

## זמן חירום: פרטיות במלחמה

מיכאל בירנהק\*

### תקציר

הגדרה של מצב כמשבר וכמצב חירום יוצרת דחיפות, שעלולה להצדיק השעיה של זכויות אדם. כך למשל בעת מגפה או בעת במלחמה. חריגות המצב משמשת הצדקה לבידוד ההווה המשברי מהעבר ומהעתיד, תוך הבטחה שזהו מצב זמני, ועם החזרה לשגרה ישובו ויישמרו זכויות האדם המושעות. המסה בוחנת את גורלה של הזכות לפרטיות בעת מלחמה. פרטיות היא זכות יסוד בעלת מעמד חוקתי מפורש בדן הישראלי. הזכות מגינה עלינו מפני אחרים, מפני תאגידים ומפני המדינה, באמצעות הצבת גבול ברור ותחימת מרחב שאליו אסור למדינה להיכנס, אלא אם יש בידה הסמכה מפורשת דיה ופעולתה ראויה ומידתית. מצב המלחמה הנוכחי חושף את קיומם של מרחבים אפורים, שנמצאים בין הציבורי לפרטי. המסה בוחנת את הפרת הזכות לפרטיות, בין היתר בהקשר של צילום פוליטיקאים על רקע בתים הרוסים, פלישה תקשורתית ללובי של בתי מלון שבהם שוהים מפונים, צילום המפגשים של חטופים ששוחררו עם יקיריהם ו"סרט הזוועות". אטען שיש להקפיד על הזכות לפרטיות, דווקא במצבי חירום.

\*\*\*

חבר כנסת מצטלם על רקע בית פרוץ בקיבוץ בנגב המערבי. ראש הממשלה מדריך את אחד האנשים החזקים בעולם, בעליה של רשת חברתית משפיעה, בסיוור מצולם בבית אחר. מפונים מעבירים את זמנם בלובי של בית מלון, שאליו נכנסים צלמים, עיתונאים, מתנדבים וסקרנים. בתי חולים מצלמים פגישות ראשונות של מי ששבו מהשבי עם בני משפחותיהם. המדינה עורכת סרט שמורכב מקטעי וידאו, בעיקר ממצלמות גוף שנשאו המחבלים וצולמו בזמן אמת, ומקרינה אותו בפני עיתונאים, פוליטיקאים ודיפלומטים בעולם.

\* פרופ' מיכאל בירנהק, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב (birnhack@tauex.il) (tau.ac.il)

במצבים אלה ה"פרטי" הפך ל"ציבורי", בדרך כלל בעל כורחם של האנשים שבהם מדובר. ביתם נחשף לעין כול והופך לאתר סיורים; ביתם הזמני פתוח לרווחה; הרגעים האינטימיים ביותר של חייהם מוקרנים על מסכים; רגעי האימה שבהם תמצית אנושיותם ניטלה מהם בידי אויב אכזר, הופכים לכלי מדיני.

במצבים אלה הפרטיות נרמסה באופנים שונים, בדרך כלל לטובת אינטרס אחר - אינטרס צר של פוליטיקאי מסוים, אינטרס לאומי רחב של "הסברה", אינטרס תקשורת לפרסם מידע בשם "זכות הציבור לדעת" ו"חופש העיתונות", אינטרס של בית החולים שמבקש לקדם את פעילותו כדי לקבל תרומות נחוצות. ברשימה זו אטען להכרחיות ההגנה על זכויות אדם בכלל, והזכות לפרטיות בפרט, דווקא במצבי חירום, דווקא במלחמה. פרטיות אינה מותרות לימי שלום בלבד. היא חיונית לפרט, לחברה ולמדינה, גם בעת מלחמה.

