



# זיכרונות דיגיטליים:

גורלם של תוכן ומידע  
אישיים אחרי המוות

פרופ' מיכאל בירנהק\* וד"ר טל מורס\*\*

\* סגן דקאן למחקר ופרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

\* חוקר תקשורת, המכללה האקדמית הדסה, ירושלים.

## הקדמה

מסמך זה הוכן לבקשת איגוד האינטרנט הישראלי (ע"ר) ובמימונו (בשיתוף עם אוניברסיטת תל-אביב), כחלק מאחריות האיגוד לשימור החופש ברשת. במסגרת זאת, רואה איגוד האינטרנט הישראלי חשיבות בשימור יכולתו של כל פרט להיות אחראי לפרטיותו ולאופן שבו נעשה שימוש במידע האישי שלו או במידע אותו הוא מייצר, במהלך חייו ושנשאר ברשת לאחר מותו.<sup>1</sup> אחד ממאפייני הרשת הדיגיטלית הוא הצטברותו של המידע – חלקו באופן מודע ומכוון על ידי האדם כפרט וחלקו באופן לא מודע על ידי הפלטפורמות והפעולות שאותן אדם מבצע ברשת – ושימורו של המידע לאורך זמן. מידע זה נותר ברשת, בידי הפלטפורמות השונות, במחשבו האישי ובטלפון הנייד שלו, גם לאחר מותו של אותו אדם, והוא עשוי לשמש את האבלים על מותו של האדם בעיצוב הזיכרון ממנו. על כן, מתעוררות שאלות בדבר גורל המידע לאחר מות אותו אדם – למי הוא "שייך" (בהנחה, שאינה בהכרח נכונה, שמדובר בקניין)? האם וכיצד יכול המשתמש לשלוט, עוד בחייו, במה שייעשה עם המידע הזה לאחר מותו? מהו מעמדם של המתאבלים ביחס לחומרים האלו? ומהם השיקולים שהחברה כולה והרגולטור בפרט צריכים לשקול בעת שעוסקים בזיכרונות הדיגיטליים שאדם הותיר אחרי מותו? כל אלו הן שאלות משמעותיות לשימור חופש הרשת ובייחוד לשימור חופש ופרטיות הפרט ברשת, ויש לכך נגיעה ישירה לשאלות רגישות הקשורות לדפוסים של התאבלות והנצחה בסביבה דיגיטלית משתנה.

למרות שסוגיות ושאלות אלה הן משמעותיות ביותר, המודעות הציבורית אליהן נמצאת רק בחיתוליה, המחקר בתחום חסר, ההקשר המשפטי והרגולטורי טרם עוצב, וההתנהלות של ספקי השירות – בייחוד בישראל – אינה נותנת את דעתה על ריבוי הפנים של הסוגיה, אם בכלל. מטרתו של מסמך זה להציף את הסוגיה; להעמידה במרכז סדר היום הציבורי ולאפשר דיון מורכב ומבוסס מידע וידע; להמליץ על מדיניות; ולהוות בסיס להמשך מחקרים בתחום. במסגרת זאת, במסמך מקיף זה מרוכזים מידע ונתונים, דיון ערכי-מושגי-משפטי, סקירה של מגמות הסדרה במקומות אחרים בעולם, תובנות והמלצות.

המסמך הוא אחד מסדרה של מסמכי מדיניות של איגוד האינטרנט הישראלי, שעוסקים בסוגיות שונות הנוגעות לחייו הדיגיטליים, כפרטים וכחברה. מטבע הדברים, ההתפתחויות הטכנולוגיות והדיגיטליות אינן ניטרליות, אלא מושפעות מערכים, תפיסות, אמונות וכדומה. בה בעת ההתפתחויות הללו גם משפיעות על אמונות, תפיסות וערכים פרטיים וציבוריים. איגוד האינטרנט הישראלי רואה לעצמו חובה לטפל בשני ההיבטים הללו – ההשפעה על הטכנולוגיות וההשפעה של הטכנולוגיות – להציג את עמדתו הציבורית ולקדם את המלצותיו בתחומים אלה. כחלק מכך, האיגוד אינו מסתפק בכתיבת המסמכים ופרסומם, אלא פועל לעורר דיון מקצועי וציבורי על בסיסם, וכן להוביל מהלכים שיקדמו רגולציה ברוח המדיניות המוצעת.

מסמך זה הוכן על ידי פרופסור מיכאל בירנהק, סגן דקאן למחקר ופרופסור מן המניין בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל-אביב וד"ר טל מורס, חוקר תקשורת בחוג לתקשורת צילומית ובחוג לפוליטיקה ותקשורת של המכללה האקדמית הדסה, ירושלים.

<sup>1</sup> הדברים מנוסחים בלשון זכר, מטעמי נוחות אך מתייחסים הן לגברים והן לנשים.

## תמצית המחקר

### רקע

חיינו עוברים להתנהל יותר ויותר בסביבה דיגיטלית. באופן בלתי נמנע, במותו של אדם, נותר תוכן דיגיטלי רב מאחוריו. בישראל מתים מדי שנה כ-44,000 בני אדם. חלק הולך וגדל מהם משאירים מידע דיגיטלי לאחר מותם. המידע הזה הוא מידע אישי של המשתמשים שמתו, והוא גם חומר הגלם של הנצחתם בידי מוקירי זכרם. שתי נקודות המבט האלו ביחס למידע אישי-דיגיטלי לא תמיד מתיישבות זו עם זו. גישה למידע אישי של המשתמשים שמתו עלולה להוות הפרה של פרטיותם, אך מניעת הגישה למידע זה עלולה להקשות על מוקירי זכרו של המת את ההתמודדות עם האובדן. מכאן, שלפנינו מתח בין הזכות המשפטית של המת לפרטיות (אם זו קיימת) ובין האינטרס החברתי-פסיכולוגי של קרובי המת לגשת למידע האישי ולהשתמש בו כדי עבד את האבל ולהנציח את המת. אם כן, מה גורל המידע הדיגיטלי האישי שנשאר אחרי המוות? למי צריכה להיות גישה למידע ושליטה בו? מהם השיקולים שראוי לשקול, ומה המדיניות המתאימה להסדרת הסוגיה?

### הערה מושגית

המושגים "עיצובן דיגיטלי" או "נכסים דיגיטליים" מניחים מראש עמדה קניינית בקשר למידע האישי. בנוסף, הם משקפים התייחסות לגישה ולניהול המידע שהיא פונקציונאלית ואינה מקיפה את מכלול הסוגיה. המושג "מורשת דיגיטלית" מתאר מערכת ערכים בין-דורית, שאדם מבקש להנחיל לבאים אחריו. כאן אנו עוסקים בתוכן ומידע שאינם מערכת ערכית כללית, אלא שובל המידע היום-יומי, הפרטי והאישי, של אנשים שאינם בהכרח דמויות ציבוריות, שנשאר אחרי מותם של המשתמשים. נכנה אותם כאן **זיכרונות דיגיטליים**.

### מאפייני מידע אישי דיגיטלי

למידע דיגיטלי מאפיינים ייחודיים לעומת מידע לא דיגיטלי – הוא נשמר ואינו מתכלה, ניתן לעיבוד ולהפצה רחבה, וכולל לא רק תוכן אלא גם את נתוני התוכן. ההבדלים מעלים שיש להיזהר מהחלה אוטומטית של מסגרת משפטית קיימת, שעוצבה בהקשר טכנולוגי לא דיגיטלי, לסביבה הדיגיטלית. בעיקר, לענייננו, במצב הדיגיטלי יש שחקנים חדשים – גורמי הביניים שהם בדרך כלל ספקי השירות (למשל דוא"ל, אחסון בענן) או פלטפורמות התוכן (רשתות חברתיות, אתרי היכרויות). השליטה האפקטיבית במידע עוברת מידי מי שיש להם גישה פיזית לניירת (בעידן הטרם-דיגיטלי) לידי מי שיש להם מפתח לתוכן הדיגיטלי. בנוסף, מידע דיגיטלי כולל לא רק את התוכן, אלא גם נתונים על התוכן (meta data). עם זאת, במקרים רבים למי שיש גישה לחפציו של המשתמש המנוח (מחשב אישי, טלפון חכם), יש גם גישה לחשבונותיו הדיגיטליים. זו "גישה במחדל" למידע האישי.

### המחקר הנוכחי

הדוח הנוכחי בודק ארבעה יישומים נפוצים, שלכל אחד מהם מאפיינים ייחודיים בקשר למידע דיגיטלי אישי: דוא"ל, רשת חברתית, שירותי אחסון בענן, ואתרי היכרויות. על מצע של דיון במורכבות ההבנה החברתית של

המוות, ובאמצעות סקר מקיף, הדוח בוחן את הפרקטיקות הקיימות בציבור הישראלי כיום בקשר לניהול זיכרונות דיגיטליים, ואת העמדות של המשתמשים בסוגיה, הן כמשתמשים והן כקורבי משפחה של משתמשים שהלכו לעולמם. בהיעדר הסדרה משפטית קונקרטית, הדוח בוחן את המסגרת המשפטית הכללית בדין הישראלי, תוך השוואה להסדרה במדינות אחרות, ותוך ניסיון לזהות את השחקנים הרלוונטיים ואת הזכויות והאינטרסים שלהם. כל אלה משמשים מצע לדיון המדיניות.

## • היחס למוות והתפקיד של מוות בחברה המערבית

היחס למוות בחברה המערבית השתנה במהלך העשורים האחרונים – מנושא מודחק, שנתפס ככזה שלא נעים לדון בו או כזה שלא מקובל לדון בו בפומבי, הוא הופך בהדרגה לנושא לגיטימי לדיון, בין אם בהקשרים רפואיים של סוף החיים ובין אם בהקשרים חברתיים אחרים. גם הגישות הטיפוליות להתמודדות עם אובדן השתנו לאורך העשורים האחרונים, מגישות שמעודדות היפרדות מהמתים במטרה לחזור לשגרת חיים מתפקדת, לגישות שמכירות בחשיבות שימור ערוץ תקשורת כלשהו עם המתים, גם אם מלאכותי. טכנולוגיות של תקשורת, לרבות פלטפורמות דיגיטליות ורשתות חברתיות, מאפשרות את המגמה הזאת.

## • השפעת האינטרנט על העיסוק החברתי במוות

פיתוחן של פלטפורמות דיגיטליות ורשתות חברתיות תרמו לעיצוב מחדש של העיסוק החברתי במוות ואת ההתמודדות עם אובדן. הזיכרונות הדיגיטליים והפלטפורמות עליהן הם שמורים יוצרים אפשרויות חדשות של התמודדות עם אובדן, התאבלות והנצחה, ולכן יש להם ערך לא רק עבור מי שיצר אותם (כלומר, המשתמשים שמתו), אלא גם עבור המתאבלים ושאר האנשים שהמתים השאירו אחריהם. רשתות חברתיות ופורומים יוצרים מרחבי התאבלות שנמצאים בתווך שבין הפרטי לציבורי, בהם יכולים המתאבלים לעבד את תחושותיהם במרחב בטוח ומכיל שאינו "מאיים" על מי שאינם שייכים למעגל המתאבלים. הטכנולוגיה מאפשרת לגשר על פערי זמן ומרחב, ולכנס ביחד את מוקירי זכרו של המת, שעשויים להיות פזורים ברחבי תבל. בנוסף, פרופילים של משתמשים שמתו וקבוצות רשת או פורומים שנפתחו לאחר מותם יכולים לשמש כאתרי הנצחה של המשתמשים שמתו, אליהם פונים מוקירי זכרם כשהם רוצים להיזכר או "לתקשר" עם המתים. תיעוד של המשתמשים בחייהם, השמור כקבצים דיגיטליים, משמש למטרות הנצחה, ומסייע למתאבלים "להחיות" את המת ולהפיח רוח חיים בזכרו.

בצד התועלות ברתימת טכנולוגיות דיגיטליות למטרות של התאבלות והנצחה, עשויות להתעורר שאלות חדשות של שליטה במידע ועיצוב הזיכרון של המשתמשים שמתו, כמו גם שאלות של יחסי כוח בין האנשים במעגלי החיים שהקיפו את המתים בחייהם. היות שמדובר על תופעה חדשה יחסית, השימוש באינטרנט בהקשרים של התמודדות עם אובדן והנצחה מחייב עדכון של פרקטיקות ונורמות חברתיות רלוונטיות. לפי שעה, כפי שהדו"ח יראה, הסביבה הדיגיטלית מתמרנת בין אימוץ נורמות שהתגבשו בסביבה לא דיגיטלית לבין האפשרויות החדשות שהסביבה הדיגיטלית מספקת.

## כלים טכנולוגיים לניהול מידע אישי לאחר המוות

בשנים האחרונות, ספקיות שירותים החלו להציע למשתמשים, גם אם במשורה, כלים לניהול המידע האישי שלהם לאחר המוות. לדוגמה, גוגל מציעה שירות של Inactive Account Management, שמאפשר למשתמש לבחור מה יקרה לחשבונותיו השונים בגוגל – האם ייסגרו או שתינתן גישה למי שהועיד לכך. בני משפחה של משתמש מנוח יכולים לבקש לסגור את החשבון, לקבל כספים שיש בחשבונות, ולקבל נתונים מהחשבונות. פייסבוק מציעה למשתמשים אפשרות לבחור בסגירת החשבון שלהם לאחר מותם, או הפיכתו לחשבון מונצח. במקרה זה, משתמשים יכולים למנות Legacy Contact – אדם שיוכל לבצע פעולות מסוימות בחשבון, אך לא לגשת לשיחות אישיות.

חברות אחרות אינן מציעות לפי שעה שירותים כאלה, או שהן מאפשרות רק את מחיקת החשבון. חלקן, כמו Dropbox מעודדות את בני המשפחה של משתמש מנוח לגשת למחשבו ולראות אם יש להם גישה בפועל לחשבון הדורפבוקס שלו. בשוק הפרטי יש חברות שמציעות שירותים למשתמשים, מחוץ לפלטפורמה בה נשמר המידע שלהם, שיאפשרו להם לנהל את המידע האישי שלהם לאחר מותם.<sup>2</sup> אצל ספקי שירותים ישראליים לא נמצאה מדיניות ברורה ושקופה בסוגיה.

## ממצאים ומסקנות עיקריים מתוך המחקר האמפירי

ערכנו מחקר אמפירי בקרב מדגם מייצג של גולשי האינטרנט בישראל (478 משיבים: 404 יהודים, 74 ערבים), תוך שליטה במשתנים דמוגרפיים לרבות מין, גיל, ואזור גיאוגרפי. בסקר הגדרנו מושג של "פוטנציאל זיכרונות דיגיטליים", שמשקלל את תדירות השימוש בכלים ובפלטפורמות דיגיטליים ואת סוג ואופי הפעילות המבוצעת ברשתות חברתיות, ומשמעותו היא היקף התכנים והנתונים שגולשים ישאירו אחריהם במותם.

### • הממצאים העיקריים הם:

- **פוטנציאל זיכרונות דיגיטליים קיים:** גולשי האינטרנט הישראליים הם גולשים פעילים המבצעים פעילות אקטיבית ברשתות חברתיות, ולכן חשופים לשאלות של גישה וניהול זיכרונות דיגיטליים לאחר מותם.
- יש הבדלים בין הגולשים ברצון להעניק גישה לזיכרונות דיגיטליים הן ביחס לכל פלטפורמה בנפרד, והן בהשוואה בין הפלטפורמות:
  - מצאנו התפלגות דומה של עמדות הגולשים ביחס לגישה לזיכרונות דיגיטליים בדוא"ל, רשתות חברתיות ושירותי ענן:
    - כ-45% מעוניינים להעניק גישה מלאה לכל החומרים
    - כשליש מעוניינים לא לאפשר שום גישה לכל החומרים

<sup>2</sup> ראו: Carl Öhman & Luciano Floridi, *The Political Economy of Death in the Age of Information: A Critical Approach to the Digital Afterlife Industry*, 27(4) MINDS AND MACHINES 639 (2017).

- כחמישית מעוניינים לאפשר גישה רק לחלק מהחומרים
- התפלגות עמדות משתמשי אתרי ההיכריות שונה מזו של שאר הפלטפורמות שנבחנו:
  - כ-69% מעוניינים לא לאפשר שום גישה לכל החומרים
  - כ-22% מעוניינים להעניק גישה מלאה לכל החומרים
  - כ-8% מעוניינים לאפשר גישה רק לחלק מהחומרים
- החומרים שהגולשים אינם מעוניינים להעניק להם גישה מוגדרים כ"דברים אישיים" או שיחות אחד-על-אחד בפלטפורמות השונות. בהתאם, הסיבות העיקריות למניעת גישה לחומרים הן שיקולי פרטיות.
- הדמות שהוזכרה בתדירות הגבוהה ביותר כמי שמעוניינים להעניק לו/לה גישה לזיכרונות הדיגיטליים היא בן/בת הזוג. רוב הגולשים לא הזכירו את הוריהם או את ילדיהם כמי שהם מעוניינים להעניק להם גישה לחומרים אלו לאחר המוות.
- בקרב הגולשים הישראליים יש מודעות נמוכה לכלים לניהול מידע אישי דיגיטלי לאחר המוות ושימוש זניח בכלים אלו: פחות מחמישית מגולשי האינטרנט בישראלים מודעים לכלים אלה, ורק כ-6% מהם הפעילו אותם. המודעות היא תנאי הכרחי, אך איננה תנאי מספיק לשימוש בכלים, שכן רק כשליש מהמודעים לכלים הפעילו אותם.
- לאחר שקיבלו מידע על הכלים הקיימים לניהול זיכרונות דיגיטליים, כ-60% הביעו כוונות להשתמש בכלים אלו.

## • מסקנות הסקר הן:

- אין פתרון אחד ברוח one-size-fits-all ביחס לכל הגולשים ולגבי כל הפלטפורמות;
- המודעות לכלים הטכנולוגיים הקיימים לניהול מידע אישי לאחר המוות נמוכה, והשימוש בהם זניח;
- כוונת השימוש בכלים הקיימים בינונית-גבוהה, אם כי הפער בין מודעות לבין שימוש בפועל מלמד שכוונת השימוש לא בהכרח מנבאת שימוש בפועל, בעיקר משום שמדובר בנושא הקשור לסוף החיים, שיש רתיעה מעיסוק בו;
- במצב העניינים הנוכחי, ובהיעדר הנחיות מפורשות של הגולשים, למי שתהיה גישה במחזל למכשיריהם לאחר מותם, תהיה גם גישה לחשבונותיהם בשיעורים שבין 50% (דוא"ל) לכשליש (אתרי היכריות).

## המסגרת המשפטית

הזיכרונות הדיגיטליים אינם עשויים מקשה אחת מבחינה משפטית: הם עשויים לכלול קניין לא מוחשי, קניין רוחני, מידע על קניין מוחשי, ומידע אישי. כך, חלות פה כמה מסגרות משפטיות - האחת של קניין; השנייה של הגנת הפרטיות; והשלישית של דיני החוזים. אנו סבורים שיש להבחין בין המצבים השונים, לפי סוג המידע בו מדובר.

## • נכסים לא מוחשיים

מטבעות וירטואליים, שמות מתחם, קבצים שנרכשו בתשלום, פרטי משחק בעולמות וירטואליים וכדומה, עשויים להיחשב ל"זכות". גורלם אחרי מות המשתמש ייקבע לפי התנאים החוזיים שלפיהם נוצרו. אם החוזה הגביל את הבעלות לפרק זמן מסוים, או לבעלות אישית של אדם מסוים תוך הגבלה של עבירות הזכות, הרי הפתרון המשפטי נמצא בחוזה. ככל חוזה, הוא נתון לפרשנות.

בהיעדר התייחסות חוזית, נכס וירטואלי הוא חלק ממסת הנכסים של העיזבון, והיורשים לפי דין או צוואה הופכים להיות בעלי החדשים. הדרך למימוש הבעלות של היורשים היא לפי דיני הירושה: צו ירושה או צו קיום צוואה מתאימים, שיפנו למחזיק - הפלטפורמה המתאימה - שיצטרך לפעול בהתאם. מכל מקום, ראוי שחוזים שעוסקים בנכסים וירטואליים יתייחסו במפורש לסוגיה, כדי לצמצם אי ודאות בנושא.

## • קניין רוחני

תוכן דיגיטלי עשוי ללבוש צורה שתהיה מוגנת לפי דיני הקניין הרוחני. אם התוכן הדיגיטלי מוגן בזכויות יוצרים (למשל סיפור או מאמר שטרם פורסמו, צילומים מקוריים), והזכויות היו בידי המחבר, הרי שיוורשו הם בעלי הזכויות החומריות ביצירות האלה לאחר מותו. כאשר יש לבני המשפחה גישה ליצירות, בין משום שפורסמו באופן פומבי על ידי המנח בשעתו, בין משום שהיו "חבריו" ברשת, או משום שיש להם גישה במחדל לחשבונם, לא מתעורר קושי, ואין צורך לפנות לגורם הביניים.

כאשר מדובר ביצירות מוגנות שאינן נגישות ליורשים, כמו יצירות שטרם פורסמו, נראה שהפלטפורמה אינה מחויבת לאפשר ליורשים של הזכות החומרית גישה ליצירה, אולם היא יכולה לעשות כך לפי שיקול דעתה, או לפי תנאי השימוש שהוסכמו מראש. הפלטפורמה כפופה לדיני זכות יוצרים, והיא עצמה אינה יכולה לבצע בתכנים המוגנים פעולות ששמורות לבעלי זכות היוצרים, אלא לפי תנאי השימוש שהוסכמו מראש. ראוי שפלטפורמות יתנו דעתן לסוגיה זו.

לפי חוק זכות יוצרים, הזכויות המוסריות (לייחוס הולם של היצירה ליוצר, ולשלמות היצירה) מופקדות בידי בני המשפחה, בין אם הם היורשים של הזכות החומרית ובין אם לאו, ורק הם יכולים לפעול להגנתה. אם היצירות כוללות מידע פרטי על אודות אנשים אחרים, הרי הבעלות בזכות היוצרים אינה מתירה ליורשים לפגוע בפרטיותם של אנשים אחרים אלה, ודיני הגנת הפרטיות חלים. דיני הגנת הפרטיות מחייבים גם את הפלטפורמה, ומתן הגישה למידע על אודות אנשים אחרים, ללא הסכמתם, עלול לפגוע בפרטיותם. לכן, ספק שירות נבון ישאף להסדיר את הסוגיה מראש בתנאי השימוש, ובהיעדר התייחסות ברורה, ספק כזה מסתכן בפגיעה בפרטיות של הצדדים השלישיים.

## • מידע על קניין

המידע הדיגיטלי עשוי להתייחס לנכסים קנייניים אחרים, כמו חשבונות בנק, נכסים לא מוחשיים, מקרקעין ועוד. לשם כינוס נכסי העיזבון, עשוי להתעורר צורך במתן גישה למידע על נכסים כאלה למנהל העיזבון. יש לאפשר לבית המשפט להסמיך מנהל העיזבון לקבל גישה למידע כזה, אולם כדי לצמצם את הפגיעה

האפשרות בפרטיות המנוח ובפרטיות צדדים שלישיים, יש לנקוט אמצעים מתאימים כדי לוודא שהגישה מתאפשרת רק למטרה הזו. למשל, חיפוש במידע באמצעות מילות מפתח מתאימות שייקבעו מראש. הדרך המתאימה היא לפרט את סמכויות מנהל העיזבון בהחלטה שיפוטית מתאימה.

## • מידע אישי

עיקר המידע הדיגיטלי הוא מידע אישי (מכתבים, תמונות, חילופי מסרים אישיים), שאינו בא בגדר המצבים הקודמים. לפי הדין הקיים, מידע אישי אינו חלק מהעיזבון, ואינו עובר ליורשים. העמדה שמבקשת לקבוע שמידע דיגיטלי אישי הוא חלק מהעיזבון ולכן עובר ליורשים, מטשטשת את האופי האישי של המידע ואת מהותן של הזכויות במידע שהן זכויות אישיות, וממירה אותן לזכויות קנייניות ללא הנמקה משכנעת. להאחדה כזו של הזכויות האישיות והקנייניות עלולות להיות השלכות רחב במשפט בכלל, ועל הפרטיות בפרט, הן של המשתמש המנוח והן של בני שיחו, ואין זה ראוי לבטל את האבחנה באופן אגבי.

## • הגנת הפרטיות למידע אישי לאחר מות המשתמש

לפי הפסיקה הישראלית כיום, למשתמשים החיים יש זכות לפרטיות שעשויה להישמר גם לאחר מותם, גם אם היא פחותה בעוצמתה מאשר פרטיותם בחייהם. הפרטיות המוגנת היא הציפיה של החיים שרצונם יכובד גם לאחר מותם. יש לבחון היטב שאכן מדובר בפרטיות, ולא באינטרס של מי מבני המשפחה החיים שהולבש מטעמי נוחות כזכות המנוח לפרטיות. ההגנה על הפרטיות של המשתמש המנוח אינה סוף פסוק, ולפי העניין, יש לאזנה מול זכויות ואינטרסים מתנגשים.

כאשר מדובר במידע פרטי-אישי במהותו, למשתמש המנוח יש זכות לפרטיות בקשר למידע זה, והגורם שמחזיק את המידע חב חובת סודיות כלפיו. בכל מקום שבו גורם ביניים מחזיק במידע של המנוח ושיש חובת סודיות, בין מכוח הדין (כמו במקרה של טיפול פסיכולוגי) ובין מכוח הסכם, כפי שמקובל בהתקשרות עם ספקי השירות המקוונים השונים.

כאשר המידע מתייחס לנכסים קנייניים, האינטרס הקנייני גובר על פרטיות המנוח. בהליך של פניה לבית המשפט, יש לאפשר למנהל העיזבון גישה למידע לשם בירור הסוגיה הקניינית, אולם יש לאתר דרכים לצמצום הפגיעה בפרטיות.

## • עקרונות לעיצוב מדיניות בסביבה דיגיטלית

את המדיניות בקשר לזיכרונות דיגיטליים יש לעצב על רקע הבנת היחס בין המשפט לטכנולוגיה כמערכת דינמית, מורכבת, שמסרבת לקבל כמובן מאליו שהמשפט מפגר אחרי הטכנולוגיה, או שהטכנולוגיה מתפתחת לפי חוקים משל עצמה. הן המשפט והן הטכנולוגיה הן מערכות יציר-אדם, ולכן משקפות ערכים חברתיים. בעקבות לורנס לסיג, ההסדרה של התנהגות אנושית בסביבה דיגיטלית יכולה להיות משפטית, חברתית, כלכלית, טכנולוגית, או שילוב של הנ"ל. בעת עיצוב כללים משפטיים לסביבה הדיגיטלית, יש לשאוף לחקיקה ניטרלית-לטכנולוגיה, כדי שתתייחס לפעילות האנושית ולא תהיה תלויה בטכנולוגיה ספציפית שעשויה להתיישן במהרה.

בעת הסדרת הסוגיה של הזיכרונות הדיגיטליים, יש להיות ערים גם לשיקולים מעשיים, כמו היקף המידע העצום שבו מדובר, וכן לעובדה שרוב ספקי השירות אינם נמצאים בישראל, ולכן מתעוררות שאלות של תחולת הדין הישראלי על גורמים זרים אלה.

אנו עדים לניסיונות ראשונים לעיצוב מדיניות בנושא בעולם. גישת חוק המודל האמריקני מתמדת את ספקי השירות להציע כלים לניהול מידע אישי לאחר המוות, ומעדיפה כלים כאלה על פני צוואה ועל פני תנאי שימוש פרטניים. חוק צרפתי מבכר את המשתמשים על פני ספקי השירות, ומקנה זכויות גישה מסוימות לבני המשפחה, למידע של המנוח. מדינות אחרות (בריטניה, אוסטרליה) החלו לבחון את הסוגיה גם הן.

## המלצות

לאחר מיפוי השאלות הנוגעות למורכבות הסדרת הגישה לזיכרונות הדיגיטליים, ולאור ניתוח ממצאי המחקר האמפירי והמשפטי, נמליץ על הצעדים הבאים:

### • אוטונומיה של הגולשים:

הואיל והתמודדות עם אובדן ומוות היא עניין אינדיבידואלי המשתנה מאדם לאדם; והואיל וציבור הגולשים הישראלי מחזיק בעמדות שונות לגבי אפיקי ההסדרה; והואיל והסדרה פרטנית המותאמת למידותיו, רצונותיו ומצבו של כל גולש וגולשת היא בנמצא – לאור כל זאת, נראה כי ההמלצה הטובה ביותר היא **לאפשר לכל גולש וגולשת להכריע בשאלת הגישה לשיירים הדיגיטליים שלהם בעצמם**. גישה כזו משקפת את כבוד האדם ואת פרטיות המשתמשים, מאפשרת לכל אחד ואחת לקבוע האם לשתף את המידע האישי לאחר מותם, איזה מידע ועם מי, או לבקש את מחיקת החשבונות השונים. גישה כזו מאפשרת ליקיריו של המשתמש המנוח גישה לתכנים, לפי רצונו של המשתמש.

### • העלאת מודעות:

בצד השארת ההחלטה בעניין בידי הגולשים, יש לפעול להגברת המודעות לנושא הזיכרונות הדיגיטליים ואפיקי הסדרתם. במסגרת זו, מומלץ לנקוט את הפעולות הבאות:

- השקת קמפיין ארצי להעלאת המודעות ומתן הסבר כללי על הנושא.
- איתור נקודות מפגש ו"צמתים" במסלולי החיים של הגולשים בהם יינתן מידע על הנושא. נקודות מפגש אפשריות הן גיוס לרשויות ביטחון (צה"ל, משטרה, שב"ס, וכדומה), הפקת רישיון נהיגה, הפקת תעודת זהות או דרכון.
- הגברת המודעות בקרב "סוכני שינוי" והכשרתם למתן הדרכה בנושא. "סוכני שינוי" רלבנטיים הם עובדים סוציאליים, עורכי דין לענייני ירושה וצוואה, סוכני ביטוח ופנסיה, מלווים רוחניים ושאר אנשי מקצוע המלווים אנשים בעת קבלת החלטות לגבי סוף חייהם.

## • שינויי חקיקה:

חיוב ספקי השירות הפועלים בישראל – ספקים ישראליים וספקי שירות זרים שמכונים את שירותיהם לציבור בישראל – לקבוע מדיניות כלשהי בנושא הגישה לזיכרונות הדיגיטליים, ושיקופה ללקוחותיהם בצורה ברורה, נגישה ופשוטה לשימוש. אין הכוונה להכתיב לספקי השירות את תוכן המדיניות, וכך נשמרת זכות הקניין שלהם וחופש החוזים שלהם, אך כן לאלץ אותם להגדיר מדיניות כלשהי בנושא ולעדכן את לקוחותיהם לגביה.

מטרת המלצה זו הן, ראשית, שתהיה לספקים מדיניות ברורה וידועה גם בקרב ספקי שירות שטרם הסדירו את הנושא או שטרם מסרו ללקוחותיהם מידע בהיר על מדיניותם; שנית, ליצור מעין "אפקט דומינו", שבעקבותיו המשתמשים ייתנו דעתם לנושא ויבחרו את אפיק ההסדרה המתאים להם; ושלישית, ליצור תמריצים להסדרה תוך הימנעות מפגיעה בזכויות הספקים עצמם.

בנוסף, אנו סבורים שיש לקבוע בחקיקה את היחס בין הכלים הטכנולוגיים לניהול המידע לאחר המוות לבין הוראות אחרות, אם אלה ניתנות, בצוואה או בדרך אחרת. כדי לשקף את ההגנה על האוטונומיה של המשתמשים ולספק תמריץ נוסף להשתמש בכלים אלה, אנו מציעים, בדומה לחוק המודל האמריקני, לקבוע עדיפות של הוראה שניתנה באמצעות כלי טכנולוגי כזה, על פני הוראה סותרת שניתנה בצוואה או בדרך אחרת.

\* \* \*

## תודות

אנו מבקשים להודות למי שסייעו לנו במחקר ובהכנת הדוח: ליהונתן וולף, תלמיד הפקולטה למשפטים וליפעת קורן ולצוות במכון שילוב I<sup>2</sup>R. בנוסף, אנו מבקשים להודות לצוות איגוד האינטרנט הישראלי – לעומד בראשו, עו"ד יורם הכהן, ולעו"ד מי-טל גרייבר-שוורץ, לנעם אלון ולאביגיל שגיא. תודה גם לדפנה הקר, פאולה קיאל על הערות לטיוטה מוקדמת של הדוח.

הצגנו את המחקר בכמה פורומים, ואנו מבקשים להודות למשתתפים ומשתתפות בהם שהעירו והאירו, בכנס הצגה Digital Memories, Kafka's Nightmare: Between Memory, Rights and Memory Rights, בחוג לתקשורת באוניברסיטת בן-גוריון (2.5.18); בסדנה על משפט ונתוני עתק, אוניברסיטת בר אילן (15.5.18); לשופטים ושופטות בפורום "אסכולות" בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב (15.5.18); בכנס Information Ethics Roundtable (IER) באוניברסיטת קופנהגן (17-18.5.18), וכן ביום העיון שערך איגוד האינטרנט בתל אביב (22.5.18), וכן למשתתפים/ות בערב "מדע על הבר" שנערך בתל אביב (30.4.18).

## תוכן עניינים

|    |                                                  |    |
|----|--------------------------------------------------|----|
| 13 | מבוא: האתגר של המוות הדיגיטלי                    | 1  |
| 13 | הצגת הנושא                                       | א. |
| 14 | "זיכרונות דיגיטליים": הערה מושגית                | ב. |
| 17 | חיים ומוות דיגיטליים                             | ג. |
| 18 | (1) ספקי השירות כגורמי ביניים                    |    |
| 21 | (2) תוכן ונתוני-תוכן                             |    |
| 22 | (3) של מי התוכן?                                 |    |
| 24 | (4) סיכום ביניים                                 |    |
| 25 | המסגרת המשפטית                                   | ד. |
| 27 | מסגרת המחקר והדוח                                | ה. |
| 27 | (1) מוות וחברה                                   |    |
| 27 | (2) הפלטפורמות                                   |    |
| 28 | (3) פרקטיקות ועמדות בציבור הישראלי               |    |
| 28 | (4) המסגרת המשפטית                               |    |
| 28 | (5) מסקנות מדיניות                               |    |
| 30 | מוות, חברה וטכנולוגיות של תקשורת                 | 2. |
| 31 | היחס למוות והתפקיד של מוות בחברה המערבית         | א. |
| 32 | תפקידו של המוות בכינון וגיבוש זהות ומעגלי שייכות | ב. |
| 35 | איך האינטרנט משנה את העיסוק החברתי במוות?        | ג. |
| 37 | נורמות                                           | ד. |
| 39 | התאבלות                                          | ה. |
| 40 | (1) מקום                                         |    |
| 41 | (2) מודלים של תקשורת                             |    |
| 44 | הנצחה                                            | ו. |
| 46 | גישה                                             | ז. |
| 48 | תכנון המוות                                      | ח. |
| 49 | "שבעה"                                           | ט. |
| 50 | סיכום                                            | י. |
| 52 | תמונת המצב: ניצנים ראשונים להסדרה טכנולוגית      | 3. |
| 52 | מבוא                                             | א. |
| 55 | דואר אלקטרוני: Gmail                             | ב. |
| 58 | רשת חברתית: פייסבוק                              | ג. |
| 64 | שירותי אחסון בענן: Dropbox                       | ד. |
| 64 | אתרי היכרויות                                    | ה. |
| 65 | סיכום                                            | ו. |
| 68 | עמדות הציבור הישראלי                             | 4. |
| 68 | מבוא: מטרת המחקר והשערות המחקר                   | א. |
| 68 | מתודולוגיה                                       | ב. |
| 69 | ממצאים                                           | ג. |
| 85 | דיון וניתוח                                      | ד. |

|          |                                                                |
|----------|----------------------------------------------------------------|
| 89.....  | <b>ה. מסקנות</b>                                               |
| 90.....  | <b>5. המסגרת המשפטית: קניין, פרטיות, זכויות ואינטרסים</b>      |
| 90.....  | <b>א. מבוא</b>                                                 |
| 91.....  | <b>ב. סוגי המידע והתוכן</b>                                    |
| 91.....  | (1) קניין במשאבים שאינם מוחשיים                                |
| 92.....  | (2) זכויות יוצרים וקניין רוחני אחר                             |
| 95.....  | (3) מידע על קניין                                              |
| 97.....  | (4) מידע אישי                                                  |
| 97.....  | <b>ג. המסגרת הקניינית</b>                                      |
| 98.....  | (1) הדין הקיים: ירושה וצוואה ביחס לנכסים רכושיים               |
| 100..... | (2) אופי המידע                                                 |
| 102..... | <b>ד. המסגרת של הגנת הפרטיות</b>                               |
| 102..... | (1) פרטיות כזכות אישית                                         |
| 105..... | (2) זכויות אחרי המוות?                                         |
| 107..... | (3) פרטיות לאחר המוות                                          |
| 109..... | <b>ה. השחקנים השונים</b>                                       |
| 110..... | (1) המשתמשים                                                   |
| 110..... | (א) עמדות המשתמשים בקשר לזיכרונות דיגיטליים                    |
| 111..... | (ב) מימוש הרצון                                                |
| 112..... | (ג) רצון משוער?                                                |
| 114..... | (2) קרובי המשפחה וחברים                                        |
| 114..... | (א) הרצון בגישה למידע של המנוח                                 |
| 117..... | (ב) אינטרס או זכות?                                            |
| 118..... | (3) בעלי עניין אחרים במידע                                     |
| 118..... | (א) בני-שיח של המנוח                                           |
| 119..... | (ב) מעסיקים                                                    |
| 121..... | (4) הפלטפורמות                                                 |
| 123..... | (5) הציבור הרחב                                                |
| 124..... | <b>ו. סיכום</b>                                                |
| 127..... | <b>6. אפיקי הסדרה אפשריים</b>                                  |
| 127..... | <b>א. מבוא</b>                                                 |
| 128..... | <b>ב. פרדיגמת המחקר של משפט וטכנולוגיה</b>                     |
| 131..... | <b>ג. שיקולים פרגמטיים בהסדרת הסוגיה של זיכרונות דיגיטליים</b> |
| 132..... | <b>ד. ניצנים ראשונים של הסדרה: הניסיון מעבר לים</b>            |
| 139..... | <b>7. המלצות מדיניות</b>                                       |
| 139..... | <b>א. העלאת מודעות</b>                                         |
| 141..... | <b>ב. חובה לקבוע מדיניות</b>                                   |
| 142..... | <b>ג. קניין ומידע על קניין</b>                                 |
| 146..... | <b>ד. מידע אישי</b>                                            |
| 149..... | <b>ה. סיכום</b>                                                |
| 151..... | <b>נספחים</b>                                                  |
| 152..... | <b>ביבליוגרפיה</b>                                             |

## 1. מבוא: האתגר של המוות הדיגיטלי

### א. הצגת הנושא

חיינו עוברים להתנהל יותר ויותר בסביבה דיגיטלית. באופן בלתי נמנע, במוותו של אדם, נותר תוכן דיגיטלי רב מאחוריו. בסביבה אנלוגית, לא-מקוונת, לבני המשפחה יש בדרך כלל גישה למסמכים, יומן אישי, צילומים ותכנים אחרים שהמנוח משאיר אחריו. בסביבה דיגיטלית-מקוונת, לעומת זאת, יש שומרי סף שמפרידים בין בני המשפחה לחומרים האלו. התכנים הפיזיים שאדם משאיר אחריו במוותו כוללים פריטים שהוא אסף וצבר במהלך חייו, בין אם משום שסבר שהם חשובים או משום שלא טרח להשליכם. בסביבה המקוונת, בנוסף למידע שאדם יוצר ושומר (למשל יומנים מקוונים, אלבומים, בלוגים, פוסטים), פרטי מידע רבים נאגרים על ידי חברות האינטרנט, באופן אנכי, מבלי שהאדם ביקש לאגור אותם, ואלו גם אינם תופסים נפח או מקום פיזי ולכן הוא אינו מוחק אותם. עם זאת, פרטי מידע אלו, הכוללים שאילתות במנועי חיפוש, ביקורים באתרי אינטרנט, נתוני מיקום ועוד הם נתונים זמינים בחייו של אדם ולאחר מותו. מה גורל המידע הדיגיטלי האישי שנשאר אחרי המוות? למי צריכה להיות גישה למידע ושליטה בו? מהם השיקולים שראוי לשקול, ומה המדיניות המתאימה להסדרת הסוגיה?

הסוגיה מורכבת בכמה היבטים. היבט מרכזי הוא פרטיות המשתמשים שהלכו לעולמם ורצונם ביחס לתוכן הדיגיטלי שיצרו, בין אם רצונם הוא לאפשר גישה לתוכן ובין אם לאו; ומול זה, רצון של (לפחות חלק מ)בני המשפחה וחברים לגשת למידע או לנהל אותו, בין אם משיקולים של התמודדות עם האובדן והנצחת המת, ובין אם משיקולים פרקטיים של איתור נכסים (כמו חשבונות בנק) או גישה למידע שהיה עד כה באחריות בן המשפחה שמת, כמו חשבונות חשמל. היבט שני של מורכבות, הוא המשמעות השונה של המוות אצל אנשים שונים בחברה, כמו גם הבדלים בין תרבויות שונות או בין דורות שונים בקשר למוות, בהיבטים דתיים וחברתיים. כך, בתרבויות שבהן יש אמונה דתית בדבר גלגול נשמות, נצפה למצוא גישה שונה מאשר בתרבויות שבהן המוות הוא בגדר טאבו שאין עוסקים בו ביום-יום. לכך נוסף היבט שלישי של מורכבות: בשונה מהסביבה הפיזית-הלא-מקוונת, בסביבה הדיגיטלית-המקוונת יש גורמי ביניים שמחזיקים בפועל בתוכן ובגישה אליו. אלה הם ספקי שירות ופלטפורמות תוכן שונים. פלטפורמות התוכן הן בדרך כלל תאגידים בין-לאומיים, שפעילותם גלובלית ומטרתם היא עשיית רווח, בעוד שהנורמות החברתיות ביחס למוות הן מקומיות, מגוונות, ואינן מסחריות באופיין. ההסדרה של הסוגיה מורכבת גם היא: האם בכלל יש צורך להסדיר? אם התשובה חיובית, כיצד ניתן להסדיר פעילות אנושית וחברתית בסביבה טכנולוגית דינמית, שמשתנה ללא הרף? האם ההסדרה צריכה להיות ציבורית, כלומר בדרך של חקיקה או רגולציה, ואם כן, כיצד? או שאולי מוטב להשאיר את ההסדרה להתפתחות של נורמות חברתיות וכוחות השוק, כלומר להעדיף הסדרה פרטית?

הסדרה של פעילות בשוק החופשי בכלל, היא נושא שנוי במחלוקת אידיאולוגית-פוליטית, שמתורגמת לעתים לשאלות משפטיות של הזכות לקניין פרטי וחופש עיסוק. הסדרה של טכנולוגיה מעוררת שאלות בקשר לעצם ההסדרה – האם היא מועילה או שמא היא מפריעה לחדשנות ולקידמה טכנולוגית. גם אם סברנו שראוי להסדיר את הטכנולוגיה, מתעורר קושי באשר לדרך ההסדרה – מהי ההסדרה המיטבית: האם בדרך של קביעת כללים

ברורים או בדרך של סטנדרטים כלליים? האם בדרך של הסדרה פרטנית מחייבת או בדרך של יצירת ברירות מחדל וכללי רקע, ואולי מוטב ליצור משטר של תמריצים שונים?

דוח זה מבקש להתיר את הסבך, מתוך כוונה לברר מהי, אם בכלל, ההסדרה המיטבית של הסוגיה בהקשר הישראלי. הדיון שלהלן מבוסס על מחקר תקשורתי-משפטי משולב. פרק מבוא זה מבהיר את המונח "זיכרונות דיגיטליים", מציג את הסוגיה ואת מורכבותה באופן כללי, את הנחות היסוד של הדיון בדבר אי-התאמתן של הפרדיגמות החברתיות-משפטיות הקיימות, בדבר היחס החברתי למוות כטאבו, ובאשר לקשרי הגומלין שבין משפט לטכנולוגיה, ומציג את שיטות המחקר שננקטו לצורך דוח זה באופן כללי, כאשר פירוט יבוא במקומות המתאימים בהמשך הדוח.

## ב. "זיכרונות דיגיטליים": הערה מושגית

העיסוק בסוגיה חדשה, שאיננה רק בגדר שינוי קל של המצב הקיים אלא היא בגדר מצב חדש לגמרי, נתקל בקושי מושגי: בשל החידוש, אין מושגים מוסכמים לתיאור הסוגיה. כל שימוש במושג קיים בהכרח מגלם הנחות יסוד מסוימות סמויות, וכך עלול להכריע בלי משים את השאלה הנורמטיבית.

כך למשל, הביטוי "עיצוב דיגיטלי", שבו השתמשה הוועדה לפניות הציבור של הכנסת בדיון שקיימה בשנת 2014 בנושא, מתייחס לביטוי המשפטי "עיצוב", שהוא מושג מפתח בחוק הירושה, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק הירושה).<sup>3</sup> חלק מהחוקים המדינתיים בארצות הברית, שבהם נעסוק בפרק 6, מתייחסים ל"נכסים דיגיטליים" (digital assets), אם כי הם מתייחסים לגורם שיש לו את הכוח לגשת לנכסים, כאל נאמן (fiduciary).<sup>4</sup> גם חוק המודל של ה-Uniform Conference of Commissioners on Uniform State Laws שעוד נשוב אליו בהרחבה בפרק 6, נוקט את הביטוי "access to digital assets".<sup>5</sup>

התייחסות למידע הדיגיטלי שמשאיר אחריו המנוח כאל נכס מנכסי העיצוב מניחה כמובן מאליו שיש למידע הזה אופי קנייני. להמשגה כזו יש יתרון מסוים, משום שהציבור והשדה המשפטי מכירים את המסגרת המשפטית הזו. התייחסות למידע אישי שנשאיר אחריו מות האדם כאל קניין בר-הורשה תפתור אתגרים רבים. אולם, כאן גם טמון הקושי. בבחירה לשונית זו מגולמת הכרעה של הסוגיה כולה: הביטוי מניח שמדובר בזכות קניינית ולא בזכות אישית; והוא מניח שהיא ניתנת להורשה, ולכן שהיורשים הם בעלי הזכות לגישה למידע ולניהולו. מסקנת המשך אפשרית היא שמוטלת חובה על מי שמחזיקים במידע בפועל, ספקי שירות או פלטפורמות תוכן, למסור

<sup>3</sup> גם מחלקת המחקר של הכנסת התייחסה לנושא תחת הכותרת של "עיצוב דיגיטלי". ראו: הכנסת - מרכז המחקר והמידע "מידע לקראת דיון בנושא 'עיצוב דיגיטלי'" (30.11.14). בדומה, ראו מאורי הירש "עזבונות דיגיטליים" **משפט ועסקים** (26.12.16), נמצא ב: <https://idclawreview.org/2016/12/26/blogpost-hirsch>. הירש מגדירה עיצוב דיגיטלי כ"מקבץ הנכסים הלא-מוחשיים, על שלל סוגיהם, שהמנוח הותיר ברחבי העולם הדיגיטלי לאחר מותו". ראו גם יעקב הכט "הכחדת הזיכרון הדיגיטלי" **מגזין איגוד האינטרנט הישראלי** (2.11.16), נמצא ב: <https://www.isoc.org.il/internet-il/articles-and-research/magazine/digital-memory-extinction>. הכט משתמש בכמה ביטויים, וביניהם "נכסים אישיים" או "נכסים דיגיטליים", "המורשת של הנכסים הדיגיטליים".

