט היה ספקן בנוגע לתועלת של חסימת חלקית של תהליך זרימת המידע. הדברים נאמרו בקשר לחסימת המפתוח שנדונה זה עתה, וגם באופן כללי: השופט רובינשטיין העיר כי "קשה להלום את הטענה לפיה מצב עניינים זה – בו פסק-דין נגיש וחפיש (Searchable) במאגר משפטי אינטרנטי – מספק 'אלמוניות בפועל' (Practical Obscurity) בניגוד למצב הקיים כיום, בו ניתן למצוא פסקי-דין באמצעות מנועי חיפוש אינטרנטיים".²³² אכן, מנעד האפשרויות כאן אינו בין פרסום מלא לאי-פרסום כלל. מדובר בעניין של דרגה. המושג של "אנונימיות בפועל",²³³ או בניסוחו של השופט רובינשטיין "אלמוניות בפועל", הוא מושג מפתח כאן.²³⁴ פתרון מוחלט – לא ימצא. אבל יש הבדל ניכר בין גישה אוניברסלית לשמות וחיפוש פסקי דין לפי שמות – שלא בהכרח מגשים את המטרות של עקרון הפומביות, לבין גישה מתווכת.

בהמשך לכך, עמד השופט פוגלמן על ההבדל בין גישה של עורכי דין, שמתקיימת באמצעות המאגרים המשפטיים למיניהם, לבין גישה של מי שאינם עורכי דין, שבמקרה שבו ייאסר המפתוח, תוגבל הגישה שלהם. במילים אחרות, השופט סבר שהחלטתה של הנהלת בתי המשפט לא תשיג את מטרתה, והפגיעה בפרטיות תוסיף להתקיים. אני סבור שגם אם החלטתה לא הייתה מונעת את הפגיעה בפרטיות לגמרי, היא הייתה מצמצמת אותה במידה מספקת כדי להכשיר אותה. אכן, יש הבדל בין עורך דין לבין מי שאינו עורך דין בקשר לגישה למידע: מטרות הגישה שונות, צורת החיפוש שונה, ההקשר שונה. עורך דין בדרך כלל יחפש פסקי דין לפי מספרם, לפי נושא, לפי אזכור חקיקה או פסיקה, ולא דווקא

229 בית המשפט הצביע על אפשרות זו לגבי חלק מפסקי הדין ש"יינצלו" מפרסום, אולם הוא היה ספקן בעניין (שם, פס' לח לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין).

230 ראו בדומה בארצות הברית, דוח של המועצה השיפוטית: Judicial Conference Policy on Privacy and Public Access to Electronic Case Files, (9 March 2008), <http://bit.ly/2MDorUt>.

231 עניין חשבים, לעיל ה"ש 19, פס' מ לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

232 שם, פס' מג לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

233 זה הביטוי שננקט בעניין פלוני [2319/08], לעיל ה"ש 60, פס' 29 לפסק דינו של השופט שנלר.

234 נראה שאזכור ראשון של המושג מופיע בפסק דין אמריקני: U.S. Dept. of Justice v. Reporters Committee For Freedom of Press, 489 U.S. 749, 762 (1989) (פסק הדין עסק בגישה למרשמים פליליים שבידי המדינה).