## זכויות אדם

בימי שגרה, מרכיב מהותי בסל הערכים הלאומי שלנו הוא זכויות האדם. במערכת היחסים בין האזרחים למדינה הדמוקרטית הליברלית מוגדרות חובות של המדינה כלפי אזרחיה וזכויותיהם כלפיה (כרמי, 2018). זכות אדם היא האמצעי שבידי האזרח להציב לפני המדינה שלט ברור: "עד כאן". חשיבות הזכויות מתחדדת כאשר יש התנגשות בין הפרט וצרכיו לבין אינטרסים ציבוריים. אדם שמבקש להלל ולשבח את המדינה, ועמדתו תואמת את דעת הרוב, לא נזקק להגנת חופש הביטוי, שכן המדינה, וככל הנראה אף אחד אחר, לא יתנכלו לו, לא יצנזרו את דבריו ולא ינסו לצנן את התנהגותו. אדם שמזמין אחרים לתוך ביתו, מפרסם ברבים את תמונתו ומשתף במידע אישי מרצונו החופשי, אינו זקוק להגנת הזכות לפרטיות. הזכות מאפשרת לו להחליט לפרסם או להסכים לפרסום, ואיש לא ימנע זאת ממנו. הזכויות דרושות כאשר המדינה טוענת שקיים אינטרס שמצדיק את הפגיעה בזכויות: שמירה על הסדר הציבורי במהלך הפגנה סוערת למרות חופש ההפגנה, הגבלת פרסומים מטעמי ביטחון למרות חופש העיתונות, פרסום מידע פרטי למרות הזכות לפרטיות. כוחן של זכויות אדם נבחן ביכולתן לבלום את המדינה.

בתי המשפט אמונים על פרשנות חוקי היסוד שקובעים את זכויות האדם (חלקן נקבע במפורש בחוקי היסוד, כגון הזכות לפרטיות, וחלקן נקבע בדרך של פרשנות שיפוטית, למשל חופש הביטוי). בתי המשפט בוחנים את ההתנגשויות בין הזכויות

לבין צורכי הציבור והמדינה. עוד מראשית ימי המדינה, וביתר שאת מאמצע שנות ה־80, פיתח בית המשפט העליון מערכת ענפה של כללים שנועדו לפתור התנגשויות כאלה: שפת האיזונים (מדינה, 2016). השפה עשירה במונחים מעולם ההנדסה, כמו "איזון אנכי" (כאשר זכות מתנגשת עם אינטרס ציבורי, למשל התנגשות בין זכותם של מפגינים לאינטרס של סדר ציבורי, כגון תנועה חופשית בנתיבי איילון) ו"איזון אופקי" (כאשר זכויות מתנגשות זו בזו; למשל, כאשר אדם מבקש לפרסם ספר אוטוביוגרפי, הכולל פרטים על בן זוגו לשעבר, חופש הביטוי של הראשון מתנגש בזכות לפרטיות של השני). נמצא שם גם "נוסחאות איזון" (כמו "מבחן הוודאות הקרובה", המוכר מפסק הדין בעניין **קול העם** מלפני 70 שנה, אשר בו קבע בג"ץ כי אין הצדקה לסגירת עיתון שפרסם מאמר ביקורתי על הממשלה, משום שהחשש שעליו הצביעה הממשלה, לפגיעה בביטחון המדינה, לא היה קרוב לוודאי), "משקל" (שניתן לערכים השונים) ו"יחס הפוך" (בין זכויות לאינטרסים).

מארג האיזונים מנסה ליצור מדרג עקרוני בין זכויות אדם לאינטרסים של הציבור, ומדריך פעולה חוקתי שמכתיב מתי אלה גוברות על אלה ובאילו תנאים. במילים אחרות, זכויות אדם, כפי שיודעת לדקלם כל סטודנטית בקורס למשפט חוקתי, אינן מוחלטות, לפחות לא בדין הישראלי (ברק, 2010). לא ברור אם אמירת הפסיקה בדבר יחסיות הזכויות היא עמדה פילוסופית של ויתור מראש על כוחן המוחלט של זכויות, או מסקנה משפטית־מעשית, שמתייחסת לתוצאת האיזונים בין זכויות אדם לאינטרסים הציבוריים.