<sup>4</sup> ראו למשל את החוק של מדינת דלאוור, שם מוגדר חב אמון כמי שמונה על ידי רשם הצוואות, ראו: 79 Del. Laws, c. 416, §1 (2014); במדינת מישיגן, מוגדר חב אמון כעיצוב המנוח או עזבונו של עיצוב המנוח, נציג אישי, סוכן או נאמן. ראו: MCL 700.1002.

<sup>5</sup> ראו: Uniform Law Commission Fiduciary Access to Digital Assets Act (2015).

את המידע לידי היורשים, ולאפשר להם גישה לחשבון המשתמש המנוח. התייחסות קניינית כזו מעדיפה מלכתחילה את האינטרסים של מי שמבקשים גישה למידע על פני האינטרסים או הזכויות של המנוח, מתעלמת מהעובדה שבמידע הדיגיטלי יש בדרך כלל גם מידע אישי של המשתמשים או של צדדים אחרים, חיים או מתים, ומתעלמת מהאינטרסים של ספקי השירות. התייחסות קניינית כזו בוחרת מראש את צורת ההסדרה, ומבטלת את התמריץ של גורמי הביניים להציע פתרונות טכנולוגיים או עסקיים חלופיים. בנוסף, הדבר עשוי להביא לשינוי התנהגות של משתמשי אינטרנט, שעשויים להתייחס בצוואה לפן הזה של העיזבון. ייתכן שכל אלה הן תוצאות רצויות, אבל הבחירה במושג "עיזבון דיגיטלי" צריכה לבוא כמסקנה של דיון וניתוח, ולא כנקודת מוצא לדיון.

במקרים אחרים, ההתייחסות היא טכנית-תיאורית. למשל, בחוקים אחדים שביקשו להסדיר היבטים מסוימים של הסוגיה, דובר על גישה לחשבונות דיגיטליים של המנוח. כך, בחוק של מדינת קונטיקט משנת 2005 דובר על access to decedent's electronic mail accounts, ובדומה בחוק של רוד איילנד משנת 2007 או בחוק של ניו יורק משנת 2013.<sup>6</sup> בכמה מקומות נבחר הביטוי "שליטה" במקום "גישה", למשל בהצעת חוק בפנסילבניה משנת 2012, דובר על "power over decedent account",<sup>7</sup> ובחוקים של מדינות אחרות, למשל אוקלהומה, מדובר על שליטה, ניהול או תפעול של חשבון אינטרנטי.<sup>8</sup> זו התייחסות פונקציונאלית שעוסקת רק בפנים מסוימים ולא דווקא בתופעה בכללותה.

הביטוי "מורשת דיגיטלית" שמופיע בכמה מקומות,<sup>9</sup> חף מהמשמעות הקניינית ורחב יותר מאשר הפעולות הפונקציונאליות, ולכן יש לו יתרון מסוים, אבל גם הוא נושא מטען משמעויות סמוי למחצה. "מורשת" הוא ביטוי שמשמש בדרך כלל לתאר תפיסת עולם וערכים שאדם חי לאורם במהלך חייו, ואמורים להנחות אחרים, לאחר מותו.<sup>10</sup> במילים אחרות, מורשת היא מערכת ערכים בין-דורית. כך למשל, נדבר על "מורשת בן גוריון", "מורשת ז'בוטינסקי" או "מורשת רבין". במישור האישי, משפחה עשויה לדבר על אחת מדמויות המפתח בה באופן דומה, לגבי אותה משפחה (למשל, "מורשתה של סבתא הייתה של עבודה קשה ואהבת אדם"). כאן, איננו עוסקים בהכרח במערכת הערכית שאדם מעביר לבאים אחריו, אלא במידע, לעתים יום-יומי, שגרתי וטריטוריאלי, שהמאפיינים העיקריים שלו הם היותו דיגיטלי, והיותו אישי: המידע הוא "של" האדם, ו"על" האדם – לא דווקא במובן הקנייני, אלא במובן פשוט יותר, שהמידע מתאר את האדם, את פעולותיו ואת התנהגותו. במובן הזה, הביטוי "מורשת" טעון מדי, יוצר גלוריפיקציה מסוימת של המידע, וכך מחמיץ במידת מה את הפן האישי והאגבי.

<sup>6</sup> ראו בהתאמה: Connecticut Public Act No. 05-136: An Act Concerning Access to Decedents' Electronic Mail Accounts, Connecticut Statutes §§45a-334a; 2005 Rhode Island Code §33-27-3; NY Est. Pow. & Trusts L. §13-A (2016).

<sup>7</sup> An Act amending Title 20 (Decedents, Estates and Fiduciaries) of the Pennsylvania Consolidated Statutes

<sup>8</sup> 58 OK Stat §58-269 (2014).

<sup>9</sup> למשל בקול הקורא שפרסם איגוד האינטרנט למחקר בנושא. ראו גם את הספר: DIGITAL LEGACY AND INTERACTION: POST-MORTEM (Issues (Cristiano Maciel & Vinícius Carvalho Pereira, eds. 2013).

<sup>10</sup> ראו לדוגמה זכרון במחלוקת: מיתוס, לאומיות ודמוקרטיה: עיונים בעקבות רצח רבין (לב גרינברג, עורך, 2000).

בנוסף, יש בו רידוד מסוים של האישיות של האדם: המידע שנצבר ברשתות החברתיות משקף פנים מסוימים של האדם, אבל לא את מלוא אישיותו.<sup>11</sup>

מושג נוסף לתיאור התופעה, הקונה בהדרגה אחיזה באנגלית הוא digital remains.<sup>12</sup> מושג זה מבקש לתאר, כפשוטם, את התכנים והנתונים הדיגיטליים שנשארים אחרי מותו של אדם. עם זאת, ניסיון לתרגם את המושג לעברית נתקל בקשיים בשל הקונוטציות הלא-נעימות שמעוררים ביטויים כמו שיירים או שרידים. למילים "שיירים" ו"שרידים", במובן החומרי, מתלווה לא פעם קונוטציה שלילית המזוהה עם התפרקות הגוף או החומר או עם אירוע טראומטי וקשה. במהלך החשיבה על הנושא, העלינו גם את האפשרות להשתמש בביטויים כמו "רשומה דיגיטלית מיתמת" או "נתונים דיגיטליים יתומים", אבל גם הם עלולים לעורר קונוטציות שליליות והם אינם פשוטים לשימוש.

מסיבות אלה, ובעצה אחת עם חברי איגוד האינטרנט הישראלי, בחרנו להשתמש בביטוי זיכרונות דיגיטליים. אנו סבורים שהוא לוכד בצורה טובה יותר את מהות הנושא: אלו הם תכנים ונתונים דיגיטליים שנשארים אחרי מותו של אדם, המזינים את הזיכרון המשפחתי והקולקטיבי בקרב מי שהכירו את המת או מתוודעים לפועלו לאחר מותו. המילה "זיכרון" בהקשר דיגיטלי כבר תפוסה, לכאורה, ומתייחסת לטכנולוגיות ולהתקני אחסון של קבצים דיגיטליים, אולם השימוש בצורת הרבים – "זיכרונות" – מרחיק את המשמעות הטכנית ומאפשר להרכיש מושג חדש בתחום התרבות הדיגיטלית בעברית. אנו מקווים שמושג זה, יקנה אחיזה בשיח. בהתאם, בדוח זה נשתמש במושג זיכרונות דיגיטליים.

**המושגים "עיצוב דיגיטלי" או "נכסים דיגיטליים" מניחים מראש עמדה קניינית בקשר למידע האיש. התייחסות לגישה ולניהול המידע היא פונקציונאלית ואינה מקיפה את מכלול הסוגיה. המושג "מורשת דיגיטלית" מתאר מערכת ערכים בין-דורית, שאדם מבקש להנחיל לבאים אחריו. כאן אנו עוסקים בתוכן ומידע שאינם מערכת ערכית כללית, אלא שובל המידע היום-יומי, הפרטי והאיש, של אנשים שאינם בהכרח דמויות ציבוריות, ולשובל מידע זה יש תפקיד בעיצוב האופן שבו זוכרים את המת. על כן, תוכן ומידע אלו הם הזיכרונות הדיגיטליים.**

<sup>11</sup> לתמיכה במושג של "מורשת דיגיטלית", ראו למשל: Jed R. Brubaker, Kynn Dombrowski, Anita M. Gilbert, Nafiri, *Stewarding a Legacy: Responsibilities and Relationships in the Management of Post-Mortem Data*, CHI 2014.

<sup>12</sup> השימוש הראשון שמצאנו במושג זה, digital remains, היה בקשר לעבודת אומנות שהוצגה בלונדון בשנת 2006, ראו כאן: <http://www.michelegauler.net/2006/07/15/digital-remains>. כיום הביטוי מופיע בשמן של חברות מסחריות שמציעות שירותי ניהול נכסים דיגיטליים (כמו שם מתחם, אתר, ציוד מחשבים וכדומה), ראו: <https://www.digitalremains.co.uk>. הביטוי מופיע גם בכתביה האקדמית המשפטית, למשל: Damien McCallig, *Facebook after Death: An Evolving Policy in a Social Network*, 22 *INT'L J.L. & INFO. TECH.* 107 (2014); Patrick Stokes, *Deletion as a Second Death: The Moral Status of Digital Remains*, 17 *ETHICS INFO. TECH.* 237 (2015). שמשביר כיצד המושג משקף את החשיבות של המתים בקרב החיים. ראו גם פרויקט אקדמי של אוניברסיטת נוטינגהאם באנגליה, בשיתוף עם ורד שביט, שנועד להגביר מודעות לנושא: [http://www.nottingham.ac.uk/nursing/sonet/rlos/death\\_dying\\_bereavement/digital\\_remains/index.html](http://www.nottingham.ac.uk/nursing/sonet/rlos/death_dying_bereavement/digital_remains/index.html)

## ג. חיים ומוות דיגיטליים

מאז שנות התשעים של המאה הקודמת, עוד ועוד היבטים של חיינו עוברים להתנהל בסביבה הדיגיטלית: בעיקר באינטרנט, אבל גם ברשתות אחרות, למשל רשתות מחשב פנים-ארגוניות, או בשימוש בטכנולוגיות כמו טלוויזיה דיגיטלית, ושלל חפצים שיש להם מרכיב רשתי, המכונים באופן כללי "האינטרנט של הדברים" (Internet of Things). הפעילות הדיגיטלית שלנו מקיפה כיום את כל היבטי החיים: תקשורת בין-אישית ובכלל זה קשרים אישיים ואינטימיים, אלבומים, שיח פוליטי וחברתי, התנהלות שגרתית מול רשויות או מקום העבודה, מסחר במוצרים ושירותים פיסיים ודיגיטליים, שירותי רפואה, שירותים פיננסיים ועוד.<sup>13</sup>

כתוצאה מהבשלת הטכנולוגיות הדיגיטליות, הוזלת מחיר השימוש, מהפכת הפס הרחב ומהפכת הסלולר, השימוש בסביבה המקוונת עצום בהיקפו, ובהתאם, כמות המידע שנוצרת בכל רגע אדירה. התוצאה המידית של השימוש הגובר בטכנולוגיות מידע שונות היא שכל פעילות דיגיטלית מייצרת מידע: הן התכנים השונים עצמם (content, data) והן נתוני התוכן (meta-data), כלומר מידע על המידע. האדם הדיגיטלי מייצר בחיי היום-יום, לעתים בלי משים, שובל מידע עשיר בהרבה מאשר האדם האנלוגי.<sup>14</sup> חלק מהמידע הזה הוא מידע יזום שהגולש בוחר להעלות לרשת, וחלק הוא מידע אגבי שנוצר ונצבר אגב פעולות גלישה שגרתיות גם אם הגולש לא בחר לשמור את המידע. בכל מקרה, כל פעולת גלישה, מייצרת את נתוני התוכן, וכל המידע הזה נשאר גם אחרי מותם של המשתמשים. הדבר נכון ביתר שאת ביחס לפרופילים אישיים של משתמשים ברשתות חברתיות, שם המידע הצבור הוא על פי רוב מידע יזום שהמשתמשים העלו כחלק מהצגת ה"עצמי" שלהם ותחזוקת הקשרים החברתיים שלהם. הואיל והמידע נשאר ברשת גם לאחר מותם של המשתמשים, הרשתות החברתיות עשויות להופך בהדרגה ל"בתי קברות דיגיטליים". לפי מקור אחד, בשנת 2011 היו בפייסבוק 50 מיליון חשבונות של מתים.<sup>15</sup> לפי חישוב אחר, בשנת 2098 צפוי מספר חשבונות הפייסבוק של מתים להשתוות למספר החשבונות של אנשים חיים.<sup>16</sup>

בישראל מתים מדי שנה כ-44,000 בני אדם, כלומר בממוצע, כ-3,700 מדי חודש.<sup>17</sup> חלק הולך וגדל של המתים היו מחוברים בחייהם לרשת, והשתמשו בשירותי אינטרנט שונים.<sup>18</sup> חלק ניכר מהאזרחים גולש באופן שוטף

<sup>13</sup> MARK DEUZE, MEDIA LIFE (2012).

<sup>14</sup> ראו מיכאל בירנהק **מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה** 169 (2010).

<sup>15</sup> Cristiano Maciel & Vinícius Carvalho Pereira, *The Internet Generation and the Posthumous Interaction*, in DIGITAL LEGACY AND INTERACTION: POST-MORTEM ISSUES 65 (Cristiano Maciel & Vinícius Carvalho Pereira, eds. 2013).

<sup>16</sup> Kristen V. Brown, *We calculated the year dead people on Facebook could outnumber the living*, Splinter ראו: (3.4.2016), available at <http://splinternews.com/we-calculated-the-year-dead-people-on-facebook-could-out-1793855143>.

<sup>17</sup> ראו את נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה (להלן: למ"ס): <http://www.cbs.gov.il/publications17/yarhon0717/pdf/c2.pdf>.

<sup>18</sup> לפי נתוני למ"ס, נכון לשנת 2015, כמחצית מבני ה-65+ מחוברים לאינטרנט. ראו: [http://www.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa\\_template.html?hodaa=201611303](http://www.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa_template.html?hodaa=201611303); על פי נתוני הסקר שערכנו, ושיוצגו בפרק 4 של דוח זה, 85% מגולשי האינטרנט בני ה-61+ משתמשים בדוא"ל מדי יום ו-69% מהם משתמשים ברשת חברתית מדי יום. קבוצת אוכלוסייה זו מהווה את חלק הארי בשיעור התמותה בישראל (81%): [http://www.cbs.gov.il/shnaton68/st03\\_27.pdf](http://www.cbs.gov.il/shnaton68/st03_27.pdf).

באינטרנט.<sup>19</sup> לפי דוח איגוד האינטרנט משנת 2017, 90% מהישראלים גולשים באינטרנט ורובם פעיל ברשתות החברתיות.<sup>20</sup> משמעות הדבר היא, ראשית, שהם יצרו תכנים רבים ברשת במהלך חייהם; ושנית, שכל עוד החשבונות האישיים שלהם לא נסגרו, למשל חשבון ברשת חברתית, הרי שיש למתים נוכחות רשתית ניכרת גם לאחר מותם.

במקרים רבים, כאשר אנחנו נתקלים במצב חדש ומנסים להבינו, אנחנו נוטים להשוות אותו למצב קיים ומוכר, ולהחיל את ההסדר הקיים, החברתי והמשפטי, על המצב החדש. גם לפני כניסת האינטרנט לחיינו, השאירו המתים נכסים ומידע רב מאחוריהם. האם ניתן להרחיב בצורה דומה את היחס שלנו למידע ותכנים לא-דיגיטליים של מתים ולהחילו גם על המידע והתכנים הדיגיטליים של המתים? המצב הדיגיטלי שונה בכמה היבטים חשובים שראוי לעמוד עליהם, והם יכולים לסייע לנו לחדד את המאפיינים הייחודיים של זיכרונות דיגיטליים. הבנת המאפיינים והמורכבות תסייע להבין מדוע המסגרות החברתיות, הטכנולוגיות והמשפטיות הקיימות להסדרת נכסים קנייניים אינן מתאימות לזיכרונות דיגיטליים. כך לדוגמה, בסביבה אנלוגית, המידע שמשאיר אחריו מי שהלך לעולמו שמור כחומר פיזי, ואילו במדיום דיגיטלי המידע שמור כקבצים. הגישה אליהם עשויה להיות קלה ופשוטה כעניין טכני, אבל במקרים רבים, הגישה כרוכה בכניסה לחשבון שמנוהל על גבי פלטפורמה רשתית, כמו שירותי דוא"ל או רשת חברתית.

בפסקאות הסמוכות, נצביע בקצרה על כמה הבדלים שאנחנו מזהים בין מידע אישי לא-דיגיטלי שנשאר אחרי מותו של אדם למידע אישי דיגיטלי. ההבדלים העיקריים הם קיומו של גורם ביניים שמחזיק במידע; מאפיינים של מידע דיגיטלי (הוא נשמר ואינו מתכלה, ניתן לעיבוד, וכולל לא רק תוכן אלא גם את נתוני התוכן); וזהותם של מושאי המידע: אצל המת עשוי להיות מידע רב לא רק על עצמו, אלא גם על אנשים אחרים, חיים או מתים. הצגת ההבדלים נועדה לחדד את הייחודיות של המצב הדיגיטלי. עם זאת, המציאות מורכבת ולעתים הבידול אינו חד, כפי שנמחיש בהמשך.

## (1) ספקי השירות כגורמי ביניים

מאפיין מובהק של המידע והתוכן הדיגיטליים הוא שבפועל, הם מוחזקים בידי צד שלישי: ספקי שירותים שונים, כמו מפעילי הרשתות החברתיות, פלטפורמות תוכן אחרות, ספקי שירותי ענן, או ספקי שירותי הדואר האלקטרוני. ההשוואה בין המצב הלא-דיגיטלי לדיגיטלי מסייעת להבין את המרכזיות של גורמי הביניים בקשר לסוגיה של זיכרונות דיגיטליים.

**בסביבה לא מקוונת**, עד להופעת האינטרנט בחיינו, וגם כיום בקשר למי שאינם משתמשים ברשת, כאשר אדם הולך לעולמו, הוא משאיר אחריו פעמים רבות מידע בצורות שונות, שלא בהכרח היה מוגן כקניין: מסמכים

<sup>19</sup> הנתונים אודות היקף ואופי השימוש באינטרנט בישראל אינם אחידים בשל מתודולוגיות איסוף הנתונים וסוג השאלות שנשאלו לבידור הנושא: לפי נתוני למ"ס לשנת 2015, ל-74.3% ממשקי הבית בישראל היה מנוי לאינטרנט, ול-96.9% היה מנוי לטלפון נייד אחד לפחות. לפי דוח ארגון המדינות המפותחות (OECD), נכון למרץ 2017, ל-76.3% [מאזרחי ישראל היה חיבור לאינטרנט](#), ובדומה, לפי [נתוני בזק](#) מנובמבר 2017, מדובר על כ-76%. לפי דוח מחקר של איגוד האינטרנט לשנת 2017, 92.5% מהאוכלוסייה היהודית בישראל גולשת באינטרנט, ו-85% מהאוכלוסייה הערבית. היקף השימוש ברשת אינו אחיד, והוא משתנה בקבוצות אוכלוסייה שונות, לפי משתנים של לאום ודת, מידת דתיות, הכנסה, וגיל.

<sup>20</sup> ראו: <https://www.isoc.org.il/sts-data/22951>

שונים, רישומים, מכתבים שכתב וקיבל, צילומים, לעתים יומן אישי, וכדומה. אלה הם סוגי מידע שונים: חלקם נוצר בידי אחרים (למשל מכתבים שהמנוח היה הנמען שלהם), חלקם מסמכים רשמיים של המדינה או גופים אחרים (למשל, הודעות תשלום ומסים, תעודות לימודים), וחלק, נוצר בידי המנוח. יש להניח שלפחות חלק מהמסמכים שנוצרו בידי המנוח עצמו היו עומדים בתנאי הסף של דיני זכות יוצרים, ומוגנים כ"יצירה", אולם מחברי היצירות לא בהכרח התייחסו אליהן כאל יצירות במובן הזה, והחשיבות בעיניהם לא הייתה בשווי הכלכלי, אלא בתוכן עצמו, במשמעותו האישית למחבר ולאחרים.<sup>21</sup> ליורשים עשוי להיות עניין בחלק מהמסמכים כדי לאתר נכסים חומריים, למשל חשבון בנק שלא ידעו על קיומו. לבני משפחה עשוי להיות עניין בתוכן כדי לזכור, להנציח ולהתאבל על יקירם. בהמשך נבחן את האופי המשפטי של התכנים והמידע האלה.

במותו של אדם, הגישה לחפצים ומסמכים שהוא משאיר אחריו אמורה להיות ליורשים לפי דין או צוואה, ובפועל, הגישה היא בידי מי שיש לו שליטה אפקטיבית בחפצים ובמסמכים: למי שיש גישה פיזית לחפציו של המנוח, יש גישה לתוכן ולמידע.<sup>22</sup> ניתן להניח שברוב המקרים מדובר בבני משפחה, וברוב המקרים ממילא הם גם היורשים. במקרים אחרים, מדובר בחברים או מעסיקים. ברצותם – אם רצו ואם מצאו, יכלו לעיין במסמכים שהשאיר המנוח בביתו או במשרדו. מוכרות לנו היטב הדוגמה של אנה פרנק, שאביה מצא את יומנה לאחר מותה ופרסם אותו. במקרה זה, האב היה גם היורש של זכות היוצרים ביומן. מוכרת היטב גם הדוגמה של פרנץ קפקא, שביקש מידידו מקס ברוד להשמיד את כתביו שטרם פורסמו, וכידוע, ברוד לא קיים את הבקשה. במקרים יומיומיים, דרמטיים פחות, מידע לא-דיגיטלי של המנוח נגיש לבני המשפחה. במצב כזה, אין גורם ביניים בין המידע של המנוח לבין המעגל המשפחתי-אישי המיד. בסביבה לא-מקוונת, הגישה למידע מאפשרת את השליטה בפועל.

בכמה מצבים בסביבה לא-מקוונת יש בכל זאת גורם ביניים בין המידע לבין המעגל המשפחתי הקרוב: למשל, רופא או מטפל שמחזיקים מידע על מטופל שמת, גופים פיננסיים שיש להם מידע על נכסי המנוח, עורך-דין שמחזיק מידע על הלקוח המנוח או מעסיק שמחזיק בפועל במידע של העובד המנוח. בכל אחד מהמצבים האלה – של הרופא, הבנק, עורך דין ואפילו מעסיק – מוטלת על הגורם המחזיק חובה משפטית, מקצועית ואיתית לשמור את המידע בידיו, ולא לשתף אחרים במידע.<sup>23</sup> זהו מידע פרטי, ולא דווקא קנייני (אם כי בקשר לבנק, הוא עשוי להעיד על קיומם של נכסים קנייניים). מה גורלו של מידע כזה, לאחר מות המטופל או הלקוח? יש להניח, שלעתים המידע פשוט נמסר לבני משפחה שביקשו אותו, ללא בדיקה משפטית מוקדמת. במקרים אחרים, אין מי שמתעניין במידע, אולי משום שבני המשפחה אינם מודעים לקיומו, או משום שהמידע נתפס כחסר ערך.

<sup>21</sup> נשוב לסוגיה של זכויות יוצרים בפרק 5.

<sup>22</sup> לפי ס' 11(א) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק הירושה) בן הזוג יורש את המיטלטלין שהיו שייכים לפי המקובל והנסיבות למשק הבית המשותף. אלה כוללים בדרך כלל גם מסמכים שונים.

<sup>23</sup> המטפל הרפואי חב חובה כזו מכוח ס' 19 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 וחובה מוסרית מכוח שבועת היפוקרטס, שכוללת גם התחייבות לסודיות רפואית. ראו נוסחי שבועת הרופא ושבועת העברי באתר ההסתדרות הרפואית בישראל: <https://www.ima.org.il/mainsitenew/viewcategory.aspx?categoryid=1123>. הבנק חב חובת סודיות בנקאית, לפי ס' 15א לפקודת הבנקאות, 1941. עורך הדין חב חובת סודיות מכוח ס' 90 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961.

בפסיקה הישראלית מצאנו מקרים בודדים, שבהם סירבו גורמי הביניים למסור את המידע: פסיכיאטרית סירבה למסור תרשומות שערכה בקשר לטיפול פסיכותרפי שנתנה למטופלת מנוחה, לבני משפחתה של המנוחה.<sup>24</sup> גופים פיננסיים סירבו למסור מידע על מצב החשבונות ועל מידע שקשור אליהם, כמו זהות חלק מהמוטבים.<sup>25</sup> נחזור למקרים אלה בהמשך הדברים. מצבים אלה אינם נפוצים, אולם הם חשובים לדיון הנוכחי, שכן מתעוררת בהם סוגיה שקרובה לזו של הזיכרונות הדיגיטליים, בדבר הגישה, הבעלות והשליטה במידע.

הדברים שונים במצב הדיגיטלי. לעתים לאחר מותו של אדם, לבני המשפחה או לאחרים יש גישה ישירה למידע, בין אם הם בעלים של המידע ובין אם לאו. למשל, כאשר המת השאיר הנחיות או רשימת סיסמאות גישה, או פשוט, כאשר במחשב האישי או במכשיר דיגיטלי נייד, הסיסמאות כבר היו שמורות, ולמי שפותח את המחשב יש גישה לתכנים השונים (ולכן נקרא "גישה במחדל"). כאשר מדובר במחשב במקום העבודה, ייתכן שלמעסיק יש גישה טכנית למידע. אולם, בכל שאר המקרים, אין לבני המשפחה ולאחרים גישה אוטומטית ישירה. כדי לגשת למידע שהשאיר המת ברשת חברתית, בחשבון דוא"ל, באתרים וביישומים שונים, נדרשים שם משתמש וסיסמה, ואלו נמצאים בידי גורמי הביניים. בלעדיהם לא ניתן לגשת למידע.

יש לשים לב, שהגישה והשליטה אינם בהכרח כרוכים זה בזה. ייתכן פיצול בין הבעלות לבין מי שיש לו גישה בפועל; ייתכן שלאדם אחד יש גישה לתוכן, אבל בעליו הם גורם אחר. למשל, למעסיק תיתכן גישה לתוכן של עובד שמת במחשב שבמקום העבודה ודרך זה, גישה לחשבון או שירות שבו שמר העובד המנוח צילומים פרטיים, אבל הבעלים של הצילומים הם בני משפחתו, בהנחה שהם יורשיו החוקיים (בכפוף לדיני זכויות יוצרים). או, שלבני המשפחה יש גישה במחדל לתוכן, אבל המנוח הוריש את נכסיו דווקא לאדם או ארגון מחוץ לתא המשפחתי.

משעה שנכנס גורם הביניים לתמונה, היחסים בין המנוח לבני משפחתו הופכים למשולש. לספק השירות, גורם הביניים, עשויים להיות שיקולים ואינטרסים משל עצמו: התחייבויותיו וחובותיו כלפי המשתמשים החיים, עמידה בתנאי השימוש, שיקולים של ניהול העסק והשירותים, ואולי גם שיקולים של טובת הציבור שהספק עשוי לייצג. כפי שטוענות קרייצר-לוי ודוניץ-קידר, לרשתות חברתיות (שאותן הן בדקו) יש תפקיד פעיל בעיצוב הזיכרון, והן אינן רק גורם טכני ניטרלי.<sup>26</sup> כמו כן, שימור המידע האישי של הגולשים שמתו וניהול הגישה אליהם עשוי להיות מקור רווח עבור הספק השירות, כל עוד מוקירי זכרם של המתים ממשיכים "לפקוד" את האתרים.

רבים מגורמי הביניים הם תאגידי מידע מסחריים וגלובליים. האינטרס שלהם כספי-מסחרי. הם מצייתים לחוק במדינה בה הם פועלים, ובדרך כלל זו ארצות הברית. לא תמיד הם ממהרים להתאים את פעילותם לדין המקומי בכל אחת ממדינות הפעילות שלהם. הדין במדינות אחרות עשוי להיות דומה לדין בישראל, אולם במקרים בהם יש הבדל, יש לכך משמעות רבה. נעיר כי עלי ספר, הגנת הפרטיות בארצות הברית חלשה מכפי שהיא בישראל.

<sup>24</sup> ראו ה"פ (שלום ת"א) 29490-05-12 **עזבון פלונית נ' פלדמן-קופלר** (2012).

<sup>25</sup> ראו ה"פ (מחוזי ת"א) 50725-02-12 **שוורצמן נ' פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ** (2012).

<sup>26</sup> ראו: Shelly Kreiczer-Levy & Ronit Donyets-Kedar, *Reclaiming Memory in an Era of Platform Power*, 84 BROOKLYN L. REV. (forthcoming 2019).

## (2) תוכן ונתוני-תוכן

כאשר אדם יוצר תוכן לא-דיגיטלי, כמעט שלא נלווים לתוכן נתונים על התוכן, כמו זהות המחבר, זמן החיבור, מקום החיבור, מועד ואופן התקשורת, פורמט התוכן ועוד. סוגי מידע אלה נוצרים רק אם המחבר נוקט פעולה אקטיבית ומציין את המידע, למשל במכתבים שבהם נהוג לציין את מועד הכתיבה, והמעטפה מעידה על מיקום השולח ומועד המשלוח. אבל ברוב המקרים, התוכן עמד לבדו, וכדי ללמוד את נתוני התוכן צריך לאתרם באופן פעיל.

לעומת זאת, כאשר אדם יוצר תוכן דיגיטלי, בו בזמן נוצר גם מידע על התוכן, כחלק בלתי נפרד מהתהליך הטכנולוגי. נתוני התוכן נוצרים תוך כדי ונלווים בהכרח לתוכן. כך למשל, תכתובת דוא"ל כוללת לא רק את התוכן שנכתב, אלא גם את זהות המתכתבים, המועד המדויק של ההתכתבות, ולעתים גם את כתובת ה-IP של המתכתבים. נתוני התוכן עשויים להעיד על התוכן לא פחות מאשר התוכן.<sup>27</sup> למשל, כתובת הדוא"ל עשויה ללמד לא מעט על המתכתבים – למשל אם הם עובדים בתאגיד מסוים או לאיזו מדינה הם משויכים.<sup>28</sup>

הפעילויות המקוונות הנפוצות, כמו פרסומים פומביים ברשתות חברתיות (פוסט בפייסבוק, ציוצים בטוויטר, פוסטים ברשתות חברתיות אחרות ובלוגים) ושיחות אישיות פרטיות ברשתות האלה ובאפיקים אחרים (וואטסאפ, סנאפצ'אט, יישומנים למסרים מידיים), שאילתות חיפוש במנועי חיפוש, מילוי טפסים ושאלונים, ועוד – כל אחת מהפעילויות האלה יוצרת תוכן חדש, אבל בה בעת, מייצרת מידע גם על עצם הפעולה: מי השתמש בשירות מסוים, מתי, מיהם ה"חברים" ברשת החברתית, מי שוחח עם מי וכדומה. לנתוני התוכן יש לעתים ערך עצמאי: מיפוי הקשרים החברתיים של אדם עשוי להעיד על מצבו הכלכלי, העדפותיו המיניות ונטייתו המיניות.<sup>29</sup> מיפוי בני-השיח של אדם עשויים להעיד על מצבו הרפואי (למשל קביעת תור למרפאה מסוימת), על מצבו המשפחתי, ובמקרים מסוימים לחשוף עוד מידע. למשל, כאשר האדם הוא עיתונאי, נתוני התקשורת עשויים לחשוף מקורות;<sup>30</sup> כאשר האדם הוא מטפל, נתוני התקשורת עשויים לחשוף את זהות המטופלים, ועוד.

במילים אחרות, האבחנה בין תוכן לנתוני תוכן, שהייתה קיימת בסביבה לא-דיגיטלית, קורסת בסביבה הדיגיטלית. למי שתהיה גישה לתוכן הדיגיטלי תהיה גישה גם לנתוני התוכן. בן משפחה עשוי לגלות למשל על מצב רפואי או נפשי של יקירו, נטייה מינית, פרקטיקות מיניות, קשרים רומנטיים ואחרים, רק מתוך נתוני התוכן,

<sup>27</sup> בית המשפט העליון הכיר בכך שהאבחנה בין תקשורת לנתוני תקשורת אינה מובהקת, בפסק דין שבחן את החוקיות של חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - נתוני תקשורת), התשס"ח-2007, שעניינו סמכות המשטרה לקבל מידע על נתוני תקשורת. ראו בג"ץ 3809/08 **האגודה לזכויות האזרח נ' משטרת ישראל**, פסקה 8 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2012). להרחבה, ראו עומר טנא "הסתכל בקנקן וראה מה יש בתוכו: נתוני תקשורת ומידע אישי במאה העשרים ואחת" **רשת משפטית: משפט וטכנולוגיה מידע** 287 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק, עורכים, 2011).

<sup>28</sup> ראו טנא, שם, בעמ' 307-308.

<sup>29</sup> ראו לדוגמה, מחקר שערכו חוקרים מאוניברסיטת MIT המצביע על כך שניתן לגלות מה נטייתו המינית של משתמש פייסבוק באמצעות צפייה ברשימת החברים המשותפים איתו: Carter Jeringan & Behram F.T. Mistree, *Gaydar: Facebook Friendships Expose Sexual Orientation*, 14(10) FIRST MONDAY (October 2009), available at <http://www.firstmonday.dk/ojs/index.php/fm/article/view/2611/2302>.

<sup>30</sup> לדיון, ראו עניין **האגודה לזכויות האזרח**, לעיל ה"ש 27, בפסקאות 10, 28 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

גם אם לא תהיה לבן המשפחה גישה לתוכן עצמו. בדוח זה אנחנו מתמקדים בתוכן עצמו, אבל מעת לעת נעיר גם על נתוני התוכן, לפי העניין.

### (3) של מי התוכן?

מידע דיגיטלי שונה ממידע לא-דיגיטלי במאפיינים נוספים שרלוונטיים לדין הנוכחי. השוו למשל תכתובת דואר לא-מקוונת לתכתובת מקוונת. בסביבה של נייר, בתכתובת בין-אישית (להבדיל ממקצועית-מסחרית או שלטונית), המוען והנמען החזיקו כל אחד בתוכן שנוצר על ידי האחר: המוען שלח את המכתב לנמען, ובדרך כלל לא שמר העתק של המכתב ששלח. בידי המוען היו המכתבים שקיבל כנמען של התכתובת. במות אחד הצדדים לתכתובת, היו ברשותו המכתבים שכתב השני, אם אלה לא הושמדו קודם לכן. ביחס לבני משפחה, כל עוד הם היו חלק מהתכתובת עם המנוח, המכתבים שהתקבלו ממנו נמצאים כבר ברשותם, ואילו המכתבים שהם עצמם כתבו אליו נמצאים בעזבונו, אם נשמרו. בנוסף, לבני המשפחה יש גישה למכתבים שהמנוח קיבל מאחרים, כל עוד אלו נשמרו בעזבונו, אבל אין להם גישה למכתבים שהמנוח שלח לאחרים.

בדוא"ל, ובמידע דיגיטלי בכלל, הנגישות לחליפות המכתבים שבני המשפחה היו חלק ממנה היא עוד יותר פשוטה. בררת המחדל היא ששני הצדדים רואים את כל התכתובת והיא נשמרת אצל שניהם, כל עוד לא נמחקה. במובן הזה, כמו בתכתובת לא-דיגיטלית, לבני המשפחה של המנוח עשויה להיות גישה פשוטה לתכנים שהמנוח חיבר ושלח אליהם, משום שאלו נמצאים כבר בתיבת הדוא"ל שלהם, ויש להם גם גישה לתכנים שהם עצמם שלחו למנוח, משום שאלו נשמרים כחלק מההתכתבות עמו. במילים אחרות, הם אינם זקוקים לתיווך של צדדים שלישיים כדי לגשת לתכתובת שהם היו חלק ממנה. עם זאת, אם לבני המשפחה אין גישה במחדל לחשבון הדוא"ל של המנוח, אזי, כמו בסביבה הלא מקוונת, אין להם גישה למכתבים שהמנוח שלח לנמענים אחרים. במקרה כזה בני המשפחה צריכים לפנות לנמען (שאינו חייב לשתף פעולה) או לספק שירות הדוא"ל כדי לקבל גישה לתכתובות אלו. מנגד, אם יש להם גישה במחדל לחשבונות הדוא"ל של המנוח, יש להם גישה מלאה לשני הצדדים של תכתובות שהיו למנוח עם נמענים אחרים – הן למכתבים שהנמענים כתבו אליו והן למכתבים שהוא כתב אליהם.

## טבלה 1.1: גישה אנלוגית ודיגיטלית לתקשורת בין-אישית

| מכתבי המוען                          | מצב אנלוגי                                                                                                                                                       | מצב דיגיטלי                                                                                                                                                                       |
|--------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                      | <ul style="list-style-type: none"> <li>• בידי הנמען</li> <li>• בידי המוען, אם יצר עותק</li> </ul>                                                                | <ul style="list-style-type: none"> <li>• אצל המוען</li> <li>• אצל הנמען</li> <li>• אצל ספק השירות</li> </ul>                                                                      |
| <b>גישה בפועל בעת חיי שני הצדדים</b> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• לנמען, כל עוד התכתובת נשמרת, ולמי שהתיר להם גישה</li> <li>• למוען, אם יצר עותק, ולמי שהתיר להם גישה</li> </ul>          | <ul style="list-style-type: none"> <li>• לשני הצדדים, כל עוד לא מחקו את התקשורת, ולמי שהתירו להם גישה</li> <li>• * לספק השירות, כל עוד התכתובת נשמרת</li> </ul>                   |
| <b>גישה בפועל במות המוען</b>         | <ul style="list-style-type: none"> <li>• לנמען, אם התכתובת נשמרה, ולמי שהתיר להם גישה</li> <li>• למי שיש להם גישה לחפצי המוען המנוח, אם יצר ושמר עותק</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• לנמען, ולמי שהנמען מתיר להם גישה</li> <li>• למי שיש להם גישה למחשב המוען המנוח</li> <li>• לספק השירות, כל עוד לא מחק את המידע</li> </ul> |
| <b>גישה בפועל במות הנמען</b>         | <ul style="list-style-type: none"> <li>• למי שיש להם גישה לחפצי הנמען המנוח, אם המכתבים נשמרו</li> <li>• למוען, אם יצר ושמר עותק, ולמי שהתיר להם גישה</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• למי שיש להם גישה למחשב הנמען המנוח</li> <li>• למוען, ולמי שהמוען מתיר להם גישה</li> <li>• לספק השירות, כל עוד לא מחק את המידע</li> </ul> |

אם כן, בתיבת הדוא"ל של המת עשויים להימצא מכתבים ומידע אישי של מי שכתבו למת. דוגמה זו ממחישה כיצד בחשבונות דיגיטליים שונים של משתמשים שמתו עשוי להימצא מידע אישי רב גם על אנשים אחרים. בני שיחם שכתבו להם, מטופלים שכותבים למטפליהם, לקוחות לעורכי דין ולגורמים פיננסיים, תלמידים למורים ולמרצים ועוד. לא אחת תכתובות אלה כוללות מידע אישי: מידע רפואי, משפטי, פיננסי או פרטי.

דוגמה אחרת לחילופי מידע בין-אישי בעידן דיגיטלי היא אתרי היכרויות, בהם המשתמשים נוהגים לשלוח תמונות זה לזה, ולפעמים קרובות, תמונות פרטיות ואינטימיות או פירוט של העדפותיהם המיניות.<sup>31</sup> מי שמקבל גישה למידע שנמצא במחשבי המנוח, ייחשף גם למידע של אנשים אחרים, חיים או מתים.

ההשוואה של דוא"ל לתכתובת בנייר, ממחישה עוד מאפיין חשוב של המידע הדיגיטלי: הוא אינו מתכלה. בשונה ממכתבים מנייר שעשויים להתבלות, להתפורר או להישרק ברבות הימים, הקובץ הדיגיטלי נשמר בצורה מדויקת, וגם עותקיו מדויקים, כל עוד לא נחקו באופן יזום. עם זאת, בחלוף השנים, עלולה להתעורר בעיה

<sup>31</sup> לפי נתונים של חברת McAfee משנת 2013, כמעט מחצית מהגולשים השתמשו במכשיר הסלולרי שלהם לשלוח או לקבל תמונות או הודעות טקסט אינטימיות. ראו: <https://promos.mcafee.com/offer.aspx?id=605436&culture=en-us&affid=0&cid=140624&pir=1>

של אחזור המידע: האם בעוד חמישים שנה תימצא התוכנה שתוכל "לפתוח" קבצים שנכתבים בפורמט עכשווי? בהנחה שהמידע נשמר והוא ניתן לאחזור, עשויה להתעורר השאלה של הגישה אליו גם בחלוף זמן רב.

כל זה מתייחס לתכנים שאינם מוגנים בזכויות יוצרים. על כן נעיר, בשלב הזה, שזכות היוצרים במכתבים, בהנחה שמדובר ביצירה מוגנת, היא בבעלות המחבר החי או יורשיו, ולכן בעידן של נייר, התוצאה היא שמכתבי המנוח היו בידי הנמען, ובידיו הייתה השליטה האפקטיבית במידע, גם אם הבעלות בזכות היוצרים היא של המחבר או יורשיו. כלומר, במקרים של מכתב-נייר, עשוי להיות חוסר הלימה בין מי שמחזיק בחפץ (המכתב) ומי שמחזיק בזכות היוצרים ביצירה (התוכן). בעידן של חליפת מכתבים דיגיטליים מצב הדברים משתנה משום שאין למעשה החזקה של חפץ, וספק שירות הדוא"ל הוא גורם נוסף שיכול לספק גישה אפקטיבית לבעלי הזכויות ביצירה.

#### **(4) סיכום ביניים**

ההשוואה בין מידע לא-דיגיטלי למידע דיגיטלי שהצגנו כאן איננה ממצה. יש בוודאי עוד הבדלים רבים. עם זאת, אנו סבורים שהעיקר הודגש כאן. ההשוואה מעלה שיש להיזהר מהחלה אוטומטית של המסגרת המשפטית הקיימת, אם קיימת, בקשר לגישה למידע לא-דיגיטלי על המצב של מידע דיגיטלי.

גישה לחשבון דוא"ל שהמפתח אליו נמצא בידי ספק השירות שונה מגישה לקופסת מכתבים בנייר. גישה לפנקס טלפונים בנייר שונה מגישה לרשימת ה"חברים" ברשת חברתית או באתר היכרויות. במצב הדיגיטלי יש שחקנים חדשים – גורמי הביניים שהם בדרך כלל ספקי השירות (למשל דוא"ל, אחסון בענן) או פלטפורמות התוכן (רשתות חברתיות, למשל). השליטה האפקטיבית במידע עוברת מידי מי שיש להם גישה פיזית לניירת לידי מי שיש להם מפתח לתוכן הדיגיטלי. הבדלים אלה הנחו אותנו במחקר – בגיבוש שאלות המחקר ובגיבוש הסקר שנציג בפרק 4, ונשוב אליהם בניתוח המשפטי-נורמטיבי, בפרק 5. אל כל אלה יש להוסיף את השינוי בהתמודדות עם המוות בעידן דיגיטלי בהיבטים של עיבוד האבל ומילוי החלל שהותיר אחריו המת. בכך נרחיב בפרק 2.

## טבלה 1.2: מידע בסביבה לא מקוונת ובסביבה מקוונת

| מידע בסביבה לא מקוונת           | מידע בסביבה מקוונת                                   | מידע בסביבה מקוונת               |
|---------------------------------|------------------------------------------------------|----------------------------------|
| גישת אל המידע<br>(ראו טבלה 1.1) | למי שיש גישה לחפצי המנוח                             | למי שיש גישה למחשב המנוח ולסיסמה |
| גורם הביניים                    | אם יש: חב חובת אמן וסודיות למנוח (רופא, עו"ד וכדומה) | לספקי השירות                     |
| סוג המידע                       | תוכן                                                 | תוכן<br>נתוני תוכן               |
| מידע על                         | המנוח; לעתים גם על אחרים                             | המנוח, וכמעט תמיד מידע על אחרים  |
| תוקף המידע                      | מתכלה                                                | נשמר, ואינו מתכלה באופן טבעי     |

## ד. המסגרת המשפטית

מה הסיווג המשפטי המתאים לתוכן דיגיטלי שמשאיר אדם אחריו במותו? האם התוכן הוא חלק מעזבונו של המנוח? האם הוא מוגן כקניין רוחני? האם ראוי להתייחס אליו אחרת? הסיווג אינו עניין טכני. הוא משקף את ההבנה החברתית שלנו בדבר מהות הזכות שעל הפרק. ההסדרה המשפטית גם משליכה על הנורמות החברתיות ומעצבת אותן, ביחד עם גורמים אחרים. בכל אלה נעסוק בהרחבה בפרק 5 של דוח זה, ולפי שעה, נצביע על עיקרי הדברים.

כיום אין בישראל התייחסות בחקיקה לסוגיה של זיכרונות דיגיטליים, ולמיטב ידיעתנו, גם בתי המשפט כאן טרם נדרשו לה, למעט מקרה אחד שבו דובר בעזבונו בפשיטת רגל.<sup>32</sup> בעולם – אנו עדים לניסיונות ראשונים לחקיקה, בעיקר במדינות ארצות הברית, ובשנת 2016 גם בצרפת. למיטב ידיעתנו, הסוגיה הגיעה לבתי משפט במקרים בודדים: שלושה מקרים בארצות הברית ומקרה אחד בגרמניה.

מהי המסגרת המשפטית המתאימה?

אפשרות אחת היא לנסות לפתח מסגרת משפטית חדשה, דיגיטלית באופייה. מסגרת כזו תבקש להתנתק ממסגרות משפטיות קיימות וליצור דין מיוחד למידע אישי שנשאר לאחר מות האדם. אלא, שהניסיון מלמד שמשימה כזו כמעט בלתי אפשרית. שיטת המשפט מכירה בקטגוריות מסוימות, ומתפתחת מתוכן. גם אם נצליח לפתח מכשיר משפטי חדש לגמרי, הוא יתקשה להשתלב בסביבה המשפטית הקיימת, וקשרי גומלין כאלה תמיד יהיו: המכשיר המשפטי צריך להיות אכיף; יש דינים אחרים שעשויים להשפיע, למשל דיני זכות יוצרים,

<sup>32</sup> פש"ר 39586-10-16 מנהלי עזבונו יורם יוסיפוף ז"ל נ' גוגל ישראל בע"מ (20.11.16). נדון בעניין זה בפרק 5 להלן.

דיני ירושה וצוואה, ועוד. משום כך, אנו סבורים שראוי להתחיל את הדיון במסגרות הקיימות, ומהן, לשאוף להתפתח ולהתאים את הדין למצב הטכנולוגי-חברתי החדש.