לפי שמות, אלא אם כן מדובר בהלכות ידועות מאוד. לעומת זאת, כאשר אזרח מחפש ברשת לפי שמות אנשים, מטרת החיפוש אינה קשורה דווקא ללימוד, למחקר או לדין משפטי.²³⁵ הכפירה באנונימיות בפועל, משמעה כניעה לפרסום. גישת בית המשפט בעניין חשבים אינה עולה בקנה אחד עם גישתו במקרים אחרים, שבהם בית המשפט הטיל איסור פרסום, אף שהמידע כבר נפוץ בתפוצה רחבה ברשת. באותם מקרים העירו השופטים כי יש טעם בצווי איסור פרסום גם אם המידע כבר דלף.²³⁶ במקרים אלה, השיקול הנורמטיבי – הטעמים לאיסור הפרסום – גבר על המצב הטכנולוגי, ובמודע. ואילו בפסק הדין בעניין חשבים, המצב הטכנולוגי דחק את השיקולים הנורמטיביים המשפטיים. לסיכום הביקורת על פסק הדין, אני סבור כי הדרישה להגביל את המפתוח פוגעת בחברת חשבים ובחברות שהמודל העסקי שלהן דומה בפן הזה, אולם אין פה פגיעה בחופש העיסוק במשמעותו המשפטית, משום שאין לחברה המסחרית זכות קנויה לקבל את המידע בצורה מסוימת דווקא, או ללא מגבלות שנועדו להשיג איזון בין עקרון הפומביות לזכות לפרטיות. לכל היותר יש פגיעה בהסתמכות שלה על חומר שכבר קיבלה. כמו כן, בית המשפט צריך להיות עקבי בעדיפות של השיקולים הנורמטיביים על פני המצב הטכנולוגי.

7. מנועי חיפוש

חוליה נוספת בזרימת המידע היא מנועי החיפוש עצמם. כאן למדינה יש הרבה פחות שליטה, שכן מנועי החיפוש הנפוצים הם בבעלות חברות מסחריות זרות. הפריצה של האינטרנט לחיינו לוותה בטענות על כך שמדובר במרחב גלובלי, שאינו כפוף למרותה של שום מדינה.²³⁷ כיום מדינות מחילות את דיניהן על חברות אינטרנט זרות שפועלות בתחומן הווירטואלי. התוצאה היא שעתוק של גבולות מדיניים לתוך הרשת. מנועי החיפוש פועלים במרחב המקוון הישראלי וכפופים לדין המקומי.²³⁸ עם זאת, האכיפה אינה מובנת מאליה. השאלה היא אם ניתן לדרוש ממנועי החיפוש להתערב בתוכן שאליו הם מקשרים, ולחייבם להסיר שמות מפסקי הדין או להימנע מתוצאות חיפוש שמפנות לפסקי דין שמיים. נראה שקשה למצוא לכך בסיס בדין הקיים. הנגשת פסקי הדין אינה פרסום אקטיבי מצד מנועי החיפוש, ומנוע החיפוש אינו אחראי לשאילתות החיפוש של הגולשים. מנועי החיפוש טוענים גם כי התוצאות "האורגניות" של החיפושים (בשונה מתוצאות ממומנות)

235 יש להניח שאילו מגבלת המפתוח הייתה נותרת בעינה, ובעקבות זאת היה מצטמצם היקף פסקי הדין הנגישים, היו קמים מתווכי מידע שהיו רוכשים את המידע בצורה אחת ומוכרים אותו הלאה בצורה אחרת. ובכל זאת המשוכה שהייתה נוצרת הייתה מרחיבה את ההגנה על הפרטיות בפועל.

236 ראו למשל עניין פלוגנית (קטינה), לעיל ה"ש 9, פס' 15 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

237 בצד הפופולרי ראו את "הצהרת העצמאות של האינטרנט": John Perry Barlow, *A Declaration of the Independence of Cyberspace* (8.2.1996) <http://bit.ly/2OPsni4> David R. Johnson & David G. Post, *Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace*, 48 STAN. L. REV. 1367 (1996).

238 להחלת הדין הישראלי על מנועי חיפוש בבעלות זרה ראו למשל ע"א (מחוזי ת"א) 44711-11-14 סביר נ' בר נוי (פורסם בנבו, 22.6.2015).