כל זה בזמנים רגילים. ומה בעת מלחמה?

## מצב חירום

קל להציב סוגריים סביב מלחמות ולסמן אותן כחריגות, כסטייה מהמצב הנורמלי. המלחמה הנוכחית חריגה במובנים רבים, ובוודאי שונה מכל מה שהכרנו עד כה. לא בכדי השוו רבים את אירועי השבעה באוקטובר לפרעות קישינב לפני 120 שנה ולשוואה, ולא למלחמות קודמות (למעט השוואות פוליטיות להפתעה של מלחמת יום הכיפורים ולקריסת ה"קונספציה"). הצבת הסוגריים סביב מלחמה, כל מלחמה, ותיאורה כאירוע חריג מבדדים אותה מהעבר ומהעתיד, מגדירים את המצב כלא־נורמלי ויוצרים "מצב חירום" (Agamben, 2005). כך גם בעיתות משבר אחרות, כמו מגפת הקורונה (בירנהק, 2022). אכן, מלחמה היא עת חירום ואינה נורמלית. קרל שמיט, שהיה שותף להתוויית האידאולוגיה הנאצית, טען כבר לפני מאה ואחת שנים שהריבון הוא מי שבכוחו לקבוע מהו מצב חירום (לדין ביקורתי, ראו: Agamben,

2005). לעומת זאת, במלחמה הנוכחית האויב הוא שיצר את מצב החירום. לפי סמכותה בסעיף 40(א) לחוק יסוד: הממשלה, בשמונה באוקטובר הכריזה הממשלה על "נקיטת פעולות צבאיות משמעותיות [...] בשל המלחמה שנכפתה על מדינת ישראל". ההכרזה שיקפה את מה שהיה ברור לכול כבר בבוקר של אותה שבת נוראה.

מרגע שמוגדר מצב חירום, נפרץ הסכר. מצב חירום יוצר דחיפות, והדחיפות מצדיקה השעיה של כללים, עקרונות ופרקטיקות רגילים. במצב הלא־נורמלי אין צורך בכל אלה. עקרונות וכללי התנהגות של ימי שגרה הופכים באבחת ההכרזה על מצב החירום ללא רלוונטיים. הם יחכו לשעתם, אחרי הצבת הסוגר השמאלי, אחרי המלחמה, בתום שעת החירום. במובן הזה, בהגדרה "מצב חירום" טמונה מעט נחמה: היא מאותתת שזהו מצב ביניים זמני, וכאשר יסתיים נשוב אל המנוחה והנחלה, אל הנורמליות. אבל בינתיים, המלחמה היא שעת חירום, מוגדרת בהווה, בגרסה הדקדוקית של הווה מתמשך, present continuous.

בשם הביטחון ומצב החירום נרמסו לאורך ההיסטוריה זכויות אדם רבות: חירות; חופש התנועה, ההתאגדות, הביטוי והעיסוק; זכות הקניין ועוד. בישראל הוכרז מצב חירום מעט לאחר קום המדינה, ומאז מחדשת הכנסת את ההכרזה מדי שנה בהצבעה נטולת הוד (בנדור, 2018). מצב החירום מתיר לממשלה להתקין תקנות שעת חירום "כדי להגן על המדינה, ביטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים", כלשון סעיף 39(א) לחוק יסוד: הממשלה. לכנסת, המייצגת את העם, אין כמעט מקום בתמונה הזו. לפי סעיף 39(ג), בכוחן של התקנות "לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים", תחת מגבלה כללית - "אין בכוחן של תקנות שעת חירום למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע או להתיר פגיעה בכבוד האדם" [סעיף 39(ד)]. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו משלים את התמונה ומתיר הגבלת זכויות מכוח תקנות שעת חירום, "ובלבד שהשלילה או ההגבלה יהיו לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא עלו על הנדרש" (סעיף 12).