מסגרת משפטית אחת היא דיני הקניין ודיני הירושה, שמסדירים את ההעברה הבין-דורית של זכויות קנייניות. אם הזיכרונות הדיגיטליים הם בחזקת קניין, הרי זו המסגרת המתאימה. למסגרת זו יש לכאורה יתרונות – היא קיימת ומוכרת, והיא משקפת אינטואיציות של חלק מהגורמים המעורבים שמבקשים לשלוט במידע "של" המנוח, כך במיוחד כאשר מדובר בבני משפחה, שבדרך כלל הם גם היורשים. עם זאת, אנו מזהים כמה קשיים בהחלת מסגרת זו על הזיכרונות הדיגיטליים כולם. ראשית, במישור התיאורטי, הסיווג של מידע אישי כקניין שנוי במחלוקת. ככל שהמידע מוגן בחייו של אדם תחת הגג של הזכות לפרטיות, הרי זו זכות אישית, וככזו, היא אינה ניתנת להורשה. הזכות האישית אינה הופכת לקניינית במותו של אדם. שנית, המערכת שמיישמת את דיני הירושה, כלומר רשם הירושות, בתי דין דתיים, ובתי משפט למשפחה, ובצידם עורכי הדין שעוסקים בתחום, אינה ערוכה כיום לטיפול בנכסים שאינם דיגיטליים. כמובן, זו בעיה שניתן להתגבר עליה, אולם אין מדובר רק בהשתלמות קצרה, אלא בגיבוש כללים משפטיים מפורטים. רשם הירושות לא יוכל לקבוע לגבי כל אחד מעשרות חשבונות האינטרנט שיש לאדם למי תהיה גישה ולמה ואיך. שלישית, צוואות בישראל נוסות להיות קצרות, טכניות, ולהתמקד בזכויות רכושיות בלבד. החלת מסגרת קניינית תדרוש שינוי תודעתי ושינוי פרקטי עמוקים בקרב העוסקים במלאכה – בעיקר עורכי הדין בתחום. רביעית, עיקר השליטה בפועל בזיכרונות דיגיטליים הוא של תאגידים גלובליים זרים. אמנם, ניתן להחיל עליהם את הדין המקומי, אולם יתעוררו פה שאלות רבות: איזה דין להחיל? האם לפי הדין בו "נמצא" המידע – והיכן בכלל נמצא המידע?<sup>33</sup> האם לפי הדין שחל על המנוח בחייו? כיצד לאכוף את הדין המקומי על תאגיד זר, בכל תיק ירושה וצוואה?

מסגרת משפטית אחרת היא של הזכות לפרטיות. המידע היה מוגן בחייו של אדם תחת הזכות הזו, מדוע לא להמשיך ולדון בסוגיה לפי המסגרת הזו גם במותו? הקושי הוא שהפרטיות, כזכות אישית, פוקעת במותו של אדם. נדרש פיתוח משפטי-פסיקטי כדי לקבוע שהזכות שורדת את המוות, ובאיזה מובן. נקדים ונאמר כי אנו סבורים שהזכות לפרטיות אכן פוקעת במותו של אדם, אולם במידת האפשר ובכפוף לאיזונים דרושים, ראוי לכבד את רצונו של האדם החי, בעודו בחייו, בקשר לניהול המידע האישי שלו, לאחר מותו. ב"ניהול המידע" כוונתנו הן לגישה למידע והן לשליטה בחשבון עצמו.

לשתי המסגרות המשפטיות האפשריות האלה, מצטרפים עוד קשיים. למשל, חלק מהמידע מתייחס לקניין בר-הורשה. חלק מהמידע מוגן תחת המטריה של דיני זכות יוצרים. אם נבחר במסגרת הקניינית, הדין יתלכד. אם נבחר במסגרת של הזכות לפרטיות, עלולים להיווצר פיצול וקונפליקטים בין מי שהם בעלי התוכן מכוח דיני זכות יוצרים לבין מי שזכאים לגשת אליו מכוח הזכות לפרטיות, כלומר, ייתכן שבעלי הזכויות עצמם לא יוכלו לגשת לתכנים.

אחרי שנאתר את המסגרת המשפטית המתאימה, ראוי לגבש את פרטי ההסדרה, או, להגיע למסקנה שאין מקום להסדרה. בפרק 5 נציע ניתוח משפטי מפורט של הזכויות והאינטרסים השונים של השחקנים השונים. אלה הם המנוח, יורשיו, בני משפחתו וחבריו (שעשויים להיות היורשים אבל לא תמיד), מנהלי הפלטפורמות, בעלי עניין אחרים כמו מי שניהלו תקשורת בין-אישית עם המנוח, מעסיקים, והציבור בכלל. הדין כולו מתקיים

<sup>33</sup> שאלות אלה ממחישות את הקושי של החלת מושגים משפטיים אנלוגיים לסביבה הדיגיטלית. החשיבה החפצית בקשר לתכנים דיגיטליים מתעוררת בכל ענפי המשפט. לדיון בהקשר הפילי של ראיות, ראו חיים ויסמונסקי **חקירה פלילית במרחב הסייבר** 171 (2015).

בתוך הפרדיגמה של משפט וטכנולוגיות מידע. פרדיגמת מחקר זו ערה לקשר המורכב, הדיאלקטי, שבין משפט לחברה ולטכנולוגיה. היא מסרבת לקבל א-פרוירית את עליונות הטכנולוגיה, אבל היא גם זהירה בגיבוש הכלל המשפטי בסביבה דיגיטלית.

## ה. מסגרת המחקר והדוח

הדוח הנוכחי בוחן את הסוגיה של זיכרונות דיגיטליים בהקשר הישראלי. אנחנו מבקשים להציג את הסוגיה ולפרק אותה למרכיביה. זאת, כדי להבין טוב יותר הן את הפרטים והן את התמונה הכללית. מדובר בסביבה טכנולוגית-חברתית-עסקית דינמית: הנורמות החברתיות והאפשרויות הטכנולוגיות משתנות תוך כדי תנועה. עיצוב מדיניות בתנאים כאלה קשה עוד יותר. כדי ללמוד טוב יותר את הסוגיה סברנו שיש מקום לבחון את המצב הקיים – מבחינה חברתית, טכנולוגית, ומשפטית. בדיקה רב-תחומית זו משקפת גם הבנה של היחסים המורכבים שבין חברה, טכנולוגיה, ומשפט, שעליה נעיר בפרק 6. בהתאם, הדוח יפתח בהנחת היסודות: תחילה, נבחן את הפן החברתי של המוות בכלל ובסביבה טכנולוגית משתנה, לאחר מכן, נתאר את המצב הטכנולוגי-עסקי הקיים, נציג את ממצאי המחקר האמפירי לגבי עמדות הציבור הישראלי בנושא, על בסיס סקר מקיף שנערך לצורך המחקר הנוכחי. בהמשך, נאתר את הגורמים השונים שפועלים בזירה, ונבחן את האינטרסים והזכויות שלהם. על המצע הזה, נוכל להסיק מסקנות ולגבש המלצות. בשלב הזה, נפרט בקצרה את שלבי המחקר, ובפרקים הבאים נרחיב, לפי העניין.

### (1) מוות וחברה

למוות יש תפקיד מרכזי בחיים החברתיים שלנו ובחיים האישיים שלנו, ולמרות זאת, העיסוק בנושא אינו תמיד גלוי, ישיר ואינטואיטיבי. פרק 2 בדוח זה יעסוק במרכזיות של המוות כגורם מארגן של החברה, ובמשמעויות של ההתמודדות עם המוות – באופן קולקטיבי ואינדיבידואלי – כדרך להבנות זהות אישית וקבוצתית, ולשרטט מעגלי השתייכות. דגש מיוחד יינתן לטקסים ופרקטיקות של התאבלות והנצחה ושימוש בטכנולוגיות של תקשורת כגורם מעצב טקסים ופרקטיקות אלו. האינטרנט הוביל ומוביל שינוי עמוק בדפוסי ההתאבלות ואפשרויות ההנצחה, ועיקר הפרק עוסק בהשלכות הרחבות של הסביבה הדיגיטלית על הפרקטיקות החברתיות והאישיות של עיבוד המוות. הסביבה הדיגיטלית היא סביבה גלובלית, בשעה שפרקטיקות של התאבלות והנצחה הן פעמים רבות מקומיות ותלויות תרבות. לכן, חלקו האחרון של הפרק יוקדש להקשר הישראלי של מוות בעידן הדיגיטלי.

### (2) הפלטפורמות

השלב הבא, הוא לימוד של פלטפורמות מרכזיות שמציעות שירותים דיגיטליים נפוצים. בכך יעסוק פרק 3. זיהינו ארבעה סוגי שירותים מרכזיים שרלוונטיים לסוגיה, שבהם נוצר מידע שעשוי לעניין את המשתמשים החיים ואת בני משפחתם של משתמשים מנוחים: שירותי דוא"ל, רשתות חברתיות, שירותי אחסון בענן, ואתרי היכרויות. כל אחד מאלה שונה בסוג השירות, סוג השימושים בו, סוג המידע שנוצר או מועבר בו, ומידת ההקבלה שלו לפעולה אנלוגית.

לגבי כל סוג של שירותים דיגיטליים בחנו את המצב הקיים בשירות מוביל: שירותי הדוא"ל של גוגל (Gmail), הרשת החברתית של פייסבוק, שירותי הענן של Dropbox, ואתר ההיכרויות טינדר. בחנו האם הרשתות מתייחסות בכלל לסוגיה של זיכרונות דיגיטליים ולגורל המידע והתוכן לאחר מות המשתמש, ואם כן, כיצד. בחנו את תנאי השימוש, יישומים שונים וכלים טכנולוגיים שהחברות מציעות, אם הן מציעות כאלה. לעתים נזכיר גם יישומונים נוספים.

### **(3) פרקטיקות ועמדות בציבור הישראלי**

היבט נוסף שבחנו הוא ההתנהגות והעמדות של הציבור הישראלי. בכך יעסוק פרק 4 בדוח זה. לשם כך, ערכנו סקר אינטרנטי מקיף בקרב 478 ישראלים המהווים מדגם מייצג של גולשי האינטרנט בישראל. באמצעות הסקר, ביקשנו לבדוק את מודעות הגולשים לשאלות של ניהול הזיכרונות הדיגיטליים בצד עמדות בסוגיות הרלוונטיות, וכן לבחון התנהגות בפועל – הפעלה של שירותי ניהול הזיכרונות הדיגיטליים לאחר המוות. הסקר מצביע על השיעור הגבוה של גולשים שהנושא רלוונטי לגביהם, וכן את חוסר המודעות לנושא. בנוסף, הסקר מצביע על מגוון הגישות של משתמשים ביחס לשאלות של שיתוף בני משפחה בזיכרונות דיגיטליים או מניעת גישה לתכנים אלו. הפרק דן במורכבות הנושא הן מבחינת העמדות של ציבור הגולשים בישראל והן מבחינת ההתנהגות של הגולשים. ממצאים אלו מהווים בסיס חיוני לדיון אודות הפתרונות השונים להסדרת הנושא.

### **(4) המסגרת המשפטית**

ההיבט הבא שבחנו הוא משפטי, ובכך יעסקו פרקים 5 ו-6 של הדוח. נבחן את מסגרת הדין הקיימת בישראל, שכיום אין בה התייחסות מפורשת לזיכרונות דיגיטליים. נתאר את שתי המסגרות הטבעיות לדיון – קניין והגנת הפרטיות, נבחן את תחולתן על הסוגיה של זיכרונות דיגיטליים, ואת מגבלותיהן. נזהה את השחקנים השונים: המשתמש המנוח, בני משפחתו ומכריו, גורמים אחרים כמו בני-שיחו ומעסיקים, ספקי השירות, והציבור בכלל. נבחן את מערך הזכויות והאינטרסים שלהם – בעיקר הזכות לפרטיות, הצורך של קרובים ומכרים בגישה למידע לשם מימוש תהליכי אבל, זיכרון, והנצחה בנסיבות של שינוי בתפיסת המוות וההנצחה, מול רצון הפוך של חלק אחר מבני המשפחה והקרובים, וכן נבחן את האינטרסים של ספקי השירות.

בפרק 6 נתכנס לקראת ההסדרה האפשרית. נציג את המסגרת הכללית שבה אנו פועלים לגיבוש הסדרה טובה בסביבה טכנולוגית, ונבחן את הניסיון המועט יחסית שנצבר בנושא במדינות אחרות. יש ניצנים של הסדרה בכמה ממדינות ארצות הברית, ויש התפתחות מסוימת בחקיקה בנושא בעשור האחרון. בדקנו גם את מעט הפסיקה שעסקה בנושא בישראל ובמדינות אחרות.

### **(5) מסקנות מדיניות**

הבסיס הטכנולוגי והפרקטיקות החוזיות והעסקיות שמציעות הפלטפורמות, המסגרת המשפטית הקיימת וזו שמתפתחת מעבר לים, הפרקטיקות המקובלות בציבור והעמדות של המשתמשים בסוגיה – כל אלה, מצטרפים יחדיו, ומניחים תשתית עשירה לגיבוש קווי מדיניות ראשוניים בסוגיה, בהקשר הישראלי. בפרק 7 של הדוח נבקש לחבר את הקצוות, ולהציע אפשרויות שונות למדיניות מתאימה.

האפשרויות להסדרה נעות על פני קשת רחבה. בקצה האחד, יש הסדרה אינטנסיבית של הסוגיה לכל פרטיה, באופן שיתערב בפעילות הפלטפורמות, יאפשר או יגביל את האפשרויות של הגורמים המעורבים, ובכלל זה המשתמש המנוח, בני משפחתו ואחרים. בקצה הנגדי, אין התערבות בכלל, פעולה שמשמעותה היא השארת הזירה לשוק לקבוע את הנורמות. כיום, אלה הן הפלטפורמות שקובעות את המותר והאסור, את האפשר ואת מה שאי-אפשר, אבל בצד אלה יש פרקטיקות שננקטות בפועל על ידי משתמשים, למשל השארת סיסמאות גישה לתכנים לבני משפחה או השארת החשבונות לא נעולים. בין שני הקצוות ייתכנו כלי מדיניות רבים: למשל כללים שיתמרוצו את הגורמים השונים לפעול: את הפלטפורמות להציע עוד כלים ולשפר את הכלים לניהול זיכרונות דיגיטליים, או כללים שיתמרוצו את המשתמשים לתת את דעתם לנושא ולפעול בהתאם. כלי מדיניות אחר הוא קביעת ברורות מחדל, שמספקות תמריצים רכים יותר לפעולה, וניתן לשנותן. למשל, ברירת מחדל שבמות משתמש יהיו בני המשפחה זכאים לקבל גישה לתוכן, אלא אם המשתמש בחר אחרת, או ברירת מחדל הפוכה, שבמות משתמש, לא יהיו בני המשפחה זכאים לקבל גישה לתוכן, אלא אם זה היה רצון המשתמש המנוח. הפרקטיקה והספרות כבר הצביעו זה מכבר על כך שברורות מחדל נוטות להיות "דביקות", ומעטים משנים אותן.<sup>34</sup> לכן השאלה מהי ברירת מחדל שתיקבע, קריטית.

**הדוח הנוכחי בודק ארבעה יישומים נפוצים, שלכל אחד מהם מאפיינים ייחודיים בקשר למידע דיגיטלי אישי: דוא"ל, רשת חברתית, שירותי אחסון בענן, ואתרי היכרויות. על מצע של דיון במורכבות ההבנה החברתית של המוות, ובאמצעות סקר מקיף שנערך במסגרת המחקר הנוכחי, נבחן את הפרקטיקות הקיימות בציבור הישראלי כיום בקשר לניהול זיכרונות דיגיטליים, ואת העמדות של המשתמשים בסוגיה, הן כמשתמשים והן כקרובי משפחה. בהיעדר הסדרה משפטית קונקרטית, נבחן את המסגרת המשפטית הכללית בדין הישראלי, תוך השוואה להסדרה במדינות אחרות, ותוך ניסיון לזהות את השחקנים הרלוונטיים ואת הזכויות והאינטרסים שלהם. כל אלה משמשים מצע לדיון המדיניות.**

<sup>34</sup> "דביקות" של ברורות מחדל, ראו: Omri Ben-Shahar & John A.E. Pottow, *On the Stickiness of Default Rules*, 33 FLA. ST. 651 (2006).

## 2. מוות, חברה וטכנולוגיות של תקשורת

המוות הוא גורם מארגן של החברה האנושית. כאשר משהו מת, שגרת היומיום נשברת, והחברה מקיימת טקסים פומביים, חלקם דתיים וחלקם לא, המשקפים את היחסים בין חברי הקהילה ואת הערכים המחברים אותם ביחד – בעבר, בהווה ובעתיד. הטקסים הציבוריים הקשורים למוות – טקסי הלוויה, אשכבה או טקסי זיכרון – הם טקסי מעבר עטויים נופך של קדושה, שבהם אווירת החול של היומיום מושהית לצורך פרידה מהמתים או הנצחתם. חברי הקהילה – המשפחה, מכרים, עמיתים לעבודה או האומה – מתכנסים יחדיו כדי להתאבל, תוך שהם מתחייבים מחדש לברית המחברת ביניהם. מכאן, שלמוות יש חשיבות חברתית, תרבותית, דתית ופוליטית רבה, שהיא מעבר לעובדה ביולוגית שגוף אנושי חדל מלתפקד. באמצעות ניתוח של היחס החברתי למוות ניתן ללמוד על מאפייני החברה וערכיה.

האופן שבו חברה מתמודדת עם המוות ומעבדת אותו הוא תלוי-זמן, תלוי-מרחב ותלוי-תרבות,<sup>35</sup> ומחקרים עדכניים מלמדים שההתמודדות עם המוות תלויה גם בטכנולוגיות של תקשורת.<sup>36</sup> הפרק הנוכחי סוקר את האופנים שבהם החברה עוסקת במוות, ואת מקומן של טכנולוגיות תקשורת בכינון היחסים בין חברה למוות, וכמובן בין מתאבלים למתים ובין מתאבלים למתאבלים אחרים. הפרק יפתח בסקירה כללית של היחס של החברה המערבית למוות בהיבט הסוציולוגי (מקומו של המוות בחברה, ותפקידו כגורם מארגן שלה), ובהמשך בהיבטים פסיכולוגיים, שנוגעים לשאלות של התאבלות והנצחה (כלומר, תפקידו של המוות בכינון גיבוש זהות ומעגלי שייכות). לטכנולוגיות תקשורת יש תפקיד חשוב בעיבוד החברתי והאישי של המוות, והאינטרנט חולל שינוי משמעותי בהתמודדות עם המוות.<sup>37</sup> בהתאם, נפתח בדיון במוות בעידן הדיגיטלי ובשאלה כיצד האינטרנט משנה את העיסוק החברתי והאישי במוות. הדיון יתמקד בשאלות של פומביות המוות, ובדפוסים של התאבלות והנצחה. הדיון יצביע על היתרונות והחסרונות של הפלטפורמות הדיגיטליות להתמודדות עם מוות ולעיבוד האבל, תוך התייחסות לשאלת השימוש בתכנים ובנתונים של גולשים שמתו. היבטים אלו של "ניהול היום שאחרי המוות" הם במוקד דוח זה. משום שהיחס של חברה למוות הוא תלוי-תרבות, בהמשך הפרק נעסוק בתרבות השכול הישראלית-יהודית המעניקה מקום מיוחד למתיה ולטקסי ההנצחה וההתאבלות וכיצד היא התפתחה והשתנתה בעידן הדיגיטלי.

Tony Walter, *Why Different Countries Manage Death Differently: A Comparative Analysis of Modern Urban Societies*,<sup>35</sup> 63 BRITISH J. OF SOCIOLOGY 123 (2012).

Tony Walter, *Communication Media and the Dead: From the Stone Age to Facebook*, 20(3) MORTALITY 215 (2015)<sup>36</sup>

Tony Walter et al., *Does the Internet Change How We Die and Mourn? Overview and Analysis*, 64(4) OMEGA – J. OF DEATH & DYING 275 (2012)<sup>37</sup>

## א. היחס למוות והתפקיד של מוות בחברה המערבית

היחס למוות בחברה המערבית השתנה משמעותית במאות השנים האחרונות.<sup>38</sup> בתקופה הטרומ-מודרנית המוות היה חלק מחיי היומיום ומשגרת החיים של כל משפחה, והמתים (שרובם היו ילדים) מתו בסביבה הביתית, כשהם מוקפים בבני המשפחה. בהמשך, בעת המודרנית, המוות עבר תהליך של מדיקליזציה, כלומר הוא הפך נתון לפיקוחו של הממסד הרפואי, וזה המתרחש בבתי חולים ובהוספיסים, הרחק מהסביבה הביתית והמשפחתית.<sup>39</sup> כנושא לדיון, המוות הפך להיות מודחק או מוכחש, כלומר נושא שלא נעים לדבר עליו, נושא שהוא בגדר טאבו.<sup>40</sup> במהלך המאה ה-20, העיסוק הפומבי במוות הוגבל בעיקר להיבטים של מוות לאומי או אלטרואיסטי – כזה הכרוך בהקרבה של הפרט לטובת אחרים – המצדיק הנצחה של המתים באמצעות טקסים ואנדרטאות. כך, לדוגמה, חברות מערביות רבות מקימות מונומנטים, פסלים ואתרי זיכרון בכירות מרכזיות, להנצחת זכרם ופועלם של מנהיגים וחיילים. במדינות רבות יש רחבה מרכזית ובה נמצא קברו של החייל האלמוני, שהוא קברם הסמלי של החיילים שנפלו בהגנה על המולדת. כמו כן, חברות רבות מנהיגות ימי זיכרון שמעלים על נס את עוז רוחם של החיילים והקרבתם לטובת האומה ואזרחיה.<sup>41</sup> מקומות אלו הם מה שהיסטוריון הצרפתי פייר נורה (Pierre Nora) מכנה *מחוזות זיכרון*, המשמשים אתרים להתכנסות כדי לזכור, להזכיר ולהנציח אירועים חשובים בתולדות העם והאומה, וביתר שאת – משמשים לקיבוע זיכרון אחד ודחיקתם של זיכרונות אחרים, מתחרים.<sup>42</sup> מוזיאונים ארכיונים ואנדרטאות משמשים כאתרים להנחלת זיכרון והפיכתו מרעיון לחפץ, וחזרה לתודעה קולקטיבית של (כלל) האזרחים. בהמשך נראה איך חשבוניות של משתמשים ברשתות חברתיות – שהם למעשה סוג של ארכיון אישי – פועלים כמחוזות זיכרון אישיים – או *אובייקט מקשר* – עבור מוקירי זכרו של המת.<sup>43</sup>

בעשורים האחרונים חל שינוי הדרגתי, ויש הכרה גוברת בחשיבות השיח על המוות, גם בהקשרים שאינם צבאיים או לאומיים. היחס של החברה למוות הופך להיות יותר מכיל וסובלני, והמוות חוזר בהדרגה להיות נושא שנתפס כראוי לדיון ציבורי, בין אם כחלק מהשיח של "המוות הטוב",<sup>44</sup> ובין אם בשל שינויים אחרים בחברה כגון

PHILIPPE ARIÈS, *WESTERN ATTITUDES TOWARD DEATH: FROM THE MIDDLE AGES TO THE PRESENT* (1975); TONY WALTER, *THE REVIVAL OF DEATH* (1994); GEOFFREY GORER, *DEATH, GRIEF, AND MOURNING IN CONTEMPORARY BRITAIN* (1965); CLIVE SEALE, *CONSTRUCTING DEATH: THE SOCIOLOGY OF DYING AND BEREAVEMENT* (1998); NORBERT ELIAS, *THE LONELINESS OF THE DYING* (1985)

Shai Joshua Lavi, *Euthanasia and the*; 35; לעיל ה"ש 35; Walter, *Why Different Countries Manage Death Differently* 39; *Changing Laws of the Deathbed: A Study in Historical Jurisprudence*, 4(2) THEORETICAL INQ. L. 729 (2003)

Tony Walter, *Modern Death: Taboo or Not Taboo?*, 25(2) SOCIOLOGY 293 (1991); Raymond L. M. Lee, *Modernity, Mortality and Re-Enchantment: The Death Taboo Revisited*, 42(4) SOCIOLOGY 745 (2008); Martin Robert & Laura Tradii, *Do We Deny Death? I. A Genealogy of Death Denial*, MORTALITY (2017)

<sup>41</sup> בישראל אין קבר החייל האלמוני, ונעמוד על כך בהמשך, בהקשר של תרבות השכול וההנצחה הישראלית.

<sup>42</sup> פייר נורה "בין זכרון להיסטוריה: על הבעיה של המקום" זמנים 4 (1993). ראו גם: אליעזר ויצטום ורות מלקינסון "שכול והנצחה: הפנים הכפולות של המיתוס הלאומי", *אובדן ושכול בחברה הישראלית* 231 (רות מלקינסון, שמשון רובין, ואליעזר ויצטום, עורכים, 1993).

<sup>43</sup> לאובייקט מקשר, ראו: VAMIK D. VOLKAN, *LINKING OBJECTS AND LINKING PHENOMENA* (1981).

Nico Carpentier & Leen Van Brussel, *On the Contingency of Death: A Discourse-Theoretical Perspective on the Construction of Death*, 9(2) CRITICAL DISCOURSE STUDIES 99 (2012); Leen Van Brussel, Paul Van Landeghem, Joachim Cohen, *Media Coverage of Medical Decision Making at the End of Life: A Belgian Case Study*, 38(2) DEATH STUDIES 125

הפרופיל הדמוגרפי של המתים (בעיקר אוכלוסייה מבוגרת), פיתוחים רפואיים וטכנולוגיים, וכן נראות ציבורית בולטת באמצעי התקשורת המסורתיים ובאינטרנט.<sup>45</sup> עדות אחת לשינוי באופי השיח על המוות ניתן למצוא בעיקר במחלקות מסוימות של בתי החולים בהן מתקיים דיון בין חולים, בני משפחה ורופאים על שאלות של מוות וסוף החיים. במקרים אלו השיח על המוות הוא פרטי-רפואי ומתמקד בהיבטים רפואיים של כיבוד רצון החולה הנוטה למוות.<sup>46</sup> עדות אחרת לשינוי (עליה נרחיב בהמשך) היא שימוש בטכנולוגיות של תיעוד והנצחה, שמשמרות את הנוכחות הווירטואלית של המתים בחיי היומיום.<sup>47</sup> עם זאת, יש לזכור כי על אף שינויים אלו, השיח האישי-משפחתי על המוות עדיין אינו נפוץ בהקשרים שאינם רפואיים, וגם אם הדיון הציבורי על המוות הופך יותר מקובל, זה נושא שעדיין נחשב לכה שלא נעים לדון בו. זהו נושא טעון ומורכב, המעורר רגשות עזים, לעתים של פחד ורתיעה, המלווים לעתים בתחושות התעלות רוחנית וקדושה.<sup>48</sup>

## ב. תפקידו של המוות בכינון וגיבוש זהות ומעגלי שייכות

שינוי נוסף ביחס החברתי למוות, הנגזר מהשינויים בלגיטימיות של העיסוק הפומבי במוות, הוא בתפקיד של פרקטיקות של התאבלות בעיצוב היחסים בין פרט לקהילה. דפוסי ההתאבלות מייצגים את מקומו של האדם שמת כחלק מרקמה חברתית – משפחתית או קהילתית. חברות טרום-מודרניות היו מורכבות מקהילות קטנות שחבריהן הכירו אלו את אלו. כשמת אחד מחברי הקהילה, הוא מת בביתו כשהוא מוקף במשפחתו. דבר מותו נודע ברבים תוך זמן קצר והקהילה כולה הייתה שרויה באבל במשותף. קהילת האבלים שהכירה את המת הייתה מרוכזת במרחב מוגדר ובאותו הזמן, וכל חברי הקהילה, שהכירו כולם את המת, התכנסו יחדיו והשתתפו בטקסי האשכבה, ההלוויה או הקבורה. חברות מודרניות ותעשייתיות מורכבות מפרטים שהיחסים ביניהם הם יחסים אינסטרומנטליים וההיכרות ביניהם שטחית. כאשר מישור מת המידע על כך נפוץ בדרך כלל רק בקרב מי שהכירו את המת, ואלו יכולים להיות פזורים במקומות שונים ומרוחקים. בשל שינויים בתא המשפחתי בעידן המודרני, ברוב המקרים, בני המשפחה כבר אינם חולקים את אותו הבית עם האדם שמת, ועליהם לגמוע מרחק כלשהו כדי להתכנס יחדיו. שאר האנשים שמקיפים את בני המשפחה האבלים אינם בהכרח מודעים לדבר מותו של בן המשפחה, ואינם שותפים לאבלם. האנשים שחיים בקרבת המת הם אנשים שקיימו איתו קשרי היכרות רופפים בלבד, וגם הם אינם שותפים לאבל או לטקסי ההתאבלות. העידן הנוכחי, המתואר לפעמים

(2004) 404 PALLIATIVE MEDICINE 18(5); Geoffrey Walters, *Is There Such a Thing as a Good Death?*, 18(5) PALLIATIVE MEDICINE 404 (2004); טל מורס "טוב למוות? המאבק (החילוני) על תפיסת המוות הטוב בחברה הישראלית" **תמונת המוות בישראל** (יסכה כהן-מנספילד, חיים חזן, שי לביא, שי בריל עורכים, צפוי להתפרסם, 2018).

Margaret Gibson, *Death and Mourning in Technologically Mediated Culture*, 16(5) HEALTH SOCIOLOGY REV. 415 (2007);<sup>45</sup> FOLKER HANUSCH, REPRESENTING DEATH IN THE NEWS: JOURNALISM, MEDIA AND MORTALITY (2010); JEAN SEATON, CARNAGE AND THE MEDIA: THE MAKING AND BREAKING OF NEWS ABOUT VIOLENCE (2005).

<sup>46</sup> Carpentier & Van Brussel, לעיל ה"ש 44.

<sup>47</sup> Tony Walter, *The Pervasive Dead*, MORTALITY (2017).

<sup>48</sup> Robert A. Neimeyer, Joachim Wittkowski, Richard P. Moser, *Psychological Research on Death Attitudes: An Overview and Evaluation*, 28(4) DEATH STUDIES 309 (2004).

כעידן מודרני-מאוחר או כעידן פוסט-מודרני, הוא עידן דיגיטלי המאפשר יצירת קהילת אבלים כפי שהיה בעידן הטרום-מודרני, ונרחיב על כך בהמשך.<sup>49</sup>

בצד שאלות סוציולוגיות על מרכזיותו של המוות כגורם מארגן של החברה, יש חשיבות גם לאופן שבו פרטים מתמודדים עם המוות ועם השלכותיו. הספרות הפסיכולוגית עוסקת בתהליכים שונים של עיבוד המוות והשלמה עם האובדן, כמו גם בתרומתה של הנצחת המתים לאיחוי הקרעים ושיקומם של מוקירי זכרו של המת, קרי השכולים. פסיכולוגים ופסיכיאטרים מציגים מודלים שונים לעיבוד האבל, לרבות גישת חמשת שלבי האבל של קובלר-רוס (Kübler-Ross),<sup>50</sup> ומודל שבעת השלבים של הוגן ועמיתותיה (Hogan et al.).<sup>51</sup> מודלים אלו משקפים את גישת ההשלמה עם המוות והאובדן וחזרה לשגרת החיים (Letting go and moving on) שרווחה במהלך המאה ה-20. בשנים האחרונות, מתקבלת גם גישת המשך הקשר (Continuing bond),<sup>52</sup> שהולכת וקונה אחיזה רחבה, בין היתר בשל הסתמכותה על התרבות הדיגיטלית.<sup>53</sup> בצדן, יש גם את גישת המודל הדו-מסלולי המשלב בין המשך הקשרים עם המתים והמשך החיים בלעדיהם.<sup>54</sup>

לפי הגישה הראשונה (אותה ניתן לכנות "הניחו להולכים"), יש חשיבות רבה להשלמה עם המוות, והכרה בכך שהמתים כבר לא ישובו. גישה זו מציעה לשים מאחור את מערכת היחסים שהייתה לנו עם המתים במטרה להשתקם ולחזור לשגרה חדשה ולמציאות שבה המתים כבר אינם איתנו. ההכרה בהיעדרם של המתים וההשלמה עם מציאות זו היא גישה ריאליסטית-מודרנית שמבינה את המוות כחלק מהחיים, ואת הנחיצות של התגברות על ההיפרדות כאמצעי לחזרה לתפקוד מלא ומועיל לחברה.

לפי גישת המשכיות הקשר, אין הכרח ליצור חיץ בין החיים למתים, ולא צריך להיפרד מהם כדי לחזור לתפקוד יומיומי. להיפך, על פי גישה זו היחסים שלנו עם אחרים לא מסתיימים עם מותם, והם יכולים עוד להוסיף ולהשתנות לאחר המוות.<sup>55</sup> בהתאם, יש מקום לאפשר המשך דיאלוג וקשר עם מתים (או עם "רוחם") גם לאחר מותם. אין הכוונה בגישה זו לאימוץ תפיסה של גלגול נשמות או לאי-הכרה בסופיות המוות, אלא להכרה בכך שיחסים בין אנשים יכולים להיות גם חד-צדדיים ולפיכך להימשך גם במעמד צד אחד, כלומר גם אם אחד

Tony Walter, *New Mourners, Old Mourners: Online Memorial Culture as a Chapter in the History of Mourning*, 21<sup>49</sup>  
NEW REV. OF HYPERMEDIA & MULTIMEDIA 10 (2015).

ELISABETH KUBLER-ROSS & M. D. IRA BYOCK, ON DEATH & DYING: WHAT THE DYING HAVE TO TEACH DOCTORS, NURSES, CLERGY<sup>50</sup>  
& THEIR OWN FAMILIES (2014).

Nancy Hogan, Janice M. Morse, Maritza Cerdas Tasón, *Toward an Experiential Theory of Bereavement*, 33(1)<sup>51</sup>  
OMEGA – J. OF DEATH & DYING 43 (1996).

.CONTINUING BONDS: NEW UNDERSTANDINGS OF GRIEF (Dennis Klass, Phyllis R. Silverman, Steven Nickman, eds. 2014)<sup>52</sup>

Mardi Frost, *The Grief Grapevine: Facebook Memorial Pages and Adolescent Bereavement*, 24(2) AUSTRALIAN J.<sup>53</sup>  
GUIDANCE & COUNSELLING 256 (2014); Dorthe Refslund Christensen et al., *Bereaved Parents' Online Grief Communities: De-Tabooing Practices or Relation-Building Grief-Ghettos?*, 61(1) J. OF BROADCASTING & ELECTRONIC MEDIA 58 (2017); Jocelyn M. Degroot, *Maintaining Relational Continuity with the Deceased on Facebook*, 65(3) OMEGA – J. OF DEATH & DYING 195 (2012); Elaine Kasket, *Continuing Bonds in the Age of Social Networking: Facebook as a Modern-Day Medium*, 31(2) BEREAVEMENT CARE 62 (2012); Walter, *The Pervasive Dead*, MORTALITY (2017)

<sup>54</sup> ראו שמשון רבין, רות מלקינסון, אליעזר וויצטום, **הפנים הרבות של האובדן והשכול: תיאוריה וטיפול** (2016).

<sup>55</sup> Kenneth J. Doka, *Changes in Postmortem Identity and Grief*, OMEGA – J. DEATH & DYING (2017)

הצדדים כבר מת ואינו יכול עוד ליטול חלק בדיאלוג. גישה זו מציעה להכיר בכך שהמתים אכן כבר אינם איתנו, אך לשמר את נוכחותם המדומיית כחלק מהמארג החברתי של האדם השכול. פלטפורמות אינטרנטיות יכולות לסייע בכך, כפי שנראה בהמשך.

עם זאת, חשוב להדגיש שהמחקרים השונים הבוחנים התמודדות עם אבל ושכול מלמדים שזו אינה ליניארית, והיא כוללת שלבים של התמקדות באובדן כמו גם שלבים של השתקמות והסתגלות לחיים בלעדי המת.<sup>56</sup> בנוסף, הספרות מצביעה על כך שיש משתנים רבים שמעצבים את ההתמודדות עם הנושא ובהם גיל, מגדר, נסיבות המוות, תרבות, משך הזמן שחלף, זהות האבל, זהות המת ועוד. כל אלו משפיעים על הדרכים שמתאבלים בוחרים כדי לעבד את תחושותיהם ולהתמודד עם האובדן.<sup>57</sup> משמעות הדבר היא שעוד בטרם נעסוק בהיבטים דיגיטליים של המוות, חשוב לזכור שאין דרך אחת – לא כל שכן דרך אחת "נכונה" – להתמודדות עם אובדן,<sup>58</sup> והסדרה אפשרית של השימוש בטכנולוגיות לצורך התמודדות עם אובדן ושכול צריכה להביא בחשבון את השונות הזאת.

בנוסף, חשוב להכיר בכך שכל הדיון על היפרדות או אי-היפרדות מהמתים הוא למעשה תחליף לדיון על התמודדותם של השורדים-השכולים עם החיים לאחר לכתם של המתים, כלומר על הבניית הזהות המעודכנת של האדם השכול ויחסיו עם המעגלים החברתיים של המת. במוקד, אם כן, נמצא האדם השכול שצריך להתבונן ולהבין את המציאות החדשה שבה מישו מיקריו כבר אינו בין החיים. בהתאם, טקסי התאבלות, שהם לכאורה טקסי מעבר שמלווים את המתים "במסעם אל העולם הבא", הם למעשה טקסי מעבר של השכולים במעברם אל מציאות חברתית ללא האדם שמת.<sup>59</sup> טקסים אלו, כמו טקס הקבורה או ישיבת "שבעה", נועדו לעזור לפרטים המתאבלים (או לקהילת האבלים) להבנות מחדש את זהותם ואת קשריהם החברתיים עם שאר מוקירי זכרו של המת. זהו תהליך רפלקסיבי שבו מוקירי זכרו של המת מנסחים לעצמם את הביוגרפיה שלהם, ומשבצים בתוכה את יחסם עם המת ושאר האנשים שהרכיבו את המעגלים החברתיים שלו. ההזדמנות להתכנס יחדיו ולדבר על המת עם אחרים שהכירו אותו מוזכרת בספרות כפרקטיקה חשובה מסייעת להתגבר על הכאב שבאובדן, ולהרכיב מחדש את המעגל החברתי שהקיף את המת בחייו. זהו חלק חשוב בתהליך הריפוי והאיחוי שנשען על חיבור בין מי שהכירו את המת והשתתפותם ברב-שיח אודותיו. פעולות כמו כתיבת מכתבי ניחומים, השתתפות בהלוויה או ביקור ב"שבעה" הן, אם כן, פעולות שמסייעות בהבניית הזהות האישית (והקולקטיבית)

Margaret Stroebe & Henk Schut, *The Dual Process Model of Coping with Bereavement: A Decade On*, 61(4) OMEGA <sup>56</sup> – J. OF DEATH & DYING 273 (2010).

Katrin Döveling, *Emotion Regulation in Bereavement: Searching for and Finding Emotional Support in Social Network Sites*, 21 (1-2) NEW REV. OF HYPERMEDIA & MULTIMEDIA 106 (2015); Katrin Döveling, *Online Emotion Regulation in Digitally Mediated Bereavement: Why Age and Kind of Loss Matter in Grieving Online*, 61(1) J. Broadcasting & Electronic Media 41 (2017).

<sup>58</sup> ראו רובין, מלקינסון, וויצטום, **הפנים הרבות של האובדן והשכול**, לעיל ה"ש 54.

<sup>59</sup> RICHARD HUNTINGTON & PETER METCALF, *CELEBRATIONS OF DEATH: THE ANTHROPOLOGY OF MORTUARY RITUAL* (2nd ed., 1991).

של האדם השכול, ויש להן תפקיד מרכזי בהבנת ובהבניית מעגלי הזהות והשייכות של פרטים בעידן המודרני המאוחר (או הפוסט-מודרני).<sup>60</sup> פעולות אלו מתקיימות היום גם באופן מקוון בסביבה דיגיטלית.

## ג. איך האינטרנט משנה את העיסוק החברתי במוות?

התמורות ביחס החברתי למוות קשורות גם לשינויים ולהתפתחות באמצעי התקשורת.<sup>61</sup> אמצעי התקשורת הזמינים בחברה מעצבים את היחסים בין אנשים וכן יש באפשרותם לעצב את סוג היחסים בין החיים למתים. זאת, משום שהיחסים שלנו עם אחרים – חיים או מתים – מבוססים היום יותר מתמיד על טכנולוגיות של תקשורת שמנכחות את האחרים בחייו, גם אם אינם נוכחים פיזית באותו מקום בו אנו נמצאים.<sup>62</sup> טכנולוגיות של תקשורת מכוננות את מנגנוני הזיכרון ויוצרות ומציגות את הייצוג של המתים ושל המוות בחיי היומיום, לרבות האפשרות לגשר על פערי זמן ומרחק. אמצעים אלו גם מעצבים את סוג האינטראקציות החברתיות המתקיימות סביב המוות, והם, בחלק מהמקרים, מעין קריאת תיגר כנגד הגישה הממסדית שמסתירה את האבל האישי ולא עוסקת בו באופן מלא ויומיומי.<sup>63</sup> חשוב להדגיש: טכנולוגיות של תקשורת אינן קובעות או מכתיבות את אופי היחסים הבין-אישיים (עם המתים ובכלל), אך הן מציגות מגוון אפשרויות, שחלקן אינו אפשרי באינטראקציה פנים-אל-פנים, שבאמצעותן אנחנו מתקשרים עם המעגלים החברתיים שלנו.

כיום, ביטויים רבים של יחסים בין-אישיים מתקיימים באינטרנט, על גבי פלטפורמות דיגיטליות כמו רשתות חברתיות, בלוגים או קבוצות ביישומונים (אפליקציות) סלולריים. הדבר נכון גם ביחס לאינטראקציות חברתיות סביב מוות והתאבלות.<sup>64</sup> כחלק מהשינויים ביחס למוות שהוזכר קודם, גם ההתאבלות עברה שינויים מפליגים במהלך המאות האחרונות. עם המעבר לחברה מודרנית ותעשייתית, הנורמות הקהילתיות שאפיינו חברה כפרית התחלפו באחרות, וההתאבלות הפכה להיות מתופעה קהילתית לתופעה אינדיבידואלית. זאת, כל עוד המתים הם "אנשים מן היישוב". כאשר דמות ציבורית מתה, ההתאבלות עליה היא קולקטיבית ומתרחשת במרחבים ציבוריים משותפים, פיזיים או וירטואליים.<sup>65</sup> הקהילה המתאבלת, שהייתה גדולה יותר מהתא המשפחתי, אך מרוכזת במקום אחד, הפכה להיות יחידה משפחתית קטנה, אך פזורה על פני מספר מקומות. תהליך המדיקליזציה של המוות, לפיו המשימה הראשית של הרפואה היא למנוע את המוות, הצטרף לתהליכי מודרניזציה אחרים, והפך את המוות לחוויה פרטית, שאינה משותפת עם קהל גדול או עם קהילה תומכת. כל זה השתנה שוב עם בוא העידן הדיגיטלי. אמצעי התקשורת הדיגיטליים סובבו במידה מסוימת את הגלגל

<sup>60</sup> Tony Walter, *A New Model of Grief: Bereavement and Biography*, 1(1) MORTALITY 7 (1996).

<sup>61</sup> Walter, *Communication Media and the Dead*, לעיל ה"ש 36.

<sup>62</sup> צפו בהרצאת ה-TedEx של Paula Kiel, *Keeping Communications Alive When You're Dead*, נמצא ב: <https://www.youtube.com/watch?v=zfQBCi-6d3E> (2017).

<sup>63</sup> Gibson, *Death and Mourning*, לעיל ה"ש 45.

<sup>64</sup> Katrin Döveling, Anu A. Harju, Denise Sommer, *From Mediatized Emotion to Digital Affect Cultures: New Technologies and Global Flows of Emotion*, 4(1) SOCIAL MEDIA+ SOCIETY (2018): 2056305117743141.

<sup>65</sup> Tony Walter, *From Cathedral to Supermarket: Mourning, Silence and Solidarity*, 49(4) Sociological Rev. 494 (2001); Anu Harju, *Socially Shared Mourning: Construction and Consumption of Collective Memory*, 21(1-2) NEW REV. HYPERMEDIA & MULTIMEDIA 123 (2015).

לאחר, ויצרו תשתית טכנולוגית, שמאפשרת את קיומם של קשרים חברתיים המזכירים במידה מסוימת את אלו של התקופה הטרומ-מודרנית.<sup>66</sup> רשתות חברתיות מגשרות על פערים של זמן ומרחק, ויוצרות קהילות התאבלות שמכנסות את מוקירי זכרו של המת במרחב וירטואלי אחד, ומחברות אותם יחד. הטבלה הבאה מסכמת את האבולוציה של דפוסי התאבלות לאור שינויים חברתיים ושינויים במאפייני התקשורת.

## טבלה 2.1 שינויים בדפוסי ההתאבלות

| עידן טרומ-מודרני | עידן מודרני                | עידן מודרני מאוחר/פוסט מודרני     |
|------------------|----------------------------|-----------------------------------|
| אופי הקהילה      | קטנה (משפחה, כפר)          | גדולה (עיר, אומה)                 |
| תקשורת בין-אישית | פנים אל פנים               | אלקטרונית                         |
| יחס למוות        | מבוי, חלק מהיומיום המשפחתי | מוסתר ומודחק                      |
| קהל האבלים       | מרוכז סביב בית האבלים      | פזור על פני מספר בתים             |
|                  |                            | מרוכז סביב אמצעי תקשורת דיגיטליים |

העידן הדיגיטלי והרשתות החברתיות הובילו ומובילים לשינוי באופן שבו אנחנו כיחידים וכחברה/קהילה עוסקים במוות ומביעים רגשות של אבל.<sup>67</sup> המחקר בתחום מצביע על כך שהאינטרנט הופך בהדרגה לחלק בלתי נפרד בטקסי ההתאבלות ודפוסי ההתמודדות עם המוות. בחלק מהמקרים, תכנים דיגיטליים משולבים בטקסים מסורתיים לא-מקוונים, ובמקרים אחרים, הטקסים המסורתיים מקבלים ממד דיגיטלי ומועתקים לסביבה מקוונת.<sup>68</sup> כמו כן, "החפצים" שהמת משאיר אחריו – שיש להם תפקיד חשוב בעיבוד האבל ועיצוב הזיכרון – הם יותר ויותר קבצים דיגיטליים כמו אלבומים, סרטונים, קבצי טקסט, וחשבונות דיגיטליים.<sup>69</sup> בנוסף, עמודי הנצחה למתים מנכיחים את מי שכבר אינם חיים במרחב החיים הדיגיטליים שהוא המרחב בו אנחנו מנהלים בהדרגה עוד ועוד היבטים של חיינו האישיים והמשותפים.<sup>70</sup> בצד עמודי ההנצחה האינטרנטיים שמוקמים על

<sup>66</sup> Walter et al., *Does the Internet Change How We Die and Mourn?* לעיל ה"ש 37.

<sup>67</sup> Jed R. Brubaker, Gillian R. Hayes, Paul Dourish, *Beyond the Grave: Facebook as a Site for the Expansion of Death and Mourning*, 29(3) INFORMATION SOCIETY 152 (2013); Julie Alev Dilmaç, *The New Forms of Mourning: Loss and Exhibition of the Death on the Internet*, OMEGA – J. OF DEATH & DYING (2016); Lisbeth Klasturp, *'I Didn't Know Her, But...': Parasocial Mourning of Mediated Deaths on Facebook RIP Pages*, 21 NEW REV. OF HYPERMEDIA & MULTIMEDIA 146 (2015); Jensen Moore et al., *Social Media Mourning: Using Grounded Theory to Explore How People Grieve on Social Networking Sites*, OMEGA – J. OF DEATH & DYING (2017) לעיל ה"ש 49.

