

הזכות להישכח

טל מימרן וליאור ויינשטיין



טבת התשפ"ד | דצמבר 2023

© כל הזכויות שמורות לתכלית – המכון למדיניות ישראלית (ע"ר) תשפ"ד-2023

רחוב אחד העם 35, תל-אביב 6578403

טל. 03-6587445 | דוא"ל. info@tachlith.org.il

אתר אינטרנט: tachlith.org.il

נדפס בישראל בטבת תשפ"ד, דצמבר 2023

עריכה לשונית: עודד רענן

עיצוב ועריכה גרפית: רויטל ג'בקה קלאוס

ד"ר טל מימרן הוא ראש תוכנית "אמנה חברתית לעידן הדיגיטלי" במכון תכלית, חבר סגל במכללה האקדמית צפת והמנהל האקדמי של הפורום למשפט בינלאומי באוניברסיטה העברית.

ליאור וינשטיין הוא עוזר מחקר בתוכנית האמנה החברתית בעידן הדיגיטלי, בעל תואר ראשון במשפטים וספרות עברית מהאוניברסיטה העברית, תלמיד מחקר למשפט בינלאומי וחוקר בתחומי המשפט הציבורי.

תכלית
המכון
למדיניות
ישראלית

תכלית – המכון למדיניות ישראלית (ע"ר) הוא מכון מחקר מוכון מדיניות המבקש להביא לשינוי המציאות בישראל באמצעות מחקר יישומי, הכוונה וסיוע למערכי קבלת ההחלטות הפוליטיים והבירוקרטיים לשם יישום מדיניות מושכלת ואפקטיבית, המחזקת את מהותה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ברוח מגילת העצמאות.

לצורך מימוש יעדיו, מפעיל המכון מארג של שלושה כלים, אשר שילובם מקנה ערך מוסף ייחודי בתחום המדיניות בישראל. מחקר עומק מוכון מדיניות, המתקיים בשיתוף פעולה עם אקדמאים מובילים ואנשי פרקטיקה מובילים מהארץ ומהעולם; פעילות תשתיתית שתכליתה תרגום והנגשה של המדיניות המופקת בידי המכון ישירות למקבלי ההחלטות הרלוונטיים ליישומה, וכן הטמעת מערך תמיכה היקפי המבקש לייצר שותפות שיח, על בסיס התוכן, עם מגזרים נוספים בישראל, כגון ארגוני חברה אזרחית, התקשורת, המגזר הפרטי והציבור הכללי הרחב.

לאחר חבלי לידה שנמשכו כמה עשורים, ניתן לומר בביטחון שאנו חיים היום בעידן הדיגיטלי. העידן הזה שינה מקצה אל קצה את האופן בו אנו מתקשרים האחד עם השני, צורכים ומפיצים מידע, ומסדירים יחסים חברתיים במגוון תחומים – כלכלה, משפט, רפואה, קהילה ואפילו רומנטיקה. בעולם חדש ומופלא זה, בו ישנה חשיבות הולכת וגוברת לממד הדיגיטלי בחייו של אדם, נוצר שרטוט מחדש של זכויות בסיסיות, דוגמת הזכות לפרטיות, וישנן אף זכויות חדשות שהתהוו להן כצורך של המציאות הנוכחית. מחקר מדיניות זה מבקש להתמקד בזכות אשר הפכה ליסודית בעידן הנוכחי, והיא הזכות להישכח. זכות זו מאפשרת לאדם להתאושש מטעויות עבר, ובמובן רחב יותר לכתוב בעצמו את סיפור חייו, בעידן בו גורמים מדינתיים ומסחריים ממהרים לאסוף מידע נרחב על אודותיו ולייצר פרופיל דיגיטלי שלו.

זכות זו, אשר צברה תאוצה והשפעה ברחבי העולם, עדיין לא עוגנה בדיון הישראלי, ומכאן הצורך בבחינה מעמיקה של התאמתה לשיטת המשפט הישראלית ולערכים אותם היא מבקשת לקדם. בהתאם, נייר זה סוקר את התפתחות הזכות להישכח מבחינה היסטורית, ומבקש להראות את העוגנים התיאורטיים שלה – מכוח דיני זכויות האדם ובפרט הזכות לפרטיות, ועל רקע מסורת ישראל ובפרט החשיבות של תיקון ושיקום בחברה הישראלית. המחקר סוקר התפתחויות משפטיות וחברתיות הנוגעות לזכות להישכח ברחבי העולם ובישראל ומעמיק בפרקטיקה הנוהגת של תאגיד הטכנולוגיה הפרטי המשמעותי ביותר למימוש הזכות – חברת גוגל. על בסיס כל אלה, המחקר מציע מתווה לאסדרת הזכות להישכח בדיון הישראלי.

מטרת המחקר היא המחשת החשיבות בדבר עיגון יסודי ומקיף של הזכות להישכח בישראל ותפירת חליפה ייחודית בדמות הסדר נורמטיבי שיתאים לשיטת המשפט הישראלית. בהתאם להסדר אותו אנו מציעים, ישנו צורך לקדם תאימות של הדין הישראלי עם הדין הנוהג במדינות רבות ברחבי העולם, ובפרט באיחוד האירופי, ולספק מענה לאוכלוסיות רלוונטיות במיוחד. בפרט, מוצע לעגן שלושה הסדרים מותאמים של הזכות להישכח: (א) זכות רחבה לתוכן שפורסם בנוגע לאדם שהיה בעת הפרסום קטין; (ב) זכות להישכח לאדם שפורסם לגביו מידע בהיותו בגיר; (ג) זכות להישכח העולה בקנה אחד עם חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, ביחס לעבריינים מורשעים שעבירתם נמחקה מהמרשם הפלילי. ההסדר המוצע במחקר יקדם מודרניזציה הכרחית של הדין הישראלי, תוך חיזוק המטרות העומדות בבסיס משטרים חוקיים מרכזיים דוגמת הגנת הפרטיות וחופש הביטוי, ואגב התחשבות בהיסטוריה של מסורת ישראל ובערכים אשר עיצבו את שיטת המשפט שלנו.

6 מבוא – למה לי הזכות להישכח עכשיו?

1. בחינת הצורך: אסדרה של הזכות להישכח בישראל היא צו השעה 6
2. הגדרת "פונקציית המטרה" 7
3. הזכות להישכח בעידן הדיגיטלי 7
4. הרעיון המסדר: חלוקת עבודה אופטימלית בין המגזר הפרטי לבתי המשפט 8
5. מהי הדרך הנכונה לפתח את הזכות להישכח בישראל? 8

10 א - אדניה התיאורטיים של הזכות להישכח

1. הזכות להישכח כחלק מהזכות לפרטיות 10
2. הזכות להישכח כגילום של הזכות לאישיות וזהות 10
3. הזכות להישכח כגילום של מחילה 11
4. הזכות להישכח כגילום האפשרות של הפרט לעצב ולהשפיע על סיפור חייו בממד הדיגיטלי 12

14 ב - משפט משווה ומבט לתעשייה

1. הזכות להישכח בדיני האיחוד האירופי 14
2. הזכות להישכח בדיני זכויות האדם האירופיים 21
3. בריטניה 27
4. ארצות הברית 29
5. קליפורניה 32
6. קנדה 33
7. סיכום ביניים: דרכים שונות למימוש הזכות להישכח 37
8. מבט לתעשייה: המדיניות של גוגל ביחס לזכות להישכח כמקרה מבחן 39
- 8.1. רקע 39
- 8.2. הזכות להישכח בראי הפרקטיקה של גוגל 40
- 8.3. מבט אמפירי: מה מספרים הנתונים על היקפי מימוש הזכות להישכח? 45
- 8.4. סיכום 49

50 ג. המצב בישראל

1. מבט פנימה - הזכות להישכח במשפט ובמסורת העברית 50
- 1.1. הגדרת התשובה 50
- 1.2. השפעת התשובה 52
- 1.3. השפעות מוסדיות על עבריינים בעלי תשובה 53
- 1.4. ייצוג התשובה והכפרה בפיוט 57
- 1.5. סיכום 57

59	2. המצב הקיים במשפט ישראלי - הזכות להישכח
59	2.1. סקירת חקיקה
63	2.2. יוזמות חקיקה
64	2.3. סקירת פסיקה
64	(א) שקילת שיקולי פרטיות בפרסום פסקי דין
66	(ב) קיומו של מנגנון הודעה והסרה מכוח הזכות להישכח?
67	(ג) הזכות להישכח ביחס לנבחרי ציבור
69	(ד) הזכות להישכח בסדרי הדין האזרחיים
69	(ה) הזכות להישכח בתור ראש נזק עצמאי בדיני לשון הרע?
70	(ו) הסעת האחראיות מפלטפורמות תוכן דיגיטליות ליוצרי תוכן - פרשת בכרי
71	(ז) תקנת השבים והמרשם הפלילי
72	(ח) ניתוח ביקורתי של הפסיקה הישראלית
73	2.4. מסקנות ביניים
76	ד. הפתרון המוצע
76	1. הצעות פתרון קיימות
76	1.1. תיקון 14 לחוק הגנת הפרטיות
77	1.2. איגוד האינטרנט הישראלי
77	1.3. מחלוקות בנוגע להסדרים נוספים
79	2. מבט קדימה: הצעה לעיגון הזכות להישכח בחוק הישראלי
79	2.1. הזכות להישכח לקטינים
83	2.2. הזכות להישכח לבגירים
85	2.3. הזכות להישכח לעבריינים משוקמים
87	2.3. סיכום

1. בחינת הצורך: אסדרה של הזכות להישכח בישראל היא צו השעה

מידע אישי מנוהל כיום בהיקף נרחב על ידי חברות פרטיות, אשר אין להן אחריות כלפי משתמשים. מצב זה מוביל גם לפגיעה בפרטיות של הפרט וגם להגבלת היכולת של אדם להתאושש מטעויות או להשפיע על סיפור חייו כפי שהוא בא לידי ביטוי במרחב הדיגיטלי. אוכלוסיות מסוימות נפגעות במיוחד מהמצב הנוכחי, במיוחד ילדים ובני נוער. בהתאם, על המחוקק להתעורר ולהסדיר את הזכות להישכח בישראל, כפי שנעשה במספר הולך וגובר של מדינות ברחבי העולם.

הצורך בזכות להישכח נובע מהאופי של העידן הדיגיטלי בו אנו מצויים – כאשר מידע אישי של כולנו כבר אינו מנוהל רק על ידינו, ועל ידי השלטון, אלא על ידי חברות פרטיות אשר פועלות מתוך אינטרסים כלכליים ומבלי שהן מחויבות בנורמות של מנהל תקין, או בהגנה על זכויות אדם ובעיקר הזכות לפרטיות. הפקרת הזירה של הרשתות החברתיות לחברות פרטיות במשך שנים רבות, בהן לא הייתה כלל אסדרה בתחום, הובילה לבעיות ברמה החברתית (הגברת הפילוג החברתי והקיטוב, פגיעה בלגיטימיות של בחירות ועוד) ופגיעה בפרט ברמה הפרסונלית (גרימה או החמרה של דיכאון, פגיעה בדימוי עצמי ועוד). במילים אחרות, היכולת של תאגידים עסקיים ובפרט רשתות חברתיות לקדם את האינטרסים הישירים שלהם גרמה לכשל שוק ולגירעון דמוקרטי, אשר העצימו נזקים חברתיים שחשוב למנוע אותם, או לכל הפחות לצמצם אותם.¹

האוכלוסייה העיקרית אשר נפגעת מהמצב הנוכחי היא ילדים ובני נוער, אשר מבליים את מרבית זמנם ברשתות חברתיות ובפלטפורמות תוכן דיגיטליות, מבלי שיהיו מודעים תמיד לעקבות הדיגיטליים שנשארות אחריהם שנים קדימה ולמעשה - כל עוד הזכות להישכח לא תעוגן בישראל - לנצח. למשל, ילד אשר סבל מבריונות בבית הספר, לא יוכל באמת להמשיך קדימה ולהתאושש מהטראומה כל עוד יהיה תיעוד והדהוד של הפגיעה בו ברחבי האינטרנט. בדומה, ילד אשר מעלה לרשתות החברתיות סרטון שנתפס בעיניו כמבודח בגיל 12, יכול לגלות שהדבר יפגע בו בהמשך הדרך – במיונים לצבא, באיתור עבודה, או בביוס קריירה ומוניטין מקצועיים. יש אוכלוסיות נוספות אשר חשוב להגן עליהן, דוגמת עבריינים משוקמים אשר שילמו את חובם לחברה, ומנסים להתחיל מחדש, אך אינם מסוגלים לעשות זאת בשל אזכור של חטאי העבר שלהם (גם אם חלפו עשרות שנים מאז).

כפי שנסביר להלן, הזכות להישכח דורשת לאזן בין מספר זכויות אדם וערכים חברתיים נוספים, ביניהם הזכות לחופש הביטוי, זכות הציבור לדעת וחופש המידע, הזכות לשם טוב, הזכות לפרטיות והשוק החופשי. לכל מדינה נקודת איזון שונה אשר צריכה לשקף את ערכי היסוד שלה והעדפותיה. על כן, ישנם בהחלט מקרים בהם חשוב להגן על חופש הביטוי ואינטרסים נוספים, וכתוצאה מכך להשאיר פרסומים מסוימים ברשת. לאור המורכבות של הסוגיה, חשוב כי המחוקק הישראלי יקבל החלטות ערכיות וייצר מסגרת חקיקתית ברורה אשר מגשימה ערכים רצויים – דוגמת הגנה על פרטיות והאוטונומיה של הפרט – אגב הצבת מגבלות אשר מבקשות לקדם ערכים חשובים אחרים, דוגמת חופש העיתונות.

לאור כל האמור, על המחוקק להגדיר במפורש ולעגן את הזכות להישכח. הוא נדרש להגדיר את גבולות הגזרה של הזכות, את המקרים בהם היא תקבל עדיפות על פני שיקולים אחרים ואת המקרים בהם תיסוג לטובת ערכים חדשים, והוא נדרש למסד מנגנון נגיש ופשוט לאזרחים לממש את זכותם. בבואו לעשות כן, חשוב להגדיר זכות להישכח בישראל אשר תתכתב עם ההתפתחויות בעולם אשר הפכו את הזכות להישכח לאחד מיסודות זכויות האדם במרחב הדיגיטלי - הנעשה חשוב יותר עם כל יום שעובר - אגב שמירה על העקרונות של שיטת המשפט הישראלית וערכיה. מוצע כאן להגדיר, לכל הפחות, זכות

1 המודל הכלכלי של מרבית הפלטפורמות הגדולות וריכוזיות השוק מייצר תמריץ עבורן לנקוט במדיניות תוכן לא יעילה, השואפת למקסם את זמן השיהיה של משתמשים בפלטפורמות ואת היכולת לאסוף מידע פרטי ואינטימי מהם. זהו תמריץ מעוות, מכיוון שעידוד של תוכן מזיק ואפילו הפצה רחבה שלו – כולל מידע שקרי, תכנים סנסציוניים ומקטבים, אלימות, והסתה – הוכחו כמייצרים יותר מעורבות (ולכן, מועילים לשורת הרווח), למרות ההחצנות השליליות שלהם על השיח הציבורי וזכויות משתמשים. בנוסף, המצב הקיים מייצר בעיה של גירעון דמוקרטי. הפלטפורמות מפעילות כוח גולטורי משמעותי במרחב המקוון, אך בניגוד לגורמי ממשל, אין להן אחריות דמוקרטית.

להישכח במקרים הבאים: א) זכות להישכח רחבה לתוכן שפורסם בנוגע לאדם שהיה בעת הפרסום קטין; ב) זכות להישכח צרה לאדם שפורסם לגביו מידע בהיותו בגיר; ג) זכות להישכח ביחס לעבריינים מורשעים שעבירתם נמחקה מהמרשם הפלילי.

2. הגדרת "פונקציית המטרה"

המטרה העיקרית של נייר זה היא לפתח חליפה חקיקתית שתתאים לדין הישראלי ותתכתב עם המקובל בעולם. הסדר חוקי הוא תמיד תוצאה של איזון בין ערכים חברתיים ציבוריים ובין זכויות פרטיות, תוך הבנה שלא ניתן לקדם את כל הערכים במקביל. כדי להמחיש זאת, אנו משתמשים במונח "פונקציית מטרה" המהווה את המצפן הנורמטיבי שנייר זה מבקש להשיג.

פונקציית המטרה של מסמך מדיניות זה היא: "לקדם מסגרת חקיקתית אשר תקנה לתושבי ישראל זכות למחיקה ועדכון של מידע אישי, בהתאם לעילות מוגדרות וברורות ומכוח מנגנונים סדורים עם עלויות סבירות, תוך יצירת איזון מיטבי בין הזכות להשכח לזכות לפרטיות ושם טוב, כבוד האדם והאוטונומיה של הפרט, חופש הביטוי, ביטחון לאומי ואינטרסים ציבוריים נוספים, לרבות עידוד היזמות והחדשנות במגזר הטכנולוגי".

3. הזכות להישכח בעידן הדיגיטלי

השיכחה היא תופעה טבעית לזיכרון האנושי, והיא מנגנון חשוב המאפשר לנו להמשיך הלאה לאחר אירוע לא נעים או טראומה. אך בשונה מן הזיכרון האנושי, האינטרנט אינו שוכח. בעידן הדיגיטלי בו אנו חיים יש פחות מקום לטעויות, ובפרט כאלו אשר זוכות לתיעוד דיגיטלי. על רקע זה, התפתחה לה זכות אדם חדשה – והיא הזכות להישכח.²

הזכות להישכח הופכת לזכות אדם מוכרת ברחבי העולם, ויש שיגידו אפילו זכות יסודית בעידן הדיגיטלי. זכות זו מבקשת להחזיר לפרט מעט מן השליטה על המידע הדיגיטלי הרב המצוי על אודותיו במרחב המקוון, ולאפשר לו בתנאים מסוימים לדרוש כי מידע אישי יוסר מן הרשת. הזכות להישכח טרם עוגנה בספר החוקים הישראלי, אך ישנם מקרים בהם ניתן להשיג בפועל את התוצאה של מימוש זכות זו – כלומר להוביל למחיקה של מידע אישי פוגעני.³ האמצעי העיקרי דרכו מקודמת היום מחיקה של מידע אישי מפלטפורמות תוכן דיגיטליות הוא דיני לשון הרע.⁴ על רקע החשיבות הגוברת של הזכות, ובפרט במדינה מתקדמת מבחינה טכנולוגית כמו ישראל, זו אינה מציאות מספקת.

הזכות להישכח חשובה עבור אדם שמעוניין "להתחיל מחדש", להתמודד עם טראומות עבר (אם ברמה החברתית, ואם במישור אחר), או בשביל מי שמבקש לשמור על אנונימיות מסוימת בעידן בו הכול חשוף והכול נמצא ברשת. במובן רחב יותר, זכות זו נדרשת כחלק ממימוש הזכות לפרטיות של אדם – אשר נמצאת בימינו בסיכון מתמיד של פגיעה גם מצד גורמים ממשלתיים (בעלי יכולת מעקב וניהול מידע באופן מתקדם הרבה יותר מאשר בעבר) וגם מצד חברות פרטיות (ובפרט כאלו המפעילות רשתות חברתיות ופלטפורמות מקוונות אחרות).

2 הזכות להישכח מעוגנת כיום, למשל, בפרק 17 ל-GDPR, General Data Protection Regulation, המהווה מסגרת נורמטיבית המחייבת את מדינות האיחוד האירופי, וחלה על נתוני האיחוד האירופי ומי ששווה בשטח מדינות האיחוד.

3 לדוגמה, חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, מכיר בזכותו של אדם לפנות לכל מי שבבעלותו ומסדיר מאגר מידע על פי המפרט שנקבע בחוק, ולתקן כל מידע כוזב ושגוי הקשור בו.

4 נציין כי הפסיקה בישראל הגדירה מכוח איסור לשון הרע איסור על שיתוף מידע מעוול, לצד אפשרות של מחיקת מידע מעוול ממנועי חיפוש. ראו: רע"א 1239/19 שאלון נ' חברת נידלי בע"מ (נבו 8.1.2020); ע"א (מחוזי ת"א) 44711-11-14 סביר נ' עו"ד בר נוי (נבו 22.6.2015). בעיה נוספת מבחינת המארג החוקי בישראל נוגעת לזכות למחיקת מידע שלא הועלה באופן אקטיבי על ידי מושא המידע. להרחבה, ראו: שרון בר-זיו וניבה אלקין-קורן "בין שתי זירות: אכיפת זכויות יוצרים באינטרנט" משפטים 411 (2019).

חשיבותה של הזכות לפרטיות נובעת, בין היתר, מהעובדה שהיא בסיס חשוב להגנה על כבוד האדם⁵ והאוטונומיה שלו,⁶ והיא מהווה דרישה בסיסית לרווחתו של אדם ולמימוש שאר החירויות שלו.⁷ הזכות להישכח, כביטוי מודרני-פרטני של הזכות לפרטיות, חשובה במיוחד עבור קטינים, אשר לעיתים חושפים את עצמם באופן בלתי מבוקר ברשת (בשל חוסר מודעות להשלכות אפשריות), או לעיתים סובלים מבריונות ברשת.⁸

4. הרעיון המסדר: חלוקת עבודה אופטימלית בין המגזר הפרטי לבתי המשפט

כיום, במדינות רבות בעולם ניתן לדרוש עדכון או מחיקת מידע אישי באמצעות הגשת טופס פשוט למנוע החיפוש, ולקבל תשובה מהירה יחסית בנוגע לבקשת המחיקה. כל זאת, מבלי להסתייע בעורך דין ומבלי לפנות כלל לבית המשפט. מדובר, אם כן, בשירות יעיל לאזרח, בנושא משמעותי מאוד עבור הפרטיות והאוטונומיה שלו, אשר אינו מרוקן אותו מנכסיו.

בישראל, לעומת זאת, אין מסגרת חקיקתית הנוגעת לזכות להישכח, ומכאן ניתן לדרוש עדכון או מחיקה של מידע אישי בדרכים עקיפות – למשל תביעת לשון הרע. עם זאת, נתיב זה מוגבל בשל העובדה שניתן למחוק מידע מכוח דיני לשון הרע רק במקרה בו מדובר במידע העולה לכדי דיבה. משכך, נתיב זה אינו מסייע ביחס למקרים חשובים אחרים, דוגמת פרסום אמת המקשה על התחלה מחדש של אדם. בנוסף, פנייה לבית משפט משמעה שאדם יקצה ממון וזמן בשביל הסיכוי שבקשתו למחיקת מידע תתקבל (ככל שהיא תתקבל בפועל). מסמך מדיניות זה מבקש להחיל את הזכות להישכח בישראל, כפי שקורה במדינות רבות ברחבי העולם, ולהביא למצב שבו הדין יחייב את תאגידי הטכנולוגיה בתנאים הקבועים בחוק להיעתר לבקשות של יחידים ללא צורך בהליך משפטי, ויקנה ליחידים זכויות תביעה מתאימות במקרה שבקשתם אינה נעתרת. הזכות להישכח צריכה להיות זמינה לכל, ולא להפוך לפרבילגיה של אלו שמסוגלים להרשות לעצמם להיכנס למאבק משפטי מורכב שתוצאותיו אינן ידועות מראש.

5. מהי הדרך הנכונה לפתח את הזכות להישכח בישראל?

בעבר נעשו ניסיונות לקדם הסדרה נורמטיבית של הזכות להישכח בישראל, אך אף הצעת חוק לא הבשילה לכדי חקיקה מחייבת.⁹ בהיעדר חקיקה, החלו בתי המשפט להכיר בזכות ולעצב את גבולותיה דרך דיון במקרים פרטניים שהובאו בפניהם.¹⁰ זוהי התפתחות הכרחית אך לא מספיקה, שכן בהיעדר עיגון חקיקתי מפורש, מדובר בזכות צרה ובעלת גבולות עמומים, וכזו שהאזרח הקטן כלל אינו מודע לה ועל יכולתו לממשה. ראוי שהמחוקק יסייע לפרט על ידי יצירה של מסגרת נורמטיבית סדורה ומנגנוני מימוש משוכללים, בהתאם לפסיקה בישראל ולאור ניסיון של מדינות אחרות בעולם אשר כבר הכירו בזכות.

5 Beizaras and Levickas v. Lithuania, App. No. 41288/15 ECHR, para.117 (2020).

6 Reklos and Davourlis v. Greece, App. No. 1234/05 ECHR, para. 38 (2009).

7 ראו למשל: CCPR General Comment No. 16: Article 17 (Right to Privacy), The Right to Respect of Privacy, Family, Home and: Correspondence, and Protection of Honour and Reputation, UN Hum. Rts. Comm., para. 11, (1988), <https://www.refworld.org/docid/453883f922.html>. להרחבה בנושא, ראו: מיכאל בירנהק **פרטיות חוקתית** (2023), בעמ' 83. (להלן: "בירנהק 2023").

8 ראו למשל: הצעת חוק למניעת ביצוע עבירות באמצעות פרסום באינטרנט (הסרת תוכן), התשפ"ב-2021, פ/2317/24.

9 ראו למשל: הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכות להישכח), התשע"ד-2014, פ/2648/19; הצעה זוהי הוגשה על ידי ח"כ מרב בן ארי: הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכות להישכח), התשע"ז-2017, פ/3867/20. הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכות להישכח), התשע"ו-2016, פ/3066/20. הצעה זוהי הוגשה על ידי ח"כ שלח ויזהר שי: הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכות להישכח), התש"ף-2020, פ/54/23.

10 ראו למשל: ע"א 6356/20 פלוני נ' **מדינת ישראל** (נבו 21.10.2021), פס' 13 לפסק דינו של השופט עמית. שם צוין כי כאשר בית המשפט נדרש בגזר דינו לחוות הדעת ולתסקירים שלפניו, עליו לשים נגד עיניו את הנאשם ומשפחתו ולקחת בחשבון כי אם גזר הדין יפורסם, כפי שמתחייב ממהלך הדברים הרגיל ומעיקרון פומביות הדין, האמור בפסק הדין ללווה את הנאשם ומשפחתו לאורך שנים, שהרי רשת האינטרנט אינה שוכחת וקשה עד מאוד ליישם את "הזכות להישכח". לכן, שומה על בית המשפט לנקוט באחת משתיים: לעדן "ולצנזר" מראש את גזר הדין, תוך הימנעות ככל שניתן מציטוט ומאזכור פרטים שעלולים לפגוע קשות בנאשם או משפחתו, או לאסור פרסום של אותם חלקים מגזר הדין שאין הכרח שיהיו חשופים לציבור הרחב.

אמנם, בעוד בתי המשפט יכולים לקדם את ההכרה בזכות, עקב בצד אגודל, הם תלויים בתביעות או בעתירות אשר מוגשות בפניהם. בהתאם, ישנו קושי בפיתוח תאורטי מקיף של הזכות. זאת, להבדיל מפיתוח שיפוטי של זכויות חוקתיות אחרות מכוח חוקי היסוד בישראל. להבדיל מחוקי היסוד, אשר העניקו לבית המשפט בסיס מספק לפיתוח, נראה כי החקיקה הקיימת בתחום הפרטיות ודיני לשון הרע אינה מאפשרת פיתוח דומה ביחס לזכות להישכח. עד היום, בית המשפט העליון לא לקח על עצמו את משימת הפיתוח התאורטי של הזכות להישכח, אם בשל היעדר בסיס חקיקתי מספק לשם כך, אם מטעמי זהירות שיפוטית ואם מטעמי כבוד כלפי המחוקק.

הזכות להישכח דורשת לאזן בין מספר זכויות אדם וערכים חברתיים נוספים, ביניהם הזכות לחופש הביטוי ונגזרותיה, חופש הציבור לדעת והזכות לחופש המידע, הזכות לשם טוב, הזכות לפרטיות והשוק החופשי. לכל מדינה נקודת איזון שונה אשר צריכה לשקף את ערכי היסוד שלה והעדפותיה. ההסדר באיחוד האירופי, למשל, מעניק ככלל עדיפות לחופש הביטוי כאשר הדבר נדרש, למשל, לשם ציות לחוק או אם קיים אינטרס ציבורי בפרסום המידע. בישראל, לעומת זאת, לא נעשה איזון מסודר וברור בין השיקולים השונים ואין היררכיה ברורה ביניהם, מה שפוגע באופן ממשי ביכולת לבסס ודאות משפטית בנושא.

במקום להמשיך בפיתוח של הזכות דרך בתי המשפט, ראוי לדון בצורה שיטתית בנסיבות שמצדיקות הכרה בזכות להישכח וביצירת מסגרות לאיזון בין הערכים המתנגשים. למשל, יש מקום להכיר בזכות להישכח ביחס לפרסומים פוגעניים נגד קטינים, ובנוסף ניתן לשקול להכיר בזכות גם ביחס לעבריינים מורשעים שעבירתם נמחקה מהמרשם הפלילי (על מנת לאפשר להם סיכוי אמיתי להשתלב בחזרה בחברה). לסיכום, על המחוקק להגדיר את גבולות הגזרה של הזכות, את המקרים בהם היא תקבל עדיפות על פני שיקולים אחרים, וגם לייצר מנגנון יעיל אשר יאפשר את מימושה בפועל.

כפי שנבקש להראות, ישנה חשיבות גוברת להשלמת המהלך של ההכרה בזכות להישכח על ידי המחוקק. זאת, מאחר שמדובר בזכות אשר הופכת ליסודית בעידן הנוכחי, לשם מימוש ההגנה החוקתית המוענקת לזכות לפרטיות¹¹, וגם כדי לקדם ערכי יסוד של שיטת המשפט הישראלית ושל מקורותיה הנורמטיביים. ישנו מקום להבהיר את היקף תחולת הזכות, כמו גם היחס וההיררכיה הראויה בין הזכות להישכח לבין שיקולים אחרים – דוגמת חופש הביטוי או זכות הציבור לדעת. כפי שנראה, קיימת חשיבות רבה לקדם את הזכות להישכח עבור שתי אוכלוסיות פגיעות: ראשית, קטינים - במיוחד כאלו אשר סבלו מבריונות ברשת; ושנית, עבריינים משוקמים שעבירתם נמחקה מהמרשם הפלילי.

11 להרחבה בנושא, ראו: בירנהק 2023, ה"ש 7 לעיל, בעמ' 177.

מדוע יש להכיר בזכות של אנשים "להישכח"? ההצדקה הבולטת ביותר היא הטענה כי ביסוסה של הזכות להישכח כחלק מן הזכות לפרטיות עולה בקנה אחד עם כמה מהגישות הדומיננטיות ביותר ביחס לפרטיות. בהקשר זה, ישנן מספר תאוריות המסבירות את חשיבות הזכות לפרטיות ומדוע מוצדק להכיר בזכות להישכח: פרטיות כשליטה, פרטיות כזכות להיעזב במנוחה ופרטיות כגישה. הצדקה חשובה נוספת, חיצונית לזכות לפרטיות, היא כי הזכות להישכח נדרשת כחלק מהזכות לאוטונומיה, אישיות וזהות. הצדקה שלישית, אשר חשובה במיוחד בישראל על רקע המשפט העברי, היא כי הזכות להישכח היא כלי אשר מגלם את הערכים החברתיים של מחילה ושיקום. לבסוף, הצדקה רביעית היא כי הזכות להישכח, בעיקר בעידן הנוכחי בו יש למרחב הסייבר השפעה משמעותית על תדמיתו של אדם והגדרתו העצמית, מאפשרת לפרט להשפיע על סיפור חייו.

1. הזכות להישכח כחלק מהזכות לפרטיות

גישת הפרטיות כשליטה היא העמדה לפיה הפרטיות מעניקה הגנה על האוטונומיה של הפרט, במובן של שליטה על מידע אישי על אודותיו.¹² הזכות להישכח מקדמת את גישת הפרטיות כשליטה משום שהיא מעניקה לאדם את הזכות להשפיע על מידע אישי לגביו המופיע במרחב הדיגיטלי, אשר הפך לקריטי עבור תדמיתו האישית והמקצועית בימינו. במילים אחרות, מתן אפשרות להשפיע על המידע המתפרסם מעניקה לאדם אוטונומיה רבה יותר.

הזכות להישכח מקדמת גם ממדים אחרים של הזכות לפרטיות. כך למשל, הגישה הקלאסית של הזכות לפרטיות היא בתור הזכות להיעזב במנוחה,¹³ כלומר הזכות לפרטיות כזכות להימנע ממטרד. הזכות להיעזב במנוחה היא ביטוי אינטרנטי ומשמעותי של הזכות לפרטיות.¹⁴ גישה תאורטית זו מקדמת גם היא את הזכות להישכח,¹⁵ מאחר שהיא מונעת נבירה שלא לצורך במידע האישי של אדם. הצדקה זו קיבלה ביטוי, למשל, בהודו, שם נקבעה הזכות להישכח והזכות להיעזב במנוחה,¹⁶ כלומר - ככל שאדם בוחר להיות נגיש יותר לציבור, כך פוחתת זכותו לפרטיות.¹⁷ גם לפי גישה זו, הזכות להישכח מעמידה לאדם את הזכות להקטין את נגישותו לזולת - או לכל הפחות להגדיר אילו היבטים של חייו יהיו חשופים לציבור ואילו היבטים יישארו לא פומביים, ובכך מקדמת את פרטיותו. ברמה המעשית, אם אדם יכול לבקש עדכון או מחיקה של מידע אישי לגביו אשר מתפרסם בפלטפורמות דיגיטליות דוגמת גוגל, הוא יכול להשפיע באופן משמעותי על נגישותו מבחינה ציבורית. בימינו, חיפוש דיגיטלי ביחס לאדם מהווה את אחד הנתיבים העיקריים לגיבוש דעה לגביו, ומכאן היכולת להשפיע על מרחב זה מקדמת באופן משמעותי את גישה זו של הפרטיות.

2. הזכות להישכח כגילום של הזכות לאישיות וזהות

גישה נוספת היא לראות את הזכות להישכח כמגלמת את הזכות לאישיות וזהות, במובן זה שהיא מאפשרת לנו לשמר את הזהות שבחרנו לעצמנו, או לכוון זהות חדשה ברבות השנים.¹⁸ לאור ההשלכות של פרסום ויצירת פרופיל דיגיטלי המבוסס על איסוף מידע אישי על ידי מגוון גורמים, עלול להיווצר ייצוג שווא של דמותו של אדם באופן שאיננו רלוונטי או שאינו מייצג

12 מיכאל בירנהק [מרחב פרטי] הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה (2011). (להלן: "בירנהק 2011"). להרחבה, ראו: בירנהק 2023, ה"ש 7 לעיל, בעמ' 69.

13 Samuel Warren & Louis Brandeis, The Right to Privacy, 4 HARV. L. REV. 193 (1890).

14 Jon L. Mills, Privacy Revisited: A Global Perspective on the Right to be Left Alone, 53 TULSA L. REV. 321, 325 (2018).

15 Zulfiqar Ahman, Khan vs M/S Quintillion, BUSINESS MEDIA 8494, para. 9 (2019).

16 Judith Jarvis Thomson, the right to Privacy, in PHILOSOPHICAL DIMENSIONS OF PRIVACY: AN ANTHOLOGY 272 (David Ferdinand Schoeman ed., 1984).

17 רות גבזון "הזכות לפרטיות ולכבוד" זכויות אדם בישראל - קובץ מאמרים לזכרו של חמן שלח 61 (רות גבזון עורכת, 1989).

18 Norberto Nuno Gomes de Andrade, Oblivion: The Right to Be Different ... from Oneself - Reproposing the Right to Be Forgotten, REVISTA DE LOS ESTUDIOS DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA DE LA UOC 121, 126-130 (2012).

אותו נאמנה.¹⁹ בהקשר זה, מודגשת החשיבות של הגדרה עצמית של סובייקט לאור תפיסתו על ידי החברה, ומכאן יצירת הרושם היא כלי מרכזי, במיוחד באינטרנט, לקידומה של הזכות לאישיות וזהות. למעשה, הזכות להישכח מאפשרת לאדם יכולת הכוונה ושליטה רבה יותר באופן שבו הוא מוצג בעיני אחרים,²⁰ והיא אף מאפשרת לאדם לשפר את תדמיתו בעיני עצמו.²¹

הצדקה זו היא אחת מאלו שמבססות את הזכות להישכח באיחוד האירופי, מולדת הזכות. לפי הגישה הרווחת באירופה, הזכות להישכח מאפשרת לאדם לתחזק ולשלוט על המידע אודותיו, והיא משפיעה על הקשר ההדוק שבין פרטיות לאוטונומיה, שנתפסת כיכולת של אדם לשלוט על האופן בו הוא מוצג מבחינה ציבורית ועל המוניטין האישי או המקצועיים שלו.²² באופן רחב יותר, מוטב להזכיר שמסורת תפיסת הפרטיות האירופית, ובדומה לה גם הגישה בדיני זכויות האדם הבינלאומיים,²³ מבוססת בעיקרה על הזכות לכבוד, שמהווה בסיס הצדקה איתן גם בארצות הברית.²⁴ לפי תפיסה זו, הזכות להישכח היא כלי להתמודד עם האתגרים החדשים של מידע רב שנאסף ויכולתו של אדם להגן על פרטיותו.²⁵ בהמשך נעמיק לגבי התפתחות הזכות במדינות נוספות.

3. הזכות להישכח כגילום של מחילה

גישה אחרת, שיכולה להצדיק את קיומה של הזכות להישכח גם במדינות בהן דיני הגנת הפרטיות אינם חזקים במיוחד, היא מסורת משפטית בה עקרונות המחילה זוכים לעיגונים משפטיים רחבים²⁶ – בהליך הפלילי, בהליכי פשיטת רגל,²⁷ או בהליכים אחרים.²⁸ בכך, בדומה לתפיסת המשפט העברי, או לעקרונות יודו-נוצריים במובן רחב יותר, הזכות להישכח מעניקה גילום נוסף, הכרחי למציאות הדיגטלית בה אנו חיים, של עקרונות המחילה והיכולת להשתקם ממעשי העבר של אדם. בדומה למחיקה מהמרשם הפלילי, תפיסה שקיבלה ביטוי בתקנת השבים הישראלית,²⁹ מחיקת המידע מן האינטרנט מעניקה תוצאה דומה רק רחבת היקף הרבה יותר, המאפשרת לאדם מחילה גם ביחס לזולתו, וממלאת מחדש בתוכן את משמעות המחיקה, שהפכה במובנים רבים לאות מתה כאשר המידע איננו נמחק מן האינטרנט. בשל החשיבות של גישה זו, נרחיב בפרק נפרד לגבי החשיבות של מחילה ותיקון בהתאם למשפט העברי ולמסורת ישראל.

Rolf H. Weber, The Right to Be Forgotten: More than a Pandora's Box, 2 J. INTELL. PROP. INFO. TECH. & ELEC. COM. L. 120, 19 121-122 (2011).

Karen Eltis, Breaking Through the Tower of Babel: A Right to be Forgotten and How Trans-Systemic Thinking Can Help Re-Conceptualize Privacy Harm in the Age of Analytics, 22 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 69, 92-94 (2011).

21 בהקשר זה מוטב להזכיר את התופעה של egosurfing, בה אדם מחפש את שמו-שלו במנוע החיפוש. סיטואציה סימבולית זו מציגה כיצד הזכות להישכח משפרת את ייצוגו של אדם גם בעיני עצמו. ראו: Andrea Slane, Search Engines and the Right to be Forgotten: Squaring the Remedy with Canadian Values on Personal Information Flow, 55(2) OSGOODE HALL L. J. 349, 355 (2018).

22 Yulia Razmetaeva, The right to Be forgotten in the European perspective, 10(1) TALTECH J. OF EUR. STUD. 58, 66-67 (2020) ראו גם: בירנהק 2023, ה"ש 7 לעיל, בעמ' 74.

23 הערה פרשנית מס' 61, ה"ש 7 לעיל.

24 James Q. Whitman, Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty, 113 YALE L.J. 1153, 1161 (2004).

25 Noam Tirosh, Reconsidering the 'Right to be Forgotten' – memory rights and the right to memory in the new media era, 39 MED., CUL. & SOC. 5 645, 651 (2017) (להלן: תירוש).

26 Steven C. Bennett, The Right to Be Forgotten: Reconciling EU and US Perspectives, 30 BERKELEY J. INT'L 161, 167-168 (2012) (להלן: "בנט").

27 פבלו לרנר "מי שאינו משלם חובות – ידעו על אודותיו! פרטיות וביוש בהליכי הוצאת לפועל" **מאזני משפט** יד 295, 342-340 (2020).

28 Kristie Byrum, The European right to be forgotten: A challenge to the United States Constitution's First Amendment and to professional public relations ethics, 43(1) PUBLIC RELATIONS REVIEW 101, 104 (2017).

29 ראו הרחבה בפרקים אודות המשפט הישראלי והמשפט העברי.

4. הזכות להישכח כגילום האפשרות של הפרט לעצב ולהשפיע על סיפור חייו בממד הדיגיטלי

בהקשר זה, אפשרות נוספת שעולה בספרות, היא להצדיק את הזכות להישכח בתור הזכות של אנשים לספר את סיפור חייהם, או להשפיע עליו, בשאיפה ליצור סיפור קוהרנטי אשר מקבל ביטוי בממד הדיגיטלי של חיי הפרט (רשתות חברתיות, פרופיל דיגיטלי המנוהל על ידי רשויות וחברות מסחריות ועוד). תפיסה זו מתמקדת באופן יצירת זיכרון ובמתח שקיים בין הניסיון של אדם לספר את סיפורו לאופן בו הספירה הציבורית מפרשת או קולטת את הדברים.³⁰

באופן דומה, יש הרואים בכך ניסיון להנכיח מחדש את מקומו של האינדיבידואל במציאות בה האלגוריתם מייצר "זיכרון ברשת" באמצעות ניטור מידע,³¹ מה שמאפשר לאדם להתקומם נגד שרטוט דמותו באמצעות אלגוריתם המונע ממניעים כלכליים,³² או לכל הפחות כזה שאיננו נייטרלי.³³ למרות הבעייתיות של הסתכלות על "זיכרון" האלגוריתם כזיכרון אנושי, הזכות מאפשרת לקבל סוכנות, כלומר, ביטוי ליכולת האדם להיות אחראי לפעולותיו ומכאן לשלוט על חייו כתוצאה מהפעולות שהוא מבצע, ביחס לזיכרון הנוצר על ידו.³⁴

ארבע הגישות התאורטיות הללו דומות זו לזו בכך שכולן מדגישות את אלמנט האוטונומיה והסוכנות שהזכות מעניקה לאדם – לקחת שליטה מחודשת על המידע המופץ עליו, כאשר הדברים מנומקים מטעמים שונים. עם זאת, ניתן לראות הבדלים מרכזיים בנפקות הגישות על רוחבה של הזכות להישכח. כך, למשל, זכות להישכח המבוססת על גישת הזכות להיעזב במנוחה תהיה צרה יותר, ותתמקד במצבים אקטיביים של "נבירה בעבר" של אדם – כמו פרסום מחדש של מידע מן העבר.³⁵ לעומתה, גישה המתמקדת בזכות להישכח ככינון הזהות של אדם, תהיה רחבה הרבה יותר ותתבסס בעיקר על סטנדרטים סובייקטיביים של פגיעה, דבר שעלול להוביל להגבלה רחבה יחסית בחופש הביטוי.³⁶

30 תירוש, ה"ש 25 לעיל, בעמ' 655-656.

31 Anne Schimke, Forgetting as a Social Concept. Contextualizing the Right to Be Forgotten in PERSONALITY AND DATA PROTECTION RIGHTS ON THE INTERNET 179 (Marion Albers Ingo Wolfgang Sarlet eds., 2022), 186-656-655. בעמ' 187 לעיל, בעמ' 656-655.

32 Kieron O'Hara, The Right to Be Forgotten: The Good, the Bad, and the Ugly, IEEE COMP. SOC. 73, 75 (2015).

33 מיכאל בירנהק "החיפוש לא העלה תוצאות" 24 עורך הדין 94, 96 (2014).

34 Elena Esposito, Algorithmic memory and the right to be forgotten on the web, BIG DATA & SOC. 1-11 (2017).

35 בהקשר הישראלי, מקרה זה הוכר כפגיעה בזכות להישכח בעניין פלונית - ראו בפרק סקירת הפסיקה הישראלית.

36 Luciano Floridi, "The Right to Be Forgotten": a Philosophical View, 23 ANN. REV. OF L. AND ETH. 163, 165-167 (2015).

נספח – טבלת סיכום הגישות

גישה להצדקת הזכות לפרטיות	הגדרה	השפעתה על הזכות להישכח
הזכות לאישיות וזהות	הזכות להציג בצורה הטובה ביותר את עצמך בעיני אחרים, הזכות להתנגד לשרטוט דמותך באמצעות אלגוריתם.	יד קלה יותר על "הדק המחיקה". דגש לפרסומים בהיקף רחב (שמשפיעים יותר על תדמית). יחס שונה לקבוצות ייחוס שונות (אנשי ציבור מול אנשים פרטיים, וכדומה) ובחינת שיקולים כמו שיקום וחלופי הזמן.
הזכות למחילה	זכותו של אדם, שלאחר זמן רב מביצוע מעשה בעבר, המידע על אודותיו יימחק בשם הרצון לאפשר שיקום וחזרה לחיים נורמטיביים.	דגש על הזמן שעבר ורלוונטיות העבירה המדוברת על מצב העניינים של נושא המידע כיום.
הזכות לפרטיות	הזכות לשלוט במידע שמפורסם על אודותיך, שלא תוטל ממידע מהעבר, וכן הזכות לשלוט בתפוצת המידע על אודותיך.	דגש על האוטונומיה של המבקש והחלשת אינטרסים אחרים, ובפרט מסחריים. חובת מחיקה רחבה אשר כוללת התראה לכל מי שעלול להחזיק במידע.

הערכים החברתיים הללו נמצאים כיום בעמדת חוסר בדין הישראלי, בשל העובדה שישראל מאחרת להצטרף לרשימת המדינות המתקדמות אשר עיגנו את הזכות הזו ומאפשרות לאזרחיהן ליהנות ממנה. מציאות זו יש לשנות בהקדם. לפני שניכנס לפתרונות המוצעים, יציע הפרק הבא סקירה תמציתית של הנעשה בעולם. התיאור של המשפט המשווה ימחיש את האתגרים שבעיגון הזכות ויספק רשימה של נוסחאות ופתרונות שמדינות אחרות אימצו.

פרק זה יציג סקירה של משפט משווה נבחר בנוגע לזכות להישכח, במטרה לשאוב השראה מהמדינות אשר סללו את הדרך ביחס למודרניזציה של דיני הגנת הפרטיות בעידן המודרני. נבקש להבין מה השוני והדמיון בין ההסדרים המשפטיים השונים ונבחן כיצד ניתן לקדם אסדרה נכונה ומיטבית של הזכות בישראל.

הסקירה תתחיל מהאיחוד האירופי, מולדת הזכות להישכח והאזור בו נעשה הפיתוח המשמעותי ביותר של התאוריה והיישום המעשי שלה. כלומר, ההסדר האירופי הוא לא רק חלוצי, אלא גם בולט לחיוב ברמת המורכבות שלו ובאיוון שהוא מציג בין השיקולים השונים שעומדים על הכף. על רקע המרכזיות של ההסדר האירופי, חשוב להתעמק בו כחלק מהבחינה של האפשרות לאמץ את הזכות במשפט הישראלי. בנוסף, ישנה חשיבות להתאמה של דיני הפרטיות הישראלים לדיני הפרטיות של האיחוד האירופי כתוצאה מרצונה של מדינה ישראל להוכיח את התאימות (adequacy) של המסגרת המשפטית שלה לדיני האיחוד. זאת, במטרה לאפשר לחברות ישראליות לפעול ביתר חופשיות בשוק האירופי, שהוא אחד השווקים הכלכליים הגדולים והחשובים בעולם. על מנת להשלים את התמונה, נציג את המצב המשפטי בבריטניה, ארצות הברית וקנדה, מדינות אשר משפיעות רבות באופן מסורתי על המשפט הישראלי - גם בשל שיטת המשפט שלהן וגם כיוון שהן מייצגות ערכים דמוקרטיים שגם שיטת המשפט הישראלית מבקשת לקדם (כפי שנהוג לומר בשדה הדיפלומטי, like minded states).

1. הזכות להישכח בדיני האיחוד האירופי

ההסדר הדומיננטי והמשפיע ביותר ביחס לזכות להישכח מצוי בדיני האיחוד האירופי, שם למעשה נולדה לראשונה הזכות ויצאה הבשורה באשר לחשיבותה. תהליך זה החל עם הפסיקה המכוננת בעניין מריו קוסטחה גונזלס, והמשיך עם הסדרת הזכות ברגולציית הגנת המידע הכללית (General Data Protection Regulation – להלן: GDPR) ועם עיצוב גבולותיה במסגרת פסיקות של בית הדין העליון של האיחוד (European Court of Justice), אשר פירט, הרחיב והגדיר את עקרונות מימוש הזכות באיחוד האירופי ואת גדריה.

כנקודת מוצא, חשוב להסביר כי יש שני בתי דין אזוריים מרכזיים שדנים בתיקי זכויות אדם – בית הדין האירופי לצדק, אשר שופט בהתבסס על דיני האיחוד האירופי, ובית הדין האירופי לזכויות אדם, אשר שופט לפי האמנה האירופית לזכויות אדם. כל מדינה שחברה באיחוד חתומה על האמנה האירופית לזכויות אדם, ומכאן שכל מדינות האיחוד מחויבות בשתי מערכות הדינים, אך על אמנת האיחוד חתומות מדינות נוספות שאינן חברות בו, מה שמייצר השפעה רחבה יותר מבחינה גאוגרפית ומדינית.³⁷

עוד בטרם הוכרה הזכות להישכח ברמה המעשית באירופה, היא הייתה מושא לדיון ושיח באירופה.³⁸ כבר בשלבים המקדימים של הדיון התאורטי לגבי הצורך בקיומה של זכות להישכח, ניכר כי מצד אחד הרעיון כי אדם יוכל להשפיע על המידע האישי לגביו במרחב הדיגיטלי קנה לו תומכים רבים, אולם באופן טבעי היו גם התנגדויות - בעיקר בשל חשש לפגיעה עתידית בחופש הביטוי וחופש העיתונות, ולנוכח האפשרות של פרטים "לכתוב מחדש" את ההיסטוריה הפרטית שלהם (אף באופן

37 הכלל הבסיסי הוא שהאמנה האירופית לזכויות אדם מסמנת את קו הבסיס להגנה על זכויות אדם, כאשר דיני האיחוד האירופי מוסיפים עליה. שני בתי הדין מגיבים אחד לשני - לעיתים פסיקתם דומה ובתי המשפט מסתמכים על פרשנות הזכויות אחד של השני ומגבירים תאימות של דיני זכויות האדם בכל אירופה. עם זאת, לעיתים פסיקתם סותרת, למשל כאשר נקבע שביצוע מדיניות של האיחוד האירופי סותרת את האמנה, דבר שמעורר לא אחת מתחים בין עקרונות יסוד של שתי שיטות המשפט. ראו: PAUL CRAIG AND GRAINNE DE BÚRCA, EU LAW, 385-386 (2007); Tobias Lock, The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts, 8 THE L. & PRAC. OF INT'L CTS. & TRBS. 375, 379-380 (2009); Bosporus v Ireland, App. No. 45036/98 ECHR, paras. 152-153 (2005). לקריאה נוספת, ראו: אריה רייך "משפט האיחוד האירופי: עקרונות ומוסדות" משפט בינלאומי 129, 169-170 (רובי סיבל ויעל רונן עורכים, מהדורה שלישית 2016).