אם כן, מצב מלחמה בישראל הוא סוגריים בתוך סוגריים, הווה מתמשך קצר טווח בתוך הווה מתמשך ארוך טווח, ואילו נקלעת גם הפרטיות שלנו. דווקא בתוך הסוגריים, במצב החרגי, בשעת החירום, יש לזכויות האדם חשיבות עצומה. זו שעת המבחן שלהן.

מלחמה מערערת מן היסוד את המושגים היציבים המוכרים לנו: את הביטחון בבית, את האמון במדינה, שמחובתה להגן עלינו, את ההסכם הלא כתוב שהמדינה תדאג לנו אם בכל זאת יקרה אסון. בראשית המלחמה הנוכחית, המושגים האלה התנפצו לעין כול ובקול רעם. בתוך השאון והנפץ, זכויות האדם צריכות להיות העוגן שבו אנחנו

נאחזים. אם נציב גם אותן בסוגריים שבתוך הסוגריים שבתוך סוגריים, ונשעה אותן, אנחנו עשויים לשלם מחירים גבוהים מדי, כיחידים וכחברה, בהווה הממושך וגם אחריו.

## פרטיות

לפרטיות פנים רבות. פרטיות היא נורמה חברתית שמסדירה יחסים בין אישיים ויחסים בין הפרט לקהילה, והיא זכות יסוד מול המדינה. השיח התאורטי על אודות הפרטיות בחמישים השנים האחרונות בחן איך ספור הצדקות לפרטיות, מסוגים שונים (Solove, 2008).

אני מארגן את ההצדקות השונות כאוסף מעגלים קונצנטריים, שכל אחד מהם מכיל את קודמיו (בירנהק, 2023). אתחיל במעגל הפנימי, מעגל האדם. סוג הצדקות אחד נגזר מדיון פילוסופי על כבוד האדם והאוטונומיה של הפרט, ומדגיש את חשיבות השמירה על יכולתו של אדם לקבל החלטות בעצמו, בלי התערבות חיצונית. כאשר גורם אחר מחליט עבורנו, הוא מבטל את האוטונומיה שלנו. הפרטיות מאפשרת את האוטונומיה הזו. סוג הצדקות נוסף נגזר מראייה פסיכולוגית, ומדגיש את הצורך האנושי במרחב פרטי לפיתוח הזהות והאישיות. אנו זקוקים לסביבה, ממשית ווירטואלית, שבה נוכל להרהר, לחשוב, לתהות ולטעות בלי לתת דין וחשבון. הצדקות נוספות מדגישות את ההשפעה החברתית השלילית של מעקב: מבט מנטר שממשע וממסטר אותנו, ואף מצנן התנהגויות לגיטימיות וחשובות עבורנו. הפרטיות משמשת מגן בפני המעקב. במעגל השני, הפרטיות ממלאת תפקידים חשובים בכינון יחסים בין אישיים. למשל, היא מאפשרת לשותפים ביחידה הזוגית לבסס אמון זה כלפי זה או זו, בידועם שהזוגיות היא מרחב בטוח. כמובן, פרטיותם של בני הזוג אינה אישור לנצל את הזוגיות לרעה. ההצדקות הקודמות, שמדגישות את חשיבות הפרטיות ליחידים, נוכחות גם כאן. כל אחד מבני הזוג זכאי לפרטיות עבור עצמו, אם יבחר בכך. הפרטיות חשובה גם במעגל של הקהילה, שכן היא יוצרת מצבים של "ביחד ולחוד", שמאפשרים לפרטים לשמור על זהות אינדיווידואלית ובה בעת להיות חלק ממארג חברתי רחב יותר. לבסוף, במעגל החיצוני, לפרטיות יש תפקיד מרכזי במדינה הדמוקרטית. הפרטיות מאפשרת פעולות פוליטיות חשובות כמו חשאיות הבחירות או חברות במפלגה. היא מגוננת על זכויות אדם אחרות, למשל על ביטוי אנונימי או חברות בהתאגדות חוקית, ועשויה לצמצם אפליה. וחשוב מכול, הפרטיות מסמנת את הגבול שבין המדינה לאזרחיה והיא סממן דמוקרטי מובהק, והיעדרה - סממן טוטליטרי מובהק.