<sup>68</sup> Walter et al., *Does the Internet Change How We Die and Mourn?* לעיל ה"ש 37.

<sup>69</sup> Louis Bailey, Jo Bell, David Kennedy, *Continuing Social Presence of the Dead: Exploring Suicide Bereavement through Online Memorialisation*, 21 NEW REV. OF HYPERMEDIA & MULTIMEDIA 72 (2015) לעיל ה"ש 43.

<sup>70</sup> Walter et al., *Does the Internet Change How We Die and Mourn?* לעיל ה"ש 37.

ידי בני משפחתם של המתים, נמצאים פרופילים ברשתות חברתיות, של המשתמשים שמתו, והם עומדים בלב הדיון בדוח הנוכחי, שכן אלו היו עמודיהם של המתים שנשארו "מיותמים" עם מותם, ומכאן עולה שאלת הלגיטימיות של הגישה לחשבונות אלו והמשך הפעלתם.<sup>71</sup> בהקשר הזה, חשוב להזכיר שהדיגיטליזציה של המוות עלולה להדיר קבוצות מסוימות מהשתתפות בטקסי ההתאבלות ותהליכי עיבוד האבל, שכן הפער הדיגיטלי בין בעלי אוריינות דיגיטלית (אנשים שיוצעים להתמודד עם טכנולוגיות חדשות של תקשורת) לבין מי שאינם בעלי אוריינות דיגיטלית מספקת עלול לגרום לכך שאלו האחרונים נשארים מאחור ואינם יכולים ליטול חלק בפעולות חברתיות שמתקיימות בסביבה דיגיטלית.<sup>72</sup>

נעסוק תחילה בשינויים בנורמות הנתפסות כראויות, בדפוסי ההתאבלות ובעמודי המשתמשים כמקום התכנסות וכ"מדים" לדיאלוג עם המתים (ועם שכולים אחרים). לאחר מכן נעסוק בעמודי המשתמשים כאתרי הנצחה. שתי הפונקציות האלו – התאבלות והנצחה – מחייבות גישה לחומרים ארכיוניים של המשתמשים שמתו, ולכן נעסוק גם בפונקציה נוספת של עמודי המשתמשים והיא היותם ארכיון אישי. מכאן תעלה שאלת הגישה לארכיונים אלו ומתן הרשאות אליהם. הדיון המשפטי בפרק 5 יבחן את שאלת הגישה אל והניהול של עמודים אלו מנקודת המבט של פרטיות המת, תוך הדגשה כי עמודים אלו הם חלק מזכויות אישיות של המת שאינן בנות-הורשה. הדיון חברתי בתחום מבוסס על גישות סוציולוגיות, אנתרופולוגיות ופסיכולוגיות, והוא בוחן את שאלת הגישה לעמודים אלו מנקודת המבט של השורדים, מוקירי זכרו של המת, כאשר הדגש הוא על התועלת שבגישה לעמודים אלו עבור השורדים כחלק מתהליך עיבוד האבל וההנצחה. כלומר, השאלות שמעסיקות את הדיון החברתי אינן שאלות של בעלות קניינית או זכות גישה לתכנים, אלא שאלות של התועלת או הנזק שבשימור עמודים אלו והמשך מתן הגישה אליהם. עם זאת, השאלות שמעסיקות את המחקר החברתי כרוכות בשאלות הגישה למידע, גם אם המחקר בתחום אינו נותן על כך את הדעת, וזאת משום שלעמודים אלו תפקיד כפול – הם בעת ובעונה אחת גם הארכיון המכיל חומרים אישיים של המשתמש שמת, וגם מקום התכנסות עבור מוקירי זכרו של המת,<sup>73</sup> כפי שנפרט מיד.

## ד. נורמות

למרות שהאינטרנט הוא חלק בלתי נפרד מחיינו כבר כמה עשורים, הזירה האינטרנטית מתפתחת ומשתנה כל הזמן, ומחייבת שינוי ועדכון מתמיד של נורמות חברתיות, לרבות כאלו הקשורות למוות והתאבלות.<sup>74</sup> האם ראוי לבשר לאנשים על מותו של קרוב משפחה באמצעות הודעה בפייסבוק? למי מותר לכתוב על ציר הזמן של המשתמש שמת? האם מותר למחוק חשבון של משתמש שמת, או שמא מחיקת החשבון היא כמו מוות נוסף?

<sup>71</sup> בפרק 3 מובאת סקירה מקיפה של החשבונות המונצחים, איזה פעולות ניתן לבצע בהן ולמי יש הרשאות לבצע אותן.

<sup>72</sup> Walter, *New Mourners, Old Mourners*, לעיל ה"ש 49.

<sup>73</sup> Brubaker, Hayes, Dourish, *Beyond the Grave*, לעיל ה"ש 67.

<sup>74</sup> Anna J.M. Wagner, *Do Not Click "Like" When Somebody has Died: The Role of Norms for Mourning Practices in Social Media*, 4(1) SOCIAL MEDIA+ SOCIETY (2018): 2056305117744392; Natalie Pennington, *You Don't De-Friend the Dead: An Analysis of Grief Communication by College Students through Facebook Profiles*, 37(7) DEATH STUDIES 617 (2013); Jakob Borrits Sabra, *"I Hate When They Do That!" Netiquette in Mourning and Memorialization among Danish Facebook Users*, 61(1) J. Broadcasting & Electronic Media 24 (2017).

מתי, אם בכלל, ראוי לבטל את החברות (unfriending) בפייסבוק עם משתמש שמת? האם Like להודעת מוות או הספד הוא ביטוי לשמחה על מותו של האדם או ביטוי להשתתפות באבל? האם מותר להדביק הודעת השתתפות בצער על "הקיר" של משתמש שלא פרסם בפייסבוק שמישהו קרוב לו מת? מתי השתתפות והתייפחות על מותו של אדם במדיה דיגיטליים היא לגיטימית ומתי היא נתפסת כלא ראויה או מביכה? כל אלו הן שאלות על נורמות אבלות שחלקן שואבות מנורמות אבלות בסביבה לא מקוונת (למשל, מה ראוי ולא ראוי לעשות בהלוויה או בטקס אזכרה), וחלקן הן פרשנות מחודשת לנורמות אבלות המתאפשרות בסביבה מקוונת, אך המשמעות שלהן עדיין נתונה למשא ומתן וטרם התקבעה.<sup>75</sup> כך לדוגמה, מחקר אמריקני שבחן התמודדות עם אבל באמצעות פייסבוק מצא שמשתמשים שאיבדו את יקרים מצאו את האפיק של הפצת הודעה קולקטיבית על "הקיר" של חשבון המשתמש שמת כאפיק נוח, בעיקר נוכח הלחץ והמצוקה שהם היו שרויים בהם סמוך למועד המוות.<sup>76</sup> מנגד, מחקר אחר הצביע על כך שמשתמשים תפסו הודעות מוות קולקטיביות כלא מכבדות ולא מכובדות, בהשוואה, נניח, להודעה אישית בטלפון.<sup>77</sup> הדוגמאות האלו ממחישות את הראשונות של הכלים הטכנולוגיים ואת המשא ומתן של המשמעות שלהם ועל הלגיטימיות של השימוש בהם בהקשרים של מוות ושכול. כך הדבר ביחס למחווות בין-אישיות-דיגיטליות וכך הדבר ביחס לנורמות סביב שימוש והפעלה של חשבונות של משתמשים שמתו.

בהקשר הזה נחזור לאחת הסוגיות המרכזיות ביחסים בין חברה, טכנולוגיה ומוות. השינויים הטכנולוגיים גוררים בעקבותיהם מעין בלבול חברתי, שכן האינטרנט הוא מרחב היברידי שנתפס לפרקים כמרחב ציבורי ולפרקים כמרחב פרטי, וכך גם מפגני האבל באינטרנט נתפסים לעתים כמתאימים למרחב פרטי ולעתים כמתאימים למרחב ציבורי. נקודה זו מחזירה את הדיון לשאלת הפומביות של המוות לרבות הלגיטימיות של החצנת דפוסי התאבלות ותהליכים של עיבוד האבל, שכן המוות וההתאבלות הופכים יותר ויותר לחוויה שנוכחת בחיי היומיום, ואינם מוחבאים עוד באגפים נסתרים. ועדיין, מתקיים משא ומתן בעניין – האם ההתאבלות על המתים היא "אירוע" פומבי או פרטי, ומהם דפוסי ההתאבלות הנחשבים למקובלים?<sup>78</sup> בהמשך לדיון על תפיסת המוות כטאבו, כחברה, במקרים רבים, אנחנו לא מעוניינים להיתקל או לבוא במגע עם מפגנים של אבל ושכול. בחברות שונות, ההתאבלות על מופעה השונים נתפסת כדבר שיש להגביל את העיסוק הפומבי בו. התאבלות נחשבת בחוגים אלו לפרקטיקה של הבעת רגשות קשים או לא נעימים השמורה למעגל קרוב של בני משפחה או חברים, והיא תחומה בזמן ובמקום.<sup>79</sup> כאשר ההתאבלות גולשת מעבר לגבולות אלו, הדבר נתפס כהתנהגות לא לגיטימית או לא ראויה.<sup>80</sup> האינטרנט מעצים, אם כן, את התפיסות הקוטביות באשר ליחס הראוי למוות, כאשר יש המצדדים בתפיסה המודרנית לפיה המוות הוא חוויה פרטית, והם מבקרים את מפגני האבלות

<sup>75</sup> Brubaker, Hayes, Dourish, שם.

<sup>76</sup> Moore et al., *Social Media Mourning*, לעיל ה"ש 67.

<sup>77</sup> Kelly R. Rossetto, Pamela J. Lannutti, Elena C. Strauman, *Death on Facebook: Examining the Roles of Social Media Communication for the Bereaved*, 32(7) J. OF SOCIAL & PERSONAL RELATIONSHIPS 974 (2015).

<sup>78</sup> Walter, *A New Model of Grief*, לעיל ה"ש 60.

<sup>79</sup> Walter et al., *Does the Internet Change How We Die and Mourn?*, לעיל ה"ש 37.

<sup>80</sup> Sabra, *'I Hate When They Do That!'*, לעיל ה"ש 74.

האינטרנטיים בטענה שעליהם להתרחש במרחב פרטי. בצד, יש הרואים באינטרנט מרחב פרטי, ומברכים על האפשרות לקיים מפגני אבלות מקוונים אך פרטיים. מנגד, יש המצדדים בהחזרתו של העיסוק הציבורי במוות למרכז הבמה, והם רואים במדיום הזדמנות ליצור מרחב ציבורי שמאכלס את המוות ומאפשר את העיסוק בו כחלק מחיי היומיום.<sup>81</sup>

עוד נוסף, שהאופי ההיברידי של המרחב הווירטואלי מאפשר יצירת מרחבים ייעודיים לעיסוק בתופעות הקשורות במוות שנדחקות פעמים רבות לשוליים. מקרי מוות כמו בעקבות מחלה או התאבדות סובלים לא פעם מסטיגמות חברתיות קשות, שמקשות על מי שאיבדו את יקיריהם למוות כזה למצוא מקום לחלוק בו את מצוקתם. פורומים אינטרנטיים מהווים פתרון למצוקה זו, בכך שהם יוצרים מרחב פתוח אך מוגן, שבו שכולים יכולים להתכנס למצוא תמיכה ונחמה בעזרת שכולים אחרים. אלו הם פורומים שמרכזים אנשים זרים אלו לאלו, אך הם שותפים לסוג מסוים של אבל שהמרחב הלא מקוון אינו מספיק רגיש לגביו ולא מצליח להכיל אותו.<sup>82</sup>

## ה. התאבלות

היבט חשוב נוסף הקשור לנורמות המתעצבות סביב העיסוק במוות בסביבה דיגיטלית הוא ההתאבלות, ולמרות שהנורמות בנושא נשענות על אלו שהתפתחו בסביבה הלא-דיגיטלית, המחקר בתחום מלמד כי רוב האנשים נתקלים בסיפורים הקשורים למוות בתיוכם של המדיה (תקשורת המונים או מדיה חברתיים), ובהתאם המקום בו אנשים מיישמים את הפרקטיקות האלו הוא בעיקר ברשתות החברתיות. עוד מלמד המחקר, כי הפרקטיקות של התאבלות ברשתות חברתיות הן יותר אישיות ופחות "פורמליות" ופחות דתיות, ונוטות להשתלב בחיי היום יום באופן שמטשטש את האבחנות בין "קודש" ל"חול", המזוהות עם התאבלות.<sup>83</sup>

מעבר לכך, המחקר בתחום מצביע על שלוש פונקציות של התאבלות וירטואלית – המשך הקשר עם המתים, קיום קשר בין השכולים, ויצירת קהילה חדשה בין שותפים לחווית האבל שלא הכירו אלו את אלו לפני האובדן.<sup>84</sup> בצד זאת, יש גם דיס-פונקציות להתאבלות בפלטפורמות דיגיטליות, כמו לדוגמה איבוד השליטה במידע, רצון לעצב את אופי ההתאבלות והזהות של מתאבלים אחרים (למי "מותר" להתאבל?), תחושת נידוי מקהילת המתאבלים והתארכות האבל.<sup>85</sup> את הפונקציות והדיס-פונקציות האלו יש להבין במונחים של מקום ובמונחים של מודלים של תקשורת, כפי שנפרט:

<sup>81</sup> Walter et al., *Does the Internet Change How We Die and Mourn?* לעיל ה"ש 37.

<sup>82</sup> Bailey, Bell, Kennedy, *Continuing Social Presence of the Dead*, לעיל ה"ש 69.

<sup>83</sup> Wagner, *"Do Not Click 'Like'"*, לעיל ה"ש 74.

<sup>84</sup> Scott H. Church, *Digital Gravesapes: Digital Memorializing on Facebook*, 29(3) INFORMATION SOCIETY 184 (2013);

<sup>85</sup> Rossetto, Lannutti, Strauman, *Death on Facebook*, לעיל ה"ש 77.

<sup>85</sup> Moore et al., *Social Media Mourning*, לעיל ה"ש 67.

## (1) מקום

האינטרנט מאפשר יצירת מרחבים מובחנים למטרות התאבלות. האפשרות להתכנס יחדיו ולחלוק מחשבות וקשיים ממלאת תפקיד חשוב בעיבוד האבל ובהתמודדות עם הכאב, ומהבחינה הזאת, הסביבה הדיגיטלית מאפשרת תשתית חברתית מועילה ונחוצה, שלפעמים היא משלימה את התשתית החברתית בסביבה הלא-דיגיטלית, ולפעמים היא יוצרת תשתית חברתית חליפית.<sup>86</sup> עמודי הנצחה ופורומים של שכול הם במידה מסוימת התגלמות דיגיטלית של המנהג היהודי של ישיבת "שבעה". אלו הם מרחבים מובחנים בהם מתכנסים האבלים, בין אם מהמעגל הראשון שהכיר את המת ובין אם ממעגלים רחבים יותר, ושם הם משתפים אלו את אלו בחוויות שהיו להם עם המת, בתמונות שמנציחות רגעים משותפים, ובתחושותיהם נוכח האובדן. פרקטיקות אלו הן מתן תמיכה של הקהילה לשכולים והן מסייעות לשכולים לנסח – ביחד ולחוד – את הסיפור של המת ואת יחסיו עם קהילת האבלים.<sup>87</sup> הואיל והאינטרנט הוא מרחב וירטואלי, ההתכנסות בעמודי הנצחה ופורומים של שכול מסייעת לגשר על פערי זמן ומרחק, ולקבץ ביחד את מוקירי זכרו של המת או אנשים זרים שחוו אובדן דומה, וזקוקים לקבוצת שווים איתה הם יכולים לחלוק את תחושותיהם ולספר את סיפורם האישי בסביבה בטוחה ומכילה.<sup>88</sup> זהו פורמט חברתי-תקשורתי שהולם את רוח הזמן, משום שכפי שהזכרנו קודם, בעידן הנוכחי בני המשפחה אינם מרוכזים בבית אחד, ומוקירי זכרו של המת יכולים להיות פזורים על פני ערים ויבשות. האפשרות להתכנס יחדיו במרחב וירטואלי אחד משרתת את הצורך האנושי לחלוק את הכאב ולשתף בעצב על מותו של אדם אהוב. כמו כן, זהו פורמט המאפשר להתגבר על תפיסות הטאבו של המוות, שכן הוא יוצר מרחב שהוא חצי פומבי וחצי פרטי, שבו אבלים יכולים לאוורר את תחושותיהם ולחלוק את מצוקותיהם מבלי להנכיח את השיח על המוות באופן מוחלט.

כבר לפני למעלה מעשור היו מי שהבינו שהאינטרנט יכול לשמש גם כמקום התכנסות לצורכי התאבלות והנצחה, והם רתמו את הטכנולוגיה כדי להקים עמודי זיכרון והנצחה. ואכן, מחקרים בתחום של תקשורת ומוות בעידן דיגיטלי מצביעים על תרומתם של דפוסי התאבלות חדשים אלו לעיבוד האבל ולהתמודדות עם האובדן.<sup>89</sup> המפגש הווירטואלי עם מוקירי זכרו של המת מסייעים לשורדים להסכין עם חייהם בלי המת, ו"לסגור מעגל" כדי להמשיך הלאה בקצב שלהם. במקרים של מוות לאומי, עמודים כאלו מוקמים על ידי המדינה, ובמקרים של מוות "אזרחי", בני המשפחה או החברים הם אלו שעומדים מאחורי העמוד (אם כי ידועים גם מקרים של מוות לאומי שבני המשפחה הקימו עמודי זיכרון עצמאיים). כך או כך, אלו בדרך כלל עמודים ייעודיים שהוקמו לאחר המוות, ומשמשים אתר זיכרון והתכנסות לקהילת האבלים, והם מורכבים מתמונות ומכתבים של המת ואל

<sup>86</sup> Döveling, *Online Emotion Regulation*, לעיל ה"ש 57.

<sup>87</sup> ראו רובין, מלקינסון, וויצטום, **הפנים הרבות של האובדן והשכול**, לעיל ה"ש 54.

<sup>88</sup> Walter et al., *Does*; Moore et al., *Social Media Mourning*; 60 לעיל ה"ש 67; Ylva Hård Af Segerstad & Dick Kasperowski, A, *the Internet Change How We Die and Mourn?* 37. ראו גם: Community for Grieving: Affordances of Social Media for Support of Bereaved Parents, 21(1-2) NEW REV. OF HYPERMEDIA Döveling, *Online Emotion*; 57 לעיל ה"ש 57; Döveling, *Emotion Regulation in Bereavement*, לעיל ה"ש 57.

<sup>89</sup> Erin Willis & Patrick Ferrucci, *Mourning and Grief on Facebook: An Examination of Motivations for Interacting with* Rossetto, Lannutti, Strauman, *Death on Facebook; the Deceased*, OMEGA – J. OF DEATH & DYING (2017) 77. לעיל ה"ש 77.

המת.<sup>90</sup> כשפייסבוק נוסדה, ומשתמשיה התחילו למות, התפתחה בהדרגה תרבות הנצחה בפייסבוק, וכיום יותר ויותר חשבונות פייסבוק של משתמשים שמתו הופכים להיות זירות התכנסות של אבלים שהכירו את המת בחייו.<sup>91</sup> העמודים האלו נתפסים כמשמרים את "רוחו" של המשתמש שמת,<sup>92</sup> והמשתמשים השכולים "מתכנסים" סביב החשבון, שם הם חולקים זיכרונות, סיפורים ותמונות של המת, קוראים שוב ושוב את הסטטוסים שהמת העלה במהלך חייו, ושם הם גם טווים מחדש את הרשת החברתית שהקיפה את המת. מהבחינה הזאת, לשימור וקיום עמודי המשתמש גם לאחר מותו יש חשיבות תרפויטית ניכרת. עוד נציין, שעבור בני נוער ש"גדלו לתוך האינטרנט" ובמידה רבה "חיים באינטרנט", הזירה המקוונת נתפסת כמקום טבעי לקיום אינטראקציות חברתיות, לרבות כאלו הקשורות להתאבלות. מחקרים מראים שצעירים ונוער רואים ב"ביקור" בעמודי הנצחה בפייסבוק תחליף הולם לפרקטיקות אחרות של עיבוד אבל, והם פונים לאפיקים אלו כדי להתמודד עם אובדן ומוות.<sup>93</sup>

## (2) מודלים של תקשורת

כאשר אנו באים לנתח את סוג האינטראקציות התקשורתיות המתקיימות במרחבי ההתאבלות הווירטואליים, עלינו לשאול מספר שאלות בסיסיות המשמשות חוקרי תקשורת: מיהם המוענים? מיהם הנמענים? ומהו המסר? (הערוץ או המדיום, הוא כמובן הפלטפורמה הדיגיטלית שבאמצעותה מתקיימת האינטראקציה החברתית, קרי בעיקר החשבונות של המשתמשים שמתו).

אחת התופעות המוזכרות בהקשר של התאבלות והתמודדות עם האובדן בעידן הדיגיטלי הוי תפקודן של הרשתות החברתיות כ"מדיום".<sup>94</sup> בדומה לכל מיני יידעונים ומכשפים המקיימים מעין סיאנס במהלכו החיים יכולים "לתקשר" עם המתים באמצעות אדם המשמש כ"מדיום" (כלומר, כערוץ שדרכו יכולים החיים לדבר עם המתים), כך הפרופילים של המשתמשים המתים עשויים לשמש כמדיום. בשל מאפייני התקשורת הבין-אישית הדיגיטלית, שהיא תקשורת א-סינכרונית (לא-סימולטנית) בין משוחחים, השארת הודעה למת בערוצים ששימשו אותו לתקשר עם אנשי הקשר שלו בחייו נדמית בעיני חלק מהמתאבלים לאמצעי לשימור הקשר עם המת, גם לאחר מותו. המשתמש משאיר הודעה למת באותו פורמט ובאותו "מקום" שבו הם נהגו לתקשר – נניח הצי'אט של פייסבוק – וכשם שבתקשורת עם משתמשים חיים אין ציפייה לקבל תגובה מידית, בו-זמנית, כך נמשך לכאורה הדיאלוג (החד כיווני) בין המשתמש החי למשתמש המת. המשתמשים החיים יודעים שהם כבר לא יזכו לתגובה מהמת, אבל עצם השימוש באותו ערוץ ששימש לתקשורת ביניהם במהלך חייו של המת גם לאחר מותו עוזר לאותם משתמשים, כך לפי דבריהם, לעבד את האבל ולהתגבר על תחושת האובדן. זהו ביטוי לגישת המשך הקשר (continuing bond) שהולכת וקונה אחיזה בספרות על אודות חברה ומוות בעידן

<sup>90</sup> ליאב שדה-בק, **תרבות האבל והנצחה באינטרנט: המקרה הישראלי** (חיבור לתואר דוקטור, אוניברסיטת בן גוריון, 2009).

<sup>91</sup> בחלק מהמקרים העמודים נשמרים כפי שהיו במהלך חייו של המת, ובחלק מהמקרים העמודים מוסבים לעמודי הנצחה. פרק 3 כלל פירוט נרחב יותר של מאפייני עמודי הנצחה בפייסבוק והאפשרויות העומדים בפני המשתמש ומוקרי זכרו.

<sup>92</sup> Kasket, *Continuing Bonds in the Age of Social Networking*, לעיל ה"ש 53.

<sup>93</sup> Kasket, שם; Bailey, Bell, Kennedy, *Continuing Social Presence of the Dead*, לעיל ה"ש 69.

<sup>94</sup> Kasket, שם; Bailey, Bell, Kennedy, שם; Degroot, *Maintaining Relational Continuity with the Deceased on Facebook*, לעיל ה"ש 53.

דיגיטלי, לפיה אין הכרח "להניח להולכים", ודווקא שימור אפיק ההתקשרות עמם הוא הדרך להתגבר על האובדן ולחזור בהדרגה לשגרה שבה המתים הם מעין נוכחים-נפקדים.<sup>95</sup>

בהקשר של "תיקשור" עם המתים, נציין כי קיימת תופעה של בני משפחה ש"שומרים בחיים" את הפרופילים של יקיריהם שמתו, ואף מבצעים באמצעות הפרופילים האלו פעולות, לכאורה בשמם של המשתמשים שמתו. גם בהקשר הזה, בצד משתמשים שרואים בחיוב את התופעה, יש כאלו שמוציאים אותה מטרידה, ואף מהרהרים או מערערים על הלגיטימיות של מפעילי הפרופילים "המונשמים" לדבר ולפעול בשמם של המתים.<sup>96</sup> עוד נטען כי בחלק מהמקרים טשטוש האבחנה הזו בין החיים למתים הקשה על חלק מהמתאבלים להשלים עם האובדן ולחזור לשגרת תפקוד, ודבר אף האריך את תהליך עיבוד האבל שלא לצורך.<sup>97</sup>

בפייסבוק, חלק מה"שיחות" עם המתים או מהדיבור אל המתים מתרחש בפורומים שהם פומביים או פומביים למחצה, כמו בעמודי המשתמשים שמתו או בעמודי הנצחה שנפתחו לאחר מותם. שיחות אלו מתקיימות על הקיר של חשבון המשתמש שמת או על ציר הזמן שלו. בניגוד לשיחות המתקיימות באפיק צ'אט אחד-על-אחד, השיחות על הקיר או על ציר הזמן בין משתמשים חיים לאלו שמתו מתקיימות בנוכחות קהל. ולכן, מעבר לדיאלוג שמקיימים המשתמשים החיים עם המת, הם למעשה מקיימים ערוץ תקשורת נוסף גם עם שאר הנוכחים באותו פורום, המשתמשים כקהל וכנמענים של השיחה הווירטואלית.<sup>98</sup> שיחות אלו לובשות פעמים רבות אופי אותו ניתן לכנות בשם "המנוח ואני", בהן המשתמש החי מדבר אל המשתמש המת, אבל למעשה מוקד השיחה הוא פועלו ואישיותו של המשתמש החי. מכאן, שלשיחות אלו יש תפקיד נוסף מעבר לפן התרפויטי של המשך הקשר עם המת, והוא החצנת מעמדו של המשתמש החי במעגל החברתי של המשתמש שמת. הקהל של השיחה הוא נמען נוסף של הטקסט שמועבר אל המת, כאשר המסר שמועבר אל הקהל הוא טיב היחסים בין המשתמש החי לזה שמת. לכך יש חשיבות רבה בשימור, שיחזור או שינוי מערך היחסים בין המשתמשים השכולים.

בהקשר הזה, נציין שבצד השיתוף במידע אודות המתאבלים ויחסיהם עם המת, קיימת הסוגיה של חסימה של זרימת המידע.<sup>99</sup> אחד הפנים השליליים של התאבלות ברשתות חברתיות הוא תסכולם של מי שתופסים את עצמם כחלק מהמעגל הקרוב של המת נוכח אי יכולתם לשלוט בסוג המידע שמופץ כחלק מההספדים והזיכרונות, ואי יכולתם לשלוט בזהות המשתתפים בפרקטיקות אלו. כך לדוגמה, אחד המחקרים הצביע על מתאבלים שחשו תסכול מפני שלא יכלו לשלוט במידע שזרם בפרופילים המונצחים, והם חששו שהמידע

<sup>95</sup> Kasket, שם. ראו גם: Döveling, *Emotion Regulation in Bereavement*, לעיל ה"ש 57.

<sup>96</sup> Natalie Pennington, *You Don't De-Friend the Dead: An Analysis of Grief Communication by College Students Through Facebook Profiles*, 37(7) DEATH STUDIES 617 (2013).

<sup>97</sup> Rossetto, Lannutti, Strauman, *Death on Facebook*, לעיל ה"ש 77.

<sup>98</sup> Alice Marwick & Nicole B. Ellison, *"There Isn't Wifi in Heaven!" Negotiating Visibility on Facebook Memorial Pages*, 56(3) J. BROADCASTING & ELECTRONIC MEDIA 378 (2012).

<sup>99</sup> Moore et al., *Social Media Mourning*, לעיל ה"ש 67; Sabra, *'I Hate When They Do That!' Netiquette in Mourning and Memorialization among Danish Facebook Users*, לעיל ה"ש 80.

שיתפרסם יפגע בבני משפחתו של המת.<sup>100</sup> כמו כן, המחקר זיהה מקרים שבהם מתאבלים מהמעגל הקרוב של המת חשו חוסר נחת נוכח השתתפותם של גולשים אחרים בפרקטיקות ההתאבלות, והם ניסו לשבש את השתתפותם. הצד השני של אותו מטבע הוא מתאבלים שחשו עצמם מנודים משום שלא הצליחו למצוא את מקומם בקהילת המתאבלים. ממצאים אלו מצביעים על כך שזירת ההתאבלות היא פעמים רבות זירת התגוששות בין המעגלים החברתיים השונים שהיו למת בחייו, ובמותו נערך מאבק על שליטה בנרטיב, ומיצוב הקרבה והשייכות אל המת. שכן, כפי שנטען קודם לכן, טקסי הפרידה מהמתים הם במידה רבה מאוד הזדמנות לאשרור או עיצוב מחדש של היחסים בין החיים.

סוג נוסף של שיחות שמתקיים בחשבונות של משתמשים שמתו או בעמודי הנצחה שהוקמו לזכרם הוא שיחות בין אנשים שונים שהכירו את המתים לפני מותם. לשיחות אלו בין חברים ובני משפחה יש תפקיד חשוב בעיבוד האבל וריפוי הכאב הכרוך באובדן. מתאבלים מתארים את השיח הזה כדרך לאוורר את המצוקה שהם שרויים בה, ולנסח לעצמם, ביחד עם אחרים, את הסיפור המשותף שלהם ושל המת. זהו מהלך רפלקסיבי חשוב שמסייע למתאבל לגבש מחדש את זהותו האישית ולשכתב את הסיפור שלו ושל המעגלים החברתיים המקיפים אותו. ברב שיח כזה המתאבלים משמשים לסירוגין בתפקידים של מוען ונמענים או מוען והקהל, והאינטראקציה הקבוצתית חיונית ומועילה. החשבונות המונצחים או דפי הנצחה מספקים את התשתית הטכנולוגית לקיומה של אינטראקציה כזאת שהיא משותפת וציבורית מצד אחד, אבל גם מתרחשת בסביבה מגוננת מצד שני. האיזון הזה בין מרחב פרטי למרחב ציבורי משרת היטב את תהליך עיבוד האבל.<sup>101</sup>

בצד התקשורת שמתקיימת בין אלו שהכירו את המת לפני מותו, המחקר על התאבלות בעידן הדיגיטלי מצביע על סוג נוסף של אינטראקציות חברתיות שמתקיימות בסביבה דיגיטלית בעקבות מוות, ואלו הם פורומים של שכולים ממעגלים חברתיים נפרדים המתכנסים יחדיו בפורומים אינטרנטיים כדי לחלוק את מצוקתם ולעבד את האבל שלהם עם גולשים אחרים שחוו אובדן דומה.<sup>102</sup> לדוגמה, בני משפחה שחוו אובדן בעקבות התאבדות של אחד מקרוביהם חשים לא פעם מצוקה קשה הנובעת הן בשל האובדן של בן המשפחה והן בשל תחושות בושה המזוהות עם התאבדות. פורומים אינטרנטיים משמשים כמקום התכנסות עבור בני משפחה כאלו, ועל אף שהמתאבלים אינם מכירים אלו את אלו, הם חולקים מצוקות משותפות. הזירה המקוונת הזאת יוצרת עבורם מרחב מגונן ולא שיפוטי שבו הם יכולים לעבד את תחושותיהם ולמצוא נחמה בחברתם של אחרים הנמצאים במצבם. כך נוצרות קהילות אבליים חדשות המבוססות על חוויה משותפת ולא על היכרות אישית עם מת כזה או אחר. סוג כזה של קהילות כמעט שלא היה אפשרי בעידן טרום-דיגיטלי, כך שניתן לומר שהאינטרנט הוביל ליצירת סוג חדש של קהילות אבליים שלא היה קיים קודם לכן, אך חשיבותו ונחיצותו אינם מוטלים בספק.<sup>103</sup>

<sup>100</sup> ומכאן, שיש אנשים שאינם בני משפחה החושבים שיש להסתיר מידע מבני המשפחה מחשש לפגיעה בהם.

<sup>101</sup> Walter, *A New Model of Grief*, לעיל ה"ש 60; Walter, *New Mourners, Old Mourners*, לעיל ה"ש 49.

<sup>102</sup> ראו: Döveling, *Emotion Regulation in Bereavement*, לעיל ה"ש 57; Döveling, *Online Emotion Regulation*, לעיל ה"ש 57; Christensen, *Bereaved Parents' Online Grief*, לעיל ה"ש 88; Segerstad & Kasperowski, *A Community for Grieving Communities*, לעיל ה"ש 53.

<sup>103</sup> Bailey, Bell, Kennedy, *Continuing Social Presence of the Dead*, לעיל ה"ש 69; Degroot, *Maintaining Relational Continuity*, לעיל ה"ש 53.

אל קהילות האבלים החדשות האלו מצטרפות קהילות נוספות שנוצרות באמצעות האינטרנט על ידי קשרים המתקמים בעקבות מוות, ובהן גולשים שלא הכירו את המת או את המעגל החברתי שלו בחרים להביע השתתפות בצער האבלים עליהם הם למדו באמצעות הרשת. אלו הן קהילות "גלובליות" של אבלים שהם תוצאה של קשרים חובקי עולם האפשריים בעידן הדיגיטלי,<sup>104</sup> או שהם תוצאה של תרבות הסלבריטי שבה אנשים בחרים להביע השתתפות בצער על מותם של מי שדבר מותם נודע ברבים, מסיבות כאלו או אחרות.<sup>105</sup>

## 1. הנצחה

כשאדם מת, נגדע סיפור חייו, וזכרו מתקבע בתודעתם של מי שהכירו אותו. אחת הפעולות המתקיימות בעקבות מותו של אדם היא הנצחתו, והפיכת הזיכרונות האישיים, שאינם מוחשיים, לזיכרון קולקטיבי ומוחשי. תהליך ההנצחה הוא למעשה תהליך של ניהול רושם, רק שבניגוד ל"הצגת העצמי" וניהול רושם שאדם מנהל על אודות עצמו במהלך חייו, הרי שעם מותו, ניהול הרושם והצגת דמותו מופקדת בידי מי שמבקשים להנציח את זכרו, כלומר מוקירי זכרו (או מי שמבקש להשמיץ אותו). במילים אחרות, "קולו" של האדם המת כבר לא נשמע, והיכולת שלו להשפיע על עיצוב הזיכרון שלו (מה יזכרו ממנו) מוגבלת.<sup>106</sup>

בניגוד לזיכרון אישי המתקיים בתודעתו של האדם הזוכר, אבל אין לו כל ביטוי חיצוני, החומרים שמזינים את הזיכרון הקולקטיבי של המת הם ייצוגים של זיכרון כמו מכתבים ותמונות שהמת השאיר אחריו, או חוברות זיכרון שמוקירי זכרו הפיקו לאחר מותו. כיום, הפעולות הכרוכות בהנצחה הופכות בהדרגה להיות דיגיטליות. בני משפחה וחברים מקימים עמודי הנצחה אינטרנטיים למתים, והחשבונות של המשתמשים המתים עוברים הסבה לפרופילים מונצחים לאחר שהמשתמש מת. בנוסף, החפצים המשמשים כ"סוכני זיכרון" או חפצים מקשרים – תמונות, סרטונים ומכתבים – הם כיום בפורמט דיגיטלי ומאוחסנים על גבי פלטפורמות דיגיטליות, כך שהסבתם לחומרי הנצחה בסביבה דיגיטלית היא פשוטה ומתבקשת, ובהיותם ניתנים לשיתוף, הם הופכים קולקטיביים ומתגבשים לכדי סיפור (או נרטיב) אחד משותף.

בנוסף, ובהמשך לדיון על חשבונות המשתמשים כמקום התכנסות של המתאבלים, חשבונות אלו, כמו גם עמודי הנצחה, עשויים לשמש כאתרי זיכרון והנצחה, כלומר כאתרים או מקומות שבאים אליהם כדי לזכור ולהיזכר במשתמש שמת. עמודי ההנצחה והפרופילים המונצחים הם, אם כן, לא רק המקום שבו הזיכרון הופך להיות מוחשי – משהו שאפשר לראות או "לגעת" בו – והם אינם רק מקום מפגש עבור קהילת האבלים, אלא הם אתרי זיכרון שבהם ממשיך "לחיות" זכרו של המת, ושאליהם באים כשרוצים להיזכר במת, בסיפורו האישי ובחוויות המשותפות שהיו לו ולחברי המעגל החברתי שהקיף אותו.<sup>107</sup> המחקר בתחום מלמד על כך שהנצחה

<sup>104</sup> Moore et al., *Social Media Mourning*, לעיל ה"ש 67.

<sup>105</sup> Klasturp, *I Didn't Know Her*, לעיל ה"ש 67.

<sup>106</sup> Marwick & Ellison, לעיל ה"ש 98.

<sup>107</sup> Kasket, *Continuing Bonds in the Age of Social Networking*, לעיל ה"ש 53.

של המתים בפלטפורמות דיגיטליות עשויה להיות התנהגות בריאה שמשתלבת כאפיק לשימור הקשר עם המת, במסגרת ההתמודדות עם האובדן.<sup>108</sup>

מוקדם יותר הזכרנו את המושג "מחוזות זיכרון" הקשור לתפקידם של מקומות כמו מוזיאונים, אנדרטאות וארכיונים ביצירת זיכרון קולקטיבי ונרטיב משותף של עם או אומה.<sup>109</sup> חשבונות המשתמשים ועמודי ההנצחה משמשים כמחוזות זיכרון של המעגלים החברתיים של המת. אלו אינם מכשירים להבניית זיכרון קולקטיבי ברמה של אומה או עם, אבל אמצעים ליצירת זיכרון שהוא בין האישי לקולקטיבי – הצגת ביטויים "חפציים" או מוחשיים של זיכרון אישי, במטרה להנחילו לקהל מוקירי זכרו של המת. עם זאת, בדומה לדיון האקדמי אודות אופיו של הזיכרון הקולקטיבי, גם בהקשר של הזיכרון וההנצחה האישיים ביחס לאנשים (חיים או מתים) יכולים להיות שונים יותר מדימוי אחד (או דמות אחת), ולעתים הסיפורים האישיים ביחס לאנשים (חיים או מתים) יכולים להיות שונים ואף סותרים. בהתאם, כל נרטיב שמתקבע לאחר מותו של אדם, עשוי להיות כזה שדוחק נרטיבים אחרים, מתחרים. כך לדוגמה, הזיכרונות של ההורים אינם בהכרח חופפים לזיכרונות של בן או בת הזוג, והזיכרון של בן או בת הזוג הנוכחיים עשויים להיות שונים משל בני הזוג הקודמים. "התנגשות" כזאת יכולה להתקיים גם בהקשרים של זיכרון אישי-משפחתי בסביבה הלא-מקוונת, אבל היא מקבלת משנה תוקף במציאות מקוונת שבה נותר פרופיל אישי של המשתמש, והוא נתפס כייצוג אותנטי של תיעוד חיו. מי שיש לו גישה לנהל את הפרופיל האישי נמצא בעמדת מפתח עדיפה בהשוואה לאלו שאין להם גישה לניהול הפרופיל, וביכולתו לקבע נרטיב אחד ולדחוק נרטיבים מתחרים. מי שאין להם גישה לפרופיל האישי של המת, אם הם רוצים להנציח את המת, צריכים להקים עמודי הנצחה (בניגוד לחשבון מונצח של המשתמש).

בהקשר אחר, האינטרנט מאפשר ריבוי זיכרונות ואתרי הנצחה דיגיטליים בהתאם לרצונות קהילת האבלים (בדרך כלל בני משפחה וחברים), ולעתים אף כהתרסה כנגד הנצחת אותן דמויות בידי המדינה.<sup>110</sup> בעוד שבמקרים של מוות לאומי או בעל חשיבות ציבורית מוסדות המדינה ואמצעי התקשורת המסורתיים הם אלו שנותנים משמעות למוות ולחיי המתים באמצעות טקסים ואמצעי הנצחה אחרים,<sup>111</sup> כאשר מדובר במוות אזרחי או פרטי, מי שנותנים משמעות למתים ולחיהם אלו הם מוקירי זכרם – בני משפחה וחברים – והם עושים זאת באמצעים העומדים לרשותם, ואלו הם יותר ויותר דיגיטליים.<sup>112</sup> זו עדות ל"הפרטה" של הזיכרון האישי-קולקטיבי, ולממד החתרני והקופוני של ההנצחה בעידן האינטרנט.

<sup>108</sup> Döveling, *Emotion Regulation in Bereavement*, לעיל ה"ש 57.

<sup>109</sup> נורה "בין זכרון להיסטוריה: על הבעיה של המקום", לעיל ה"ש 44.

<sup>110</sup> שדה-בק "תרבות האבל והנצחה באינטרנט: המקרה הישראלי", לעיל ה"ש 90.

<sup>111</sup> Johanna Sumiala, *Mediatized Ritual – Expanding the Field in the Study of Media and Ritual*, 8(7) SOCIOLOGY COMPASS 939 (2014); Mervi Pantti & Johanna Sumiala, *Till Death Do Us Join: Media, Mourning Rituals and the Sacred Centre of the Society*, 31(1) MEDIA, CULTURE & SOCIETY 119 (2009); CAROLYN KITCH & JANICE HUME, JOURNALISM IN A CULTURE OF GRIEF (2008); TAL MORSE, THE MOURNING NEWS: REPORTING VIOLENT DEATH IN A GLOBAL AGE (2018); אודי לבל "גבולות הוויקטימיזציה ועיצוב ההיררכיה של השכול: חללי הטרור אל מול דעיכתו ותקומתו של שיח השכול הרפובליקני" **תרבות דמוקרטית** 14 153 (2012).

<sup>112</sup> Liav Sade-Beck, *Mourning and Memorial Culture on the Internet: The Israeli Case*, 7 AM. COMM. J. (2004).

## 7. גישה

בהינתן שהחשבונות הדיגיטליים של המשתמשים שמתו הופכים לאחר מותם לאתרי התכנסות והנצחה, ובהתחשב בכך שחומרי ההנצחה, קרי התמונות, הסרטונים והמכתבים, מאוחסנים בחשבונותיהם, מתחדדת שאלת הגישה לחשבונות אלו. יצירת עמודי הנצחה למתים אפשרית גם בהיעדר גישה לחשבונותיהם האישיים. בני המשפחה יכולים להקים בעצמם עמודי הנצחה למתים, וסביר שנמצאים ברשותם תמונות, סרטונים ומכתבים של המתים, בין אם משום שבני המשפחה היו המתעדים ובין אם משום שהמשתמשים המתים שיתפו במהלך חייהם את בני המשפחה בחומרים כאלו. עם זאת, החשבונות האישיים נחשבים לאתרי זיכרון והתכנסות אותנטיים יותר משום ששם התרחשו האינטראקציות החברתיות עם המתים לפני שמתו, ושם מאוחסנים חומרים רבים שהם יצרו בעצמם, ולכן החשבונות של משתמשים הם מעין ארכיון, שהוא מחוז זיכרון, כפי שהגדרנו קודם. מכאן, ששאלת הגישה לתכנים שהמת יצר בחייו היא מצד אחד שאלה של פרטיות – אלו הם חומרים אישיים של המשתמש שמת שהוא ניהל ושלט בתפוצתם במהלך חייו וגישה אליהם ללא הרשאה ממנו היא הפרה של זכותו לפרטיות – אך מנגד, שאלת הרשאת גישה לחשבונות היא גם שאלה של התאבלות והנצחה, הואיל וזו נקודת מפתח בעיבוד האבל ושימור הזיכרון של המת בחייהם של החיים. ולכן, דווקא משום שהפרופילים האלו מכילים את תכניו האישיים של המשתמש המת, הם יוצרים עבור מוקירי זכרו קרקע פורייה להזין את מפעל הזיכרון וההנצחה של חיו וסיפורו האישי בתמונות ובמילים, אך הגישה אל החומרים עשויה לפגוע בפרטיות המשתמש שמת. במילים אחרות, אל מול ההפרה לכאורה של פרטיות המת בשל גישה לתכניו (ללא אישור), עומד האינטרס החשוב של מוקירי זכרו לגשת לחומרים אלו כדי להקל על כאבם בהתמודדות עם לכתו של המת, ולהנציח את זכר המת בדרך הנתפסת כאותנטית ומכובדת. כאן טמון, למעשה, המתח בין הזכות המשפטית של המת לפרטיות, אם זו קיימת, לבין אינטרס החברתי-פסיכולוגי של מוקירי זכרו.

אחד הנימוקים המצדדים בהמשך מתן גישה לחשבונות של משתמשים שמתו הוא האפשרות להכיר אותם טוב יותר לאחר מותם, ולהתוודע לפנים באישיות שלא היו מוכרים לבני משפחתם ולחבריהם. אחד המחקרים בתחום מצא שאנשים שחוו אֶבֶל ציינו את האפשרות לגשת לחומרים של המתים כמועילה וכעוזרת לשכך את הכאב שבאובדן.<sup>113</sup> יתרה מכך, יש משתמשים שהתייחסו לחוסר היכולת לגשת לחומרים של המשתמשים המתים כמעין אובדן שני, נוסף על איבוד בן המשפחה או החבר. מבחינת משתמשים אלו, מניעת הגישה לחומרים מחרפה עוד יותר את הקושי בעיבוד האבל ומחזקת את התסכול על האובדן.<sup>114</sup>

מנגד, מחקר אחר מצביע על רצונם של מכריו של המת לנטר את הגישה למידע שלו מחשש שהתוודעות לפנים מסוימים באישיותו של המת, שלא היו מוכרים לכלל המעגלים החברתיים שלו, עלולה דווקא להעיב על

<sup>113</sup> Bailey, Bell, Kennedy, *Continuing Social Presence of the Dead*, לעיל ה"ש 69. ראו גם את המחקר של ה-Digital Legacy Association לפיו חל גידול מתמשך במשתמשים המדווחים שחשוב להם מאוד לגשת לזיכרונות דיגיטליים של יקיריהם: <https://digitallegacyassociation.org/about/reports>.

<sup>114</sup> Moore et al., *Social Media Mourning*, לעיל ה"ש 67; Jessa Lingel, *The Digital Remains: Social Media and Practices of* *Online Grief*, 29(3) INFORMATION SOCIETY 190 (2013).

אלו שלא הכירו את הצדדים האלו באישיותו של המת, ולכן הם מצדדים בהגבלת הגישה לכלל החומרים שהמת השאיר אחריו.<sup>115</sup> כלומר, ההתוודעות בדיעבד לפנים נוספים באישיותו של המת נתפסת דווקא כשלילית.