38 Viviane Reding, The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules 38 in the Digital Age EUR. COMM'N. (2012), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_12_26

שאינו אותנטי).³⁹ מכאן, נוצר צורך באיתור פתרון פרגמטי, המאזן בין הזכות לפרטיות ושליטה על המידע האישי לזכות לחופש הביטוי ואינטרסים ציבוריים נוספים.⁴⁰ כפי שנראה לעיל, האיזון הושג בצורה מיטבית במסגרת ה-GDPR, באמצעות הגדרת חריגים לזכות להישכח בשם הרצון למנוע פגיעה בלתי פרופורציונלית באינטרסים הציבוריים, ובהם הזכות לחופש הביטוי, למחקר מדעי ולאמנות.

פסק הדין המכונן באיחוד האירופי, אשר אפשר להעביר את השיח בנושא הזכות להישכח מהשדה התאורטי לשדה המעשי, עסק בתלונה של אזרח ספרדי (קוסטחה) לבית הדין האירופי לצדק, על כך שפרסום עיתונאי ישן על פשיטת הרגל שלו עדיין מופיע בצמידות לשמו כאשר מחפשים אותו במנוע החיפוש של גוגל. בקשתו הייתה להוריד את המידע המופיע בצמידות לשמו משום שאינו רלוונטי יותר. בית המשפט קבע מספר קביעות עקרוניות, שסללו את הדרך בהמשך לעיצוב תחומי היקפה של הזכות להישכח ב-GDPR:

(1) איסוף וארגון של מידע שפורסם באינטרנט באמצעות מנועי חיפוש, מייצרים פרופיל על "נושא המידע" (האזרח שלגביו מתפרסם המידע), ועצם הצגת המידע מהווה עיבוד מידע.⁴¹ מכאן, מנועי החיפוש משפיעים באופן יסודי על פרטיותו של נושא המידע וקמות להם חובות ביחס להגנה על פרטיות נושא המידע.⁴²

(2) בקשתו של נושא מידע לכך שרשימת התוצאות המוצגת על בסיס שמו פוגעת בזכותו להגנה על פרטיותו, שכן מדובר במידע שאינו רלוונטי למטרה שלשמה נאסף, ומכאן קמה לו זכות למחיקה,⁴³ גם כלפי אתרים שמשכפלים את המידע.⁴⁴ עם זאת, זכות זו מוגבלת בכך שישנו אינטרס חזק ליצירת מצג אמת בחיפוש האינטרנטי.⁴⁵

(3) כאשר מדובר באישי ציבור, פרסום של מידע על אודותיהם אינו מהווה הפרה של זכותם לפרטיות.⁴⁶

על בסיס עקרונות אלה עוצבה מה שתהפוך לזכות להישכח בחקיקת הפרטיות המקיפה שנעשתה באיחוד האירופי במסגרת ה-GDPR.⁴⁷ כיום, סעיף 17 ל-GDPR מעגן במפורש את הזכות להישכח ומבטא את עיקרי האיזונים שנוסחו בפסיקה בעניין קוסטחה. המנגנון שהוגדר בסעיף זה מורכב משלוש שכבות: השכבה הראשונה מסדירה את העילות אשר לפיהן אדם יכול לדרוש עדכון או מחיקה של מידע ביחס אליו; השכבה השנייה מסדירה את הסדר המחיקה המקבילה, שמשמעותו חובת מחיקה מפלטפורמות תוכן נוספות בהן נמצא המידע נשוא הבקשה; השכבה השלישית מגדירה מספר חריגים אשר בהתקיימם לא תוענק זכות המחיקה.

באשר לשכבה הראשונה – העילות בגינן ניתן לבקש עדכון או מחיקה של מידע אישי, ס'17(1), כולל שש עילות מחיקה:

(1) כאשר המידע הפרטי אינו רלוונטי יותר למטרה שלשמה נאסף לכתחילה (למשל, אם נאסף מידע ביחס לחברות באגודה שכבר אינה רלוונטית, או ביחס להרגל שאיבד מהרלוונטיות שלו).

39 Jeffrey Rosen, The Right to Be Forgotten, 64 STAN. L. REV. ONLINE 88, 90 (2012).

40 Jef Ausloos, The 'Right to be Forgotten' – Worth remembering? 28(2) COMP. L. & SEC. REV. 143, 147 (2021).

41 Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González C-131/12 CJEU (2014), paras 26-28 (להלן: "קוסטחה").

42 שם, פס' 37-38.

43 שם, פס' 98.

44 שם, פס' 84.

45 שם, פס' 80-81, 97.

46 שם, פס' 100.

47 EU General Data Protection Regulation (GDPR), EU Reg. 2016/679.

(2) כאשר נושא המידע משך את הסכמתו שהמידע שלו יעובד ואין בסיס משפטי אחר להמשך עיבוד המידע (איסוף מידע פרטי על אודות נושא מידע חוקי רק כאשר קיימת עילה חוקית לאיסופו).

(3) נושא המידע מתנגד להמשך עיבוד המידע ואין הצדקה להמשיך ולעבד את המידע (למשל, כאשר אדם הסכים לעיבוד מידע אישי לצורך קבלת שירות, אך עבר זמן מאז קבלת השירות באופן שהופך את עיבוד המידע ללא רלוונטי ובלתי מוצדק).

(4) המידע האישי עובד בצורה לא חוקית (למשל, אם לא ניתנה כלל הסכמה לאיסוף ועיבוד מידע אישי לגבי אדם).

(5) כאשר המידע האישי צריך להימחק כדי לעמוד במחויבות משפטית נוספת מכוח דיני האיחוד (למשל, אם יש פסק דין המורה כי פרסום מהווה לשון הרע, ובהתאם יש למחוק אותו).

(6) מחיקה של מידע הנוגע לקטינים.

קיומן של שש עילות למחיקת מידע מציגות חזית ברורה של תפיסת פרטיות חזקה, המתבססת בעיקרה על הסכמתו של נושא המידע למסור את המידע על אודותיו. כמפורט לעיל, גם כאשר מוענקת הסכמה ראשונית אך לאחר מכן זו מתבטלת, אין עוד הצדקה לעיבוד המידע, שמירתו או פרסומו.⁴⁸ בנוסף, הזכות למחיקה קמה כאשר המידע איננו רלוונטי למטרה שלשמה נאסף. יצוין כי זהו ביטוי של עיקרון צמידות המטרה בדיני הפרטיות, לפיו עיבוד של מידע מותר רק למטרה מסוימת וכל חריגה ממנה אסורה.

בנוגע לשכבה השנייה, העוסקת בחובותיה של פלטפורמת תוכן דיגיטלית העומדת בפני בקשה לעדכון או מחיקה של מידע אישי, ס'17(2) מרחיב את מחויבות מעבד המידע, בכך שהוא מחייב אותו (בהתחשב בטכנולוגיות הזמינות בעת עיבוד המידע ומחיר היישום שלהן) לנקוט כל צעד סביר במטרה להודיע למעבדים נוספים של המידע שנושא המידע ביקש למחוק את המידע. הרחבת חובה זו הכרחית כדי לצקת תוכן בזכות ולמחיקה של כל לינק, עותק או שכפול של המידע האישי על ידי המעבדים הנוספים. היא אף ומונעת מדרך "חתול ועכבר", במסגרתו נושא המידע צריך להגיש בשיטתיות עשרות בקשות כדי למחוק פיסת מידע אחת.

אחד מהמאפיינים המקשים על מימושה של הזכות להישכח הוא הקלות לשכפל ולהדהד מידע,⁴⁹ באופן שיוצר "כדור שלג" של חשיפה והעלאה של תוכן לאינטרנט. קלות זו יכולה להוביל להדהד מידע באפיקים שלא נצפו בהכרח במקור,⁵⁰ גם אם המידע שקרי, אינו מדויק או אינו רלוונטי באתרים רבים, שמסתמכים אחד על משנהו. מכאן, סעיף זה מאפשר לנושא המידע להגדיל את הוודאות שהמידע על אודותיו אכן יימחק.

עם זאת, לשון ס'17(2) מסייגת במספר מובנים את החובות שמוטלות על מי שמתבקשת ממנו מחיקת המידע, כתלות בטכנולוגיות העומדות לרשותו ובעלות של הליך המחיקה, ובכפוף לדרישת סבירות. למשל, אם מחיקת מידע דורשת תכנות מחדש של אתר אינטרנט, באופן אשר מייצר עלויות כלכליות ותפעוליות בלתי סבירות, ישנה אפשרות שלא לקבל את הבקשה למחיקת המידע.

לבסוף, לגבי **השכבה השלישית**, אשר עוסקת במקרים בהם אין צורך לקבל בקשה לעדכון או למחיקה של מידע אישי, ס'17(3) כולל חמש עילות אשר בהתקיימן ניתן לדחות בקשה:

48 כזכור, בעניין קוסטחה הובהר שמנועי חיפוש מעבדים מידע.

49 ראוי להזכיר שבהקשר זה ישנם גורמים נוספים להדהד, הנובעים גם מהמאפיינים הפנימיים של במות הפרסום. כך, למשל, לייק או שיתוף של פוסט מגדיל גם הוא תהודה, ונקבע שמדובר במידע רלוונטי להערכת קיומו של לשון הרע. ראו: רע"א 1239/19 **יואל שאול נ' חברת נידלי תקשורת בע"מ** פס' 45 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (08.01.2020). לעניין ההבחנה בין מקרה לייק המגדיל תהודה ובין העלאה מחודשת של המידע במטרה להגדיל תהודה, ראו פס' 21 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז: רע"א 2855/20 **פלונית נ' פלוני** (נבו 6.10.2022).

50 ראו לעניין זה את פס' 13 לפסק דינו של השופט עמית בעניין בכרי – ע"א 1726/21 **בכרי נ' מגנאג'י** (נבו 23.11.2022).

- (1) לשם הגנה על הזכות לחופש הביטוי והמידע (למשל, במקרה של פרסום עיתונאי בעל חשיבות).
- (2) על מנת לציית למחויבויות משפטיות הנדרשות לפי דיני האיחוד (לדוגמה, חובת גילוי של בעלי תפקיד בחברה ציבורית הנסחרת בבורסה, או של אנשי ציבור המבקשים להיבחר לפרלמנט האירופי).
- (3) מסיבות של אינטרס ציבורי מתחום בריאות הציבור (אזהרת הציבור לשם הגנה על בריאותו, כגון מחשש להדבקה במחלות).
- (4) למטרות ארכיוניות המשרתות אינטרס ציבורי ומחקר מדעי, היסטורי וסטטיסטי, אשר לא ניתן להשיג אם המידע יימחק (כמו אירוע היסטורי אשר חשוב לשמר תיעוד לגביו).
- (5) לביסוס תביעה או הגנה משפטית.

כפי שניתן לראות, ההסדר החוקי בסעיף 17 ל-GDPR מייצר נוסחה לאיזון בין הערכים השונים המושפעים מהזכות להישכח, אולם ערכים אלה זוכים לליבון וקונקרטיזציה דרך פסיקות של בתי המשפט, אשר מתמודדים עם מצבים פרטניים מן המציאות. בחלקים הבאים של פרק זה נבקש לראות כיצד בית הדין האירופי לצדק התמודד עם שני אתגרי מפתח הנוגעים לזכות להישכח: א) התחולה הגאוגרפית של הזכות; ב) השיקולים שעל פלטפורמת תוכן דיגיטלית להביא בחשבון בעת הניסיון לאזן בין עילות הדחייה והקבלה.

א) תחולה גאוגרפית של הזכות

שאלה מרכזית העולה ביחס לזכות, ואשר התעוררה בהקשר של האיחוד האירופי, היא ההיקף הגאוגרפי שלה. כלומר, האם קבלת בקשת המחיקה צריכה להוביל לכך שהתוצאות יוסרו ממנוע החיפוש בכל העולם? רק באותה מדינה? רק באיחוד האירופי? מדובר, ללא ספק, בשאלה מורכבת.

אמנם, על מנת להביא למימוש מלא של הזכות, יש מקום לכאורה להוביל למחיקה בהיקף גאוגרפי רחב ככל הניתן, ואולי אף גלובלי, של תוצאות החיפוש. זאת, במיוחד לנוכח הקלות הטכנולוגית בה כיום ניתן להתגבר על מגבלות טריטוריאליזם בגלישה באינטרנט. מנגד, הכרה בזכות בהיקף גלובלי עלולה ליצור צנזורה קשה מדי ולייצר התנגשויות בין מדינות המייחסות משקל שונה לערכים נוגדים. למשל, האם מידע שנקבע בטורקיה כי הוא ראוי להימחק מחייב למנוע מגולשים בישראל להיחשף אליו? הדילמה הזו עשויה לזלוג גם למישור היחסים הבינלאומיים: גישה זו יכולה להרחיב את ההשפעה של דיני הפרטיות של האיחוד האירופי ולדחוף להכרה בסטנדרט גלובלי המקדם שוויון ברמה הרחבה ביותר שניתן.⁵¹

אם כן, האם ניתן וראוי לכפות נורמות ערכיות בדבר עליונות הפרטיות על חופש הביטוי גם על מדינות אשר תופסות באופן שונה את מהות, היקף ועוצמת הזכות? בחירה זו עלולה להשפיע על הלגיטימיות של הדין העולה מהאיחוד האירופי ומהפסיקות של בתי הדין הפועלים במסגרתו.⁵² בנוסף, הרצון לקדם הכפפה של מדינות אחרות לנומרות של האיחוד האירופי עלול לעלות לכדי פגיעה בשוויון הריבוני בין מדינות,⁵³ עקרון יסוד של המשפט הבינלאומי.⁵⁴

51 Mary Samonte, Google v. CNIL: The Territorial Scope of the Right to Be Forgotten Under EU Law, 4(3) EUR. P., 839, 845-846

52 Tu Huynh, Google LLC v. Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL): Does Everyone Have to Listen to the European Union?, 28 TUL. J. INT'L & COMP. L. 359, 370 (2020)

53 Danial A. Nadeem, Territorial Limits to the European Union's Right to Be Forgotten: How the CNIL Ignores Jurisdictional Basics in Its March 10, 2016 Decision against Google, 8 CREIGHTON INT'L & COMP. L.J. 182, 192-196 (2017)

54 העקרון מעוגן בס' 2(7) למגילת האו"ם, וביטוייה המרכזי הוא באיסור על התערבות בענייניה הפנימיים של מדינה. הכלל פורש כך שהתערבות אסורה אם היא נכנסת ל"גרעין הקשה" של הפעולות המדינה, באופן שכולל ממד של כפייה. ראו: United Nations Charter, 1 U.N.T.S. XVI (1945); art. 2, para. 7, Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicar. v. U.S.), Judgment, ICJ 14, para. 205 (1986); Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations, G.A. Res. 2625, (1970)

חשש נוסף שהועלה ביחס ליישום גלובלי של הזכות הוא שהוא עלול לשמש משטרים אפלים לכפייה על פלטפורמות תוכן דיגיטליות להוריד ביטויים הכוללים התנגדות פוליטית למשטר או מידע שמבקר את המשטר ובכך למנוע חשיפה שלו ברחבי העולם.⁵⁵ כלומר, המבקרים הצביעו על פוטנציאל שימוש לרעה, במובן שבאמצעות כסות של הגנה על הזכות תקודם השתקה פוליטית (מפני שלרשות פרטיות במדינה תהיה סמכות להורות על הורדה של ביטוי בכל העולם),⁵⁶ במיוחד במשטרים אוטוריטריים.⁵⁷ כפי שנראה להלן בחלק של המבט על התעשייה הטכנולוגית, ובפרט לפרקטיקה של גוגל בנושא, בפועל מרבית בקשות מחיקת המידע מגיעות מאנשים פרטיים וביחס למידע הנוגע אליהם. בהתאם, חשש זה התבדה מבחינה מעשית.

ובחזרה לפרקטיקה באיחוד האירופי, כאשר רשות הגנת הפרטיות בצרפת דרשה מגוגל להוריד מידע על אזרח צרפתי באופן גלובלי, החברה סירבה והסבירה כי ביכולתה לאפשר מחיקה מכוח בקשה זו רק בתחומי האיחוד האירופי.⁵⁸ כאשר בית הדין האירופי לצדק נדרש לשאלה זו, הוא קבע זה כי גבולות ההסרה יהיו האיחוד האירופי כולו, ולא ניתן להרחיב את הדרישה למחיקה גם מעבר לגבולות האיחוד, לפחות לא במסגרת החקיקה האירופית הקיימת.⁵⁹ עקרונית, בית הדין הכיר בכך שמימוש מלא של הזכות להישכח אמור להוביל להורדה גלובלית ובמובן זה הותיר פתח לאפשרות זו – בקביעתו כי אין מניעה נגד תחולה אקס-טריטוריאלית בדיני האיחוד האירופי על ידי רשויות מדינתיות, ומכאן ישנה אפשרות כי בעתיד הדבר עשוי להיות מוצדק בנסיבות מסוימות.⁶⁰

ב) שיקולים במימוש הזכות

סוגיה משמעותית נוספת נוגעת לכך שבניגוד לזכויות אדם המתקיימות בעולם הפיזי, הזכות להישכח נאכפת כמעט תמיד על ידי גופים פרטיים – דוגמת גוגל – ולא על ידי רשויות מדינתיות. הדבר מוביל לכך שמי שעורך את האיזון בין השיקולים המנוגדים ביחס לבקשת הסרת מידע הוא גוף שמונע משיקולים מסחריים בעיקרם, ואינו אחראי כלפי המבקשים לממש את הזכות במובנים של אחריותיות דמוקרטית. הסדר זה זכה לביקורת, בעיקר מפני שהאינטרסים של אותם המפעילים אינם אינטרסים "נקיים".⁶¹ במילים אחרות, משום שמדובר בגופים פרטיים, האינטרסים של מנועי החיפוש אינם מימוש גרידא של הזכות, אלא שיקולים כלכליים, ומכאן שהזכות לא תיושם באופן מיטבי.

שיקולים אלו יכולים להטות את הכף מכמה כיוונים: מחד גיסא, האינטרס העיקרי של מנוע החיפוש הוא הסרת כמות מידע קטנה ככל האפשר, משום שהגדלת התוכן במנוע החיפוש גם מחזקת את המהימנות שלו וגם משרתת את האינטרס הכלכלי של המפרסמים. מאידך גיסא, ככל שהמשטר המשפטי יוביל לחבות בנזיקין או יגרור חובת פיצויים בכל דרך אחרת כאשר הזכות להישכח לא מומשה, אזי המנועים יבצעו הורדת-יתר של ביטויים.⁶²

55 Google v CNIL, C-507/17 CJEU, Opinion of AG Szpunar, para. 61 (2019) (להלן: "גוגל נ' סניל").

56 Takehisa Watanabe, Territorial Scope of Obligation to De-reference Based on the "Right to Be Forgotten", 57(21) THE B. OF OKAYAMA U. OF SCI. 26 (2021).

57 Jure Globocnik, The Right to Be Forgotten is Taking Shape: CJEU Judgments in GC and Others (C-136/17) and Google v CNIL (C-507/17), 4(4) GRUR INT'L 380, 386 (2020).

58 וכן EFTA, בעקבות מיני שיתופי פעולה גם בתחומי הגנת המידע. עקרון זה קיבל ביטוי במסמך פורום הפרטיות האירופי ליישום עקרונות הפסיקה בעניין קוסטחה. שם, בואר שהתחולה הטריטוריאלית של הזכות היא בתחומי האיחוד האירופי בלבד. ראו: WP225 Guidelines on the Implementation of the Court of Justice of the European Union Judgement on "Google Spain and Inc V. Agencia Espanola de Proteccion De Datos (AEPD) and Mario Costeja Gonzalez" C-131/12, EUR. COMM'N (2020), <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/667236/en>.

59 גוגל נ' סניל, ה"ש 55 לעיל, פס' 64-65.

60 שם, פס' 72-73.

61 Julia Powles and Enrique Chaparro, How Google determined our right to be forgotten, THE GUARDIAN (18.2.2015).

<https://www.theguardian.com/technology/2015/feb/18/the-right-be-forgotten-google-search>.

62 Patricia Sanchez Abril & Jacqueline D. Lipton, The Right to Be Forgotten: Who Decides What the World Forgets, 103 KY. L.J. 62.

בהקשר זה, הפסיקה בעניין קוסטחה העניקה מעט מאוד הוראות מנחות למנועי החיפוש כיצד לממש את הזכות. חשוב לזכור שמתן שיקול דעת רחב יתר על המידה למנועי החיפוש, ופיקוח ורופף בלבד על יישום הזכות, רק יחריף את הכשלים הללו.⁶³

לשון סעיף 17 אינה מעמידה רף משפטי מובהק לאיזון בין הזכויות,⁶⁴ ומכאן שגם כאשר על פניו הזכות עברה קודיפיקציה, נותר מרחב תמרון רב מאוד שבתוכו יש מקום לשקול שיקולים רחבים. איזון הערכים המגולם בסעיף זה מלמד שהזכות להישכח היא זכות יחסית אשר חייבת להימצא באיזון עם חופש הביטוי.⁶⁵ עם זאת, ישנו חוסר של נורמות משפטיות קונקרטיות המגדירות את עריכת איזון זה, ולכן הפסיקות בנושא החילו נורמות כלליות מכוח דיני זכויות האדם של האיחוד האירופי ודנו באיזונים לאור מערך מידתיות.⁶⁶

הדבר, כמובן, מותיר חוסר וודאות באשר לשאלה אילו ביטויים צריכים להימחק בהתאם לבקשות המוגשות. מספר ערעורים על החלטות של מנוע החיפוש הולידו הליכים משפטיים שהתקיימו לאחרונה באיחוד, אשר סיפקו הנחיה מדויקת יותר ביחס לשיקול הדעת שאמורה להפעיל הפלטפורמה בבואה לבחון בקשות מחיקה של תוכן.

בית הדין האירופי לצדק נדרש לשאלות אלו בשני פסקי דין הנוגעים למערכת השיקולים המדוברת. כך, הובהר שיש מקום לבחון, בין היתר, את השיקולים הבאים: חומרת הפגיעה בזכות לפרטיות של נושא המידע, האם השארת הלינק **הכרחית במיוחד** (strictly necessary) כדי להגן על חופש הביטוי והמידע, חומרת המעשה המפורסם, הזמן שעבר מאז הפרסום, תפקידו הציבורי של נושא המידע, האינטרס הציבורי של הפרסום, צורת ותוכן הפרסום וההשלכות על חייו של מבקש המחיקה או העדכון.⁶⁷

כלומר, ככל שהפגיעה בפרטיות חמורה יותר, וזמן רב יותר עבר מעת ביצוע המעשה וההשפעה של הפרסום נפרסת על פני אלמנטים שונים בחיי האדם (כמו קבלה לעבודה או חיי משפחה), כך תגדל הנטייה לאשר את בקשת המחיקה. כאשר מדובר במעשה חמור, או שנושא המידע הוא איש ציבור, גדל האינטרס הציבורי שיתמוך בקביעה שהשארת הפרסום הכרחית במיוחד (קרי, הצבה של רף גבוה במיוחד כדי לאשר את הבקשה).⁶⁸

פסיקת בית הדין האירופי לצדק מעניקה ביאור מסוים ביחס לשיקולים שיש לשקול בעת עריכת האיזון,⁶⁹ כמו גם ביחס לרף האיזון הדרוש.⁷⁰ מדובר, אפוא, על שיקולים הגיוניים מאוד, שכן ככלל אצבע: ככל שעובר זמן רב יותר, הותרת המידע מובילה לפגיעה גדולה יותר בפרטיות נושא המידע וההשפעות על חייו יהיו גדולות יותר כאשר נדמה שאין המידע רלוונטי או מדויק יותר. במקביל, ככל שמדובר במידע על עבירות חמורות או שמדובר על איש ציבור, ברור אפוא מדוע הותרת המידע משרתת אינטרס ציבורי רחב יותר.

(2014) 363, 383-385.

63 ראו הרחבה בפרק על המדיניות של גוגל.

64 חריג לכך היה בהסדר שהוצע ב-17(2), שהגביל את החובה לדווח למעבדים נוספים לשיקולים טכנולוגיים וסטנדרט של סבירות.

65 European Union Agency for Fundamental Rights, Handbook on European Data Protection Law, 54 (2018).

66 Nicolae Voiculescu & Maria-Beatrice Berna, Analytical Issues of the Right to Be Forgotten - Between Theoretical Landmarks and Practical Expectations, 11 TITU MAIORESCU U. L. ANN. 25 (2020).

67 GC, AF, BH, ED v. CNIL, C-136/17 paras. 77-78 (2019) (להלן: "GC").

68 Claudia Quelle, GC and Others v CNIL on the Responsibility of Search Engine Operators for Referring to Sensitive Data: The End of 'Right to Be Forgotten' Balancing? 5 EUR. DATA PROT. L. REV. 438, 443 (2019) (להלן: "קוול").

69 Silvia De Conca, GC et al v CNIL: Balancing the Right to Be Forgotten with the Freedom of Information, the Duties of a Search Engine Operator, 5 EUR. DATA PROT. L. REV. 561, 566 (2019).

70 Federica Giovanella, From the 'Right to Delisting' to the 'Right to Relisting', MEDIALAWS 7-8 (2022).

יש לשאול - האם הרף שננקט בפסיקה הוא ראוי? אמנם, במישור הפנימי של דיני האיחוד, הוא קונסיסטנטי עם פסיקות נוספות של בית הדין האירופי לצדק, המבקשות להגן על הגנת מידע מפני זכויות אחרות תחת רף זה.⁷¹ כלומר, פגיעה בפרטיות צריכה להיות מוצדקת רק אם היא הכרחית ברף זה. השימוש בפרמטר הזמן יכול לאפשר איזון עדין יותר בין הזכויות, באופן שבו תתאפשר הגנה על חופש הביטוי כאשר המידע רלוונטי במיוחד, אך ככל שעובר הזמן השגת הרף נעשית קשה יותר.⁷²

ועדיין, רף כה גבוה עלול לייצר היררכיה וחוסר סימטריה בין הזכויות שמונחות על הכף⁷³ - כלומר, שפרטיות גוברת על חופש הביטוי במרבית המקרים, דבר שעלול לפתוח פתח לניצול לרעה של הזכות.⁷⁴ יישום האיזון הזה עלול לייצר אפקט מצנן על חופש הביטוי, פגיעה לא רצויה שאינה מקדמת את סט הערכים של הזכות כמבטאת בלשון החוק.

עם זאת, אנחנו מאתרים שינוי במגמת בית הדין האירופי לצדק בפסק הדין האחרון שיצא בסוגיה. בעניין זה, הבהיר בית הדין שבהערכת עילות הדחייה תחת ס' 17(3), מעבדי המידע אינם צריכים לבצע בירור אקטיבי של מערכת העובדות משום שהם אינם גוף חוקר. מכאן שהערכת נכונות ודיוק המידע היא עול כבד על הפלטפורמות ועליהן להסתמך על המידע שהובא בפניהן בלבד. כפועל יוצא, כאשר נושא מידע מגיש בקשה, עליו לספק ראיות מספיקות כדי לבסס את חוסר הנכונות של המידע המובע.

בית הדין הבהיר שחוסר דיוק קל איננו עילה למחיקת המידע, במיוחד כאשר נראה שהמידע תורם לדיון הציבורי.⁷⁵ עם זאת, במקביל הדגיש בית הדין את חשיבותה של זכות הערעור על החלטת מנוע החיפוש וביקורת שיפוטית על שיקול הדעת של מנוע החיפוש - כלי חשוב לפיקוח, במיוחד לנוכח שיקול למנוע החיפוש.⁷⁶ משתמע כי הרחבת שיקול הדעת של מי שעומד בפני בקשה למחיקת מידע אישי אמורה ללכת יד ביד עם הרחבת הביקורת השיפוטית עליו.⁷⁷

סעיפים 77 ו-78 ל-GDPR מסייעים במימוש הזכויות שהוא מקנה כך שכל הפרה של זכות מסל זכויות הפרטיות, כולל כמובן הזכות להישכח, היא עילה להגשת בקשה לרשות הגנה הפרטיות המדינית, שתחליט בסוגיה מבלי להצטרך בשלב הראשון לפנות לבית המשפט המקומי או לבית הדין האירופי. כמו כן, המסלול של ההליך המנהלי לרשות הגנת הפרטיות נתון רק אם נושא מידע סבור שזכותו להישכח נפגעה, ולא למפרסם המידע שסבור שזכותו לחופש הביטוי נפגעה, דבר שמייצר חד-צדדיות באופן שבו ההליך מובנה.⁷⁸ חיסרון נוסף באופן שבו הליכים שיפוטיים מנוהלים הוא שהמידע המפורט בפסק הדין בנקל משוחזר. כך ניתן להבין מי הוא נושא המידע, והזכות מאוינת.⁷⁹

71 Satakunnan Markkinapörssi and Satamedia, C-73/07 (2008), paras. 52-54; Sergejs Buivids, C-345/17 (2019), para 50

72 Yuliya Miadzvetskaya & Geert Van Calster, Google at the Kirchberg Dock On Delisting Requests, and on the Territorial Reach of the EU's GDPR, 6 EUR. DATA PROT. L. REV. 143, 148 (2020).

73 שם, 147.

74 עמדה זו, שהובעה בחוות דעת הפרקליט הראשי של בית הדין, עומדת על החשיבות של יצירת איזון בין הזכויות כשוות זו לזו. ראו: Opinion in TU, RE v. Google LLC, C-460/20 CJEU 271, para. 17 (2022).

75 שם, פס' 70.

76 שם, פס' 76-77.

77 Anastasia Iliopoulou-Penot, The Construction of a European Digital Citizenship in the Case Law of the Court of Justice of the EU, 59 COMM. MAR. L. REV. 969, 984-985 (2022). ספק אם החלטת בית הדין, אשר מכירה בקושי שביצירת איזונים ערכיים, מאפשרת קיום מקביל של שתי הזכויות באופן סימטרי.

78 Daphne Keller, The Right Tools: Europe's Intermediary Liability Laws and the EU 2016 General Data Protection Regulation, 33(1) BERKELEY TECH. L.J. 279, 359 (2018) (להלן: "קלר").

79 כפי שיודגם בהמשך ביחס לדיני זכויות האדם האירופיים, מדובר בבעיה של ממש.

המשמעות של החלטה זו היא שהלכה למעשה, בעוד שבית המשפט מדבר על חשיבות הפיקוח על מנוע החיפוש, הוא מעניק לו מרחב תמרון רחב מאוד באיזון של עילות הבקשה והדחייה לפי ס' 17.⁸⁰ הדרישה הגבוהה של חוסר דיוק המידע המפורסם מזכירה במובנים מסוימים את הסטנדרט הישראלי **בסביר נ' נוי**, לגביו נעמיק בהמשך, שמעמיד רף גבוה למדי על מנת להצדיק הסרה.⁸¹

אם כן, לפנינו שתי פסיקות המצויות במתח האחת עם רעותה. הפסיקה הראשונה מכוונה את שיקול הדעת של מנוע החיפוש ומעמידה רף לפיו הזכות להישכח גוברת על חופש הביטוי, למעט במקרים חריגים. לעומתה, הפסיקה השנייה מעמיקה את שיקול הדעת של מנוע החיפוש בכך שהיא מקטינה את דרישת בירור הראיות שעומדות לפניו, ומדגישה שהזכות להישכח אינה מגינה במצבים של אי-דיוקים קלים. כלומר, בעוד שהפסיקה הראשונה אמורה "לחזק" את הזכות להישכח על פני הזכות לחופש הביטוי, השנייה דווקא מקלה על דחייה של בקשות מחיקה של מידע מכוח הזכות. מתח זה מקשה על שרטוט קו מגמה ברור ביחס לדיני האיחוד בכל הנוגע לשיקולים שעל מנוע החיפוש לשקול בעת מימוש הזכות והיקף נגישותה.

לסיכום חלק זה, המהפכניות של הלכת קוסטחה וההתפתחויות שבאו בעקבותיה הן שתושבי האיחוד האירופי יכולים לדרוש הסרת מידע באמצעות הגשת טופס פשוט למנוע החיפוש, ולקבל תשובה מהירה יחסית בנוגע לבקשת המחיקה. כל זאת, מבלי להסתייע בעורך דין ומבלי לפנות כלל לבית המשפט. מדובר, אם כן, בשירות יעיל לאזרח, בנושא משמעותי מאוד עבור הפרטיות והאוטונומיה שלו, אשר אינו מרוקן אותו מנכסיו.

2. הזכות להישכח בדיני זכויות האדם האירופיים

מלבד דיני האיחוד האירופי, ישנו מכשיר חשוב נוסף להגנה על זכויות האדם באירופה - האמנה האירופית לזכויות אדם, הנאכפת על ידי בית הדין האירופי לזכויות אדם. למסגרת זו ישנה השפעה מכרעת על עיצוב דיני זכויות האדם הבינלאומיים בכל העולם, ובפרט על היקף ועוצמת הזכות להישכח.

במקביל להכרה בבית הדין האירופי לצדק, הזכות להישכח זכתה להכרה גם בבית הדין האירופי לזכויות אדם, בית דין הפועל מכוח האמנה האירופית לזכויות אדם ואשר פסקי הדין שלו מחייבים את המדינות החברות בו. כמוסבר לעיל, לאור התחולה הרחבה יותר של האמנה האירופית לזכויות אדם, ההכרה במסגרת דיני זכויות האדם האירופיים היא רחבה יותר מגדרי האיחוד האירופי.

המסגרת המשפטית הרלוונטית לעניין זה נוגעת בשתי זכויות המוגדרות באמנה האירופית: סעיף 8 שמגדיר את הזכות לחיים פרטיים, וסעיף 10, שמגדיר את הזכות לחופש הביטוי. ככלל, המגמה הכללית היא להרחיב את הזכות בסעיף 8,⁸² כך שתכלול כמה שיותר היבטים הנוגעים לפרטיות⁸³ אשר משפיעים על אישיות וזהות,⁸⁴ ונקבע שמוניטין של אדם הוא חלק אינהרנטי מזכותו לפרטיות.⁸⁵ מכאן, מדובר בבסיס נוח להכרה בזכות להישכח. במובן זה, הזכות לפרטיות נתפסת בתור

Oskar J. Gstrein, The Right to be Forgotten in 2022, VERFASSUNGSBLOG (20.12.2022) 80
<https://verfassungsblog.de/rtbf-2022/>

81 טל מימרן וליאור ויינשטיין "האם הגיעה העת למסד בישראל את הזכות להישכח?" (8.1.2023) **ICON-S-IL Blog**.
<https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2023/01/08/080123>

82 Amann v. Switzerland, App. No. 27798/95 ECHR, para. 65 (2011) (להלן: "עניין אמאן").

83 Martin Westlund, The Development of the Right to Privacy Under the ECHR (Master's Thesis, Uppsala University, (2018)

84 Veronika Szeghalmi, Difficulties regarding the Right to Be Forgotten in the Case Law of the Strasbourg Court, 4 ATHENS J.L. 255, 259 (2018)

85 Von Hannover v. Germany, App. Nos. 40660/08 and 60641/08 ECHR, para. 97 (2012)

בסיס איתן לשימור כבוד האדם⁸⁶ והאוטונומיה שלו.⁸⁷

בניגוד לעמדת בית הדין האירופי לצדק, אשר כורך הגנה על מידע אישי ופרטיות תחת כפיפה אחת,⁸⁸ בית הדין האירופי לזכויות אדם דורש תנאי נוסף בכל הנוגע לאיסוף מידע – והוא שהמידע נאסף באופן שיטתי.⁸⁹ מכאן שאיסוף, אגירה וחשיפה של המידע הנזכר לעיל פוגע בזכות לפרטיות.⁹⁰

אם כן, איזון הזכויות יכול להוביל לאחת משתי תוצאות: פגיעה בזכות להישכח מטעמי חופש הביטוי (הותרת הביטוי) או פגיעה בחופש הביטוי מטעמי הזכות להישכח (הסרתו). התנאים למקרה הראשון, הם שתקום הצדקה חוקית, שהיא תהיה למטרה לגיטימית ושהפגיעה היא הכרחית.⁹¹ התנאים למקרה השני – עוסקים בהתערבות לא מוצדקת בידי רשות ציבורית שלא לפי החוק ובמידה הנדרשת בלבד בחברה דמוקרטית.⁹²

עוד טרם הדיון המפורש בזכות להישכח, בית הדין האירופי לזכויות אדם קבע כבר בשלב מוקדם יחסית שחוסר היכולת להסיר באופן מלא מידע אישי מהאינטרנט או ממאגרי מידע מהווה הפרה של סעיף 8.⁹³ בנוסף, קבע בית הדין האירופי לזכויות אדם שאיסוף מידע הנוגע לעברו הרחוק של אדם חוסה תחת ההגנה על הפרטיות, ובהתאם החזקת וחשיפת המידע מוביל לפגיעה בסעיף 8.⁹⁴

בעוד שקביעות ספורדיות אלו הכינו את המצע לזכות להישכח, אחד התיקים המדוברים ביותר ביחס לזכות להישכח במסגרת הפסיקה של בית הדין האירופי לזכויות אדם, הוא **M.L. and W.W. v. Germany**, שהיווה את ההכרה המפורשת הראשונה בזכות.⁹⁵ בתיק דובר על פרסום כתבות ודיווחים, שלאחר מכן הוכנסו לארכיון, על אודות הליך פלילי של אחים למחצה שנשפטו למאסר עולם בעקבות רצח של שחקן. השאלה שנידונה הייתה אם זכותם של האחים לפרטיות, תוך אזכור מפורש של הזכות להישכח, גוברת על האינטרס הציבורי ביחס לסיקור לאורך זמן. בית הדין קבע שכדי שהזכות תהיה רלוונטית תחת סעיף 8, דרושה פגיעה משמעותית המובילה לפגיעה הגורעת מזכותו של אדם לכבוד ולהנאה מחייו האישיים,⁹⁶ כאשר מובהר שפגיעה במוניטין הנגרמת בעקבות פעולותיו של אדם איננה מכוסה תחת ס' 8.⁹⁷

בית הדין האירופי לזכויות אדם העניק מספר אמות מידה חשובות ביחס לאיזון בין חופש הביטוי לזכות להישכח כזכות-בת של הזכות לפרטיות, אף שבמקרה הזה נקבע כי לא הייתה הפרה של ס' 8.⁹⁸

86 Beizaras and Levickas v. Lithuania, App. No. 41288/15 ECHR, para. 117 (2020).

87 Reklos and Davourlis v. Greece, App. No. 1234/05 ECHR, para. 38 (2009).

88 Volker und Markus Schecke and Eifert v. Land Hessen, C-92/09 & C-93/09 ECHR, para. 52 (2011).

89 Rotaru v. Romania, App. No. 28341/95 ECHR, para. 44 (2004).

90 עניין אמון, ה"ש 82 לעיל, פס' 69.

91 Juliane Kokott and Christoph Sobotta, The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR, 34(4) INT'L DATA PRIV. L. 222, 224 (2013).

92 Simon Wechsler, The Right to Remember: The European Convention on Human Rights and the Right to Be Forgotten, 49 COLUM. J.L. & SOC. PROBS. 135, 156-165 (2015).

93 Khelili v. Switzerland, App. No. 16188/07 ECHR (2011) (להלן: עניין "חלילי").

94 M.M. v UK, App. No. 24029/07 ECHR, paras. 188-190 (2012).

95 Özgür H. Cinar, The Right to Privacy in International Human Rights Law, J. OF IN. SYS. & OP. MAN. 33, 38 (2019).

96 M.L. and W.W. v. Germany, App. Nos. 60798/10 and 65599/10 ECHR, para. 88 (2018). ("An attack on a person's reputation must attain a certain level of seriousness and in a manner causing prejudice to personal enjoyment of the right to respect for private life") (להלן: עניין LM).

97 שם.

98 שם, פס' 116.

(1) האיזון בין הזכויות תלוי במושא המחקר: המפרסם המקורי או מנוע החיפוש, כאשר אם מדובר על הראשון פעולתו היא ליבתו של ס'10.⁹⁹ לעומת זאת, כאשר מדובר על מנוע חיפוש, המחויבות של הפלטפורמה רבה יותר ויש לבחון את האפקט המעצים של הקישור שמנוע החיפוש מייצר בין נושא המידע לפרסומים.

(2) לאחר זמן רב, האינטרס הציבורי ביחס לידיעות על אודות עבריינים יורד, במיוחד מטעמים של שיקומם המחודש בחברה לאחר שכבר השתחררו מן הכלא.¹⁰⁰ עם זאת, הדבר תלוי בדיון החברתי והציבורי בתיק, וככל שהוא ממשיך בעת בקשת המחיקה, סעיף 10 יגבר על סעיף 8.¹⁰¹

(3) מהם התוכן, הצורה וההשלכות של הפרסום? יש לבחון מהו המיקום של הארכיון, וככל שמדובר בפרסום יותר אובייקטיבי, ללא כוונה לפגוע במוניטין של מושאי הכוונה, כך הכתבה מצויה יותר בלב סעיף 10.

הספרות העוסקת בפסק הדין מצביעה על הנסיבות הייחודיות שלו: מדובר על תיק שהיה מושא לדיון נוסף והשניים היו דמויות ציבוריות ונושא לדיון ציבורי שנים לאחר הפשע, כאשר ניתן פתח במקרים אחרים להכיר בזכות.¹⁰² בנוסף, ההגנה לחופש העיתונות ניתנה במיוחד לאור הנגישות החלקית של המידע, שהיה מותנה בתשלום מינוי לאתר העיתון. מכאן, יש המציעים כי התוצאה הייתה יכולה להיות אחרת בנסיבות שונות, ובהתאם נותרה דלת פתוחה להמשך פיתוח הזכות להישכח.¹⁰³

במובן מסוים, בחלק מן המקרים העבריינים המשוקמים מסרו בעצמם את הראיונות לתקשורת, ובכך עברו על העקרון שהוצג לעיל לפיו אם אדם הוביל לפגיעה במוניטין שלו,¹⁰⁴ הוא נושא באחריות חלקית בנושא (בשפה משפטית - אשם תורם).¹⁰⁵ זאת, אף שמבקרים מסוימים הדגימו כיצד, למרות הטשטוש לכאורה של שמות העותרים, הפרטים המזהים שניתנו עליהם מייצרים אפשרות לזהותם מחדש (מה שמעלה שאלות לגבי היעילות של המהלך).¹⁰⁶

כפי שעולה מפסק הדין, בית הדין מעניק חשיבות מרובה לארכיונים של עיתונים ומפרש את ההגנה עליהם כיסודית.¹⁰⁷ שיקול המדיניות מאחורי גישה זו הוא הרצון למנוע אפקט מצנן שימנע מעיתונים לייצר ארכיונים, שתרומתם לזכות הציבור לדעת משמעותית.¹⁰⁸ ניתן ללמוד על ההיגיון הזה גם מהחלטות אחרות של בית הדין,¹⁰⁹ בהן נקבע שמחיקת הארכיונים עלולה לעלות כדי שכתוב ההיסטוריה.¹¹⁰

99 שם, פס' 97.

100 שם, פס' 100.

101 שם, פס' 105.

102 Evangelia Psychogiopoulou, Judicial Dialogue and Digitalization: CJEU Engagement with ECtHR Case Law and Fundamental Rights Standards in the EU, 13 J. INTELL. PROP. INFO. TECH. & ELEC. COM. L. 145, 155 (2022) (להלן: "אוונג'לינה").

103 Elena Corcione, The Right to Be Forgotten, between Web Archives and Search Engines: Further Steps at the European Court of Human Rights, 5 EUR. DATA PROT. L. REV. 264, 265 (2019) (להלן: קורציון).

104 Marko Milosavljević, Melita Poler & Rok Čeferin, In the Name of the Right to be Forgotten: New Legal and Policy Issues and Practices regarding Unpublishing Requests in Slovenian Online News Media, 8(6) DIG. JOUR., 780, 786 (2020).

105 Uta Kohl, Data Protection Law Revealed: The Right to be Forgotten and Two Western Cultures of Privacy, INT'L & COMP. L. QUAR., 24-26 (2023). <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4339695>

106 Hovsep Kocharyan, Ondrej Hamulák, Lusine Vardanyan "The Right to be Remembered?": The Contemporary Challenges of the "Streisand Effect" in the European Judicial Reality 22(2) ICLR 105, 114-115 (2022).

107 קורציון, ה"ש 103 לעיל, פס' 262.

108 Miquel Peguera, The Right to Be Forgotten in the European Union, in THE OXFORD HANDBOOK OF ONLINE INTERMEDIARY LIABILITY 486, 501-502 (Giancarlo Frosio ed., 2020).

109 Times Newspapers Ltd (Nos. 1 And 2) v The United Kingdom, App. Nos. 3002/03 & 23676/03 ECHR, (2009).

110 Węgrzynowski and Smolczewski v. Poland, App. No.33846/07 ECHR, para. 65 (2013). עם זאת, עדיין ניתן למצוא את הדמיון ביחס לפרמטרים רבים הנוגעים לזכות להישכח, בהם הזמן שעבר, חומרת הפשע המדובר, האינטרס הציבורי שעל הפרק וצורת הפרסום. ראו: אוונג'לינה, ה"ש 102 לעיל, בעמ' 156.

בעניין **Delfi AS v. Estonia** עסק לראשונה בית הדין האירופי לזכויות אדם בעתירה תחת סעיף 10 שנגעה בהגנה על פונקציית התגובות בפורום תקשורת אינטרנטי, שכלל מנגנון "הודעה והסרה" שהוריד תוכן דיבתי, כאשר הפורום טען שהתוכן שעולה בתגובות מוגן תחת חופש הביטוי. בהליכים המדינתיים למקדימים לעתירה זו נקבע שהחברה חבה בנזיקין לנפגעים, משום שבפועל החברה מיעטה בהורדת תכנים מן הסוג הזה. ועדיין, בהינתן האופי המסחרי של החברה ואי ההסרה, נקבע כי לא מדובר בפגיעה במובן של סעיף 10.¹¹¹

ההחלטה כללה כמה קביעות שנויות במחלוקת: ראשית, לא ברור שהתגובות המפורסמות בפורום נכללות כלל תחת חופש הביטוי של החברה, לאור הגישה הפסיבית של מנועי חיפוש ופורטלים ביחס לביטויים המפורסמים בהם.¹¹² שנית, ההחלטה ראתה בביטויים רבים ככאלו שמפירים את סעיף 8, תוך התעלמות מתדירותם בשיח האינטרנטי,¹¹³ ומכאן שנתפסה כמנותקת מן הנורמות של המרחב הדיגיטלי. שלישית, להחלטה משמעות כלכלית,¹¹⁴ אשר רואה את התאגיד בתור "כיס עמוק" ומייצרת מערך תמריצים שעלול להוביל לסגירת הפורום¹¹⁵ וליצירת אפקט מצנן על במות ביטוי שאמורות להיות יחסית חופשיות.¹¹⁶ מכאן, אנו סבורים שמקרה זה איננו דוגמה ליישום חיובי של הזכות להישכח, משום שהוא מהווה תמריץ שלילי לפלטפורמות תוכן דיגיטליות לסנן תכנים, ואיננו בוחן לעומק את טיבם של הביטויים, כפי שהכרחי לעשות במקרים הנוגעים לזכות להישכח, בהתאם להגיונות ולמבחנים השונים שפורטו לעיל.

ניתן לראות הפנמה של הביקורות מעניין **Delfi** במקרה נוסף אשר עסק בבקשות הסרה של תגובות בנוגע לבלוג. לפי הטענה, התגובות היו לשון הרע. הפעם, בית הדין האירופי לזכויות אדם הדגיש שפגיעה בסעיף 8 תוכר רק מעל רף חומרה מסוים. כלומר, לא כל ביטוי דיבתי יוביל להסרה מן הבלוג ולאחריות מנהל הבלוג, משום שהממד האינטרנטי כולל אופנסיויות בתגובות המועלות בו על בסיס תדיר, ומכאן שנדרש שהפגיעה לא תהיה טריוויאלית בחומרתה.¹¹⁷ הכרה זו חיובית ומטמיעה את הנורמות של הדין למרחב הדיגיטלי.

מהלך דומה של תקיפת יישומה של הזכות להישכח באמצעות סעיף 10 ארע גם בעתירה של **Hurbain v. Belgium**, שבעת כתיבת שורות אלו ממתינה לדיון בהרכב מורחב. מקרה זה עוסק במוציא לאור של עיתון יומי שיש לו מהדורה מקוונת (אונליין) וארכיון דיגיטלי, אשר בית המשפט העליון בבלגיה הורה לו לעשות אנונימיזציה לכתבה בהעלאתה לארכיון, כאשר המפרסם טוען לפגיעה בחופש הביטוי של העיתון.

בית הדין האירופי לזכויות האדם אישר את הפסיקה הבלגית וקבע שמדובר בפתרון היעיל והמידתי ביותר שאינו פוגע הן בסעיף 8 והן סעיף 10, זאת במיוחד בהתחשב בפרמטרים של זמן, נזק ושיקום, כאשר הובהר שאין ההחלטה מקימה חובה לבדיקה שיטתית של ארכיונים על בסיס קבוע.¹¹⁸ פסק הדין כלל גם עמדת מיעוט, לפיה ההחלטה פוגעת יתר על המידה

111 Delfi AS v. Estonia, App. No. 64569/09 ECHR, paras. 160-162 (2015). החלטה זו איזנה את סעיף 8 עם סעיף 10, כך שכלל שהחברה אינה פועלת להורדת התגובות באופן אקטיבי ומוותרות אותן בזמינות גבוהה לציבור, כאשר החברה תהיה אחראית על המפורסם בה במובן זה, היא מקדמת את הזכות להישכח, בדומה לקידומה באמצעות דיני לשון הרע בדין הישראלי, תוך קבלת סעד של הורדה ואף פיצוי כספי.

112 Bart van der Sloot, The Practical and Theoretical Problems with 'Balancing' Delfi, Coty and the Redundancy of the Human Rights Framework, 23(3) MAAS. J. OF EUR. & COMP. L. 439, 444-445 (2016).

113 שם, 446.

114 Mart Susi, DELFI AS v. ESTONIA. Application No. 64569/09, 108 THE AM. J. OF INT'L L. 295, 298 (2014).

115 Robert Alexy, The Responsibility of Internet Portal Providers for Readers' Comments. Argumentation and Balancing in the Case of Delfi AS v. Estonia, in THE RULE OF LAW IN EUROPE 199, 210-211 (Elósegui, M., Miron, A., Motoc, I. eds., 2021).

116 Päivi Korpisaari, From Delfi to Sanchez – when can an online communication platform be responsible for third-party comments? An analysis of the practice of the ECtHR and some reflections on the Digital Services Act, 14(2) J. OF MED. L. 352, 364 (2022).