המשפט מזהה מצבי פרטיות וקובע את המותר והאסור לגביהם. במענה לאיומים קלאסיים על הפרטיות כמו צילום ללא רשות, האזנת סתר, פתיחת מכתבים, פרסום

מידע אישי וכדומה, המשפט מגדיר עוולות נזיקיות, כלומר נותן זכות לאדם לתבוע כל גורם שפגע בו. במענה לאיום שנשקף מהמדינה, שעלולה לנסות ולמלא את תפקיד "האח הגדול" בחזונו הקודר של ג'ורג' אורוול, המשפט פיתח את הפרטיות החוקתית. הפרטיות אינה יציבה, אלא תלויה בשני גורמים לפחות, שבעצמם אינם יציבים: טכנולוגיה ופרקטיקות חברתיות.

למרות ההכרזות הפופולריות על מות הפרטיות, הטענה ש"אין לי מה להסתיר" והביקורת על כך שהפרטיות מעכבת חדשנות, הפרטיות היא עדיין זכות יסוד חוקתית. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו [סעיף 7(א)] מכריז: "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו". חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 מפרט. אין בחוק היסוד או בחוק הגדרה של הפרטיות, אלא רק קביעת מצבים שהם פגיעה בפרטיות.

דיני הפרטיות מאורגנים במתכונת בינארית: האם יש פגיעה בפרטיות או אין פגיעה כזו, וכל צד במשוואה כולל הסתעפויות. למשל, אם ניתנה הסכמה של האדם מושא הצילום והפרסום, אין פגיעה (חוק הגנת הפרטיות, סעיפים 1, 3). אם נמצא שיש פגיעה (לכאורה, תוסיף המשפטנית הזהירה), נבחן האם הפעולה מותרת בכל זאת, תחת הכותרת "פטור" או "הגנה משפטית" (חוק הגנת הפרטיות, סעיפים 18, 19). מצבי הפגיעה בפרטיות המפורטים בחוק כוללים עוד הנגדות. אחת הבולטות שבהן היא "רשות היחיד" לעומת רשות הרבים [חוק הגנת הפרטיות, סעיף 2(3) מול סעיף 2(4)]. אלה הכללים המשפטיים: צילום ברשות היחיד - אסור. צילום כזה הוא פגיעה בפרטיות. פרסום של התצלום הוא פגיעה נוספת בפרטיות [חוק הגנת הפרטיות, סעיף 2(10)]. צילום ברשות הרבים, לעומת זאת, מותר, ומותר גם לפרסם את התצלום, אלא אם הוא פוגע בכבוד המצולם. מיד מתעוררות שאלות: מהי רשות היחיד? מהי רשות הרבים? מהי פגיעה בכבוד?

לעיתים, קל להשיב: ביתו של אדם הוא רשות היחיד. כיכר העיר היא רשות הרבים. אבל לא כל מה שקורה בבית הוא פרטי: יש לנו חלונות ושכנים, ספקי טלוויזיה ואינטרנט שיודעים במה אנחנו צופים ובאילו אתרים אנחנו גולשים, מערכות "בית חכם" שמתעדות את התנהגותנו בבית. פמיניסטיות ופמיניסטים יוסיפו, בדאגה מוצדקת, שאין להפריד בין ה"פרטי" ל"ציבורי", שכן הפרדה זו עלולה לכסות על אלימות של גברים כלפי נשים ועל פגיעה מסוגים שונים. גם לא כל מה שקורה במרחב הפיזי הציבורי שייך לרשות הציבור (Nissenbaum, 1998): חיבוק חטוף שנותנת אישה לבת זוגה בכיכר, ביקור במרפאה לפיריון, בקליניקה של פסיכולוג או במפגש של "אלכוהוליסטים אנונימיים", השתתפות של נערה במפגש של איג'י, בילוי של אדם

חרדי במסיבת טבע בשבת, או מה שקורה בחוף הים של געש. כל אלה הם עניינים פרטיים, גם אם הם מתרחשים במרחב ציבורי.