יש לשים לב לכך שהדיונים במחקרים אלו, בין אם הם מצדדים במתן גישה לזיכרונות הדיגיטליים ובין אם הם שוללים זאת, אלו דיונים בקרב השכולים, ובהיעדר "קולם" של המתים.<sup>116</sup>

שאלה נוספת שעולה ביחס לפרופילים פעילים של משתמשים שמתו היא שאלת הסמכות של מפעילי החשבון לאחר מותו של המשתמש. מי צריך להיות הגורם המורשה להמשיך להפעיל את הפרופיל? הוריי המשתמש? בן או בת הזוג שלו? ילדיו? כפי שנראה בפרק הבא, זהו נושא שמתחיל להתגבש כנורמה חברתית הודות לפיתוחים טכנולוגיים, אבל התעוררו כבר מספר מקרים שבהם התגלעה אי-הסכמה בין גורמים בדרגות קירבה שונות אל המת. כך לדוגמה, אחד המחקרים בתחום מתעד מקרה שבו אמו של משתמש שמת מחקה הספדים של בן זוגו משום שלא הכירה בזוגיות שלהם.<sup>117</sup>

כפי שנסביר בפרק 3, בהקשר של חשבונות פייסבוק, כאשר משתמש מת, ניתן לסגור את החשבון שלו או להסב אותו לחשבון מונצח. עם זאת, ידוע על מקרים שבהם לא נמסרת הודעה לפייסבוק על מותם של משתמשים, ובני משפחה עם גישה לחשבונות המתים ממשיכים לתחזק ולתפעל את החשבונות. בהקשר הזה, נזכיר שוב כי המחקרים בתחום מצביעים גם על קשיים שנובעים מ"החייאה מלאכותית" של עמודי משתמשים שמתו, והמשך הפעלת החשבון על ידי אחרים, חרף מותו של המשתמש. גולשים דיווחו על השלכות שליליות כאשר הם נתקלו בפעולות של המת בסביבה הדיגיטלית כאילו היה חי.<sup>118</sup> האינטראקציה עם המת באמצעות הפרופיל "החי" (או "המוחזק בחיים"), מקשה על חלק מהגולשים להשלים את תהליך עיבוד האבל ולהמשיך בשגרת חייהם.<sup>119</sup> הגולשים תהו גם על הלגיטימיות של המקרים בהם בני משפחה באו בנעליהם של המשתמשים המתים. פעולות אלו נתפסו בעיניהם כחילול כבודו של המת. בנוסף, המחקר מצביע על כך שיש משתמשים שאינם רואים בעין יפה את "החזקתם בחיים" של הפרופילים של האנשים שמתו, ומדמים את הביקור במרחב הווירטואלי לשוטטות במעין בית קברות דיגיטלי, כשהם מוקפים בפרופילים של אנשים מתים. להבנתנו, זאת גם אחת הסיבות לכך שחברת פייסבוק בחרה לעצב את מדיניות ניהול פרופילים של אנשים מתים כפי

<sup>115</sup> Moore et al., שם.

<sup>116</sup> Tama Leaver & Tim Highfield, *Visualising the Ends of Identity: Pre-Birth and Post-Death on Instagram*, 21(1) INFORMATION, COMMUNICATION & SOCIETY 30 (2018).

<sup>117</sup> Moore et al., *Social Media Mourning*, לעיל ה"ש 67.

<sup>118</sup> Natalie Pennington, *Grieving for a (Facebook) Friend: Understanding the Impact of Social Network Sites and the Remediation of the Grieving Process*, in MEDIATING AND REMEDIATING DEATH 223 (Dorthe Refslund Christensen & Kjetil Sandvik, eds. 2016); Natalie Pennington, *Tie Strength and Time: Mourning on Social Networking Sites*, 61(1) J. OF BROADCASTING & ELECTRONIC MEDIA 11 (2017), לעיל ה"ש 96.

<sup>119</sup> Pennington, *You Don't De-Friend the Dead*, שם; Pennington, *Tie Strength and Time*, שם.

שבחורה.<sup>120</sup> נקודות אלו צריכות לשמש, בין היתר, כשיקול, בהחלטה בעניין גורלם של פרופילים של משתמשים מתים.

## ח. תכנון המוות

בצד כל אלו, ועל אף השינויים והתמורות שהתחוללו בגישה למוות בעשורים האחרונים, עניין המוות כטאבו מתבטא לא רק באופן שבו ניתן ביטוי להתאבלות והנצחה לאחר המוות, אלא גם באופן בו אנחנו – כפרטים וכחברה – איננו מוכנים (וערוכים) לדבר על המוות **טרם התרחשותו**. במילים אחרות, למרות ההנכחה ההולכת וגוברת של המוות בחיי היומיום, ולמרות שאנחנו כחברה מכילים שיח על מוות ולעתים אף מעודדים אותו, הנכונות לחשוב ולדבר בקול רם על המוות **לפני** התרחשותו היא עדיין נמוכה ומוגבלת. אנחנו מוצאים קושי לדמיין את החיים של יקרנו לאחר שנסתלק או את חיינו לאחר הסתלקותם של יקרנו, ובהתאם, אנחנו מתקשים לגייס את המשאבים לתכנן את החיים בלעדיו. זה נקודה חשובה ביותר בהקשר של זיכרונות דיגיטליים, משום שהבעה מראש של רצון המשתמש מה הוא היה רוצה שיעלה בגורל זיכרונותיו הדיגיטליים עשויה לפתור בעיות רבות לאחר מותו. בהיעדר הבעת רצון מפורשת, הדיון על גורלם של זיכרונות דיגיטליים מתקיים בהיעדרם של המשתמשים שמתו ונאלץ לשער את רצונם.<sup>121</sup>

אחת הראיות לקושי להתמודד עם המוות לפני התרחשותו, שאינה קשורה לסביבה הדיגיטלית, היא שיעור הצוואות הנמוך: על פי הסקר שערכנו בקרב מדגם מייצג של גולשי האינטרנט הבגרים בישראל, רק 8% מהמשתתפים כתבו צוואה, ועוד 19% ביררו מה יקרה לנכסים הגשמיים או הפיננסיים שלהם לאחר מותם (תוצאות הסקר יובאו בהרחבה בפרק 4). גם נתוני הצווים לקיום צוואה מספרים סיפור דומה – בשנת 2015 הוגשו כ-15,500 צווים לקיום צוואה,<sup>122</sup> ביחס לכ-44,500 פטירות באותה השנה.<sup>123</sup> כלומר, לשליש בלבד מהנפטרים (שרובם המכריע היו בני למעלה מ-60) היו צוואות. נתונים אלו מצביעים על כך שגם בקרב הנוטים למוות, שיעור האנשים שפעלו לעיצוב החיים לאחר מותם הוא נמוך, כשלמעשה שניים מתוך שלושה נפטרים בישראל לא עשו פעולה אקטיבית שהיא תוצאה של חשיבה מה הם ישאירו אחריהם לאחר מותם. היעדר התכנון בתחום הצוואות אינו תופעה ייחודית לישראל, ונתונים לגבי החברה האמריקנית מלמדים שגם שם למרבית האזרחים אין צוואות.<sup>124</sup> כפי שנראה בהמשך, חוסר הנכונות לתכנן את היום שאחרי המוות משוכפל

Jed R. Brubaker & Vanessa Callison-Burch, *Legacy Contact: Designing and Implementing Post-Mortem Stewardship at Facebook*, PROCEEDINGS OF THE 2016 CHI CONFERENCE ON HUMAN FACTORS IN COMPUTING SYSTEMS, 2908 (ACM, 2016); Jed R. Brubaker et al., *Stewarding a Legacy: Responsibilities and Relationships in the Management of Post-Mortem Data*, PROCEEDINGS OF THE SIGCHI CONFERENCE ON HUMAN FACTORS IN COMPUTING SYSTEMS 4157 (ACM, 2014).

<sup>121</sup> Leaver & Highfield, *Visualising the Ends of Identity*, לעיל ה"ש 116.

<sup>122</sup> האפוסטרופוס הכללי והכנס הרשמי "פעילות יחידות הרשם לענייני ירושה בשנת 2015" נתונים סטטיסטיים - 2015, <http://www.justice.gov.il/Units/ApotroposKlali/Departments/Registrar/Statistic/Pages/report2016.aspx>.

<sup>123</sup> ראו: <http://www.cbs.gov.il/publications17/yarhon0917/pdf/c2.pdf>.

<sup>124</sup> Nick DiUlio, *More than Half of American Adults Don't Have a Will, 2017 Survey Shows*, Caring.com (Nov. 15, 2015), available at <https://www.caring.com/articles/wills-survey-2017>; Jeff Reeves, *Plan Ahead: 64% of Americans Don't Have a Will, USA TODAY* (July 11, 2015), available at

גם לסביבה הדיגיטלית, ונכון למועד זה, רק מיעוט קטן של הגולשים הישראלים הסדיר את נושא הגישה לזיכרונות הדיגיטליים מבעוד מועד.

## ט. "שבעה"

לפונקציות ולקשיים של שימור עמודי המשתמשים המתים יש חשיבות מכרעת ביחס לחברה הישראלית בשל דפוסי האבל הייחודיים שמאפיינים אותה מעבר לסביבה הדיגיטלית.<sup>125</sup> בניגוד לחברות מערביות אחרות, בחברה הישראלית-יהודית, נהוגים מנהגי אבלות ייחודיים, ובראשם ישיבת "שבעה".<sup>126</sup> "השבעה" הוא טקס מעבר היוצר מקום מפגש והתכנסות של מוקירי זכרו של המת ושל מעגל המנחמים של המתאבלים. זהו טקס שבו דלת בית האבלים פתוחה בפני המנחמים ולמעשה הגבול בין הפרטי לציבורי הופך מטושטש למשך שבוע. לטקס זה יש תפקיד מרכזי בעיבוד האבל בחברה הישראלית-יהודית, והוא אף מוזכר בספרות כמודל ראוי לאימוץ גם בחברות אחרות, בשל התרומה שלו לחיזוק המתאבלים ועידודם להמשיך בחייהם לאחר שהניחו למת.<sup>127</sup> בנוסף, החברה הישראלית גיבשה בשנים האחרונות דפוסי אבל והתאבלות ציבוריים הכוללים מתן פתחון פה למשפחות שכולות בכלי התקשורת סמוך לאחר מות יקיריהן, ומופעים של אבל פרטי שהיו בעבר מוצנעים, הם היום פומביים. הדבר נכון בעיקר למוות צבאי או לאומי (קורבנות טרור), אך זלג בהדרגה גם למקרי מוות אזרחי כמו מותם של מטיילים ישראלים בחו"ל או מוות בנסיבות חריגות. לבני "משפחת השכול" הלאומי יש מעמד מיוחד בחברה, והם משמשים כמצפן מוסרי או כמי שאחראים על המורשת שבשמה יקיריהם נפלו או קיפחו את חייהם.<sup>128</sup> המעמד יוצא הדופן הזה מחלחל בהדרגה גם למוות שאינו בעל אופי לאומי, ובני משפחות של מי שמתו מוות יוצא דופן מתראיינים באופן תדיר לתקשורת ומספרים את סיפור יקיריהם. הנוכחות הבולטת של מקרי מוות והתאבלות במרחב הציבורי-תקשורתי מנרמלת את העיסוק הפומבי והקולקטיבי במוות בחברה הישראלית, ולכן הנוכחות של המתים בעמודי הנצחה נתפסת חלק בלתי נפרד מתהליכי ההתאבלות. בניגוד לחברות אחרות, כמו לדוגמה החברה הדנית,<sup>129</sup> בישראל נראה שאין ביקורת על החצנת האבל והרחבת מעגל האבלים. אולי אפילו להיפך.

Gallup Inc., <https://www.usatoday.com/story/money/personalfinance/2015/07/11/estate-plan-will/71270548/>; Majority in U.S. Do Not Have a Will, Gallup.com, available at <http://news.gallup.com/poll/191651/majority-not.aspx>

Orit Brawer Ben-David, *Ranking Deaths in Israeli Society: Premature Deaths and Organ Donation*, 11(1) MORTALITY 125 79 (2006); Udi Lebel & Gideon Doron, *POLITICS OF BEREAVEMENT* (2003); Udi Lebel, 'Second Class Loss': Political Culture as a Recovery Barrier—The Families of Terrorist Casualties' Struggle for National Honors, Recognition, and Belonging, 38(1) DEATH STUDIES 9 (2014); Udi Lebel, *The Creation of the Israeli 'Political Bereavement Model'—Security Crises and Their Influence on the Public Behaviour of Loss: A Psycho-Political Approach to the Study of History*, 12(3) ISRAEL AFFAIRS (2006) 439. ראו גם **אובדן ושכול בחברה הישראלית** (רות מלקינסון, שמשון רובין, אליעזר ויצטום, עורכים, 1993).

Maurice Lamm, *The Jewish Way in Death and Mourning* (1969) 126. לפירוש על מנהגי אבלות בקרב לא-יהודים בישראל, ראו גם רובין, מלקינסון, ויצטום, **הפנים הרבות של האובדן והשכול**, לעיל ה"ש 54.

Walter, *A New Model of Grief* 127, לעיל ה"ש 60.

לבלי "גבולות הוויקטימיות", לעיל ה"ש 111.

Sabra, *'I Hate When They Do That!'* 129, לעיל ה"ש 80.

כפי שתוארנו קודם, הפרופילים של המשתמשים המתים עשויים לשמש כמעין בית אבלים שבו מתכנסים מוקירי זכרו של המת כדי להיפרד מהמת וכדי לתמוך אלו באלו בהתמודדות עם השכול והאובדן, בדומה לטקס ישיבת שבעה. המחקר על עמודי זיכרון והנצחה של מתים בישראל בחן את הנושא לפני הופעתן של הרשתות החברתיות,<sup>130</sup> ואילו המחקר העדכני בתחום ההתאבלות בעידן הדיגיטלי לא בחן עדיין את הנושא בישראל,<sup>131</sup> אך ניתן להניח שבשל דפוסי ההתאבלות הייחודיים לחברה הישראלית-יהודית, התועלת בשימור הפרופילים של המשתמשים המתים תקפה אף ביתר שאת בחברה הישראלית שאינה חוששת מטשטוש הגבולות בין אבל פרטי וציבורי ואף מעודדת הפגנה פומבית של תחושות אבל וכאב על אובדן, ומעניקה מקום מיוחד לאתרי הנצחה פיזיים ווירטואליים. מעבר לכך, בעקבות התפתחות האינטרנט, התפתחה בישראל תרבות הנצחה מלמטה, לפיה אזרחים פשוטים מנציחים את בני משפחותיהם ויקיריהם, תוך שהם מנכיחים את האבל הפרטי במרחב הציבורי. על כן, ניתן להבין את חשיבותן של האפשרויות הטכנולוגיות למימוש רצונות ההנצחה, וכן את התסכול כאשר אפשרויות אלו נחסמות או הופכות בלתי ניתנות למימוש.

## י. סיכום

העידן הדיגיטלי מזמן אפשרויות נוספות של אבל והנצחה, שמשנות את האופנים בהם אנחנו מתמודדים עם מוות, כחברה וכיחידים. המוות ומפגני ההתאבלות שבעבר היו סמויים מן העין הופכים להיות (שוב) פומביים וניתנים לשיתוף, ובכוחם לאחד ולגבש מתאבלים ממקומות שונים. החומרים הדיגיטליים שאנחנו יוצרים (או שנוצרים אודותינו) במהלך חייו הם חומרי גלם עשירים ליצירת זיכרונות משותפים וחיבור הנרטיב של המת ואולי אף המורשת הערכית-רוחנית שלו, והחשבון של המשתמש שמת יכול להפוך למחוז זיכרון שיכנס סביבו את הקהילה המתאבלת. עם זאת, עלולים להיווצר מתחים שונים סביב הגישה לחומרים והזכות להשתמש בהם, כמו גם סביב השאלה מי רשאי ומי אינו רשאי ליטול חלק בדפוסי ההתאבלות החדשים והמתחדשים.

שינויים אלו הם מורכבים ויש בהם יתרונות בצד חסרונות. מצד אחד, הזיכרונות הדיגיטליים עשויים לשמש את מוקירי זכרו של המת כדי לעבד את האבל ולשמר את זכרו של המת, וזאת דווקא משום שהם משקפים תיעוד עשיר ומפורט של חייו של המת. הפרופילים האישיים של המשתמשים שמתו מכילים מידע על אודותיהם, שיש מי שמעוניינים להשתמש בו למטרותיהם שלהם. יתרה מכך, עמודים אלו משמשים מקום זיכרון והתכנסות עבור מי שהכירו והוקירו את המת בחייו, וכעת מחפשים נחמה בחברת אחרים ששותפים לתחושת האובדן. מהבחינה הזאת, שימור וקיום הפרופילים של המשתמשים שמתו מביא עמו תועלת חיובית.

מצד שני, ומעבר לשאלת הפגיעה בפרטיותו של המת, המשך "החזקתם בחיים" של פרופילים של משתמשים שמתו עלולה ליצור תחושה לא נעימה של שוטטות בבית קברות דיגיטלי, ואף עלולה לשבש את תהליכי עיבוד האבל של חלק ממוקירי זכרו של המת. התארכות הנוכחות של משתמשים מתים כחלק מהמרחב הווירטואלי פירושה, במקרים מסוימים, התארכות תהליכי עיבוד האבל ועיכוב החזרה לשגרה מתפקדת. בנוסף, עלולים

<sup>130</sup> Sade-Beck, *Mourning and Memorial Culture on the Internet*, לעיל ה"ש 112.

<sup>131</sup> Degroot, *Maintaining Relational Continuity*, לעיל ה"ש 53; Pennington, *Grieving for a (Facebook) Friend*, לעיל ה"ש 118.

להתגלע ויכוחים בין מוקירי זכר של המת על הדרכים להנצחתו ועל הסיפור והמורשת שהוא משאיר אחריו. מצבים אלו מחדדים את הבעייתיות לאפשר גישה בלעדית למשתמש כלשהו לזיכרונות הדיגיטליים. אל כל אלו, מצטרפת סוגיית הפרטיות של המת, וההבנה וההסכמה של המשתמש החי לגישה של אחרים לתכנים ולנתונים לאחר מותו.

## טבלה 2.2 שיקולים במתן גישה לחשבונות אינטרנטיים של משתמש שנפטר

| מדוע לאפשר גישה לחשבונות המתיים? | מדוע למנוע גישה לחשבונות המתיים?            |
|----------------------------------|---------------------------------------------|
| מקום התכנסות של מוקירי זכר המת   | שוטטות ב"בית קברות"                         |
| שימור ערוץ הדיאלוג עם המת        | שיתוק, התארכות האבל, חוסר יכולת לחזור לשגרה |
| גישה לחומרי הנצחה                | פגיעה בפרטיות                               |
| יצירת סיפור/נרטיב                | הגנה על מוקירי זכר מפרטים בעברו             |
| יצירת קהילת מתאבלים              | תחושת ניזוי ויצירת היררכיה בין מתאבלים      |

בשל המעמד המורכב של המוות כנושא לדיון פרטי וציבורי בחברה שלנו, הסדרת שאלת הגישה לתכנים נותרת במידה רבה בלתי-מטופלת בידי מי שהם, על פניו, המועמדים הטובים ביותר להסדירה, קרי – המשתמשים עצמם. בהיעדר הצהרה ברורה מטעמם לגבי רצונם, ובהינתן המורכבות של הנושא כפי שתוארה לעיל, קשה להצביע על פתרון אחד מוסכם וברור לפתרון הסוגיה.

### 3. תמונת המצב: ניצנים ראשונים להסדרה טכנולוגית

#### א. מבוא

בעלי הפלטפורמות ערים לסוגיה של זיכרונות דיגיטליים: קרובי משפחה ואחרים פונים אליהם ומבקשים גישה למידע הדיגיטלי של יקירם המנוח. הבדיקה שערכנו מעלה שיש שונות גבוהה בתגובה של ספקי השירות השונים: חלקם הסדיר את הנושא בתנאי השימוש וגייש פרקטיקות שונות במקרה של מות משתמשים, ספקים אחרים פיתחו כלים טכנולוגיים שמציעים למשתמשים החיים אפשרויות מסוימות בקשר לניהול החשבון שלהם לאחר מותם, ואילו המדיניות של ספקי שירות אחרים אינה מוצהרת.

לפי שעה, רוב ספקי השירות הישראליים טרם הסדירו את הסוגיה במדיניות שקופה או ברורה. חברות התקשורת מתייחסות בתנאי השימוש שלהן לניתוק חשבונות של מי שהלכו לעולמם, אבל אינן מתייחסות לגישה לחשבונות הדוא"ל.<sup>132</sup> בתנאי השימוש של חברות ישראליות שמספקות שירותי אינטרנט (דוא"ל, ספקי שירות, מערכות בלוגים ומפעילות פורומים) לא מצאנו התייחסות לשאלת הגישה לחשבונות לאחר מות המשתמש. בדיקה שערכה ורד שביט, פעילה בנושא ומפעילת הבלוג "אבק דיגיטלי", ביחס לשנים 2012-2014 העלתה שיש לחברות הישראליות מדיניות כלשהי (שכאמור, אינה מוצהרת בתנאי השימוש), אך כללי המדיניות של החברות אינם אחידים. עם זאת, מעניין לציון, כי מרבית החברות שנבדקו על ידי שביט מאפשרות גישה לחשבונות המנוחים, לרבות העברת בעלות של כתובת דוא"ל במקרים מסוימים. זאת, בכפוף לתנאים שונים, כמו המצאת מסמכים המעידים על מות המשתמש או קבלת צו מבית משפט. מנגד, יצוין כי בדיקה דומה שנערכה על ידי מרכז המחקר והמידע של הכנסת בנובמבר 2014 העלתה ממצאים שונים, כך שגם אם קיימת מדיניות של חברות ישראליות, קשה לומר באופן ברור מהי המדיניות, שכן זו אינה מופצת ברבים ונמסרה בתשובה לפניות פרטניות. במילים אחרות, המדיניות של החברות הישראליות אינה מתווכת באופן שקוף וברור למשתמשיהן.<sup>133</sup>

פרק זה בוחן מקרוב את תמונת המצב בפועל בארבעה סוגי שירות: דוא"ל, רשת חברתית, אחסון בענן, ואתרי היכרויות. הבחירה בארבעת סוגי השירותים האלה היא משום שאלה שימושים נפוצים יחסית, שכולם מאפשרים לגולשים לשמור ו/או לפרסם מידע דיגיטלי, וכן להתקשר בדרכים שונות עם אנשים אחרים ולשתף איתם מידע. סוג השירותים שונים אלו מאלו בכמה מאפיינים. השונות מאפשרת לנו לבדל בין סוגי מידע שונים, יחס חברתי שונה לשירותים השונים, וכדומה. נתאר בקצרה לגבי כל אחד מארבעת השירותים את המאפיינים הרלוונטיים, נציין את המקבילה הלא-מקוונת, אם יש כזו, ונתייחס להיקף השימוש בישראל, אם יש בידינו נתונים בנושא. תחילה, נסביר בקצרה את החלטת המחקר שלנו להתמקד בשירותים שאותם בחנו.

- **שירותי דוא"ל** נפוצים מאוד, ולמעשה, הם אחד השימושים הוותיקים ביותר באינטרנט. גם בסקר שערכנו, נמצא ש-100% מגולשי האינטרנט הישראלים משתמשים בשירותי דוא"ל באופן תדיר. כידוע, השירות הוא

<sup>132</sup> ראו למשל סעיף 7.1.7 להסכם ההתקשרות לשירותי אינטרנט, טלפוניה פנים-ארצית ובינלאומית של בזק בינלאומי, שקובע כי החברה רשאית לנתק את השירות במצבים מסוימים, ובין היתר, "החברה קיבלה הודעה, בצירוף אישור או תעודה, כי הלקוח נפטר"; <https://www.bezeqint.net/791>, או את סעיף 11.2 להסכם המנוי של סלקום, שמתיר לה לבטל שירות במקרה של פטירה: [https://www.cellcom.co.il/globalassets/pdf/support\\_info/heskem\\_klali\\_04.2015.pdf](https://www.cellcom.co.il/globalassets/pdf/support_info/heskem_klali_04.2015.pdf).

<sup>133</sup> ורד שביט, סקירה בוועדת המדע והטכנולוגיה של הכנסת (4 ביולי, 2017).

של תקשורת בין-אישית, ולכן מתאפיין א-פריוורית ברמת פרטיות גבוהה: המידע המועבר מיועד לנמענים בלבד. אכן, פעמים רבות רשימת הנמענים ארוכה, ומשתמשים מנוסים יודעים שהנמענים עשויים להעביר את התכתובת הלאה, לצדדים שלישיים. עם זאת, ניתן לומר כי הציפיה של המשתמשים היא שמידע אישי ופרטי שנכתב ומתקבל, יישאר מוגן מפני חשיפה לצדדים אחרים. מאפיין חשוב של דוא"ל הוא שבתכתובת יש מידע של יותר מאדם אחד: לא רק תכנים שחיבר צד אחד, אלא גם תכנים שחיבר הנמען.

עמדנו בפרק המבוא על השוני בין דואר פיזי לדואר אלקטרוני, במובן זה שבראשון התוכן שחיבר המוען נשמר אצל הנמען, ואילו בשני התוכן נשמר אצל שני הצדדים. שוני זה משליך על הנגישות של צדדים שלישיים לתקשורת, לאחר מות אחד הצדדים. מאפיין חשוב נוסף הוא שאגב התכתובת נוצרים גם נתוני תקשורת, כלומר מידע על השיחה: מי התכתב עם מי, מתי ומהיכן, האם היו צרופות ומאיזה סוג.

בישראל, גולשים משתמשים בשירותי דוא"ל מקומיים כמו אלה שמציעות ספקיות הגישה לאינטרנט, בשירותים מקומיים מבוססי רשת, כמו תיבת דוא"ל של וואלה, ובשירותי דוא"ל של מקום העבודה שלהם, ובצד זה, גולשים רבים משתמשים בשירותי דוא"ל של חברות זרות, כמו Gmail של גוגל.

בחרנו להתמקד בשירות הדוא"ל של חברת גוגל משום ששירות זה נפוץ בעולם ובישראל, והוא נגיש במחשבים ביתיים ובמכשירים ניידים. לכל משתמש במכשיר נייד המופעל על ידי מערכת ההפעלה אנדרואיד חייב להיות חשבון פעיל בגוגל, המאגד נתונים רבים על המשתמש, לרבות תכתובות דוא"ל, נתוני מיקום גיאוגרפי, תמונות, חיפושים במנוע החיפוש, לוח שנה ועוד. גוגל בחרה להסדיר את הנושא של זיכרונות דיגיטליים באופן רחבי, באמצעות כלי ניהול טכנולוגי מותאם לסוגיה. הכלי מתייחס לכל השירותים הרבים שהיא מציעה, ולכן הדיון רלוונטי גם לשירותים כמו Google Photos. בצד זה, במהלך הדיון נזכיר גם שירותי דוא"ל אחרים, כמו יאהו!.

- השימוש ברשתות חברתיות רווח מאוד באינטרנט. גם בסקר שערכנו עלה ש-91% מגולשי האינטרנט הישראליים פעילים ברשתות החברתיות, כאשר 86% מתוכם (78% מהמדגם) נכנסים לרשת החברתית לפחות פעם ביום. כידוע הרשתות שונות זו מזו במאפיינים רבים. ברובן יש אפשרות לפרסום תוכן באופן פומבי – כללי או מוגבל, לפי החלטת המפרסם, ובמקביל באפיקי תקשורת בין-אישית. פייסבוק פופולרית יותר בציבור הישראלי ומאפשרת פרסומים (פוסטים) פומביים, פרסומים מוגבלים ל"חברים" בלבד, או התכתבות בין-אישית. טוויטר מאפשרת מסרים קצרים יותר, ובכלל זה הצגת תמונות, קישורים לאתרים, וכדומה, וגם היא מאפשרת פרסומים פומביים, מוגבלים לקהלים מסוימים, והתכתבות בין-אישית. אינסטגרם (שהיא בבעלות פייסבוק) מיועדת בעיקר להפצת תמונות או סרטונים קצרים, וגם בה יש אפיקים מסוגים שונים להפצת התכנים לרבות שיחות בין-אישיות ושליחת תמונות לנמענים ספציפיים. המידע ברשתות יכול להיות אישי, והרשתות מציעות למשתמשים, כל אחת בדרכה, מנגנוני ניהול ושליטה בתכנים השונים.

קשה לחשוב על מקבילה לא-דיגיטלית לרשתות החברתיות הדיגיטליות.

גולשים ישראליים משתמשים ברשתות החברתיות הזרות (שחלקן מציעות ממשק בשפות מקומיות). בחרנו להתמקד בפייסבוק, שהיא הנפוצה שברשתות החברתיות בכלל ובישראל. גם פייסבוק, כמו גוגל, פיתחה כלי טכנולוגי לניהול זיכרונות דיגיטליים. בצד זה, יש לפייסבוק מדיניות מוצהרת בנושא, והיא מציגה תפיסת עולם סדורה, גם אם שנויה במחלוקת.

- **שירותי ענן** מאפשרים אחסון ושיתוף של קבצים. כאן, השימוש הוא בדרך כלל יותר פונקציונאלי – למשל למטרת גיבוי, ופחות חברתי ואישי, אם כי התכנים עשויים להיות אישיים. בשירותים השונים יש אפשרות לשתף אחרים בספריות או מסמכים, וגם כאן, הדבר נעשה בדרך כלל מטעמים פונקציונליים, למשל עובדים שמשתפים ספריות עם תכנים הקשורים לניהול העסק. סוג התכנים שנשמר בשירותי ענן הוא כזה שהרלוונטיות של דיני הקניין הרוחני גבוהה יותר: טקסטים ששמורים בשירותים ייחשבו פעמים רבות ליצירות מוגנות בזכויות יוצרים, וכך גם צילומים, למשל כאלה השמורים בשירות פיקאסה שבבעלות גוגל.

המקבילה האנלוגית היא מסמכים שמופקדים בידי צד שלישי, למשל אצל עורך דין, או בכספת בנק.

כיום, לשירותים רבים יש אחסון בענן. בחלקם, המשתמש הוא שבוחר לאחסן שם את המידע, כמו אפשרות לשמור קבצים ב-Dropbox. בחלקם, המידע מגובה באופן אוטומטי בשירותי ענן (אלא אם המשתמש בחר להימנע מסנכרון), כמו למשל שירותי גיבוי של צילום ממכשיר טלפון חכם. בחלקם, המידע שנשמר הוא מידע שמופק על ידי המכשיר, כמו שעונים חכמים, ושאר מכשירים שהם חלק מה"אינטרנט של הדברים", למשל צילומים שמצלם שואב אבק רובוטי. בחלק מהמקרים, המידע אינו רק על המשתמש, אלא גם על אחרים: למשל "משקפיים חכמים" יכולים לכלול מידע על מי שנקלטים בעדשת המצלמה של המשקפיים האלה. כאן נתמקד במצב כללי, של שמירה בענן. גולשים ישראליים משתמשים בשירותי ענן של חברות זרות, ובעיקר Google Drive של גוגל (ויש לכך התייחסות בניהול חשבונות גוגל), OneDrive של מיקרוסופט, ו-Dropbox, שבו נתמקד בדוח זה.

- **אתרי היכרויות** נפוצים פחות מאשר דוא"ל ורשתות חברתיות, ורלוונטיים לפלחים מסוימים של האוכלוסייה. אתרים כאלה עוסקים במידע אישי ופרטי מובהק. האתרים השונים מאפשרים פרסום מידע בצורות שונות ותקשורת בין-אישית. המידע עשוי להיות אישי ואף אינטימי – מידע ונתונים על האדם, גילו, מיקומו, מידע על אודות העדפותיו האישיות, החברתיות והמיניות. בנוסף, פרופילים באתרי היכרויות עשויים לכלול מידע רגיש עוד יותר, כמו צילומים אינטימיים.

המקבילה הלא-דיגיטלית לאתרי היכרויות היא לכל היותר מדורי היכרויות שהיו נהוגים בעבר בעיתונות הכתובה (אם כי אלה ידעו פחות על המפרסמים מאשר האתרים), או שירותי שידוך, שבהם יש גורם ביניים, כמו השדכנית, שאצלם מוחזק המידע הרגיש.

בישראל, כמו במדינות רבות אחרות בעולם בעת הזו, נראה שהשימוש באפליקציית טינדר הוא הפופולרי ביותר להיכרויות הטרנסקסואליות, ובו נתרכז.

לגבי כל אחד מהשירותים האלה, בדקנו את אתר האינטרנט המרכזי של השירות, ובחנו אם יש התייחסות מפורשת לסוגיה של זיכרונות דיגיטליים. מצאנו מזו אצל גוגל ופייסבוק. לגבי כל השירותים שבחנו, בדקנו את תנאי השימוש, ובחנו את ההסדרה המשפטית העצמית שבחר ספק השירות לעצב עבור שירותיו שלו, אם יש כזו. בדקנו במקביל גם פסיקה וספרות רלוונטיות. במקרים שבהם מציעה הפלטפורמה כלים לניהול טכנולוגי של מידע לאחר המוות, בדקנו את הכלים האלה, את ההסברים של הרשת לגביהם, בדקנו התפתחויות ושינויים שהיו בקשר לכלי הניהול ותגובות לשירות, אם מצאנו כאלה באינטרנט ובספרות.

## ב. דואר אלקטרוני: Gmail

גוגל מפעילה מעטפת של שירותים החוסים תחת חשבון אחד וכוללת שירותי דוא"ל (Gmail), יומן, אלבום תמונות, מערכת צ'אטים (Google Hangouts), שירותי ענן (Google Drive), רשת חברתית (Google+), אתר שיתוף קבצי הווידאו YouTube ועוד. עוד יצוין, כי גוגל אוגרת נתונים על משתמשיה גם באמצעות ניתוח השאילתות שהם מבצעים במנוע החיפוש שלה, ובעבר, גם באמצעות סריקה של הודעות הדוא"ל שלהם. וכי גוגל היא המפעילה של הדפדפן Chrome, כך שהיא עשויה לאסוף נתונים גם על היסטוריית הגלישה של המשתמשים. בנוסף, גוגל עומדת מאחורי מערכת ההפעלה אנדרואיד המותקנת על טלפונים חכמים רבים, ומערכת זו אוגרת ומאגדת נתונים נוספים על המשתמשים, לרבות נתוני מיקום. מכאן, שחשבון המשתמש בגוגל מכיל מידע רב ומגוון שנאסף ונצבר לא רק באמצעות תכתובות הדוא"ל של המשתמש עם אנשי הקשר שלו, אלא באמצעות שלל שירותים המשווים למשתמש ומרכיבים פרופיל עשיר ומפורט שלו על סמך פעולותיו האקטיביות והפסיביות, בין אם המשתמש התכוון לשמור תיעוד של פעולות אלו ובין אם לאו. כל אלו הופכים לזיכרונות דיגיטליים עם מותו של המשתמש.

החל מאפריל 2013, גוגל מציעה למשתמשיה כלי בשם Inactive Account Manager, שהוא כלי ייעודי בתוך ממשק הגדרות החשבון של גוגל, לניהול מראש של חשבונות המשתמשים שאינם פעילים, למשל בעקבות מוות או תאונה. כלי זה מאפשר למשתמשים להגדיר בעצמם מהו משך הזמן שאחרי החשבון יוגדר כ"לא-פעיל" (בין שלושה חודשים לשנה וחצי) ומה הם רוצים שיעלה בגורלו של החשבון הלא פעיל – השבתתו או שיתוף התכנים שבו עם איש קשר לפי בחירת המשתמש. אם המשתמש בחר שלא להשבית את החשבון, הוא יכול לבחור אילו תכנים ישותפו עם אנשי הקשר שנבחרו לצורך זה. כלומר, גם במקרה של בחירה באפשרות של שיתוף תכנים, למשתמש יש שליטה על היקף ואופי התכנים שיהיו זמינים עבור איש הקשר. גוגל מאפשרת להגדיר עד עשרה אנשי קשר שיוכלו לגשת לתכנים של החשבון הלא פעיל. לאחר הגדרת איש הקשר, אפשר לבחור לערוך את ההודעה שתישלח לאיש הקשר. לפי סקר של ה-Digital Death Association מ-2017, פחות מ-5% מהנשאלים הפעילו את הכלי.<sup>134</sup>

הגדרת החשבון כחשבון לא פעיל מבוססת על הפסקת פעולות מסוימות המשייכות לחשבון, לרבות התחברות לחשבון, שימוש בדוא"ל וביצוע "צ'ק אין" באמצעות מכשירי אנדרואיד. לקראת סיום פרק זמן שאותו הגדיר המשתמש שבו החשבון לא היה פעיל, יישלחו הודעות טקסט והודעת דוא"ל למספר הטלפון של המשתמש ולחשבון הדוא"ל שלו, שיתריעו בפניו שהחשבון עשוי להיות מוגדר כלא פעיל תוך פרק זמן קצר. אם המשתמש לא יפעל לשינוי ההגדרה, בתום פרק הזמן שהוגדר מראש, החשבון יהפוך ללא פעיל, ויחולו עליו הפעולות שהמשתמש הגדיר מראש – שיתוף עם אנשי קשר ייעודיים או השבתה. יש לשים לב, שפרק הזמן המינימלי להפיכת חשבון ללא פעיל הוא שלושה חודשים של חוסר פעילות בחשבון, כלומר לפחות שלושה חודשים לאחר מות המשתמש. להבנתנו, כל פעילות בחשבון, בין אם באמצעות גישה במחבר על ידי בני המשפחה לחשבון

<sup>134</sup> ראו: The Digital Legacy Association, Digital Death Survey 2017: overview Report (2017), נמצא ב: <https://digitallegacyassociation.org/wp-content/uploads/2018/05/Digital-Death-Survey-2017-Overview.pdf>. על הסקר השיבו 520 משיבים. אין בידינו נתונים לגבי המתודולוגיה של איסוף הנתונים.

באמצעות המחשב של המנוח או בשימוש בטלפון מבוסס אנדרואיד של המנוח, מונעת את הפעלת שעון העצר, או מאתחלת אותו מחדש, לקראת הפיכת החשבון ללא פעיל. בהיעדר הודעה מפורשת לגוגל, אם מתקיימת פעילות כלשהי בחשבון של המשתמש המת, המערכת לא יודעת לזהות שהמשתמש מת, ולכן ההנחיות שהמשתמש השאיר לניהול החשבון לאחר מותו לא יובדו בחלוף פרק הזמן שהמשתמש הגדיר.

אם המשתמש בחר לשתף את אנשי הקשר בתכנים מסוימים, הם יקבלו קוד גישה והודעה אישית מהמשתמש המנוח, ויוכלו לגשת לנתונים ולהורידם במשך שלושה חודשים מרגע קבלת ההודעה (כלומר מרגע הגדרת החשבון כלא פעיל). להבנתנו, אנשי הקשר שהוגדרו כמורשים לגשת לנתוני המשתמש יכולים רק להוריד את התכנים האלו אבל אינם יכולים לבצע פעולות באמצעות החשבון הלא פעיל. מרגע שהושבת החשבון, לא ניתן יהיה יותר לגשת אליו ולא ניתן יהיה לשחזר את שם המשתמש.

### איור 3.1 אפשרויות הניהול של גוגל

הוסף איש קשר מהימן

בחירת הנתונים שישותפו עם איש הקשר המהימן הזה

לאחר תפוגת הזמן הקצוב של החשבון, לאיש הקשר המהימן תהיה אפשרות להוריד את הנתונים למשך 3 חודשים.

בחר הכל ☐

|                                             |                                            |
|---------------------------------------------|--------------------------------------------|
| <input type="checkbox"/> תמונות Google      | <input type="checkbox"/> 1s+               |
| <input type="checkbox"/> Chrome             | <input type="checkbox"/> אנשי קשר          |
| <input type="checkbox"/> Drive              | <input type="checkbox"/> דואר              |
| <input type="checkbox"/> Fit                | <input type="checkbox"/> Google+           |
| <input type="checkbox"/> Google Bookmarks   | <input type="checkbox"/> היסטוריית מיקומים |
| <input type="checkbox"/> Google Play ספרים  | <input type="checkbox"/> המפות שלי         |
| <input type="checkbox"/> Handsfree          | <input type="checkbox"/> Google+ זרם       |
| <input type="checkbox"/> Hangouts           | <input type="checkbox"/> חיפושים           |
| <input type="checkbox"/> Hangouts on Air    | <input type="checkbox"/> יומן Google       |
| <input type="checkbox"/> Keep               | <input type="checkbox"/> מעגלים של Google+ |
| <input type="checkbox"/> (Maps) your places | <input type="checkbox"/> משימות            |
| <input type="checkbox"/> YouTube            | <input type="checkbox"/> פרופיל            |
|                                             | <input type="checkbox"/> קבוצות Google     |

מספר הטלפון של איש הקשר

על מנת להגן על המידע שלך מפני גישה לא מורשית, אנשי קשר מהימנים יצטרכו קוד אימות כדי שהם יוכלו לגשת לנתונים. אנשי קשר מהימנים יקבלו קוד אימות לאחר שהחשבון שלך יפסיק להיות פעיל.

בחר מדינה ▼

מספר טלפון

חזור על מספר הטלפון

ביטול הבא חזרה

מה גורלם של חשבונות של משתמשים שנפטרו מבלי שהפעילו את הכלי לניהול חשבון לא-פעיל? גוגל ממליצה למשתמשיה להגדיר בעצמם מה יעלה בגורל חשבונותיהם לאחר מותם, אך היא מאפשרת גם הליך חלופי במקרה של היעדר הנחיות מפורשות מצד בעל החשבון שנפטר. המדיניות הרשמית של גוגל (כפי שמופיעה באתר התמיכה):

"אנו מבינים שאנשים רבים הולכים לעולמם בלי להשאיר הנחיות ברורות כיצד לנהל את החשבונות המקוונים שלהם. אנחנו יכולים לפעול יחד עם בני משפחה מדרגה ראשונה ועם נציגים על מנת לסגור את החשבון של אדם שנפטר, לפי הצורך. בנסיבות מסוימות אנו עשויים לספק תוכן מחשבון המשתמש שנפטר. בכל המקרים

האלה, האחריות העיקרית שלנו היא להגן על מידע של אנשים ולשמור על הפרטיות שלהם. איננו יכולים לספק סיסמאות או פרטי התחברות אחרים. כל החלטה לקבל את בקשתך לגבי משתמש שנפטר תתקבל רק לאחר בדיקה קפדנית".<sup>135</sup>

בני משפחה מדרגה ראשונה של המשתמש שנפטר יכולים להגיש אחת משלוש בקשות:

1. סגירת חשבון של משתמש שנפטר. הפרטים הדרושים הם: שם מלא של הנפטר; כתובת דוא"ל של הנפטר; שם מלא של קרוב המשפחה או נציג משפטי; כתובת דוא"ל של קרוב המשפחה או הנציג; טיב הקשר עם האדם שנפטר; כתובת; תאריך פטירה; לאיזה מהמוצרים של גוגל נוגעת הבקשה (Google או YouTube); סריקה של תעודת הזהות/רישיון נהיגה של קרוב המשפחה/הנציג שהונפקו על ידי המדינה; סריקה של תעודת הפטירה; אפשרות להעלאת מסמכים נוספים. בנוסף על כל אלה, ניתן להוסיף הערות בצורה חופשית לבקשה.

### איור 3.2. פניית גוגל למשתמשיה

→
ניהול חשבון לא פעיל

**מומלץ להגדיר תוכנית לחשבון Google שלך במקרה של מוות או הפסקת השימוש בחשבון**

באפשרותך להחליט מה יקרה לחשבון Google שלך אם פתאום לא יתאפשר לך להשתמש בו. למשל, במקרה של תאונה או מוות.

כמה זמן צריך לחלוף לפני ש-Google תקבע שחשבונך אינו פעיל, ומה ברצונך שנעשה לגבי הנתונים שלך במקרה כזה? אפשר לבקש מ-Google לשתף את החשבון עם מישהו שאת סומכת עליו, או למחוק אותו לגמרי.

מידע נוסף

**להגדרת החשבון**

כמה זמן צריך לחלוף כדי ש-Google תקבע שחשבון Google שלך אינו פעיל?

למי ברצונך שנשלח הודעה ומה עלינו לשתף איתם?

עליך להחליט אם ברצונך להשבית את חשבון Google שאינו פעיל

<sup>135</sup> <https://support.google.com/accounts/troubleshooter/6357590?hl=iw>

2. בקשה לקבלת כספים מחשבון משתמש שנפטר. על מנת לקבל נתונים אלה, נדרשים כמעט אותם הפרטים כמו בבקשה בסעיף 1 לעיל בצירוף הפרטים הבאים: קביעה אם הגישה המבוקשת היא ל-AdSense או לארנק הדיגיטלי של גוגל; סריקה של יפוי כוח שאושר על ידי בית משפט; חתימה על הצהרה שהמבקש הוא המקבל היחיד של הכספים.

3. קבלת נתונים מחשבון משתמש שנפטר. על מנת לקבל נתונים אלה, יש לספק את כל פריטי המידע המופיעים בסעיף 1 לעיל וכן לציין לאילו מהמוצרים של גוגל מבקשים גישה.

יש לזכור שחלק מהתכנים שמאוחסנים בשירותי גוגל השונים הם בגדר קניין או קניין רוחני, וחלים עליהם הדינים הרלוונטיים, כפי שיפורט בפרק 5. עוד נציין, כי לא ידוע לנו על מקרים שבהם משתמשים השאירו בצוואה הנחיות שסותרות את ההגדרות בכלי לניהול חשבון לא פעיל, או על מקרים שבהם יורשי המשתמש שמת ביקשו לגשת לזיכרונות הדיגיטליים שלו באמצעות צו ירושה או צו בית משפט.

## ג. רשת חברתית: פייסבוק

בפברואר 2015, הכריזה פייסבוק על מדיניות לניהול חשבונות של משתמשים שמתו, מתוך הבנה שזהו נושא שמצריך מדיניות ברורה, שתענה על הצרכים והרצונות של בני המשפחה ושאר המשתמשים הפעילים. על פי נתונים משנת 2016, למעלה מ-8000 משתמשי פייסבוק בעולם מתים מדי יום, וניתן לשער שמספר זה רק ילך ויגדל.<sup>136</sup> כך, גם גבר הצורך להתמודד עם האתגרים שנוצרים כתוצאה מהמידע הרב שמשאירים משתמשים בחשבונות הפייסבוק שלהם, ועל כן פייסבוק פיתחה כמה כלים להתמודדות עם הנושא. המדיניות של פייסבוק השתנתה מספר פעמים מאז הוצגה לראשונה.<sup>137</sup> לפי סקר של ה-Digital Death Association מ-2017, כ-12% מהנשאלים הפעילו את הכלי.<sup>138</sup>

הרטוריקה שפייסבוק משתמשת בה היא של הנצחה ומורשת. ברגע שפייסבוק לומדת על מותו של משתמש, החשבון שלו הופך להיות חשבון מונצח, והאדם שיכול לבצע פעולות ביחס לחשבון הוא איש קשר לצורכי מורשת, כפי שנפרט מיד. בחירת המילים מעידה על אופי השימוש שפייסבוק מייעדת לפרופיל של המשתמש שמת: זהו אינו פרופיל רגיל של אדם שמת, אלא "אתר הנצחה" שנועד לאפשר למוקירי זכרו של המת לשתף זיכרונות ולספר את סיפורו של המת.

כיום, משתמשי פייסבוק יכולים לבחור מראש באחת משתי אפשרויות עיקריות שהחברה מציעה להם באשר לגורל החשבון שלהם לאחר מותם: (1) מחיקת החשבון; או (2) הפיכת החשבון לחשבון מונצח ומינוי איש קשר

<sup>136</sup> ראו: Brandon Ambrosino, *Facebook is a Growing and Unstoppable Graveyard*, BBC (March 14, 2016), available at: <http://www.bbc.com/future/story/20160313-the-unstoppable-rise-of-the-facebook-dead>. על פי הערכה מ-2012, מספר משתמשי פייסבוק שמתים מדי יום נאמד בכ-19,000: <http://www.deathreferencedesk.org/2012/02/05/19000-facebook-users-die-each-day-here-is-how-fbs-memorialization-mode-works>.