117 Tamiz v. the United Kingdom, App. No. 3877/14 ECHR, paras. 80-81 (2017).

118 Hurbain v. Belgium, App. No. 57292/16 ECHR, para. 132-134 (2021).

בארכיונים של עיתונים,¹¹⁹ ושהפסיקה מובילה, הלכה למעשה, לעריכת התוכן העיתונאי - ליבת חופש הביטוי העיתונאי - באופן שאיננו עולה בקנה אחד עם פסיקות עבר.¹²⁰

כפי שעולה מעמדת המיעוט בבית הדין האירופי לזכויות אדם, מדובר על החלטה משמעותית, שסוטה מעקרונות **M.L. and W.W.** משום שהיא מחייבת את העיתון הראשי ולא את מנוע החיפוש ומורה על שינוי התוכן של הכתבה ולא את דרך חשיפתה.¹²¹ הספרות מצביעה על כך שהפסיקה עלול לייצר לאפקט מצנן ולהקטין את ההגנה הנרחבת לארכיונים דיגיטליים ולזכות הציבור לדעת, במיוחד כשאנשים מסוימים רוצים לגשת לפרסום המקורי.¹²²

כמו כן, קידום הזכות להישכח ביחס לארכיונים מעוררת גם היבט נוסף והוא הגנה על פרטיות המתים (post-mortem privacy), כאשר אין הדבר קונסיסטנטי בהכרח עם הרציונלים של הזכות,¹²³ בדומה לכך שדיני לשון הרע הישראליים אינם מכירים בזכותו של המת להגנה על שמו הטוב. ניתן לראות תגובות ראשונות של מועצות עיתונות באירופה, אשר כוללות בקוד האתי שלהם את ההימצאות ארוכת הטווח של הסיקור שלהם - ואת פוטנציאל השינוי של הכתבות לאור הזכות.¹²⁴ יש מי שסבור שהפסיקה בהקשר הזה יכולה להוליד חובת חריצות נאותה של המדינה¹²⁵ להגן על הזכות להישכח מפני ישויות פרטיות, כמו עיתונים.¹²⁶

תיק נוסף תחת עובדות דומות שפורסם זמן קצר לאחר ההחלטה הוא **Biancardi v. Italy**, כאשר גם בו דובר על מפרסם מסוג עיתון שחויב על כך שלא קיים את הזכות להישכח באתר של העיתון, דבר שגרר קנס גדול מאוד. במקרה זה, עיקר הדיון המשפטי סבב סביב חוסר ציות לבקשת מחיקה ולא אנונימיות. בית הדין האירופי לזכויות אדם קבע שלאור הזמן שעבר מעת הגשת הבקשה, רגישות המידע שפורסם בכתבה וקלות העבירה הפלילית שבה הואשם, אין בחיוב בניזקין על כך הפרה של הזכות לחופש הביטוי.¹²⁷

119 שם, חוות דעתו של השופט פאבלי, פס' 7-3.

120 שם, פס' 22-18.

121 Adam Wiśniewski, The European Court of Human Rights and Internet-Related Cases, 26(3) BIALYSTOK LEG. STUD. 109, 122-123 (2021).

122 Christopher Docksey, Journalism on trial and the right to be forgotten, VERFASSUNGSBLOG (9.3.2022), <https://verfassungsblog.de/journalism-rtbf/> (להלן: "דוקסי").

123 MIKULÁŠ ČTVRTNÍK ARCHIVES AND RECORDS, 22-25 (2023).

124 Laura Juntunen, Digital Challenges to Ethical Standards of Journalism Responses and Needs of European Media Councils, Council for Mass Media in Finland, 19 (2022).

125 חובת החריצות הנאותה היא חובה שקמה מכוח מספר ענפים של המשפט הבינלאומי הפומבי ומחייבת את המדינה לפעול בחריצות הנאותה כדי למנוע הפרה של זכויות אדם, ואם אלו בוצעו - לחקור, להעמיד לדין ולהעניק סעד ביחס אליהם. מכוח חובה זו, על מדינות לפעול אקטיבית ביצירה של מסגרת משפטית שתסייע לוודא שהמגזר הפרטי במדינה לא מפר התחייבויות בינלאומיות של המדינה. ראו: CCPR General Comment. No. 31 The Nature of the General Legal Obligations Imposed on States Parties to the Covenant, UN. Hum. Rts. Comm., paras. 8, 15 (2004); Valasquez Rodríguez v. Honduras, Judgment, Inter-Am. Cno.t. H.R. (ser. C) No. 4, para. 172 (1988); Anik v. Turkey, App. No. 63758/00 ECHR, paras. 71-72 (2007); Prosecutor v. Sefer Halilović, C-01-48 ICTY, paras. 97, 100 (2005); Abuyeva v Russia, App. No. 27065/05 ECHR, para. 174 (2010).

126 PIETRO PUSTORINO, INTRODUCTION TO INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW, 178-179 (2023). אנו סבורים שפניה למפרסם היא בעלת חשיבות להגברת אכיפות והשפעתה של הזכות להישכח, שכן לא בכל המקרים עצם הזכרת שם האדם בכתבה היא עיקר הערך העיתונאי שלה, אלא עובדות המקרה וההשלכות הציבוריות שלה, אך הפגיעה שלה ברציונלים של הזכות היא רבה - ומכאן שאנונימיות אכן יכולה להיות סעד יעיל ומידתי. עם זאת, ברי שיש להיזהר בהפעלת פעולת עריכה לכתבות עבר שפורסמו, תוך טשטוש שמות, במיוחד במצבים בהם הדבר מהווה פגיעה באינטרסים ציבוריים ועלולים להוות שכתוב של ההיסטוריה של הפרט באופן לא ראוי. מכאן, ראוי היה אם הפסיקה בנושא הייתה מרחיבה ומפרטת יותר באילו מצבים איזה סעד יינתן, תוך צמצום יחסי של מצבים אלו.

127 Biancardi v. Italy, App. No. 77419/16 ECHR, paras. 62-71 (2022).

המבקרים של פסק הדין העירו על האפקט המצנן הרחב שהוא יצר לעיתונות,¹²⁸ במיוחד לאור הזמן הקצר בין העבירה הפלילית ובין בקשת המחיקה - שנים בודדות בלבד, תקופה קצרה משמעותית בהשוואה להחלטה המכוננת בנושא קוסטחה.¹²⁹ כמו כן, בניגוד לתיק אחר מאותו השנה, בו ניתנה הגנה רחבה לעיתונאית שפרסמה בבלוג מידע שעלול להיות דיבתי ונקבע שהקנס שהושת עליו פוגע בזכותה לחופש הביטוי,¹³⁰ כאן בנסיבות פחותות לא ניתנת הגנה לעיתונאים - באופן שנתפס כמרחיב את גדריה של הזכות להישכח באופן לא מידתי.¹³¹

במקביל, חשוב שלזכות להישכח תהייה "שיניים" ומשמעות פרקטית שתחייב את מעבדי המידע לציית לה. אולם, חשוב לבחון בעת הפעלת שיקול הדעת שיקולים כמו יכולת מעשית של העיתון לעמוד בתשלום¹³² והפגיעה שעצם מתן הקנס תטיל בחופש הביטוי. לשון אחר, קמה מקבילית כוחות בין קנסות ובין הזכות להישכח, כך שככל שהפגיעה תהיה חמורה יותר, אזי הקנס יהיה גבוה יותר. כל אלו צריכים להיות כפופים למערך איזון הזכויות של בית הדין האירופי, המחייב כמובן לשקול את הפגיעה בחופש הביטוי העיתונאי. הדבר נכון במיוחד ביחס לעיתונים קטנים ויכולתם הכלכלית לעמוד בכך,¹³³ דבר שתואם גם את הרציונלים של דיני לשון הרע הישראליים.¹³⁴

מעניין מאוד לראות שבית הדין האירופי לזכויות אדם הכיר בזכות גם כלפי דמויות ציבוריות. במקרה זה, דובר על איש תרבות מפורסם שהואשם באונס על ידי שתי נשים, אך האישומים לא הבשילו כדי הליכים משפטיים. בהמשך, תבע איש התרבות מבקרים שכינו אותו אנס ומנוול שבועות ספורים לאחר ההחלטה שלא להעמידו לדין. בית המשפט קבע, שכאשר אין הדיון מחזק את השיח הציבורי ומייצר שיח בוטה, פוגעני ומסלף, הזכות לפרטיות גוברת על הזכות לחופש הביטוי.¹³⁵ הלכה זו זכתה לביקורת על רקע מהפכת #MeToo, ובפרט נטען כי יש באמירות אלו ביקורת על חוסר התפקוד של המערכת המשפטית,¹³⁶ במיוחד לאור הצורך לשים את האמירה בהקשר בה נאמרה, כשבוע לאחר ההחלטה שלא לנקוט בהליכים משפטיים.¹³⁷

אנו חולקים על עמדת בית הדין האירופי לזכויות אדם. מקומה של הזכות להישכח ביחס לאנשי ציבור קטנה משמעותית, במיוחד בביטויים אשר מבקרים החלטות של רשויות שלטוניות בנוגע לפרט. במקרה זה, נושא הזכות הוא דמות ציבורית והאישומים לגביהם הם חלק מדיון ציבורי. בהתאם, ספק אם הורדת הביטויים הללו יכולה להיות מוצדקת מכוח סעיף 8 והזכות להישכח. כלומר, אנו עומדים על החשיבות של עילות הדחייה של הזכות, אשר מחזקות את הזכות לחופש הביטוי, שכן הזכות להישכח היא זכות יחסית, ויש לעמוד על איזון זה באופן שלא יפגע בשיח ציבורי חשוב על הנושאים, ובכך ניתן להקטין גם שימוש לרעה בזכות.

Joanna Connolly, The right to erasure: Comparative perspectives on an emerging privacy right, 46(1) ALT. L. J. 58, 62 (2021) (להלן: "קונולי").

129 דוקסי, ה"ש 221 לעיל.

130 Gheorghe-Florin Popescu v. Romania, App. No. 79671/13 ECHR (2021).

131 בהקשר זה, אנו סבורים שאין מקום להקטין את מניין השנים המצדיקות את הורדת הכתובת באופן דרסטי. כעקרון כללי, ככל שהזמן עובר כך הרציונליים של חופש הביטוי קטנים וגדלים הרציונליים של פרטיות, ומוטב להיזהר בגודל הקנסות המוטלים על עיתונאים - במיוחד כדי למנוע השתקה שלהם ושימוש לרעה בזכות.

132 שיקולים אלו הוכרו בע"א 89/04 ד"ר יולי נודלמן נ' נתן שרנסקי (נבו 04.08.2008).

133 יובל קרניאל ועמירם ברקת, "הפיצויים בדיני לשון הרע: השם והשמן" עלי משפט ב 205, 212 (2001).

134 חגי ויניצקי ומיכל טמיר "מודלים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי" המשפט יד 500, 469 (2011).

135 Egill Einarsson v. Iceland, App. No. 24703/15 ECHR, para. 52 (2017).

136 Louise Oscarsson, The Role of the Judiciary and the Rule of Law Judicial Un-Involvement in the Wake of the Me Too Movement (Master Thesis, Lund University) 24-25 (2018).

137 Philippe Jougoux, FACEBOOK AND THE (EU) LAW 48, 148-149 (2022).

3. בריטניה

הזכות להישכח בבריטניה קיימת במספר חוקים רלוונטיים, כאשר הסעד העומד בסיס הזכות – מחיקת מידע אישי לא מדויק – הוכר כבר בשנת 1998 מכוח סעיף (1) Data Protection Act. חוק זה מעניק לבית משפט את הסמכות להורות על מחיקת מידע ממאגר מידע ככל שמדובר על מידע לא מדויק.¹³⁸ כמו כן, החוק מעניק לבית המשפט סמכות כללית להורות על מחיקה כאשר נזק מאי-ציות להוראות החוק, גם בנסיבות שהמידע נכון, כאשר מדובר בהפרה מהותית של הדין.¹³⁹ מדובר על הסדר דומה לזה שנמצא בס'14 לחוק הגנת הפרטיות הישראלי.

כאשר החוק הבריטי עודכן בשנת 2018, נעשתה קליטה והפנמה של הוראות ה-GDPR אל תוך הדין הפנימי הבריטי. ס'22 לחוק המעודכן מסדיר את קליטת ה-GDPR, כאשר סעיפים 47, 100 ו-151 מתמקדים בקליטה של הזכות להישכח והסדרים נלווים לה. לפי ס'47 לחוק הבריטי לנושא מידע, תעמוד הזכות להישכח בהקדם האפשרי (without undue delay) כאשר:

(1) פלטפורמת התוכן הדיגיטלית מפירה את הוראות החוק באמצעות פרסום מידע אישי.

(2) לפלטפורמת התוכן ישנה מחויבות חוקית שלא לעדכן את המידע האישי או למחוק אותו (למשל, כאשר השימוש נדרש לשימור כראיה, העיבוד שלו יוגבל).

(3) המבקש טוען שמדובר במידע לא מדויק (כאשר לא ניתן להכריע, העיבוד יוגבל).

(4) אם למבקש ישנה זכות לבקש מחיקה.

אם הנושא מגיע לפתחו של בית המשפט, ס'100 לחוק הבריטי מסמיך את בתי המשפט להורות על מחיקת מידע או תיקונו בשל מספר עילות: ראשית, כאשר המידע איננו מדויק, קמה זכות תיקון. שנית, כאשר עיבוד המידע מפר את עקרונות הגנת המידע הכלליים (עיבוד מידע חייב להיות חוקי, הוגן ושקוף; צמוד למטרה המוגדרת באופן ספציפי, מדויק ולגיטימי, אם הוא משמש למטרות ארכיון המשרת את האינטרס הציבורי, מחקר מדעי, היסטורי וסטטיסטי והמידע המצוי חייב להיות רלוונטי ומדויק, מוגבל בזמן ומוגן), בית המשפט יכול להורות על מחיקה. שלישית, תחת מסכת עובדות דומה לאלו שלעיל, גם בית המשפט יכול להעניק סעד להגבלת עיבוד המידע במסגרת ההליך המשפטי אם הוא רואה לנכון (כך שאם הרשויות או המפעיל לא עשו זאת על דעת עצמם, הדבר מצוי תחת שיקול הדעת השיפוטי בהליך).

לבסוף, ס'151 לחוק עוסק בצעדים הנדרשים מעבר לאקט עדכון המידע או מחיקתו, וזאת ביחס לצדדים שלישיים רלוונטיים (אשר יש להם נגיעה לפרסום, או שהם מארחים פרסום דומה או זהה). סעיף זה מרחיב את גדריה של הזכות גם למידע שכולל ביטויים המבוססים על מידע לא מדויק, ובמקרים של חוסר דיוק הוא מחייב נקיטת צעדים נוספים לוודא אמינות המידע.

הפסיקה החשובה ביותר בהקשר זה שבה הוכרה הזכות להישכח בבריטניה הייתה בעניין **NT1 & NT2 v Google LLC**.¹⁴⁰ התיק עוסק בשתי בקשות מחיקה של אנשי עסקים שביצעו עבירות בשנות התשעים, כאשר במקרה של הראשון הבקשה התקבלה חלקית והערעור על יתר ההורדות נדחה, ובמקרה של השני הבקשות נדחו כליל. השאלות המשפטיות בתיק נוגעות

Rosemary Jay, UK Data Protection Act 1998 – the Human Rights Context, 14(3) INT'L REV. OF L, COMP. & TECH. 385, 394 (2000).

David Bainbridge & Graham Pearce, The UK data protection act 1998 — Data subjects' rights, 14(6) COMP. L. & SEC. REV. 139 (1998).

NT1 & NT2 v. Google LLC, EWHC (QB) 799, (2018) 140

להיקפה של הזכות להישכח ותיקון מידע, וכן ביחס לקיומה של זכות פיצוי מכוח הזכות.¹⁴¹

בבואו לבחון את הבקשה, בית המשפט הדגיש את הפרמטרים הבאים: טיב ההרשעה, תום הלב של מבקש הבקשה בהקשר של ראיונות שנתן בנושא זה,¹⁴² התפקיד הציבורי של הדמות, חשיבות פומביות המידע, גיל ביצוע העבירות המדוברות, דיוק הכתבות, רלוונטיות לימינו, רגישותו של המידע, רמת הפוגעניות של המידע, השפעתו על החיים הפרטיים של נושא המידע (בפרט על חיי משפחה), מטרות הפרסום של המידע, קיומה של מחויבות משפטית לפרסם את המידע וקשר לביצוע עבירה פלילית.¹⁴³

לאורך ההחלטה נקבעו שתי אמירות עקרוניות נוספות: תחילה, תואר בהחלטה שאין עליונות אפריורית לאחת מן הזכויות,¹⁴⁴ קביעה שקונסיסטנטית עם הפסיקה של בית הדין האירופי לזכויות אדם בנושא, אך לא בדיוק עם זו של בית הדין האירופי לצדק, כפי שהראינו לעיל. שנית, חודד כי העול לביסוס העובדתי ביחס לבקשה נופל על מבקש הבקשה, ולעומת הפסיקה של בית הדין האירופי לזכויות אדם אין צורך להוכיח את קיומו של נזק כדי לקבל את הסעד.¹⁴⁵

הערכה כוללת של פקטורים אלו ביחס לנסיבות הספציפיות הובילו את בית המשפט לקבוע שהמידע שפורסם על אחד ממבקשי הבקשה, שהעבירה שביצע פחות חמורה, איננו רלוונטי או משרת מטרה ציבורית ומכאן שניתן סעד של מחיקה מתוצאות החיפוש. המידע על העבירה הפלילית לאחר מיצוי העבירה מתייתר לאחר כמה שנים, כאשר נידונו שיקולי חרטה ואין עדות על סיכויי חזרה לביצוע העבירה, והעיסוק של האדם היום בחוק מזה שבו בוצעה העבירה. מסיבה זו, אין תרומה לשיח הציבורי באזהרת הציבור מפניו. לעומת זאת, ביחס למבקש הבקשה עם העבירה החמורה יותר, שכללה עבירות רכוש וקשירת קשר – הבקשה נדחתה מאותה השיקולים ממש, שכן לאור טיבה החמור של העבירה היא נותרה רלוונטית במקרים רבים יותר, וכן אופי הפרסום המדויק ועל ידי גופי תקשורת רציניים מטה את הכף שלא להוביל למחיקת המידע.¹⁴⁶ ביחס להערכת קיומו של סעד פיצויים, קבע בית המשפט כי יש לבחון את סבירות ההחלטה של גוגל במטרה לקבוע חבות על נזק. בהקשר זה הנטל הוא על גוגל ובנסיבות אלו קשה לומר שקבלת ההחלטה של החברה, שהתבססה על טיעונים של רלוונטיות לציבור, איננה סבירה – ומכאן שלא תקום חבות בנזיקין וסעד פיצויים על החלטה זו.¹⁴⁷

מדובר על החלטה בעלת חשיבות מיוחדת, שכן במשפט המקובל, לעומת המשפט הקונטיננטלי, ישנה עוינות מסוימת כלפי שקילת שיקולי פרטיות הנוגעים לעבר פלילי, וככלל נוהגים להותיר את העבר הפלילי של מבצע עבירה חשוף.¹⁴⁸ למעשה, מלומדים מסוימים הדגישו את החשיבות שבהותרת הפרמטרים המצויים בה עמומים. זאת לאור האינטרסים הסותרים הרבים העומדים על הפרק, שמחייבים גמישות מסוימת אשר הכרחית ליצירת איזון זה, כמודגם בפער בין הסעדים שניתנו למבקשים – לנוכח הפערים בעבירות הפליליות ביניהם.¹⁴⁹

141 שם, פס' 5-11.

142 שם, 195-201.

143 שם, 208-223.

144 שם, 34-37.

145 Stergios Aidinlis, The Right to Be Forgotten as a Fundamental Right in the UK After Brexit, 25(2) COMM. L. 14 (2020), <https://ssrn.com/abstract=3554625>

146 ה"ש 140 לעיל, פס' 179-182.

147 שם, פס' 227-228.

148 Róisín A. Costello, The Right to be Forgotten in Cases Involving Criminal Convictions, 3 EUR. HUM. RTS. L. REV. 268, 275-278 (2018) (להלן: "קוסטלו").

149 Bruno Zeller et al. The Right to be Forgotten—the EU and Asia Pacific Experience (Australia, Indonesia, Japan and Singapore) 1 EUR. HUM. RTS. L. REV. 23, 30 (2019).

אמנם, על פניו, אמות המידה שעל לפיהן העריך בית המשפט את התנאים לפיהם תמומש הזכות תואמים את הדין הבריטי, האירופי, ואף עקרונות כלליים הנוגעים לשיקום של עברייני עבר. ובכל זאת, מבקרים רבים של ההליך הצביעו על כך שביטוי המשפט העניק משקל רב לשיקולים סובייקטיביים כמו הערכת מהימנות של מגישי הבקשה יותר מאשר בחינת השיקולים הללו גרידא.¹⁵⁰

כעניין עקרוני, אנו סבורים שהוספתם של שיקולי תום לב הם חשובים, משום שאלו מהווים מונח שסתום אפקטיבי כדי למנוע שימוש לרעה בזכות ולהוביל לשכתוב מחדש של ההיסטוריה של הפרט, וכדי לאזן מול שיקולים לגיטימיים של הגנה על חופש הביטוי העיתונאי וזכות הציבור לדעת. בכך, התרשמותו הסובייקטיבית של השופט מסייעת לאלה, אך יש להשתמש בכלי זה במשנה זהירות על מנת למנוע מקרים בהם שופטים מושפעים משיקולים זרים ומונעים את מימושה של הזכות במקרים בהם מוצדק לעשות כן.

כמו כן, נראה שהעקרונות וההנמקות של הפסיקה אינם מעניקים אמות מידה ברורות ביחס לקו הגבול בו העבירה שבוצעה בעבר חמורה דיה ואינה מצדיקה את קיומה של הזכות, ובמקום להגדיל את הוודאות המשפטית ביחס לתחולת הזכות הדבר הוביל לתוצאה הפוכה.¹⁵¹ ומכאן, נדמה ששקילת האינטרסים של השיקום, שאמנם אמורים לשחק תפקיד לכולם ביחס לזכות להישכח, אינם קונקרטיים דיים.¹⁵²

שימוש זה עלול להוביל למצב מסוכן שבו הזכות להישכח מוענקת בתור הטבה ותמריץ להבעת חרטה לאחר מעשה פלילי. הזכות להישכח איננה תנאי להבעת חרטה, ויש שהרחיקו וסיווגו את השימוש בפסק הדין בתור הפרטת מדיניות הענישה. זאת, משום שהיא מותירה בידי הפלטפורמה שקילת שיקולים איתנים הנוגעים להשפעותיה של חרטה על תוצאות ההליך הפלילי והסנקציה החברתית המוטלת במסגרתו.¹⁵³ כפי שראינו, אלו אינם שיקולי המפתח שעל הפלטפורמות לשקול בעת הענקת הזכות להישכח, הן משום שהחומר הראייתי המוגש במסגרת הבקשה אינו מספיק לכך, והן משום שהדבר מעניק להן תפקיד שמצוי בליבת הפעילות המדינתית, שמהווה את ליבת ההצדקה של ההליך הפלילי, במיוחד תחת שיקולי הרתעה. לכן, אנו סבורים שאין זה ראוי להעניק לפלטפורמה את המקום לשקול שיקולים מן הסוג הזה, ואף נרחיק ונאמר שאלו שיקולים זרים להכרעה, שאמורה להתמקד בזמן שעבר, חומרת העבירה, האינטרס הציבורי בהותרת הפרסום, ההשפעה על חיי הפרט וכולי.

4. ארצות הברית

מסורת האיזון בין הזכות לפרטיות לזכות לחופש הביטוי בארצות הברית שונה באופן יסודי מזו הנהוגה באיחוד האירופי. הביטוי לכך הוא שחופש הביטוי מוגן במשפט החוקתי בצורה ראשונה במעלה, כאשר ניתנת הגנה חוקתית מכוח חופש הביטוי גם לאמירות שלא יעלה על הדעת באירופה להגן עליהן, כמו אלו היוצאות בשם מי שרואים עצמם בתור ניאוא-נאצים.¹⁵⁴

הגבלה של חופש הביטוי החוקתי באמצעות המדינה אפשרית רק תוך עמידה בסטנדרט הגבוה "compelling government interest", שדורש הגבלה מדודה ("narrowly tailored") ומוגבלת מאוד.¹⁵⁵ בדומה למשפט הישראלי, נעשית הבחנה בין סוגים שונים של ביטוי, כאשר ביטוי אשר מתקרב לליבה החוקתית זוכה להגנה רחבה יותר מאשר ביטויים כמו

150 Patsy Kirkwood, NT1 & NT2 v Google LLC - The Secretive Case Giving the UK Its First Decision on the Right to Be Forgotten, 4 EUR. DATA PROT. L. REV. 384, 389-390 (2018).

151 קונולי, ה"ש 128 לעיל, בעמ' 61.

152 קוסטלו, ה"ש 148 לעיל, בעמ' 267.

153 Alessandro Corda and Sarah E. Lageson, Disordered Punishment: Workaround Technologies of Criminal Records Disclosure and the Rise of a New Penal Entrepreneurialism, 60 BRIT. J. CRIM. 245, 257-258 (2020).

154 Nat'l Socialist Party of Am. v. Vill. of Skokie, 432 U.S. 43, 44 (1977).

155 Denver Area Educ. Telecomm. Consortium, Inc. v. FCC, 518 U.S. 727, 741 (1996).

ביטויי דיבה או שטנה.¹⁵⁶ על מנת שביטוי ייחשב כלשון הרע, עליו לעמוד במספר תנאים וביניהם שהביטוי שקרי וגורם נזק. בהקשר זה, דעות לא ייחשבו לרוב לשון הרע, אלא תחת דוקטרינות העוסקות בעיוות האמת באופן שמייצר מצג שווא.

כפי שניתן לראות כבר בשלב זה, הגנה על הזכות להישכח באקלים חוקתי מן הסוג הזה היא מורכבת, במיוחד משום שפעמים רבות הזכות מובילה להורדה של ביטויים שהם אמיתיים, כפי שראינו, בעיקר משיקולים של רלוונטיות.¹⁵⁷ לתמונה זו מצטרף ס' 230 ל- CDA (Communications Decency Act), אשר מעניק לפלטפורמות ומנועי חיפוש חסינות משפטית מאחריות על התוכן שמצוי בהם, אף במקרים בהם החברה בודעין נמנעה מלהסיר ביטויי דיבה.¹⁵⁸ כזכור, לשם ההשוואה, בעניין **Delfi** מן האיחוד האירופי נקבע שהפלטפורמה אחראית משפטית במקרים מסוג אלו.

עם זאת, ראוי לציין כי בשנים האחרונות נסדקת הגישה המסורתית בארצות הברית. לדוגמה, במספר פסקי דין נמצאו אמרות אגב של שופטים דוגמת שופט העליון קלרנס תומאס, שמתחילות להטיל ספק בגישה זו, המעניקה לפלטפורמות הגנה כמעט מוחלטת מאחריות.¹⁵⁹

כפי שניתן לראות, המציאות החוקתית בארצות הברית איננה חד-ממדית. כך, למשל, ניתן לאתר קביעות של בתי המשפט האמריקניים לפיהן ניתן לדחות הגנה על חופש הביטוי כאשר מדובר במידע אישי על אודות אדם מטעמי פרטיות.¹⁶⁰ לשם ההמחשה, יש כאלה הרואים בקביעות הללו ניצנים שיכולים להוות בסיס להתפתחויות בנוגע להכרה בזכות להישכח.¹⁶¹ כך, למשל, תיק משנות השלושים במדינת קליפורניה, אשר נתעמק בו בהמשך, קבע שסרט שמבוסס על סיפור חייה של עבריינית לשעבר, המזכיר את שמה ואת עברה הפלילי, פגע בזכותה לפרטיות ואינו מאפשר לה להשתקם ממעשי העבר שלה.¹⁶² ניתן לומר שאלו שורשים של הביטוי המודרני של הזכות להישכח, אשר נחוצה במיוחד בשל ריבוי הפלטפורמות – ובפרט הדיגיטליות – בהן ניתן להביא לפגיעה בשם טוב מסוג זה.

על פניו, דיני הנזיקין בארצות הברית כוללים הגנה מפני חשיפה פומבית של עובדות פרטיות, דבר שיכול להוות בסיס משפטי לזכות להישכח. בפועל, קיים בחוק חריג של ערך חדשותי, שמקטין את היכולת לממש את הזכות כאשר הפרסום משרת אינטרס ציבורי, איננו פוגעני מדי לאדם הפרטי ולא פורסם בקלות-דעת.¹⁶³ לאור האצבע הקלה על ההדק של גופי תקשורת בימינו, ובמיוחד בארצות הברית, קיימת טענה כי חריג זה הוא בעייתי במיוחד ואינו מגלה רגישות מספקת לשיקולי פרטיות, במיוחד לאור השלכות העומק של חשיפת פרטים כאלו לאורך זמן.

לאורך השנים נידון המתח בין האופן שבו העיתונות חושפת מידע פרטי על קורבנות ועבריינים, ואם הדבר עולה כדי פגיעה בזכותם לפרטיות.¹⁶⁴ נקבע, כי פרטים חושפניים ביותר שפורסמו על אנשים בעיתונות אינם מקנים זכות תביעה, למשל

156 Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568, 572 (1942).

157 Ravi Antani, The Resistance of Memory: Could the European Union's Right to Be Forgotten Exist in the United States, 30 BERKELEY TECH. L.J. 1173, 1188 (2015) (להלן: אנטני). לאורך השנים, חוקים המגבילים ביטוי לא עברו את הבחינות החוקתיות. ראו: R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377, 382 (1992).

158 Zeran v. Am. Online, Inc., 129 F.3d 327, 330 4th Cir. (1997).

159 Malwarebytes Inc. v. Enigma Software Group USA, LLC, 592 B-C U.S. (2020).

160 DOJ v. Reporters Comm. for Free Press, 489 U.S. 749 (1989).

161 אנטני, ה"ש 157 לעיל, בעמ' 1185; בנט, ה"ש 27 לעיל, בעמ' 170.

162 Melvin v. Reid, 112 Cal. App. 285-292 Cal. Ct. App. (1931).

163 Jasmine E. McNealy, The Emerging Conflict between Newsworthiness and the Right to Be Forgotten, 39 N. KY. L. REV. 119, 133-135 (2012).

164 Amy Gajda, Privacy, Press, and the Right to Be Forgotten in the United States, 93 WASH. L. REV. 201, 213-221 (2018) (להלן: "גיידה").

כאשר מדובר בפרסום אמת בחדשות.¹⁶⁵ בתי המשפט הבהירו כי כאשר אדם מהווה דמות ציבורית כל מידע על העבר שלו רלוונטי לדיון על מידת התאמתו לתפקיד.¹⁶⁶ שיקולים אלו חשובים במיוחד בארצות הברית משום ששיטת המינוי לתפקידים בכירים רבים במדינה מבוססת על בחירות ואמון הציבור, לעומת אירופה בה רבים מהתפקידים הפקידותיים אינם פוליטיים.

מקרה רלוונטי נוסף הוא תביעת דיבה שהגישה אישה שהייתה נשואה לדמות ציבורית, ועם השנים נהפכה לדמות פרטית.¹⁶⁷ האישה, שהייתה מושא סיקור שנים, זכתה להגנה מסוימת על פרטיותה בכל הנוגע לסיקור הדיבתי של הגירושין שלה.¹⁶⁸ בפסיקה אומץ הרציונל לפיו ככל שהיא יותר דמות ציבורית אזי שההגנה שתינתן לה פחותה ולהפך. באופן דומה משחק הזמן תפקיד אקוטי במידת ההגנה שתינתן לה, ואכן הערך החדשותי של הכתבות על אודותיה ירד והורחבה זכותה בהקשר זה.

המעמד החוקתי האיתן של חופש הביטוי אינו מאפשר הכרה מלאה בזכות להישכח במובן של דרישת מחיקת מידע לגביה, שכן הדבר מייצר התערבות של ממש בתוכן המפורסם, הנבדלת מחבות בנזיקין והותרת הביטוי על כנו. לכן, עלו בשיח האמריקאי גישות נוספות לעיגון תאורטי של הזכות להישכח כזו שאינה פוגעת בחופש הביטוי המוגן חוקתית.

גישה אחת ביחס לקיומה של הזכות להישכח היא ראייתה כחלק אינהרנטי מהזכות לחופש הביטוי.¹⁶⁹ בעוד שהזכות לחופש הביטוי כוללת בחירה אישית באם להתבטא או לא, חשוב להבהיר כי היא אינה מונעת מאדם לקבל על עצמו הסדר וולונטרי שלא להתבטא בנושא מסוים.¹⁷⁰ לפי גישה זו, כאשר קמה ציפייה בין נושא המידע ומעבד המידע ביחס לשמירה על מידע מסוים כסודי, הדבר יכול להקים חוזה משתמע שלא להתבטא. מכאן, טיבה של הזכות להישכח תהיה זכות סטטוטורית למחוק מידע שהוגש באופן וולונטרי, שמבטאת הסכמה כזו ואיננה סותרת את הדין החוקתי.

יישום של גישה זו מצוי בפעילות התעשייה המשמעותית בארצות הברית של "ניהול מוניטין" באמצעות אופטימיזציה של תוצאות חיפוש, כיוזמה פרטית שמיישמת את הזכות להישכח.¹⁷¹ אמנם, קידום פרטני זה יכול לקדם את הזכות להישכח, אבל באופן מוגבל מאוד שמותנה רק בהוצאה כלכלית רחבה, וללא אפשרות בקידום עקרוני של מערכת האיזונים שהזכות מסדירה. הרי, קידום מוניטין מקדם את הזכות להישכח באופן ציני מבלי לכלול את העקרונות ההומניים הבסיסיים והמהותיים עליהם היא מתבססת.

לאורך השנים נערכו מספר מחקרים הנוגעים לדעת הקהל האמריקאית והנכונות לאמץ את הזכות להישכח, כאשר המגמה שעולה מהם היא כי יותר מ-65% מהאמריקנים רוצים לאמץ את הזכות להישכח במתכונתה המורחבת שדומה להסדר באיחוד האירופי,¹⁷² אך מעוניינים שהממשלה תימנע מלהיות הבוררת הסופית שתגדיר מתי תאושר בקשת עדכון או מחיקה של מידע אישי.¹⁷³ עניין חשוב נוסף הוא שחלק מן המחקרים על דעת הקהל מצביעים על פערים בין השיח המשפטי לשיח הציבורי: בעוד שהשיח המשפטי מתעדף את חופש הביטוי, נראה שהשיח הציבורי מתעדף את הפרטיות בהקשר של הזכות

165 Cox Broadcasting v. Cohn 420 U.S. 469, paras. 471-496 (1975).

166 Monitor Patriot Co. v. Roy, 401 U.S. 265, 277 (1971).

167 גיידה, ה"ש 164 לעיל, בעמ' 226.

168 Time v. Firestone, 424 U.S. 448, 454 (1976).

169 Robert Kirk Walker, The Right to be Forgotten, 64 HASTINGS L.J. 257, 277-278 (2012).

170 Cohen v. Cowles Media, 501 U.S. 663, 672 (1991).

171 Ben Medeiros, the reputation-management industry and the prospects for a "right to be forgotten" in the US, 51(1) FRST. AMND. STUD. 14, 20-23 (2017).

172 Leticia Bode & Meg Leta Jones, Do Americans Want a Right to be Forgotten? Estimating Public Support for Digital Erasure Legislation, 10(3) POL. & INT. 244, 253-254 (2018). מעניין לראות שאותו המחקר מצביע על תמיכה נשית גדולה יותר מגברית בכמה אחוזים.

173 Leticia Bode & Meg Leta Jones, Ready to forget: American attitudes toward the right to be forgotten, 33(2) THE INF. SOC. 76, 81-82 (2017).

להישכח.¹⁷⁴ כלומר, ביטוי הערכים החברתיים המודרניים של האמריקאים מצביע על שינוי מגמה ביחס למצב המשפטי הקלאסי ועל נכונות גדולה יותר לאמץ את הזכות להישכח.

אם כן, בדין הפדרלי האמריקאי עדיין אין זכות מפורשת להישכח, בעיקר בעקבות ההגנה החוקתית הנרחבת שניתנת לזכות לחופש הביטוי. ועדיין, בדומה לישראל, ישנם נתיבים אחרים שיכולים במקרים מסוימים – ומצמצמים – להביא לקבלת סעד העדכון או המחיקה של מידע אישי. בנוסף, ישנה מדינה אחת בארצות הברית אשר לקחה על עצמה לשמש מעבדת הניסויים של הזכות להישכח, והיא קליפורניה. בהתאם, להלן נתייחס לדין המדינתי החל בקליפורניה, שעשוי לסמן את הדרך למדינות נוספות בארצות הברית.

5. קליפורניה

המדינה הראשונה אשר לקחה צעד קדימה את ההכרה בזכות להישכח בארצות הברית היא קליפורניה, שם עוגנה הזכות בחוק הגנת פרטיות הצרכן.¹⁷⁵ לפי חוק זה, מוכרות מספר זכויות ייחודיות לתושבי קליפורניה, המאפשרות להם להתעדכן כי מוכרים את המידע על אודותיהם, להתנגד לכך ואף לקבל גישה למידע. עיגון חקיקתי זה הופך את קליפורניה למדינה חלוצית בארצות הברית בהקשר של הזכות להישכח.¹⁷⁶

באשר למקרים בהם ניתן להגיש בקשה לפי החוק, ישנן מספר עילות סירוב לבקשות מחיקה: מילוי תנאים שסופקו בתנאי המשתמש, אבטחת המידע האישי של הצרכנים, תיקון טעויות פונקציונליות, חופש ביטוי או כל זכות חוקתית או התחייבות חוקית אחרת, מחקר מדעי, היסטורי, או סטטיסטי ושימוש פנימי לטובת מטרות שניתן לצפות ביחס לצרכן (ביטוי לעמדה שמאוד מתחשבת בעסקים בהקשר זה, משום שמדובר על שימושים "צפויים" ולא כאלו שהוגדרו מראש).¹⁷⁷ ההסדר בקליפורניה מתמקד במידע המצוי אצל עסקים בלבד ואינו דן באופן רחב ביותר במידע הקיים במרחב המקוון. בנוסף, כפי שניתן לראות, החריגים המאפשרים דחייה של בקשה לעדכון או מחיקת מידע רחבים יותר מאלו של ס' 17 של ה-GDPR¹⁷⁸ באופן שעלול לאיין את קיומה של הזכות להישכח.¹⁷⁹

החשש גדל במיוחד לאור חריג השימוש הפנימי, אשר עודנו מותיר בעיות רבות בעיני, במיוחד לאור רציונלים של הסכמה לעיבוד מידע, עקרון צמידות המטרה ועקרונות נוספים בדיני פרטיות. המשמעות הישירה של תנאי זה הוא מתן חירות גדולה מאוד לתאגידים ביחס לבקשות עדכון או מחיקת מידע וביחס לתנאי הפרטיות שלהם.¹⁸⁰

174 Saif Shahin, Right to Be Forgotten: How National Identity, Political Orientation, and Capitalist Ideology Structured a Trans-Atlantic Debate on Information Access and Control, 93(2) J. & MASS COMM. QUAR. 360, 375-376 (2016).

175 ההסדר הוא חלק מאחת הרגולציות המקיפות ביותר בארצות הברית בנוגע להגנת מידע והיה מי שהשווה אותו לתקנות ה-GDPR, למרות שוני בהסדרים רבים בינם, כולל בנוגע לזכות להישכח. לדין ראו: Grace Park, The Changing Wind of Data Privacy Law: A Comparative Study of the European Union's General Data Protection Regulation and the 2018 California Consumer Privacy Act, 10 UC IRVINE L. REV 1455 (להלן: "פארק"). (2020).

176 Alexa Lynn Weber, Who Really Controls the Privacy Conversation? The Need for a Fundamental Right to Privacy in the United States, 2 CORP. & BUS. L.J. 188, 198 (2021).

177 פארק, ה"ש 175 לעיל, 1485; לגישת מלומדים, מדובר בהסדר צר ביותר של זכות למחיקה, בעוד שאחרים סיווגו את ההסדר כזכות להישכח. ראו: Sanford Shatz & Susan E. Chylik, The California Consumer Privacy Act of 2018: A Sea Change in the Protection of California Consumers' Personal Information, 75 BUS. L. 1917, 1919-1920 (2020).

178 פארק, ה"ש 175 לעיל, 1483-1485.

179 Yunge Li, The California Consumer Privacy Act of 2018: Toughest U.S. Data Privacy Law with Teeth?, 32 LOY. CONSUMER L. REV. 177, 187 (2019).

180 Brian Stuenkel, Personal Information and Artificial Intelligence: Website Scraping and the California Consumer Privacy Act, 19 COLO. TECH. L.J. 429, 441 (2021).

מרחב תמרון גדול זה פוגע בערך השוויון ובצורך בוודאות משפטית ביחס לזכות למחיקת המידע. הסיבה לכך היא שביזור זה אינו מעניק כללים ברורים ביחס ליישום הזכות, ובעוד שבמקרה אחד נושא מידע יקבל מחיקה, תחת אותן עובדות ממש אצל תאגיד אחר הוא לא יקבל, זאת מבלי שיש שונות רלוונטית. כך, למשל, מקרה בו פלוני מבקש מחיקה מחברת סלולר מסוג א' ומקבלה, ואלמוני מבקש מחיקה של אותו מידע מחברת סלולר ב' ומסורב. הסדר זה, אפוא, מבזר את השליטה על הפרטיות לתאגידים, ומותיר את הזכות להישכח ללא שום יכולת הגנה משמעותית.¹⁸¹

החוק מחייב את מפעיל המידע להודיע על בקשת המחיקה למפעילים נוספים המעבדים את המידע. עם זאת, הוא אינו מטיל חובות נוספות, ובנקל המפעילים הנוספים יוכלו להתעלם מן הבקשה, או מלכתחילה לא למחוק לאור הלשון הרחבה של החוק, שגם כך מקטינה את ההשפעה הממשית של הזכות.¹⁸² כמו כן, יש מי שהצביע על כך שהעילה לדחיית המחיקה משיקולי חופש ביטוי איננה מפורטת דיה ואינה מדגימה איזה סוג של ביטוי יכול להיות מוגן או לא. הוראה זו מציבה את התאגידים בחוסר-בהירות משפטית ובפני דילמה: אי-ציות לדין מדינתי, שגורר עונשים כלכליים, או הפרה של הדין החוקתי. בעניין זה, הצבת התאגידים הבודדים בתור בוררים ביחס להגנה החוקתית של ביטויים מסוימים מובילה בתורה בשנית לחוסר ודאות וליישום לא עקבי של הוראות החוק.¹⁸³

מלבד ההסדר המרכזי הנוגע לזכות להישכח בהקשר זה, ישנם עוד מספר תתי-הסדרים שמעניקים הגנה מדויקת יותר לסיטואציות מסוימות. כך למשל, בכל הנוגע לנוכחות של קטינים ברשתות החברתיות, עומדת לכל קטין הזכות מכוח פרק 22581 מחוק Privacy Rights for California Minors in the Digital World לבקש הסרת תוכן אשר הועלה על ידו.¹⁸⁴ לכלל זה ישנן מספר עילות דחייה: ההסרה אסורה לפי חוק, התוכן הועלה על ידי צד ג', התוכן עבר אנונימיזציה, או שהתוכן נוצר עבור תשלום שלא בהתאם לחוק.

החוק מגלם הבנה של החשיבות המיוחדת של פרטיותם של קטינים, המהווה ייבוא מוקדם של תפיסות אירופיות בנוגע לפרטיות קטינים ברשת לארצות הברית,¹⁸⁵ כאשר הוא מחייב את המפעילים של הרשתות לידע את הקטינים על זכויותיהם. עם זאת, מדובר בהסדר צר יחסית ובעל אפקטיביות מוגבלת, משום שהוא תקף רק על פוסטים ותמונות שהקטינים עצמם העלו ולא כלפי צד ג' שעשה שימוש בתמונות של קטינים.¹⁸⁶

6. קנדה

בדומה לישראל, הזכות להישכח בקנדה עדיין לא הוכרה באופן מפורש ורשמי בחקיקה, אך ניתן לראות מגמות בפסיקה הקנדית אשר מובילות לקידומה של הזכות. כך, בתי המשפט בקנדה קבעו סמכות שיפוט רחבה ביחס למפעילי מנועי חיפוש, כאשר נדחו טענות ההגנה של פלטפורמות התוכן הדיגיטלי בדבר היותו גוף עיתונאי.¹⁸⁷

181 טלו את הדוגמה המובאת ב-Jeewon Kim Serrato, How Much Is Your Data Worth? CCPA's Data Valuation Requirement Explored, 59 SAN DIEGO L. REV. 621, 625-626 (2022), לפיה מחויבות שימור המידע מתפצלת בעבור גורמים שונים לפי החריג המדובר. הדבר עלול לייצר מערך תמריצים בעייתי לחברות הטכנולוגיות שיוביל להתחמקות, הלכה למעשה, מהמחויבויות שלהן.

182 Nicholas F. Palmieri II., Who Should Regulate Data: An Analysis of the California Consumer Privacy Act and Its Effects on Nationwide Data Protection Laws, 11 HASTINGS SCI. & TECH. L.J. 37, 46-47 (2020).

183 Joanna Kessler, Data Protection in the Wake of the GDPR: California's Solution for Protecting "the World's Most Valuable Resource", 93 S. CAL. L. REV. 99, 116-117 (2019).

184 .Privacy Rights for California Minors in the Digital World, CAL. BUS. & PROF. CODE § 22.1.22580 (West 2017).

185 .Keltie Haley, Sharenting and the (Potential) Right to Be Forgotten, 95 IND. L.J. 1005, 1018 (2020).

186 Lawrence Stry, Forget Me, Forget Me Not: Reconciling Two Different Paradigms of the Right to Be Forgotten, 103 KY. L.J. 311, 333-334 (2014).

187 המגמות הללו, בצירוף להחלטה העתידית של בית המשפט העליון בקנדה, יכולה להמשיך ולקדם את יישומה של הזכות גם בצפון אמריקה – בה, כפי שראינו, קיומה של הזכות מוגבל יותר.

ס'4 לחוק הקנדי להגנת הפרטיות, Personal Information Protection and Electronic Documents Act, מגן על מידע שנאסף בידי המגזר הפרטי, ואוסר על חברות לגלות מידע אישי ללא הסכמה ומטרה ציבורית לגיטימית. עוד קובע הסעיף כי לציבור ישנה ציפייה לגיטימית שהמידע עליו יהיה מעודכן ומלא. מכאן, שאם המידע שמפורסם איננו עונה על קריטריונים האלו, ישנה הצדקה מכוח החוק לפעול על מנת להסיר אותו.

עם זאת, סעיף זה איננו חל על ארגון שמטרותיו קשורות בעיתונות ובביטוי אומנותי וספרותי, כאשר החוק שותק ביחס להגדרתם של אלו.¹⁸⁸ הפסיקה, לעומת זאת, הגדירה מטרה עיתונאית ככזו העונה על מספר תנאים: אם היא מיידעת את הקהילה בנוגע לעניינים הנוגעים לעריכה, כאשר היא בעלת אלמנט של יצירה מקורית וכאשר היא כוללת תיאור מדויק של עובדות, דעות ועמדות ודיונים על הנושא.¹⁸⁹ בהקשרים אחרים, נקבע שפגיעה בפרטיות מכוח העיתונות תהיה מוצדקת כאשר ישנה מטרה ציבורית לגיטימית שכוללת תועלת חברתית,¹⁹⁰ שתשומת הלב הציבורית על הנושא תהיה רבה וכן ההשפעה על האזרח.¹⁹¹ מדובר בהחרגה רחבה ביותר, אשר יכולה לייצר אפקט מצנן לגופים הפטורים מתחולת החוק ביחס להתחשבות בשיקולי הגנת פרטיות.

נראה כי הגישה הרווחת בקנדה היא זו של עקרון הפרטיות כשליטה, לכל הפחות לגישת נציב הגנת הפרטיות בקנדה אשר מגדיר פרטיות בתור הזכות לשלוט במידע אישי, ובפרט להחליט למי להעניק אותו ובאיזה היקף ותצורה.¹⁹² אחת הפסיקות הדומיננטיות בקנדה בתחום הפרטיות מיקמה את הפרטיות בלב החירות המודרנית, הדגישה את הקשר בין פרטיות לאוטונומיה והזכירה שלאנשים ישנה זכות לאנונימיות.¹⁹³

הפסיקה הקנדית דומה לגישות שהצגנו עד כה, לפיהן דמויות ציבוריות זכאיות לזכות פרטיות מצומצמת יותר, במיוחד ביחס לזכות הציבור לדעת.¹⁹⁴ כך נקבע כי כאשר אדם ממקם את עצמו בספירה הציבורית בפעילות בעלת פרופיל גבוהה, הזכות שלו לפרטיות חלשה יותר מזכות הציבור לדעת.¹⁹⁵

ניתן לאתר שורשים במשפט הקנדי לקיומה של הזכות להישכח בשורת קביעות של נציב הגנת הפרטיות הקנדי, שקידמו סעדי מחיקה ופרקטיקות מן הסוג הזה תחת דיני הפרטיות. הנציבות היא גוף סטטוטורי שהמנדט שלו כולל אכיפת ציות עם דיני הפרטיות של המדינה, חקירה של תלונות על הפרת החוק על ידי גורמים פרטיים וציבוריים, לצד מתן ייעוץ בשאלות עקרוניות של פרטיות ותפקיד חינוכי וציבורי של הגדלת המודעות לדיני הפרטיות. המהלכים של הנציבות מתייחסים באופן ספורדי לזכות להישכח. באופן דומה, בית המשפט הכיר במקרים מצומצמים בזכות להישכח רחבה יותר מאשר סעד המחיקה אותו הוא מעניק מכוח דיני לשון הרע, וההחלטה העקרונית מונחת לפתחו.

Teresa Scassa, Journalistic Purposes and Private Sector Data Protection Legislation: Blogs, Tweets and Information Maps 188 35 QUEEN'S L.J. 733, 745 (2010)

A.T. v. Globe24h.com, FC-114, para. 68 (2017) ("Globe24h פרשת להלין") 189

Société Radio-Canada v. Radio Sept-Îles inc., CanLII QC CA 5883 (1994) 190

Grant v. Torstar Corp., SCC 61, paras. 38-65 (2009) 191

Treasury Board of Canada, So, What Exactly is Privacy? http://www.tbs-sct.gc.ca/pgol-pged/piatp-pfefvp/course1/mod1/mod1-2_e.asp 192

R. v. Dymont, 2 S.C.R. 417, para. 17 (1988) 193
שיקולי אוטונומיה לעומת החברה האמריקנית. לדין ראו: Avner Levin & Mary Jo Nicholson, Privacy Law in the United States, the EU and Canada: The Allure of the Middle Ground, 2 UNV. OTTAWA J. L. & TECH 357, 393 (2005)

Aubry v. Éditions Vice-Versa inc., SCR 591, 57 (1998) 194

שם. 195

לדוגמה, הנציב קבע שחלוק הזמן מאז פרסום מידע אישי רגיש יכול להקים סעד מחיקה.¹⁹⁶ כך, באופן דומה גם נקבע שפרסום ואיסוף מידע על הוצאה לפועל הוא איום גדול יותר לפרטיות מאשר יתרון למקור המידע, ומכאן שזכות השיקום של פושטי הרגל גוברת - מקרה שמזכיר מאוד את עניין קוסטחה.¹⁹⁷ בנוסף, הנציג דרש ממנוע החיפוש להוריד לינק שכלל קורות חיים של אדם לאחר שהעלה אותם לאתר חיפוש עבודה.¹⁹⁸ החלטה אחרת של הנציב נגעה לאתר המפרסם פסקי דין ומאפשר באמצעות חיפוש שם לאתר החלטות משפטיות. גם כאן הנציב דרש את הסרת התוכן מן האתר מטעמי פרטיות, אך המפעיל סרב.¹⁹⁹ עם זאת, הוא פעל באופן פרטני כדי להוריד מידע ספציפי שפוגע בפרטיות.²⁰⁰ כאשר התיק נידון בבית המשפט העליון בפרשת **Globe24h**, נקבע שפעילות האתר שמפרסם את פסקי הדין איננה עיתונאית, ובית המשפט הסכים עם נציב הגנת הפרטיות.²⁰¹

בספרות על פסק הדין, יש מי שסבור שפסק הדין איננו מהווה גילום מדויק של הזכות להישכח משום שאמנם הוא הוביל להורדה של מידע אישי, אך מדובר בפסיקה שמתמקדת במפרסם הראשי ולא במנוע החיפוש.²⁰² ניתן מחד גיסא להוסיף שזהו תרחיש ששונה מהפרדיגמטי הנוגע לזכות להישכח, משום שמדובר על החלטה גורפת שניתנה על ידי נציב הגנת הפרטיות הקנדי, שאינה מבוססת על בקשות אישיות של נושאי מידע. מאידך גיסא, אנו סבורים שהחלטה זו מהווה התקדמות חשובה של הזכות להישכח בקנדה, גם אם היא נוגעת למפרסם הישיר (נזכיר שפסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם רואה בכך אפיק נוסף לקידום הזכות), בעיקר משום שהיא מאפשרת הורדה של מידע אישי של אנשים שאינם מעוניינים בכך וקושר אותם למעשי עבר.