## מרחבים אפורים

וישנם מקרים מאתגרים מבחינה משפטית, שהם בין הפרטי לציבורי. הבינאריות של המשפט מתנגשת בחיים עצמם, שהם מורכבים יותר מאוסף ההנגדות ותרשים הזרימה המשפטי. מרפסת שבה נמצא גבר בתחתונים (בעניינו של ידוען שצולם כך, נקבע שפרטיותו נפגעה); תא הכלא שבו הוחזק יגאל עמיר וצולם 24 שעות ביממה, שבעה ימים בשבוע (בית המשפט פסק שמדובר ברשות הרבים); או חצר הכלא שרק גדר פשוטה מפרידה בינה לבין החופש, שבה צולמו אסירים לומדים תורה לצד האסיר אריה דרעי (גם במקרה זה נטה בית המשפט לקביעה שמדובר ברשת הרבים). אלה הם מרחבים אפורים, לימינאליים, בין הפרטי לציבורי.

תיחום הפרטי והציבורי מצריך פרשנות. המבחן אינו מבחן קנייני: לא משנה מי בעלי המקום, יש לנו פרטיות במלחמות בחדר הכושר ובתאי מדידה בחנות הבגדים. מאותה סיבה, אנו זכאים לפרטיות גם במרחב הציבורי. גם אם אנשים אחרים רואים אותנו, ואולי מכירים או מזהים אותנו, נאסר על המדינה לעקוב אחרינו. אם לדעת המדינה יש הצדקה למעקב, למשל לשם "איתור מגעים" בתקופת הקורונה, המדינה צריכה לצלוח את המסננת של "פסקת ההגבלה" בחוק היסוד: מותר למדינה לפגוע בזכויות אדם, ובכללן בפרטיות, רק אם הפגיעה נעשית לתכלית ראויה, בדרך של חקיקה או בהסמכה מספקת, ובמידה שאינה עולה על הנדרש. זו דרישת המידתיות (חוק היסוד, סעיף 8).

## המרחב הפרטי בעת מלחמה

בחזרה לבית הפרוץ בקיבוץ. הטילים שנורו, השרפה שהוצתה והקרוב שהתחולל שברו את הגבול בין הפרטי לציבורי בבתים רבים שנפגעו. השבר היה פיזי, לא מטפורי; הפנים נגלה לעיני כול. כאשר חבר כנסת הצטלם על רקע הבית הפרוץ, כאשר ראש הממשלה הדרך סוור בתוך בית, ואורחו רב הכוח צילם במכשיר הנייד שלו, נחשפו פרטים שנוגעים למי שגרו בבית ואינם שם כעת, ואולי אינם עוד איתנו. ייתכן שאלה פרטים טריוויאליים - תמונה ששרדה, בגדים בתפוזות, ספרים שהאש לא כילתה, מזכרות מטילים - אבל החפצים האלה אינם שייכים לחבר הכנסת או לראש הממשלה. המלחמה, מצב החירום והנסיבות הקשות לא מצדיקים את הפקעת פרטיותו של אדם בכל הנוגע לביתו, חפציו והוא עצמו. אבל הצילומים והסיוורים הפקיעו אותם. הצילום

מנע מבעלי הבית, מי שקורת הגג הייתה מבצרם, להחליט בעצמם האם לארח, האם לחשוף.