<sup>137</sup> לסקירת השינויים ראו: McCallig, *Facebook after Death*, לעיל ה"ש 12, ובמאמרם של Brubaker & Callison-Burch, *Legacy*, Contact, לעיל ה"ש 120.

<sup>138</sup> ראו: The Digital Legacy Association, *Digital Death Survey 2017: overview Report* (2017), נמצא ב: <https://digitallegacyassociation.org/wp-content/uploads/2018/05/Digital-Death-Survey-2017-Overview.pdf>.

לצורכי מורשת. בהיעדר הנחיה מפורשת של המשתמש, לאחר קבלת ההודעה על מות המשתמש, החשבון יהפוך להיות חשבון מונצח, אך בהיעדר איש קשר לצורכי מורשת, לא ניתן יהיה לבצע פעולות הקשורות בחשבון, כפי שנפרט בהמשך.

פייסבוק מזמינה את משתמשיה להגדיר מראש מי יהיה איש הקשר לצורכי מורשת. אפשרות זו פתוחה בפני כל המשתמשים שגילם 18 ומעלה,<sup>139</sup> והם יכולים לבחור אך ורק משתמש פייסבוק אחר לתפקיד. מי שאין לו פרופיל פייסבוק לא יוכל לשמש איש קשר לצורכי מורשת (ולכן הורים שאין להם חשבון פייסבוק לא יכולים להתמנות לתפקיד, בקשר לחשבון של בנם או בתם המנוחים, לדוגמה). פייסבוק מציעה למשתמשיה לקיים שיחה עם איש הקשר המיועד בטרם מינויו לתפקיד. איש הקשר המיועד מקבל הודעה על כך ברגע שהמשתמש הגדיר אותו בממשק. המשתמש יכול לשנות את איש הקשר ככל אשר יחפוץ. לאחר מות המשתמש, לא ניתן להעביר את המינוי של איש הקשר לצורכי מורשת למשתמש אחר, ולכן כדאי שהאדם המיועד יסכים לקבל על עצמו את התפקיד מבעוד מועד.

### הודעה על מות המשתמש

בניגוד לגוגל, שמפעילה מעין כלי אוטומטי לקביעה מתי החשבון כבר אינו פעיל (בחלוף שלושה חודשים או יותר ממות המשתמש), פייסבוק מנהיגה מדיניות אחרת בנוגע לסיווג חשבונות כחשבונות של משתמשים מתים. הגדרת חשבון כחשבון מונצח מתרחשת לאחר שפייסבוק קיבלה דיווח אמין על מותו של המשתמש באמצעות ממשק ייעודי לדיווח על משתמשים שמתו ("Report a deceased person"). חשוב לציין: הודעה זו יכולה להישלח על ידי כל משתמש פייסבוק, ולא רק על ידי בני משפחה או חברים קרובים, אם כי פייסבוק ממליצה למשתמשים שאינם קרובי משפחה לדווח על מות משתמש אחר רק לאחר ששוחחו על כך עם בני משפחתו של המת. כלומר, לא לדווח על מות משתמש שלא על דעת בני משפחתו.

הדיווח צריך לכלול את שם הנפטר, תאריך הפטירה וכן הודעה רשמית מקובלת על מותו של המשתמש (לדוגמה, מודעת אבל). עם זאת, ידועים מקרים שבהם פייסבוק למדה על מותו של אדם מדיווחי חדשות ושינתה בעצמה את הגדרת החשבון בהתאם, גם בלי שקיבלה הודעה מסוימת. כך או כך, פייסבוק מפעילה מערך לוויזואל נכונות הידיעה על מות המשתמש, ולדברי החברה שיעור הטעויות בתחום הוא שולי.

ברגע שפייסבוק לומדת על מותו של משתמש, החברה משנה את הגדרות החשבון על פי אחת האפשרויות הבאות:

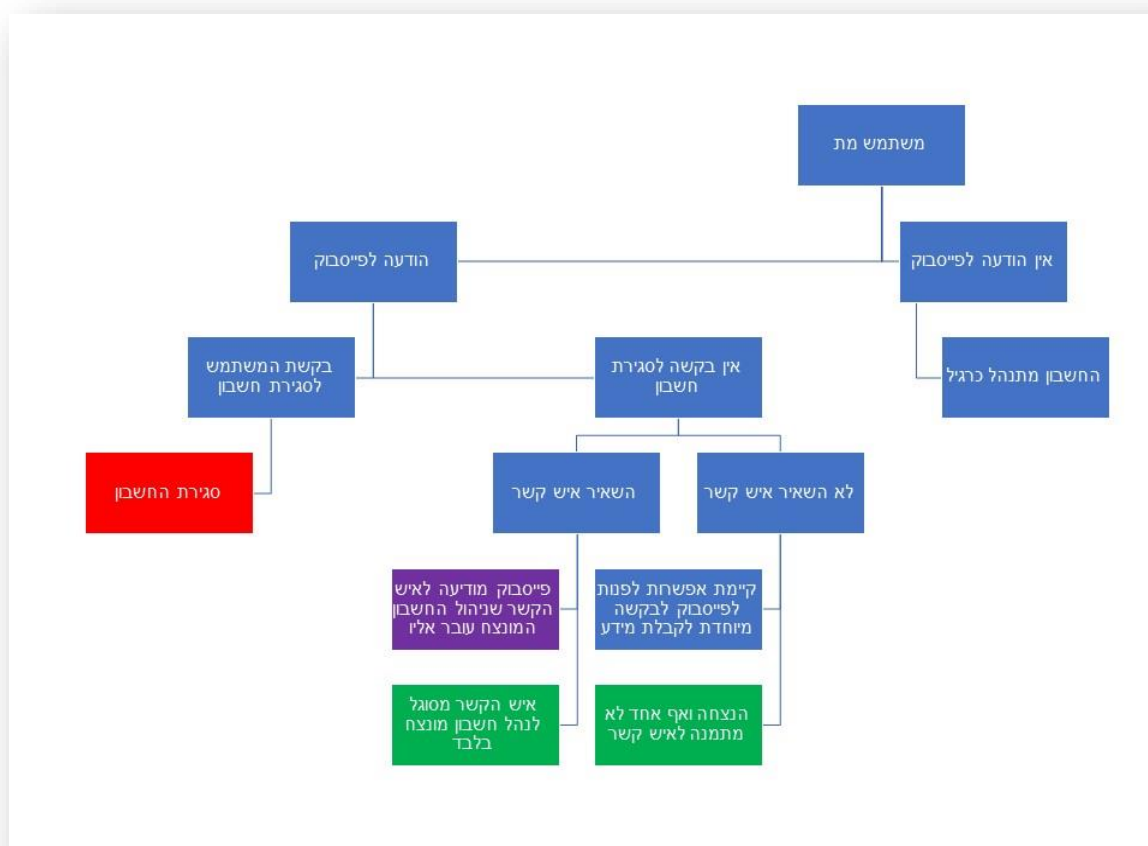
- אם המשתמש הגדיר מראש את רצונו, החברה מכבדת את רצונו:
  - המשתמש ביקש למחוק את החשבון - החשבון נמחק
  - המשתמש ביקש להפוך את החשבון לחשבון מונצח - החשבון הופך לחשבון מונצח, ואיש הקשר לצורכי מורשת מקבל הרשאת גישה לחשבון המונצח הכוללת אפשרות לבצע מספר פעולות מוגבלות, כפי שיפורט בהמשך

<sup>139</sup> לא ידוע לנו מהי המדיניות ביחס למשתמשים שגילם נמוך מ-18.

- אם המשתמש לא הגדיר מראש את רצונו ביחס לחשבון, החשבון הופך לחשבון מונצח בלי איש קשר לצורכי הנצחה (אלא אם בני המשפחה של המנוח ביקשו למחוק את החשבון, אז החשבון יימחק).

כמו כן, קיימת אפשרות שפייסבוק לא תקבל הודעה על מות המשתמש, משום שאף גורם לא העביר לידי החברה את המידע בעניין. במקרה כזה, החשבון ימשיך לפעול כאילו המשתמש היה חי. אם למישהו מבני המשפחה או החברים יש גישה לחשבון (גישה במחדל), הוא יכול לבצע את כל הפעולות שמשתמש חי יכול לבצע בחשבון, ולגשת לכל סוגי החומרים שנמצאים בו, לרבות גישה לשיחות אישיות, לאלבומים אישיים ולחומרים אחרים שהמשתמש המת בחר לא לשתף (או לא לשתף בהם את המשתמש שבא בנעלי המת). כאשר משתמש מת ולא נמסרת הודעה על מותו לפייסבוק, הודעות הקשורות לחשבון שלו ימשיכו להופיע באזורים ציבוריים של פייסבוק כמו הצעות לחברות או תזכורות לברכות לרגל יום הולדתו וכדומה. כפי שפירטנו קודם, בחלק מהמחקרים שנעשו בתחום, נמצא כי הדבר נתפס בעיני חלק מהמשתמשים כבעייתי ומעיק, ואם מישהו ממשיך להפעיל את החשבון לאחר מות המשתמש כאילו היה חי, הדבר נתפס על ידי חלק מהמשתמשים כפוגע בזכרו של המת.

### איור 3.3: ניהול חשבון פייסבוק של משתמש שהלך לעולמו



## חשבון מונצח (Memorialized Account)

פייסבוק מגדירה את התכלית של חשבונות מונצחים באופן הבא:

"חשבונות מונצחים הם מקום שבו חברים ובני משפחה יכולים להיאסף ולשתף זיכרונות לאחר שאדם נפטר. הנצחת חשבון גם עוזרת לשמור על ביטחון של החשבון, מכיוון שהיא מונעת מאנשים להיכנס אליו. פייסבוק מדגישה שאין באפשרותה למסור את פרטי הכניסה לחשבון של מישהו אחר גם בנסיבות אלה ושכניסה לחשבון של אדם אחר מנוגדת לחלוטין למדיניות פייסבוק".

בררת המחדל של פייסבוק כאשר נודע לה שמתמש מת היא להפוך את החשבון לחשבון מונצח. זאת, בהיעדר הנחיה אחרת מהמשתמש שמת למחוק את החשבון. מרגע שחשבון הופך להיות חשבון מונצח, המילים "זכרים את" יוצגו לצד שמו של האדם שמת בראש החשבון שלו. החשבון לא יופיע יותר ב"אזורים ציבוריים" בפייסבוק כמו במקרים של תזכורות לימי הולדת או הצעות לחברויות חדשות עם "אנשים שאתה עשוי להכיר". בהתאם להגדרות הפרטיות של המשתמש המת, חבריו יוכלו לפרסם זיכרונות בציר הזמן של החשבון. תכנים שהמשתמש המת שיתף בחייו כמו תמונות ופוסטים נשארים זמינים עבור חברים שהמשתמש שיתף אותם בהם בעודו בחייו. לא ניתן יותר לגשת לחשבון המשתמש באמצעות השם והסיסמה של המשתמש שמת. איש הקשר לצורכי מורשת מקבל הרשאות מיוחדות לגישה לחשבון, באמצעותן הוא יכול לבצע מספר פעולות, אבל אף אחד לא בא בנעליו של המשתמש המת.

למעשה, יש שני מצבים של חשבונות מונצחים: עם איש קשר לצורכי מורשת וללא איש קשר. ההבדל בין שני המצבים הוא שאם הוגדר איש קשר מראש, הוא יוכל לבצע מספר פעולות מצומצם בחשבון כפי שמתואר בהמשך. אם לא הוגדר מראש איש קשר, אז מרגע שהוגדר החשבון כ"חשבון מונצח", הוא מוקפא כפי שהמשתמש השאיר אותו, למעט הודעות שחבריו של המת יכולים לפרסם בציר הזמן. בכל הקשור להגדרות פרטיות ושינויים אחרים בפרופיל, אם לא הוגדר איש קשר – לא ניתן לבצע שינויים אלו. אם לא הוגדר איש קשר מראש לא ניתן למנות איש קשר לצורכי מורשת בדיעבד והפעולות המורשות לאיש הקשר לא יוכלו להתבצע. עוד נציין, כי אין אפשרות להעביר את המינוי לאדם אחר. המשתמש המת הוא היחיד שהיה מוסמך למנות איש קשר למטרות מורשת לחשבון. לפי הידוע לנו, פייסבוק אינה מכבדת בקשות להתמנות לאנשי קשר לצורכי מורשת על סמך צווי ירושה.

### טבלה 3.1: ניהול חשבונות פייסבוק אחרי מות המשתמש

| פעולה                                         | חשבון מונצח של אדם שלא מינה איש קשר | חשבון מונצח של אדם איש קשר                                                 |
|-----------------------------------------------|-------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------|
| הוספת "זוכרים את" בצד שם המשתמש המת (אוטומטי) | ✓                                   | ✓                                                                          |
| כתיבת סטטוס בראש ציר הזמן                     | ✗                                   | ✓                                                                          |
| אישור "חברים" חדשים                           | ✗                                   | ✓                                                                          |
| הוספת תכנים חדשים                             | ✗                                   | ✗                                                                          |
| מחיקת תכנים                                   | ✗                                   | ✗                                                                          |
| שינוי מדיניות פרטיות                          | ✗                                   | ✗                                                                          |
| תיוג אנשים בתמונות                            | ✗                                   | ✗                                                                          |
| החלפת תמונות פרופיל ו-cover                   | ✗                                   | ✓                                                                          |
| כתיבה בציר הזמן                               | ✓ (אם הוגדר כאפשרי לפני מות המשתמש) | ✓ (אם הוגדר כאפשרי לפני מות המשתמש)                                        |
| מחיקת תכנים מציר הזמן                         | ✗                                   | ✗                                                                          |
| הוספת כפתור Follow                            | ✗                                   | ✗                                                                          |
| הרשאה להורדת עותק של התמונות והפוסטים         | ✗                                   | נתון לבחירת המשתמש שמת                                                     |
| הסרת תיוגים                                   | ✗                                   | איש הקשר יוכל ליצור קשר עם המשתמש שתייג את הפרופיל המונצח ולבקש הסרת התיוג |
| קריאת הודעות פרטיות                           | ✗                                   | ✗                                                                          |

ברגע שפייסבוק מקבלת את ההודעה על מות המשתמש, איש הקשר לצורכי הנצחה מקבל הודעה מפייסבוק שהמינוי שלו לתפקיד נכנס לתוקף, והוא מורשה לבצע מספר פעולות מוגבלות בחשבון המונצח:

- שינוי תמונת הפרופיל ותמונת הרקע
- הוספת הודעה נעוצה בראש החשבון
- אישור בקשות חברות חדשות (או מחיקת חברים חדשים שנוספו לאחר הפיכת החשבון למונצח)
- הורדת עותק של התכנים שהמשתמש המת שיתף בפייסבוק (אם המשתמש הרשה זאת)
- הגשת בקשה למחיקת החשבון

איש הקשר **אינו יכול** לבצע את הפעולות הבאות:

- להיכנס לחשבון של המשתמש המת
- להסיר או לשנות תכנים ששותפו בציר הזמן של המשתמש המת
- לקרוא הודעות תקשורת אישיות של המשתמש המת עם חבריו
- להסיר חברויות שנוצרו לפני מותו של המשתמש

איש הקשר **לא יוכל** לקבל את המידע או גישה לתכנים הבאים:

- הודעות
- מודעות שהמנוח לחץ עליהן
- Pokes
- פרטי אבטחה והגדרות
- תמונות שהמנוח סנכרן באופן אוטומטי אך לא פרסם

מרגע שהחשבון של משתמש מת הוסב לחשבון מונצח, דפים שהמת היה מנהלם היחיד יוסרו מפיסבוק אם תתקבל בקשה לכך בהתאם למדיניות החברה. איש הקשר לצורכי מורשת לא יתמנה למנהל הדפים האלו ולא יוכל למנות להם מנהל חדש.<sup>140</sup>

### חשבון שהונצח בטעות

כעניין של מדיניות, הליך הפיכת חשבון לחשבון מונצח הוא חד-כיווני, והשינוי היחיד שניתן לערוך בסיווג החשבון הוא למחוק אותו כליל. עם זאת, פייסבוק מכירה בהיתכנות של טעויות, כלומר שחשבונות יהפכו למונצחים בטעות, גם אם המשתמש לא מת. אם חשבון הפך מונצח למרות שהמשתמש חי, על המשתמש לפנות לחברה ולספק את הפרטים הבאים, והחברה תחזיר את החשבון לסיווגו כפעיל:

- כתובת דוא"ל או מספר טלפון נייד המופיעים בחשבונם
- אישור כי הם יכולים לקבל הודעות דוא"ל בכתובת זו
- שם מלא
- כתובת ציר הזמן
- תאריך לידה
- העלאת תמונת "סלפי" שבה מחזיק המשתמש תעודה מזהה שהונפקה על ידי רשות ממשלתית או לחילופין תמונה בה מחזיק המשתמש שתי תעודות מזהות שונות, שאחת מהן חייבת לכלול תמונה או תאריך לידה שתואם למידע שסופק בפרופיל.

### הקמת עמוד הנצחה למשתמש מת

לכל משתמש תמיד שמורה הזכות להקים עמוד הנצחה למשתמש מת. במקרה כזה, יהיה מדובר על עמוד (או קבוצה) ולא על פרופיל, ועל עמוד זה יחולו ההגדרות וההרשאות החלות על עמודי פייסבוק אחרים (שאינם פרופילים אישיים). לעמודים אלו יהיה מנהל שיוכל לנהל את העמוד באופן מלא וללא מגבלות, כלומר מנהל העמוד יוכל להוסיף תכנים או למחוק אותם ולאשר בקשות "חברות" לפי שיקול דעתו, ובהתאם למדיניות החברה. אך נדגיש, עמוד הנצחה יהיה למעשה עמוד חדש שהוקם לאחר מות המשתמש, ולא העמוד של המשתמש המת.

<sup>140</sup> למקרה יוצא דופן, שבו כן ניתנה רשות לנהל עמוד פייסבוק במקום המנוח, ראו את הדברים שאמרה שני מרבלי בדיון בוועדת המדע והטכנולוגיה של הכנסת ביום 4.7.17 וכן ביום העיון של איגוד האינטרנט ב-23.5.18. הבלוג שניהל אחיה המנוח, שיועד לחולי סרטן, הוסר על ידי פייסבוק לאחר מותו. רק לאחר פניות רבות לפייסבוק, הוספה שני כמנהל העמוד, שהוחזר לפעולה.

## ד. שירותי אחסון בענן: Dropbox

באופן מעניין, אתר שיתוף ואחסון הקבצים דרופבוקס, מציע לקרוביו של המשתמש המנוח לבדוק קודם במחשב של המשתמש אם יש להם גישה: "Usually the easiest approach is to look in the Dropbox folder on the person's computers if you're authorized to do so. Many Dropbox users have all of the files from their account available in this folder, which syncs to their account online". במילים אחרות, דרופבוקס מעודדת גישה במחשב, ומזכירה שעותק של הקבצים השמורים בענן עשוי להיות נגיש דרך הכונן של המחשב האישי. דרופבוקס אינה מתייחסת כאן לפן הקנייני או לפן של פרטיות. נראה שהעניין המרכזי שלה הוא לצמצם את הפניות של קרובי המנוח אליה. הפניית הקרובים למחשב של המנוח מוציאה את דרופבוקס מהתמונה, ומחזירה את המצב הדיגיטלי, שבו יש תיווך של גורם הביניים, למצב שדומה יותר למצב הלא-דיגיטלי, של גישה ישירה של הקרובים למידע ולתכנים של המנוח.

רק לאחר הדגשת האפשרות של גישה במחשב, דרופבוקס מאפשרת לקרובים לפנות אליה, אולם התנאים שהיא דורשת משמעותיים, ויש להניח שהם מהווים חסם ניכר בפני קרובים רבים של המשתמש המנוח: הבקשה צריכה להישלח בדואר למחלקה המשפטית של דרופבוקס בקליפורניה. הבקשה צריכה לכלול הוכחה שהמשתמש אכן נפטר, ואישור על כך שלמבקש יש זכות חוקית לגשת למידע. באופן ספציפי, יש לציין פרטים על הנפטר, כתובת הדוא"ל שלו שמשויכת לחשבון הדרופבוקס, פרטי קשר של המבקש וציון הקרבה בין המבקש למנוח, וכן – וזו הדרישה המורכבת מכולן – צו בית משפט המאשר כי הייתה זו כוונתו של הנפטר להעניק למבקש גישה לחשבון שלו לאחר מותו, וכן כי דרופבוקס מחויבת על פי חוק לציית לצו ולהעניק למבקש גישה לקבצים.<sup>141</sup> אפשרות זו היא חלק ממדיניות תנאי השימוש והפרטיות של דרופבוקס, שגרסתה המעודכנת פורסמה בפברואר 2017. דרופבוקס אינה מפרטת כיצד יש לפנות לבית משפט, ובכך, יש להניח, משאירה את הסוגיה לדיון המקומי. אולם אך מובן שפנייה לבית משפט, אישורים נטרונים מתאימים ופניה לחברה בארצות הברית מציבים חסמי גישה בפני קרובים.

## ה. אתרי היכרויות

המידע שמופץ באתרי היכרויות רגיש, ובדרך כלל נועד למשתמשים/ות אחרים באותו שירות, ולא דווקא למעגלים משפחתיים או חברתיים אחרים של המשתמש. השימוש בטינדר, אפליקציית ההיכרויות הגדולה, נעשה ממכשיר נייד – טלפון חכם או מחשב לוח, ואפשרי דרך פייסבוק או על ידי מסירת מספר טלפון. לקרובים שיש להם גישה במחשב למכשיר הזה, תהיה גישה בפועל לחשבון של המשתמש המנוח. כמו יישומנים אחרים, טינדר מאפשרת למשתמשים את מחיקת החשבון, כך שגם הקרובים שיש להם גישה למכשיר וליישומן יוכלו למחוק את החשבון, ישירות מהיישומן. באתר התמיכה של טינדר, לא מופיעה אפשרות ספציפית לניהול חשבון של משתמש לאחר המוות. לפי תנאי השימוש של טינדר, החשבון אישי, אינו ניתן להעברה, ופוקע במות המשתמש.<sup>142</sup>

<sup>141</sup> ראו: <https://www.dropbox.com/help/security/access-account-of-someone-who-passed-away>

<sup>142</sup> ראו: <https://www.gotinder.com/terms>. ט' 20 שם מצוין בין היתר כי: "You agree that your Tinder account is non-transferable and all of your rights to your account and its content terminate upon your death".

יישומן גריינדר, הגדול ביותר עבור גברים שמקיימים יחסי מין עם גברים, מאפשר מחיקת חשבון בלבד ורק באמצעות כניסה לחשבון מאותו המכשיר שבו מותקן היישומן. לא נמצאה התייחסות בתנאי השימוש לאפשרות גישה לחשבון של מנוח. החברה שומרת לעצמה את הזכות לסגור חשבון של משתמש עקב היעדר פעילות ממושך, בלי התייחסות למצב של מות המשתמש.<sup>143</sup>

## ו. סיכום

בפרק זה בחנו את המדיניות בפועל של יישומים מקוונים מרכזיים ונפוצים. הבדיקה מעלה שונות ביחס של השירותים השונים לפי סוג השירות ומידת הרגישות של המידע. ההבדל בולט למשל בין שירות אחסון בענן, כמו דרופבוקס, שמעודד גישה במחדל של קרובי המשפחה לענן של יקירם שהלך לעולמו, מול אתרי היכרויות, שבהם החשבון מוגדר מראש כאישי, ופוקע במות המשתמש. היישומים הנפוצים של שירותי דוא"ל של גוגל (ושירותי גוגל השונים בכלל) ורשתות חברתיות – כאן התמקדנו בפייסבוק – דומים בכך שהם מציעים כלי ניהול טכנולוגיים, אבל הכלים עצמם שונים בהיבטים מסוימים. גוגל מציעה כלי של "חשבון לא פעיל", שבו המשתמש מגדיר מראש אם חשבונו ייסגר לאחר תקופת אי-פעילות מוגדרת או שתינתן גישה לאנשים שהמשתמש בחר. פייסבוק מאפשרת גם היא כלי ניהול למצב המוות. פייסבוק לומדת על מצב המוות לפי הודעה ממקור מהימן, ולא מתוך אי פעילות. בשני המקרים, של גוגל ושל פייסבוק, יכול המשתמש החי להורות על סגירת חשבונות לאחר מותו, או למנות איש קשר. בשני המקרים איש הקשר יכול לבצע פעולות מסוימות בחשבון המנוח, אבל בכל מקרה, אינו יכול לבוא בנעליו. השוני בפעולות משקף את השוני בשירותים השונים, אולם לענייננו, נדגיש במיוחד שבגוגל יכול איש הקשר לגשת גם לתכונות אישיות של המנוח עם אחרים, אם המשתמש החי בחר כך טרם מותו, ואילו בפייסבוק אין אפשרות כזו. הרטוריקה של הספקים השונים מדגישה האחת את פרטיות המנוחים (גוגל), והשניה את הצורך בהנצחה (פייסבוק), אבל בשניהם אין רטוריקה של ירושה. אתרי היכרויות כאמור, מדגישים את היות השירות אישי, ולכן כזה שאינו ניתן להעברה, לא בחיי המשתמש ולא במותו. ניתן לסכם את ההבדלים בטבלה הבאה:

<sup>143</sup> ראו, סעיף 4.11 לתנאי השימוש של גריינדר: <https://www.grindr.com/terms-of-service>, שמציין בין היתר "We may deactivate Your User Account due to prolonged inactivity".

## טבלה 3.2 אפשרויות ניהול החשבון של משתמש מת

| שירותי גוגל                                     | פייסבוק                                                                            | דורפבוקס                                                                           | אתרי היכרויות    |
|-------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------|------------------|
| זיהוי מות<br>המשתמש                             | אי-פעילות<br>לתקופה שהוגדרה<br>מראש על ידי<br>המשתמש, בין 3<br>חודשים לשנה<br>וחצי | הודעה ממקור<br>אמין או ידיעה<br>עצמית של<br>פייסבוק, עם<br>מנגנון לתיקון<br>טעויות | אין התייחסות     |
| כלי ניהול<br>טכנולוגי של<br>המידע לאחר<br>המוות | יש                                                                                 | יש                                                                                 | אין              |
| האפשרויות<br>לאחר המוות                         | סגירת החשבון או<br>מינוי איש קשר                                                   | סגירת החשבון או<br>מינוי איש קשר                                                   | פקיעת החשבון     |
| סמכויות איש<br>הקשר                             | לפי הגדרת<br>המשתמש המנוח,<br>כולל גישה לשיחות<br>אישיות                           | מוגבלת לפעולות<br>מסוימות, לא<br>כוללת גישה<br>לתקשורת בין-<br>אישית               | אין              |
| רטריקה                                          | פרטיות<br>המשתמשים                                                                 | הנצחה ומורשת                                                                       | זכות שימוש אישית |

לכלים לניהול טכנולוגי של הגישה למידע, במקרים שבהם הם קיימים, יש יתרונות רבים: הם מאפשרים למשתמש לבחור בעצמו מה יעלה בגורל המידע והתכנים שלו לאחר מותו. המשתמש יכול לקבוע בעצמו, לפי טיב השירות, לפי סוג המידע, ולפי האדם שתהיה לו גישה לתכנים, ובכלל זה יכול לבחור לסגור את החשבון. בכך יש תועלת רבה: כלי הניהול הטכנולוגי מאפשר למשתמש לממש את האוטונומיה שלו ואת השליטה שלו במידע שיש לו בחייו, ולהמשיך אותה גם לאחר מותו. זהו מימוש הפרטיות של החי, לאחר מותו. כלי הניהול מותאם אישית, לפי רצון המשתמש. שימוש בכלי כזה הוא גם סימן ברור לרצונו של המשתמש: אין צורך לנחש ולשער מה היה רצונו, אלא יש עדות ברורה לרצונו, לפחות בנקודת הזמן בה הפעיל את הכלי, וכל עוד לא שינה את בחירותיו. אפשר לומר שיש כאן מעין צוואה מוגדרת, מתוחמת לנושא מסוים, שמתייחסת לאו דווקא לפן קנייני-רכושי, אלא לבקשות אישיות של המשתמש.

לכלים האלה יש גם יתרון מבחינת החברות שמציעות אותן – הן יוצרות ציפיות מוגדרות מראש אצל המשתמשים, ויש להניח שלכן הן מגבירות את האמון של המשתמשים בחברות. הכלים גם מאפשרים לחברות לעצב את אופי הפעילות אצלן, והדבר נכון במיוחד לרשתות החברתיות – שאין להן עניין ביצירה של "בית קברות דיגיטלי", אלא בשירות למשתמשים חיים (שהם מקור הכנסה עקיף לחברה), ובזמנית, לענות על צרכים של מתאבלים, לאפשר להם מרחב הנצחה וזיכרון, תוך ניטרול הקושי של משתמשים אחרים, שאינם מעוניינים להיתקל בהודעה על ברכות ליום הולדת של משתמש שהם יודעים שהלך לעולמו. בדומה, אתרי

היכריות מעוניינים במשתמשים חיים, שכן השימוש הוא מכשירני (אינסטרומנטלי), ולא מתאים, לפי אופיו, להיות אתר הנצחה. כל עוד לא ניתנת גישה לתקשורת בין-אישית של המשתמש עם אחרים, הרי מוגנת גם פרטיותם של בני השיח של המשתמש המנוח.

עבור בני המשפחה והקרובים של המשתמשים המנוחים יש לגישות השונות של השירותים השונים יתרונות וחסרונות. בשירותים שבהם יש כלי ניהול טכנולוגי, גוגל ופייסבוק, ואם המשתמשים השתמשו בהם טרם מותם, יש לשארים ידיעה ברורה לגבי רצון המנוחים, והם אינם צריכים לעסוק בניחושים. הם עשויים שלא לאהוב את הבחירות של המנוחים, אבל לפחות יש תמונה ברורה יחסית בעניין. כאשר המשתמשים המנוחים בחרו לאפשר גישה לאנשי הקשר שמינו, הרי לאלה יש גישה בהתאם, וככל שיש מתאם בין רצון המתים לשאיפות השארים, הרי שצורכי האבל והזיכרון יבואו על סיפוקם. האפשרות שיש ברשתות החברתיות להנצחה יכולה לספק גם את רצון המתאבלים בדרך זו.

עם זאת, במצב הקיים יש קשיים לא מבוטלים. האחד, הוא שהשימוש בכלים לניהול טכנולוגי הוא וולונטרי. נדרשת רמת מודעות גבוהה, אוריינות טכנולוגית מספקת, הבנה של הסוגיה ונכונות להתעמת עם שאלות של סופיות החיים, כדי שהמשתמשים ישתמשו בכלים אלה. בפרק הבא נראה כי המודעות אליהם והיקף השימוש בהם בישראל מצומצמים. קושי שני, הוא שגם כאשר נעשה שימוש בכלים הנ"ל, אין לאנשי הקשר הממונים גישה מלאה לכל התכנים: אין להם גישה לשיחות בין-אישיות של המשתמש עם אחרים, ואולי היו רוצים גישה כזו; אין הם יכולים לבוא בנעלי המנוח ואינם יכולים להמשיך ולנהל את החשבון כאילו המנוח עדיין חי. נוכח השינויים בדפוסי האבל, שבהם דנו בפרק הקודם, נראה שהיעדר אפשרות זו פוגע בלפחות חלק מבני המשפחה והקרובים. עם זאת, כאמור, יש להם אפשרויות הנצחה בין במסגרת החשבון המונצח ובין במסגרת של עמודי הנצחה נפרדים. הקושי המרכזי הוא גורל המידע במקרה של אי-שימוש בכלל בכלים לניהול טכנולוגי.

בנוסף, לכל אחד מהשירותים יש מאפיינים ייחודיים במדיניות, שעשויים להקשות על גישה לתכנים ולמידע. בדרופבוקס, למשל, אם אין גישה במחדל, הצעדים שנדרשים כדי להגיע לתכנים ששמורים בענן דומים להליכי מימוש ירושה, ומחייבים פניה למערכת המשפטית. בפייסבוק, הצורה שבה פייסבוק הופכת חשבון למונצח עשויה לסכל את הגישה במחדל של בני משפחה, אם אינם זריזים מספיק.<sup>144</sup> מטבע הדברים, בשעת אבל ראשוני, בני המשפחה טרודים בדברים אחרים, ולא דווקא בניהול חשבונות מקוונים. ייתכנו קשיים נוספים, אולם המדיניות של ספקי השירותים ניתנת לשינוי, ואם יהיו קשובים לצרכים של המשתמשים ושל בני המשפחה, יוכלו להתאים ולתקן את הדברים לפי הצרכים המשתנים, ולפי רצונם בעיצוב מיטבי של הסביבה המקוונת שהם יוצרים.

<sup>144</sup> לביקורת על פייסבוק בהיבט הזה, ראו ורד שביט, [http://digital-era-death.blogspot.co.il/2015/09/blog-post\\_18.html](http://digital-era-death.blogspot.co.il/2015/09/blog-post_18.html).

## 4. עמדות הציבור הישראלי

### א. מבוא: מטרת המחקר והשערות המחקר

מטרת המחקר האמפירי היא להבין את מודעות ציבור הגולשים בישראל בנוגע לשאלות של זיכרונות דיגיטליים, כמו גם לזהות את המניעים והחסמים לשימוש בכלים טכנולוגיים של ניהול זיכרונות דיגיטליים. המחקר בחן דפוסי שימוש ופעילות בפלטפורמות דיגיטליות נפוצות (דוא"ל, רשתות חברתיות, שירותי אחסון בענן ואתרי היכרויות) בהיבטים של תדירות שימוש ואופי השימוש. כמו כן, בחנו את מודעות הגולשים לכלים לניהול זיכרונות דיגיטליים של הפלטפורמות השונות, וביררנו את עמדות הגולשים לגבי המדיניות הקיימת. בנוסף, שאלנו על ניהול סוף החיים בהקשרים לא-דיגיטליים, במטרה למקם את "ניהול" סוף החיים והמוות בהקשר חברתי רחב יותר של תפיסות והתנהגויות ביחס למוות.

השערות המחקר היו שהציבור הישראלי מחובר לרשת ופעיל בה, ושגולשים רבים ישאירו אחרי מותם "גישה במחדל" לחשבונותיהם לבני משפחותיהם. כמו כן, שיערנו שהמודעות לשירותי ניהול הזיכרונות הדיגיטליים אינה גבוהה, ובהתאם שהשימוש בכלים הדיגיטליים הקיימים כיום אינו רווח. זאת, משום שבדומה להיבטים אחרים של ניהול סוף החיים והמוות, דחיינות ורתיעה מעיסוק בנושאים הנתפסים כלא נעימים הם החסמים העיקריים לפעולה. ממצאי המחקר איששו את ההשערות האלו, כפי שנפרט בהמשך.

### ב. מתודולוגיה

המחקר האמפירי מבוסס על שאלון אחיד שהופץ בקרב מדגם מייצג של גולשי האינטרנט בישראל, באמצעות הפאנל האינטרנטי של מכון המחקר שילוב I<sup>2</sup>R. על השאלון השיבו 478 גולשים: 404 מהם יהודים ו-74 ערבים; 252 נשים ו-226 גברים, תוך שליטה במשתנים דמוגרפיים לרבות מין, גיל, ואזור גיאוגרפי.<sup>145</sup> הנתונים נאספו במהלך יוני 2017, באמצעות מערכת סקרים ממוחשבת. הסקר לגולשים הערבים הופץ בערבית.

בשל עיסוקו בבני אדם, המחקר קיבל אישור מוקדם של ועדת האתיקה האוניברסיטאית באוניברסיטת תל אביב. למשתתפים במחקר הובהר שההשתתפות במחקר היא וולונטרית וכי הם יוכלו להפסיק את מילוי השאלון בכל שלב, מבלי שיאונה להם כל רע. כמו כן, הובהר למשתתפים כי הסקר אנונימי ופרטים מזהים שלהם לא יפורסמו.

ניתוח הנתונים נעשה באמצעות תוכנה ייעודית לניתוח נתונים סטטיסטיים. הממצאים נותחו בהתייחס למשתנים דמוגרפיים מגוונים, לרבות לאום, מין, גיל, מצב משפחתי, הגדרה דתית, השכלה, הכנסה ואזור מגורים. בנוסף, המשיבים נשאלו אם חוו אובדן בשלוש השנים האחרונות, והאם השאירו הנחיות לאחר מותם בהקשרים של ירושה רכושית או גופנית. משתנים אלו שימשו גם הם לצורך ניתוח הנתונים. הפילוחים לפי המשתנים השונים יוצגו אם נמצאו מעניינים ומובהקים סטטיסטית.<sup>146</sup>

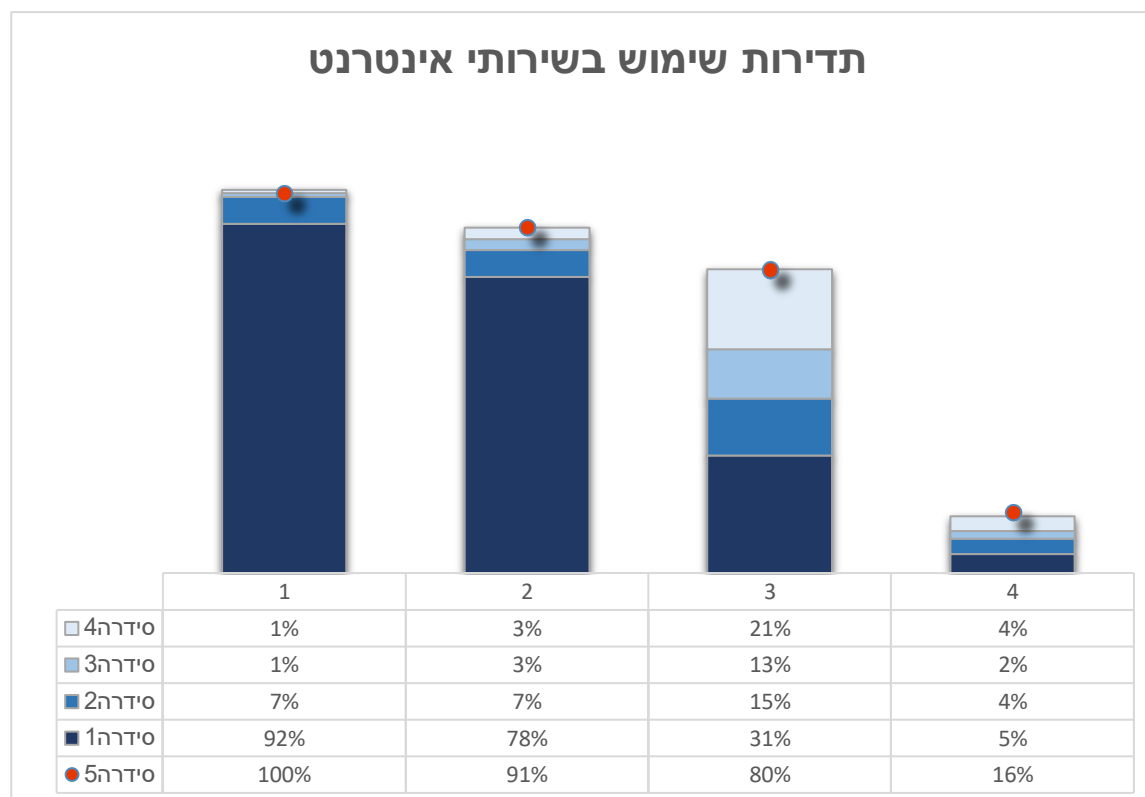
<sup>145</sup> הפרופיל הדמוגרפי המלא של המשתתפים במחקר מופיע בנספח א.

<sup>146</sup> פירוט מלא של הממצאים, לרבות פילוחים דמוגרפיים מופיע בנספח ב.

## ג. ממצאים

### (1) פעילות ברשת

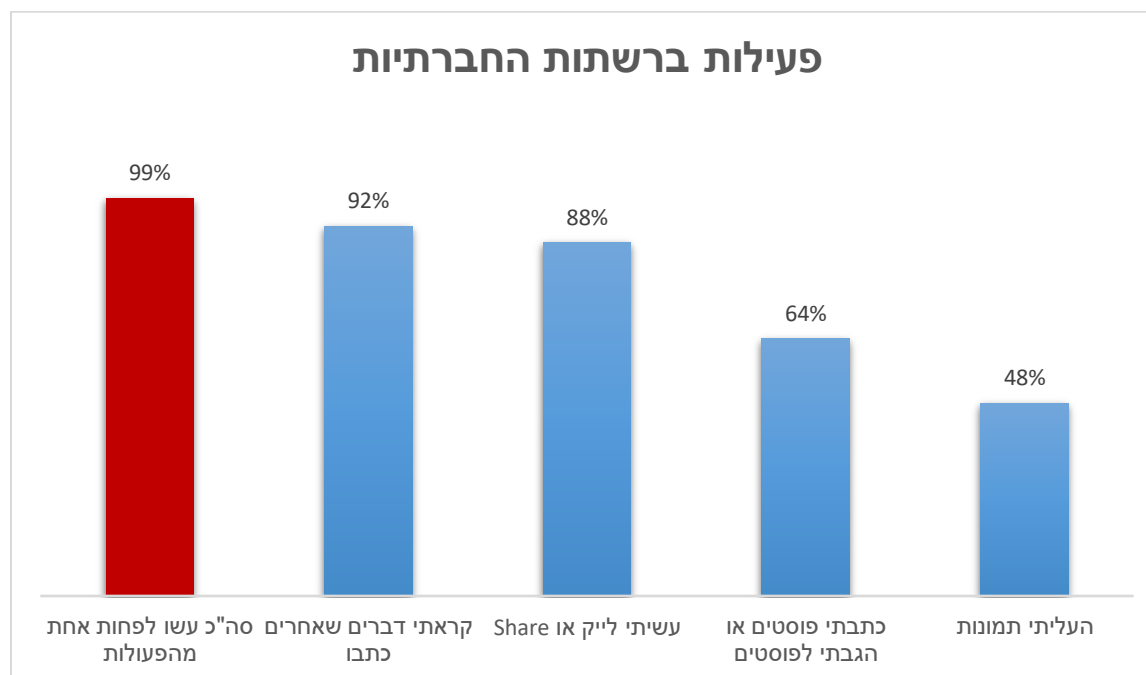
הנושא הראשון שביקשנו לבחון הוא היקף הפעילות של הגולשים בפלטפורמות האינטרנטיות השונות – שירותי דוא"ל, רשתות חברתיות, שירותי אחסון בענן ואתרי היכרויות – ואת תדירות השימוש בהן. השאלה הייתה "האם את/ה משתמש בשירותים האינטרנטיים הבאים, ואם כן, באיזו תדירות?". כפי שמלמדים הממצאים, היקף הפעילות של גולשי האינטרנט הישראליים הוא גבוה, וכך גם תדירות השימוש. לכל המשיבים יש חשבון דוא"ל וכמעט לכולם יש פרופיל ברשת חברתית כלשהי. בשני שירותים אלו, תדירות השימוש גבוהה מאוד, כאשר רוב מכריע של הגולשים משתמשים בשירות לפחות פעם ביום. השימוש בשירותי ענן נפוץ גם הוא – שמונה מתוך עשרה גולשים משתמשים בשירותי ענן – אולם תדירות השימוש האקטיבי נמוכה בהשוואה לדוא"ל ולרשתות החברתיות. אתרי היכרויות הוא שירות פחות נפוץ בהשוואה לאחרים, כאשר אחד מתוך ששה גולשים דיווחו כי הם יש להם פרופיל באתר היכרויות כלשהו.



**תרשים 4.1: "האם את/ה משתמש/ת בשירותים האינטרנטיים הבאים, ואם כן, באיזו תדירות?"; (n=478).**

בהמשך, ביקשנו לבדוק את אופי הפעילות ברשתות החברתיות. זאת, משום שעיקר הדיון על זיכרונות דיגיטליים עוסק בגישה לתכנים מסוגים שונים שהועלו אל הרשתות החברתיות. לכן, חשוב לדעת מהו אופי הפעילות של הגולשים ברשתות החברתיות כאינדקציה לסוג התכנים שהם עשויים להשאיר בחשבונותיהם אחרי מותם.

גולשים שדיווחו שיש להם פרופיל ברשת חברתית (91% מהמדגם) נשאלו "האם במהלך השבועיים האחרונים עשית ברשתות החברתיות את הפעולות הבאות?":

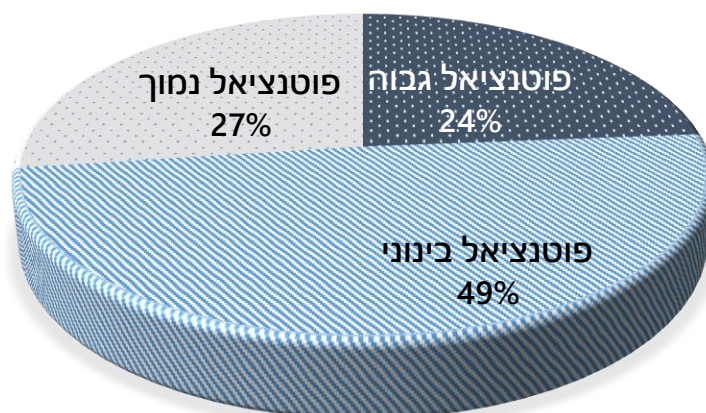


**תרשים 4.2: "האם במהלך השבועיים האחרונים עשית ברשתות החברתיות את הפעולות הבאות?"; (בקרב הפעילים ברשת חברתית כלשהי, n=434).**

הגולשים בעלי הפרופילים ברשתות החברתיות הם משתמשים פעילים ומעורבים. 99% מבעלי הפרופילים ביצעו פעולה כלשהי בפרופיל שלהם בשבועיים האחרונים. כאשר בוחנים את אופי הפעילות, הממצאים מלמדים שהפעולות הנפוצות ביותר הן פעולות המאופיינות ברמת מעורבות נמוכה, כלומר כזו שאינה כרוכה בהעלאת תכנים אישיים. הפעולות הנפוצות הן קריאת תכנים של אחרים או לחיצה על כפתור ה"אהבתי" או "לשתף". בתדירות נמוכה יותר, הגולשים דיווחו על פעילות של יצירה ושיתוף של תכנים מקוריים, כאשר 64% העלו תוכן מילולי ו-48% העלו תמונות. לפעילות זו יש פוטנציאל להפוך לזיכרונות דיגיטליים, ולכן ביקשנו לחשב את מה שאנחנו מגדירים "פוטנציאל הזיכרונות הדיגיטליים" של הגולשים הישראליים על סמך הנתונים של שתי השאלות הראשונות. חישוב הפוטנציאל התבסס על אופי הפעילות ברשתות החברתיות, כאשר העלאת תכנים עצמאיים (פוסטים, תמונות) בתדירות גבוהה סווגה כמעידה על פוטנציאל גבוה; תגובה בתדירות גבוהה לתוכן שהעלו אחרים באמצעות Like או Share סווגה כמעידה על פוטנציאל בינוני; קריאה של תכנים של אחרים ללא תגובה סווגה כמעידה על פוטנציאל נמוך. במקביל, נתנו ניקוד לתדירות השימוש בשלושת השירותים האחרים – דוא"ל, שירותי ענן ואתרי היכרויות – סכמנו אותו על פי תדירות השימוש, וסיווגנו את הפוטנציאל בהתאם לסכום – גבוה, בינוני ונמוך. שני המרכיבים האלו שוקללו ביחד לפוטנציאל זיכרונות דיגיטליים משוקלל.<sup>147</sup> התרשים הבא מציג את התפלגות הפוטנציאל בקרב כלל המדגם:

<sup>147</sup> פירוט מלא של חישוב פוטנציאל הזיכרונות הדיגיטליים נמצא בנספח ג.