חשוב להבהיר שאין מדובר על יישום מלא של הזכות, בעיקר משום שהרציונלים שלה אינם מקודמים באופן מפורש בפסיקה, אך היא אכן סמן נוסף להתפתחות הזכות. עניין נוסף הוא שלפנינו יישום של תחולה אקס-טריטוריאלית של פרקטיקת ההסרה, משום שהאתר שהעלה את פסקי הדין רשום ברומניה. בכך, בית המשפט העליון הפדרלי הקנדי מחייב מחיקה באופן גלובלי, תוך יישום מרחיב של שאלת סמכות השיפוט.²⁰³

מדובר, אפוא, על הרחבה של מדיניות אקס-טריטוריאלית קיימת במדינה, שכן בהקשרי הפרת דיני זכויות יוצרים, בית המשפט קבע שסמכות ההורדה היא אקס-טריטוריאלית.²⁰⁴ במישור סמכות השיפוט, משום שגוגל מרוויחה על פרסומות בקנדה, נוצר קשר מספיק לשיפוט במדינה, דבר שהתבסס עליו בית המשפט בעניין **Globe24h** שמהווה התחלה נוספת לזכות להישכח.

196 Amy Lai, The Right to Be Forgotten and What the Laws Should/Can/Will Be: Comparing the United States and Canada, 6 GLOB. J. OF COMP. L. 77, 94 (2017); Victoria Police Department, BCIPCD No. 11 (CanIII) (1995) (להלן: "לאי").
197 Order No. 217-1998; British Columbia (Ministry of Finance and Corporate Relations), BCIPCD No. 10 (1998).
198 Summaries of Early Resolved Cases: Web Posting that was Removed by Individual Retained by Internet Search Engine, Office of the Privacy Commissioner of Canada.
199 Office of the Privacy Commissioner of Canada, Website That Generates Revenue by Republishing Canadian Court Decisions and Allowing Them to be Indexed by Search Engines Contravened PIPEDA, <https://www.priv.gc.ca/en/opc-actions-and-decisions/investigations/investigations-into-businesses/2015/pipeda-2015-002/#-heading-0-0-3>.
200 הסיור של המפעיל נעשה מטעמים רבים, כאשר העיקרי נוגע בכלל לשיקולים של סמכויות שיפוט, והטענה הייתה שהמלצות הנציב אינן רלוונטיות כלל אליהם - טענה שהנציב דחה.
201 שם, פס' 103.
202 פרשת **Globe24h**, ה"ש 188 לעיל, פס' 104.
203 Ryan Belbin, When Google Becomes the Norm: The Case for Privacy and the Right to Be Forgotten, 26 DALHOUSIE J. L. & L. STUD. 17, 27 (2018).
204 Sydney Wilson, Internet Extraterritoriality: Has Canada Reached Too Far beyond Its Borders, 47 GA. J. INT'L & COMP. L. 777, 784 (2019).
205 Google Inc. v Equustek Solutions Inc., SCC 34 (2017).

שאלה משמעותית בדין בהקשר זה נוגעת למקומם של מנועי החיפוש ביחס לביטויים המפורסמים בהם. בדומה לדין האמריקאי, בתי המשפט בקנדה לא הגדירו מנועי חיפוש בתור מפרסמים או מעבדי מידע,²⁰⁵ תוך ציון חששות הנוגעים לאפקט מצנן וחופש הביטוי של הכותבים הראשיים.²⁰⁶ מכאן שהנתיב להטלת אחריות עליהם במסגרת הזכות עדיין אינו מוגדר דיו.²⁰⁷

עם זאת, בספרות יש הטוענים שמגמת התחולה הרחבה יחסית של דיני הגנת המידע על תאגידים עשויה להוביל בעתיד לפיתוח הזכות להישכח בפסיקת העליון באופן מפורש יותר.²⁰⁸ לנוכח הדרישה לקבלת ההסכמה טרם עיבוד מידע עולות שאלות כבדות משקל ביחס לתחולה של עקרונות אלו על גוגל – במיוחד לאור העובדה שאין החריגים של עבודה עיתונאית (כפי שפורשו בפסיקה) רלוונטיים להם.²⁰⁹

בעוד הדבר לא זכה להתייחסות חקיקתית, בשנת 2018 נציב הגנת הפרטיות הקנדי פרסם נייר עמדה ביחס להסרת ביטויים והזכות למוניטין. בנייר הובעה העמדה לפיה יצירת סדר תוצאות החיפוש (indexing) על ידי מנוע החיפוש נכללת תחת דיני הפרטיות הקנדיים – ומכאן חלות על מנועי החיפוש,²¹⁰ בין היתר, הקביעות הבאות כאשר מגיעים לדון בבקשות לשינוי תוצאות חיפוש:

- (1) דיוק מידע – אם ניתן להוכיח למנועי החיפוש שהמידע שהם מציגים איננו מדויק, קמה להם החובה לתקן אותו.
 - (2) מטרה ציבורית – אם המידע שמוצג משרת מטרה ציבורית, הבקשה תידחה. מכאן, יישאלו השאלות הבאות: האם החיפוש נוגע לדמות ציבורית? האם המידע הכרחי כחלק מוויכוח ציבורי? האם המידע קשור לחיים פרטיים או ציבוריים? האם המידע קשור לעבירה פלילית של אדם שקיבל חנינה/מחיקה מהמרשם הפלילי? האם המידע קשור לקטין?
 - (3) התייחסות מיוחדת לקטינים – לקטינים ישנם אינטרסים מיוחדים הנוגעים להגנת פרטיות, הם רגישים באופן מיוחד ועדיין אינם בעלי היכולת הקוגניטיבית להכריע בסוגיות כבדות משקל. ומכאן, מוצעים שיקולים מיוחדים לדיון בבקשות הללו של קטינים – שקילה אינהרנטית יותר לטובתם בבקשת הורדות מידע, זכות הסרה מוחלטת בנוגע לתכנים שהם נמצאים בהם, כולל הסדר מסוים גם כלפי צד ג'.
 - (4) עקרונות ומיסוד של מנגנון הסרה עצמית – לאדם אמורה להיות הזכות להוריד ביטויי עבר שלו שהוא פרסם, מבלי למחוק את כל הפרסום שלו.
- כפי שניתן לראות, מדובר בקביעות משמעותיות שיכולות להמשיך ולצקת בסיס איתן לזכות להישכח בקנדה, תוך שהיא מעמידה איזון עדין יחסית בין דיני הפרטיות לדיני חופש הביטוי, באופן דומה להסדרים אחרים בעולם בעניין זה. כפי שראינו, גרסאות מוקדמות יותר של עקרונות אלו כבר קיבלו ביטוי בפרקטיקה של נציב הגנת הפרטיות הקנדי ובקידומה של הזכות להישכח. לאחר פרסום זה, נציבות הפרטיות הפנתה לבית המשפט את השאלה אם חוק הפרטיות הקנדי משפיע על צדדים שלישיים וכן מקים לאינדיבידואל את הזכות לבקש שינוי תוצאות חיפוש. העניין טרם הוכרע כשאלה עקרונית.²¹¹

205 Crookes v Newton, 3 SCR. 269 (2011)

206 שם, 40.

207 לאי, ה"ש 196 לעיל, בעמ' 95.

208 Julia Kerr, What Is a Search Engine: The Simple Question the Court of Justice of the European Union Forgot to Ask and What It Means for the Future of the Right to Be Forgotten, 17 CHI. J. INT'L L. 217, 237 (2016)

209 Jessica Pushka, The Applicability of the Personal Information Protection and Electronic Documents Act to De-Indexing Internet Search Engine Results, 19 ASPER REV. INT'L BUS. & TRADE L. 175, 182 (2019)

210 Office of the Privacy Commissioner of Canada, Draft OPC Position on Online Reputation (2018) https://www.priv.gc.ca/en/about-the-opc/what-we-do/consultations/completed-consultations/consultation-on-online-reputation/pos_or_201801

211 Steven McDonald, The Right to be Forgotten: The Potential Effects on Canadian, 15 DALHOUSIE J. INTER. MAN. 1, 7 (2019)

בעוד זהו המצב בדין הפדרלי הקנדי, תמונת המצב שונה במידת מה בדין המדינתי. מדינת קוויבק, למשל, הובילה לאסדרה חלקית של הנושא ב-Act to Establish a Legal Framework for Information Technology, בו ס'22 מייצר אפיק ליצירת אחריותיות למפעילי רשת אם מתרחשת בהם פעילות המוגדר כלא חוקית. אחד מהסעדים המוצעים במסגרת החוק הוא לחסום תוכן מהאתר. באופן ספציפי, אתר אשר מקבל עדכון על תוכן מן הסוג הזה דרך מנגנון הודעה והסרה צריך לבחון את תוכן הביטוי, ובמקרים מסוימים להיעזר גם בצד ג' נייטרלי שיקבע זאת, וככל שלא נקבע זאת אין לאתר חובה להסיר את התוכן.

כמו כן, ניתן לראות התפתחויות מעניינות בפסיקה הנזיקית של מדינת אונטריו. בעוד בעבר בית המשפט של המדינה כבר קבע שהאינטרנט הוא מרחב לביטויי דיבה אינסופיים,²¹² וכן במקרה בו לא ידוע מי הוא המחבר, ניתן לקבל צו הכופה על ספק האינטרנט לחשוף את כתובת ה-IP של מפרסם ביטויי הדיבה,²¹³ ומשם להמשיך להליכי דיבה.

בעניין **Canadian National Railway Company** הונחה לפני בית המשפט בקשת צו הורדה לתוכן מבלוג של גוגל בנימוק שמדובר בתוכן דיבתי. אמנם, מדובר על סעד שניתן במקרים חריגים לנוכח הפגיעה בחופש הביטוי,²¹⁴ כאשר בית המשפט הקנדי הסכים לתת צו מסוג זה לביטויי דיבתי מגוגל,²¹⁵ תוך התמקדות בתכלית מניעת הפגיעה העתידית בשם הטוב של מגיש הבקשה.²¹⁶

הפסיקה מדגימה קיום מוגבל של הזכות להישכח כבר במסגרת דיני לשון הרע הקנדיים (ולא מכוח דיני הגנת הפרטיות), עוד טרם החלטת בית המשפט העליון בעניין.²¹⁷ במובן זה, מצב הדין הקנדי דומה לזה הישראלי אשר מתמקד בדיני הגנת המידע ולשון הרע כאפיקים לקידום הזכות, גם כאשר אין קודיפיקציה לזכות במסגרת החקיקה הפדרלית.

7. סיכום ביניים: דרכים שונות למימוש הזכות להישכח

כפי שראינו בפרק זה, בעולם ישנם מודלים שונים ליישום הזכות להישכח, על היבטיה השונים. לסיכום הפרק, נבקש לבחון, בקצרה את ההבדלים בדרכים המגוונות למימוש הזכות להישכח כפי שהן עולות מהשיטות השונות, בעיקר על מנת להבין מהו סל הכלים העומד בפנינו באימוצו של אחד מן המודלים הללו בישראל.

המודלים השונים נבדלים זה מזה בכמה מאפיינים עיקריים: רוחב גדריה של הזכות, מושאיה של הזכות, השפעת מימוש הזכות על התוכן שיש להסיר וכן השיקולים השונים העומדים בבסיס הפעלת שיקול הדעת בקביעת מימושה של הזכות להישכח.

212 Barrick Gold Corp. v. Lopehandia O.J. No. 2329 CanLII 12938 ON CA, 71 O.R. (3d) 416, para. 1, (2004)

213 York University v. Bell Canada Enterprises 2009 CarswellOnt 5206 Ont. SCJ (2009)

214 Canadian Metal Co v. Canadian Broadcasting Corp., 7 O.R. (2d) 261, 55 D.L.R. (3d) 42, para. 261 (1975)

215 Canadian National Railway Company v. Google Inc., ONSC 3121, para.30-33 (2010)

216 Hilary Young, The Scope of Canadian Defamation Injunctions, 44 DALHOUSIE L.J. 285, 288 (2021)

217 Eloïse Gratton, Jules Polonetsky, Privacy above all other Fundamental Rights? Challenges with the Implementation of a Right to be Forgotten in Canada, 37-38 (2016)

ניתן לזהות באופן גס שני "סוגים" (או "מימושים") של זכות להישכח:

1. הזכות לשינוי תוצאות חיפוש (delisting/deindexing), שמכוונת כלפי מנוע החיפוש – שינוי של סדר הופעת תוצאות החיפוש או הסרה של הטקסט מתוצאות החיפוש המדוברות.

2. הזכות למחיקה (erasure) שמכוונת אל מפרסם הטקסט הראשוני – שינוי/מחיקה של הטקסט/מידע שמופיע/אגור אצל המפרסם כך שהוא לא יכלול מידע מסוג מסוים. במילים אחרות: אנונימיזציה של טקסט או הורדה של ממש של פרטים ממנו, וכן מחיקה של מידע ממאגר מידע, במטרה שהוא לא יפגע בפרטיות נושא המידע.

באשר לזכות לשינוי תוצאות החיפוש, ישנן שתי מסגרות רלוונטיות. הראשונה היא המסגרת החוקית/מדינתית, שמכווניה את שיקול הדעת ביחס להסרה של ביטויים, כאשר השיקולים העיקריים שאנחנו רואים הם **חוסר רלוונטיות וחוסר הסכמה** ואלו מאוזנים מול **חופש הביטוי ואינטרסים ציבוריים שונים**. בתוכה, בתי המשפט המדינתיים פירשו והעניקו אמות מידה מסוימות להערכת האיזון בין האינטרסים השונים, וניתן לראות קו מגמה ברור בכולם הנוגע לשאלות של **זמן, הסטטוס של נושאי המידע, סוג המידע המפורסם, שיקולי שיקום ועוד**.



המסגרת השנייה, שעושה אופטימיזציה לשיקולים של המסגרת הראשונה, היא זו של מנוע החיפוש עצמו. מסגרת זו מבצעת את האיזון בין הזכויות ועל כן עליה לייצר אמות מידה קונקרטיות יותר, כפי שהן מתבטאות למשל בעקרונות שפורסמו על ידי הוועדה המפקחת של גוגל לעניין הזכות להישכח. בשל החשיבות של פיקוח על גוגל, ניתן לעתור על החלטות הפלטפורמה לבתי משפט – שמייצרים תקדימים בנוגע למערכת האיזונים של הזכות ומחדדים את אמות המידה.

נהוג לתפוס ביטוי זה של הזכות בתור פגיעה פחותה בחופש הביטוי משום שאיננו מוביל להסרה מלאה של הביטוי, ומי שירצה באופן אקטיבי להגיע למידע עדיין יוכל לעשות כן, אגב קידום הרציונלים של הזכות להישכח באופן כמעט מלא. מדובר על חובה שמופעלת כלפי מנוע החיפוש, שבאופן יחסי מצליח לקבוע אמות מידה קבועות ליישומה של הזכות (בפיקוח חסר, כפי שהצבענו לעיל). עם זאת, מדובר על יישום שאיננו מלא של הזכות, והוא כמובן עלול לייצר מרדף של הורדה והעלאה

מחודשת של תכנים – משום שהם מופיעים במלואם אצל המפרסם המקורי בעניין זה. בהקשר זה, אנו רואים שבתי המשפט מפרשים את האינטרס הציבורי והשיקומי באופן אחר, ואת החשיבות של פרשנות תלויה נסיבות, כדי למנוע פגיעה לא רצויה בחופש הביטוי (כפי שקרה לשיטתנו במספר פסיקות של בית הדין האירופי לזכויות אדם).

בכל הנוגע לזכות להישכח ככובעה כזכות המחיקה, ישנן מספר השלכות מעשיות. הראשונה קשורה למאגרי מידע תאגידיים, כפי שלמשל ניתן לראות בקליפורניה, ואלמנט המחיקה בה הוא מצומצם יחסית (שכן מדובר על יישום מצומצם של הזכות). בהקשר הזה, מדובר על יישום קלאסי יותר של מסגרת דיני הגנת מידע, הבאה לידי ביטוי גם בדין הישראלי, וספק האם מדובר בזכות משמעותית בהקשר של הזכות להישכח כפי שאנו דנים בה בנייר זה.

לעומת זאת, הזכות למחיקה מובילה גם להתערבות בתכנים של המפרסם הראשי, לעומת אלה של מנוע החיפוש. היישומים העיקריים שראינו בהקשר זה נעשו באירופה, כאשר בתי המשפט התערבו בתוכן ממש של העיתונאים, והובילו לאנונימיות ועריכה של התוכן העיתונאי העולה מהם. מחד גיסא, אפוא, מדובר במנגנון המאפשר יישום מלא יותר של הרציונלים העומדים מאחורי הזכות, ובראשם האינטרס השיקומי של העבריינים המשוקם או בן הנוער המדובר, ומחיקה של המידע תסייע להם מאוד. אולם, מאידך גיסא, זוהי פרשנות מרחיבה יותר של הזכות להישכח, והפסיקות האחרונות שהובילו לכך בבית הדין האירופי לזכויות אדם עוררו ביקורת רבה, בעיקר בשל פגיעה שנתפסת כלא-מידתית בזכות לחופש הביטוי.

ככלל, הזכות למחיקה מייצרת פרקטיקות מבוזרות, המובילות ליישום לא אחיד ובלתי שוויוני של עקרונות הזכות להישכח, משום שהאיזון מוטל (בצורה כמעט אד-הוקית) על אותם גופים פרטיים, שלא לכולם ישנה מדיניות סדורה וניסיון בעריכת האיזון המדובר. בכך, חלה פגיעה בנושאי המידע וכן נוצר אפקט מצנן הפוגע בחופש הביטוי, משום שלא ניתן לדעת אילו ביטויים ניתן לומר ואילו יימחקו.

כפי שניתן לראות, שיטות משפטיות שונות מחילות באופן שונה את האיזון בין הזכות להישכח לחופש הביטוי (בהתאם לשיקולים השונים העולים מן המשטרים החוקתיים/המכוננים שלהם). בעוד שתחילתה של הזכות להישכח נבעה מהגנת מידע, היא בהדרגה הפכה לזכות אינהרנטית כחלק מהזכות לפרטיות. במשטרים בהם ההגנה על חופש הביטוי רחבה, למשל בארצות הברית, הזכות להישכח התפתחה במיוחד באמצעות דיני לשון הרע, כמו גם דיני החוזים. לעומת זאת, באיחוד האירופי פיתוח הזכות נשען במובן משמעותי יותר על הזכות לפרטיות ועל ההצדקות התאורטיות שלה.

8. מבט לתעשייה: המדיניות של גוגל ביחס לזכות להישכח כמקרה מבחן

8.1 רקע

כפי שהוצג, ההחלטה בעניין קוסטחה הותירה בפני מנועי החיפוש, ובראשם גוגל, שיקול דעת רחב במימוש הזכות להישכח ואיזונה מול זכויות ואינטרסים ציבוריים אחרים. בטרם הייתה מסגרת נורמטיבית ברורה למימוש הזכות למחיקה או עריכה של מידע אישי, בקשות מטעם הזכות להישכח התחילו לזרום אל מנוע החיפוש. בבסיסן עמדה דרישה להגדרת גבולות חופש ביטוי מול פרטיות, והבניית הנחיות פנימיות ביחס לאופן שבו מתקבלות החלטות לגבי הבקשות הללו. חשוב להבין כיצד התעשייה פועלת בשל העובדה כי מנועי החיפוש, וגוגל בראשם, יהיו כתובת מרכזית למימוש הזכות להישכח בישראל, ויש היגיון רב ביצירת התאמה בין המנגנונים שיהיו קבועים בדין לבין הפרקטיקות הנהוגות על ידי התעשייה.

אמנם, גוגל איננה מנוע החיפוש היחיד שהזכות להישכח רלוונטית אליו²¹⁸ – גם יאהו!²¹⁹ בינג²²⁰ ומנועי חיפוש קטנים יותר מאפשרים שליחת בקשות הנוגעות לזכות להישכח²²¹ – אולם מדובר במנועי חיפוש קטנים יותר ביחס לגוגל, ואין ספק כי גוגל היא הפלטפורמה המושפעת ביותר מן הזכות להישכח, בוודאי במובנים מעשיים. לשם ההמחשה, בעוד שגוגל עמדה בפני מיליוני בקשות הורדה מכוח הזכות להישכח בשנים האחרונות, במקרה של בינג מדובר בעשרות אלפי בקשות בלבד.²²² נתונים אלו מעידים כי גוגל מהווה צומת מרכזית, וכנראה העיקרית, בכל הנוגע ליישום המעשי של הזכות להישכח.

נוסף על האמור לעיל, החשיבות בהבנת התהליכים למימוש הזכות להישכח המתקיימים בגוגל נובעת מסיבות נוספות. ראשית, חשיפת מדיניות החברה מאפשרת להבין בצורה מקיפה יותר כיצד הסטנדרטים המשפטיים מתורגמים לפרקטיקה. שנית, חשיפת הפרקטיקה מגלה את הקשר בין מדיניות החברה ומימוש הזכות בשטח. שלישית, אנו סבורים כי בחינה של אופן יישום הכללים מאירה בעיות בכללים עצמם, דבר שיאפשר לעצב אותם בצורה טובה יותר. בהקשר הישראלי, משום שהכללים מעוצבים בצורה מאוד ראשונית, יש בכך יתרון אדיר.

8.2 הזכות להישכח בראי הפרקטיקה של גוגל

ההכרה והצורך במימוש הזכות להישכח העסיקו רבות את גוגל, כאשר עמימות המצב החוקי והתפקיד הרחב של מנוע החיפוש²²³ העלו חששות לגבי יכולת ההוצאה לפועל של הזכות. בנוסף, התעורר דיון לגבי הצורך בגוף עצמאי שיסייע למנוע החיפוש,²²⁴ אל מול האפשרות של הותרת הסמכות להורות על מחיקה או עריכה של מידע אישי בידי שופטים בלבד.²²⁵ הרי גם גוגל לא ביקשה לעצמה סמכות שכזו, אשר דורשת משאבים וגם הבנה בעולמות תוכן משפטיים שאינם עיקר העיסוק של החברה.²²⁶

זמן קצר לאחר ההחלטה בעניין קוסטחה, נקבע הליך מיוחד למימושה של הזכות. ההליך מתחיל במילוי טופס פשוט, הכולל את הלינקים אשר מבקשים להסיר, ולאחר כל לינק ולינק מוסבר כיצד המידע עונה על הקריטריונים המצוינים בהחלטה. גוגל הקימו צוות מיוחד המטפל בנושא וכולל עורכי דין, עוזרים משפטיים ומהנדסים. הצוות שוקל, בין היתר, את השיקולים הבאים: ציבוריותו של מגיש הבקשה, טיבו של מפרסם המידע, טיבו של המידע המפורסם (ודרגת ההגנה החוקית על הביטוי, כאשר ביטויים פוליטיים ואומנותיים למשל מוגנים יותר מאחרים), תוך הדגשת חשיבות היות השקילה הנעשית מתיק לתיק. ככל שהפלטפורמה מאשרת את הבקשה, היא תפנה לאתר ותודיע על הורדה.²²⁷

218 George Brock, The Right To Be Forgotten: Privacy And Media In The Digital Age, 14 (2016).

219 Yahoo help center, Requests to Block search results in Yahoo Search: Resource for European Residents https://io.help.yahoo.com/contact/index?page=contactform&locale=en_GB&token=Zh%2FBBVqXzLHllbokbUqVWTUbuuQeX-GkGgS3%2B4Rh5kxWAQXYZ547z%2B4Vowcju5U7bKEhUEhXXy7IGwREeA0sjVlaI03piGZCzcDmc7GY%2B3EczBvgFC4004qR-J7c4bWRehBUTERqhfaWaW1ot78GRqA%3D%3D&selectedChannel=email-icon&id=.

220 Microsoft Bing Webmaster, Request to Block Bing Search Results in Europe, <https://www.bing.com/webmaster/tools/eu-privacy-request>.

221 Yahoo! EMEA Limited and Yahoo! Italia s.r.l. v. Italian Data Protection Authority, C-3952/2022 Civ. (2022) בו קבע העליון האיטלקי ש-delisting הוא הסעד המידתי ביחס לזכות להישכח ולא הסרה של המידע, כאשר הדיון נעשה ביחס לתוצאות במנוע החיפוש יאהו!

222 Microsoft Corporate Social Responsibility, "Right to be forgotten" Requests <https://www.microsoft.com/en-us/corporate-responsibility/right-to-be-forgotten-removal-requests-report>.

223 Alex Hern, Lords Describe Right to Be Forgotten as 'Unworkable, Unreasonable, and Wrong,' GUARDIAN (30.7. 2014) <http://www.theguardian.com/technology/2014/jul/30/lords-right-to-be-forgotten-rulingunworkable>.

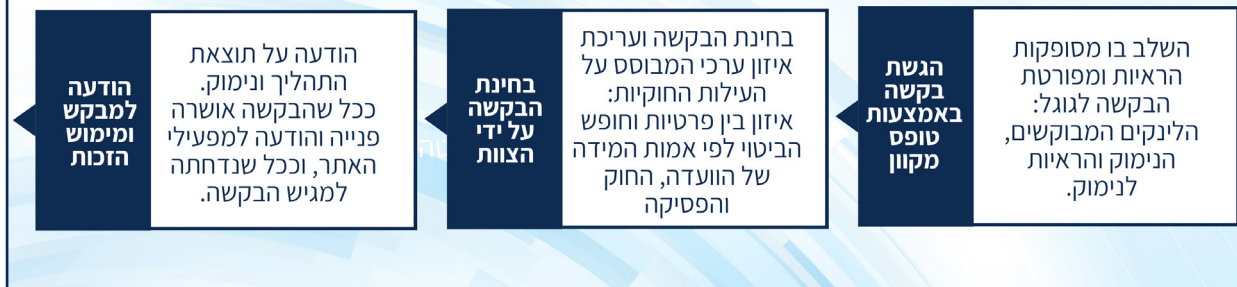
224 Jennifer Baker, Right to Be forgotten? That's Not Google's Call — Data MEP Albrecht, REGISTER (7.1.2015) http://www.theregister.co.uk/2015/01/07/right_to_be_forgotten_not_google_call_data_mep_albrecht.

225 Heather Greenfield, CCIA's Response to European Court of Justice Online Privacy Ruling, CCIA (13.5.2014), <http://www.ccianet.org/2014/05/ccias-response-to-european-court-of-justice-online-privacy-ruling>.

226 Julia Powles, Google Says It Acknowledges Some People Want 'Right to Be Forgotten,' GUARDIAN (19.2.2015), <http://www.theguardian.com/technology/2015/feb/19/google-acknowledges-somepeople-want-right-to-be-forgotten>.

227 Edward Lee, Recognizing Rights in Real Time: The Role of Google in the EU Right to Be Forgotten, 49 U.C. DAVIS L. REV. 1017, 1038-1042 (2016) ("לי").

הליך ניהול בקשות למחיקה או עדכון של מידע



גוגל הקימה ועדה מייצגת חיצונית בנושא הזכות להישכח אשר סייעה בכתיבת עקרונות היסוד של המדיניות שלה. הוועדה כללה מומחים מתחומים שונים, קיימה מספר כנסים בין לאומיים והייתה מורכבת בין היתר ממשפטנים ועיתונאים. הדו"ח המסכם של הוועדה כלל מספר המלצות ביחס לשיקולים שעל מנוע החיפוש לשקול:

(1) תפקידו של נושא המידע בחיים הציבוריים - כאשר אדם ישוּך לאחת משלוש קבוצות:²²⁸

א. תפקיד ברור בחיים הציבוריים - סיכוי קטן שתאושר בקשת המחיקה. בהקשר זה, גם לקרובי משפחה של בעלי תפקיד ברור בחיים הציבוריים סיכוי נמוך יותר למחיקה כאשר הפרסומים קשורים לפונקציה הציבורית.

ב. תפקיד תלוי נסיבות בחיים הציבוריים - תלוי בנסיבות, ככל שהפרסומים קשורים לפונקציה הציבורית, סיכוי נמוך יותר ולהיפך.

ג. אין תפקיד כלל בחיים הציבוריים - סיכוי גדול יחסית שתאושר בקשת המחיקה.

(2) טיבו של המידע - ככל שהמידע פרטי יותר הוא יהיה מוגן יותר, וככל שהמידע ציבורי יותר הוא יהיה מוגן פחות. כך, מידע הנוגע לליבת הפרטיות, כמו אינטימיות ומין, יהיה מוגן מאוד, בדומה לו גם פרטים מזהים, מידע שחוקית מסווג כ"מידע רגיש", למשל מידע על קטינים, מידע שגוי ותמונות. לעומתם, מידע המשרת שיח פוליטי, ציבורי, פילוסופי, דתי, הנוגע לבריאות הציבור, לפעילות פלילית (הערכת חומרת הפשע, העניין הציבורי בביצוע וכן דרגת הפרת זכויות האדם), עניינים של עובדות, מידע היסטורי (במיוחד שנוגע לפשעים נגד האנושות) וכן מידע מדעי ואומנותי, ככל הנראה יותרו לפרסום והבקשה תידחה.²²⁹

(3) מקור המידע והמוטיבציה לפרסום - ככל שמדובר במקור עיתונאי הפועל תחת נורמות עיתונאיות מקובלות, וכן פרסומים ממשלתיים, יגדל האינטרס הציבורי בפרסום. שיקולים נוספים שישקלו הם הסכמת נושא המידע לפרסום, מידע שניתן לאתר בקלות ממקורות אחרים וכן מספר הקוראים והמוניטין של הגוף המפרסם.²³⁰

(4) חלוף הזמן - ככל שעובר יותר זמן כך הנסיבות והרלוונטיות משתנות, דבר שרלוונטי במיוחד לאנשים המצויים בתת קבוצה 1(ב), שכן תפקידם הציבורי משתנה עם השנים, וככל שהוא נגמר הם מתכנסים לקבוצה 1(ג) לעבריינים, כאשר

²²⁸ Luciano Floridi Et Al., THE ADVISORY COUNCIL TO GOOGLE ON THE RIGHT TO BE FORGOTTEN 8 (2015) (להלן: "דו"ח הוועדה המייעצת").

²²⁹ שם, 9-13.

²³⁰ שם.

שיקולי השיקום שלהם עולים בחלוף הזמן ובאופן רחב יותר למידע הנוגע לילדות נושאי המידע.²³¹ מעניין לראות שגם מחקר אמפירי הראה שפקטור הזמן רלוונטי גם למשתמשים ברטרופקטיבה על תוכן שהעלו.²³²

תת-השיקול השלישי (מקור המידע והמוטיבציה לפרסום) מהווה גילום של מספר הסתעפויות הנוגעות לזכות להישכח – הזכות למחיקה מהמקור הראשוני, הזכות למחיקה מתוצאות החיפוש (the right to be delisted) והזכות לשינוי סדר תוצאות החיפוש והותרת כולן (the right to be relisted). מכאן, שהזכות למחיקה מצומצמת במשורה, במטרה למנוע פגיעה אנושה בחופש הביטוי העיתונאי, בעוד שהזכות למחיקת תוצאות החיפוש היא עיקרה של הזכות, ובמישור הפרקטי נדמה שעיקר ההשפעה, בדומה לעניין קוסטחה, נבעה מהקישור שנוצר בפרופיל האינטרנטי שנוצר עליו, יותר מאשר מהמצאות הכתבה עליו – אשר עדיין קיימת.

המשגה זו חשובה כדי להבין את אמות המידה הפנימיות לפיה מנוע החיפוש מתנהל. הרי, רבות מאמות המידה הללו עולות בקנה אחד עם ההנחיה הפסיקתית שניתנה על ידי בית הדין האירופי לצדק – שכן ההליך נוצר בעקבות הפסיקה, ובהמשך, ובמידה פחותה יותר, אמות מידה אלו תואמים גם את הפירוש של הזכות בבית הדין האירופי לזכויות אדם.

כפי שניתן לראות, גוגל הקימה מערכת מנהלית של ממש על מנת להעריך באופן שיטתי את הבקשות המובאות אליה, ורבים סבורים שמדובר בגוף המרכזי ביותר בעולם בתחום קבלת החלטות לגבי בקשות לעדכון או מחיקת מידע אישי.²³³ מסיבה זו, בספרות הצביעו על ריבוי הכובעים של גוגל בפונקציה המנהלית שלה: מעין-שופטת, מעין-אוכפת ומעין-מחוקקת.²³⁴

בכובעה כמעין-מחוקקת, היא מייצרת אמות מידה ביחס להסרה, תוך פירוש הדין ברמה הפרקטית והתאורטית באמצעות גופיה המנהליים – הוועדה המייעצת והצוות המיוחד, כאשר לעיתים היא מייצרת אף תהליכים של שיתוף הציבור ביחס לפעילות הוועדה.

בכובעה כמעין-אוכפת, על מנוע החיפוש לאסוף מידע על כל הבקשות שהוגשו ולברר את משקל הראיות לאמיתות הנימוקים שהובאו, ובכך היא אוכפת את קיומה של הזכות והפרתה.²³⁵ אמנם, בית הדין האירופי לצדק בפסיקתו האחרונה הקל על גוגל במובן זה שקבע שאין עליה לערוך בירור עובדתי משמעותי זולת הראיות שהוגשו לה,²³⁶ דבר שעל פניו מקטין חששות אלו, אך בפועל, מעצם הצורך לבחון את מהימנות הראיות שמובאות בפניה, גוגל נותרת בפונקציה זו. כמו כן, הצטברו עדויות רבות לכך שגוגל מטילה סנקציות בדמות אי-קידום באופטימיזציה (search engine optimization) על אתרים שמפרים את ההנחיות שלה.²³⁷

לבסוף, בכובעה כמעין-שופטת, היא מחליטה מה הוא האיזון העקרוני (וכפי שהראנו, חוקתי באופיו) ואילו ביטויים יוסרו,²³⁸ ויש מי שמבקר את גוגל על כך שהם מכניסים עורכי דין שלא עברו הכשרה מספקת להתעסק בעניינים אלו.²³⁹

231 שם, 14.

232 Yun Zhang et al., 'A right to be forgotten': retrospective privacy concerns in social networking services, BE. & INFO. TECH., 12-15 (2022).

233 Jeffrey Rosen, The Deciders: Facebook, Google, and the Future of Privacy and Free Speech, BROOKINGS INSTITUTION (2.5.2011), www.brookings.edu/research/papers/2011/05/02-free-speech-rosen

234 לי, ה"ש 227 לעיל, בעמ' 1066.

235 שם, בעמ' 1071.

236 ראו עניין TU, ה"ש 75 לעיל.

237 Allyson Haynes Stuart, Google Search Results: Buried If Not Forgotten, 15 N.C. J.L. & TECH. 463, 501-503 (2014) (להלן: "סטוארט") והמקורות שמצוטטים אצלה.

238 לי, ה"ש 227 לעיל, 1070.

239 Jeffrey Rosen, The Delete Squad: Google, Twitter, Facebook and the new global battle over the future of free speech, THE NEW REPUBLIC (29.4.2013), <http://www.newrepublic.com/article/113045/free-speech-internetsilicon-valley-making-rules>

מעניין לציין שלמעשה, תחת מדיניות הסרת המידע האישי,²⁴⁰ גוגל מעניקה לכל משתמשי מנוע החיפוש גרסה מאוד מצומצמת של זכות מחיקה מתוצאות החיפוש שלה כלפי סוגי המידע הבאים:

1. מידע אינטימי שהועלה ללא הסכמה²⁴¹ - מבקש הבקשה צריך להיות זה שמופיע בתמונה, כאשר מבקש הבקשה לא הסכים להעלאת התוכן באופן פומבי, או לחילופין כאשר משלוח התמונה נעשה באופן פרטי והתמונה נעשתה ציבורית ללא ההסכמה. הליך הורדת התוכן עובד באותו האופן: לאחר הגשת בקשה שכוללת את הלינקים, צוות התוכן יעבור על הבקשה ובמידת הצורך ידרוש מידע נוסף, ולבסוף יודיע מה סטטוס הבקשה.

2. הורדה של פורנוגרפיה מזויפת²⁴² - על פניו, האדם שמופיע בסרטון הוא מבקש הבקשה, אך מדובר בתמונה מזויפת הכוללת תכני עירום שהופצה ללא ההסכמה של מבקש הבקשה. כאן, מנוע החיפוש דורש לצרף צילומי מסך מן הסרטונים במטרה לסייע לצוות התוכן להסיר את המידע. בהקשר זה, מנוע החיפוש מכיר בתת-קטגוריה נוספת והיא קישור לא רלוונטי בין תוצאות פורנוגרפיות לשם של אדם בתוצאות החיפוש, ומאפשר הורדה גם במצב כזה.²⁴³

3. הורדה של מידע אישי מזהה מאתרים²⁴⁴ - במסגרת הליך זה, ניתן יהיה לבקש הורדה של פרטים מזהים מתוצאות החיפוש. מדובר על מידע פורמלי רגיש כמו: מספר חשבון בנק, מספר כרטיס אשראי, תמונה של חתימה, תמונה של מסמכים רשמיים מזהים כמו תעודת זהות, מידע רפואי אישי, כתובת, מספרי טלפון, כתובת מייל ופרטי התחברות למשתמשים. בהקשר זה, מפורט שצוות ההערכה יעריך מידע שיש לו פוטנציאל גניבה או כל פעולה אלימה מפורשת, ושאינו פוגע באינטרס הציבורי. אפשרות זו כוללת קטגוריות שהורחבו בשנת 2022, כיוון שקודם לכן, למשל, טלפונים וכתובות לא נכללו במסגרת הליך זה.²⁴⁵ מובהר שלא יימחקו תוצאות הנוגעות למידע זה שמצוי ברשומות מדינתיות או מידע שיכול לשרת אינטרס ציבורי, כמו מידע עיתונאי.²⁴⁶

4. תמונות של קטינים²⁴⁷ - כמדיניות, מנוע החיפוש יסיר כל תמונה של קטינים אלא אם ישנו אינטרס ציבורי חזק למנוע זאת.

חשוב שנבהיר, תחת מדיניות זו אין מדובר על זכות רחבה להישכח במובן שאנו עוסקים בו, אלא לביטוי צר הנוגע למצבים בהם זכות המחיקה הכרחית להגנה על מידע אישי, כאשר בלי נהלים אלו ספק אם מנוע החיפוש היה נתפס בתור גוף בטוח דיו להמשיך ולהשתמש בו. אנו רואים בעקרונות מחיקה אלו אימוץ של הכללים הרחבים יותר הנוגעים לזכות להישכח, בעיקר בכל הנוגע לאיזון עם האינטרס הציבורי ביחס למידע שנמחק. כך, שלמשל ככל שהמידע אישי ואינטימי יותר הסיכוי להסרה גבוה יותר.

Google Help Center, Remove your personal information from Google 240
<https://support.google.com/websearch/troubleshooter/3111061?hl=en>

Google Help Center, Remove non-consensual explicit or intimate personal images from Google 241
<https://support.google.com/websearch/answer/6302812>

Google Help Center, Remove involuntary fake pornography from Google 242
<https://support.google.com/websearch/answer/9116649#zippy=>

Google Help Center, Remove irrelevant pornography from Google search results for my name 243
<https://support.google.com/websearch/answer/11320483>

Google Help Center, Remove select personally identifiable info or doxxing content from Google Search 244
<https://support.google.com/websearch/answer/9673730#zippy=>

245 סטוארט, ה"ש 237 לעיל, בעמ' 496-494.

Michelle Chang, New options for removing your personally identifiable information from Search, THE KEYWORD 246
(27.4.2022) <https://blog.google/products/search/new-options-for-removing-your-personally-identifiable-information-from-search/>

Google Help Center, Remove images of minors from Google search results 247
<https://support.google.com/websearch/answer/10949130>

כמובן שאין מדיניות זו מכסה את מרבית המקרים שנוגעים לזכות להישכח, ואם בידי של מריו קוסטחה היו רק הכלים הללו, לא הייתה עומדת לו הזכות. ועדיין, מדובר על כלי חשוב מאוד בכל הנוגע להגנה על קטינים וכן על קורבנות שמצאו סרטונים פורנוגרפיים שלהם מופצים,²⁴⁸ במיוחד בסיטואציות המכונות "פורנוגרפיית נקמה", בה אחד מבני הזוג משתמש באופן אלים בתכני עירום כדי "לנקום" בבן או בת הזוג השני, לרוב ללא ידיעתו או ידיעתה.²⁴⁹

ישנם יתרונות רבים ליישום הזכות להישכח בתור סעד של קורבנות פורנוגרפיית נקמה: מניעת פגיעת המשך בקורבנות,²⁵⁰ פתיחת יכולת השיקום החברתית והכלכלית של הקורבנות, דרך מחודשת להשבת סוכנות ואוטונומיה על גופם,²⁵¹ וכן יכולת מחודשת להילחם נגד המעוולים שלהם. גם בהקשר זה, מדובר על הליך חלקי מדי, עמום ונטול יכולת מחיקה של הסרטון מהאתרים עצמם. אלא ששינוי של תוצאות החיפוש איננו מספיק, במיוחד לאור הבעיה של העלאה חוזרת של תכנים פורנוגרפיים.

אחת הבעיות המרכזיות באופן שבו הזכות ואכיפתה מיושמות היא היעדר שקיפות מספיקה ביחס להליך.²⁵² ככלל, יש למנוע החיפוש שני מניעים העומדים במתח זה עם זה בנוגע לזכות להישכח: מצד אחד, האינטרס בהנגשה מלאה ומדויקת של המידע ברשת, שכן מנוע החיפוש שאינו עושה זאת עלול למצוא עצמו בעמדת נחיתות; מנגד, מנועי החיפוש נמנעים מלחשוף את עצמם לסכנת תביעה ומכאן שפוטנציאל חבות נזיקית עלול להוביל להורדת יתר.²⁵³ בכך, החששות הנוגעים למניעיו של מנוע החיפוש, התחרות עם מנועי חיפוש אחרים ורווחים עלולים להיות שיקולים זרים²⁵⁴ הנשקלים בעת בקשת ההודעה.²⁵⁵

בפועל, הנימוק המוקטן יחסית שניתן אינו שקוף דיו, ואין מונחת בפני מבקש הבקשה תמונה מדויקת יחסית של מערך השיקולים שנשקלו בעניינו, זולת השיקולים הרשמיים ויישום צר שלהם, אלא במהלך הליך משפטי מפורט יותר. מכאן, נבקש להוסיף, שאנו רואים את סוגית השקיפות כעניין מפתח, במיוחד בכל הנוגע למימוש הזכות בעבור אוכלוסיות מוחלשות, שלהן הזכות מהווה פתרון של ממש במטרה לאפשר להם להשתקם ממעשי העבר שלהם. אחד היתרונות המרכזיים של הטלת חובת שקיפות היא יצירת איזון פנימי שמונע הורדת-יתר של ביטויים על ידי מנוע החיפוש.²⁵⁶

Renald Markus Sinaga, Manunggal Kusuma Wardaya The Right to be Forgotten as Protection for Children Victims of Non-Consensual Pornography Crime 21(2) J. DINAMIKA HUK. 241, 248-252 (2021)

Allie Piacenti, The European "Right to Be Forgotten": a Solution to the Nonconsensual Pornography Problem in the United States?, INT'L IM. PRO. P., 4-5 (2019)

Nguyen Tna, European 'Right to be Forgotten' as a Remedy for Image-Based Sexual Abuse: a Critical Review, 2(1) KNOWEX SOC. SCI. J. 59, 62-63 (2021)

Lilian Edwards, Revenge porn: Why the right to be forgotten is the right remedy, THE GUARDIAN (29.7.2014) <http://www.theguardian.com/technology/2014/jul/29/revenge-porn-right-to-be-forgottenhouse-of-lords> (29.7.2014)

Eldar Haber, Privatization of the Judiciary, 40 SEATTLE U. L. REV. 115, 155 (2016) (להלן: "הבר").

Jonathan Zittrain, Don't Force Google to 'Forget', N.Y. TIMES (14.5.2014) http://www.nytimes.com/2014/05/15/opinion/dont-force-google-to-forget.html?_r=0

בשולי הדברים, נזכיר ששיקול שיקולים זרים מהווה דוקטרינה מן המשפט המנהלי שיכולה לסייע בעניין זה. משמעות הדוקטרינה היא שהרשות חייבת לשקול שיקולים ענייניים בלבד כפי שעולה מן החוק. ראו לכך: יצחק זמיר **הסמכות המינהלית כרך ה - עליות הביקורת המשפטית** 3493 (2020). הדוקטרינה נמצאת לצד חובת נימוק מוגברת על מנת לוודא שמנוע החיפוש שקל את שיקוליו באופן "טהור". מדובר בכלי משלים להגברת הביקורת על גופי הטכנולוגיה, כמו הטלת חובת דוגמת נימוק ושקיפות, אך השתיים אינן בהכרח מספיקות. ראו לכך: מיכל לביא **אחריות מתוחכמת לתוכן לעולות ביטוי: הקשר חברתי, משפט וטכנולוגיה** 213-214, והדיון בה"ש 168 (2018).

מוטב לזכור שאין מדובר בתרחיש הראשון בו רגולציה מובילה להורדת מידע ממנועי חיפוש, כאשר רבים ביקרו את גוגל על שיתוף פעולה עם ממשלת סין לייצר סינון תכנים במנוע החיפוש. ברור שלא בכך מסתכם תפקידה בשיח הפוליטי, ומעצם האופן שבו הליך החיפוש עובד מקודמים אינטרסים פוליטיים וכלכליים שונים. ברמה העובדתית, ישנה חשיפה רבה יותר לתכנים אנגלו-אמריקאיים ובהקשר זה עולה טעם נוסף לחשיפת שיקולי ההורדה, והוא חשיפת השלכות פוליטיות נוספות של המדיניות של גוגל. לדיון ראו: Linnéa Lindsköld, Google as a political subject: the right to be forgotten debate 2014-2016 42(6) ON. INFO. REV. 768 (2018).

קלר, ה"ש 78 לעיל, בעמ' 347-352.

כתוצאה מכך, אנחנו סבורים שיש מקום לפתור את בעיית השקיפות והנימוק החלקי ביצירת דין פוזיטיבי בסוגיה. על פניו, קם החשש שחובת נימוק מוגברת תוביל לשימוש לרעה בזכות להישכח, משום שחשיפת השיקולים הפנימיים של גוגל מאפשרת למגישי בקשה להערים על המערכת.²⁵⁷ עם זאת, לאור היתרונות הגדולים של חובת הנימוק, והיעדר יכולת אפקטיבית לביקורת שיפוטית, אנו סבורים שבאיזון שבין השקיפות לחשש לניצול לרעה, ידה של השקיפות צריכה להיות על העליונה. כמו כן, נזכיר שהגדלת השקיפות יכולה להיות מבוססת על התבחינים שמנוע החיפוש פרסם רשמית, כאשר המיקוד הוא על יישומם במערכת העובדות הקונקרטית, דבר שככל הנראה יצמצם את פוטנציאל השימוש לרעה.

כמו כן, בשל ריבוי התפקידים של מנוע החיפוש ומרחב התמרון הרחב הנתון לו, המעבר לחובת הנמקה רחבה מגדיל את הציות של הפלטפורמה, מפני שעליה להעמיד לכתחילה הסבר מפורט יותר ביחס ליישום הזכות ואיזון האינטרסים במקרה הקונקרטי, ומכאן שהידיעה שתגובת מנוע החיפוש תעבור ביקורת ציבורית יכול לסייע לכך גם כן.²⁵⁸

8.3. מבט אמפירי: מה מספרים הנתונים על היקפי מימוש הזכות להישכח?

ככלל, הנתונים האמפיריים השונים של הזכות להישכח, מצביעים על קשיים מעשיים וכלכליים של תאגידים רלוונטיים ליישם את הזכות. הסיבות לכך נובעות בעיקר מערפול מסוים של הסטנדרטים החקיקתיים ובפרט בנושא לוחות זמנים למתן מענה,²⁵⁹ כאשר יש מי שטוען שיישומה של הזכות אף משפיע על הוגנות אלגוריתמית ומייצר קשיים טכניים.²⁶⁰ אחרים, לעומת זאת, אמנם מראים שהזכות פוגעת בשורת הרווח של החברה, אך מעלה תרומה חברתית המיתרגמת, בסופו של דבר, גם לרווחים כלכליים.²⁶¹

כאמור, התאגיד המרכזי ששאלות אלו רלוונטיות אליה הוא גוגל, לכן מכאן נבקש להתמקד בנתונים האמפיריים שמנוע החיפוש מפרסם. בפרט, נבחן את דוחות השקיפות התקופתיים שמפרסם גוגל,²⁶² אשר שופכים אור על מידע רב הנוגע ליישומה של הזכות. בפרט, הדוחות מפרטים היקפים וכמויות של הבקשות שמוגשות, הכתובות המבוקשות לעדכון או מחיקה, הבקשות שמאושרות לעדכון או מחיקה, וזאת לצד פילוח בין סוגי המידע השונים הנדרשים לעדכון או מחיקה, כמו גם השימוש בעילות ההורדה השונות.

כל אלו מהווים כלים מועילים לבחון כיצד, הלכה למעשה, הזכות מיושמת בשטח. כך ניתן להבחין גם אילו רציונלים של הזכות מקודמים ואילו פחות, וכפועל יוצא של כל אלו לראות מי מהחששות הנוגעים ליישומה של הזכות מתגשמים בפועל. מדובר, אם כן, בדרך יעילה להעריך פרמטרים רבים הנוגעים ליישומה של הזכות, בתקווה כי הבנה זו תשפיע על האסטרטגיה הנוגעת למימוש הזכות להישכח.²⁶³ בשלב זה, נציג ניתוח אמפירי של שלושה שלבי ניתוח: הגשות הבקשה, עילות העדכון או המחיקה ומגמות באישור הבקשות.

257 הבר, ה"ש 252, בעמ' 162.

258 יורחב על כך בפרק הפתרון המוצע.