הן הפלט של אלגוריתם החיפוש הכללי, שהחברות אינן מתערבות בו.²³⁹ הטענה הזו בדבר ניטרליות האלגוריתם אינה משכנעת. האלגוריתם הוא טכנולוגיה שעוצבה על ידי החברה ועובדיה, ולכן הוא מגלם ערכים מסוימים. מנוע החיפוש יכול לשנות את האלגוריתם. בפועל, מנועי החיפוש אכן מתערבים באלגוריתם כדי לחסום שאלות מסוימות. למשל, מוכר המקרה של חסימת תוצאות שמובילות לאתרים אנטישמיים בצרפת, שם יש איסור לבטא ביטויי שנאה.²⁴⁰

אולם אין מקום לדרוש ממנועי החיפוש למנוע חיפוש שמות בכלל – שהרי חיפושים רבים מובילים לתוצאות לגיטימיות, פומביות, שהנזכרים בהם מעוניינים בפרסום, למשל עמודי אינטרנט אישיים פומביים. מניעת האפשרות לחיפוש שמי תפגע קשות בחופש העיסוק של מנועי החיפוש ואף בחופש הביטוי שלהם עצמם, בעילותם, ובאפשרויות הגישה למידע מצד הציבור. קשה גם לדרוש ממנועי החיפוש לחסום גישה לאתרים שמנגישים פסקי דין לציבור: רבים מפסקי הדין ראויים לפרסום – הם עוסקים בשאלות ציבוריות מהמעלה הראשונה. גם כאן דרישת חסימה כזו תפגע בחופש הביטוי, הקניין והעיסוק של מנועי החיפוש, ובאינטרסים חשובים של הציבור.

במילים אחרות, אילו הייתה מוטלת חובה משפטית על מנועי החיפוש למנוע קישור לפסקי דין באמצעות חיפוש שמות, היו מתעוררים קשיים ניכרים. יש טעמים עקרוניים להימנע מהטלת חובה כזו: אילו הוטלה החובה, תוצאתה הייתה עריכה מוקדמת אינטנסיבית. מנועי החיפוש, שברובם הם בבעלות תאגידים למטרת רווח, ינהגו בצורה של ניהול סיכונים: הם יחסמו הרבה יותר ממה שצריך, כדי להימנע מחשיפה משפטית.²⁴¹ כלל כזה יפגע בעקרון הפומביות יתר על המידה.

גישה אחרת היא לדרוש הסרה בדיעבד של תוצאות חיפוש מסוימות. בכך מנועי החיפוש צברו ניסיון רב בעשור האחרון דרך המנגנון של "הודעה והסרה", המופעל בקשר לתכנים פוגעניים שנכללים בתוצאות חיפוש. במדינות האיחוד האירופי, מנגנון כזה הוא תנאי לחסינות משפטית לספקי שירות בכלל, ובהם מנועי חיפוש, וזאת בכל הקשר של פגיעה:²⁴² כך, אזרחית צ'כית שסבורה ששמה הטוב נפגע ברשת על ידי גולש אחר כלשהו ברשת החברתית, יכולה לפנות לפייסבוק ולדרוש ממנה להסיר את התוצאה הפוגענית. בעל זכויות יוצרים גרמני יכול לדרוש מגוגל להסיר תוצאות חיפוש שמובילות לאתרים שמפרים את

239 בתי משפט אמריקנים קיבלו את הטענה הזו בכמה מקרים שבהם טענו בעלי אתרים שגוגל שינתה את אלגוריתם החיפוש שלה בצורה שהעלימה אותם מהתוצאות, או דחקה אותם למיקום נמוך ולא אפקטיבי. ראו למשל Search King Inc. v. Google Technology, Inc., 2003 WL 21464568 (W.D. Okla. May 27, 2003). בתי המשפט פסקו שהאלגוריתם מגלם את חופש הביטוי של גוגל.

240 ההתערבות הזו באה בעקבות פסק דין ידוע מצרפת, שבו הורה בית המשפט לחברת יאהו למנוע מסחר בין גולשים בפריטים ניאון-נאציים. ראו League Against Racism and Antisemitism (LICRA) v. Yahoo! Inc. (County Court, Paris, 20.11.2000).