## פוטנציאל זיכרונות דיגיטליים



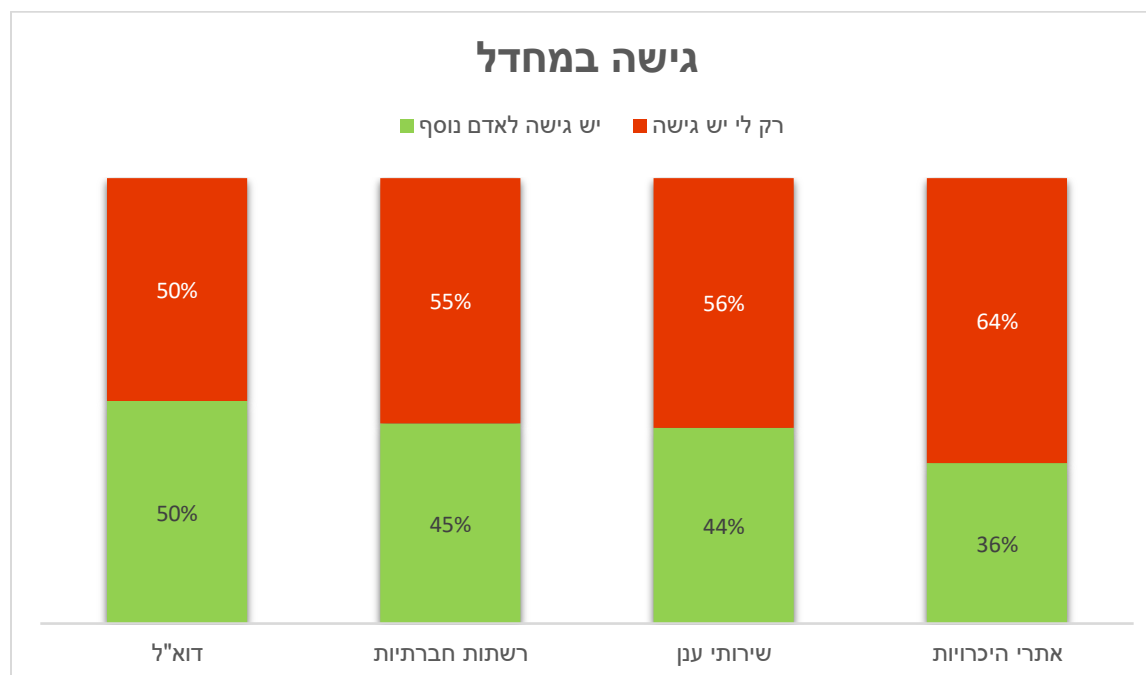
תרשים 4.3: חישוב פוטנציאל השארת הזיכרונות הדיגיטליים על סמך שאלות תדירות השימוש ואופי הפעילות;  
(בקרב כלל המדגם, n=478)

כפי שניתן להתרשם מן הנתונים, לכרבע מהגולשים הישראליים יש נפח פעילות גבוה, כלומר הם פעילים במספר פלטפורמות ומעלים תכנים עצמאיים לרשתות החברתיות, ולכן הם עשויים להשאיר אחרי מותם תכנים רבים. מנגד, כרבע מהגולשים במדגם הם בעלי פוטנציאל זיכרונות דיגיטליים נמוך, כלומר היקף ואופי הפעילות שלהם הוא כזה שמנבא שהם ישאירו אחריהם מעט זיכרונות דיגיטליים ביום מותם. מחצית המדגם נמצאים בתווך שבין הפוטנציאל הגבוה לפוטנציאל הנמוך. יצוין, כי המדד שלפנינו אינו אומד את הערך הסנטימנטלי של התכנים המקוונים, וכי עשוי בהחלט להיות מצב שבו אנשים מעלים מעט תכנים, אך מעט התכנים שהם מעלים הם התכנים היקרים עבורם, שאותם הם ירצו להשאיר למוקירי זכרם. כך או כך, חשוב להדגיש **שכל הגולשים ישאירו אחריהם זיכרונות דיגיטליים**, ולכן שאלת הסדרת הגישה והשימוש בתכנים ובנתונים האלו לאחר מותם רלוונטית לגבי כלל הגולשים הישראליים.

### (2) גישה במחדל

הנושא הבא שביקשנו לבדוק הוא נושא הגישה במחדל – האם ולמי תהיה גישה לנתוני הגולשים לאחר מותם גם ללא הרשאה מפורשת מצד הגולשים המנוחים. ההנחה כאן היא שבדומה לסביבה הלא-מקוונת, יש תכנים שלבני המשפחה (או לעמיתים) תהיה גישה אליהם משום שאינם מוגנים בסיסמה או אמצעי זיהוי אחר, או שהסיסמה ידועה לבני המשפחה. בהיעדר חסם כזה, בני המשפחה יוכלו לגשת אל החשבונות ואל החומרים על ידי הדלקת המחשב או הטלפון החכם וכניסה לממשקי הפלטפורמות השונות, כשם שתהיה להם גישה לחפצים אחרים של המנוחים שלא ננעלו מאחורי מנעולים (או שיש להם את המפתחות למנעולים). לגישה

במחדל יש חשיבות רבה בשאלת הסדרת הגישה לזיכרונות דיגיטליים, משום שגישה זו מתרחשת "מתחת לרדאר" של החוק ושל המתווכים האחרים, והיא עלולה לייצר הסדרה רשמית של הסוגיה בחלק מהמקרים.<sup>148</sup>

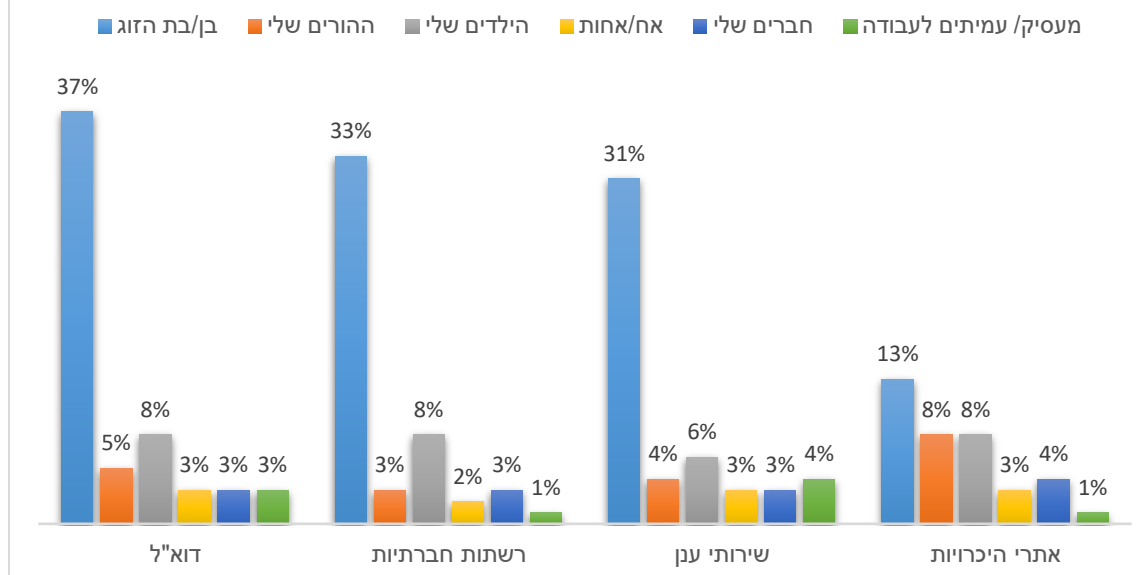


**תרשים 4.4: "במקרה שאין לך אפשרות לגשת לחשבונות האינטרנט, מי יכולה, חוץ ממך, לגשת לחשבונות האינטרנט שלך, ולבצע בהם פעולות חוץ ממך? (בקרב המשתמשים בשירות: דוא"ל n=476; רשתות חברתיות n=434; שירותי ענן n=378; אתרי היכרויות n=73).**

ממצאי הסקר מלמדים כי יש כיום גישה במחדל לחשבונותיהם של כמחצית מהגולשים בשירותי דוא"ל, ברשתות חברתיות ובשירותי ענן. כלומר, במקרה שגולשים אלו ימותו במפתיע, תהיה למישהו מבני משפחתם גישה לחשבונותיהם באמצעות הפעלה של המחשב או הטלפון החכם וכניסה לממשק הרלוונטי. המצב מעט שונה ביחס לאתרי היכרויות – שם רק בכשליש מהמקרים תהיה גישה במחדל. נתון זה אינו מפתיע בהתחשב באופי המובחן של שירות זה, המתמקד באופן מפורש ומוצהר בהיבטים חברתיים הנתפסים כאינטימיים.

<sup>148</sup> עם זאת, יש לזכור שחלק מהפלטפורמות הדיגיטליות, כמו פייסבוק לדוגמה, נוקטים לפעמים אמצעים עצמאיים להגבלת הגישה לחשבונות, גם אם אלו נשארו פתוחים ונגישים לבני המשפחה. כמו כן, כניסה לא מורשית לחשבונות של אחרים עלולה להיחשב לעבירה של חדירה לחומר מחשב, לפי חוק המחשבים, התשנ"ה-1995.

## למי יש גישה במחדל?



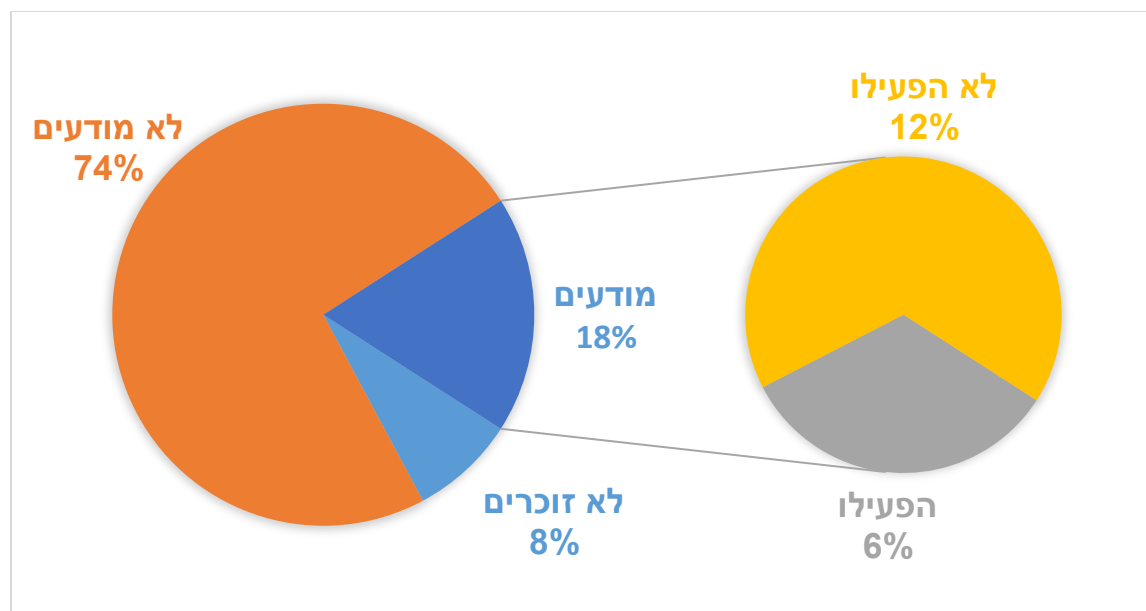
**תרשים 4.5: "במקרה שאין לך אפשרות לגשת לחשבונות האינטרנט, מי יכול/ה, חוץ ממך, לגשת לחשבונות האינטרנט שלך, ולבצע בהם פעולות חוץ ממך?" (בקרב המשתמשים בשירות: דוא"ל n=476; רשתות חברתיות n=343; שירותי ענן n=378; אתרי היכרות n=73).**

כאשר בוחנים את פירוט התשובות בנוגע לגישה במחדל, התשובה הרווחת ביותר היא בן/בת הזוג, אולם ניתן לראות שגם בני משפחה אחרים, חברים ועמיתים הוזכרו כמי שעשויה להיות להם גישה לחשבונות במקרה שבעל החשבון אינו יכול לגשת אליו. עוד נצוין, כי ביחס למשתמשי הדוא"ל, שיעור היהודים שצינו כי יש גישה לאדם נוסף לחשבונותיהם כפול משיעור הערבים שצינו זאת (56% לעומת 27%, בהתאמה), וכי שיעור בני ה-61+ שצינו כי יש גישה לאדם נוסף לחשבונותיהם גבוה משמעותית (69%) ביחס לשאר קבוצות הגיל.

### (3) מודעות לשירותי ניהול זיכרונות דיגיטליים ושימוש בהם

החלק הבא של השאלון עסק באחת משאלות הליבה של הסדרת הגישה לזיכרונות דיגיטליים – המודעות לשירותים הקיימים כיום והשימוש בהם. כאמור, חברות כמו פייסבוק וגוגל מציעות כלים לניהול זיכרונות דיגיטליים. כלומר, הסדרה עצמית באמצעים טכנולוגיים אפשרית כבר היום ביחס לשתיים מהפלטפורמות העיקריות שנבחנו, שהן גם שתי הפלטפורמות שנמצאות בשימוש הרווח ביותר.

המשתתפים בסקר נשאלו את השאלה הבאה: "לחברות כמו פייסבוק וגוגל, המפעילה את תיבת הדואר Gmail, יש מדיניות ניהול חשבונות של משתמשים לאחר מותם. המשתמשים יכולים להגדיר בחייהם מה הם רוצים שיקרה אחרי מותם עם החשבון שלהם. האם את/ה מכיר/ה או שמעת על שירות כזה?". נשאלים שהשיבו ששמעו על השירות נשאלו האם הפעילו אותו. התשובות מופיעות בתרשים הבא:



תרשים 4.6: "לחברות כמו פייסבוק וגוגל, המפעילה את תיבת הדואר Gmail, יש מדיניות ניהול חשבונות של משתמשים לאחר מותם. המשתמשים יכולים להגדיר בחייהם מה הם רוצים שיקרה אחרי מותם עם החשבון שלהם. האם את/ה מכיר/ה או שמעת על שירות כזה?" (בקרוב כלל המדגם, n=478); "האם הפעלת את שירותי ניהול חשבונות של משתמשים לאחר מותם עבור אחד או יותר מהחשבונות האינטרנטיים שלך? כלומר, האם נכנסת להגדרות של החשבון והתאמת אותן למה שאת/ה רוצה שיקרה עם החשבון שלך אחרי מותך?" (בקרוב המודעים לשירות; הנתונים מוצגים ביחס לכלל המדגם)

שיעור המודעות לכלים הקיימים שהחברות גוגל ופייסבוק מציעות נמוך. רק כחמישית מהמשתמשים מודעים לאפשרות להסדיר את נושא הזיכרונות הדיגיטליים בעצמם. כאשר שאלנו את המודעים לשירות האם הם הפעילו אותו, רק כשליש מהם (שהם 6% מכלל המדגם) השיבו בחיוב.<sup>149</sup> המשמעות של שני נתונים אלו היא שהמודעות לשירות היא נמוכה, ושמודעות אינה תנאי מספיק להנעה לפעולה, שכן שניים מכל שלושה מודעים לשירות בחרו שלא להפעילו. עוד נציין, כי המודעות לשירות נמוכה באופן מובהק בקרב גילאי 61+: רק 4% מהם מודעים לשירות. זהו נתון חשוב שיש לתת עליו את הדעת, משום שאלו האנשים שמתקרבים לסוף החיים, ושיעור התמותה בקרבם גבוה באופן טבעי.<sup>150</sup>

בהקשר הזה נציין, כי על פי דוח של חברת בזק מנובמבר 2017,<sup>151</sup> שליש מהמשיבים בסקר שם השיבו שביקרו בחשבון פייסבוק של מישהו שנפטר כאשר החשבון ממשיך להיות פעיל. כלומר, לפי ממצאי דוח בזק, התופעה של חשבונות "מיותמים" שממשיכים להיות פעילים ולא הפכו להיות מונצחים אינה נדירה. עם זאת, לאור המודעות הנמוכה לאפשרות של הסבת החשבונות לחשבונות מונצחים, כפי שעולה מהממצאים שהבאנו כאן,

<sup>149</sup> סקר של ה-Digital Death Association העלה ממצא דומה. ראו לעיל ה"ש 134.

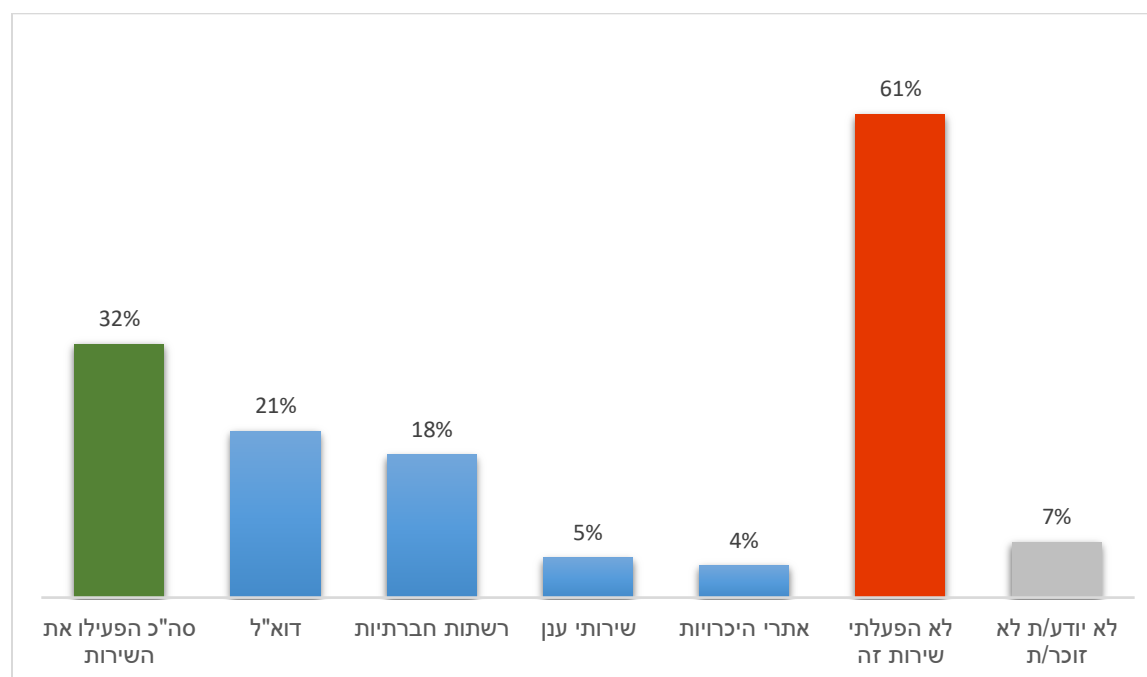
<sup>150</sup> בישראל, נכון ל-2015, למעלה מ-80% מהנפטרים הם בגילאי 61+, על פי נתוני למ"ס. ראו: [http://www.cbs.gov.il/shnaton68/st03\\_27.pdf](http://www.cbs.gov.il/shnaton68/st03_27.pdf).

<sup>151</sup> <https://www.isoc.org.il/sts-data/24070> ; [https://www.bezeq.co.il/media/PDF/internetreport\\_2017.pdf](https://www.bezeq.co.il/media/PDF/internetreport_2017.pdf)

אנו מציעים לקרוא את הממצא הזה בזירות, שכן יתכן שאותם גולשים ביקרו בחשבונות מונצחים ולא בחשבונות פעילים.

ביקשנו להבין את הסיבות להפעלת השירות, ושאלנו את המשיבים שהפעילו את השירות את השאלה הפתוחה הבאה: "מדוע בחרת להפעיל את שירותי ניהול חשבונות של משתמשים לאחר מותם באחד או יותר מהחשבונות האינטרנטיים שלך?". לדברי הגולשים, הסיבות העיקריות להפעלת השירות הן רצון לאפשר המשך גישה למידע. המשיבים ענו תשובות בנוסח "אני מניח שבחשבונות שלי יש מידע שהמשפחה שלי צריכה (קבלות, תכתובות וכדומה)" או "שאם אני אמות תהיה גישה לחשבונות שלי", וכמו כן הוזכרו סקרנות לגבי הכלי ("לבדוק את האופציה") ונוחות השימוש כסיבות להפעלת השירות, אם כי בשיעורים נמוכים יותר.<sup>152</sup> הסיבות העיקריות שצוינו כחסמים להפעלת השירות בקרב המשיבים המודעים לשירות שבחרו לא להפעילו היו דחינות וחוסר רצון לטפל בנושא שנתפס כלא נעים.

בנוסף, בדקנו עבור איזו פלטפורמה הופעל השירות, והתשובות היו בעיקר דוא"ל ורשתות חברתיות, וניתן להניח שהכוונה היא לגוגל ולפייסבוק שהן החברות שמציעות שירות כזה:

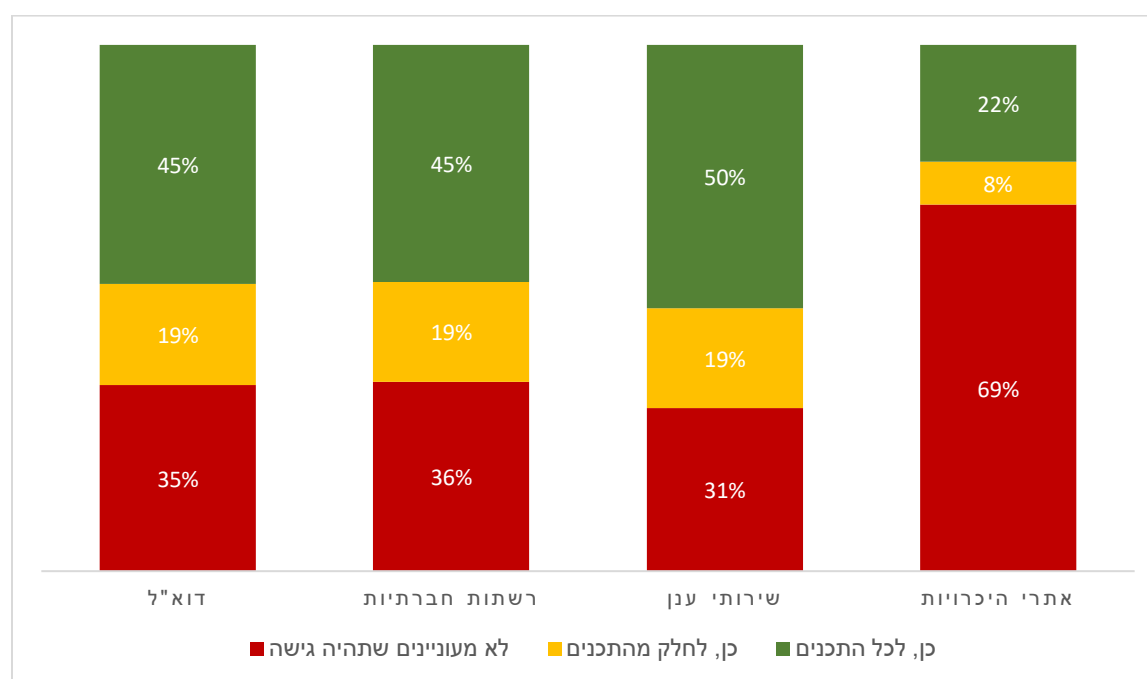


**תרשים 4.7: "האם הפעלת את שירותי ניהול חשבונות של משתמשים לאחר מותם עבור אחד או יותר מהחשבונות האינטרנטיים שלך? כלומר, האם נכנסת להגדרות של החשבון והתאמת אותן למה שאת/ה רוצה שיקרה עם החשבון שלך אחרי מותך?" (בקרב המודעים לשירות; n=86)**

<sup>152</sup> בשל מספר המשיבים הנמוך על שאלה זו (n=26), יש להתייחס לנתונים אלו בזהירות.

#### (4) תפיסות ביחס לגישה לזיכרונות הדיגיטליים ואפשרויות הסדרת הגישה אליהם

שאלת המפתח בנושא ניהול הגישה לזיכרונות הדיגיטליים היא מה רצונם של הגולשים, שהם יצרני התכנים ומי שמורשים לשלוט במידע בחייהם, באשר לגישה לזיכרונות הדיגיטליים שלהם לאחר מותם. על כן, שאלנו את הגולשים האם הם היו רוצים שלמישהו תהיה גישה כלשהי – חלקית או מלאה – לחשבונותיהם לאחר מותם. חשוב להדגיש – מוקד השאלה הוא הרצון של המשתמשים ונקודת המבט שלהם ביחס למה הם היו רוצים שיעלה בגורל החשבונות שלהם. זאת, משום שלהבנתנו, התכנים והנתונים המצטברים בסביבה הדיגיטלית הם חלק מזכויות אישיות של המשתמשים, והמשתמשים הם אלו שצריכים ויכולים להכריע מה יעלה בגורלם. על כן נרחיב בפרק 5. לקניין צריכה להיות המשכיות, מאחר שהנכסים עדיין קיימים; זיכרונות דיגיטליים אינם מחייבים המשך בעלות, ויכולים להתפוגג.



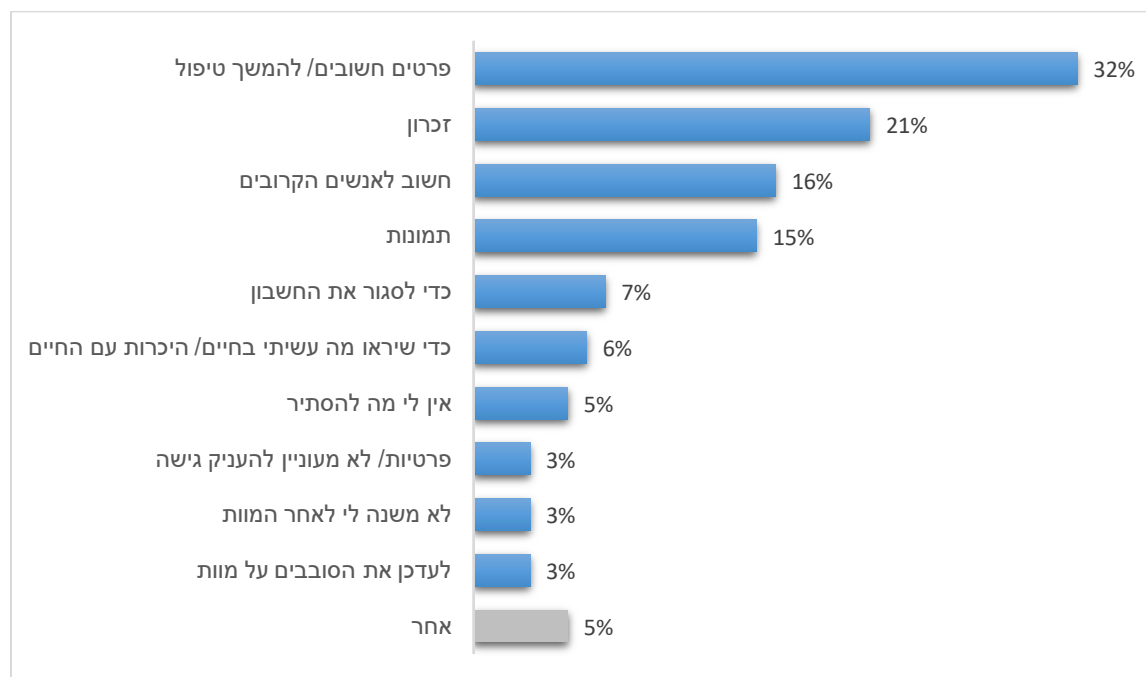
**תרשים 4.8: האם היית רוצה שלאחר מותך תהיה למישהו גישה לחשבונות שלך בשירותים האינטרנטיים הבאים? (בקרב המשתמשים בשירות: דוא"ל n=476; רשתות חברתיות n=343; שירותי ענן n=378; אתרי היכרויות n=73).**

תשובות הגולשים בעניין הגישה לזיכרונות הדיגיטליים מלמדות על שונות גדולה הן ביחס לרצונות של הגולשים והן ביחס לסוג הפלטפורמה הדיגיטלית. תשובות הגולשים ביחס לגישה לחשבונות דוא"ל, לרשתות חברתיות ולשירותי ענן מצביעות על גישות שונות ואף מנוגדות. כמחצית מהמשתמשים בשירותים אלו היו מעוניינים לתת גישה מלאה לחשבונותיהם לאחר מותם, אולם כשליש מהמשתמשים בשירותים אלו מציגים עמדה הופכית לחלוטין השוללת כל גישה לחשבונות לאחר מותם. בתוואי, נמצאת קבוצה של כ-19% המציגים עמדה מורכבת לפיה הם מעוניינים להעניק גישה לחלק מהתכנים בחשבונותיהם, אבל לא לכל התכנים. עם זאת, התפלגות עמדות הגולשים ביחס לשלוש הפלטפורמות האלו דומה. זאת, בניגוד להתפלגות הרצונות של המשתמשים באתרי היכרויות שהיא שונה בהשוואה לשאר הפלטפורמות. ביחס לשירות זה ניתן לראות

התנגדות גורפת יחסית (כ-70%) למתן גישה לחשבונות לאחר המוות, כאשר כ-30% הביעו רצון לתת גישה מלאה או חלקית לחשבונותיהם.<sup>153</sup>

משמעות הממצאים האלו היא שקשה למצוא פתרון אחד שיתאים לכל המשתמשים בכל השירותים. הרצונות של המשתמשים מגוונים ומשתנים בהתאם לסוג השירות והמידע המצוי בו. על כן, הסדרה עצמית של המשתמשים עצמם במהלך חייהם מסתמנת כפתרון המוצלח ביותר. נקודה זו מובילה לשאלה הבאה, העוסקת בכוונת שימוש בכלי טכנולוגי שבו המשתמש קובע במהלך חייו מה יעלה בגורל הזיכרונות הדיגיטליים שלו.

ביקשנו להבין טוב יותר את השיקולים במתן או אי-מתן גישה לחשבונות לאחר המוות, ולכן שאלנו את המשיבים השונים מספר שאלות פתוחות, על סמך הרצונות שהביעו ביחס לשאלה זו. את הגולשים שהשיבו כי הם מעוניינים במתן גישה מלאה לאחד או יותר מחשבונותיהם שאלנו "מדוע אתה/רוצה שלמישהו תהיה גישה אחרי מותך לחשבונות שציינת?"



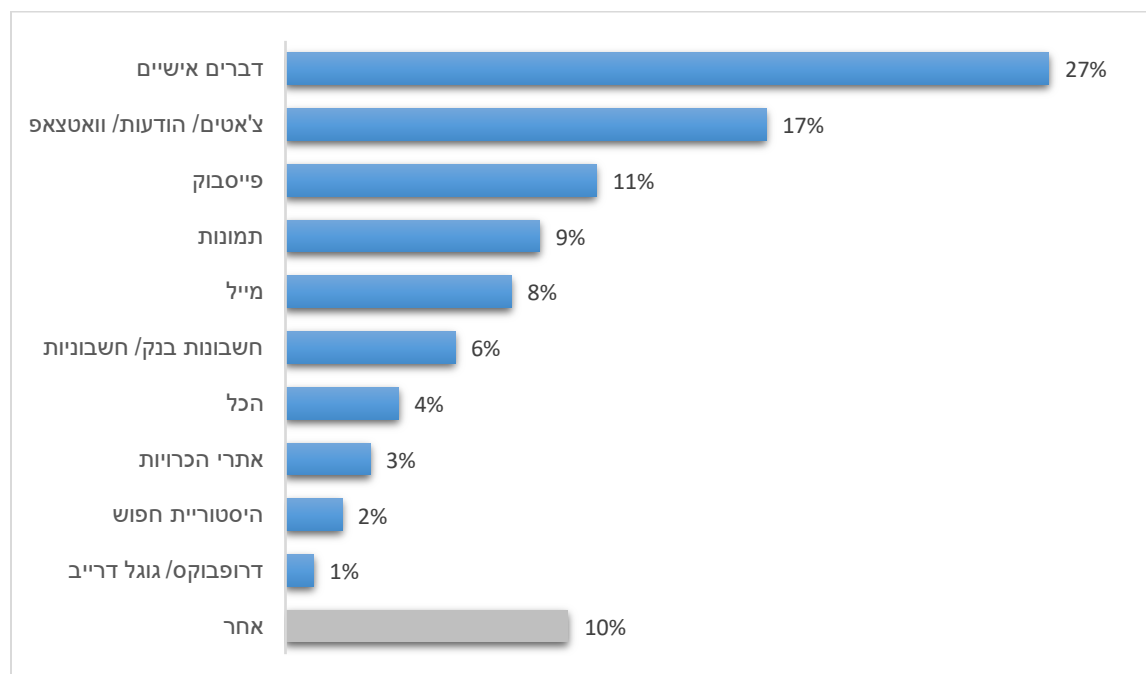
**תרשים 4.9: "מדוע אתה/רוצה שלמישהו תהיה גישה אחרי מותך לחשבונות שציינת?" (בקרב מי שהשיבו שהם מעוניינים להעניק גישה מלאה לפחות לאחד מחשבונותיהם, n=350).**

הסיבות העיקריות שהגולשים ציינו למתן גישה לחשבונותיהם הן סיבות פרקטיות – החשבונות מכילים מידע חשוב, והם רוצים שלבני המשפחה תהיה גישה אליו כדי להמשיך את הטיפול בו. סיבות בולטות נוספות קשורות למה שניתן לכנות "מורשת אישית", כלומר חומרים שיכולים להזין זיכרונות אישיים של מוקירי זכרו של המת ופרטים שיכולים להוות עדות לפעילות של המת בחייו.

<sup>153</sup> ממצאי הסקר של ה-Digital Death Association מ-2017 מלמדים גם הם על שונות רבה ברצונות של הגולשים. לפי הסקר, כ-28% השיבו שהיו רוצים שחשבונותיהם ימשיכו להיות פעילים לאחר מותם; 24% השיבו שהם רוצים שחשבונותיהם לא יהיו פעילים לאחר מותם והיתר לא הביעו עמדה נחרצת. יצוין כי שאלת הגישה לחשבון לא נשאלה בצורה מפורשת. ראו לעיל 134.

מנגד, כשליש מהמדגם הציגו עמדה ברורה ונחרצת השוללת גישה לזיכרונות הדיגיטליים שלהם, ועוד כחמישית מהמדגם הציגו עמדה מורכבת בנוגע לגישה לזיכרונות הדיגיטליים – הם מוכנים לאפשר גישה רק לחלק מהתכנים ולא לכולם. ביקשנו, אם כן, להבין טוב יותר את אופי ההתנגדות למתן גישה למידע ומניעה. נציג קודם את התשובות ביחס לתכנים שהגולשים אינם מעוניינים לשתף ולאחר מכן את הסיבות לאי-מתן גישה גורפת למידע.

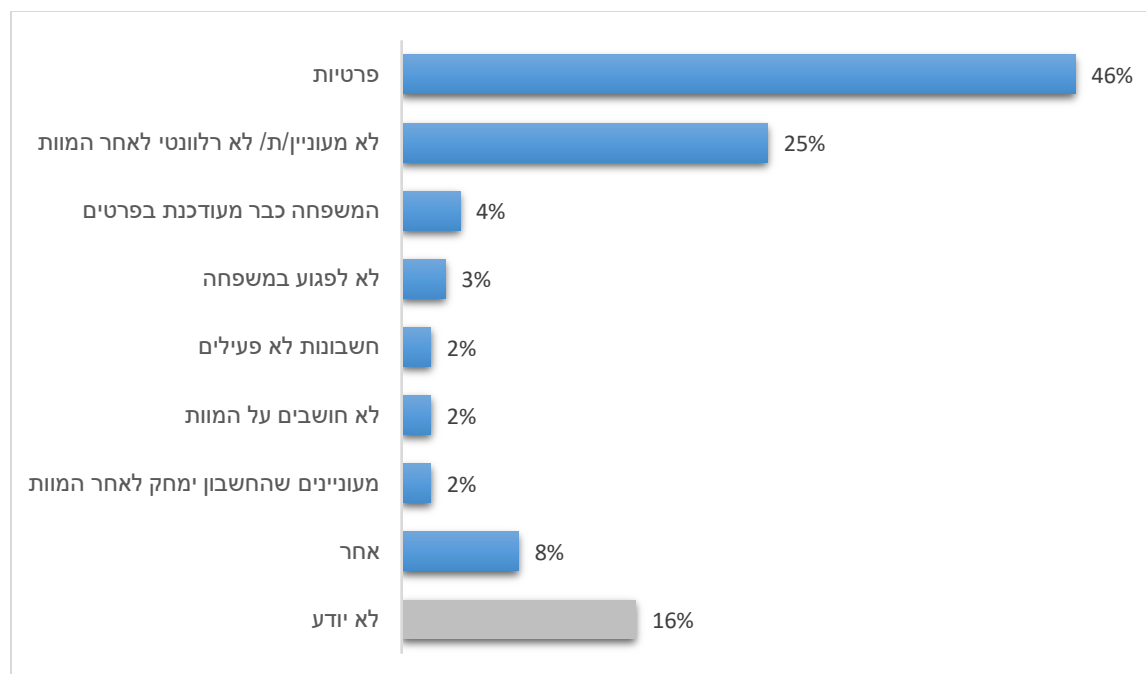
שאלנו את המשיבים שצינו לפחות ביחס לפלטפורמה אחת שהם מעוניינים לאפשר **גישה חלקית** לאילו תכנים הם לא רוצים שלמישהו אחר תהיה גישה.



**תרשים 4.10: "לאיזה תכנים את/ה לא רוצה שלמישהו אחר תהיה גישה אחרי מותך בחשבונות שציינת?" (בקרוב מי שהשיבו לפחות ביחס לפלטפורמה אחת שהם היו מעוניינים לאפשר גישה רק לחלק מהתכנים, n=135).**

כאשר מנתחים את אופי המידע שאליו לא היו רוצים המשתמשים לתת גישה, ניתן לאפיינו כמידע הנתפס כאישי, לרבות שיחות אישיות – אחד על אחד – בצ'אטים או בשירותי הודעות של הרשתות החברתיות או של יישומונים כמו וואטסאפ. כלומר, בצד התכנים שהמשתמשים בחרו לשתף במהלך חייהם, יש תכנים שיש להם עקבות דיגיטליים שאותם הגולשים היו מעדיפים לשמור באותה רמת חשיפה כפי שהיה במהלך חייהם. נתונים אלו צריכים להילקח בחשבון ביחס לפתרונות ההסדרה השונים, ונרחיב על כך בפרקים הבאים.

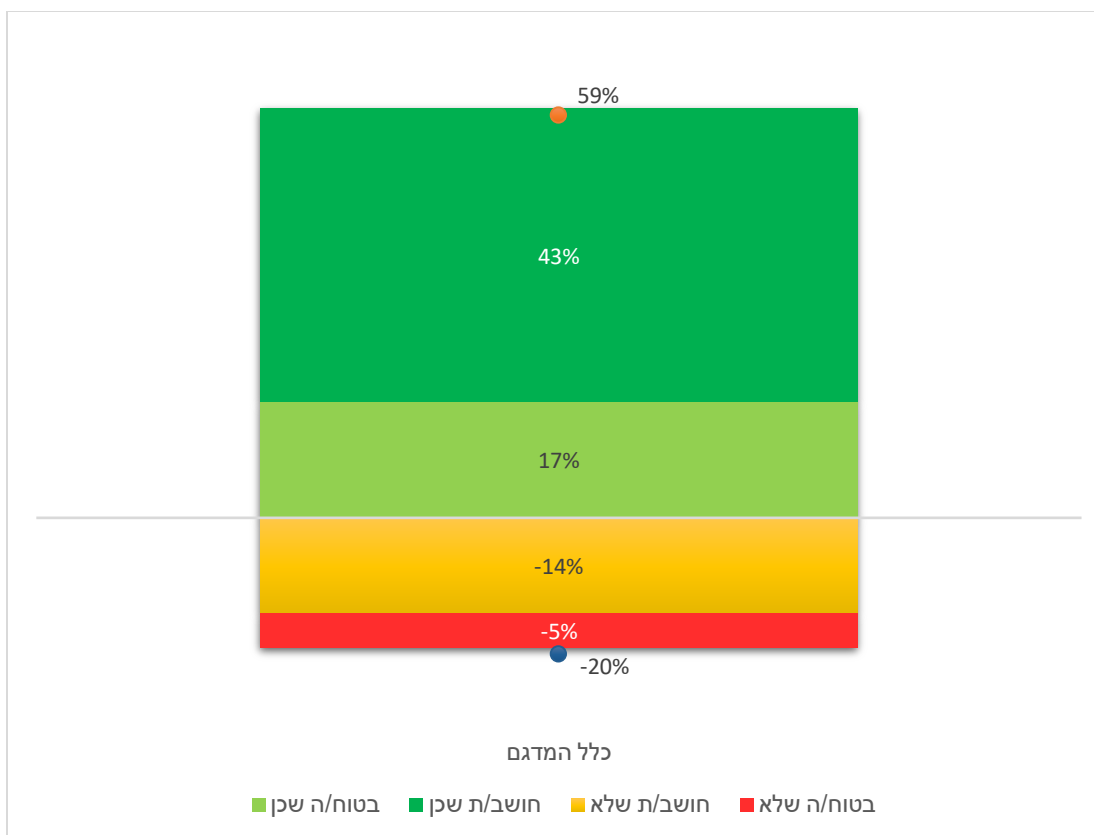
באשר לסיבות לחסימת גישה לזיכרונות הדיגיטליים, שאלנו את המשיבים שצינו לפחות ביחס לפלטפורמה אחת שהם לא מעוניינים להעניק גישה לחשבונותיהם לאחר מותם "מדוע את/ה לא רוצה שלמישהו תהיה גישה אחרי מותך לחשבונות שציינת?":



**תרשים 4.11: "מדוע את/ה לא רוצה שלמישהו תהיה גישה אחרי מותך לחשבונות שציננת?" (בקרוב מי שאינם מעוניינים להעניק גישה לפחות לאחד מחשבונותיהם, n=229).**

כפי שניתן לראות, הסיבה העיקרית בגינה הגולשים אינם מעוניינים להעניק גישה לחשבונותיהם לאחר מותם היא פרטיותם. זהו נתון חשוב שמשמעותו היא כי לידים של גולשים אלו, הפרטיות "שורדת" את המוות, והיא חשובה להם גם לאחר מותם. כלומר, למרות שכזכות משפטית הפרטיות "מתה" עם מות האדם, אנחנו רואים שלפחות בחלק מהמקרים, יש ציפייה לפרטיות גם לאחר המוות.

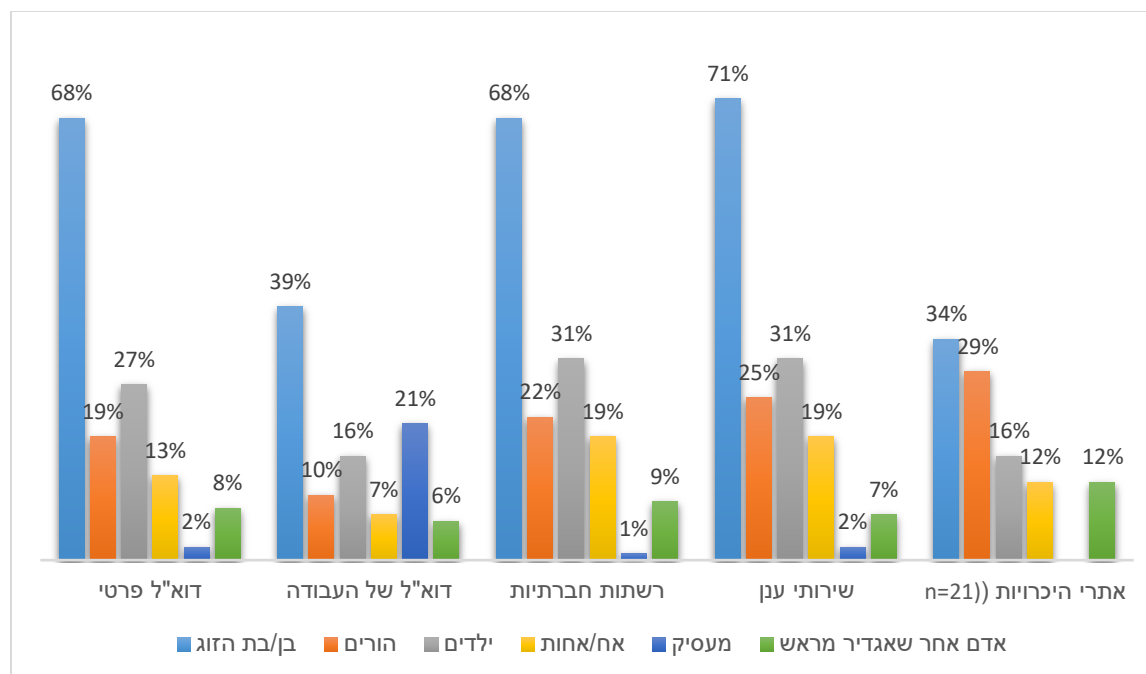
אם כן, כפי שראינו קודם, מרבית הגולשים אינם מודעים לקיומו של שירות ניהול זיכרונות דיגיטליים. עם זאת, חשוב לברר האם קיומו של כלי כזה הוא בכלל דבר רצוי. על כן, לאחר שהצגנו בפניהם את השירות, שאלנו את המשיבים "האם נראה לך שתשתמש/י בשירות כזה?".



**תרשים 4.12:** "ועכשיו, כשנודע לך שמשתמשים בשירותים כמו פייסבוק או Gmail יכולים להגדיר בחייהם מה הם רוצים שיקרה אחרי מותם עם החשבון שלהם, בהתאם למדיניות החברה בנושא, האם נראה לך שתשתמש/י בשירות כזה?"; משתמשים מודעים לשירות נשאלו: "האם נראה לך שתשתמש/י בשירות כזה?" (בקרוב כלל המדגם, n=478).

הרעיון להשתמש בכלי טכנולוגי של הפלטפורמה האינטרנטית לניהול עצמי של הזיכרונות הדיגיטליים לפני המוות תואם את גישתם של מרבית המשיבים – כ-60% מהם הביעו כוונה להשתמש בשירות כזה, לעומת 20% שהשיבו שאין להם כוונה להשתמש בשירות. במילים אחרות, על פניו, האפשרות לנהל את הזיכרונות הדיגיטליים באמצעים טכנולוגיים ייעודיים של הפלטפורמות השונות נתפסת כאפשרות טובה ורצויה. עם זאת, את הנתון הזה צריך לקרוא בהשוואה לנתוני ההפעלה בפועל של השירות, שם, כזכור, רק כשליש מהמודעים הפעילו את השירות. כלומר, קיים פער בין הצהרת הכוונות לבין מימושן בפועל, ויש לתת עליו את הדעת בבואנו לחשוב על פתרונות הסדרה של הנושא. כוונת השימוש בשירות גבוהה יותר בקרב בני 35-40 (79%) בהשוואה לקבוצות גיל אחרות.