259 Vincenzo Mangini et al., An Empirical Study on the Impact of GDPR and Right to Be Forgotten - Organisations and Users Perspective, ARES CONF., 25-28 (2020).

260 Julian Sengewald & Richard Lackes, The Impact of the 'Right to Be Forgotten' on Algorithmic Fairness, in PERSPECTIVES IN BUSINESS INFORMATICS RESEARCH 204, 206-208 (Robert Andrei Buchmann et al. eds., 2020).

261 Byung-Cheol Kim & Jin Yeub Kim, The Economics of the Right to Be Forgotten, 60 J. OF L. & ECON. 335, 350-354 (2017).

262 גוגל, **דוח שקיפות: בקשות להסרת תוכן בכפוף לחוקי הפרטיות האירופיים** (2023). (להלן: דוח שקיפות) <https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview>

263 Paul Steinbart, Mark J. Keith, Jeffry S. Babb, Measuring Privacy Concerns and the Right to Be Forgotten, 50TH HAWAII INT'L CONF. ON SYS. SCI. 4967, 4968, 4974-4975 (2017).

הגרף הראשון שמוצג בדו"ח השקיפות עוסק במספר בקשות ההסרה שהוגשו מכוח דיני הפרטיות של האיחוד האירופי (משמע, לא כולל בקשות שהוגשו מכוח הזכות במקומות אחרים בעולם). נכון למרץ 2023, הוגשו כמעט 1,400,000 בקשות הסרה של תוכן תחת הזכות להישכח, שכוללות 5,400,000 קישורים מאתרים שונים. בעוד שמגמת העלייה בבקשות המחיקה עדיין איטית יחסית (שיפוע נמוך של הגרף), ניתן לראות גידול רב יותר במספר הבקשות להסרה.

המדינות המובילות במספר הבקשות להסרה הן גרמניה, צרפת ובריטניה.²⁶⁴ מחד גיסא, אין מדובר בנתון מפתיע משום שבמרחב הגאוגרפי הנמדד בגרף הן המדינות הגדולות ביותר; ומאידך גיסא, נתון זה מעניין במיוחד לאור הפערים במסורת הפרטיות בין המדינות. ובעוד התפיסה של הזכות רווחת מאוד בגרמניה ובצרפת, התקבלותה הרווחת בבריטניה מפתיעה ומשמחת, לנוכח מסורת הגנת הפרטיות החלשה יחסית במדינה.



השלב השני הוא התייחסות לתוכן הבקשות וסוג מגישי הבקשות. הנתונים בעניין זה רבים ומעניינים מאוד, כאשר לצערנו לא נכללות בדו"ח השקיפות עילות הדחייה והקבלה של הזכות – דבר שהיה מאפשר להעמיק את ההבנה שלנו ביחס להיקפי השימוש בכל אחת מן העילות וגילום של הערכים החברתיים שהן מעמידות (ובאופן דומה על עילות הדחייה).

לפי המידע שבידינו, הרוב המוחלט של מגישי הבקשה (90%) הם אנשים פרטיים.²⁶⁵ חלק הארי של התוכן מושא הבקשה, שמהווה כמעט 45% מהבקשות, כלל מידע לא מספק לעיבוד הבקשה (לינק חסר, היעדר פירוט על עילות ההורדה, או כל מידע נוסף שלא אפשר לנהל דיון על הבקשה, דהיינו, פסילה "דיונית" של הבקשה), או לא מתקיים בו התוכן הראשוני שמצדיק הורדה.²⁶⁶ בנוסף, יתר הבקשות מתמקדות במספר תחומים – מידע מקצועי ועוולות מקצועיות, פשיעה, מידע אישי ואוטוביוגרפי.

²⁶⁴ ניתן ללמוד זאת מהפונקציה הנמצאת בדו"ח, שמאפשרת לבודד ולנתח את הפרמטרים לפי מדינות מבוקשות.

²⁶⁵ הקטגוריות האחרות האפשריות הן ארגונים [חברות ועמותות] והגשה בשם נושא מידע שנפטר.

²⁶⁶ למידע ביחס לקטגוריות הסיווג ודרכי הדחייה מופיעות תחת הקטגוריה ראו: Google, European privacy requests Search removals FAQs, <https://support.google.com/transparencyreport/answer/7347822#zippy=%2Cwhat-are-the-various-request-er-categories%2Cwhat-are-the-various-website-categories%2Cwhat-are-the-various-page-content-categories>



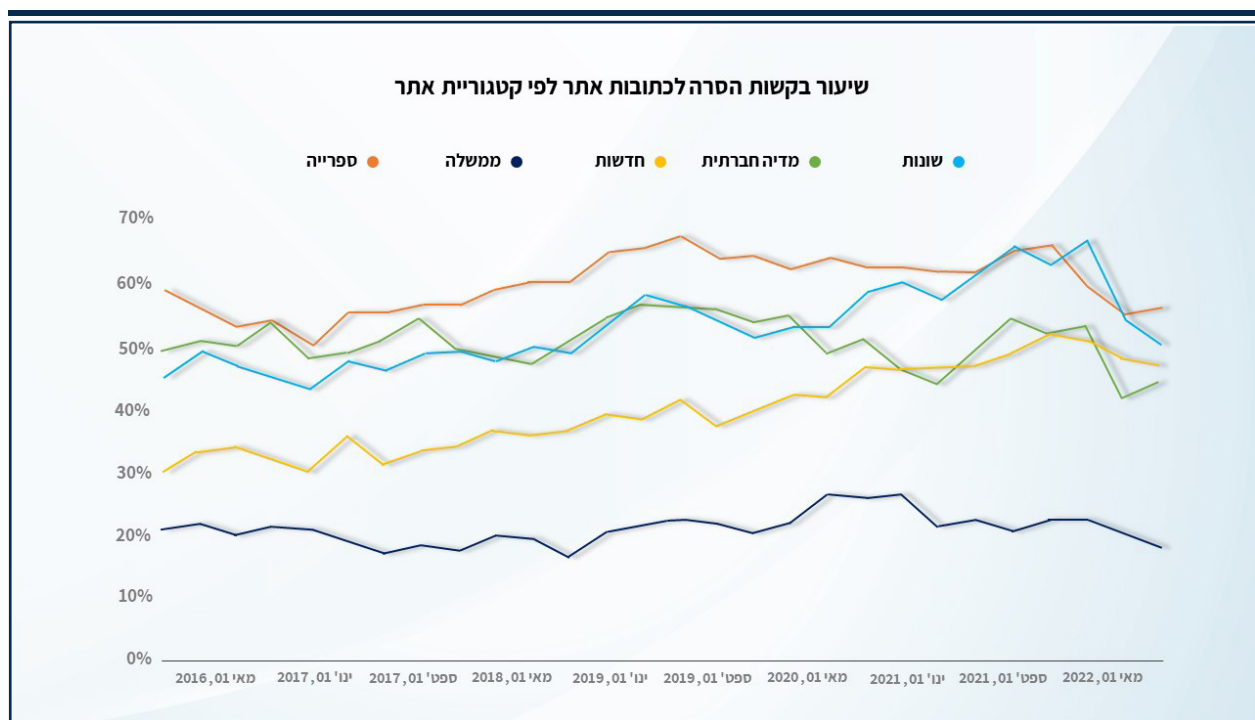
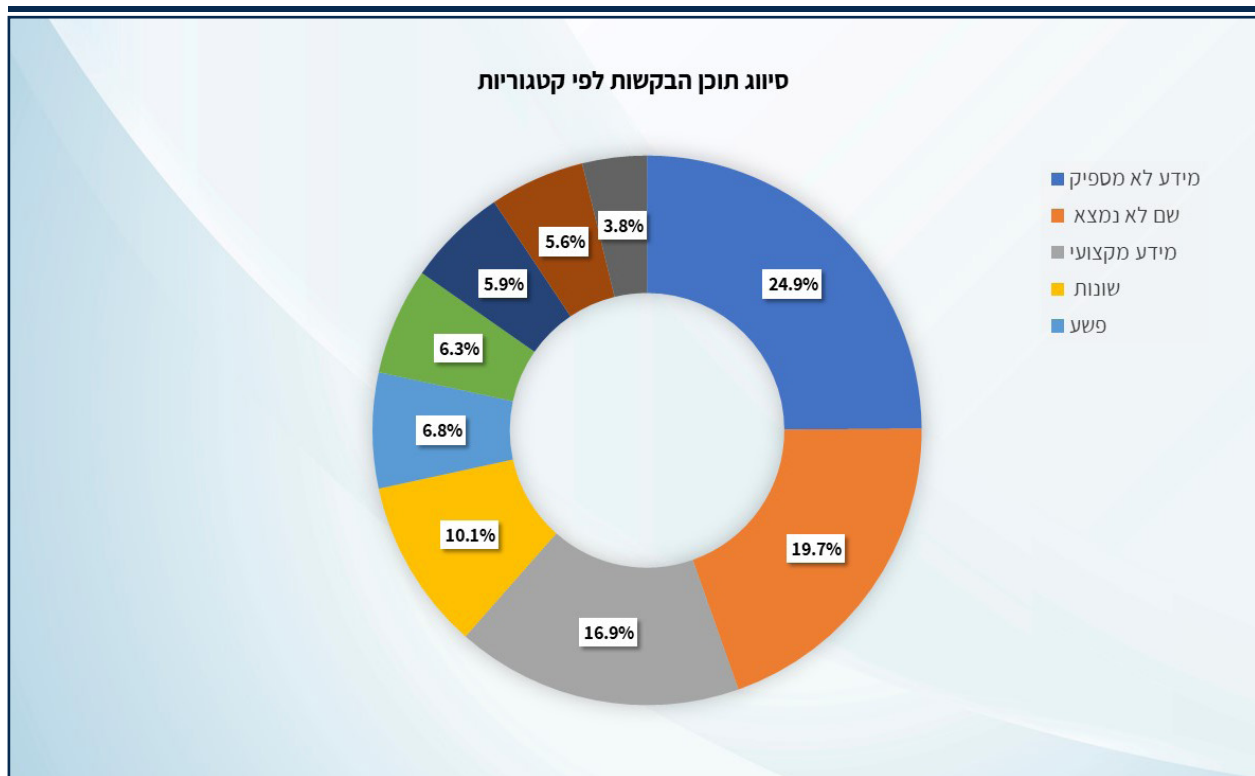
העובדה שרוב מגישי הבקשה הם אנשים פרטיים מחלישה את החששות מפני יישום לרעה של הזכות להישכח מטעמים כלכליים, ואנו רואים שחברות/עמותות כמעט שאינם מיישמות אותה כדי "לטהר" את שמן מעוולות עבר. ניכוי הטעמים הדינאמיים לפסילת הבקשה מראה שישנה קבלה גבוהה יחסית של בקשות המחיקה, דבר שמעלה את החשש להורדת-יתר של ביטויים במנגנון זה. מבלי לטעת מסמרות, נתון זה עלול להראות שהכללים המשפטיים מעודדים הורדה של ביטויים, כך שהעובדה, למשל, שלא ניתן להגיש בקשה לרשות הפרטיות המדינתית לפי ה-GDPR על הפרה של הזכות לחופש הביטוי עלולה להיות תמריץ נוסף לכך. זאת משום שפגיעה בחופש הביטוי היא עילה להליך משפטי רק בנסיבות מצומצמות יותר, לעומת הפגיעה בזכות להישכח שיכולה להיות מושא להליכים רבים יותר.²⁶⁷

מעניין במיוחד לבחון זאת לאור פילוח מגמות בקשות הסרה ביחס לקטגוריות האתרים: באופן די יציב, בקשות רבות מוגשות לאתרים המוגדרים "ספרייה", אתרים שאוגרים ומציגים מידע פרטי כמו כתובות ומספרי טלפון - מידע שבמקרים רבים יכול להיות מוגן גם תחת המדיניות הכללית של גוגל. ניתן לראות ירידה קלה בבקשות הנוגעות להורדה של תוכן ברשתות חברתיות, עלייה משמעותית בבקשות הורדה של תוכן המצוי באתרי תקשורת וחדשות וירידה קלה בבקשות הורדה של מידע המצוי באתרי ממשלה.

אם כן, השילוב בין שני סוגי מידע אלו מבהיר את התמונה ביחס ליישומה של הזכות בידי נושאי מידע. שימוש מרכזי מאוד נעשה כדי להסיר מידע אישי רגיש שמוצג לכל – הן במדיה חברתית והן ב"ספרייה", וחלק עיקרי נוסף מן המידע הוא מאתרי חדשות. מכאן, הסוג השני של המידע, הנוגע לפעולות מקצועיות ופשיעה בעיקר, הופך לנושא עיקרי של בקשת המידע.

267 התופעה של הסרת יתר של תוכן תחת משטר של הודעה והסרה תועדה והוכחה אמפירית על ידי חוקרים ברחבי העולם, לרבות בישראל. Daphne Keller, Empirical Evidence of "over-removal" by Internet Companies under Intermediary Liability Laws, CIS BLOG (8.5.2020). מנגנון זה רווח מאוד בדיני זכויות היוצרים ובהקשרים אחרים. ראו: קלר, ה"ש 78 לעיל, בעמ' 358-359. בהקשר זה, חשוב להבהיר שהתנאים להליכים משפטיים הנוגעים להפרת הזכות לחופש הביטוי מובילים לכך שהאכסניה המתאימה היא בית הדין האירופי לזכויות אדם, אולם התנאים המקדמיים להגשת תביעה בו, הכוללים מיצוי הליכים במדינה קודם לכן, מובילים להליכים משפטיים מאוד יקרים, שמהווים תמריץ לאי-הגשת תביעה.

אין הדבר מפתיע כמובן, ביחס לשיקולים השונים הרלוונטיים לזכות להישכח, כאשר הם בעיקרם קשורים בשיקום, הגנה על מידע פרטי והיכולת לפתוח "דף חדש". כמובן, ניתן להצדיק אותן גם באמצעות תאוריית הסוכנות האלגוריתמית, בכך שבכל אחת מן הקטגוריות הללו מבקש המידע שואף לקבל בעלות על היכולת לכתוב את סיפורו, במנותק מן האופן שבו מנוע החיפוש מסווג את החיפוש השונים.



8.4. סיכום

כפי שניתן לראות, לאמות המידה של גוגל השפעה מכרעת על גדריה של הזכות, שכן היא מעבדת בקשות הסרה למיליוני לינקים מדי שנה. השיקולים המוצגים במסמך הוועדה המייעצת עולים בקנה אחד עם עקרונות הפסיקה של מוסדות האיחוד האירופי ועל פניו מקדמים כהלכה את הרציונלים העומדים מאחורי הזכות. נראה כי שיקולים אלו בוחנים את התרומה לשיח הציבורי לפי פרמטרים שונים, כאשר בפשטות ניתן לשרטט את הציר הבא: **ככל שאדם פרטי יותר, המידע המדובר פרטי יותר, וככל שזמן רב יותר עבר מאז קרות האירוע אשר ביחס אליו ישנו פרסום של מידע אישי כך סיכויי המחיקה גדלים.**

ניתוח של מדיניות עיבוד המידע של גוגל, לצד התבוננות בסוג המידע שמגיע אליה, מוכיח שהרציונלים הראשוניים שמצדיקים את הזכות באים לידי ביטוי בבקשות ההסרה והיישום שלהן. עם זאת, דו"חות השקיפות חסרים מידע רב שיכול להגדיל את יכולת הפיקוח וההבנה את המנגנון הפנימי של מנוע החיפוש, בעיקר, שיעורי עילות הבקשה והדחייה של בקשות למימוש הזכות להישכח. קושי זה מתחזק לנוכח ריבוי תפקידיו של מנוע החיפוש, ומכאן שאי חשיפת המידע מקשה על ההבנה של אופן המימוש, הלכה למעשה, של השיקולים הרשמיים שמובאים באתר. מסיבה זו, אנו מציעים להרחיב את חובות השקיפות של מנוע החיפוש.

1. מבט פנימה - הזכות להישכח במשפט ובמסורת העברית

בטרם נצלול למצב המשפטי הקיים כיום בישראל, לצד הצעת הפתרון שלנו לגירעון בהגנה על זכותם של ישראלים להישכח, נבקש לחזור ליסודות הזכות להישכח במשפט העברי ומחשבת ישראל, תוך התמקדות בשאלות התשובה והכפרה והשלכותיהן על המעוול ויכולתו להשתקם מפעולות העבר שלו. חשוב להסתכל על מקורות המשפט העברי ומחשבת ישראל מאחר שאלו מהווים יסוד ערכי ונורמטיבי וחלק מן הדין המודרני בישראל. בהתאם, אנו רואים חשיבות רבה בהישענות על הכללים וההצדקות של המשפט העברי בעת פיתוח מודרני של הזכות להישכח במשפט הישראלי. למשל, בדומה למשפט העברי, וכפי שנסקור להלן, בבסיס הזכות להישכח המודרנית עומד הרצון לפתוח "דף חדש" ולעבור הלאה ממעשי עבר שונים של נושא המידע.

במרבית המקרים בהם הזכות להישכח רלוונטית, היא בעלת היבטים ציבוריים, מוסריים וכלכליים – בדיוק כפי שביטויים ועוולות עבר של פרטים בקהילה היהודית היו מימים ימימה. בהתאם, הסעדים והיחס השונה לתשובה ולאפשרותם להשתקם ממעשי העבר שלהם מהווה מודל ראוי שניתן, גם דרכו, לבסס את הזכות על היבטיה השונים.

המקורות בפרק זה הם מגוונים ומהווים טעימה בלבד לשאלות משפטיות מורכבות ביחס לתשובה והשלכותיה על ענפי משפט רבים ומגוונים. השימוש שלנו במשפט העברי נועד להראות, בעיקרו, את המקום החשוב שניתן לתשובה ומחילה במורשת היהודית, כמו גם במחשבת ישראל ובספרות העברית, בתור ביטוי של רעיונות אלו ממש.

1.1 הגדרת התשובה

התשובה במסורת היהודית מהווה את אחד מאבני היסוד של מסורתנו, אשר מייצרת את אפשרות לאדם לשנות את דרכיו, תוך השתקמות מפעולות העבר.²⁶⁸ ככלל, הגדרותיה של התשובה הן מרובות, כאשר לפי גישות רבות עיקר משמעותה הוא תהליך של חרטה על מעשי האדם, שלרוב מבשיל כדי וידוי.²⁶⁹ ערכה הגדול של התשובה היא ביכולת להפוך מעשה רע לטוב, וכן להגן על מורשתו וזכרו של אדם, כאשר הגיע כדי תשובה על מעשיו. ככלל, חלק הארי של הדיונים ההלכתיים ביחס לתשובה מצויים כחלק מדיון רחב יותר במושג הכפרה, וככאלו הם מצויים בקשר ישיר להתגברות על מעשי העבר והתמודדות עם האשמה שנוצרה כפועל יוצא אליו.

לעניין זה נשתמש בהגדרתו של הרמב"ם לתשובה, עליה אמר:

"מה היא התשובה? הוא שיעזוב החוטא חטאו, ויסירו ממחשבתו, ויגמור בלבו שלא יעשהו עוד, שנאמר: 'יעזוב רשע דרכו ואיש אוון מחשבותיו' (ישעיהו נה, ז). וכן יתנחם על שעבר, שנאמר: 'כי אחרי שובי נחמתי' (ירמיהו לא, יח), ויעיד עליו יודע תעלומות שלא ישוב לזה החטא לעולם, שנאמר: 'ולא נאמר עוד אלהינו למעשה ידינו' (הושע יד, ד). וצריך להתודות בשפתיו ולומר עניינות אלו שגמר בלבו".²⁷⁰

כלומר, לגישת הרמב"ם, קיימים מספר מאפיינים הדרושים לתשובה כדי שזו תהיה מלאה: ישנו צורך בזניחת חטא העבר, אשר מבטאת בגיבוש החלטה שהדבר לא ייעשה בשנית, וכן התשובה מוגדרת בתור תהליך פנימי של השלמה עם אי השיבה לחטא. לבסוף, תהליך זה עולה כדי גיבוש וידוי ואמירה בקול של עמדה זו, ונחתם בקבלה לעתיד של התשובה בתור דרך החיים החדשה. השילוב של גורמים אלו מוביל לכך שהגדרת התשובה לפי הרמב"ם מאופיינת בשינוי הפנימי שעובר האדם, ואת הדגש שאיננו אותו האדם שהיה בעת ביצוע העוול. מדובר, אפוא, על עמדה שמעמידה במרכזה את רצון העבריין עצמו.²⁷¹

268 נחום רקובר **תקנת השבת – מעדי של עבריין שריצה את עונשו** 27 (2007). (להלן: "רקובר").

269 יצחק איזק ואלכס קליין "הלכות תשובה לרמב"ם" **מכלול** י (1995).

270 רמב"ם, הלכות תשובה, פרק ב הלכה ב' (להלן: "הלכות תשובה").

271 רקובר, ה"ש 268 לעיל, בעמ' 32.

עמדה זו, השמה את העברין במרכז, מאפשרת לו להיות סוכן השינוי ביחס החברתי אליו. עם זאת, לאחר שביצע את התשובה הוא מעמיד לחברה שסביבו, הלכה למעשה, מספר חובות פוזיטיביות, אשר מקצתן תובאנה בעמודים הבאים, במטרה לקבל אותו ולטשטש את הסטיגמה המוטלת עליו. רציונל זה נתפס כחברתי וראשון במעלה.

חשיבותו של השינוי העצמי ליצירת התשובה מבטאת באופן מאלף על ידי הרב סולובייצ'יק, אשר מתבונן על התשובה בתור "הפקעת הזהות הפסיכית עם ה'אנוכי' שמקודם ויצירת 'אנוכי' חדש, בעל תודעה חדשה, רוח ולב חדשים".²⁷² כלומר, גם הרב סולובייצ'יק מעניק משנה חשיבות לתהליך השינוי הפנימי שעבר האדם, היותו אנושי ובעל כמיהות ומאווים חדשים.

בכך, התשובה פותחת לאותו סובייקט חדש את האפשרות לקדם את שאיפותיו אלו, מבלי שמעשי העבר שלו עומדים לו לרועץ. כאן, המיקוד בתשובה צופה פני עתיד וממוקד בעיקרו בתוצאת התשובה והיא האני החדש. אין זה מפליא, אם כך, שלאחר התשובה נפתחים צוהרים חדשים בפניו, שכן אין הוא אותו אדם שהיה קודם לכן, ואין עליו להיות מושא לסנקציות חברתיות על כך. למעשה, יש המציעים גם שדרוג מעמדו של בעל התשובה לאחר מותו,²⁷³ ובפרט כי בעלי התשובה הגמורים זכאים להגעה לבינה העליונה – מעלה שגבוהה מזו של הצדיקים.²⁷⁴ תפיסה זו מעוגנת למשל באמירה התלמודית "מקום שבעלי תשובה עומדים, צדיקים גמורים אינם יכולים לעמוד".²⁷⁵

עמדה מיסטית וטרנסנדנטית ביחס לתשובה מובאת ביתר פירוט בספר הזוהר בתור פרקטיקה המטהרת את האדם מחטאיו ומאפשרת לו להתחבר למעמקי ההווה האלוהית. התשובה מובאת בתור מרחב מזמין הנובע מן הנטייה הטבעית של האל לאהוב את בניו ולאפשר לו להמתיק את הדין ולא לחרוץ אותו, ונתפשת כביטוי של המאווים המעמיקים ביותר של האדם.²⁷⁶ עמדה זו מתוארת בצורה יפה כל כך:

"ממעמקים קראתיך ה' – מקום גנוז הוא למעלה, והוא עמק הבאר, ומזה יוצאים נחלים ומעינות לכל עבר, ואותו עמק העמקים נקרא תשובה. ומי שרוצה לשוב ולהטהר מחטאיו – מהעמק הזה הוא צריך לקרא לקדוש ברוך הוא. זהו שכתוב ממעמקים קראתיך ה'. למדנו, בשעה שהיה אדם חוטא לפני רבונו ומקריב קרבנו על המזבח, והכהן מכפר עליו ומבקש בקשתו עליו, מתעוררים רחמים, והדינים מתבשמים, והתשובה מריקה ברכות במעינות ששופעים ויוצאים, וכל המאורות מתברכים כאחד, והאדם נטהר מחטאו".²⁷⁷ [ההדגשות של המחברים]

בעוד העמדות שהובאו לעיל מייחסות הגדרה מעמיקה לתשובה, הדורשת שינוי יסודי בדפוסיו של אדם ולמעשה מכוננת דלת אמות חדשות של סובייקט, יש במקורות היהודיים עמדות מקלות יותר ביחס להגדרת התשובה. אלו משוות את עיקר החשיבות לפוטנציאל התשובה, כלומר, עצם המחשבה על התשובה יכולה להוות בעצמה אמתלה טובה דיה למחילה.

למשל, ביחס לדיני האישות נאמר שאפילו רשע גמור – מקודשת, שמא הררה תשובה בדעתו.²⁷⁸ היקש מדינים אלו נעשה ביחס לתקנת השבים בהמשך בקביעת הר' צדוק הכהן, שאמר: "עיקר התשובה היא בהרהור בלב בלב".²⁷⁹ עמדה מקלה

272 יוסף דב הלוי סולובייצ'יק, איש ההלכה – גלוי ונסתר 92 (1972).

273 למשל, מחשבתו של הרמז"ל ביחס לתשובה קשורה במעמד לאחר המוות של בעלי התשובה, כאשר סבר ש"המעלה החמישי" היא מעלת בעלי תשובה אשר שברו דלתות נחושת ושבו לקונם בתשובה שלימה כראוי". ראו רמז"ל, סדר גן העדן, 84-83.

274 הלל בן-ששון "מושגי התשובה בספר הזוהר" **מחקרי ירושלים במחשבת ישראל** כ"ו 97, 111 (2021). (להלן: "בן ששון").

275 בבלי, ברכות לד, ע"ב.

276 ביטי רואי "ממעמקי האדם ובחזרה: התשובה, לפי הזוהר" **על דעת הקהל** (22.9.22).

<https://heb.hartman.org.il/tshuva-zohar-biti-roi>

277 זוהר, ע"א.

278 בבלי, קידושין, מט ע"ב.

279 צדוק הכהן מלובלין, תקנות השבין, סימן ט'.

זו מתמרצת את האדם להגיע לתשובה, מתוך התפיסה לפיה מדובר באחת המעלות הגדולות שהעניק האל לחיי האדם הגשמיים, והיכולת לקבל תשובה מהווה חסד, שכן האל מקל עם האדם ובוחן אותו לחיוב ולא לשלילה. הרי אם הדבר לא היה כך, מן הרגע שהאדם ביצע מעשה רע, דבר שאינהרנטי לחיים האנושיים, ואין הוא יכול לבצע תשובה, מה יעניק לו את התקווה והרצון להשתפר ולחיות מעתה חיים טובים יותר?

עם זאת, יש מקום להבדיל בין המקומות השונים בהם רוככה דרישת התשובה כדי הרהור תשובה בלבד, לבין כאלו הדורשים הכרה בחזרה של אדם לכשירות משפטית (למשל, לשמש בתור עד אמין). כך למשל, בכל הנוגע לגזלן, ככל שהוא השיב את הגזלה, הוא מוגדר כצדיק ביחס להכשרת עדותו.²⁸⁰ המשמעות הישירה של דיון זה הוא שדרוש היבט מעשי יותר המוכיח את נטישת החטא, כדי שיהיו לכך נפקויות הלכתיות-משפטיות. כך, בעוד לפי קריאות מאוחרות של הרמב"ם גם תשובה ללא וידוי מספיקה,²⁸¹ ישנו צורך בדבר מה נוסף אשר בא לידי ביטוי בפן המעשי ביחס למי שנבחנת כשירותו המשפטית.²⁸²

1.2. השפעת התשובה

ביטוי נוסף לכוחה ולעוצמתה של התשובה מצוי בתלמוד הירושלמי, בו דנו בסוגיה "חוטא מהו עונשו? אמרו להם 'חטאים תרדף רעה' (משלי יג, כב). שאלו לנבואה, חוטא מהו עונשו? אמרה להן 'הנפש החוטאת היא תמות' (יחזקאל יח, ד). שאלו לקודשא בריך הוא, חוטא מהו עונשו? אמר להן יעשו תשובה ויתכפר לו, היינו דכתיב 'על כן יורה חטאים בדרכ' (תהלים כה, ח) - יורה לחטאים דרך לעשות תשובה".²⁸³ לשון אחרת, בעוד שהציפייה המקובלת הייתה כי עונשו של חוטא הוא מוות, התשובה מכפרת על כך. הניגוד החזק בין הנפש החוטאת שתומת ובין הנפש שמתכפר לה, מעיד על ההשפעה האדירה של התשובה.

גם האגדה הנוגעת לרצח המקראי הראשון – רצח קין על ידי אחיו הבל והעונש המקראי שניתן לו, להיות מסומן באות ולנוד ולנוע לאורך הארץ דנה בכוחה של התשובה: "פגע בו [בקין] אדם הראשון, אמר לו: מה נעשה בדינך? אמר לו: עשיתי תשובה ונתפשרתי, התחיל אדם הראשון מטפח על פניו. אמר: כך היא כחה של תשובה, ואני לא הייתי יודע?! מיד עמד אדם הראשון ואמר: מזמור שיר ליום השבת".²⁸⁴ כלומר, בניסיון לקבוע את גדריה של התשובה – ככזו שמשנה כליל את מעמדו המוסרי של המעוול, שמגדיל ומקדש את מעשי האל. ככזה, מודגש הקשר שבין כוחה של הסליחה ועליונותו המוסרית של האל, כך שאנו מודים לאל על עצם התשובה.

באופן דומה, ובהקשר אחר, גדריה הרחבים (מאוד) של התשובה מתוארים בתלמוד הירושלמי ככאלו שלפיהם "אין כל דבר עומד בפני בעלי תשובה".²⁸⁵ מעמד עליון זה שניתן לתשובה ממשיך ומהווה יסוד איתן לחזור בה ולהיטיב את חייו של אדם, ואכן, מצוי כוח רב בידי מי שעושה כן. בכך, ניתן לראות ביטוי ליסוד הפוזיטיבי החזק העומד בבסיס התשובה והוא כוחה המאחה והמאחד של התשובה – המעניקה חוסן לבעליה.²⁸⁶

280 רקובר, ה"ש 268 לעיל, 347.

281 ראו: יצחק מווינה, אור זרוע, א, קי"ב.

282 לשם הדוגמה, מי שהיה מלווה בריבית לישראל נדרש להימנע מלהמשיך להלוות כלל בריבית – לרבות לגויים, וזאת על כף שהדבר מותר מבחינה הלכתית.

283 ירושלמי, מכות, ב, ו.

284 בראשית רבה, כב, יג.

285 ירושלמי, פאה א, א.

286 בן ששון, ה"ש 273 לעיל, 107.

אם כן, היכולת לפתוח את הדף החדש היא הכרחית לקיומו של אדם בהיותו אדם.²⁸⁷ ביחס להשתרשות המושג בחיים היהודיים, לפיהם החטא משול לחוב שהולך ומצטבר בחייו של החוטא,²⁸⁸ התשובה נתפסת ככזו שמאפשרת למחוק את החוב, כדבריו של ר' יוחנן: "גדולה תשובה שמקרעת גזר דינו של אדם".²⁸⁹ תפיסה זו, המעניקה קונקרטיזציה לתפיסת החטא והתשובה המשולה כחוב, מאפשרת גם להבין באופן טוב יותר את היכולת למחול עליו ולשכוח ממנו – שכן לאחר שהחוב נמחל או גזר הדין נקרע, אין מקום עוד לזכור אותו.

עם זאת, אין הסליחה והתשובה מוגבלות ליום הכיפור כמובן. ואת התפיסה המקלה ביחס לתשובה, הרואה בהרהור התשובה כמאפשר מחילה על חטאים, הופיעה גם במשנתו של הרב אברהם יצחק הכהן קוק, אשר ראה את התשובה בתור "החלק היותר גדול בתורה ובחיים, עליה בנויות כל התקוות האישיות והציבוריות". ואכן, גם הוא בחן את היבט הרהור התשובה וראה את החובה הזו כ"קלה שבקלות שהרי הרהור תשובה הוא כבר תשובה".²⁹⁰ תפיסה אחרת לעניין זה מצויה בספר הזוהר, בו מצב של הרהור על תשובה שלא זכה להשלמה איננו מספיק,²⁹¹ ואף מחודד הצורך בווידי מעמיק מול האל.

המהלך שמבוטא בדבריו של הרב קוק מנכיח כבר בשלב זה את מעמדה וחשיבותה של התשובה בחיים הציבוריים – כאשר זו מבטאת את התמריץ שהיא נותנת לאדם, כחלק מהיותו בקהילה, להגיע לתשובה כדי להמשיך בחייו הקהילתיים. לא בכדי הרב קוק משווה לתשובה מעמד של אבן יסוד במארג החיים הציבוריים של אדם, שכן היא מאפיין אינטגרלי של סובייקט בחברה, ומוטב להרחיב כמה שניתן את הדרכים להשיגה. התפיסה הקהילתית-חברתית הרחבה יותר של התשובה מבוטאת בגמרא ביצירת קשר בין התשובה לגאולה, שנאמר "תשובה שמקרבת את הגאולה".²⁹² - עמדה שהשתרשה גם בזוהר, בו דרשו כי השפעתה של הגאולה מקרבת את העם אל האל ויכולה להוביל לסיום הגלות.²⁹³

אמנם, גם אם התשובה היא תהליך שמצוי מיניה וביה בעולמו הפנימי של העבריין, אין הדבר אומר שעל החברה להותיר זאת לעבריין גרידא; לאורך השנים הותקנו תקנות רבות שתפקידן לעודד ולייצר מערכת תמריצים ענפה לקבלת התשובה. כך, למשל, נומקה תקנת התפילה שבלחש, כדי למנוע את הסנקציה של ביוש כלפי עברייני הקהילה ומתן אפשרות כנה לתשובה: "מפני מה תקנו תפלה בלחש? כדי שלא לבייש את עוברי עבירה, שהרי לא חלק הכתוב מקום בין חטאת לעולה. לא תימא גנותו אלא אימא צערו, כדתניא (ויקרא יג, מה) וטמא טמא יקרא".²⁹⁴

1.3. השפעות מוסדיות על עבריינים בעלי תשובה

במקרא ניתן למצוא פסוקים רבים הדנים בצורך בקירוב עבריינים, כמו למשל "שובו בנים שובבים",²⁹⁵ אשר נתפרש לאורך השנים בתור טעם חיזוק לקירוב עבריינים לעבר תשובה, למשל בהתייחסות "שובו בנים שובבים דמייקרא שובבים אתם וכתוב ארפא משובותיכם לא קשיא כאן מאהבה כאן מיראה".²⁹⁶ הפסוק מפורש כך שלכתחילה החטא נעשה כמעשה שובבות

287 כפי שכתב המשורר משה אבן עזרא (שמאופיין בכתיבת פיוטי סליחה רבים) בפיוטו "קמתי באשמורת", על עת הסליחות בשנה היהודית, שמצויה בעיקרה בעשרת ימי התשובה, בהם מצופה לבקשת סליחה ומחילה על עוונות השנה, אשר נמחלים לבסוף מדי שנה ביום הכיפורים, "קמתי באשמורת לבקש על עוני / ונפשי שחרחרת מפני רב זדוני". נפשו של האדם שחורה מרוב חטאי השנה שלו, והקימה לסליחות תאפשר לו לטהר את נפשו מאותן העוולות. ראו: משה אבן עזרא, שירי קודש, רל"ח <https://benyehuda.org/author/170>.

288 G.A. Anderson, Sin: A History 3-4 (2009).

289 בבלי, ראש השנה, יז, ע"ב; להרחבה ר' בן ששון, ה"ש 273 לעיל, 108.

290 הרב קוק, אורות התשובה, מבוא (1924). (להלן: "אורות התשובה").

291 זוהר ב, קנ, ע"א-ע"ב.

292 בבלי, יומא פו ב.

293 זוהר, ג, כב, ע"א בן ששון, 113.

294 בבלי, סוטה, לב ב.

295 ירמיהו, ג, 22.

296 בבלי, יומא, פו, א.

– ולכן לא היווה חטא; כאשר מדובר על תשובה מאהבה החטא נמחק אפוא כליל, אך הוא עדיין ייזכר כאשר מדובר בתשובה מיראה.

כלל בעל משמעות דומה הוא "חטא ישראל" [אך על פי שחטא – ישראל הוא]²⁹⁷, דהיינו, העם ממשיך לשאת את קדושתו חרף חטאיו. אך שהאמירה היא, על פניו, אמירה קולקטיבית, היא מורחבת גם על היחיד גם אם עבירותיו חוזרות והכלל הופך לכלל הלכתי נורמטיבי, שמוחל על עוברי עבירה על מנת להכשיר את פעולותיהם המשפטיות.²⁹⁸ בהקשרו הרחב יותר, כלל זה מותיר את העבריינים והסוררים כחלק מן המעגל הקולקטיבי והלאומי, ומותיר "את הדלת פתוחה" לכפרה בהמשך. כדי להשלים את התמונה, ישנו גם הכלל "בין כך ובין כך קרויים בנים".²⁹⁹ לפי כלל זה, ישראל נקראים בנים למקום גם אם הם עוברי עבירה.³⁰⁰ מסיבה זו, גם כאן אנו מובלים לאותה המסקנה לפיה גם העבריינים אינם מוקעים מן החברה אלא נותרים בה.³⁰¹

אמירה נוספת, המשובצת בתפילת הנעילה, "אַתָּה נוֹתֵן יָד לַפֹּשְׁעִים. וְיִמְיִינְךָ פְּשׁוּטָה לְקַבֵּל שָׁבִים", מחזקת גם היא את המגמה לפיה האל מוכן לקבל אליו את השבים ואוזנו כרויה לכל תשובה כנה. מעמד יום הכיפורים מדגים זאת היטב, כפי שניתן לראות לנוכח המעמד הליטורגי של טקסט זה – הנאמר על ידי כל מתפלל במהלך הכיפורים. הבנה עמוקה זו מראה גם היא את מושרשותו של רעיון זה.

דרך נוספת להגנה ומתן אפשרות השתקמות לעבריינים מובאת מכוח איסור גילוי עברו של עבריין מכוח לשון הרע, אשר מוגדרים באופן רחב וכוללים כל דבר שעלול להזיק לחבר, ואף להסב לו צער.³⁰² חוזקו של איסור זה גובר אף על ערך כיבוד הורים, לפי החפץ חיים, הקובע כי גם אם מבקשים ההורים ש"יספר להם עניין פלוני ופלוני, והוא יודע שבתוך הסיפור יוכרח לבוא לידי לשון הרע... אסור לשמוע להם".³⁰³ לשון חריפה אף יותר, המדגימה ומחדדת את החשיבות של איסור זה (בכלליות), חוזרת בדברים "נוח לו לאדם שיפיל עצמו לכבשן האש ואל ילבין פני חברו ברבים".³⁰⁴

איסור זה הוא, הלכה למעשה, רחב יותר וכולל אף איסור להזכיר לעבריין עצמו את עברו, שכן הדבר סותר את עיקרון "לא תונו איש את עמיתו",³⁰⁵ אשר פורש על ידי הרמב"ם ככזה שמתבטא גם כאשר מזכירים לבעל תשובה את מעשי העבר שלו, בבחינת "לא יאמר לו זכור מעשיך הראשונים".³⁰⁶ איסור זה, לשיטתו של רבנו גרשום, מובילה לעונש של ממש – נידוי.³⁰⁷

שתי הדרכים הללו והרציונלים העומדים מאחוריהן – איסור הדיבור כמשיב בעל התשובה אל חטאו או מעשי העבר שלו – מהווים בסיס איתן לזכות להישכח, לשיטתנו, משום שהם מדגישים את חשיבות אי-הזכרת המידע כחלק מן המהלך השיקומי המגיע לבעלי התשובה במסגרת התהליך שהם עוברים. האיסור המובנה כל כך בדבר מעשים ראשונים ולשון הרע, מאפשר לאדם לייצר חיץ בין ההווה לעבר ומהווה רשת הגנה רחבה יחסית בעניין זה.

297 בבלי, סנהדרין, מד, ע"א.

298 יצחק ברנד מיהו חילוני? קריאות הלכתיות 58-61 (2012). (להלן: "ברנד").

299 אבות דר' נתן, נוסחא א, פרק לט.

300 משנה, אבות, ג, יד.

301 ברנד, ה"ש 298 לעיל, 71-76.

302 רמב"ם, הלכות דעת, ז, ג. ראו: רקובר, ה"ש 268 לעיל, בעמ' 89.

303 חפץ חיים, הלכות איסורי לשון הרע, א, ה.

304 בבלי, בבא מציעא, נט, א.

305 ויקרא, כה, 14. ראו רקובר, ה"ש 268 לעיל, בעמ' 93.

306 רמב"ם, הלכות מכירה, יד, יג-יד.

307 רקובר, ה"ש 268 לעיל, בעמ' 100-104.

ביסוס נוסף ניתן למצוא בספרי משלי, בו מופיע הפסוק "לא יבזוז לגנב כי יגנוב למלא כפשו כי ירעב",³⁰⁸ שמגנה את הסנקציות חברתיות המוטלות על גנבים ופושעים כלל אשר מבצעים זאת מכורח. הרמב"ם פירש זאת כך: "וגם כן אינו ראוי להרחיק מחללי שבתות ולמאס אותם, אלא לקרבם ולזרזם בעשיית המצוות. וכבר פירשו ז"ל, שהפושע שפשע ברכונו, כשיבוא לבית הכנסת להתפלל - מקבלין אותו, ואין נוהגין בו מנהג בדיון".³⁰⁹ פירוש זה יוצק קריאה חברתית לפסוק, באופן שקורא להימנע מהרחקת העבריינים מבית הכנסת, שכן הדבר יהווה תמריץ שלילי לעשיית מצוות; למעשה, להיפך - היחס שהקהילה תעניק לעברייני תקרב אותו אל המצוות וזוהי המטרה המרכזית העומדת בבסיס יחס הקהילה אל פושעים. עמדה דומה עולה גם מהלכות התשובה של הרמב"ם, המדגיש כי "אל יגרמו לי חטאי למונעני מתשובה",³¹⁰ ובכך מציף את חשיבותה של התשובה בעבור כולם, וכי חטאי העבר אינם אמורים למנוע תשובה, אלא להיפך.³¹¹

במקרא ניתן לראות את העקרון היהודי הבסיסי של התשובה בתור עקרון רחב-היקף שאיננו חל על יהודים בלבד.³¹² לא בכדי נהוג לקרוא ביום הכיפורים את ספר יונה, שעיקר תכליתו עיסוק בתשובה על היבטיה השונים. אחד מסיפורי התשובה בספר יונה היא תשובתם של בני נינוה. בסיפור זה, האל מצווה על יונה ללכת אל נינוה, ויונה מתריע בפני באי העיר שהיא עתידה להיהרס. בתגובה, "יאמינו אנשי נינוה, באלהים; ויקראו-צום וילבשו שקים, מגדולם ועד-קטנם. ויגע הדבר, אל-מלך נינוה, ויקם מכסאו, ויעבר אדרתו מעליו; ויכס שק, וישב על-האפר".³¹³ כתוצאה מהתשובה הקולקטיבית שעשו בני נינוה, האל גמל להם על כך ש"שבו מדרךם הרעה; וינחם האלהים, על-הרעה אשר-דבר לעשות-להם--ולא עשה".³¹⁴

מעניין לראות שגם בסיפור המקראי, מי שהניע את הנביא להוביל את בני נינוה לתשובה היה האל עצמו, משל רצה שהם ישובו בתשובה כדי שלא יסבלו מחרון אפו, והעמיד בפניהם את האפשרות לתקן את מעשיהם טרם ייגזר העונש הבלתי-הפיך.³¹⁵ בגמרא חודד כי "לא שק ותענית גורמים אלא תשובה ומעשים טובים גורמים, שכן מצינו באנשי נינוה שלא נאמר בהם 'וירא האלהים את שקם ואת תעניתם' אלא (יונה ג, י) 'וירא האלהים את מעשיהם כי שבו מדרךם הרעה'".³¹⁶ עמדה זו, המחדדת את היחס החיובי של האל - לא אל הטקסים החיצוניים של התשובה,³¹⁷ לבישת השק, קריאת הצום והשיבה על האפר, אלא על השיבה מן הדרך הרעה - מדגימה לשיטתנו, את הממד **הפנימי** העומד בבסיס התשובה. מסיבה זו, לפי פירוש זה לא נדרשו בהכרח בני נינוה לאקטים החיצוניים של התשובה, אלא הספיקה החזרה ממעשיהם הרעים.

ניתן לאתר עמדה זו גם בדברי אברבנאל, שבפירושו לספר יונה ראה את מעשיהם של אנשי נינוה בתור כאלו שהפנימו את התשובה כעניין עקרוני ולא רק בביטוי הפשטני מן החוץ:

"[אנשי נינוה] קבלו הדברים להיותם **טובים וישרים מפאת עצמם**, ועל זה נאמר ויאמינו אנשי נינוה באלקים כי לא אמר שהאמינו ביונה ולא שקראו המלך ולא שדבר עמו בדבר הזה אבל שהאמינו באלקים שהיה בידו לעשות כל זה ושהוא **אוהב**

308 משלי ו, 30.

309 רמב"ם, אגרות השמד, ט"ז.

310 רמב"ם, הלכות תשובה ו הלכה ד.

311 לדיון על מערכת התמריצים ביחס לאזכור עברו של חוזר בתשובה, ראו: יצחק קיסטר "גישת היהדות לעברייני ולשיקומו" **הפרקליט** כה 481, 484-485 (1969).

312 רקובר, ה"ש 268 לעיל, בעמ' 38-39.

313 יונה, ג', 5-6.

314 שם, 10.

315 יש מי שסבור שהתשובה שניתנה להם איננה מלאה, אלא חזרה בלבד מחרון האף. בנימין אורבך "תשובת אנשי נינוה - חוצפה כלפי שמיא מהני" **מישרים** ד, 323, 326-327 (2005).

316 בבלי, תענית, טז, א.

317 הדבר שנוי במחלוקת פרשנית, במיוחד לנוכח העמדה הנגדית המובאת בתלמוד הירושלמי, תענית ב, א. ראו למשל בנימין אורבך, ה"ש 513 לעיל.

את הישר ושוב את החמס והתעוררו מדברי יונה לעשות תשובתם".³¹⁸ (ההדגשה של המחברים)

סיפור זה, והשלכותיה של התשובה, נתנו אותות גם בפירושים הנוצריים הקדומים של הסיפור, כאשר דרשת אפרים הסורי פירשה את החזרה בתשובה של אנשי נינוה ככזו שבה "שמעו העשירים ופתחו את אוצרותיהם לעניים... שמעו המלווים ונדבו נדבות על ידי החזרת השטרות ולא הקפידו על תשלום החובות... הם היו שקועים בהתחרות אצילה כדי שכל אחד יזכה בנפשו... שולחן המלך ומשתה השרים בוטלו".³¹⁹

באשר לנפקיויותיה של התשובה, ניתן לראות בתלמוד גישות הרואות בתשובה כמאפשרת להפוך את עוולות העבר לזכויות, לאור התשובה. כפי שנאמר: "גדולה תשובה, שזדונות נעשות לו זכויות".³²⁰ אך יש המטעימים ומבקשים להחיל אמירה זו רק במצבים של תשובה מאהבה ולא תשובה מיראה.³²¹ עמדה זו תקפה על כל אדם באשר הוא, גם אם חטאיו חמורים מאוד, כך למשל סבור רבי שמעון בר יוחאי "אפילו רשע גמור כל ימיו, ועשה תשובה באחרונה – אין מזכירין לו שוב רשעו".³²² רקובר מפרש אמירה זו ככזו שתכליתה היא למנוע בושה והשפלה ממי שמתוודה על חטאו.³²³

בדומה לכך, קבע גם הרמב"ם ש"התשובה מכפרת על הכל",³²⁴ אך נעשית הבחנה בין שני סוגי כפרות – האחת נכפרת בשעתה והאחרת לאחר זמן מסוים, בהתאם לשוני בין העבירות. בדומה לעמדת הרמב"ם, גם עמדתו של הרב סולובייצ'יק היא שכאשר תכלית התשובה היא "ביעור מוחלט של הרע מקרב אישיותו של אדם... הזדונות נמחקות ונעשות שגגות" והנימוק לכך צפון בעובדה שהאל הוא זה ש"שיצר את האפשרות שמטומאה תיוולד טהרה".³²⁵ בכך, השניים תמימי דעים שבכוחה של התשובה להפוך את הרע לטוב, ומכאן שגם את זכרו; בהתאמה, לאחר התשובה (שהשניים רואים אותה באופן דומה) אין טעם חזק להותיר את זכר המעשה הרע.

יש מקום להבהיר שאין התשובה פוטרת מעונש במשפט העברי, כאשר הדבר היה מושא לחילוקי דעות רבים.³²⁶ עם זאת, אין זה המקום להרחיב על סוגיית העונש, משום שעיקרו של נייר זה מצוי בשאלת המחיקה, התשובה והזכות להישכח. זו איננה רלוונטית באופן ישיר לשאלת הענישה, שכן ללא קשר לענישה, הזכות והעקרונות הללו קמים ועומדים על תילם.

כמו כן, יש מקום לבחון כיצד ניתן להוכיח את קיומה של תשובה ותחת אילו נסיבות. כך למשל, רף גבוה מאוד של תשובה דרוש במצב של הימורים ("חזרה גמורה"),³²⁷ גישה המתקשרת לעמדה הנוקשה של הרמב"ם והרב סולובייצ'יק. עם זאת, בנסיבות אחרות יש מקום לבסס את מהימנות מניעיו של העבריין במטרה לראות אותו כבעל תשובה.³²⁸ לפי עמדת רבי יוסף קארו, הרף של תשובה רגילה תקף כלפי כל מי שלא ביצע עבירה של חמדת ממון.³²⁹

318 אברבנאל, על יונה, ג, ה.

319 מובא אצל אפרים א. אורבך "תשובת אנשי נינוה והוויכוח היהודי נוצרי" מחניים ל"ג (1958).

320 בבלי, יומא, פו, ע"ב.

321 רקובר, ה"ש 268 לעיל, 71-72 ובמיוחד ה"ש 133, בעמ' 136.

322 קידושין, מ, ע"ב.

323 רקובר, ה"ש 862 לעיל, בעמ' 111.

324 הלכות תשובה, פרק א הלכה ד'.

325 יוסף דב הלוי סולובייצ'יק, על התשובה 170 (1984).

326 רקובר, ה"ש 268 לעיל, בעמ' 49-76.

327 תוספתא, סנהדרין, ה, ב.

328 רקובר, ה"ש 268 לעיל, בעמ' 369.

329 בית יוסף, חושן משפט, לד, מג.

עם זאת, ישנם מספר חריגים לכלל התשובה, ובפרט כאשר מדובר על תפקידים בעלי אופי ציבורי מהותי,³³⁰ כמו נשיא הסנהדרין או בעל תפקיד אחר שנדרש לשמש דוגמה אישית לציבור הרחב.³³¹ ישנה מניעה להשיב את האדם לתפקידו הציבורי וככל שהשררה גבוהה יותר, דרושה רגישות גבוהה יותר באשר לתשובה ולחטאים שחזר בהם.³³²

1.4. ייצוג התשובה והכפרה בפיוט

הרב קוק ראה משנה חשיבות לתפקידה של השירה בכל הנוגע לתשובה באומרו: "רגשי התשובה בכל הוד יפעתם, בכל דכדוכי נפשם היותר עמוקים, מוכרחים להיגלות בספרות".³³³ לאורך שנים, רבה מאוד השירה ורבים הפיוטים שנכתבו על רגשות התשובה ותפקידה במסורת היהודית, והם מהווים עדות מרתקת לתפקיד התשובה כאבן יסוד של החברה היהודית.