241 לדיון מפורט בסוגיה של הטלת אחריות על מתווכים ברשת, ובכללם מנועי חיפוש, ראו טל ז'רסקי ומיכל לביא "שומרים על קשר: הצעה למודל חדש לאחריות מתווכים מקוונים" משפטים מג 631 (2013).

242 Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce' 2000 O.J (L 178) 1, § 12–15

זכויותיו. גולש בפולין יכול לדרוש הסרה של חומר שפוגע בפרטיותו. בארצות הברית הונהג מנגנון כזה בקשר לזכויות יוצרים בלבד.²⁴³ המנגנון אינו מחייב את מנוע החיפוש לבצע בדיקה מראש, אבל מאפשר לו לפעול בדיעבד ולזכות בחסינות משפטית בזכות תגובתו על הודעה מצד מי שנפגע מתכנים שפרסמו גולשים אחרים. בישראל, בתי המשפט בערכאות הדיוניות אימצו את הנוהל של הודעה והסרה בכמה הקשרים, בעיקר לשון הרע וזכות יוצרים: ספק שירות שונה לפי נוהל זה צפוי לזכות בחסינות משפטית.²⁴⁴

8. הזכות להישכח?

החוליה האחרונה בשרשרת המידע באה לאחר שהמידע כבר פורסם, ואולי כבר היו מי שהשתמשו בו. זה סוף מעגל החיים של המידע, השלב שבו מבקשים להביא לסיום נוכחותו, אם תרצו – להמיתו. ואכן, באיחוד האירופי במיוחד התפתחה בשנים האחרונות זכות חדשה, שכותרתה "הזכות להישכח", ובשמה המדויק יותר – "הזכות להימחק". סוגיה זו מעוררת שאלות רבות מאוד, ולא זה המקום להרחיב את הדיון בהן. אסתפק בהערות קצרות. הטענה להכרה בזכות זו עלתה תחילה בספרות האקדמית, ובייחוד בספרו של חוקר האינטרנט ויקטור מאייר־שנברגר,²⁴⁵ ובהמשך התקבלה בפסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם,²⁴⁶ וכעת גם ברגולציה הכללית בעניין הגנת מידע אישי.²⁴⁷

מריו קוסטחה גונזלס הוא עורך דין ספרדי, שבעברו נקלע להליכי פשיטת רגל. לפי הדין הספרדי בנושא, פורסמו בשעתו מודעות משפטיות על פשיטת הרגל שלו בעיתון מקומי, כדי שנושים יוכלו לעמוד על זכויותיהם. בחלוף 12 שנים, כשפשיטת הרגל מאחוריו, הופתע גונזלס לגלות שחיפוש שמו במנוע החיפוש גוגל מעלה בין היתר את המודעה המשפטית הישנה שפורסמה בעיתון, שכעת היו לה מופעים דיגיטליים מקוונים. תביעתו להסרת תוצאות החיפוש הגיעה עד הערכאה האירופית הגבוהה ביותר. המסגרת המשפטית הייתה הדירקטיבה להגנת מידע אישי משנת 1995. בית הדין מצא שגוגל מנהלת "מאגר מידע" כהגדרתו בדירקטיבה, ולפיכך עליה לציית לחובות שקבועות שם, ובין היתר שהמידע שנשמר צריך להיות רלוונטי ולא לחרוג מהדרוש. על הווי המשפטי הזה תלה בית הדין את חובתה של גוגל לנתק בין חיפוש שמו של גונזלס לבין התוצאה הספציפית בעיתון שבו פורסמה המודעה. אין זו מחיקה כללית, ואין זו "שכחה" כללית: העיתון לא נדרש למחוק את המודעה הישנה. המודעה עדיין קיימת שם. חיפוש באתר העיתון אמור להעלותה. גם חיפוש נושאי מתאים בגוגל אמור להעלות את התוצאה המסוימת. אולם חיפוש לפי שמו של גונזלס אינו אמור להגיע לאתר העיתון. במילים אחרות, הזכות שנקבעה בדין היא זכות להסרה, או ליתר דיוק לא־קישוריות. בעקבות פסק הדין הנהיגה גוגל מנגנון מסודר לפניות

²⁴³ Online Copyright Infringement Liability Limitation Act, codified as 17 U.S.C. § 512.