"אבל יש בזה ערך הסברתי!" הזדעקו המגוננים על הפוליטיקאים. אם יש כזה, הרי זהו אינטרס ציבורי. ההחלטה לגבי קיומו של אינטרס כזה נתונה לאנשי מקצוע, אבל אל לנו להשאיר בידיהם בלבד את ההכרעה האם הוא גובר על הזכות לפרטיות. מי שצילים והצטלם, נכנס וסייר, הפיץ ופרסם, עשה זאת על דעת עצמו, בלי לשאול את בעלי הבית. יכולתם להחליט בעצמם, עבור עצמם, ניטלה מהם. הם הפכו מסובייקט לאובייקט, מתכלית לאמצעי. "אלה החיים", בוודאי יאמר מי שיאמר.

ומהבית ללובי של בית המלון. "המפונים" - קטגוריה חברתית חדשה במילון הישראלי - גרים בחדרי מלון, ולא למטרת נופש או "קייטנה", כפי שהעיר בגסות רוח פקיד ממשלתי באוזני כמה מהם. חדרים אלה, מרווחים ונעימים ככל שיהיו למי שבאו לנופש קצר, אינם מקום מגורים ראוי למשפחה למשך זמן. כל אחד ואחת מבני המשפחה זקוק למרחב פיזי וחברתי משלו, למידה כלשהי של פרטיות, גם זה מול זה. בהיעדר חלופות, הלובי במלונות השונים הפך למקום התכנסות עבור חברי הקהילה: תושבי ניר עוז נפגשו בלובי של "ים סוף", תושבי בארי ישבו בלובי של "דיוויד", שהמלוכה ניטלה ממנו בים המלח, ותושבי מגן ושדרות התאספו בלובי של "Enjoy", בלי הרבה הנאה. מכורח הנסיבות, הלובי איננו עוד מקום מפגש שקט לשיח רעים ולכוס משקה, אלא תחליף למועדון הקיבוצי ולסלון הביתי. לכאורה, הלובי הוא מרחב ציבורי פתוח לכול, וכל עובר אורח יכול להיכנס, בכפוף לבדיקה ביטחונית. אבל גם עיתונאים נכנסו לשם: זו מלאכתם, ובמקום הזה נמצאים אנשים שיש להם מה לספר. כאשר הכניסה נעשית בהסכמה, העיתונאים הם אורחים רצויים. כאשר הכניסה, והמצלמה שנלווית אליה, אינן בהסכמה, הציבורי שהפך למעין פרטי בשל נסיבות הפינוי הופך שוב לציבורי.

"אבל יש בזה עניין ציבורי!" יאמרו עורכי החדשות. אכן, חיי המפונים מעניינים, ויש עניין ציבורי (במובן של אינטרס) בהכרת אורחות חייהם. אבל המפונים עצמם הם שאמורים להחליט האם לארח זרים מצוידים במצלמות בתוך המרחב האפור שנכפה עליהם.

בתי החולים קלטו את מי ששבו מהשבי אל החירות. המפגשים בין השבים והשבות לאהוביהם מרגשים עד אין קץ. פסיכולוגיות מומחיות הדגישו את הצורך במעטפת מגוננת, בהקלה על החזרה לחירות, כדי לא להעצים את הטראומה. אבל במפגשים אלה נכחו מצלמות: של בני המשפחה, של לשכת העיתונות הממשלתית ושל בתי החולים. האירוע הפרטי הפך לציבורי. העיתונאים הקפידו לציין שהפרסום נעשה בהסכמת המשפחה, אך האם הסכמה זו יכולה להכשיר את התיעוד והפרסום?



התשובה המשפטית הפורמלית חיובית (חוק הגנת הפרטיות, סעיפים 1, 3): הסכמה מדעת ומרצון חופשי מכשירה פגיעות לכאורה בפרטיות. אבל הרגישות מחייבת בדיקה מעמיקה יותר. למרות הכוונות הטובות, מערך הכוחות אינו שוויוני. האם בני משפחה שמעייניהם נתונים אך ורק ליקיריהם, יכולים לסרב לבקשת בית החולים? סירוב ייתפס ככפיות טובה. ובסערת הרגשות של אירוע כזה, האם אפשר לקבל החלטה מושכלת?