הטקסט המכונן "כתר מלכות" לאבן גבירול, המושר במהלך יום הכיפורים, כולל את השורות הבאות: "אֱלֹהֵי יִדְעָתִי כִּי עֲוֹנוֹתִי רַבּוּ מִסֶּפֶר / וְאַשְׁמוֹתֵי עֲצָמוֹ מִלְּזָכָר, / אֶךְ אֶזְכֹּר מֵהֶם כְּטָפָה מִן הַיָּם / וְאַתְּנָדָה בָּהֶם – אוֹלֵי אֲשֻׁבִּים שְׁאוֹן גְּלִיהֶם וְדָכִים, / וְאַתָּה תִּשְׁמַע הַשְּׁמַיִם וְסִלְּחָתְּ".³³⁴ המהלך הווירטואוזי המובא בשורות אלו הוא תחילת הפער בין החטאים שעשה האדם לזיכרון שלו, אשר מגמד וממעט בכמות החטאים. כפי שהראינו, מקומו של הווידוי הוא קריטי בהליך התשובה ומאפשר לאדם, אשר זוכר את חטאיו משל היו טיפה אחת, בים מלא בחטאים, לרענן את זכרונו, ולזכור חטאים נוספים, את תנועתם והשפעתם, אשר מובאת בצורה כוללת – חובקת כל. רק בעקבות זאת, האל שומע את תשובתו המובאת בווידוי ומאפשרת את הסליחה על החטאים.

דוגמה נוספת היא הפסוק המאלף מספר ישעיהו "אל-תקצוף ה' עד-מאוד, ואל-לעד תזכור עוון",³³⁵ שהיווה את היסוד לפיוט בעל אותו השם, המופיעות בו השורות "אִם הִרְבִּינוּ פֶשַׁע וְעִבְרָה. ה' הִתְרַצָּה בְּעֵתִירָה". קריאה פשיטא של השורות הללו חוזרת על העקרון שהוצג קודם לכן, לפיו גם אם פשעיו וחטאיו של אדם היו רבים – על מנת לקבל את ריצוי האל, במועד זה כל שצריך לעשות הוא להגיע כדי תשובה וכפרה – שכן, הדבר שמרצה את האל, בעקבות התפיסה התאוסופית לפיה התשובה היא מן המעלות הגדולות שהאל נתן לאנושות, היא בקשת הסליחה (העתירה).

1.5. סיכום

לאורך שנים של מסורת עברית, מקורות מגוונים - החל במקרא, עבור בתלמוד ובגמרא ובהוגי ופרשני ימי הביניים, וכלה בפרשנים האחרונים - רואים במקומה של התשובה ככזו שמאפשרת לעברייני להשתקם ולמחות את חטאיו, פעולה שנתפסת בתור אנושית וטבעית כל כך.

השוני שמייצרת התשובה נתפס כמהותי, כזה המשנה את היחס לאדם מיסודו לאחר שביצע פשעים בעברו, בין אם הוא יהודי ובין אם לאו. המחלוקות לאורך השנים אינן על העקרונות הללו אלא על מידת תחולתם, למשל באשר לסף התשובה הנדרש – האם דרוש שינוי אישיותי של ממש או שמא "הרהור תשובה" מספיק? באופן דומה קמו מחלוקות ביחס לרף ההוכחה שיש לספק לה כדי להשתקם, כפועל יוצא של מטרת השיקום.

330 נחום רקובר "עובד ציבור שסרח וריצה את עונשו" פרשת השבוע ברוח המשפט 180 (2004).

331 רקובר, ה"ש 268 לעיל, בעמ' 490.

332 שם, 495.

333 הרב קוק, אורות התשובה, י"ז, ה.

334 שלמה אבן גבירול, כתר מלכות, לד <https://benyehuda.org/read/7116>

335 ישעיהו, סד, 8.

על כן, ישנם כמה משעולים בהם פסעו חכמי ישראל במטרה לייצר הסדרים הדומים לזכות להישכח, כאשר הדומיננטיים בהם מצויים **בדיני לשון הרע, באיסור "לא יאמר לו זכור מעשיך הראשונים", באיסורים השונים על הרחקת העברייין מהקהילה אלא קירובו אליה, וכן בעקרון "אין מזכירין שוב רשעו"**. לפיכך, אין הצדקה לנדות או לספק מידע על עוונות העבר של העברייין - נהפוך הוא, הדבר נתפס באופן מגונה, כאשר מוטלים איסורים של ממש על כך במרבית המקרים.

הרציונל העיקרי לכך הוא שהמשפט העברי מעניק חשיבות עליונה ביצירת תמריצים לשיקום ורואה בקירוב עבריינים פעולה טבעית, הטבועה בכל עקרונות המשפט העברי, וביטוי מיוחד לכך ניתן ביום הכיפורים. בה בעת, מוכרים חריגים לעניין זה, המגבילים את תחולת העקרונות לתפקידי שררה גבוהים.

מערכת האיזונים המוצעת במשפט העברי ביחס לעבר של עברייין מוכרת לנו מההסדרים המקובלים בעולם, התופסים את הזכות להישכח בתור זכות יחסית – שיש מקום לאזן אותה עם אינטרסים נוספים כמו אינטרסים ציבוריים. כך, למשל, מידע שכנראה מחיקתו הייתה מאושרת אודות פלוני לא תאושר אם מדובר באיש ציבור, שכן האינטרס הציבורי לדעת על "מעשים ראשונים" אלו גובר על יכולתו להשתקם.

עם זאת, כמובן שיש נקודות שוני בין הסדרי הזכות להישכח להסדר העברי, שכן הזכות להישכח איננה דורשת תשובה מהותית, אלא לרוב מוצדקת באמצעות מסד תאורטי שונה, אשר בעיקרו קשור בזכות לפרטיות ולכן עיקר הדגש מושם על חזרה מהסכמה. בהקשר הישראלי, ברי שהא בהא תליא משום שההסדר העיקרי בו מוכרת הזכות להישכח כיום הוא דיני לשון הרע, ואחד מהמגננונים העיקריים של המשפט העברי להגנה על עבריינים בעלי תשובה היא דיני לשון הרע – האוסרים על חשיפת מידע מהעבר של עברייין, גם אם הוא אמת.

טבלה מסכמת - הגנות ורציונלים מכוח המשפט העברי לזכות להישכח

הגנה מכוח המשפט העברי	ערך ביחס לזכות להישכח
דיני לשון הרע	כאשר ביטוי על העבר מהווה לשון הרע, ישנה הצדקה לפעול להסרת הביטוי. מדובר על איסור חזק שגובר על איסורים אחרים. רציונלים דומים מיושמים במשפט הישראלי המודרני כיום.
"לא תונו איש את עמיתו"	פורש כי איסור על הזכרת מעשים ראשונים, כאשר הדבר עולה ממש בבחינת הונאה. דמיון לעיקרון לפיו ניתן למחוק מידע לא מדויק שלא משקף את ההווה.
איסורים על הרחקת עברייין מהקהילה	רציונל שיקומי, לפיו יש מקום לאפשר לאדם לפתוח "דף חדש", אשר יוביל לקירובו המחודש לקהילה.
"אין מזכירין שוב רשעו"	עידוד הווידי על החטא, מצדיק אי-נבירה במעשי העבר כחלק מהמהלך השיקומי ביחס לביטויי העבר.

2. המצב הקיים במשפט ישראלי – הזכות להישכח

הזכות להישכח חשובה עבור אדם שמעוניין "להתחיל מחדש", להתמודד עם טראומות עבר, או פשוט לשמור על אנונימיות מסוימת, אפילו בעידן הדיגיטלי. הזכות חשובה במיוחד עבור קטינים, אשר נחשפים באופן לא-מבוקר ברשתות ולעיתים נופלים קורבן לבריונות ברשת. בנוסף, הזכות להישכח מהווה כלי נוסף להתמודדות עם פרסום שגוי או כזה הפוגע בשם טוב, אשר חשיבותו נובעת מכך שבעידן הדיגיטלי יכולה להיות הפצה במקביל או הדווד מחדש של תוכן מעוול. ועדיין, נכון להיום, הזכות אינה מעוגנת בישראל.³³⁶

תת-פרק זה יחולק לשני חלקים מרכזיים: הראשון הוא סקירת החקיקה הישראלית ביחס לזכות להישכח וההסדרים הקיימים כיום בדיון, ובשני נעמוד על התפתחויות ביחס לזכות להישכח בפסיקה הישראלית. בשונה מניתוחים שנעשו עד כה בספרות על הזכות בישראל, חלק זה יציע טיפולוגיה של הזכות לנוכח פסיקות של בית המשפט העליון.

כפי שנתאר להלן, בתי המשפט בישראל מתייחסים מעת לעת לזכות להישכח, במקרים פרטניים.³³⁷ ועדיין, לא ברור אם בעתיד יחליט בית המשפט העליון להכיר בזכות להישכח רחבה יותר מאשר סעד המחיקה אותו הוא מעניק מכוח דיני לשון הרע, ואם כן – ביחס לאילו מקרים. כפי שנראה במסגרת פרק זה, היעדר בסיס תאורטי מספק כיום עלול להוביל להכרה שאינה סדורה, וכזו החורגת מן המודל המקובל למימוש הזכות.

במובן רחב יותר, ובדומה לכל שיטת משפט מקובל המתפתחת לנוכח תקדימים, בתי המשפט יכולים לקדם את ההכרה בזכות, עקב בצד אגודל, אך ביכולתם לעשות זאת בכפוף לתביעות או עתירות אשר מוגשות בפניהם. מכאן, ישנו קושי אינהרנטי בפיתוח שיפוט תאורטי מקיף של הזכות. בנוסף, מגבלה נוספת של פיתוח זכויות דרך פסיקת בתי המשפט היא שיצירה של הסדר פסיקתי אינה זוכה תמיד לפרסום נרחב, ומכאן פרטים בחברה מוגבלים ביכולתם להתעדכן בדבר קיומם של הסדרים משמעותיים למימוש זכויות יסוד. בהתאם, חשוב כי הזכות להישכח תעוגן בחקיקה מוסדרת, עם גבולות ברורים ועם מנגנון יישום נוח, לא יקר ונגיש לאזרח.

2.1. סקירת חקיקה

ככלל, החקיקה הישראלית נעדרת קודיפיקציה מקיפה של הזכות להישכח באופן נגיש, יעיל ורווח למרבית אזרחי ישראל, חרף מספר ניסיונות עבור לעשות כן.³³⁸ בניגוד למדינות רבות בעולם.³³⁹ ואולם, הדין הקיים (בבחירת הכלל היוצא מן הכלל) מכיר בסעד המרכזי הניתן מכוח זכות להישכח, סעד המחיקה, במספר הקשרים מצומצמים.

336 ראו למשל: מיכאל בירנהק "פרטיות: תמונת מצב" משפט, חברה ותרבות ב 9 (2019); מיכל לביא "ביוש לנצח?" משפטים מט 439 (2019). לאחרונה, הציע משרד המשפטים תקנות הגנת פרטיות חדשות אשר מבקשות לקדם אישור בדבר תאימות דיני ההגנה על הפרטיות, בהקשר של מידע אישי, להגנות המשפטיות החלות באיחוד האירופי. ככל שלא תוכר התאימות, עלולה להיווצר בעיה עבור חברות ישראליות לפעול בשוק האירופי. אמנם, תקנות אלו מבקשות לעגן לראשונה את הזכות להישכח, אבל הן עושות זאת רק ביחס לאזרחי האיחוד האירופי אשר נאסף מידע לגביהם בישראל.

337 Tamar Gidron & Uri Volovelsky, The Right to Be Forgotten: The Israeli Version 34(4) COMP. L. & SEC. REV. 824 (2018).

338 ראו למשל הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכות להישכח), התשע"ד-2014, פ/2648/19; הצעה זהה הוגשה ע"י ח"כ מרב בן ארי: הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכות להישכח) התשע"ז-2017, פ/3867/20; הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכות להישכח), התשע"ו-2016, פ/3066/20; הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכות להישכח), התש"ף-2020, פ/54/23.

339 ראו למשל בירנהק ולביא בה"ש 336 לעיל.

(א) חוק הגנת הפרטיות

ההסדר הראשון המכיר בזכותו של נושא מידע למחיקה ממאגר מידע מצוי בס' 14(א) לחוק הגנת הפרטיות, שמעניק את הזכות אם המידע במאגר המידע איננו נכון, שלם, ברור או מעודכן.³⁴⁰ בכך, ניתן למעשה לראות בסיס מסוים לקיומה של הזכות להישכח, שאינו טראומות עבר אלא טעות בעובדות וייצוג לא מדויק של מידע במרשם.

יש להוסיף שהיישום של הסעיף מצומצם למדי, אף שמדובר על הצדקה שיכולה אכן להוות בסיס משפטי לבקשת מחיקה, ולא הגיע בפניו בתי המשפט לדיון עקרוני ביחס לרציונלים ולפרקטיקה הנוגעים לזכות המחיקה של נושא מידע. הניסיונות המעטים לעשות כן לא צלחו את שבטו של בית המשפט בהצלחה יתרה - למשל, בעבר נדחתה בקשה למחוק רישומי שיחות טלפון הנאגרים אצל הספק.³⁴¹ הדיון המועט בפסיקה הבהיר כי הזכות איננה עומדת לתאגידים,³⁴² וכי ההסדר פוגע באיכות המידע המצוי בידי חברה עסקית, כמו גם ביכולת להתמודד עם טענות עתידיות ולקיים בקרה פנימית (שיקולים אלו יכולים להוביל למנוע סעד של מחיקה).³⁴³

(ב) תקנת השבים

הזכות להישכח, או לכל הפחות סעד המחיקה, הוכרו חלקית בחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים.³⁴⁴ ס' 3(א) לחוק קובע שהמרשם הפלילי חסוי וכי לא יימסר ממנו מידע אלא לפי החוק. עם זאת, לכלל זה מספר חריגים. כך, למשל, ס' 4 מגדיר ארבעה גופים ביטחוניים שהמרשם פתוח בפניהם: המשטרה, שירות הביטחון הכללי, המשטרה הצבאית ומחלקת ביטחון שדה של צה"ל לצורך ביצוע חקירות ביטחוניות. בנוסף, ניתן לקבל גישה למרשם לצורך קבלת רישיון נהיגה ומינוי לתפקידים ציבוריים.

סעיפים 18-20 לחוק מגדירים את עקרונות התיישנות הרישום הפלילי. הדבר מתנהל ב"מדרגות" חומרה, כאשר תקופת ההתיישנות נגזרת מאורך העונש שנגזר. בנוסף לאלו, מאפשר הסדר זה את מחיקתו של המרשם לאחר עשר שנים מתום תקופת ההתיישנות של הרשעתו. סעיפים 21-23 לחוק מגדירים את מחיקת המידע הפלילי אשר ייעשה לאחר מספר שנים משתנה לאחר תום תקופת ההתיישנות, גם כאן תוך יישום עקרון המדרגות.

משמעות המחיקה היא כי "מי שנמחקה הרשעתו ייחשב לעניין כל דין כאילו לא הורשע". בהמשך נראה שהפסיקה הרחיבה כלל זה והעניקה לו משמעות גם במסגרת דיני לשון הרע, כך שמרגע המחיקה פרסום ההרשעה מפרסם המידע לא יוכל להתגונן בטענת "אמת דיברתי" (כל עוד העברין אינו מעוניין לכהן במשרה עם נגיעה לעבירה או כל חריג אחר לחוק).³⁴⁵ עם זאת, בדומה להסדרים החקיקתיים השונים בעולם, ס' 17 מחריג את תחולת הזכות להישכח מעבירות מסוימות (דוגמת עבירות שעונשן מאסר עולם).

העיקרון העומד ביסוד החוק הוא שאין לזכור לנצח לאדם את חטאו ועל מנת שהוא יוכל לפתוח דף חדש יש לאפשר לו להישכח, כחלק מעיקרון רחב יותר של שיקום פלילי. אורך הזיכרון הוא תלות של חומרת הפשעים שביצע העבריין - ככל שהפשע "קל" יותר, כך זמן המחילה שיידרש יהיה נמוך קצר.³⁴⁶ הנפקות לפיה מחיקת המידע מובילה להתייחסות אחרת

340 ס' 14(א) לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981.

341 ת"א (מחוזי ת"א) 1994-06 אמיר לירן, עו"ד נ' פלאפון תקשורת בע"מ (נבו 30.11.2010).

342 ע"א 86/89 מדינת ישראל נ' בנק הפועלים בע"מ, מד (2) 726, פס"כ 6 (1990).

343 ת"א (שלום ים) 24796-01-15 וסילי צוקנוב נ' בזק בינלאומי בע"מ, פס"כ 12 (נבו 09.07.2017).

344 חוק המידע הפלילי ותקנת השבים, תשע"ט-2019.

345 172/89 פלוני נ' הכתב - אלמוני ואח', פ"מ תשנ"ד (2) 408, 397 (1992) (להלן: "פרשת הכתב אלמוני"). ראו אורי שנהר דיני לשון הרע 63, 172 (1997). (להלן: "שנהר").

346 ראו שנהר, שם; רקובר, ה"ש 268 לעיל, בעמ' 603-609; נעם סולברג "משפט עברי לתועלת" מחקרי משפט לג 7, בעמ' 41-42 (תשפ"א);

מכוח הדין מרחיבה את המשמעות הפרקטית של המחיקה ומגדילה את יכולת השיקום של אדם.

עם זאת, בשל החשיפה הרבה של מידע בעידן הדיגיטלי, ובפרט באינטרנט (שם הפרסום עלול להישאר לנצח), נדרשים כלים משפטיים נוספים כדי למנוע מההסדר להפוך לאות מתה. זאת, כיוון שאין שיקומו של אדם עומד לו רק מול הממסד – שאינו יכול לשקול שיקולים הנוגעים להרשעתו – אלא גם מול הציבור, כאשר נגישות המידע באינטרנט מחבלת באופן ממשי ביכולת לעשות כן.

(ג) תקנות הגנת הפרטיות (תאימות)

הזכות להישכח הוכרה בס'3 לטיטוט תקנות הגנת הפרטיות, שנועדו להגביר את תאימות דיני הגנת הפרטיות הישראליים לאלו האירופיים.³⁴⁷ מדובר, אפוא, באליה וקוץ בה, משני טעמים. הטעם הראשון הוא שההסדר המוצע בתקנות הללו לזכות איננו תואם לזה האירופי והוא כולל מספר מגרעות; השני הוא שתחולת התקנות היא כלפי נושאי מידע אירופאים בלבד, ולכן איננה מהווה הסדר חקיקתי הנוגע לאזרחי ישראל.

לגופו של עניין, ההסדר שהוצע בתקנה 3(א) הוא שלנושא המידע זכות מחיקה תחת שתי עילות: (1) המידע נוצר, נתקבל, נצבר או נאסף בניגוד להוראות כל דין או שהמשך השימוש בו מנוגד להוראות הדין; (2) המידע אינו נחוץ עוד למטרות שלשמו נוצר, נתקבל, נצבר או נאסף. כחלק מאיזון בין השיקולים הרלוונטיים, מגדירה תקנה 3(ב) מספר עילות סירוב לבעל מאגר המידע: מימוש חופש הביטוי או זכות הציבור לדעת, מילוי חובה או סמכות חוקית, הגנה על אינטרס ציבורי, ניהול הליך משפטי, מניעת הונאות למיניהן וכן מימוש חובות של ממשלת ישראל.

דברי ההסבר מבהירים כי חריגים אלו כפופים לבחינות של נחיצות ומידתיות, וכי כל החלטה לסרב למחוק מידע חייבת להינתן רק לאחר שניתן משקל ראוי לשיקולים הרלוונטיים ונערך איזון ראוי ביניהם. אם מתקבלת בקשה, קמות שתי חובות לבעל מאגר המידע: ראשית, קמה חובת יידוע ביחס להחלטתו באשר למחיקה, כמעוגן בתקנה 3(ד). שנית, ככל שאחד מהחריגים איננו קם, על בעל מאגר המידע למחוק את המידע או לחילופין לפעול באמצעים סבירים למנוע את זיהוי האדם אשר התבקשה מחיקת המידע לגביו.

ואולם, ההסדר כולל מספר בעיות עיקריות: ההסדר המוגדר בתקנות המוצעות כולל שתי עילות מחיקה בלבד, וזאת לעומת ההסדר האירופי אשר כולל שש עילות מחיקה נפרדות. ההגדרה האירופית למידע רגיש, המופיעה בס'9 ל-GDPR, רחבה בהרבה מזו המופיעה בתקנה 7 לתקנות המוצעות, ואף ביחס אל ס'7 לחוק הגנת הפרטיות.³⁴⁸ למשל, בהתאם ל-GDPR מידע אישי כולל גם מידע ביומטרי או נטייה מינית, אך אלו אינם מפורטים בתקנות המוצעות. בהתאם, התקנות מייצרות מצב בו התנגדות על רקע מסוים תיחשב כחוקית לפי הדין הישראלי ולא לפי הדין האירופי, מה שעלול לייצר אי-תאימות נורמטיבית במובן של הגנה על מידע אישי.³⁴⁹

בנוסף, ההסדר האירופי מגדיר חובה לפעול באמצעים סבירים כדי למחוק לינקים וגם שכפולים של המידע שהאישי. לעומת זאת, הסדר זה לא הועבר לתקנות המוצעות, ובהתאם המסגרת אותה מבקשות להסדיר התקנות תייצר הגנה מוחלטת

חיים ויסמונסקי **חקירה במרחב הסייבר** 257-256 (2015). לפגיעה בזכות זו בעולם המקוון ראו: חיים ויסמונסקי "הפללה של התנכלות מקוונת" **משפט ועסקים** כג 345, בעמ' 361-362 (תשפ"א).

347 טיטוט תקנות הגנת הפרטיות (הוראות לעניין מידע שהועבר לישראל מהאזור הכלכלי האירופי), תשפ"ג-2022.

348 ס'7 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, מגדיר מידע רגיש כ"נתונים על אישיותו של אדם, צנעת אישיותו, מצב בריאותו, מצבו הכלכלי, דעותיו ואמונתו".

349 ניתן לראות פרשנות מרחיבה יחסית של הפסיקה בבית הדין העליון של האיחוד האירופי. בנוסף, בנסיבות מסוימות אלו, הדבר עלול להעיב על תהליך האיזון שעל בעל מאגר המידע לקיים, בשל הפערים החוקיים – דבר שיקשה וייקר את תהליך המחיקה. ראו: GC and Others v. Commission nationale de l'informatique et des libertés (2019).

ביחס לזו המוענקת בהסדר הקיים באיחוד האירופי.

לבסוף, פער אחרון נוגע למישור הסעד. תקנה 3(ג) לתקנות המוצעות מאפשרת לבעל מאגר המידע לבצע פעולות חלופיות למחיקה, דוגמת "פעולות המבטיחות שלא יתאפשר, באמצעים סבירים, לזהות את נושא המידע". לעומת זאת, ההסדר האירופי מחייב בפירוש מחיקה של המידע האישי, ולא הליכים אחרים דוגמת התממה. מדובר, אפוא, בפער משמעותי, משום שפעולה המונעת את זיהוי נושא המידע מאפשרת הלכה למעשה את המשך איסוף ואגירת המידע, דבר שלא עולה בקנה אחד עם התקנות ומטרתן.

בנוסף, ניתן למנוע בקלות זיהוי של נושא המידע,³⁵⁰ שכן ניתן להצליב מקורות מידע, גם אם אחד מהם אינו מספק בפני עצמו לשם זיהוי אדם, ולהביא לזיהוי בפועל. במילים אחרות, גם מידע אשר עלול להיתפס כשומר על אנונימיות עלול להפר מבחינה מהותית את הזכות לפרטיות של אדם.

(ד) חוק ניווד מידע בריאות

תזכיר החוק בנושא "ניוד מידע בריאות" מיועד להגביר את ההגנה של נושאי מידע במקרים של העברת וניוד המידע שלהם, תוך קביעה של תנאים מפורשים הנדרשים לביצוע פעולות אלו. אנו רואים בחוק התקדמות חשובה ומשמעותית ביחס לדיני ההסכמה מדעת וההגנות הניתנות בו למידע הרפואי חשובות. אנו מברכים גם על המשך המגמה, המותרת בידי המטופלים את הבחירה אם ובאיזה היקף יש לשתף מידע רפואי שלהם. עם זאת, זכות המחיקה, המוכרת בס' 6 לחוק המוצע, כוללת מספר בעיות מרכזיות.

כידוע, האפשרות למחוק את המידע היא קריטית, במיוחד כאשר עילת המחיקה מגיעה על רקע של הטעייה (שמשמעה כמובן הפרת עיקרון ההסכמה מדעת),³⁵¹ או הפרת עקרון צמידות המטרה המשלים את עקרון ההסכמה מדעת,³⁵² זאת כמובן לנוכח התועלת הכלכלית הגדולה שיש במידע מן הסוג הזה. סעיפים 6(ג) ו-6(ד) בחוק המוצע מייצרים משטר שונה ביחס למשמעות האופרטיבית של ביטול הרשאת הגישה בחוק.

כלומר, בעוד שס' 6(ג) מחייב את מקבל המידע לפעול בהתאם לסירוב "בהקדם האפשרי", ס' 6(ד) מטיל חובה נוקשה יותר כלפי מקבל המידע והיא לחדול באופן מיידי מאיסוף המידע, וכן תחול עליו החובה לעדכן באופן מיידי מקבלי מידע נוספים. אנו סבורים שאין הבדל בין שני המצבים, כאשר, על מקבל המידע לפעול במיידיות ולעדכן מקבלי מידע נוספים רק במצב של הסכמה על גישה מתמשכת.

בנוסף, ס' 28 מהווה ההסדר המשלים לזה שבס' 6 והוא מפרט את תנאיה של הרשאת גישה. ביחס לס' 28(ב)(3), איננו סבורים שיש מקום להותיר בידי מקבל המידע לקבוע מדיניות מחיקה פרטיקולרית, אלא תחת הקביעה הכללית בחוק לפיה ישנה חובת מחיקה בהקדם האפשרי.

לבסוף, ס' 28(ב)(4), המסדיר את ההסכמה מדעת, מצין שהצגת "זכותו של האדם לבטל את הרשאת הגישה, האופן שבו הוא יכול לבצע זאת והתוצאה של ביטול הרשאה" נתונה רק במצב של בקשת גישה מתמשכת, אך אנו סבורים שמידע זה אמור להיות מוצג לכלל נושאי המידע, במטרה להעניק להם תמונה רחבה ככל הניתן ביחס לזכויותיהם והאפשרות לחזור בהם מהסכמתם, ואין ההבחנה בין מתן גישה חד-פעמית או מתמשכת רלוונטית לעניין זה.

350 שרון ברזיו וטל זרסקי "פרטיות במשבר זהות: אסטרטגיות הסדרה בעידן ההתממה" **משפט, חברה ותרבות** ב' 125, 138 (מיכאל בירנהק עורך, 2019); רחל ארידור-הרשקוביץ ותהילה שוורץ-אלטשולר **אתגר הפרטיות בפרסום יזום של מאגרי מידע ממשלתיים** 44-41 (2017).

351 אלי הלם **דיני הגנת פרטיות** 46-45 (2003).

352 מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" **משפט וממשל** יא 9, 54 (2007).

2.2. יוזמות חקיקה

הצעת החקיקה הראשונה ביחס לזכות הוגשה בשנת 2014, והיא מאפשרת למי ש"רואה עצמו נפגע מפרסום מידע אישי" לפנות למפעיל מנוע חיפוש בבקשה להסיר מידע אישי הנמצא בחיפוש. אם סירב מפעיל מנוע החיפוש לבקשת ההסרה ניתן לפנות לבית המשפט, שיכול לחייב בהסרת התוכן אם מצא כי הבקשה מוצדקת בנסיבות העניין. השיקולים שעל בית המשפט לבחון הם מידת הפגיעה הנגרמת לפרט אל מול העניין הציבורי והנזק בהסרתו, בהתחשב, בין היתר, בזהותו של המבקש, אופיו ורגישותו של המידע.³⁵³

להצעה זו יש מספר בעיות שהועלו בהתנגדות החברה האזרחית ליוזמה,³⁵⁴ כאשר נסבר שאינה מאזנת כיאות בין זכותו של הפרט לחופש המידע וחופש הביטוי אל מול זכות פרטיות מורחבת שאינה קיימת במשפט הישראלי. עמדה זו איננה עולה בקנה אחד עם פסיקת בית המשפט העליון, לפיה הזכות לפרטיות תועדף על פני חופש הביטוי רק במצבים קיצוניים ביותר. יצירת הסטנדרט הסובייקטיבי יוביל לכך שההצעה עשויה אפוא לגרום להסרת כל ביקורת שלילית מהמרשתת מכיוון שנושא המידע "רואה עצמו נפגע". בכך, השיקולים המנחים את בתי המשפט עמומים ומייצרים אפקט מצנן ולא הכרחי לחופש הביטוי באופן שסותר את הנורמות ההגנה החוקתית.

נבקש להוסיף שההצעה עיוורת לכך שהסעד המוטל מושת על מתווכי התוכן בלבד, ואיננו מתייחס ליוצרי התוכן. לפיכך, היא מייצרת אנומליה כאשר ניתן לדרוש הסרה של קישור אל מידע אם אין עילה לדרוש את מחיקת המידע עצמו (למשל, אם הדבר מנוגד לפסיקה בכל הנוגע לסעד הסרה מכוח דיני לשון הרע, כפי שנפרט בהמשך). כמו כן, ניתן לעקוף את הצעת החוק בנקל מכיוון שאם יוסרו הקישורים ממנוע החיפוש של גוגל אירופה, ניתן יהיה למוצאם בגוגל ארצות הברית (בעיה זו נובעת גם מהתחולה הטריטוריאלית המוגבלת של הזכות באירופה).

יוזמה נוספת הייתה במסגרת תיקון 14 לחוק הגנת הפרטיות, שביקש לקדם קודיפיקציה של הזכות בישראל. על פי המוצע, ניתן יהיה לפנות לבעל שליטה במאגר מידע בהתקיים אחד משלוש אפשרויות: (1) המידע איננו נחוץ עוד למילוי המטרה שלשמה נאסף (הפרת עקרון צמידות המטרה ורלוונטיות); (2) נושא המידע חזר בו מהסכמתו לעיבוד מידע ולא מתקיימים התנאים המתירים את המשך עיבוד המידע (הפרת עקרון ההסכמה מדעת); (3) עיבוד המידע נעשה באופן לא חוקי.

התיקון לחוק, בדומה להסדר המרכזי בתחום מהאיחוד האירופי, מאפשר למקבלי ההחלטות לדחות את הבקשה משלושה טעמים: (א) מחיקת המידע תחשוף את מקבל הבקשה **לתביעות משפטיות** או **בזכות הציבור לדעת**; (ב) עיבוד המידע דרוש לשם **מילוי חובה חוקית**; (ג) מחיקת המידע תחשוף את מקבל הבקשה **לתביעות משפטיות** או תקשה עליו בביצוע המשימה לשמה אגר את הנתונים, שיש אינטרס ציבורי בביצועה. החוק גם מציב פרוצדורת מחיקה הדורשת סד של 14 יום בלבד, ואם החליט מקבל הבקשה לסרב עליו לנמק זאת. כמו כן, לראשונה החוק מציב סנקציה כלכלית של 50,000 ₪ ללא הוכחת נזק ו-100,000 ₪ כאשר הדבר נעשה בזדון.

מדובר במהלך נרחב יותר, שמגביר גם את התאימות של הדין הישראלי לזה האירופי, והוא למעשה ההבשלה של שני הליכי החקיקה הנוספים בהם מקודמת הזכות להישכח בימים אלו. כל היוזמות הללו מדגישות את ההצדקה הפרקטית והתיאורטית לקידומה של הזכות בישראל. זאת, במיוחד לנוכח ההסדרים המצומצמים המצויים בחוק, כמובא לעיל, ובשל המגבלות של בית המשפט בפיתוח עצמאי של הזכות, כפי שנראה להלן.

353 הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכרון להישכח), התשע"ד-2014, פ/2648/19; הצעה זהה הוגשה על ידי ח"כ מרב בן ארי: הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכות להישכח) התשע"ז-2017, פ/3867/20.

354 תהלה שוורץ-אלטשולר "הנידון: הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכות להישכח) התשע"ה 2015" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (9.10.2015).

2.3. סקירת פסיקה

סקירת הפסיקה המובאת בתת-פרק זה מחולקת על פי הנושאים השונים אשר ביחס אליהם התעוררה הזכות להישכח, תוך שיקוף עיקרי הדילמות העקרוניות שנוצרו כתוצאה מההליך המשפטי. בהתאם, החלק כולל גם דיון עקרוני לגבי האינטרסים השונים המתעוררים בעת הדיון בזכות להישכח והאיזון האפשרי ביניהם, וגם ביחס לסעדים אשר נפסקו ברמה המעשית. כפי שנראה, לעיתים גם בשלב מתן הסעד שופטי בית המשפט העליון שיקפו את חשיבות או משמעות הזכות להישכח ואת השפעתה על ההחלטה.

(א) שקילת שיקולי פרטיות בפרסום פסקי דין

בתי המשפט בישראל הכירו בזכות להישכח במספר פסקי דין, לעיתים באופן ישיר ולעיתים באופן משתמע, ואף ניסו לפרקים להחיל אותה בפועל דרך פרשנות יצירתית של דברי החקיקה שעמדו לרשותם. אחד מן המקרים הראשונים הוא ההחלטה בעניין **חשבים**,³⁵⁵ החלטה אשר עסקה בשיטת המפתוח של אתר תקדין לייט, באופן שחושף את שמותיהם של בעלי דין בחיפוש אינטרנט.

ככלל, לאור הפרסום הרחב של החלטות שיפוטיות באינטרנט, ניתן לאתר בקלות צדדים להליכים משפטיים. בהתאם, פרסום שמות הצדדים מוביל לפגיעה אינהרנטית בפרטיותם ובמקרים מסוימים אף בחופש העיסוק.³⁵⁶ פרסום זה מלווה את שמות הצדדים ואינו מאפשר להם להמשיך בחייהם, בשל הטווח הארוך בו המידע מצוי באינטרנט,³⁵⁷ במיוחד כאשר במובנים רבים רלוונטיות המידע משתנה לאורך זמן, וככל שהזמן עובר הרציונלים מכוח פומביות הדיון יורדים.³⁵⁸ בנוסף, הדבר מוביל לחשיפה מוגברת של הצדדים להליך.³⁵⁹ האיזונים העומדים בבסיס פרסום פסקי דין הם עקרון פומביות הדיון וזכות הציבור לדעת, כאשר התפיסה היא שהליך משפטי שקוף מהווה ערובה לאיכות ההחלטה ומגדיל את אמן הציבור במערכת המשפטית.

במסגרת הדיון בעניין **חשבים**, השופט רובינשטיין דן באוביטר בהכרה האירופית בזכות להישכח ואם זו כוללת גם פסקי דין רשמיים. באותו המקרה, נקבע כי אינטרס פומביות הדיון הוא בעל חשיבות הגוברת על פני זכויות אחרות. עם זאת, כבר באותה ההחלטה ציין השופט רובינשטיין את הדרך הנכונה לאיזון לפי שיטתו: "דומה שהדרך הנכונה למניעת פרסום מידע רגיש במנועי החיפוש האינטרנטיים אינה כוללת איסור מפתוח כזה או אחר, אלא יש לודא מעיקרא כי מידע רגיש אינו מצוי בפסק-הדין, עוד טרם פרסומו לציבור הרחב".³⁶⁰

החלטה זו מהווה שינוי מגמה לעומת המגמה הנהוגה עד אותה נקודת זמן, לפיה פרסום באינטרנט של פסק דין פלילי מעמיד אפרורית פגיעה חמורה בפרטיות. כפי שניתן ללמוד מלשון פסק דינו של השופט הנדל, בהחלטה מוקדמת יותר:

"פומביות היא הכלל ואיסור הפרסום הוא החריג. המחוקק העמיד את נקודת הסטייה מהפרסום הפומבי של הליכים משפטיים במקום בו נגרמת פגיעה חמורה בפרטיות. ללא שינוי חקיקתי, אין מקום כי נשנה מהאיזון

355 בג"ץ 5870/14 **חשבים ה.פ.ס. מידע עסקי בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט**, פס"ט ט"ו, מ"ג לפסק הדין של המשנה לנשיאה רובינשטיין (נבו 12.11.2015) (להלן: "חשבים").

356 דנה יפה "הצעה לסדר: פרסום שמות בהחלטות שיפוטיות בהליך הפלילי במרחב הסייבר" **מעשי משפט** יד 169, 170-171 (2023) (להלן: "יפה").

357 אשרת אילון וערן טוך "בעקבות הזמן האבוד: ממד הזמן בפרטיות ברשתות חברתיות" **משפט, חברה ותרבות** ב 101 (2019).

358 יפה, 183-184.

359 מיכאל בירנהק "חשיפה מקוונת וחשיפה משפטית: על פרטיות ופומביות של פסקי דין ברשת" **משפטים** מח 31 (2019). (להלן: "בירנהק 2019").

360 חשבים, ה"ש 553 לעיל, פס"מ.

הקיים היום בסעיף 70(ד) לחוק בתי המשפט. איזון זה הינו ניטרלי לטכנולוגיה. דהיינו, לא ניתן לשקול את הפרסום באינטרנט כיוצר פגיעה חמורה כשלעצמו".³⁶¹

העמדה המסורתית לפיה נהג בית המשפט עד עניין **חשבים** הייתה שהטכנולוגיה אינה משנה את נקודת הייחוס הארכימדית העומדת בבסיס המתח שבין שתי הזכויות.³⁶² ומכאן, חשיבותו העקרונית של פסק הדין בעניין **חשבים** היא שכבר כאן ניתן לשיטתנו לאתר הכרה ראשונית, ומשתמעת, בעקרונות המכוננים של הזכות להישכח. כלומר, העמדה לפיה על השופטים להימנע לכתחילה מפרסום של מידע רגיש מאפשרת להכניס, בדלת האחורית, שיקולי הגנת פרטיות. מעניין לראות שביחס לתיקים מסוגים, שפרסום מידע על אודותיהם נתבקש למטרות מחקר, הפסיקה התעקשה על אי-פרסום מידע מזהה על התיקים,³⁶³ ובכך מקדמת שימור של אותה נקודת איזון.

בהקשר דומה, לאחר כמה שנים הגיעה פרשת **פלוני**,³⁶⁴ שעסקה בתביעת נזיקין הסובבת סביב פרסום מידע אישי בפסק דין. בפרשה זו ציין השופט עמית שקשה ליישם את הזכות להישכח במרחב הדיגיטלי כאשר מדובר בפסקי דין. בהתאם, הציע השופט עמית שתי דרכים חלופיות: הימנעות מראש מאזכור פרטים שעלולים לפגוע בנאשם ובמשפחתו, או, לחילופין, לאסור את פרסומם של חלקים אלו מן ההחלטה (ככל שאין צורך ציבורי בפרסומם).

באופן דומה, השופט עמית הדגיש את חשיבות הזכות לפרטיות של הנאשם, ולכן חידד כי:

"כאשר בית המשפט נדרש בגזר דינו לחוות הדעת ולתסקירים שלפניו, עליו לשים נגד עיניו את הנאשם ומשפחתו, ולקחת בחשבון כי אם גזר הדין יפורסם, כפי שמתחייב ממהלך הדברים הרגיל ומעקרון פומביות הדין, האמור בפסק הדין ילווה את הנאשם ומשפחתו לאורך שנים, שהרי רשת האינטרנט אינה שוכחת וקשה עד מאוד ליישם את 'הזכות להישכח'. לכן, שומה על בית המשפט לנקוט באחת משתיים: לעדן 'ולצנזר' מראש את גזר הדין תוך הימנעות ככל שניתן מציטוט ומאזכור פרטים שעלולים לפגוע קשות בנאשם או משפחתו, או לאסור פרסום של אותם חלקים מגזר הדין שאין הכרח שיהיו חשופים לציבור הרחב".³⁶⁵

מכאן עולה כי שתי פסיקות אלו מהוות קווים מנחים ראשוניים באשר לריסון העצמי שעל בית המשפט לנקוט: עליו לשקול שיקולים מטעמי הזכות להישכח, לנוכח הפרסום האינטרנטי של פסקי הדין. במיוחד הדבר רלוונטי לאור הקישור שנעשה בין הפרופיל האינטרנטי של אדם – שנובע מחיפוש שמו – והקישור בינו לתוכן פסק הדין. כך, חשיפת המידע האינטימי נעשית בנקל וההשלכות של חשיפת מידע – שניתן היה למנוע את חשיפתו, מבלי לפגוע באופן אנוש בהנמקת הדין ובתוצאה המשפטית – מובילה לאיזון ראוי. הלכה למעשה, בפסק הדין **נדחתה** הטענה שמדובר בלשון הרע, בין היתר מטעמי חסינות.

הצורך בדיון עקרוני ומעמיק בנושא הטריד את בתי המשפט והיה מושא לדיון ציבורי, שבתורו הוליד את "הוועדה לבחינת שאלות הנוגעות לפרסום פרטים מזהים בפסקי דין ובהחלטות של בתי המשפט ולעיון בתיקי בית המשפט" בראשות השופט בדימוס אנגלרד.

361 רע"פ 1201/12 יוסף קטיעי נ' מדינת ישראל, פס"כ 19' לפסק דינו של השופט הנדל (נבו) 09.01.2014.

362 עמדה עקרונית זו בוטאה גם בש"פ 11/3031 **בן דוד נ' מדינת ישראל**, פס"כ 4' לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) נאור (פורסם בנבו 09.9.2015).

363 עת"מ (מינהליים י-ם) 16697-09-19 **גיא זומר נ' שרון סבן ספראי**, פס"כ 14-12 (נבו) 10.08.2020.

364 ע"א 6356/20 **פלוני נ' מדינת ישראל – רונית בש** (נבו) 21.10.2021.

365 שם, פס"כ 13.

בחינה של יישום הפסיקה בעניין זה בבתי משפט נמוכים אינה מובילה בהכרח ליישום העקרון שמנה השופט עמית, אלא של העקרון לפיו בתי הדין חסינים מפני תביעות בנושא.³⁶⁶ עם זאת, ראוי לציין ניצני פסיקה לכיוון מגמה שונה, כאשר לאחרונה בית המשפט אישר איסור פרסום שם של נאשמת לאחר שזכותה מהליך הפלילי כאשר פסק הדין כלל מידע רגיש עליה.³⁶⁷

חלולה של הבנה זו לא נחתמה בגדריו של בתי המשפט, אלא גם למוסד מבקר המדינה, שציין שהנגישות הרבה של דו"חות מבקר המדינה "הסיטה את נקודת האיוון שבין זכות הציבור לדעת לבין זכותו של האדם לשם טוב ו'הזכות להישכח', משליכה על זכויות המבוקרים, ותחייב כבר בעתיד הקרוב חשיבה והתייחסות מצדו של מבקר המדינה."³⁶⁸

(ב) קיומו של מנגנון הודעה והסרה מכוח הזכות להישכח?

מקרה חשוב נוסף שהתחיל תחת הקשר פרסום פסקי דין הוא פרשת **סביר נ' בר נוי**, המהווה גם ציון דרך כללי יותר ביחס לזכות להישכח, מאחר שהוחל במסגרתה הלכה למעשה מנגנון של הודעה והסרה. כלומר, מנגנון לפיו פלטפורמת תוכן דיגיטלית לא תישא באחריות, פלילית או אזרחית, בגין תוכן אשר מפר דין כלשהו, ככל שהיא פעלה להסיר אותו לאחר הגילוי על אי-החוקיות שלו.

בהקשר זה, יצירתה של חובה לפעול כלפי מנוע החיפוש או הפלטפורמה, הן מאפשר חיוב של לשון הרע במצבים של מחדל והן מייצר חובת זהירות לפי עוולת הרשלנות. בכך, הלכת סביר מייצרת חידוש נוסף המרחיב את גודל עוולות לשון הרע,³⁶⁹ וכן מאפשרת את הגדלת מעגל המעוולים הפוטנציאליים מכוח הפרת הדין, הן בשל חוסר ההבחנה שנעשית בין בעל האתר למנוע החיפוש³⁷⁰ והן כאשר הדבר עולה כדי "הפצה משנית" של ביטוי לשון הרע.³⁷¹

מחקרים אמפיריים הוכיחו כי מנגנונים של הודעה והסרה מייצרים תמריץ יתר לפגיעה בחופש הביטוי, מכיוון שמתן חסינות שיפוטית בעקבות הסרה מייצרת תמריץ לאכיפת יתר מצד הפלטפורמה כדי להגן על עצמה מאחריות. הרי, חיסיון מן הסוג הזה קריטי במיוחד לנוכח מספר המשתמשים הגבוה בפלטפורמה והערך הכלכלי שעומד מאחורי הגנה זו הוא רב.³⁷² בהתאם, האינטרס להסיר תוכן בשם הרצון לצמצם חשיפה אפשרית הוא חזק במיוחד.³⁷³

בפרשה זו, עורך הדין סביר שימש בתור בא כוח של נאשם בהליך משמעותי בפני לשכת עורכי הדין. הנתבע, בר נוי, הפעיל את האתר "דיון פומבי" ופרסם את פסק הדין. נציין, שפרסום פסקי דין באינטרנט מותר בחוק הישראלי, כפי שאושר בהלכת **חשבים** שהוצגה לעיל. כמו כן, מערכת בתי המשפט, "נט המשפט", פתוחה לציבור והאתרים המשפטיים השונים פועלים בדרכים שונות כדי להנגיש את המידע הזה לציבור – חלקם בתשלום וחלקם לאו.

עם זאת, תוצאות החיפוש בגוגל ייצרו מצג שווא, בו היה נראה שעורך הדין סביר הוצג בתור נאשם, ולא כפי שהיה בפועל בתור בא כוח. בר נוי סרב לתקן את המצב וכך גם גוגל, ומכאן הוגשה התביעה דנן. בפסק הדין נקבע כי כאשר הנתבע

366 ראו למשל ת"א (שלום חי') 7285-10-18 **אלעד טסלר נ' מדינת ישראל - הנהלת בתי הדין הרבניים** (נבו 20.10.2022).

367 ע"פ 14751-06-22 **פלונית נ' מדינת ישראל** (לא פורסם).

368 דוד נהיר "שאלות ותשובות עם מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור, השופט (בדימוס) יוסף חיים שפירא" **עיונים בביקורת המדינה** 5, 8, 63 (2018).

369 חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר, בועז שנור **דיני לשון הרע - הדין המצוי והדין הרצוי** 196 (מהדורה שנייה מורחבת, 2019). (להלן: "גנאים, קרמניצר ושנור").

370 מיכל לביא "התפשטות שמעות ולשון הרע ברשתות: הצעות לפעולה" **חוקים** יג 59, 95 (2020).

371 מיכל לביא "אחריות מתווכי תוכן לעוולות ביטוי: הקשר חברתי" **משפט וטכנולוגיה** 381-383 (2018).

372 כאמור בה"ש 267 לעיל, על רקע התופעה של הסרת יתר של תוכן. ועדת ארבל המליצה על מודל של "הודעה והסרה" ביחס לסינון תכנים ברשתות חברתיות. בדומה, גם "מסלול האכיפה הוולנטרי" של מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה יוצרת, הלכה למעשה, מנגנון של "הודעה והסרה" על אודות ביטויים אלימים לרשתות החברתיות אשר מסירות את הביטוי.

373 שרון בר-זי, ניבה אלקין-קורן "בין שתי זירות: אכיפת זכויות יוצרים באינטרנט" **משפטים** מח 411, 489 (2019).

אינו משתף פעולה או מסרב להסיר את הפרסום השגוי, על מנוע החיפוש לפעול להסרת הפרסום כאשר תוצאת החיפוש שגויה.³⁷⁴ מכאן, מדובר על מהלך ראשון שמרחיב את האחריות על הביטויים המפורסמים גם לפלטפורמות התוכן, באופן דומה למהלך האירופי, המרכז את עיקר בקשות הזכות להישכח למאגרי המידע עצמם.

יישום מאוחר של פסק הדין בבית משפט השלום בעניין **ברבי** מהווה אינדיקציה לכך שישנם ניצני פסיקה להכרה במנגנון מצומצם של "הודעה והסרה" ביחס לגוגל מכוח דיני הנזיקין – מדובר על מהלך שמרחיב את הסעדים הקלאסיים של דיני הנזיקין ומרחיב את מגמת ייחוס האחריות למנועי החיפוש ביחס לזכות.³⁷⁵ הפסיקה בעניין **פלוני נ' גוגל**³⁷⁶ מעמידה תמונה ברורה לפיה בתי המשפט מפרשים את הלכת סביר בתור כזו השמורה למקרי קיצון בלבד.³⁷⁷ בהתאם, הסרה או מחיקה של תוצאות ממנוע החיפוש צריכה להיעשות במשורה,³⁷⁸ לאור הרף הגבוה של אי-החוקיות הנדרש בהלכת סביר.³⁷⁹

כמו כן, בהליכים פליליים שננקטו נגד מנהלי האתר "בחדרי חרדים" הפופולארי, נקבע שמפעילי האתר סחטו משתמשים אשר העמידו בקשות מחיקה והתנו אותה בהזמנת חבילות פרסום מזן מסוים תוך ניצול רגישותם. בהקשר זה, נקבע כי התניית קיומה של הזכות להישכח מהווה "מכפיל כוח רב עוצמה הטומן בחובו פוטנציאל נזק רב ביותר למאויס אם לא ייעתר לדרישותיו של בעל הפלטפורמה – הסוחט, מעצימים את יכולת הסחיטה של האחרון ומצמצמים מאוד את יכולתו של הנסחט להימנע מן הנזק או להקטין באמצעים אחרים".³⁸⁰ דבר זה מהווה שיקול גם בהגדרת מתחם הענישה בהליך הפלילי.

מוטב לסייג את יעילות ההלכה, הן משום שהרף שנקבע בה הוא מאוד גבוה, והן משום שבפרספקטיבה משווה להליך האירופי הזמין והמהיר יחסית, בישראל מדובר בהליכים משפטיים יקרים וארוכים (אשר לא בטוח שיובילו לתוצאה הרצויה – סעד המחיקה – בשל קיומו של רף פסיקתי גבוה). כפי שנראה בהמשך, בעיה נוספת נוצרה כאשר בערעור בנושא הסרט "ג'נין ג'נין" העביר בית המשפט העליון את האחריות מפלטפורמות התוכן הדיגיטליות אל יוצרי התוכן בעצמם, אשר אין להם כלים לפקח על כל מה שמתרחש ברחבי האינטרנט, באופן אשר פוגע ברציונל של מנגנון ההודעה והסרה שנקבע בפרשת **חשבים**.³⁸¹ סתירה זו מעידה על הצורך בהסדרה חוקית מקיפה וסדורה של הזכות להישכח בישראל.