²⁴⁴ ראו למשל ת"א (מחוזי מר') 567-08-09 א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ נ' רוטרנט בע"מ (פורסם בנבו, 8.8.2011).

²⁴⁵ VIKTOR MAYER-SCHÖNBERGER, DELETE: THE VIRTUE OF FORGETTING IN THE DIGITAL AGE (2011).

²⁴⁶ .Case C-131/12 Google Spain v. Gonzalez, [2014] E.C.R.

²⁴⁷ .GDPR-ל' 17 ס'.

להסרת קישורים מהסוג הזה. מאות אלפי בקשות הוגשו, והן נבחנות באופן פרטני על ידי גוגל.²⁴⁸

הזכות להישכח נתונה בידי מושא המידע, ומופנית כלפי מנועי החיפוש. במובן הזה, זה מקרה ייחודי של מנגנון "הודעה והסרה", נושא שנדון בתת-הפרק הקודם, בדבר מעורבות מנועי החיפוש. מצד אחד, הפתרון של הסרה בדיעבד פותר את החשש מחסימת יתר מצד מנועי החיפוש ופגיעה בחופש הגלישה והביטוי של הגולשים; הוא יהיה מדויק יותר וממוקד יותר. מנגד, יש בו חשש לניצול לרעה – שאזרחים יבקשו הסרה של תוצאות חיפוש שאינן נוחות להן, גם אם אין בהן פגיעה בזכויותיהם.

הדין הנוכחי בישראל אינו מכיר בזכות זו במפורש, וכדי להגיע אליה נדרשת פרשנות מורכבת ופלתלה במידת מה. לעיגון חקיקתי של הזכות להישכח יש חסרונות רבים.²⁴⁹ בינתיים ראוי לזכור שהסדרה של הסביבה הדיגיטלית אינה באה רק מצד המשפט, אלא גם מצד השחקנים האחרים בזירה, וגם בדרכים טכנולוגיות. לכן אני סבור שראוי שמנועי החיפוש יחילו את האפשרות לדרוש הסרת תוכן שפוגע במושאי מידע גם בישראל, כדי שלאזרחים תהיה כתובת נוספת לפנות אליה במקרים המתאימים: כך הם יוכלו לדרוש הסרה של קישוריות לתוצאות של פסקי דין שבהם נזכרו, במקרה שלא היה ראוי לפרסמם מלכתחילה, או שיש פגיעה בפרטיותם ולמשל, פסקי דין שעוסקים בנוקדי גוף שהתקבלו ופורסמו לפני כניסת התיקון לחוק. זה פתרון בדרך של "הסדרה פרטית".