סרט הזוועות, שלא צפיתי בו, כשמו כן הוא. המחבלים שאנסו ורצחו בוודאי לא ביקשו מקורבנותיהם רשות לצלם. הם גזלו את הגוף, את הנפש, את כבוד האדם ואת החיים, והתיעוד גזל את כבוד האדם פעם נוספת. כעת באה המדינה, מלקטת את הסרטונים ועורכת אותם לפרסום, ומסבירה שיש ערך ציבורי ואינטרס מדינתי של הסברה בשימוש מבוקר בהם, במיוחד אל מול מכחישי האירועים - למרבה הזוועה, יש כאלה ברחבי העולם. אניח שהאינטרס קיים ויש לו חשיבות - אין זה תחום המומחיות שלי - זו פגיעה קשה. אין כאן שאלה אם מדובר ברשות היחיד או ברשות הרבים, הפגיעה בפרטיות ברורה. נוצרת התנגשות בין הזכות לפרטיות לבין האינטרס הציבורי, וברובד נוסף, התנגשות בין תפיסה קאנטיאנית של הפרטיות (וזכויות אדם בכלל), לפי הציווי הקטגורי שאין להשתמש באדם כאמצעי, לבין תפיסה תועלתנית, שהמחזיקים בה שוקלים עלות מול תועלת, ומוכנים לעמוד בעלות של הפגיעה בפרטיות המצולמים ובכבודם, למען התועלת המקוּוּה.

בכל המצבים האלה, קל להשעות את שיח הזכויות, את שפת האיזונים הרגילה. המשעים יאמרו שהסוגריים בתוך הסוגריים שבהם אנחנו נתונים - זמן מלחמה בתוך שעת חירום מתמשכת - מחייבים כללים אחרים, שבהם אין מקום לאיזון אופקי או אנכי, לשקילה זהירה של ערכים בבית המרקחת המשפטי. אין להם ספק שהאינטרס הקולקטיבי ראוי לבכורה. אבל הבכורה הזו לא נקנית בניזיד עדשים, אלא נגזלת במחיר של פגיעה בכבוד האדם.

זמנים של משבר מעמידים במבחן את החוסן החברתי. זהו מבחן קשה. האם נצליח לשמור על ערכי היסוד שלנו? עיצבנו אותם בזמן שלום, בשום שכל ובמתניות, כדי שיישעו לנו גם כאשר לא יהיו בידינו זמן ואורך רוח לנהל דיונים פילוסופיים מורכבים. כאשר אנחנו משעים אותם בגלל מצב החירום, אנחנו משלמים מחיר כבד מאוד של פגיעה בפרטיות, פגיעה נוספת במי שנפגעו כבר באופן בלתי נסבל. כוונות טובות אינן מקהות את הפגיעה, ובמבחן הזה אין מועד ב'.

## רשימת המקורות

בירנהק, מ' (2022). פרטיות במשבר: הנדסה חוקתית והנדסת פרטיות. **משפט וממשל, כד**, 178-149.

בירנהק, מ' (2023). **פרטיות חוקתית**. אוניברסיטת בר אילן ונבו.

בנדור, א' (2018). מצבי חירום. בתוך ק' אזולאי, א' בר־סימן־טוב, א' ברק וש' ליפשיץ (עורכים), **ספר דורית ביניש** (עמ' 485-447). אוניברסיטת בר אילן ונבו.

ברק, א' (2010). **מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה**. נבו.

כרמי, נ' (2018). **זכויות אדם - מבוא תיאורטי**. רסלינג.

מדינה, ב' (2016). **דיני זכויות האדם בישראל**. נבו.

Agamben, G. (2005). *State of exception*. University of Chicago Press.

Nissenbaum, H. (1998). Protecting privacy in an information age: The problem of privacy in public. *Law and Philosophy*, 17, 559-596.

Solove, D. (2008). *Understanding privacy*. Harvard University Press.