(ג) הזכות להישכח ביחס לנבחרי ציבור

בהקשר החוקתי, ניתן לאתר הכרה משתמעת בזכות כאשר בית המשפט דן בפסילת המועמדות של ח"כ אבתסאם מראענה. במקרה זה, ציינה השופטת ברק-ארז בהערת אגב כי "אנו חיים בעידן שבו 'הזכות להישכח' כמעט ואינה קיימת",³⁸² והדגישה בהקשר הציבורי כי "הדרך למועמדות לכנסת אינה אמורה לעבור בכור המצרף של 'בדיקת ניקיון' ביחס לכל פרסום מן העבר שכבר אינו מייצג את פועלו הציבורי של אדם".³⁸³ בחירתה של השופטת ברק-ארז להכיר בחסרונה של הזכות להישכח, מעיד על חשיבותה בהקשר של ביטוי פוליטי והזכות להיבחר.

374 ע"א (מחוזי ת"א) 39345-11-14 **סביר נ' בר נוי**, פס' 16-17 (נבו 22.6.2015); רע"א 4673/15 **בר נוי נ' סביר**, פס' 8-9 (נבו 8.3.2016) (להלן: "בר נוי עליון").

375 ת"א (שלום ת"א) 67847-03-18 **ברבי נ' Google Inc**, פס' 26-31 (נבו 5.5.2021).

376 ת"א (שלום תל אביב-יפו) 81-30-02182 **פלוני נ' CLL elgog** (נבו 1202.9.5).

377 שם, פס' 36.

378 שם, פס' 112.

379 ת"א (שלום ת"א) 72808-11-20 **חיים אושקי נ' Facebook Inc**, פס' 7-6 (נבו 12.02.2023). ראו גם רת"ק (מחוזי ת"א) 32180-08-22 **דרור עזרא נ' פייסבוק ישראל בע"מ** (נבו 15.9.2022).

380 ת"פ (מחוזי ים) 52026-06-15 **מדינת ישראל נ' גיא כהן**, פס' 77-75 (נבו 28.05.2018).

381 ראו להזכיר כי פסיקה מן העת אחרונה בבית הדין לצדק של האיחוד האירופי הצרה את גדרי הזכות להישכח בהקשרים דומים (בעניין de-ref-erencing). התנאים שקבעה נדמים לאלו שנקבעו בעניין **סביר נ' בר נוי**: הפסיקה הבהירה שעל מנוע החיפוש מוטלת החובה להסיר את התוכן רק כאשר ברור שמדובר בתוכן לא נכון, והטילה חובת יידוע מפורטת. ראו: TU, ה"ש 70 לעיל, פס' 68.

382 א"ב 1156/21 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-24 נ' מראענה**, פס' 4 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז (נבו 28.2.2021).

383 שם.

מקרה נוסף בו הזכות להישכח נדונה בהקשר לבחרי ציבור הייתה ביחס להתמודדותו של דוד לניאדו בבחירות הפנימיות של הרשימה למפלגת הליכוד, שכן החוקה של המפלגה אוסרת על חברים שנידונו למאסר של יותר משלושה חודשים להיות מועמדים ללא אישור של יו"ר ועדת הבחירות של המפלגה. המנגנונים הפנימיים של המפלגה אישרו את התמודדותו של הלה, אך בית המשפט המחוזי ביטל את החלטות אלו, מטעמים הנוגעים לחובת הנימוק, ואסר עליו להתמודד.³⁸⁴ החלטה זו הובילה, הלכה למעשה, לשקילת עבירות פליליות שכבר מצויות בתקופת ההתיישנות שלהן, ומכאן לפי החוק היבש הן לא היו אמורות להיות חלק מן השיקולים בפני בית המשפט.³⁸⁵

מופע רלוונטי נוסף ביחס לזכות להישכח, בהקשר הפלילי מכוח חוק המרשם הפלילי תקנת השבים, הגיע בדמות פרשת **דרעי**. שם נטען שבעקבות החוק, המעגן את עיקרון השיקום, המידע הפלילי על אודותיו נמחק ולכן אינו מהווה שיקול רלוונטי בעת בחינת סבירות מינויו.³⁸⁶ בפרשה זו, בית המשפט קבע כי לנוכח אופיו הציבורי וחשיבות התפקיד, יש לבחון את העבר הפלילי של דרעי – אך יש לשקול את שיקולי הזמן בעת עושים זאת.³⁸⁷

אנו סבורים שישנו היגיון בעמדת בית המשפט. לנוכח העובדה שאריה דרעי ביקש לשמש שר במדינת ישראל האמון על תחומי חיים קריטיים, קשה לקבל אפשרות לפיה בית המשפט יתעלם לחלוטין מהעובדה שדרעי ריצה עונש מאסר בפועל בעבר, וחזר וביצע עבירות נוספות לאחר מכן. ההחלטה להסתפק במתן משקל נמוך יותר לעבירות העבר מהווה איזון נחוץ, במובן של הכרה חלקית ברציונל של תקנת השבים, וזאת בהנחה ששופטי בית המשפט העליון הרגישו כי לא ניתן היה להגיע לאותה ההכרעה מבלי להביא בחשבון את עבירות העבר. עם זאת, אנו סבורים שיש לשים לב לכך שהחלטה זו לא תעמוד בפני עבריינים משוקמים שאינם נבחר ציבור, המבקשים לממש את זכותם מכוח תקנת השבים וליהנות מסיכויים גבוהים יותר להשתלב בשוק העבודה ובחזרה בחברה, לנוכח התכליות של ההסדר בחוק המרשם הפלילי.³⁸⁸

אמנם, במקרים של מרעאנה ודרעי ישנה הכרה ביחס לזכות להישכח בהקשרים פרלמנטריים, אך חשוב לשים לב לשוני ביניהם. קיומו של הליך פלילי, שהוביל להרשעה וריצוי מאסר, מטה את הכף ביחס לאיזונים החוקתיים העומדים בבסיס הסדרי הכשירות השונים שישנם ביחס לחברי כנסת ובין שרי ממשלה,³⁸⁹ המובילים לכך שפסילת מינוי לתפקיד שר פוגעת באופן פחות בזכות החוקתית להיבחר – שכן השר עדיין מהווה נבחר ציבור כבועו בתור חבר כנסת. כמו כן, אחד מן השיקולים המרכזיים הנוגעים לזכות להישכח בהקשר בתקנת השבים הוא שיקום, ולכן שקילת מעשי העבר של דרעי שימשה את בית המשפט בעיקר לבסס דפוס זה. לעומת זאת, בהקשר החוקתי-פרלמנטרי, בית המשפט דן בזכות להישכח בעיקר בהתקשר למטרותיה הקלאסיות, וכפי שכבר נעשה בעניין **חשבים** כדי לקרוא את הדין הקיים, ולא כדי לנסח סעד של מחיקה.

כך, מדובר בהלכות שעל פניו הולכות לכיוונים הפוכים – האחת מחלישה את הזכות להישכח בכך שהיא מצמצמת את גדרה, והאחרת מרחיבה אותה כך שתחול תחת מקרים מסוימים גם על אנשי ציבור, בהקשר של פסילת מועמדים לכנסת. הרחבה זו איננה הולמת בהכרח את המגמה המשווה ביחס לזכות, שמצמצמת את תחולתה ביחס למקרים בהם ישנם אינטרסים ציבוריים להשארת המידע.

384 ת"א (מחוזי ת"א) 17714-08-22 **הליכוד - תנועה לאומית ליברלית נ' דודו לניאדו** (נבו 09.08.2022).

385 ביקורת זו הובעה אצל: אסף הראל "לפי 'תקנת השבים', פסילת דוד לניאדו בליכוד אינה חוקית" **הארץ** (10.08.22) <https://www.haaretz.co.il/opinions/2022-08-10/ty-article-opinion/.premium/00000182-881b-d9bc-affb-eb9f7ae20000>

386 בג"ץ 8948/22 **אילן שיינפלד נ' הכנסת**, פס' 57-58 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו 18.01.2023).

387 שם, פס' 60 לפסק דינה של הנשיאה חיות; פס' 10 לפסק דינו של השופט פוגלמן; פס' 12 לפסק דינה של השופטת ברוך.

388 טל מימרן וליאור וינשטיין "לדרעי לא עמדה הזכות להישכח" **וואלה!** (20.1.2023) <https://news.walla.co.il/item/3552870>

389 רבקה ווייל "שאלת תוקפו של חוק יסוד במלאות שלושים שנה להלכת דרעי-פנחסי" **פורום עיוני משפט (תגובות משפט)** מז 2-3 (4.1.2023). <https://www.taulawreview.sites.tau.ac.il/post/weill>

(ד) הזכות להישכח בסדרי הדין האזרחיים

ישנם אזכורים נלווים נוספים של הזכות להישכח, גם אם כאלו שלא העמיקו לגבי מהות והיקף הזכות. פרשת **וגנר**³⁹⁰ עסקה בשאלת הסמכות העניינית ביחס לתביעת לשון הרע בהקשר של ביטוי עיתונאי. המבחן העיקרי לקביעת סמכות עניינית הוא מבחן הסעד, ובהקשר זה נקבע שהיקף הפרסום והחשיפה אליו מהווים שיקול משמעותי. אולם, כיוון שאזכור הזכות להישכח מעלה שיקולים לכאן ולכאן באשר להשפעתם על אפקט הפרסום, נקבע כי בהעידר קודיפיקציה של הזכות להישכח לא ניתן להביאה בחשבון בעת קביעת הסמכות העניינית ומוטב להיוותר עם הבחינה הנוקשה של מבחן הסעד.³⁹¹

בנוסף, עניין **UserWay** דן בהשלכות הזכות המקלות על קביעת סעד זמני של הסרה ביחס לפרסום מקוון, שכן ניתן יהיה להשיב את הפרסום בנקל לאתר.³⁹² בית המשפט מנה שיקולים נוספים כגון אלו:

"כיום חוסר היכולת להישכח מטריד רבים וטובים. מאפייניו המיוחדים של הפרסום המקוון יכולים **להקל** על הוצאת סעדים זמניים במספר מובנים. נוכח פגיעתו הרעה במיוחד שעה שאין לו בסיס נאות, גדל משקל הצורך לתקן את המעוות. ובנוסף, במקרים רבים הפרסום נמשך מזה זמן עד שהוא מגיע להתדיינות שיפוטית ובכך כבר מוגשמת תכלית פרסומו על ידי המשיב. כמו כן, ניתן גם לשוב ולפרסמו בקלות אם יתברר שלא היה צידוק להסירו."³⁹³ (ההדגשה של המחברים)

כמו כן, כפי שניתן לראות במישור של סעדים זמניים, הזכות מהווה שיקול המגמיש את תנאי קבלת הסעד ומייצרת מנגנון נוסף מכוח דיני לשון הרע והוא הודעה והסרה (זמנית) תוך בירור הדין. במובן זה, להורדה הזמנית יכולה להיות חשיבות משמעותית משום שהיא מאפשרת לתקן את המצב בו תהליך ההסרה לוקח זמן רב. עם זאת, מוטב לשים לב שהליך זה עלול להוביל לכך, שבדלת האחורית בית המשפט יוצף בתביעות שלא בתום לב שינצלו את קבלת הסעד הזמני הזה.³⁹⁴

(ה) הזכות להישכח בתור ראש נזק עצמאי בדיני לשון הרע

בראשית אוקטובר 2022 פסק בית המשפט העליון בפרשת **פלונית**.³⁹⁵ מקרה זה עוסק בשאלה אם המגבלה שבס'א(ד) לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, לפיה לא ניתן לקבל פיצוי ללא הוכחת נזק בשל "אותה לשון הרע" יותר מפעם אחת, שוללת את האפשרות לפסוק יותר מפיצוי אחד בגין מספר פרסומים העוסקים באותה מסכת לשון הרע.

מדובר במחלוקת בין מרצה למשפטים לתלמידה שלו לשעבר. באחד השיעורים בקורס דיני נזיקין עשה המרצה שימוש בכינוי האומלל והנפסד "כוסית", מה שהוביל לתלונה של תלמידתו אשר ישבה בכיתה בנושא הטרדה מינית. תלונתה נדחתה על ידי המוסד האקדמי, ולאחר מכן פתחה התלמידה – כלשון בית המשפט – במלחמת חורמה משפטית נגד המרצה. במקביל, פעלה הסטודנטית להביע את מחאתה באמצעות הגעה לשיעורים של המרצה, הצפת הנושא באמצעי תקשורת ועוד. על רקע זה, הגיש המרצה תביעת לשון הרע שנתקבלה על ידי בית המשפט השלום.

בערעור הראשון על ההחלטה להכיר בפעולות התלמידה כלשון הרע, קבע בית המשפט המחוזי כי היקף וכמות הפרסומים מהווים ארבעה אירועים נפרדים של פגיעה בשמו הטוב של המרצה, וכתוצאה מכך גדל משמעותית היקף הפיצוי שנדרשה

390 ת"א (מחוזי ת"א) 4195-08-20 **וגנר נ' ידיעות אחרונות בע"מ** (נבו 6.1.2021).

391 שם, פס' 19-17.

392 ת"א (מחוזי ת"א) 43503-01-21 **UserWay Ltd נ' Accessible Ltd** (נבו 2.3.2021).

393 שם, פס' 22.

394 שם, פס' 23.

395 רע"א 2855/20 **פלונית נ' פלונית** (נבו 6.10.2022).

הסטודנטית לשלם (פי חמישה מהסכום שנפסק במקור). על רקע זה, הוגשה בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון בנוגע לשאלה זו. הערעור נתקבל חלקית, במובן של הכרה בשלושה מקרים – במקום ארבעה – של פגיעה בשמו הטוב של המרצה.

אחד ממבחני המשנה לבחינת שאלה זו הוא הסתכלות על מועד הפרסומים ופערי הזמנים ביניהם. בפסק דינה, בחנה השופטת ברק-ארז באילו נסיבות סט הפרסומים נכלל בגדר אותה אמירה ומתי לאו. לגישה:

"חלוף זמן רב בין פרסום אחד למשנהו עשוי להקים זכויות עצמאיות לפיצוי, מאחר שהפרסום הנוסף 'עורר שדים מרובים' ובכך יצר נזק אחר נוסף על הנזק הראשוני שנגרם מהפרסום הראשון. במצב דברים זה קמה הצדקה לקבוע כי אין מדובר עוד ב'אותה לשון הרע'. **אכן בעידן הדיגיטלי קשה להסתיר דברי לשון הרע 'ישנים', אך חזרה עליהם עשויה להקים פגיעה עצמאית בזכות להישכח**"³⁹⁶. (ההדגשה של המחברים)

קביעה זו בעלת משמעות בהקשר של הזכות להישכח במספר מובנים. ראשית, עולה השאלה אם הזכות להישכח יכולה להקים ראש נזק עצמאי, אשר הפרתו יכולה להוביל לקבלת סעד. בפועל, נראה כי הפגיעה בזכות להישכח היוותה שיקול נוסף בבחינת פיצול ביטויי לשון הרע, והטתה את הכף לטובת הסיווג ששני ביטויים הנבדלים בזמן מהווים ביטויים נפרדים של לשון הרע ומעמידים פיצוי.

התפיסה לפיה החזרה על ביטויי עבר מעמידה פגיעה עצמאית בזכות להישכח למעשה נטועה בשאלה שנותרה בצריך עיון בפס"ד בעניין **בר נוי** (בדיון שנפקותו המרכזית סובבת סביב שאלת ההתיישנות), בו השופט זילברטל מנה מספר גישות אפשריות באשר לשאלה דומה:

"ניתן לסבור, כי ביצוע העוולה הושלם במועד שבו לשון הרע פורסמה לראשונה במנוע החיפוש, וכי העובדה שהפרסום נצפה מאז בכל פעם שמבצעים חיפוש בגוגל, אינו בגדר פרסום חדש, אלא עיון נוסף בפרסום קיים (כשם שעוולת לשון הרע בגין פרסום בספר מתגבשת במועד פרסום הספר ואינה מתחדשת כל אימת שמעיינים בו). מאידך גיסא, ניתן לטעון כי, בענייננו, כל חיפוש בגוגל 'יוצר' מחדש את הפרסום"³⁹⁷.

כך או כך, הכרתו המשתמעת של בית המשפט העליון בזכות להישכח ביחס לשאלת סיווג מספר עוולות לשון הרע שנעשה, שונה מן ההסדר הפרדיגמטי על הזכות להישכח – אשר במרבית המקרים מעמיד סעד של הסרת הביטוי, ואיננו מהווה שיקול בעת קביעת הפיצויים עצמם. מוטב יהיה לעקוב ולראות כיצד בתי המשפט יישמו את ההלכה ובאיזה משעול יבחרו לפרשה.

(ו) הסתת האחריות מפלטפורמות תוכן דיגיטליות ליוצרי תוכן – פרשת בכרי

החלטה חשובה נוספת הגיע עם הכרעת בית המשפט העליון בעניין **בכרי**,³⁹⁸ יוצר הסרט הדוקומנטרי "ג'נין ג'נין", שמציג באופן שקרי את חיילי צה"ל ופעולותיהם במבצע "חומת מגן". הסרט השנוי במחלוקת העסיק את מערכות המשפט כעשרים שנים – הן ביחס לשאלת חוקיות הפצת הסרט³⁹⁹ והן ביחס לתביעות לשון הרע.⁴⁰⁰ בפסיקה שבפנינו, הביא בית המשפט העליון לסיומה של הפרשה.

396 שם, פס' 25 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז (ההדגשה הוספה – ט.מ., ל.ו.).

397 בר נוי עליון, ה"ש 374 לעיל, פס' 8.

398 ע"א 1726/21 **בכרי נ' מגנאגי** (נבו 23.11.2022).

399 בג"ץ 316/03 **בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים**, פ"ד נח(1) 256, 249 (2003).

400 ע"א 8345/08 **בן נתן נ' בכרי**, פ"ד סה(1) 567 (2011).

בית המשפט הותיר על כנה את החלטת בית המשפט המחוזי לאסור על הפצת הסרט והקרנתו בישראל ולהורות לבכרי לשלם פיצויים לסא"ל ניסים מגנאג'י, המופיע בסרט במשך מספר שניות בודדות. בפסק הדין נחלקו שופט המיעוט עמית ושופטי הרוב שטיין ומינץ. שופטי הרוב סברו כי אף שבכרי לא היה זה שהעלה את הסרט ליוטיוב, הוא עדיין נושא באחריות על כך משום שלא פתח בהליכים להוריד את הסרט, בשל הפרת זכויות היוצרים שלו. לעומתם, שופט המיעוט סבר שאין מקום להטיל אחריות על בכרי במישור זה.

השופט מינץ טען ש"פרסומו של כל סרט בעידן הנוכחי בכל אמצעי דיגיטלי כולל בחובו את הציפייה הסבירה ואף המתבקשת כי הוא יתגלגל אל רשת האינטרנט ויזכה ל'פרסום' חוזר ונשנה ותהודה באופנים שונים".⁴⁰¹ בדומה לו מרחיב השופט שטיין כי מדובר בעוולה נמשכת, שכן: "ככל שהפרסום הפוגעני ממשיך להתקיים במרחב הציבורי – באינטרנט, בסרט שמטבעו נועד להקרנות חוזרות או בכל דרך אחרת – כך שהוא אינו מאפשר לנפגע להשתחרר מהשלכותיו, מדובר בעוולה נמשכת".⁴⁰²

לעומת זאת, השופט עמית קבע כי "המפרסם במרחב הקיברנטי עלול להיות חשוף לתביעת לשון הרע לעולמי עד, שהרי האינטרנט 'לא שוכח' ולא ניתן להסיר לחלוטין מ'המרחב הציבורי' פרסום באינטרנט (למעט במסגרת הליך מיוחד של 'הודעה והסרה' או הליך שבו הנפגע יכול לפנות ולבקש הסרת הפרסום מכוח 'הזכות להישכח')".⁴⁰³

פרשה זו מעלה מספר נקודות חשובות. ראשית, לגישת שופטי הרוב, ככל שיצירה מהווה הפרה של הדין, מוטלת חובה אקטיבית על יוצרה לפעול להסרתו מכל פלטפורמה דיגיטלית. אם נשים בצד את מוחמד בכרי, מדובר בציפייה גבוהה מאוד בעידן הנוכחי, וכנראה לא מציאותית, בשל ריבוי פלטפורמות התוכן הדיגיטליות וכמות המידע המועלה אליהן מדי יום (למשל, מאות שעות תוכן אשר מועלות ליוטיוב בכל דקה). מעבר לכך שמדובר ברף גבוה, ההחלטה מסיטה את האחריות לפעול מפלטפורמות תוכן דיגיטליות, אשר יש להן יכולת טובה יותר לשלוט על הנעשה במרחב אותו הן מציעות, ומעבירה אותה אל יוצרי תוכן אינדיבידואליים, אשר אין להם כלים ומשאבים לפקח אקטיבית על מה שנעשה ביחס ליצירותיהם ברחבי הרשת. זאת, לעומת המודל המקובל שהוצג לעיל, של הודעה והסרה, בו פונים אל הפלטפורמות לצורך הסרת התוכן.

שנית, ההחלטה מזכירה לנו פעם נוספת כי האינטרנט אינו שוכח, ובהתאם ישנה חשיבות גוברת להכרה בזכות להישכח בעידן הדיגיטלי. זאת, במיוחד, במקרים בהם מדובר במידע המהווה לשון הרע. ועדיין, המחוקק הישראלי ממאן לפעול על מנת למסד את הזכות להישכח בישראל במובן רחב יותר – גם כזה אשר כולל פרסום שלא עולה לכדי לשון הרע, וגם כזה העוסק במקרים שטרם הגיעו לפתחו של בית המשפט (למשל, בהקשר של בריונות ברשת כלפי קטינים).

(ז) תקנת השבים והמרשם הפלילי

הרציונל שעומד בבסיס ההוראות בחוק, המונעות את זליגת מידע החיסיון ומאפשרות את מחיקתו בהמשך, מבוססות הן על רציונלים מכוח הגנת הפרטיות והן על רציונלים של שיקום עבריינים.⁴⁰⁴ עם זאת, משום שהחוק כולל חריגים רחבים הוא דורש הכרה בין אינטרסים סותרים, בעיקר כאשר מונחים על הכף אינטרס שלום הציבור, אכיפת החוק וניהול הליכים פליליים.⁴⁰⁵ במובן מה, החיסיון על המרשם הפלילי גובר על עקרון פומביות הדין משום שהמרשם מנציח את קיום ההליך הפלילי – על

401 עניין מגנאג'י, לעיל ה"ש 398, פס' 13 לפסק הדין של השופט מינץ.

402 שם, פס' 46 לפסק הדין של השופט שטיין.

403 שם, פס' 96 לפסק הדין של השופט עמית.

404 ד"פ 9384/01 מוחמד אל נסאסרה נ' לשכת עורכי-הדין בישראל, הוועד המרכזי, נט(4) 637, פס' 24 לפסק דינה של השופטת ביניש (2004).

405 בש"פ 1408/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 16 (נבו) 14.4.2014).

נפקיותיו.⁴⁰⁶ כאמור, מקורותיו של החוק מבוססים על עקרונות המשפט העברי,⁴⁰⁷ שהובאו לעיל, ומכאן נמצא חשיבותו להקשר זה של הזכות להישכח.

עקרונות החוק והמשפט העברי הובילו את בית המשפט לקבוע בשורת מקרים, החל מהלכת הכתב האלמוני, כי פרסום על אודות עבירות שאדם ביצע שנים לפני הפרסום לא יזכו הגנה מסוג "אמת דיברתי" תחת דיני לשון הרע, בין היתר כי הדבר נוגד את האינטרס הציבורי (לקדם פרסום שאינו מעודכן).⁴⁰⁸ בהמשך, בפרשת **אולמרט** חודד כי לאחר שעבירה התיישנה אין עניין ציבורי בפרסום ההרשעה, אלא תחת נסיבות מצומצמות המוכרת במסגרת החוק – למשל אם הפרסום היה קשור במינוי לתפקיד ציבורי, או בכתבה שעוסקת בנושא ההרשעה.⁴⁰⁹

ככלל, ההלכה בדיני לשון הרע קובעת כי "גם אדם ששמו הוכתם בשל התנהגותו, דעותיו, והרקע ממנו בא, זכאי לכך ששמו לא יושחר בלא הצדקה".⁴¹⁰ בשורש הלכה זו, שאיננה קשורה במישרין לתקנת השבים, מונחת ההנחה לפיה גם אם אדם הוא פושע – אין הדבר מהווה הצדקה להשמיצו על דברים שלא עשה. כמובן, שהדבר נכון גם כאשר מוזכרת לאדם עבירה שעשה לפני שנים רבות, כאשר הדבר איננו מונע ממנו את השיקום לו הוא ראוי, במיוחד בחלוף השנים. פירוש ההלכות לאורך השנים בתיקים נוספים כלל גם הדגשה של חשיבות תזמון התביעה, ריצוי העונש וחשיבות מחיקת ההרשעה כחלק מן השיקום.⁴¹¹ כעקרון, אורך הזמן שחולף ממועד ההרשעה מהווה שיקול מפתח למימוש ההלכה.⁴¹²

(ח) ניתוח ביקורתי של הפסיקה הישראלית

בעוד שיש לברך על כך שבתי המשפט אפשרו הכרה משתמעת בזכות באמצעות פרשנות יצירתית של חקיקה קיימת, ישנה חשיבות לכך שתקודם מסגרת חקיקתית סדורה. תחילת האסדרה מגיעה באמצעות החלטת בתי המשפט להעניק את הסעד המרכזי ביחס לזכות להישכח – מחיקה של מידע – מכוח דיני לשון הרע. אולם, דיני לשון הרע מאפשרים מחיקת מידע המוגדר כמעוול בלבד, אך אינם מאפשרים קידום של זכות להישכח גם ביחס למקרים חשובים אחרים.

הדוגמה המובהקת ביותר לקושי של מהלך פסיקתי זה הוא שתחת המצב כיום בתי המשפט בישראל אינם יכולים להכיר בזכות להישכח לגבי פרסום אמת המקשה על התחלה מחדש של אדם, דוגמת מידע על קשיים כלכליים בעבר אשר האדם כבר התגבר עליהם. למרבה האירוניה, זהו בדיוק המקרה בו הוכרה הזכות באופן ראשוני בפסיקת בית המשפט לצדק של האיחוד האירופי, מה שהוביל בהמשך למהלכי הקודיפיקציה של הזכות באיחוד האירופי.⁴¹³

עד היום, בית המשפט העליון לא לקח על עצמו את משימת הפיתוח התאורטי של הזכות להישכח, אלא תחת התייחסויות מסויגות תחת ענפי המשפט השונים הרלוונטיים – דיני לשון הרע, דיני הגנת הפרטיות, תקנת השבים וכן בהקשר החוקתי. הסיבות לכך יכולות לנבוע מהיעדר בסיס חקיקתי מספק לשם כך, אם מטעמי זהירות שיפוטית ואם מטעמי כבוד כלפי המחוקק.

406 יצחק עמית, **חסינות ואינטרסים מוגנים - הליכי גילוי ועיין במשפט האזרחי והפילי** 813 (2021).

407 על"ע 18/84 **כרמי נ' פרקליט המדינה**, פ"ד מד (1) 353, פס' 26 לפסק הדין של המשנה לנשיא אלון (1990).

408 פרשת הכתב האלמוני, ה"ש 345 לעיל, בעמ' 412-413; שנהר, ה"ש 345 לעיל, בעמ' 63.

409 ת"א (שלום ירושלים) 7374/02 **יוסף כהן נ' אהוד אולמרט** פס' 7 (נבו 16.08.2004).

410 רע"א 10520/03 **איתמר בן גביר נ' אמנון דנקנר** פס' 33 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (נבו 12.11.2006).

411 ת"א (שלום ת"א) 38238-05-18 **גור פינקלשטיין נ' אבי אשכנזי** פס' 79 (נבו 11.11.2021).

412 ת"א (שלום ת"א) 42936-07-18 **גדי סבן נ' שידורי קשת בע"מ** פס' 14 (נבו 08.08.2022).

413 כזכור, זהו בדיוק אופי המקרה הראשון בו הוכרה אי-פעם הזכות להישכח. ראו: קוסטחה, בה"ש 41 לעיל.

כפי שניתן לראות, היישומים של הזכות להישכח מגוונים וחולשים על ענפי משפט רבים. הזכות באה לידי ביטוי בספרה הנזיקית, בעת קביעת ראשי הנזק המשפיעים על הפיצויים הניתנים במסגרת תביעת לשון הרע, בספרה הדיונית, בספרה ציבורית-חוקתית וכמובן גם בעת בחינת שיקולי פרטיות.

החשיבות של השלמת המהלך של ההכרה בזכות להישכח על ידי המחוקק נובעת מכך שמדובר בזכות אשר הופכת ליסודית בעידן הנוכחי, וכעדות על כך הדומיננטיות של תמות רבות כל כך הנוגעות לה בפסיקת בתי המשפט בישראל (וזאת חרף היעדר הסדר חוקי מחייב בנושא). המצב הנוכחי מתאפיין בחוסר סדר ובאי-בהירות, ומכאן אנו סבורים שישנו מקום לחדד ולמקד את תוכן והיקף הזכות להישכח, כמו גם היחס וההיררכיה הראויה בינה לבין זכויות אחרות – דוגמת חופש הביטוי או זכות הציבור לדעת.

2.4. מסקנות ביניים

ההכרה בזכות להישכח בפסיקה נעשתה, בהיקפים משתנים, ביחס למגוון ביטויים שונים, דוגמת ביטוי פוליטי, אומנותי, עיתונאי, אקדמי וכן מסחרי. ועדיין, אופי ההכרה בזכות (ישיר או משתמע), והיקף ההגנה שנבעה ממנה, השתנו בין מקרה למקרה, מה שמייצר אי-ודאות משפטית ומונע התנהלות יעילה של שחקנים בתחומים אלו.

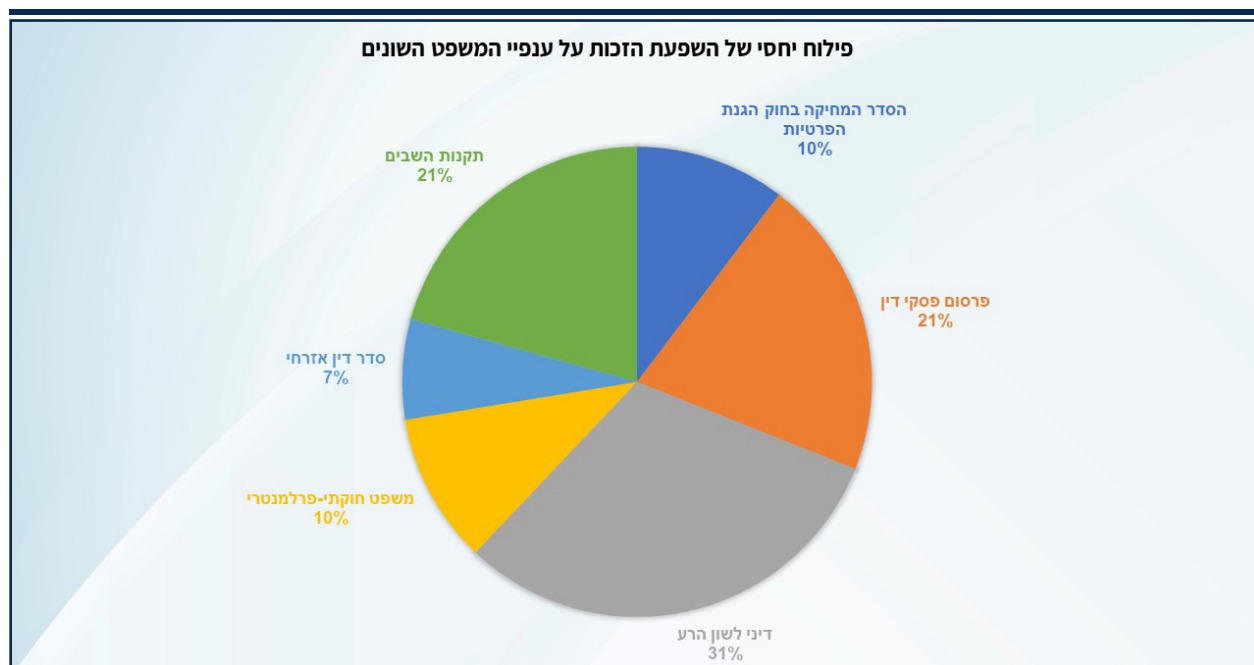
כפי שהראינו, ישנו קושי בהסתמכות בלעדית על דיני לשון הרע בשביל לממש את הזכות להישכח בישראל – הרי ניתן למחוק מידע מכוח דיני לשון הרע רק במקרה בו מדובר במידע העולה לכדי דיבה. משכך, נתיב זה אינו מסייע ביחס למקרים חשובים אחרים, דוגמת פרסום אמת המקשה על התחלה מחדש של אדם. היעדרה של מסגרת מקיפה וברורה לקידום הזכות להישכח בישראל מובילה גם לפסיקה שאינה עומדת במבחן המציאות – כפי שקרה בפרשת בכרי.⁴¹⁴ החלטה זו הסיטה את האחריות לפקח ממי שיש לו את היכולת הטובה ביותר לעשות זאת – פלטפורמות התוכן הדיגיטליות – אל יוצרי התוכן. למעשה, מנגנון ה"הודעה והסרה" – אשר מותיר את האחריות לפעול על פלטפורמות התוכן הדיגיטליות – בא להגן על יוצרים מפני עשיית שימוש לא מורשה ביצירותיהם. לבסוף, העובדה כי עסקינן בביטוי אומנותי מהווה אפקט מצנן שלילי עבור יוצרים, ובמובן רחב יותר עבור חופש הביטוי בישראל.

הזכות להישכח דורשת איזון בין מספר זכויות אדם ואינטרסים חברתיים – חופש הביטוי ונגזרותיו, לרבות חופש הציבור לדעת והזכות לחופש המידע, הזכות לשם טוב, הזכות לפרטיות והשוק החופשי. ההסדר באיחוד האירופי, למשל, מעניק עדיפות לאינטרסים חזקים של חופש הביטוי, אם המידע הכרחי על מנת לציית לחוק, או אם ישנו אינטרס ציבורי בפרסום המידע, על פני הזכות להישכח. בישראל, לעומת זאת, לא נעשה איזון מסודר וברור בין השיקולים השונים ואין היררכיה ברורה ביניהם, מה שפוגע באופן ממשי ביכולת לבסס ודאות משפטית בנושא.

מעניין לראות את החלוקה לענפי משפט שונים ביחס לפסקי הדין שסקרנו והגדרנו כחלק מן ההתפתחות הפסיקתית בישראל של הזכות להישכח. בניגוד למצופה, אמנם דיני לשון הרע מהווים חלק משמעותי מן הפסיקות, אך גם מקומן של פסיקות בעניין תקנת השבים (הרלוונטיות לענייננו) וכן סוגיות של פרסום פסקי דין תופסות מקום מרכזי. הדבר מלמדנו שהיבטיה וסעדיה של הזכות להישכח אינם נוגעים רק בשאלת פרסומים מקוונים ובקשת שינוי תוצאות חיפוש ממנועי חיפוש (במובן זה "מקור שניוני" ביחס למידע על נושא ההורדה), אלא גם שאלת המידע הנחשף בפסקי הדין והשלכות המרשם הפלילי (במובן זה המקור הראשוני) הם חלק אקוטי מן הזכות.

414 להרחבה ראו: טל מימרן וליאור וינשטיין, "האינטרנט לא שוכח" העין השביעית (27.11.2022).

בעוד ששאלת המרשם הפלילי עוגנה בחקיקה ישראלית וזכתה לעדכון לאחרונה, שאלת פרסום פסקי הדין עודנה מצויה תחת מגמות שונות בפסיקה וממתינה ליישום של רפורמה בנושא. חשיבות דיני לשון הרע בהקשר הישראלי (וכפי שהראינו בהמשך, גם בהקשר הבינלאומי) היא קריטית למימושה של הזכות להישכח, ומכאן שההתפתחויות הדוקטרינריות השונות בה משפיעות באופן הישיר ביותר על הזכות כפי שאנו מכירים אותה.



אכן, נעשו ניסיונות מספר להסדיר את הזכות להישכח בחקיקה לאורך השנים, אך ללא הצלחה מרובה.⁴¹⁵ בעוד בתי המשפט ניסו להשלים את החסר, יהיה נכון אם המחוקק יסייע ביצירה של מסגרת נורמטיבית הנשענת על הפסיקה בישראל, לצד הניסיון של מדינות אחרות בעולם.

לבסוף, ישנם מקרים נוספים בהם ראוי כי תקום הזכות להישכח, גם אם אלו טרם הגיעו לפתחו של בית המשפט. למשל, ישנו מקום להגדיר זכות להישכח ביחס לפרסומים פוגעניים נגד קטינים, ובנוסף ניתן לשקול להכיר בזכות גם ביחס לעבריינים מורשעים שעבירתם נמחקה מהמרשם הפלילי (על מנת לאפשר להם סיכוי אמיתי להשתלב בחזרה בחברה). לסיכום, על המחוקק להגדיר את גבולות הגזרה של הזכות, את המקרים בהם היא תקבל עדיפות על שיקולים אחרים, וגם לייצר מנגנון יעיל אשר יאפשר את מימושה בפועל. בהתאם, הפרק המסכם של מחקר זה מבקש להציע דרך מיטבית למימוש הזכות להישכח בישראל, תוך איזון בין השיקולים והערכים השונים המונחים על הכף.

415 הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכון להישכח), התשע"ד-2014, פ/2648/19; הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכות להישכח), התשע"ז-2017, פ/3867/20; הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכות להישכח), התש"ו-2016, פ/3066/20; הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכות להישכח), התש"ף-2020, פ/54/23.

נספח - הביטויים לזכות להישכח במשפט הישראלי

היבט עליו הזכות להישכח משפיעה	השפעת הזכות להישכח
הסדר המחיקה בחוק הגנת הפרטיות	ס'14(א) מאפשר מחיקה של מידע שאיננו נכון, שלם, ברור או מעודכן. כלל זה מפורש בצמצום בפסיקה.
פרסום פסקי דין	עקרון פומביות הדיון גובר על פרטיות, אך על השופטים לשים לב לכך בעת חשיפת מידע אישי בכתובת פסקי הדין. ישנם ניצני פסיקה האוסרת פרסום של נאשמת אחרי שזכתה.
דיני לשון הרע	קבלת סעד מחיקה מכוח דיני לשון הרע כאשר הנתבע איננו משתף פעולה או מסרב להסיר את הפרסום והתוצאה המוצגת שגויה באופן מובהק. כלל זה מפורש בצמצום יחסי. ישנו פוטנציאל לשינוי ההסדר לאחר הלכת בכרי, שמטילה אחריות רחבה יחסית על המפרסם. פוטנציאל לקיומו של ראש נזק עצמאי בלשון הרע מכוח הזכות להישכח.
משפט חוקתי-פרלמנטרי	פרשנות מצמצמת לתקנת השבים כאשר מדובר על מועמדים ושקילה יחסית של הרשעות עבר. ביחס לפסילת מועמדים פירוש של הזכות באופן אשר מצמצם שקילת ביטויי עבר.
סדר דין אזרחי	הזכות להישכח יכולה להקל על אפשרות מתן סעד זמני של הסרה. ועדיין, ככל שהזכות אינה עברה קודיפיקציה, היא אינה נלקחת בחשבון ביחס לסמכות עניינית.
תקנת השבים	החיסיון גובר על עקרון פומביות הדיון למרות החריגים הרבים של החוק. ההסדר מהווה צינור ליניקת עקרונות המשפט העברי ביחס לזכות. יצירת השפעה על דיני לשון הרע בכך שפרסום על הרשעות שהתיישנו או נמחקו לא יספק הגנה של "אמת דיברתי".

1. הצעות פתרון קיימות

טרם ההצגה של הצעת הפתרון, נרחיב מעט ביחס להצעות קודמות וקיימות שהועלו מטעם החברה האזרחית והמחוקק. אגב הצגת האפשרויות הקיימות, נתייחס ליתרונות ולחסרונות של כל אפשרות ונסה לראות מדוע הצעתנו מהווה סימביוזה בין ההצעות השונות, הדין הקיים והדין המשווה. זאת, במטרה לייצר הגנה מיטבית על האינטרסים השונים שמונחים על הכף בעת מימוש הזכות להישכח. כפי שנראה, אנו סבורים שיש מקום לייצר הבחנה בין אוכלוסיות שונות ביחס לזכות על מנת להוביל לאיזון שהוא מחד גיסא פשוט, מהיר ונגיש, ומאידך גיסא תפור למידותיה השונות של כל אחת מן האוכלוסיות.

1.1. תיקון 14 לחוק הגנת הפרטיות

ההסדר המקיף ביותר המוצע כיום נעשה במסגרת תיקון 14 לחוק הגנת הפרטיות. להלן יובאו עיקרי הדברים בתמצות.

ס'15(א) המוצע לחוק מעניק שלוש אמתלות למחיקה: המידע האישי איננו נחוץ עוד למטרה שלשמה נאסף; נושא המידע חזר בו מההסכמה שנתן; ועיבוד המידע נעשה בניגוד לחוק. ס'15(ב) המוצע מחייב את בעל השליטה במידע לנקוט בצעדים סבירים על מנת למחוק את המידע, ואם המידע הועבר - ליידיע גם את בעלי השליטה הנוספים. ס'15(ג) המוצע מעניק שלוש סיבות לדחות את הבקשה: מחיקת המידע תפגע בחופש הביטוי או בזכות הציבור לדעת; עיבוד המידע דרוש לפי חוק, או שמחיקת המידע תפגע ביכולת להתגונן מפני תביעות משפטיות; או למטרות של מחקר מדעי, סטטיסטי או מחקר עם כל אינטרס ציבורי.⁴¹⁶

ההסדר לעיל אכן מוביל במידת מה לאימוץ של הנורמות האירופיות של ס'17 ל-GDPR, אולם אנו סבורים שיש מקום להסדרים נוקשים יותר ביחס לחובת המחיקה. בפרט, יש להעמידה תוך סד זמנים נוקשה יותר, ולא תחת הסטנדרט המעומעם של סבירות. זאת, במיוחד לנוכח העובדה כי תגובות לבקשות מטעם הזכות להישכח יכולות להיות קריטיות: כל זמן שבו מידע מסוים מצוי באופן לא מוצדק במנועי החיפוש, ההשפעה השלילית שלו מתרבה – כאשר בנקודת זמן מסוימת ריבוי הדיווחים על קיומו של מידע מסוים מעמיד קושי פרקטי ממשי בהסרת כל המידע הנוגע לעניין זה. כמובן, ישנו מקום לשקול חריג לרף גבוה או להסדר נוקשה שכזה, לדוגמה במקרים של חברות קטנות (אשר דרישת המחיקה הנוקשה תטיל עליהן עלויות גבוהות ובלתי סבירות) או ביחס לחברות הזנק (סטארט-אפ) אשר צריכות להתבסס בטרם יהיה ביכולתן להעניק סעדים מסוימים תחת הסדר נוקשה. מעבר להטלת דרישה מחמירה במקרים מסוג אלו, עלול להיווצר מצב בו חברות שאין להן את הזמן או היכולת לבדוק בקשה למחיקת מידע, יבחרו למחוק מידע באופן שמייצר אפקט מצנן על חופש הביטוי וערכים מתחרים נוספים.

כמו כן, לשיטתנו יש מקום להבהיר את סוגית הסעדים ביחס לאי-מימוש המחיקה תחת הוראות החוק המחייבות. כלומר, קבלת צו מבית המשפט אכן יכולה להיות הכרחית בהינתן דחיפות הבקשות – כאשר הדבר נעשה בחוסר תום לב מצד בעל השליטה במידע. עם זאת, מוטב להבהיר את אמות המידה השיפוטיות במתן צו כזה, באופן שלא יחרוג ממערך הסעדים הקלאסי של הזכות ושל דיני הפרטיות ככלל. כלומר, במצב בו חוטא יוצא נשכר ובעל השליטה מניב ערך של ממש משימור המידע, מספר ענפים משפטיים יכולים להיות רלוונטיים, אך מוטב להגדיר את שיקול הדעת השיפוטי ביחס לסוגיה זו באופן מתוחם יותר.

בנוסף, מוטב לחדד את סוגיית שימור הנתונים על ידי רשויות המדינה, בייחוד לנוכח דומיננטיות הטעמים הביטחוניים הקשורים בשימורו של המידע, ולייצר הבחנה בין הנושאים השונים של המידע – נושאי מידע שהם "המטרות המודיעיניות" לעומת אלו שהמידע שנאסף עליהם נעשה אגב אורחא הפעולה, ומוטב לייצר הסדר מדוקדק יותר ביחס לכך.⁴¹⁷

416 רחל ארידור - הרשקוביץ ותהילה שוורץ-אלטשולר, **הצעת חוק הגנת הפרטיות, התשע"א-2019** 82-78 (2019).

417 עמיר כהנא ויובל שני **רגולציה של מעקב מקוון בדין הישראלי ובדין המשווה**, 250-249 (2019).

1.2. איגוד האינטרנט הישראלי

איגוד האינטרנט הישראלי דן בזכות הפרטיות של ילדים ובמסגרת עבודתו הציע שינויים במצב החקיקתי כיום. לגישת האיגוד, זכותם של קטינים תהיה רחבה יותר מזו של בגירים, גם בהיבטי ex-ante וכן ביחס להצעות המתמודדות עם פגיעה שכבר נעשתה ex-post.⁴¹⁸ לכן, הציע האיגוד להוסיף סעיף ייעודי בחוק הנוגע לחזרה מהסכמה בנוגע למידע על קטינים. במסגרת זו, הוצע שלקטינים תהיה הזכות לביטול הסכמה, ללא קשר לנותן ההסכמה (לרוב, ההורים) – וזו תוביל למחיקה אוטומטית של המידע עליהם. עילות הסירוב לא פורטו במסגרת הצעה זו, אלא מוצע כי הסירוב יינתן בכתב ויוקם מנגנון ערעור עליו במסגרת בית המשפט.

ביקורות נוספות על אי-התאמת דיני הפרטיות היום לילדים הובאו בדו"ח מבקר המדינה בנושא זה, שהפציר במשרד המשפטים לקדם את התאמת החוק.⁴¹⁹ כמו כן, תקנות ה-GDPR גם הן מעניקות חשיבות מיוחדת לזכות להישכח בהקשרים של קטינים, ויבוא של הסדר זה חיובי.⁴²⁰

עם זאת, סעיף זה כולל גם הוא בעיות מספר, הנובעות מאי-תחולה מלאה של הסדרי הזכות להישכח. בעיקר, ס'13(ב) (3) המוצע, הנוגע לסירוב מחיקת המידע, אינו מגדיר את עילות הסירוב שניתנות לבעל השליטה במידע, אלא רק דרישת "שיקולים ענייניים". אנו סבורים שמדובר, אפוא, בתיבה רחבה מדי, המאפשרת לכלול שיקולים שהם מעבר לאלו המקובלים בנוגע למחיקה של מידע, ומוטב להגדיר רשימה סגורה של שיקולים שניתן לשקול, גם ביחס לקטינים. כמו כן, גם כאן אנו סבורים שיש מקום להגדיר לוח זמנים נוקשה יותר לדרישת המחיקה – על מנת לוודא שהיא אפקטיבית, מן הטעמים שפורטו לעיל.

כפי שנראה בהמשך, אנו מקבלים את העמדה לפיה רצוי שהזכות של קטינים להישכח תהיה רחבה יותר מזו של בגירים, לנוכח יכולת הסכמה מוגבלת יותר והמשקל הרב יותר הנובע משיקולים של פתיחת דף חדש. בפועל, הדבר צריך להיעשות במסגרת שיקול דעת מצומצם יחסית שניתן לבעל השליטה במידע. לרשימה מצומצמת ישנה יתרון מובהק והוא קלות המחיקה – ככל שישנם פרמטרים מוגדרים היכולת של בעל השליטה לקבל החלטה היא מהירה ופשוטה יותר, ולדבר ישנו משנה חשיבות כאשר מדובר על קטינים.

1.3. מחלוקות בנוגע להסדרים נוספים

הצעות אלו מצטרפות למספר הצעות חוק שהוגשו בנושא, אשר כוללות הסדרים שונים הנוגעים לתנאי המחיקה. אחד ההבדלים המרכזיים בין הצעות החוק השונות הוא השאלה אם הקריטריונים המצדיקים את המחיקה הם אובייקטיביים או סובייקטיביים. בעוד שאחת ההצעות הקימה את הזכות במצב בו אדם "רואה עצמו נפגע מפרסום מידע אישי",⁴²¹ הצעה אחרת מבקשת להקים את הזכות במצבים בהם קמה "פגיעה בפרטיות" כפי שזו מוגדרת בחוק הגנת הפרטיות, דהיינו, פגיעה אובייקטיבית.⁴²²

418 סאני כלב פרטיות ילדים בעידן האינטרנט מדיניות הסדרה מוצעת 68-69 (2016).

419 מבקר המדינה היבטים בהגנה על הפרטיות במאגרי מידע – דו"ח שנתי 2016, 10 (2016).

420 General Data Protection Regulation, Recital 65.

421 הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכון להישכח), התשע"ד-2014, פ/2648/19; הצעה זזה הוגשה על-ידי ח"כ מרב בן ארי: הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכות להישכח) התשע"ז-2017, פ/3867/20.

422 הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכות להישכח), התשע"ו-2016, פ/3066/20; הצעה זזה הוגשה על-ידי ח"כ שלח ויזהר שי: הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכות להישכח), התש"ף-2020, פ/54/23.

נבהיר כבר כעת כי קיומם של סטנדרטים סובייקטיביים ביחס לזכות להישכח אינם רצויים מכמה טעמים עיקריים:

(1) שיקול הדעת הרחב שניתן לבעלי השליטה במידע – כאשר מדובר בסטנדרט סובייקטיבי, על מנועי החיפוש להעריך פגיעה ללא אמות מידה מנחות, דבר שעלול להוביל לפגיעה בשוויון ולהוביל למחיקה של מידע באופן שמשכתב את ההיסטוריה הפרטית של אדם וסותר את האינטרסים הציבוריים בגין הותרת המידע.⁴²³

(2) הדבר איננו עולה בקנה אחד עם הטעמים בדבר הזכות להישכח – בקשות מחיקה סובייקטיביות אינן מקדמות בהכרח שיקום ו"פתיחת דף חדש" או הגנה על הפרטיות באופן שאמור להיות מוגן על ידי הזכות. הרחבה כזו של הזכות מייצרת איזון לא פרופורציונלי עם הזכויות האחרות העומדות על הכף. כך למשל, שקילת שיקולים סובייקטיביים עלולים לייצר פגיעה רחבה יתר על המידה בזכות לחופש הביטוי, במיוחד בהקשריה העיתונאיים (אינדיקציה לכך היא בגידול במספר הפניות להסרת כתבות עיתונות), שכן עיתונות אמורה לפרסם דברים שעלולים לפגוע במושאי הכתבה, אך האינטרס הציבורי בהותרתם גבוה.

בהקשר זה, אנו סבורים שיש ללמוד מן הניסיון בדיני זכויות האדם האירופים והביקורות הרבות על פסק הדין בעניין, שהובילו להתערבות מעמיקה מדי בתוכן העיתונאי ויצרו אפקט מצנן של ממש. כמו כן, נבקש לאשש את מסקנות בית הדין, לפיהן יש להתאים את הנורמות להערכת הפגיעה למקובל בשיח האינטרנטי, ומכאן שלא כל אמירה באינטרנט יכולה להוביל לקבלת סעד של מחיקה.