ה. סוף דבר

כמו שינויים טכנולוגיים-חברתיים אחרים, המעבר של מערכת בתי המשפט מפרסום אנלוגי לפרסום דיגיטלי מקוון הביא גם ברכה וגם אתגרים חדשים. ההנגשה המקוונת של הפסיקה משרתת את התכליות שביסוד עקרון הפומביות. עם זאת, יש לה השפעה לא רצויה על הפרטיות של מי שנזכרים בפסקי הדין. פרסום פסקי הדין באינטרנט מאפשר חיפוש שמי של אנשים, וכך מאפשר לכל אחד להגיע בקלות למידע על אנשים אחרים, גם כאשר מדובר בסכסוכים פרטיים, שאין עניין ציבורי מיוחד בזהות המתדיינים בהם. הדין הקיים ממשיג את הסוגיה כאיזון בין הזכות לפרטיות לעקרון הפומביות, ובעדיפות העקרונית של הפומביות על הפרטיות חל שינוי מסוים לטובת הפרטיות, בדרך של פסיקה וחקיקה. השינוי הזה בא בתגובה על השינוי הטכנולוגי, שחיזק בפועל, ובאופן ניכר, את הפומביות על פני הפרטיות. המאמר בחן את הסוגיה של החשיפה המקוונת ואת ההליך השיפוטי בכלל כתהליך מידעי: מידע נוצר על ידי הצדדים להתדיינות, על ידי בתי המשפט וגורמים אחרים, ולאחר מכן הוא מופץ ברבים בדרכים שונות. ההמשגה הזו מאפשרת לנו לבחון את הדינמיקה שנוצרת בעקבות כניסתן של טכנולוגיות חדשות לזירות חברתיות קיימות. כפן המשפטי,

248 ראו את "עמוד השקיפות" של גוגל בקשר לבקשות ההסרה האירופיות: <http://bit.ly/2MFDmxi>.
249 בכנסת הוגשו הצעות חוק ברוח זו, אך נכון למועד כתיבת שורות אלה, החקיקה לא קודמה. ראו למשל הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכות להישכח), התשע"ה–2015, פ/1565/20. לביקורת ראו "הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכות להישכח) התשע"ה–2015" (חוות דעת של המכון הישראלי לדמוקרטיה, 9.10.2015), זמין בכתובת <http://bit.ly/2OUKdAs>.

הניתוח הראה שהתמונה מורכבת יותר מעימות בין פרטיות לפומביות, שיש בה עוד שחקנים מלבד בעלי הדין והגולשים שמחפשים מידע, ולכן יש עוד נקודות פוטנציאליות להסדרה: כל תחנה בזרימת המידע היא חוליה שראוי לבחון את השפעתה ואת כוחה על פרסום המידע, ובהתאם אפשר לבחון הסדרה של זרימת המידע באותה תחנה. דיון זה ממחיש גם כי לצד הפתרונות המשפטיים האפשריים בדרך המקובלת של תיקון חקיקה או קביעת הלכה שיפוטית, יש גם פתרונות ארגוניים וטכנולוגיים אפשריים, ובעיקר ניתן לשלב את סוגי ההסדרה השונים. אין להשלות את עצמנו: אף אחת מדרכי ההסדרה אינה פתרון מושלם, אבל שילוב נכון של אפיקי ההסדרה יכול לשקף טוב יותר את הערכים המהותיים שעל הפרק.

מלבד חשיבות העניין לצדדים המעורבים במקרה של פרסום פסקי דין ברשת, הנושא ממחיש את סוג הדיונים הרגולטורי הדרוש בעת כניסתן של טכנולוגיות חדשות לחיינו. בעשורים האחרונים אנו עדים לשינויים מפליגים בנורמות החברתיות בעקבות פיתוחן של טכנולוגיות כאלה, ולעיתים אנו נפעמים ואובדי עצות לנוכח השינויים האלה. בכל הקשור לפרטיות, והייחוד במערכות סייבר מתקדמות, ובעקבות השקפתה של הפילוסופית ניסנבאום, ראוי לאתר את תהליכי זרימת המידע הרלוונטיים, ואז להוסיף עליהם את הממד הנורמטיבי-ערכי. הסתכלות כזו מציעה נקודת מבט שבו-בזמן מאירה את המורכבות של המצבים הנדונים, וגם מציעה פתרונות אפשריים. במיוחד חשוב השילוב של המשפט ושל הטכנולוגיה. האפשרות של הסדרה בדרך טכנולוגית, שמכונה הנדסת פרטיות, ובייחוד בהקשר הציבורי, היא כיוון אפשרי שראוי לאמצו בסל הכלים הרגולטורי.