(3) תמריץ שלילי להסרת יתר בשל עלויות – הליך בחינת הבקשה על ידי מנוע חיפוש אינו הליך שיפוטי, אלא מדובר בבקשות שמוגשות לפטפורמות תוכן דיגיטליות אשר אין ביכולתן להעריך באופן מדויק את הראיות. בנוסף, להבדיל מהליך שיפוטי, אין כללי קבילות בהליכים מסוג אלו. נסיבות אלו מובילות ככלל לבעיות, גם מבחינת היכולת של הפלטפורמה להעריך באופן חד את הבקשה, וגם מבחינת הבחירה של פלטפורמות לפטור את עצמן מהבעיה באמצעות אימוץ מדיניות של הסרת-יתר של ביטויים. כלומר, ישנו חשש של היווצרות תמריץ שלילי שיוביל פלטפורמות לבחור בהסרה של מידע גם במקרים לא מתאימים, מתוך רצון לחסוך בעלויות הבירור. כמו כן, נבקש להזכיר שהמגמה בדיני האיחוד האירופי מבקשת להקל על מנועי החיפוש בדחיית בקשות במובן זה שאיננה דורשת מהם להרחיב את הבירור הראייתי ביחס לבקשות המוגשות אליהם, דבר שעלול להיגרר כתוצאה מסובייקטיביות של הסטנדרט.

(4) פתח להטעיה ושימוש לרעה בזכות – השימוש בסטנדרט סובייקטיבי עלול להוביל להשתקה קלה ופשוטה יחסית של ביטויים ביקורתיים, ובעיקר, להעמיד את מנוע החיפוש בפני בעיה ערכית. אך הפתרון שלה צריך להיות ברור: לא ניתן להשתמש בזכות להישכח ככלי להשתקה. שימוש זה לרעה עלול להיות דומה לזה של תביעות השתקה בדיני לשון הרע - תביעות משפטיות שנועדו למנוע פרסום ביקורת מצד ולהשתקת דיון ציבורי.⁴²⁴ נבהיר שככלל, עילות הדחייה (בפרט של אינטרס ציבורי) יספקו בלם יעיל לשימוש לרעה בזכות להישכח, לצד כלל האצבע לפיו במרבית המקרים הזכות להישכח לא תעמוד לדמות ציבורית.

423 תהילה שוורץ-אלטשולר "הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון - הזכות להישכח) התשע"ה 2015" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** 3-2 (2015).
<https://www.idi.org.il/media/3625/forgetfulness.pdf>

424 רחל ארידור-הרשקוביץ ותהילה שוורץ-אלטשולר, **תביעות השתקה: מאפיינים סכנות ודרכי התמודדות**, מחקר מדיניות 166 20-14 (2022).

2. מבט קדימה: הצעה לעיגון הזכות להישכח בחוק הישראלי

בדומה להצעות שהוצגו לעיל, גם אנחנו מאמינים שהדרך הראויה לביסוס הזכות היא באמצעות חקיקה מפורשת וסדורה. שכן, כפי שהראינו, המצב כיום בדין אינו כולל את כל הסיטואציות המוגנות על ידי הזכות במקומות אחרים בעולם, ובמיוחד, ההליכים המשפטיים שמקימים את סעד המחיקה הם ארוכים, יקרים וכפופים לסטנדרטים משפטיים מצמצמים יחסית.

ככלל, אנחנו רואים חשיבות וחייבות רבה בהסדר המוצע במסגרת תיקון 14 לחוק הגנת הפרטיות. עם זאת, סבורים אנו כי יש מקום להבחין בין אוכלוסיות שונות במסגרתו ולהבטיח הגנה מתאימה, תוך עריכת האיזון המתאים בידי המדינה (ולא בידי תאגידי הטכנולוגיה) ביחס לאוכלוסיות שאליהן הזכות רלוונטית, באופן דומה למוכר בישראל ובעולם בהקשרים הללו.

חשוב לציין, כי אם תיקון 14 לחוק הגנת הפרטיות יבשיל לכדי חקיקה מחייבת, המשמעות תהיה שהרשות להגנת הפרטיות בישראל תקבל כלים משמעותיים ביותר על מנת להשפיע על מאזן הפרטיות בישראל, ובפרט בהיבטים של אכיפה. בהתאם, ראוי לשקול להעניק בכל הסדר עתידי הנוגע לזכות להישכח מקום מיוחד לרשות הגנת הפרטיות, אם בתור גוף מייעץ אשר יוכל להכווין מדיניות, או - ואולי גם בנוסף - בתור ערכאה מעין-שיפוטית אשר יכולה להכריע לגבי מחלוקות בין מבקשים לבין פלטפורמות תוכן דיגיטליות (זאת בדומה למנגנון אליו התייחסנו באיחוד האירופי, לפיו כל הפרה של זכות מסל זכויות הפרטיות, כולל כמובן הזכות להישכח, היא עילה להגשת בקשה לרשות להגנת הפרטיות המדינתית, שתחליט בסוגיה מבלי להצטרך בשלב הראשון לפנות לבית המשפט המקומי או לבית הדין האירופי).⁴²⁵ הדבר יוכל להיות גם יעיל יותר וגם לקדם הישענות על רשות המתמחה בנושאי פרטיות ואשר מהווה את הגוף המרכזי בישראל בתחום.

בכל מקרה, נכון להיום, אנו מבקשים לקדם הסדר אשר יוכל לייצר הלימה עם דיני הגנת הפרטיות הקיימים, על מנת למנוע מצב בו הזכות להישכח מובילה להפרת האיזונים הכלליים הנוגעים לפרטיות, אך תוך קידום הזכות על פני אינטרסים אחרים. על כן, כאשר החוק להגנת הפרטיות במתכונתו הנוכחית מעניק איזון ספציפי, נבקש לקרוא את האיזונים לאורן, כפי שיודגם בהסדר המוצע.

בחלק זה של המסמך, אנו מציעים שלושה הסדרים נפרדים בהם תעוגן הזכות:

1. זכות להישכח "רחבה" לתוכן שפורסם בנוגע לאדם שהיה בעת הפרסום קטין.
2. זכות להישכח "צרה" לאדם שפורסם לגביו מידע בהיותו בגיר.
3. זכות להישכח בהקשר של עבריינים מורשעים שעבירתם נמחקה מהמרשם הפלילי.

2.1. הזכות להישכח לקטינים

הזכות לפרטיות ככלל והזכות להישכח בפרט חשובות במיוחד עבור קטינים, כאשר החוק הישראלי מגדיר קטין בתור אדם מתחת לגיל 18.⁴²⁶ לדיני הגנת הפרטיות של קטינים שלושה אדנים מרכזיים: התחייבויותיה הבינלאומיות של המדינה; דיני הגנת הפרטיות הכלליים, אשר חלים על ילדים באותו האופן שבו הם חלים על מבוגרים; ודיני הגנת פרטיות ספציפיים לקטינים.

425 קלר, ה"ש 78 לעיל, בעמ' 359.

426 ס' 3 לחוק הכשרות והמשפטיות והאפוסטרופוסות, התשכ"ב-1962.

במישור הבינלאומי, זכות הפרטיות של הקטינים מוגדרת בס' 16' לאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד, אותה ישראל אשררה, אשר קובע כי לא תהיינה התערבות שרירותית בפרטיותו של ילד. ככלל, חזקת ההתאמה הפרשנית מהווה כלי להגברת תאימות הדין הישראלי להתחייבותיה הבינלאומיות, ולפיה על החקיקה הפנימית הישראלית להימנע ככל הניתן מסתירות עם המשפט הבינלאומי, גם אם לא נקלט בחקיקה הפנימית הישראלית.⁴²⁷ חזקת ההתאמה הפרשנית אכן השפיעה בעבר, ברמה המעשית, על פסיקה הנוגעת לזכויות ילדים.⁴²⁸

ניתן לאתר הגנות פרטיקולריות על זכויות הפרטיות של ילדים מכוח מספר הסדרים חקיקתיים: ס' 14 לחוק זכויות התלמיד מעמיד חובת סודיות ביחס למידע על אודות תלמידים שנמסר לבעלי מקצוע,⁴²⁹ וסעיפים 23-24 לחוק הנוער אוסרים על פרסום פרטים של קטין במצבי קיצון מסוימים, כמו התאבדות או הבאה בפני בית המשפט, וכן כל הנוגע לטיפול פסיכיאטרי (כאשר מדובר על דין קוגנטי).⁴³⁰ כך הדבר גם בהקשרים רפואיים נרחבים.⁴³¹

האינטרנט בכלל, והרשתות החברתיות בפרט, הפכו ברבות השנים לזירה המרכזית בה צעירים מבליים את זמנם ומתקשרים האחד עם השנייה. בהתאם, משרד החינוך ניסה להסדיר את הנושא הזה בחוזר מנכ"ל ביחס לדרכי התקשרות ברשתות החברתיות,⁴³² תוך קידום חינוכי של נורמות התנהגותיות ראויות במרחב המקוון, היכרות עם מצבי סיכון שונים, בריונות ופרטיות. הסדרים נוספים קשורים בשמירה על פרטיות באתרי אינטרנט בית ספריים, למשל.⁴³³

אלו מכירים בכך כי מדובר באוכלוסייה אשר נמצאת בתהליך התפתחות מואץ ותחת לחץ חברתי ומשפחתי תמידי, שהופכים אותם לפגיעים במיוחד. בהקשר של הזכות להישכח, ברי כי פרסומים פוגעניים עשויים לפגוע בהערכה העצמית של הקטין, בביטחונו וביכולתו לפתח מיומנויות חברתיות, ובהתאם הם ראויים להגנה מוגברת כלפיהם מצד המדינה.⁴³⁴

לא זו אף זו, אלא שבשל שיקול הדעת המוגבל של קטינים, ראוי להקל בהסדרים המשפטיים המעניקים להם את האפשרות לפתוח דף חדש ולהשתקם ממעשי העבר שלהם, כאשר מדובר בהנחה כללית בדין הקשור בילדים, כפי שהעדפתו של חוק הנוער היא שיקום על פני ענישה.⁴³⁵

427 ראו לעניין זה: זיו בורר "תחולת 'חזקת ההתאמה הפרשנית' במישור החוקתי: האם יש לפרש את חוקי היסוד לאור המשפט הבינלאומי?" **עיני משפט** מ"ו 1, 16-6 ובמיוחד 12-16; תומר ברודי "מעמדו של המשפט הבינלאומי במשפט המדינתי" **משפט בינלאומי** 65, 67-68, 70 (מהדורה שלישית, יעל חונן ורובי סייבל עורכים 2016); אהרן ברק **פרשנות במשפט – פרשנות חקיקה** כרך ב 576-577 (1993).

428 ית"ד, ראו פסקאות 4, 7, 9 לפסק דינה של השופטת דורנר, באשר לזכות לחינוך מיוחד; באשר לאי-חוקיות של ענישה פיזית של ילדים ראו: בע"פ 4596/98 **פלונת נ' מדינת ישראל**, נד(1), פס" 28 לפסק דינה של השופטת ביניש (2000); ביחס לזכות לחינוך ואי-הפליה במתנו ראו: בג"ץ 7426/08 **טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך פרוץ יולי תמיר**, סד(1) 820, פס" 14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2010); ביחס לחזקת ההתאמה הפרשנית והמעמד המנהגי של האמנה ראו: ע"פ 9937/01 **רעי חורב נ' מדינת ישראל**, נח(6) 738, פס" 9 לפסק דינו של השופט לוי (2004).

429 ס' 14 חוק זכויות התלמיד, תשס"א-2000.

430 ס' 23-24 חוק הנוער (טיפול והשגחה), תש"ך-1960.

431 למשל ס' 1 חוק לגילוי נגיפי איידס בקטינים, תשנ"ו-1996.

432 ס' 9 חוזר מנכ"ל תשעב/4(א).

433 ס' 3 חוזר הוראות קבע סג/7(א).

434 ראו: Anna Bann, Children and the 'Right to be Forgotten': What the Right to Erasure Means for European Children and (2019) 31 MEDIA INT'L AUST'L 39-41 (I) 170. Why Australian Children Should Be Afforded a Similar Right. בנוסף, הפגיעה עשויה להיות

אף בזכות להתפתחות, שהיא זכות ייחודית לילדים המעוגנת בס' 6(2) לאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד (1989), אליה מדינת ישראל הצטרפה ואף אשררה. ילדים נמצאים בתהליך התפתחות מואץ ופגיע ועל כן מוטלת על המדינה חובה מיוחדת להבטחת התפתחותם ולהגן עליהם באופן מיטבי והוליסטי. ראו: תמר מורג, יעל סבג, דניאלה זלוטניק וטל ארזי "הבטחת זכויות ילדים ובני נוער בישראל בעת משבר הקורונה - מבט לאור האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד" 53 **רפואה ומשפט** 17, בעמ' 40, 46, 55 (2021). ראו: Information Commissioner's Office (ICO), Consultation: children and the GDPR guidance 50 (2018).

<https://ico.org.uk/media/about-the-ico/consultations/2172913/children-and-the-gdpr-consultation-guidance-20171221.pdf>

435 ס' 1א חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971.

ראוי לציין שמענה מוגבל בהקשר זה ניתן על ידי המטה הלאומי להגנה על ילדים ברשת (מטה 105),⁴³⁶ אשר מיועד לטפל באופן הוליסטי בפגיעות בילדים ובני נוער במרחב המקוון. מהמלצות ועדת ארבל עולה כי יש לערוך שינויים להתאמת הדין הקיים ולאפשר התמודדות הולמת וסעד אפקטיבי מהיר מול בריונות ברשת כלפי קטינים ועל ידם.⁴³⁷ סיבה מרכזית לכך היא שאירועי הפצת תמונות וסרטונים מביכים, לצד חרם ובריונות ברשת, מהווים את הקטגוריה השנייה בגודלה בפניות השכיחות למוקד.⁴³⁸ כפי שראינו, המדיניות של גוגל מעניקה לקטינים הגנה מצומצמת להורדת תכנים ממנוע החיפוש.

חשוב לזכור כי כאשר מדובר בפרסומים פוגעניים ברשת, חשש מרכזי הוא האפשרות של הפצה נרחבת באופן חוזר ונשנה.⁴³⁹ לצד פעולות ברמת האכיפה הפלילית, למשל החמרת הענישה המוגדרת כיום בחוק, חשוב לחזק גם את מנגנוני האכיפה האלטרנטיבית והכלים המשפטיים להתמודדות עם בריונות ברשת.⁴⁴⁰ משכך, הכרה בזכות להישכח תתרום גם למניעה מראש של בריונות ברשת, או בלימת הסלמה שלה, וגם בתור מנגנון משקם המתמקד בפרסום עצמו ולא במפרסם.

אנו מבקשים לייצר מסלול ייעודי למימוש הזכות להישכח בקרב פרסומים הנוגעים לקטינים, ובפרט לאפשר למחוק מידע כאשר קטין חוזר בו מהסכמתו בכל הנוגע למידע על אודותיו אשר נאסף בהיותו קטין, גם אם בעת הגשת הבקשה כבר איננו קטין.⁴⁴¹

נבהיר, שבכל אחד מהשלבים של המנגנון נפקות אישור בקשת המחיקה איננה רק מחיקה של המידע אלא גם הפניית הדרישה אל בעלי שליטה במאגרים נוספים שבו המידע נמצא בהקדם האפשרי הניתן, כאשר דרישה זו תפורש בהתאם להקשר המחיקה - למשל, אם מדובר בהפצה של מידע רגיש במיוחד, ידובר על ימים ספורים בלבד.

המנגנון המוצע כולל שלושה שלבים על מנת להבטיח הגנה מיטבית על זכותו המוגברת לפרטיות של הקטין:

(1) בשלב הראשון, תוגש פנייה מטעם הקטין למפרסם הישיר של המידע על אודותיו. בפנייה זו תידרש מחיקת המידע מאחד הטעמים הבאים: חזרה מהסכמה, חוסר רלוונטיות של המידע ואי-חוקיות העיבוד. עם זאת, ניתן יהיה לדחות את בקשת המחיקה מסיבות שיוצגו בהמשך. **הסדר זה כולל חזקה פרשנית לטובת בקשת הקטין, ובהתאם הנטייה תהיה לאשר את בקשות המחיקה הללו, למעט במקרים בהם האינטרס הציבורי חזק מאוד, למשל בנוגע לעבירות פליליות חמורות.** במסגרת הליך זה, ישנו מקום לשקול דרישה נוקשה יותר מפלטפורמת תוכן העומדת בפני בקשה למחיקה - אם מדובר במידע רגיש במיוחד. מנגנון שכזה צריך להביא בחשבון, באופן טבעי, את היכולות המעשיות של פלטפורמות תוכן דיגיטליות להתמודד עם הבקשה ולהיענות אליה בסד זמנים סביר אשר תואם ליכולות ולמשאבים שלהן.

436 ראו החלטה 1006 של הממשלה ה-34 "הקמת מערך למניעת אלימות ופשעים נגד ילדים ובני נוער ברשת (מערך מאו"ר)" (17.1.2016); החלטה 1972 של הממשלה ה-34 "מערך למניעת אלימות ופשעים נגד ילדים ובני נוער ברשת (מערך מאו"ר)" (27.9.2016).

437 הוועדה לגיבוש אמצעים להגנה על הציבור ונושאי משרה בשירות הציבור מפני פרסומים פוגעניים, כמו גם בריונות ברשת האינטרנט, דין וחשבון, משרד המשפטים, נובמבר 2020 (להלן: "דו"ח ועדת ארבל").

438 ראו דו"ח מסכם מוקד 105 לשנת 2020, יחידה 105, המטה הלאומי להגנה על ילדים ברשת, להב 433.

439 תופעה זו, על כל היבטיה, טומנת בחובה סיכון לפגיעה בבריאותו הנפשית והגופנית של הקטין. ראו ד"ר יסכה מוניקנד-גבעון "אלימות מקוונת כלפי קטינים" **הכנסת, מרכז מחקר ומידע** (2021). להמחשה ראו: המועצה הלאומית לשלום הילד **ילדים בישראל שנתון 2021**. בשנת 2020 דווח כי 68% מבני הנוער (17-13) היו פעילים באינסטגרם, 42% מבני הנוער היו פעילים בטיקטוק, 32% היו פעילים בפייסבוק. כמו כן, 79% מבני הנוער דיווחו שביצעו פעולות כדי למנוע איסוף מידע עליהם ברשת. יתרה מזו, 43% מהם טוענים שהם נמנעים מלהעלות תמונות מסוימות. לדיון נוסף, ראו: Sameer Hinduja & Justin W. Patchin, *Bullying, Cyberbullying, and Suicide*, 14 ARC. OF SUICIDE R. 206 (2010).

440 ראו פרקליטות המדינה **דו"ח מסכם**, 76 (2021).

441 לשם ההשוואה, לפי משרד נציב המידע בבריטניה, חובת המחיקה למידע שפורסם כאשר היה המבקש ילד מתחייבת ככל שהדבר אפשרי. זאת, אף המבקש כבר אינו ילד בזמן הבקשה: the GDPR and the ICO "Consultation: children and the GDPR" Information Commissioner's Office (ICO) guidance" 49 (2018) <https://ico.org.uk/media/about-the-ico/consultations/2172913/children-and-the-gdpr-consultation-guidance-20171221.pdf>.

(2) אם הלה יסרב או ייכשל להשיב תוך הזמן הדרוש מרגע הפנייה, תעמוד לרשותו של הקטין האפשרות לפנות לפלטפורמה בה התוכן פורסם בדרישה למחוק את המידע תוך 48 שעות, כאשר מדובר בשיקולים זהים לאלו של השלב הראשון. אם יוחלט על סירוב למחוק את המידע, נימוקי הסירוב יפורטו בכתב ויישלחו למבקש יחד עם הודעת הסירוב. **חובת הנימוק תהיה מורחבת יותר ביחס לקטינים** בשל חומרת הפגיעה בזכויותיהם, בדומה לזו שמוקנת בהקשרים אחרים,⁴⁴² בהמשך לקו שקודם על ידי ועדת הנדל לפיו יש לראות במפעילי פלטפורמות בתור גופים דו-מהותיים.⁴⁴³

(3) לבסוף, אם גם בהליך זה הפלטפורמה סירבה, ניתן יהיה לערער על החלטה זו לרשות להגנת הפרטיות, שתעמוד לה הסמכות להכריע לכאן ולכאן, ולבסוף ערעור על החלטת הרשות יתבצע בפני בית משפט בהליך מהיר יחסית להוצאת צווים. בדומה להליך האנגלי, בפני בית המשפט יעמדו מגוון צווים, כמו הגבלת עיבוד מידע ומחיקה.

כאמור, נציע לאמץ חריגים לחובת המחיקה. חריגים אלו יהיו הבסיס לשיקול הדעת שיופעל על ידי המפרסם, הפלטפורמה או בית המשפט, בכל אחד משלושת השלבים שתוארו לעיל. להלן פירוט החריגים: (1) כאשר למידע יש עניין ציבורי, בין היתר, מטעמים של שמירה על הסדר הציבורי, בריאות הציבור, ביטחון, חופש הביטוי וזכות הציבור לדעת;⁴⁴⁴ (2) כאשר הפרסום נצרך לצורך הגנה על אינטרס חוקי של אדם אחר, כאשר האינטרס הפרסומי עולה על זה של המבקש למחוק את המידע;⁴⁴⁵ (3) כאשר המידע דרוש לעיבוד מדעי, סטטיסטי, היסטורי, אומנותי או כל שימוש אחר המשרת את האינטרס הציבורי.

הסדר זה מייצר חובות מיוחדות המרחיבות את תחולת הזכות באשר לקטינים, באופן שהולם את ההתחייבויות השונות של ישראל לכך מכוח האמנה בדבר זכויות הילד. כך, למשל, החזקה בזכות המחיקה, וכמותה חובת הנימוק המוגברת, קשורות בחובה למניעת שרירותיות בשלילת הזכות לפרטיות של ילדים. בהקשר זה, המקורות הקלאסיים של חובת ההנמקה קשורים במניעת שרירותיות בקבלת החלטות.⁴⁴⁶

גישתה של ועדת הנדל בסוגיה זו פותחת צוהר להטלת חובות רבות מכוח המשפט הציבורי, מתוך הנחה שמדובר על חברה פרטית אמנם, אך כזו שממלאת פונקציה ציבורית.⁴⁴⁷ הדבר נכון ביתר שאת לנוכח שיקול הדעת הנרחב שניתן למפעילים באיזון האינטרסים השונים, במצב הדברים הנוכחי. בהתאם, אנו מציעים להרחיב את החובות הכוללות, בין היתר, אחריות מוגברת,⁴⁴⁸ כאשר זהו אחד הביטויים לכך. יתרון נוסף הוא שחובת ההנמקה המורחבת בהקשר זה מקלה על ההתערבות השיפוטית ומגבירה את הוודאות.

כפי שתיארנו לעיל, כבר במצב המשפטי כיום, הקניית שיקול דעת לבית המשפט מקלה ביחס להוצאת צווים זמניים מכוח הזכות,⁴⁴⁹ ואנו מציעים כי רף ההתערבות השיפוטי יהיה רחב יותר מזה שנקבע ופורש ביחס להלכת בר-נוי.⁴⁵⁰ כך, בהקשר לקטינים, בית המשפט יאפשר את הותרת המידע כאשר לדבר ישנה חשיבות ציבורית רבה, הגוברת באופן מובהק על זכותו של הנפגע לפרטיות ו/או על טובת הילד.

442 דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** 425 (כרך א, 2010) (להלן: "ברק-ארז").

443 הצוות המייעץ לשר התקשורת לבחינת האסדרה על פלטפורמות תוכן דיגיטליות **דוח המלצות הוועדה** 10-9 (2022) (להלן: "ועדת הנדל").

444 להשוואה ראו ס' 10 לחוק חופש המידע, תשנ"ח-1998.

445 להשוואה ראו סעיף 5 (3) לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965.

446 ברק-ארז, ה"ש 442 לעיל, בעמ' 423.

447 אסף הראל **גופים ונושאי משרה דו-מהותיים** 78-72 (2019) (מהדורה שנייה).

448 רונית דוניץ קידר "לא פרטי, לא ציבורי: לקראת תפיסה חדשה של אחריות" **משפטים** מג 1127, 1140 (2013).

449 Accessible LTD, ה"ש 392 לעיל, פס' 23.

450 ראו דיון לעיל בסקירת המשפט הישראלי.

לטעמנו, ראוי במסגרת הליך זה להעניק גם מקום משמעותי יותר למטה 105, אשר בכוחו לסייע למבקשים לממש את זכותם. זאת, מכיוון שהמטה עובד בשיתוף פעולה מלא עם הרשות החברתית ויש ביכולתו להגיש מידע ולסייע למבקשים ברמה המעשית. בהקשר זה, המטה יכול לייצג במקרים בהם הפלטפורמות המקוונות יסרבו לבקשת המחיקה ולסייע בהחלטה אם לפנות לבית המשפט.

עמדתנו מעניקה מקום חשוב גם לרשות להגנת הפרטיות. ראשית, בדומה להליך המעוגן בס' 77 ל-GDPR, השגה על החלטת הפלטפורמה תובא לרשות, וזו תכריע בסוגיה טרם הבאת ההליך לבית המשפט. שנית, משום שאנו מעוניינים לאפשר מחיקה של המקור אצל המפרסם הראשוני, במטרה למנוע את בעיות ההסדר בקליפורניה, אנו סבורים שעל הרשות להגנת הפרטיות לפרסם הוראות וקווי יסוד ביחס ליישום עילות הדחייה והקבלה של הזכות. אלו יסייעו למפרסמים ליישם אותה, דבר שאנו סבורים שיגביר ציות לדין ויוביל לפיתוחן של אמות מידה שוויוניות.

2.2 הזכות להישכח לבגירים

חשוב להסדיר את הזכות להישכח גם עבור בגירים, במטרה לקדם את השיקולים השונים בהם דנו ביחס לזכות לפרטיות של אדם. למשל, וכפי שתיארנו לעיל, הגישה הרווחת בקנדה היא זו של עקרון הפרטיות כשליטה.⁴⁵¹ בהתאם, הזכות להישכח בעידן הדיגיטלי עומדת בלב החירות המודרנית ומדגישה את הקשר בין פרטיות לאוטונומיה.⁴⁵² חשוב להביא לידי ביטוי שיקולים אלה גם בדיני הגנת הפרטיות בישראל, במיוחד בבואנו לקרבם למציאות של החיים המודרניים. כמובן, כפי שנסביר להלן, עוצמת השיקולים הרלוונטיים והאיזון ביניהם שונים כאשר מדובר בבגיר, לעומת קטין או אוכלוסייה בסיכון אחרת, ומכאן חשוב לתפור חליפה אשר מותאמת לקבוצה הרלוונטית.

במישור הפרוצדורה אנו מציעים הליך דומה לזה שהצענו ביחס לקטינים: פנייה למפרסם הישיר, פנייה לפלטפורמה, השגה לרשות להגנת הפרטיות ולבסוף זכות ערעור לבתי המשפט. עם זאת, בניגוד להסדר המוצע לקטינים – לא תקום חובת הנמקה מוגברת, או חזקה כלשהי לטובת הבגיר בעת יצירת האיזון בין עילות המחיקה והסירוב, בדומה להסדרים המצויים בעולם, ובמרכזם ההסדר האירופי. נוסף, בהתאם לעמדתנו על תקנות התאימות, שהסדר ישראלי הנוגע לזכות להישכח יגביר את התאימות לדיני האיחוד האירופי, על כל היתרונות המגולמים בכך.

לכן, אנו סבורים שיש מקום להשתמש בעילות המחיקה והסירוב המצויות ב-GDPR ויובאו במסגרת תיקון 14. עם זאת, אנו מציעים לעשות זאת במספר שינויים, בדומה למתווה המוצע לקטינים, ובפרט יצירה של סד זמנים נוקשה יותר של 48 שעות מענה למפרסם הישיר, כמו גם 48 שעות לפלטפורמה. בנוסף, מרגע שנתקבלה בקשת המחיקה, יש לפעול בהקדם האפשרי על מנת למחוק את המידע וכן לפנות אל בעלי שליטה נוספים שיעשו את אותו הדבר.

אנו סבורים שהאיזון צריך להיעשות על בסיס פרמטרים אובייקטיביים. כך, למשל, נכון להכליל במנגנון המוצע מקרים המנויים באופן מפורש בס' 2 לחוק הגנת הפרטיות בישראל, כמו תצלומי של אדם ברבים בנסיבות שבהן הפרסום עלול להשפילו ולבזותו, או פרסומו של עניין הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם, לרבות עברו המיני, או למצב בריאותו, או להתנהגותו ברשות היחיד.⁴⁵³ הפרה מסוג זה, או אחרות, יפורשו בהתאם למצב המשפטי הקיים בישראל בנוגע לפרשנות חוק הגנת הפרטיות (וברוח חוק היסוד כבוד האדם וחירותו).

451 Treasury Board of Canada, So, What Exactly is Privacy? http://www.tbs-sct.gc.ca/pgol-pged/piatp-pfefvp/course1/mod1/mod1-2_e.asp.

452 ראו ה"ש 193 לעיל.

453 לפי הפירוש שניתן בפסיקה לסעיף זה, עברו המיני של אדם הינו דוגמה בלבד, אך "צנעת חייו" הינו מושג רחב יותר. ברם, יש מחלוקת בפסיקה בסוגיה אם עניינים הנוגעים לעברו המיני של אדם מהווים רף גבוה ביותר של אינטימיות, או שזו רק דוגמה לעניין הנוגע ל"צנעת החיים האישיים" ותו לא. ראו: ע"א 1697/11 א. גוטסמן אדריכלות בע"מ נ' ורדי, ס' 14 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) פוגלמן (נבו 23.01.2013); ע"א 439/88 רשם מאגרי מידע נ' ונטורה, פ"ד מח(3) 808 (1994).

כאשר מדוברים בפרסומים אחרים, ייעשה האיזון בין האינטרסים כפי שאמור להיעשות באופן רגיל. בעניין זה, כדי למנוע מצב של שיקול דעת רחב מדי בידי הפלטפורמה, אנו מציעים שהרגולטור יפרסם אמות מידה הנוגעות לאיזונים מן הצד הזה.

בהתאם לפסיקות של בית המשפט העליון ולמגמה גם בפסיקה האירופית, אנו אמנם רואים חשיבות רבה בפיקוח של בית המשפט על התנהלות מנועי החיפוש, במטרה לוודא שמדיניותם מיושמת מבלי לפגוע יתר על המידה בזכות הפרטיות או בזכות לחופש הביטוי. עם זאת, אנו סבורים גם שיש מקום להתערב רק במצב שבו אי מימוש הזכות יוביל לפגיעה שאינה זניחה, כאשר הדבר גם מתבקש ביחס לפיצוי כספי מכוח חוק הגנת הפרטיות.⁴⁵⁴ כך, בדומה לגישה באיחוד האירופי, יש מקום לבחון את השיקולים הבאים: חומרת הפגיעה בזכות הפרטיות של נושא המידע, האם השארת הלינק הכרחית במיוחד כדי להגן על חופש הביטוי והמידע, חומרת המעשה המפורסם, הזמן שעבר, תפקידו הציבורי של האדם שהמידע נוגע אליו, האינטרס הציבורי בפרסום, צורת ותוכן הפרסום וההשלכות של קבלת או דחיית הבקשה על חייו של המבקש.⁴⁵⁵

כלומר, לפנינו מהלך כפול הנוגע לאי-דיוק במידע: בדומה לפסיקת בית הדין האירופי לצדק, אנו סבורים שהזכות להישכח תקום רק במצב בו אי-הדיוק איננו שולי. מכאן, שעל מנוע החיפוש לממש את הזכות כאשר המידע המוצג איננו רלוונטי או מדויק בצורה בולטת. בנוסף, רף ההתערבות של בית המשפט יצדיק התערבות רק כאשר הפגיעה בזכויותיו וחיו של נושא המידע תהיה משמעותית.

הערכה זו תכלול יישום של העקרונות הכלליים המקובלים בשיטות שנסקרו: עומק הפגיעה בחיי הפרט, חומרת המעשים שדווחו (ומכאן ההשפעה של חומרת אי-הדיוק אודותיהם), וכן חלוף הזמן שעבר, מעמדו הציבורי של נושא המידע וכולי.

אנו סבורים שבכך אנו יכולים להעניק בטוחה נוספת למניעת אפקט מצנן על חופש הביטוי. רף זה יצמצם את המקרים בהם, בשל פגיעה זניחה בזכותו של אדם להישכח, עיתונאים או גופים אחרים יימנעו מפרסום של מידע ויוטלו עליהם עיצומים כספיים שעלולים לפגוע בפעולתם הסדירה.

במקביל, יש ליתן סעדים במצב שבו סירוב המחיקה משרת את המפרסם או הפלטפורמה ומשיא להם רווחים, ובכך למנוע מניפולציה של מרחב התמרון הרחב שניתן בקבלת ההכרעה הראשונית ביחס למתן הזכות. סעד מן הסוג הזה יכול להינתן במסגרת החוק ולהוות תמריץ לפלטפורמות להיזהר בסירוב מחיקה. עם זאת, השימוש בו צריך להיות מצומצם מאוד ולדרוש הוכחה ברורה לקיומו של מניע מן הסוג הזה, או לחילופין הוכחה של השאת הרווח כתוצאה מאי המחיקה.⁴⁵⁶ בהקשר זה, אנו סבורים שתחולתן של דוקטרינות מן המשפט הציבורי יכולה להצדיק, גם אם באופן מצומצם, ייבוא של דוקטרינת השיקולים הזרים בבחינת שיקול הדעת של מנוע החיפוש, במטרה לוודא שהכוח הרב שניתן למנוע החיפוש מאוזן.⁴⁵⁷

נוסף, שאין הדבר סותם את הגולל ביחס למתן סעד פיצויים מכוח דיני לשון הרע – אם כי באופן מצומצם יחסית, שכן הזכות להישכח וסעד המחיקה, במרבית המקרים מהווים תרופה טובה דיה. עם זאת, כאשר אין זו התרופה היחידה הדרושה, אין מדובר בהסדר שלילי המונע מהגשת תביעות לשון הרע על עצם הביטוי, ואף במקרים מסוימים גם לתביעות רשלנות כאשר אין הגופים פועלים על פי הסטנדרטים המצויים בחוק.

454 סעיף 6 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981.

455 GC, ה"ש 67 לעיל, פס' 77-78.

456 הוכחת הרווח שנוצר לגוף בעקבות דחיית הבקשה עלולה להיות מורכבת ממספר סיבות, הנובעות מריבוי התפקידים העקרוני של הפלטפורמות, בדומה לקושי הוכחת מניפולציות שעושה רשות מנהלית. מכאן, ניתן להשתמש במספר דוקטרינות, בעיקר מן המשפטי האזרחי, הקשורות בדבר המדבר בעד עצמו בעקבות השליטה של הפלטפורמה על מרחב קבלת ההחלטות, שימוש בראיות סטטיסטיות ובמקרים מסוימים גם נזק ראייתי, אך הדבר דורש המשך עיון מעמיק יותר.

457 לעניין זה רלוונטית ההבחנה בין שיקול זר ובין מניע פסול. שיקול זר יכול להיות חיובי אך חורג ממתחם ההסמכה של מנוע החיפוש, בעוד שמניע פסול הוא מניע כלכלי למשל בהקשר זה. פיתוח גוף הביקורת על פעילות מנועי החיפוש יכול לפתח את הנפקיות של הבחנות אלו. ראו ברק-ארז, ה"ש 442 לעיל, בעמ' 636-637.

2.3. הזכות להישכח לעבריינים משוקמים

באשר למסלול השלישי. בהקשר של עבריינים משוקמים, חשוב להדגיש כי אין מדובר רק באינטרס של העבריינים אלא באינטרס חברתי רחב. באופן דומה, אנו סבורים שהפרשנות שצריכה להינתן לזכות להישכח בהקשרים של עבריינים משוקמים, צריכה להוות הסדר משלים⁴⁵⁸ להסדר שהוצג ביחס לחוק המידע הפלילי ותקנת השבים.⁴⁵⁹ ככזה, עליו לשקף את העקרונות הללו ולהפיח חיים מחודשים בכלי החשוב של מחיקה מן המרשם הפלילי על עקרונותיו השיקומיים,⁴⁶⁰ ולהוביל לשינוי תוצאות החיפוש של כתבות בנושא (בכפוף לעקרונות הכלליים של חלוק הזמן,⁴⁶¹ דיון ציבורי, היותו דמות ציבורית וכולי).⁴⁶² מבלי לעשות כן, יכולתו של העבריינים המשוקם לשוב לתלם מאוינת הלכה למעשה משום שחטאי העבר שלו רודפים אותו ואינם מעניקים לו הזדמנות לבנות לעצמו עתיד חדש.

האינטרס החברתי הרחב מצוי בכך שמצב בו ביצוע עבירה גלוי לנצח, בייחוד בעידן הרשתות החברתיות, מעמיד מחסום משמעותי בפני השתלבות העבריינים מחדש באופן מלא,⁴⁶³ ולנו כחברה יש אינטרס חזק לסייע לעבריינים המשוקמים להשתלב בתעסוקה, בייחוד לנוכח מחקרים מעידים על הקשר בין השתלבות בתעסוקה לבין הימנעות מחזרה לפשיעה.⁴⁶⁴ כיום, החוק מצוי באנומליה מסוימת - מעסיקים רבים בוחנים מידע על מועמדים באמצעות המרחב המקוון, שכן גם לאחר שהמידע נמחק מהמרשם הפלילי, ולמרות שהדבר איננו מצוי יותר במאגרים הרשמיים של המדינה, המידע השלילי המצוי באינטרנט על אודות אדם עלול לפגוע באורח ניכר ביכולתו למצוא עבודה מיטבית עבורו.

על כן, אף שהשיקולים העומדים בבסיס הבקשה והדחייה דומים, נבקש להטעים אותם לרגישות המיוחדת של קבוצה זו, באופן דומה לזה הנעשה עם קטינים, ביצירת **חזקה וחובת הנמקה מורחבת**. כך, למשל, בעת יצירת איזון בין רלוונטיות לאינטרס ציבורי, נייצר חזקה לפיה עדיפה בקשתו של העבריינים המשוקם, כאשר אין אינטרס ציבורי איתן העומד מנגד. זאת, לנוכח השיקול בדבר חובת הנימוק לפיה ככל שהנימוק מפורט יותר, כך קטנים סיכויי הטעות.⁴⁶⁵ נדגיש כי באופן כללי על חובת ההנמקה להיות מפורטת דיה ולהימנע מניסוחים לקוניים. בעוד שחובה זו רלוונטית באופן כללי, כאשר מדובר על אוכלוסיות בעלות רגישות מיוחדת יש לדבר משנה חשיבות.⁴⁶⁶

פירוש של עקרון זה עולה בקנה אחד עם הפסיקה בעניין דיני לשון הרע. כפי שהראינו, ציון של מידע שכבר נמחק מהמרשם הפלילי איננו חוסה תחת הגנת "אמת דיברתי", בשל אינטרס ציבורי חלש, ואנו סבורים שהדבר צריך לבוא ידי ביטוי גם במסגרת ההסדר המקיף של הקודיפיקציה של הזכות להישכח.⁴⁶⁷ עם זאת, מוטב להוסיף שבאופן דומה למדרגות השונות

458 גנאים, קרמניצר ושנור, ה"ש 369 לעיל, 85-86.

459 ראו למשל: ס' 70 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, שם נקבעו החריגים בהם רשאי בית משפט להורות על איסור פרסום פסק דין או חלקים ממנו; בפרט, ס' 70 (ג) לחוק אוסר פרסום עניינו של קטין ללא רשות בית המשפט. ההגנה המוסדרת לשם מניעת פגיעה בפרטיותו של אדם ומאפשרת בתנאים הקבועים בחוק, מגנה על הצדדים השונים בדיון המשפטי.

460 ראו לעניין זה בג"ץ 1935/93 **מחפוד נ' השר לענייני דתות**, מח(1) 752, פס' 11-12 לפסק דינו של המשנה לנשיא אלון (1994).

461 ראו למשל בהקשר של דיון על עבירות עבר בעיתונות וממד חלוק הזמן ע"פ (מחוזי תל אביב-יפו) 60/88 **שלמה נ' ישראלי**, תש"ן(2) 353, פס' 4 (1989); בהקשר הפלילי של איסור פרסום למניעת פגיעה חמורה בפרטיות ראו בש"פ 06/972 **דוד זריהן נ' מדינת ישראל** (2006, לא פורסם) וכן איסור פרסום לשם מניעת פגיעה חמורה בפרטיות, הנחיית פרקליט המדינה 14.18 (2020).

462 בהקשר זה נדגיש שבמקרה בו הזכרתה של עבירה מן המרשם הפלילי שכבר נמחקה במטרה לבסס דפוס פעילות מסוים, או לחילופין כאשר היא עדיין רלוונטית, לא תיחשב בגדריה של הזכות להישכח. ראו למשל ק"פ (שלום תל אביב-יפו) 16/06 **ליכט נ' בר לב**, פס' 8 (נבו 23.07.2007).

463 וראו בהרחבה רות קמיני "המתווה הראוי לרישום מידע פלילי: רישום המבוסס על מסוכנות עתידית וביקורת על חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 63) התשע"א-2011" **עלי משפט** יא 247, בעמ' 285-269 (2014).

464 למשל, ראו: Mindy Tarlow & Marta Nelson, The Time Is Now: Immediate Work for People Coming Home from Prison as a Strategy to Reduce Their Reincarceration and Restore Their Place in the Community, 20 FED. SENT. R. 138 (2007).

465 ברק-ארז, ה"ש 442 לעיל, 423-424.

466 בג"ץ 95/7177 **מ נ' מרכז ההשקעות על-פי חוק לעידוד השקעות הון**, פ"ד נ (2) 1, 4 (1996).

467 ראו סקירת חלק זה בסקירת הדין הישראלי.

שהחוק מציע, בין התיישנות ומחיקה, ככל שאלמנט הזמן שעובר רב יותר – כך על פי רוב הוא יגבור על האינטרס הציבורי, והדבר מקבל ביטוי לכך בחוק.

על כן, המסלול שלנו משלים ומגשים את אותם הרציונלים הנוגעים למרשם הפלילי – אשר כזכור מאפשר את מחיקת ההרשעה נגדו רק לאחר כעבור דרך ארוכה מאוד, הכוללת מדרג בין התקופות השונות, המגלמות את תפיסה הנוכחית של החוק באשר לזמן הראוי הנדרש למחיקת רישום פלילי כחלק מהליך השיקום של אדם.

בהתאם לגישה הרווחת בבריטניה, חשוב להביא בחשבון גם את הפרמטרים הבאים: טיב ההרשעה, תום הלב של המבקש, התפקיד הציבורי של הדמות (הרי אין דינו של אדם מן השורה כדינו של איש ציבור ובפרט נבחר ציבור), חשיבות פומביות המידע, גיל ביצוע העבירות והרלוונטיות שלהן לימינו, השפעתו של המידע על החיים הפרטיים של נושא המידע (בפרט על חיי משפחה), מטרות הפרסום של המידע ועוד. בנוסף, במבט לנעשה בארצות הברית, וגם מתוך התחשבות בגישה שעלתה ביחס לאריה דרעי ופסילתו מתפקיד שר בישראל, כאשר אדם מהווה דמות ציבורית ישנה רלוונטיות למידע על העבר שלו במסגרת הדיון על מידת התאמתו לתפקיד.⁴⁶⁸

בחזרה למצב בישראל בנוגע למרשם פלילי: החוק מבדיל בין שתי תקופות – התיישנות, שהיא התקופה הראשונה לאחר ביצוע העבירה, והמחיקה המלאה שמגיעה כמה שנים אחריה. עם זאת, מכוח ההבנה שהזכות להשתקם ולהישכח מאוזנת עם אינטרסים ציבוריים, יש לאפשר במתווה המוצע שיקול דעת שיפוטי במצבים של הרשעות של בעלי תפקידים בשירות הציבורי. כך, למשל, גם מתן משקל נמוך יותר לעבירות עבר מהווה אף הוא הכרה ברציונל זכות האדם להישכח.⁴⁶⁹

אם כן, במצב הקיים, המרחב המקוון פוגם באפשרות זו ומנציח את עבירתו של האדם, מאחר שניתן בחיפוש קל ומהיר לראות שאדם הורשע, חרף מחיקה של העבירה מן המרשם. כלומר, הטכנולוגיה הקיימת מובילה לריקון מתוכן של פעולת המחיקה, שהיא למעשה קביעה ערכית כי יש לאפשר לאדם לפתוח דף חדש.⁴⁷⁰

כדי לעמוד בתכליות חוק המרשם הפלילי לעניין שיקום העבריינים, ראוי לקחת בחשבון את החשיפה המקוונת לציבור שנוספת על הרישום הפלילי.⁴⁷¹ לתמונה הכוללת הצטרפו כעת שחקנים נוספים מלבד בעלי הדין והציבור שמחפש מידע, ומשכך יש לבצע הסדרה שתעגן הגנה על הפרט בכל מקור שהוא בעל כוח והשפעה על פרסום המידע על אודותיו.⁴⁷² אם לא נתאים את הדין למציאות המשתנה, אנו עלולים להפכו ל"אות מתה".⁴⁷³

אם כן, אנו מציעים הסדר הכולל עילות מחיקה ודחייה זהות לשלוש האוכלוסיות, כדלקמן: חזרה מהסכמה, חוסר רלוונטיות של המידע ואי-חוקיות העיבוד. אל מול זאת, אנו מציעים להכיר בעילות הדחייה הבאות: כאשר למידע יש עניין ציבורי מטעמים של שמירה על הסדר הציבורי, בריאות הציבור, ביטחון, חופש הביטוי וזכות הציבור לדעת; כאשר הפרסום נצרך לצורך הגנה על אינטרס חוקי של אדם אחר; כאשר האינטרס הפרסומי עולה על זה של המבקש למחוק את המידע; כאשר המידע דרוש לעיבוד מדעי, סטטיסטי, או כל שימוש אחר המשרת את האינטרס הציבורי.

468 Monitor Patriot Co. v. Roy, 401 U.S. 265, 277 (1971).

469 ראו בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת, פס' 61-60 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו 18.1.23).

470 יצוין כי החוק מונע התיישנות בעבירות ביטחוניות ועבירות שעונשן עשרים שנים ומעלה והוטל בפועל מאסר של עשר שנים ויותר, וכן הוא מאריך את אורך ההתיישנות של סוג העבירות וחומרתן.

471 ס' 70 לחוק בתי המשפט התשמ"ד-1984 מאפשר לצדדים שלישיים, והתקשורת במפורש, לבקש לחשוף את שמם ופרטיהם של בעלי הדין.

472 מיכאל בירנהק, "חשיפה מקוונת וחשיפה משפטית: על פרטיות ופומביות של פסקי דין ברשת" משפטים מח 31, 67 (2018).

473 ראו דבריה של השופטת ארבל, שמצביעה על כך שאף שהמרשם הפלילי חסוי, ההליך הפלילי מנוהל באופן פומבי: ע"מ 398/07 התנועה לחופש המידע נ' מדינת ישראל - רשות המיסים, סג(1), 284, פס' 64 לפסק דינה של השופטת ארבל (נבו 23.9.2008).

אנו מציעים מודל תלת-שלבי המתחיל בפנייה למפרסם, עובר בפלטפורמה ומסתיים בערעור לבית המשפט. במסגרתו, יינתן יחס מיוחד בנוגע לאוכלוסיות רגישות במיוחד – קטינים ועבריינים משוקמים – אשר יעמידו חובת הנמקה מוגברת וחזקה המטה את האיזון לטובתם, אם כי לא באופן מוחלט כמובן, באופן שהולם את המצב החוקי היום. יחס זה לאוכלוסיות הללו מוסיף על ההצעות הקיימות היום ומוסיף רובד נוסף להגנת הפרטיות שלהם, תוך שקילת האינטרסים החברתיים לטובתם – לנוכח המחויבויות הפנים-ישראליות והבינלאומיות כלפי אותן אוכלוסיות.

3. סיכום

בעידן הדיגיטלי, בו מידע אישי רב ביחס לכולנו מצוי במרחב המקוון, התגלה צורך מיוחד להגן על הפרטיות ועל כבוד האדם, וזאת באמצעות הסדרה של הזכות להישכח - הזכות למחוק או לעדכן מידע אישי השמור על גבי פלטפורמות תוכן דיגיטליות. בנייר זה, סקרנו את הגישות השונות ביחס לזכות זו (הזכות להישכח כנגזרת של הזכות לפרטיות; הגישה המכירה בזכות כחלק מן הזכות לאישיות וזהות; הזכות של אדם לשלוט בנרטיב ביחס לחייו וגם הזכות כחלק מן המסורת הישראלית של תיקון, מחילה ושיקום). סקרנו גם מדינות בולטות בהן ישנה זכות משמעותית להישכח, ובפרט המסגרת האירופית אשר גם הולידה את הזכות וגם עיגנה אותה במובן המקיף והמשמעותי ביותר. על מנת להשלים את התמונה, סקרנו את המדיניות של גוגל, בעלת מנוע החיפוש הגדול ביותר כיום.

על רקע זה, המשכנו לבחינה מעמיקה של הזכות להישכח במשפט הישראלי. כפי שהראינו, בעוד בבתי המשפט בישראל ישנה מגמה הולכת וגוברת של הכרה בחשיבות של הזכות להישכח, אם במישורין ואם בעקיפין, המצב החקיקתי לוקה בחסר. בעוד שהוגשו בעבר יוזמות חקיקה בנושא, אשר לא הבשילו לכדי חוק מחייב, ואף שישנן דרכים עקיפות למימוש הסעד של מחיקת מידע אישי, למשל באמצעות דיני לשון הרע, חסרה מסגרת משפטית מקיפה המסדירה את הזכות להישכח בישראל.

בפרט, מוצע לעגן שלושה הסדרים של הזכות להישכח: א) זכות רחבה לתוכן שפורסם בנוגע לאדם שהיה בעת הפרסום קטין; ב) זכות צרה לאדם שפורסם לגביו מידע בהיותו בגיר; ג) זכות להישכח העולה בקנה אחד עם חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, ביחס לעבריינים מורשעים שעבירתם נמחקה מהמרשם הפלילי. ההסדר אותו הצענו מבקש לייצר הלימה עם דיני הגנת הפרטיות הקיימים, לקדם האחדה של הדין הישראלי עם המצב במדינות רבות ברחבי העולם, ובפרט באיחוד האירופי, ולספק מענה לאוכלוסיות רלוונטיות במיוחד. בפרט, ההסדר שואף לאזן בין האינטרסים השונים, ובמיוחד פרטיות, חופש הביטוי וכבוד האדם, בשאיפה לעדכן את דיני הגנת הפרטיות בישראל בהתאם לצורכי העידן הדיגיטלי.

מיסוד הזכות להישכח - הלכה למעשה



זכות להישכח, בהתאם לחוק המרשם הפלילי, ביחס לעבריינים משוקמים



זכות צרה לתוכן שפורסם על ידי בגיר



זכות רחבה לתוכן שפורסם על ידי קטינים