בנוסף, שאלנו את המשיבים שהיו מעוניינים להעניק גישה לחשבונותיהם לאחר המוות, למי הם היו מעוניינים להעניק גישה לשיירים הדיגיטליים שלהם.



**תרשים 4.13:** "מבין השירותים הבאים בהם את/ה משתמש/ת, למי היית מעוניינת שתהיה גישה אליהם לאחר מותך?" (בקרב המעוניינים שתהיה גישה לחשבון לאחר המוות: דוא"ל פרטי או של העבודה n=311; רשתות חברתיות n=280; שירותי ענן n=264; אתרי היכרויות n=21<sup>154</sup>).

גם במקרה הזה, נמצאו הבדלים בין היחס לשירותים השונים, כאשר קיים דמיון מסוים בהתפלגות התשובות לגבי דוא"ל פרטי, רשתות חברתיות ושירותי ענן. ביחס לשירותים אלו, התשובה הרווחת ביותר היא מתן גישה לבן/בת הזוג של המשתמש המנוח. בני משפחה אחרים הוזכרו גם הם, אבל בתדירות נמוכה יותר. עם זאת, חשוב לציין כי **מרבית המשיבים לא ציינו את הוריהם** (או את ילדיהם) כמי שהם מעוניינים שתהיה להם גישה לחשבונות לאחר המוות. חשוב לזכור את הנתון הזה, שכן רוב הבקשות שהגיעו לבתי המשפט בעניינים אלו (בארצות הברית וגרמניה, למשל), הגיעו מצד הורים שביקשו לגשת לחשבונות של ילדיהם שהלכו לעולמם.

באשר לדוא"ל של מקום העבודה, כחמישית מהמשיבים ביקשו להעניק גישה למעסיק, אולם מתן גישה לבן/בת הזוג הוזכר בשיעור כמעט כפול. זהו נתון מעניין שמלמד על תפיסת הדוא"ל של מקום העבודה כמשהו שיש לו נגיעה בראש ובראשונה לעניינים פרטיים ומרמז על עירוב השימושים בכלי זה. נתונים אלו מצביעים על כך שלפחות לתפיסת המשתמשים, הדוא"ל של העבודה הוא גם פרטי, ומבחינתם יש להעניק גישה בראש ובראשונה לבן/בת הזוג ורק לאחר מכן למעסיק.<sup>155</sup>

<sup>154</sup> בשל מספר המשיבים הנמוך, יש להתייחס בזהירות לממצאים ביחס לאתרי היכרויות.

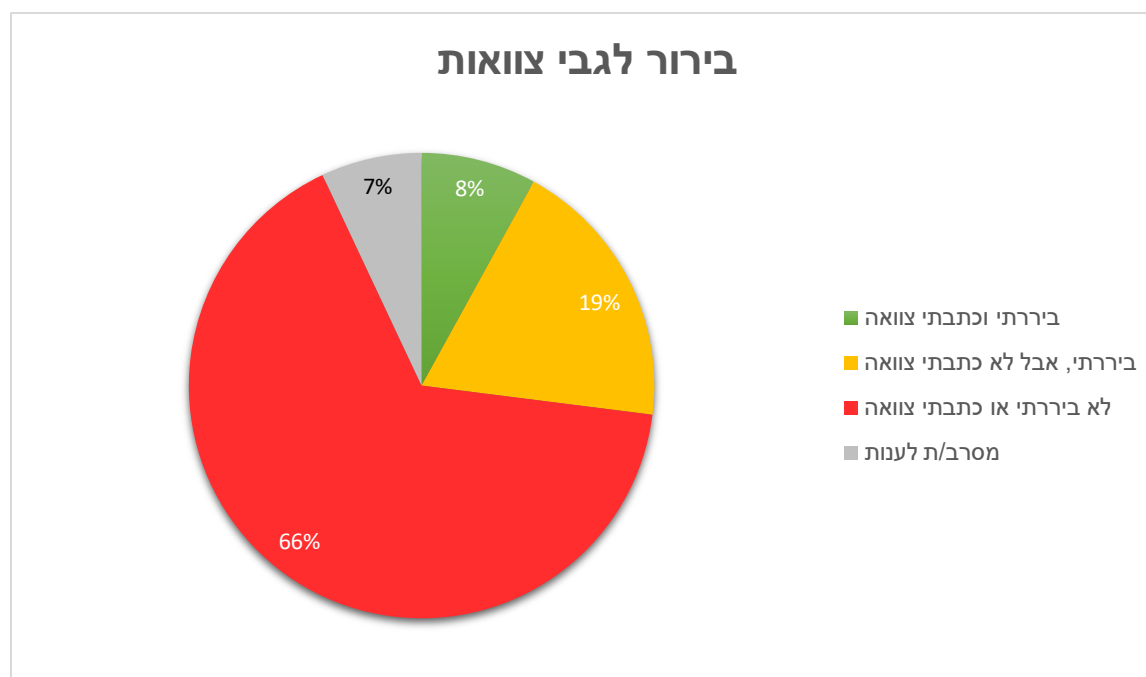
<sup>155</sup> נקדים ונאמר כי עמדות אלה מתאימות לגישת בית הדין הארצי לעבודה בקשר לפרטיות בתיבות דוא"ל במקום העבודה, נושא שנדון בו בפרק 5.

הנתונים לגבי אתרי היכרויות מלמדים, שזו פלטפורמה שנתפסת כאחרת מפלטפורמות אחרות. בהתאם, הסדרת הגישה לזיכרונות הדיגיטליים באתרי היכרויות צריכה להביא בחשבון את המאפיינים הייחודיים של ממשקים אלו.

מעניין לציין שכמעט כל היהודים שציינו כי יהיו מעוניינים שלמישהו תהיה גישה כלשהי לחשבונותיהם (95%), ציינו אדם נוסף שהיו מעוניינים להעניק לו גישה לחשבון הרשת החברתית שלהם. זאת, בהשוואה לכשני שלישים בקרב הערבים. כלומר, הלאום הוא משתנה מבחין בתפיסות ביחס לשיתוף במידע ברשתות חברתיות לאחר המוות, כאשר גולשים מהחברה הערבית נוטים פחות לרצות לשתף במידע. נתון זה הוא עדות נוספת לשונות ברצונות הגולשים ולחשיבות הדמוגרפיה להתאמת הפתרונות השונים.

## (5) עיסוק בשאלות של ניהול סוף החיים

לסיום, שאלנו מספר שאלות רקע כדי להבין את הגישות וההתנהגויות של המשתמשים ביחס לניהול סוף החיים ומחשבות על החיים בלעדיהם. שאלות אלו שימשו אותנו לצורך ניתוח הנתונים, ואנו רואים חשיבות להתייחסות אליהם כדי להבין באופן מקיף יותר את התפיסות וההתנהגויות של אנשים ביחס לסוף החיים והמוות. על כן, שאלנו את המשתתפים "האם ביררת מה יקרה אחרי מותך עם הנכסים שלך כמו חשבונות בנק, דירה, רכב וכו' ו/או כתבת צוואה?"

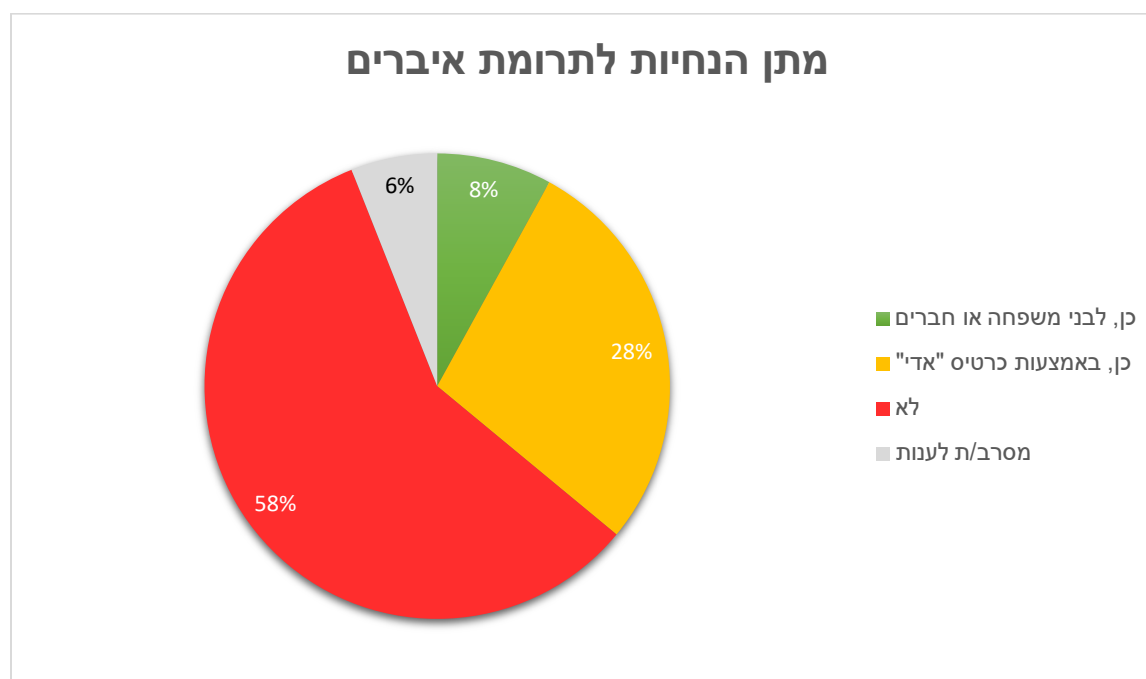


תרשים 4.14: "האם ביררת מה יקרה אחרי מותך עם הנכסים שלך כמו חשבונות בנק, דירה, רכב וכו' ו/או כתבת צוואה?" (בקרוב כלל המדגם, n=478).

28% מהמשיבים ביררו את המצב המשפטי בנוגע לצוואה והורשת הנכסים הגשמיים שלהם, כאשר כשני שלישים מאלו שביררו את הנושא (19% מהמדגם) לא כתבו צוואה. הסברים אפשריים לבחירה שלא לכתוב

צוואה יכולים להיות (א) שלאחר הבירור, ההסדר הקיים של דיני הירושה הניח את דעתם, או (ב) שהעיסוק בנושא הצריך מהם משאבים כאלו ואחרים והם העדיפו לא להמשיך ולעסוק בכך. 8% מהמשיבים נקטו פעולה אקטיבית וניסחו צוואה, כלומר השקיעו זמן, מחשבה ומשאבים לניהול היום שאחרי מותם, וטרחו להביע את רצונותיהם ביחס לנכסיהם בני ההורשה. עם זאת, כשני שלישים מהמשיבים לא ביררו ולא כתבו צוואה, כלומר, לפי שעה, העדיפו שלא לטפל בנושא. באופן לא מפתיע, ככל שעולה הגיל, עולה גם שיעור המשיבים שצינו כי הם ביררו את סוגיית הצוואה ואף כתבו צוואה: כמחצית מבני גיל 51-60 ביררו בנושא צוואה, וכשליש מאלו שביררו גם כתבו צוואה. בקרב בני 61+ נתון זה גבוה עוד יותר, כאשר 69% מתוכם ביררו בנושא צוואה וכשני שלישים מאלו שביררו, גם כתבו צוואה.

בנוסף, ביקשנו לבדוק האם המשיבים השאירו הנחיות לגבי תרומת איברים. החוק בעניין תרומת איברים פחות נחרץ בהשוואה להורשת נכסים חומריים או פיננסיים, אולם זה תחום נוסף שבו האדם החי יכול להשאיר הנחיות בנוגע לגורלו או גורל גופו.

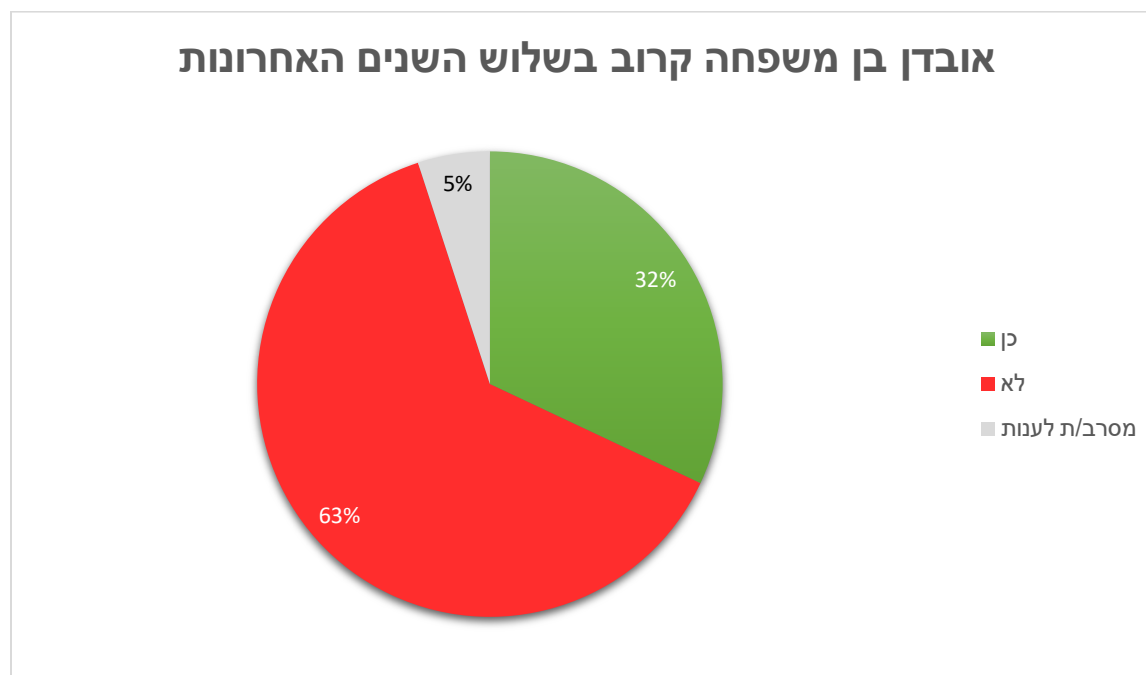


**תרשים 4.15: "האם נתת למישהו הנחיות בנוגע לתרומת איברים, אם חס וחלילה יקרה לך משהו?" (בקרב כלל המדגם, n=478).**

אחד מכל שלושה משיבים השאיר הנחיות כלשהן לגבי תרומת איברים, כאשר כ-77% מאלו שהשאירו הנחיות (28% מכלל המדגם) עשו זאת באמצעות כרטיס "אדי". כמו ביחס לתכנון הירושה החומרית והפיננסית, גם במקרה הזה, מרבית המשיבים לא השאירו הנחיות בנוגע לתרומת איברים, אם כי בשיעור נמוך יותר. ניתן לשער

שהקמפיין הציבורי בעניין החתימה על כרטיס "אדי", כמו גם התפיסה של המהלך כמעשה אלטרואיסטי סייעו להעלאת המודעות והנעה לפעולה, קרי השארת הנחיות על תרומת איברים.<sup>156</sup>

לבסוף, שאלנו את המשיבים האם הם חוו מוות של קרוב משפחה מדרגה ראשונה בשלוש השנים האחרונות. ההנחה בעניין זה הייתה שאלו שהתמודדו עם אובדן של בן משפחה בשלוש השנים האחרונות כבר נדרשו למעשה לשאלות של זיכרונות דיגיטליים ויש להם עמדות יותר מוצקות בנושא, בהשוואה למי שטרם נדרשו לעסוק בכך.



תרשים 4.16: "האם חווית אובדן של בן משפחה קרוב משלוש השנים האחרונות? (בקרב כלל המדגם, n=478)"

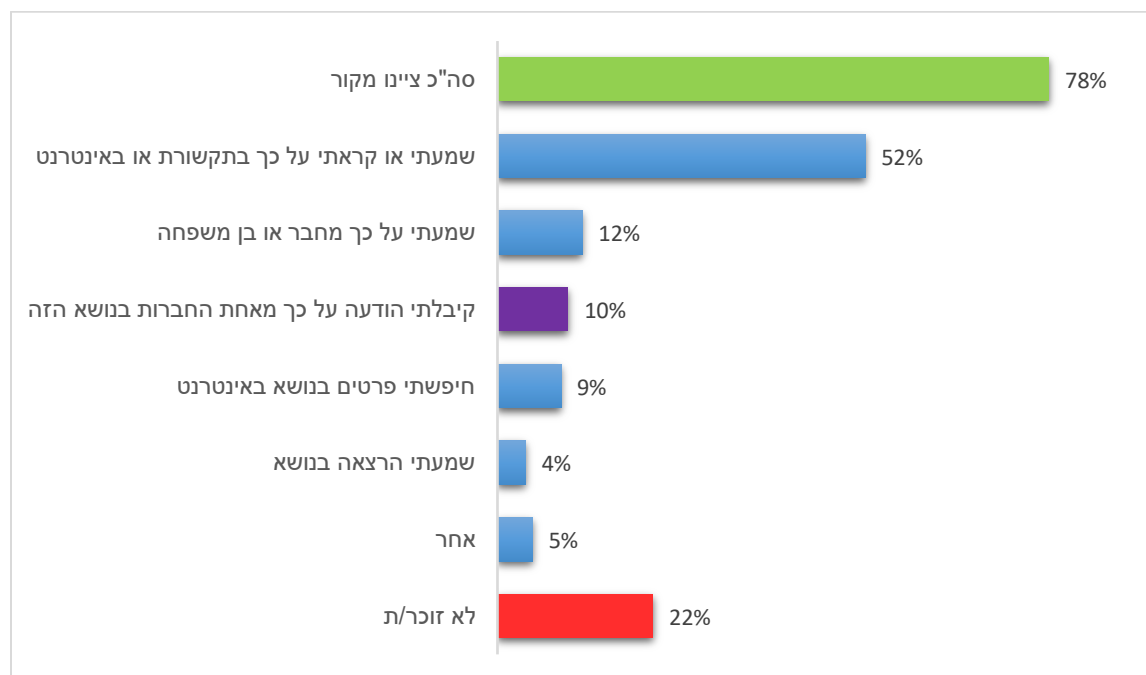
כפי שניתן לראות בתרשים, כשליש מהמשיבים חוו אובדן בשלוש השנים האחרונות. עם זאת, ניתוח הנתונים לא מלמד על הבדלים מובהקים בגישתם לנושא בהשוואה לאלו שלא חוו אובדן אישי קרוב בשנים האחרונות, בניגוד להשערתנו.

## (6) יידוע המשתמשים על קיומם של כלים אינטגרליים לניהול זיכרונות דיגיטליים

לסיום, בדקנו כמה עניינים שקשורים למעטפת של מדיניות ההסדרה בנושא הזיכרונות הדיגיטליים. כאמור, לגוגל ולפייסבוק יש כלים, המוטמעים במערכות שלהם, לניהול הגישה לתכנים של המשתמשים לאחר מותם (וכפי שראינו, המודעות לכלים האלו נמוכה). ביקשנו לבדוק איך למדו המשתמשים המודעים על קיומם של

<sup>156</sup> לדיון בהשפעה של בררת המחדל על תרומת איברים ראו אורלי אלמגור-לוטן, מרכז המחקר והמידע של הכנסת, **מודלים של הסכמה לתרומות איברים** (2011).

הכלים הקיימים, ושאלנו: "האם את/ה זוכר/ת איך שמעת על שירותי ניהול חשבונות של משתמשים לאחר מותם? מאיפה את/ה מכיר/ה את השירות?".



**תרשים 4.17: "האם את/ה זוכר/ת איך שמעת על שירותי ניהול חשבונות של משתמשים לאחר מותם? מאיפה את/ה מכיר/ה את השירות?" (בקרוב המודעים לשירות, n=86).**

כפי שניתן לראות, רק 10% מהמודעים לשירותי ניהול הזיכרונות הדיגיטליים ציינו שהם למדו על השירות באמצעות הודעה מאחת החברות בנושא. שאר המודעים למדו על השירות באמצעים אחרים, כמחציתם באמצעות אמצעי התקשורת.

המסקנות העולות מנתונים אלו הן: (א) הפלטפורמות הדיגיטליות אינן עושות כיום מספיק כדי ליידע את המשתמשים על האפשרויות העומדות לרשותם. זאת, למרות שמדובר בכלים אינטגרטיביים, פשוטים יחסית לתפעול, שהשימוש בהם עשוי לפתור מראש הרבה מהשאלות שעלולות להתעורר אחרי מות המשתמשים, ולמרות שלפלטפורמות עצמן יש עניין להסדיר את הסוגיה; (ב) אמצעי התקשורת הם אפיק מידע אפקטיבי ליידוע הציבור ועדכנו בדבר קיומם של פתרונות בנושא. המסקנה האופרטיבית מנתונים אלו היא שניתן לרתום את אמצעי התקשורת להעברת מסרים בנושא, וכי הפלטפורמות הדיגיטליות צריכות אף הן להגביר את מאמציהן ולפעול ליידוע המשתמשים, אם באמצעות הודעות שגרתיות או באמצעות אילוף המשתמשים להגדיר באופן אקטיבי את רצונותיהם.

## ד. דין וניתוח

ממצאי המחקר האמפירי מלמדים שהחברה הישראלית מאופיינת באוריינות דיגיטלית גבוהה, כאשר שיעור גבוה – כמעט מוחלט – מגולשי האינטרנט בישראל הם גולשים פעילים, בעלי חשבונות דוא"ל ונוכחות ברשתות החברתיות ובשירותי הענן. לפיכך, סוגיית הזיכרונות הדיגיטליים היא סוגיה רלוונטית לכלל גולשי האינטרנט

בישראל, שהם למעשה רוב רובה של החברה הישראלית. ניתוח מאפייני השימושים באינטרנט בישראל מלמד על כך שגם האוכלוסייה המבוגרת, שהסתברותית קרובה יותר לסוף החיים, פעילה ומתחזקת כבר כיום פעילות רשתית בהיקפים דומים לאלו של שכבות גיל אחרות באוכלוסייה. ככל שיחלפו השנים, היחס בין משתמשים חיים למתים יגדל לטובת המתים, ושיעור החשבונות האינטרנטיים שעלולים להיות "מיותמים" צפוי לגדול בשנים הקרובות.

בהתאם, בשל מגמות אלו, מוטב להסדיר את נושא הזיכרונות הדיגיטליים בהקדם, שכן בהיעדר הסדרה מסודרת ומושכלת, משתמשים רבים – או ליתר דיוק, קרוביהם של משתמשים רבים – עלולים להיתקל במציאות דיגיטלית שאינה לרוחם ושהם לא נערכו אליה כראוי.

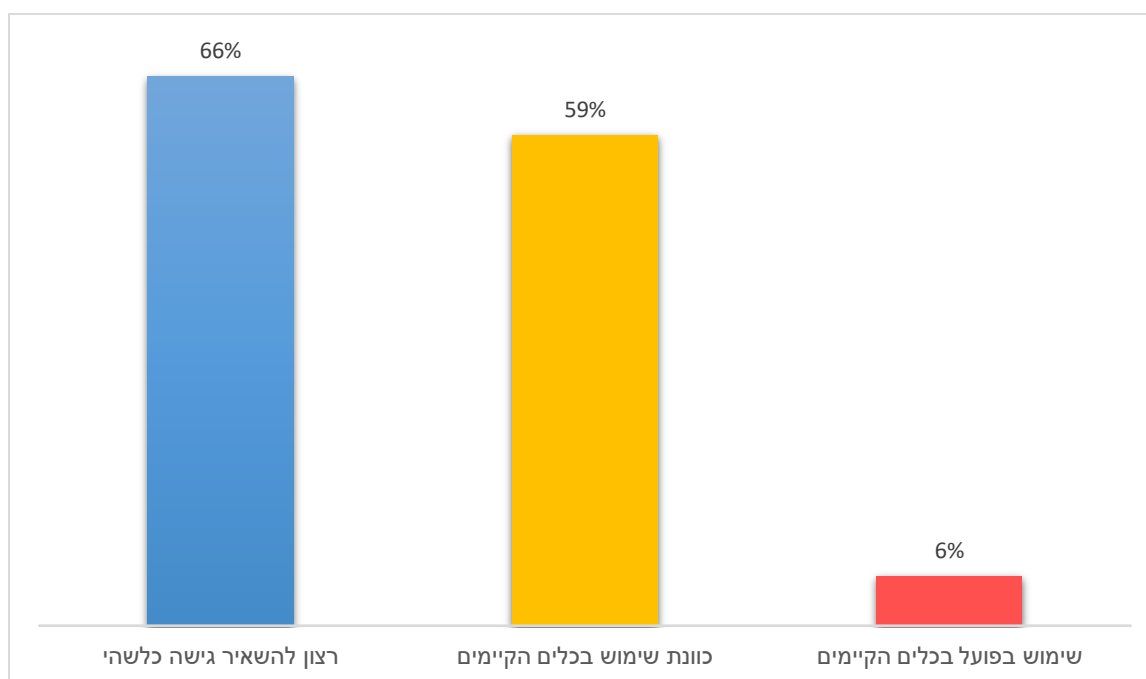
הבעיה העיקרית שעולה ממצאי המחקר היא השונות הגבוהה בין הגולשים ביחס לשאלה איך הם היו רוצים לנהל את הגישה לזיכרונות הדיגיטליים בפלטפורמות השונות. השונות הזאת מתקיימת הן ביחס לכל פלטפורמה בנפרד, והן בהשוואה בין הפלטפורמות. התפלגות רצונות הגולשים ביחס לחשבונות דוא"ל, רשתות חברתיות ושירותי ענן דומה, אך הציבור מתחלק בין שלוש עמדות מובחנות – אלה שמעוניינים לאפשר לאחרים גישה מלאה לחשבונותיהם לאחר מותם, אלה שמעוניינים לאפשר רק גישה חלקית, ואלה שמעוניינים לחסום אפשרות של גישה בכלל. פלח משמעותי בציבור מצדד בכל אחת מהעמדות. כלומר, הגדרת בררת מחדל שתאמץ עמדה מסוימת – נניח מתן גישה מלאה – בהכרח תשאיר שתי קבוצות גדולות שרצונותיהם לא יתממשו. התפלגות הרצונות ביחס לאתרי היכריות שונה בהשוואה לשאר הפלטפורמות שנבדקו, ומחדדת עוד יותר את הקושי להתאים פתרון אחד לכל הפלטפורמות.

כאמור, בשל השונות ברצונות של המשתמשים, נראה שהדרך האופטימלית לפתור את הנושא היא באמצעות הסדרה עצמית – כל משתמש יגדיר בעצמו מה הוא רוצה שיעלה בגורל הזיכרונות הדיגיטליים שלו. נקדים ונאמר כי עמדה כזו, שמקנה שליטה בגורל המידע מתאימה גם לחשיבה המשפטית בנושא, שמבקשת לכבד את האוטונומיה של האדם ואת זכותו לכתוב את סיפור חייו – וגם את סיפור מותו. עם זאת, כפי שראינו, המודעות לנושא נמוכה, והשימוש בכלים זניח, אבל הסוגיה עדיין ניצבת לפתחנו, והיא תלך תחרוף ככל שיעבור הזמן, עם מותם של עוד ועוד גולשים פעילים.

בעיה מרכזית נוספת שממצאי המחקר מצביעים עליה היא חוסר המודעות של הגולשים הישראלים לסוגיה של זיכרונות דיגיטליים. על אף החשיבות של הנושא והרלוונטיות שלו עבור גולשים רבים, המודעות לכך שבמותם של הגולשים הם ישאירו אחריהם חשבונות, תכנים ונתונים אישיים "מיותמים" נמוכה, וכך גם ההיכרות עם הפתרונות הטכנולוגיים הקיימים. כאמור, רק אחד מחמישה גולשים מודע לקיומם של כלים טכנולוגיים לניהול הזיכרונות הדיגיטליים, ורק אחד משלושה גולשים מודעים, שהם 6% מכלל המדגם, הפעיל את הכלים האלו, כאשר ההסבר שניתן אינו קשור לכלים המוצעים, אלא משיקולים של דחיינות וקושי רגשי להתמודד עם מוות עתידי.

למעשה, כפי שהנתונים מלמדים, הכלים המוצעים לניהול עצמי של זיכרונות דיגיטליים, נראים כטובים והולמים את רצונות הגולשים: כ-60% מהם הביעו נכונות להשתמש בכלים אלו, וכ-70% מהגולשים היו מעוניינים להשאיר גישה מלאה או חלקית לחשבונותיהם העיקריים. ועדיין, רק מיעוט קטן ביצע את הפעולות הנדרשות

להבטיח מתן גישה לחשבונותיו לאחר מותו. המשמעות האופרטיבית של ממצאים אלו היא, שאלא אם יתרחש שינוי משמעותי בקרוב, רוב גדול מבין הגולשים שימותו ישאירו אחריהם חשבונות שאינם מנוהלים לפי רצונם. זאת, משום שהמדיניות הנוהגת כיום היא של אי-מתן גישה בהיעדר הנחיות מפורשות מצד הגולשים. במילים אחרות, וכעניין של הכללה גסה, חלקים נרחבים בציבור מעוניינים להשאיר גישה כלשהי לחשבונותיהם, אבל משום שהם לא הפעילו את כלי ניהול הזיכרונות הדיגיטליים, רצונם זה לא יכובד לאחר מותם. ניתן לשער שמציאות זו תתפרש כמצערת גם בקרב קרובי משפחתם,<sup>157</sup> שלא יוכלו לגשת לחשבונות, ולא יוכלו לרתום אותם לצורכי התאבלות והנצחה, על אף התועלות הכרוכות בכך. המסקנה הראשונה העולה כהזמנה לפעולה היא להגביר את המודעות לנושא. זה יכול להיעשות הן על ידי הפלטפורמות האינטרנטיות בעצמן, או באמצעות קמפיין ציבורי, בדומה לזה שנעשה ביחס לפנסיה או תרומת איברים.



תרשים 4.18: הפערים בין רצונות הגולשים למימושם

כאמור, רוב הציבור אינו מודע לפתרונות האפשריים, אבל כאשר מציגים בפניו את האפשרויות, אז לפחות ברמת הצהרת הכוונות, הכלים המוצעים לניהול הזיכרונות הדיגיטליים נתפסים כמתאימים בקרב כ-60% מהגולשים. מנגד, נתוני השימוש בקרב אלו שכבר מודעים לשירות אינם גבוהים, ושני שלישים מהמודעים לא הפעילו את השירות. מכאן, שקיים פער בין מודעות לפעולה, גם כאשר הפתרון בנמצא והוא נתפס כמוצלח. כלומר, קיימים חסמים שמונעים את הפעלתו של השירות, ותפיסתו כפתרון הולם אינה תמריץ חזק מספיק כדי להניע לפעולה.

מהם החסמים ומהי הדרך הטובה ביותר להתגבר עליהם? תשובות הגולשים על השאלות בנושא, לרבות על שאלות בנושא צוואות ותרומות איברים, בשילוב ידע ממחקרים אחרים הקשורים בשאלות של ניהול סוף החיים,

<sup>157</sup> ראו: Vered Shavit & Roey Tzezana, *Online Legacies: Online Service Providers and the Public – A Clear Gap*, 3 FINNISH DEATH STUDIES ASSOC. 94 (2014) נמצא ב: [https://thanatosjournal.files.wordpress.com/2012/12/shavit-tzezana\\_cleargap1.pdf](https://thanatosjournal.files.wordpress.com/2012/12/shavit-tzezana_cleargap1.pdf)

מלמדים על כך שהרתיעה מהעיסוק בשאלות של מוות מובילה לדחינות בטיפול בסוגיות כאלו. המחשבה על החיים שאחרי מותנו היא דבר שרוב הציבור נמנע מלעשות, ולכן אינו מזדחל להסדיר את העניין, גם כאשר מדובר בפתרונות קלים ליישום ונגישים יחסית.

בצד פתרונות של הגברת מודעות כללית באמצעות קמפיינים תקשורתיים, ניתן לחשוב על פתרונות של חיוב ספקי השירות להבליט את האפשרויות השונות, עד כדי חיובן לפנות באופן יזום למשתמשים ולבקש מהם להשתמש בכלי לניהול המידע. לדרישה כזו יש מחיר, גם כלכלי וגם חברתי, של הנכחת המוות אצל מי שאולי אינם רוצים לעסוק בו, ויש בו גם התערבות בניהול הפלטפורמות.

אפשרות אחרת, משפטית, היא הסדרה באמצעות בררת מחדל שתופעל בהיעדר הנחיות מפורשות ופרטניות מצד הגולשים. למי שדוגלים באפשרות זו, האתגר הוא לקבוע מה צריכה להיות בררת המחדל. איזה פתרון יהיה מיטבי עבור מירב הגולשים? כאן מתעורר שוב הקושי בדבר שונות הרצונות של הגולשים ביחס לפלטפורמות השונות כפי שהזכרנו קודם. בנוסף קשה להחיל מדיניות אחידה ביחס לכל הפלטפורמות בשל אופי השימוש בהן: סוג השימושים והיקף השימוש בדוא"ל, לדוגמה, שונה מאלו של אתרי היכרויות, ולכן לא יהיה נכון לחייב הסדר דומה ביחס לשני סוגי פלטפורמות אלו. מצד שני, יצירת כללים משפטיים שונים לפי סוגי השירותים מיד תיצור שאלות של סיווג (למשל, האם שירות מסוים הוא שירות תקשורת או אתר היכרויות?) ועלולה להקשות בעתיד, כאשר יופיעו שירותים חדשים שלא בהכרח יתאימו לקטגוריות שייקבעו בהסדר משפטי אפשרי כזה.

עמדות הגולשים הישראלים משקפות עמדות של גולשים אחרים בעולם המערבי, כפי שנמצאו במחקרים איכותניים בודדים שנערכו בנושא, ואלו מחדדות את ליבת המתח סביב סוגיית הסדרת הגישה לזיכרונות דיגיטליים – פרטיות הגולשים מול הצורך באפשרויות חדשות לאבל והנצחה של חלק מהשורדים.<sup>158</sup> כאשר ביקשנו להבין מהגולשים מהם השיקולים השוללים מתן גישה לזיכרונות הדיגיטליים או לאיזה סוג תכנים לא היו רוצים לאפשר גישה, התשובות הצביעו על שיקולי פרטיות של המשתמשים החיים שאינם מעוניינים שאחרים ייחשפו לתכניהם לאחר מותם. כאשר ביקשנו להבין מה השיקולים המחייבים מתן גישה לזיכרונות הדיגיטליים או לאיזה סוג תכנים יש לאפשר גישה, השיבו הגולשים המצדדים בכך תשובות שקשורות לרצונם לאפשר לבני משפחותיהם להנציח את זכרם, בצד שיקולים פרקטיים של השלמת טיפול בנושאים הדורשים טיפול. מכאן, שכל אפיק הסדרה של הגישה לזיכרונות דיגיטליים צריך להתייחס למכלול השיקולים – פרטיות והנצחה – ואלה עשויים להתנגש – ולנסות למצוא את הנוסחה הטובה ביותר שתענה על הצרכים המנוגדים של השחקנים השונים.

שאלה נוספת שמסבכת את פתרון הנושא היא מי רשאי לגשת לחומרים: בני זוג? ילדים? הורים? מעסיקים? חברים שאינם בני משפחה? גם אלו המעוניינים להעניק גישה לחשבונותיהם לאחר מותם אינם סבורים שלכל אלה יש מעמד שווה. ממצאי המחקר מלמדים שעל פי רוב, בני או בנות הזוג הם הדמויות המועדפות שיש לתת להם גישה לחשבונות דוא"ל, רשתות חברתיות ושירותי ענן. עם זאת, גם בשאלה הזאת יש מגוון תשובות, ולא ניתן להניח פתרון אחד שיתאים לכל המצבים.

<sup>158</sup> ראו Brubaker, Hayes, Dourish, *Beyond the Grave*, לעיל ה"ש 67.

## ה. מסקנות

המסקנות העיקריות שעולות מניתוח נתוני המחקר האמפירי הן:

- אין בנמצא פתרון אחד ברוח one-size-fits-all ביחס לכל הגולשים ולגבי כל הפלטפורמות;
- יש פתרונות קיימים של הסדרה עצמית ביחס לחלק מהפלטפורמות;
- המודעות לפתרונות הטכנולוגיים הקיימים נמוכה והשימוש בכלים לניהול עצמי זניח.

על כן, המסקנה המשולבת העולה מניתוח זה, היא שיש למצוא דרך לעידוד השימוש בכלים הקיימים הן באמצעות העלאת המודעות לכלים אלו והן ביצירת תמריצים לשימוש בהם. הסדרה עצמית של שאלת הגישה לזיכרונות הדיגיטליים היא הפתרון האופטימלי, שכן היא מאפשרת לכל גולש וגולשת לתפור פתרון שהולם בדיוק את רצונותיהם הפרטיקולריים ביחס לכל אחת מהפלטפורמות שבהן הם משתמשים. פתרון זה עדיף מכל חקיקה או הסדרה "רכה" מטעם הפלטפורמות עצמן, והוא מכבד את שיקול דעתו של המשתמש ומותיר לו לקבוע בעצמו לאילו תכנים להעניק גישה ולמי, במסגרת מגבלות מדיניות הפלטפורמות. עם זאת, השימוש בכלים הטכנולוגיים לניהול המידע אינו נפוץ בשל מודעות נמוכה ובשל רתיעה משימוש בהם. מעבר לכך, לא כל הפלטפורמות מציעות כלים להסדרה עצמית של הזיכרונות הדיגיטליים, ונכון לעת הזו, אף פלטפורמה ישראלית אינה עושה כך. מכאן, שיש ליצור מערכת של תמריצים עבור הפלטפורמות ליצור כלים כאלו ולהנגישם לציבור הגולשים.

## 5. המסגרת המשפטית: קניין, פרטיות, זכויות ואינטרסים

### א. מבוא

מהדיון עד כה, עולה כי בסוגיה של זיכרונות דיגיטליים מעורבים מספר גורמים שונים, באופן שיוצר תמונה מורכבת. במצב הלא-מקוון המקביל, כאשר מדובר במידע אישי שמותיר אחריו המנוח בניירות ובמסמכים שונים, השחקנים המעורבים הם המנוח ומי שיש להם גישה בפועל למידע (שקראנו לה "גישה במחדל"), בדרך כלל בני משפחה או קרובים. במקרים רבים, יש לקרובים גישה לחפצי המנוח, ובהם ימצאו מסמכים. כאשר החפצים מוחזקים אצל צד שלישי, כמו בנק, בכספת, אצל גורם מקצועי שנתן שירותים למנוח כמו עורך-דין, רואה חשבון, או גורם רפואי או טיפולי, אין לבני המשפחה גישה בפועל, וכדי לזכות בגישה כזו, נדרש שיתוף פעולה של גורמי הביניים. במקרה כזה, חלות חובות שונות על המחזיקים במידע, ונדרשת הסכמתם, או לחילופין, התערבות של בית משפט. זה מצב דומה יותר למצב הדיגיטלי, שבו כמעט תמיד יש גורמי ביניים – ספקי השירות ומנהלי הפלטפורמות.<sup>159</sup>

בנוסף, יש גורמים נוספים שעשוי להיות להם עניין במידע: מי שהתכתבו עם המנוח (להלן "בני השיח") או מעסיקים שמידע שלהם היה בידי המנוח. ברקע, נמצאים גם גורמים מסדירים: רגולטורים ומחוקקים שמבקשים לעצב מדיניות אופטימלית, ובצידם, הציבור הרחב, ובכלל זה המשתמשים החיים. משתמשים חיים חובשים שני כובעים: האחד הוא של מי שמייצרים מידע דיגיטלי שיום אחד יהיה צריך להכריע באשר לגורלו, והשני, של קרובי משפחה וחבריהם של משתמשים שהלכו לעולמם, שמבקשים גישה למידע – או לעתים דווקא מבקשים להימנע מגישה כזו.

אם כן, במקרה של זיכרונות דיגיטליים, יש כמה שחקנים, והזכויות ואינטרסים שלהם עשויים להתנגש: מי שמבקשים גישה ושליטה בתכנים של המשתמש המנוח ומי שאינם מעוניינים בכך. איתור השחקנים והזכויות והאינטרסים שלהם הוא חלק משיח הזכויות המקובל בשיטות משפט רבות, ובכלל זה בישראל. לשיח זה מגבלות מסוימות, אך לא זה המקום לפרטן. בכל מקרה, זהו השיח המשפטי המקובל בישראל כיום. בתי משפט נוהגים לתאר את מערך הזכויות והאינטרסים של שחקנים שמעורבים בסוגיה מסוימת, ובהתאם, לזהות איזה מהם מתלכד ואיזה מתנגש. במצבי התנגשות, המשפט הישראלי פיתח שפה מורכבת של "איזונים".<sup>160</sup> מלאכת האיזון מורכבת: זו משוואה רבת-משתנים. הקושי מתגבר משום שבחלק מהמקרים, לא ברור בכלל אם יש זכות ומה טיבה.

עוד קושי בסוגיה הנוכחית הוא שהזיכרונות הדיגיטליים אינם עשויים מקשה אחת מבחינה משפטית: הזיכרונות הדיגיטליים עשויים לכלול קניין לא מוחשי, קניין רוחני, מידע על קניין מוחשי, ומידע אישי. כך, חלות פה שתי מסגרות משפטיות, האחת של קניין והשנייה של הגנת הפרטיות, ונראה שבשיח הציבורי-פופולרי בנושא יש

<sup>159</sup> אך ראו את המלצת דרופבוקס שהבאנו לעיל, שמפנה את מי שמבקשים גישה לקבצים של המשתמש המנוח קודם כל למחשבו האישי.

<sup>160</sup> לדיון באיזונים ובסוגיהם, ראו אהרן ברק **מידתיות במשפט** 454-428 (2010). לדיון ביקורתי, ראו מיכאל בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית המשפט העליון בהכרעות ערכיות" **מחקרי משפט** יט 591 (2003).

לעתים קרובות ערוב בין מסגרות משפטיות אלה. אנו סבורים שהן אינן חלות במקביל: כל אחת חלה על מרכיבי תוכן ומידע אחרים. בהתאם, נפתח בתיאור סוגי המידע, נמשיך בדיון כללי בשתי המסגרות המשפטיות של קניין ושל פרטיות, ולאחר מכן נפנה לשחקנים השונים ונתאר את הזכויות והאינטרסים שלהם בשפה משפטית. הדיון מתבסס על השיח העיוני-משפטי הקיים בישראל ובמידת הצורך במדינות אחרות, אבל הוא נשען גם על ממצאי המחקר האמפירי שהוצגו בפרק 4, כדי לזהות ולדייק את האינטרסים של חלק מהצדדים המעורבים. הפרק הבא יתכנס לסוגיות של הסדרה.

## ב. סוגי המידע והתוכן

את המידע והתכנים הדיגיטליים ששמורים בצורה זו או אחרת בפלטפורמות מקוונות אנחנו מסווגים לכמה קטגוריות, כל אחת שונה במהותה המשפטית: (1) זכויות קניין במשאבים שאינם מוחשיים; (2) זכות יוצרים; (3) מידע על נכסים אחרים; (4) מידע אישי, שאינו בעל אופי קנייני. הקטגוריה האחרונה היא המורכבת מכל.

### (1) קניין במשאבים שאינם מוחשיים

דוגמאות לתכנים כאלה הם מטבעות וירטואליים כמו ביטקוין, שמות מתחם (domain names) שנרכשו בתשלום, או משאבים דיגיטליים שנרכשו על ידי המשתמש, למשל קובצי iTunes או פריטי משחק בעולמות משחק כמו Second Life. במקרה כזה, עשויים הנכסים להיחשב ל"זכות", שהגנתה מוסדרת בחוק המיטלטלין, התשל"א-1971,<sup>161</sup> וככזו, היא חלק מהעיצובן (שעליו נרחיב בהמשך).

לגבי מקצת המשאבים האלה, תיתכן "גישה במחדל", למשל בן משפחה שיש לו גישה למכשיר שבו שמורים קובצי iTunes שנרכשו כדין, פשוט ממשיך להחזיק בהם ולהשתמש בהם. לגבי מקצת המשאבים, דרוש סיוע של מנהלי הפלטפורמות, למשל גישה למשאבים וירטואליים שנרכשו בכסף (ממשי) בעולמות וירטואליים. במקרה כזה, מאחר שהזכות נוצרה בחוזה, היא כפופה לתנאיו. למשל, אם אתר משחקים קבע שהזכות אישית ואינה ניתנת להורשה (וזה המצב הנפוץ בחוזים אלה), אזי היקף הזכות מוגבל מלכתחילה.<sup>162</sup> לגבי שמות מתחם, כללי הרישום הנהוגים כיום בישראל על ידי איגוד האינטרנט הישראלי אינם מתייחסים למצב של מות המחזיק. במקרים בודדים שהסוגיה התעוררה, הוצג לאיגוד צו ירושה או צו קיום צוואה, ושם המתחם הועבר אל היורשים.<sup>163</sup>

נראה שהפן הקנייני המובהק מכתוב את הפתרון המשפטי לגבי נכסים מעין אלה:

- לגבי כל נכס לא מוחשי מסוג זה יש לבחון תחילה את התנאים החוזיים שלפיהם נוצר. אם החוזה הגביל את הבעלות לפרק זמן מסוים, או לבעלות אישית של אדם מסוים תוך הגבלה של עבירות הזכות, הרי הפתרון המשפטי נמצא בחוזה. ככל חוזה, הוא נתון לפרשנות.

<sup>161</sup> ס' 13 לחוק המיטלטלין קובע כי "הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המחוייבים, גם על זכויות".

<sup>162</sup> לדיון באפיון המשפטי של נכסים בעולמות וירטואליים וגורלם במות המשתמש, ראו: Edina Harbinja, *Virtual Worlds: A Legal Post-Mortem Account*, 11 SCRIPTED 273 (2014).

<sup>163</sup> דוא"ל מעו"ד מי-טל גרייבר שוורץ, איגוד האינטרנט הישראלי, 15.10.17.

- בהיעדר התייחסות חוזית, נראה שנכס וירטואלי הוא חלק ממסת הנכסים של העיזבון, והיורשים לפי דין או צוואה הופכים להיות בעלי החדשים. הדרך למימוש הבעלות של היורשים היא לפי דיני הירושה: צו ירושה או צו קיום צוואה מתאימים, שיופנו למחזיק—הפלטפורמה המתאימה—שתצטרך לפעול בהתאם.
- ראוי שחוזים שעוסקים בנכסים וירטואליים יתייחסו במפורש לסוגיה, כדי לצמצם אי ודאות בנושא.

## (2) זכויות יוצרים וקניין רוחני אחר

תוכן דיגיטלי עשוי ללוש צורה שתהיה מוגנת לפי דיני הקניין הרוחני. כאשר מדובר בהמצאות שמוגנות בפטנטים, הדין קובע שהפטנטים מתפרסמים בשלב מוקדם של חייהם, ולכן בדרך כלל אין הם מעוררים קושי מיוחד בהקשר הנוכחי – לבני המשפחה יש גישה למידע הפומבי.<sup>164</sup> סימני מסחר מתייחסים לשמות או סימנים בהקשר מסחרי, שנעשה בהם שימוש בקשר למוצר או שירות, ולכן גם הם פומביים וגם הם אינם מעוררים קושי במקרה הנוכחי. לפיכך, הענף הטיפוסי של דיני הקניין הרוחני שרלוונטי לסוגיה של זיכרונות דיגיטליים הוא של יצירה שמוגנת בדיני זכות יוצרים.<sup>165</sup>

בדיני זכות יוצרים, מידע עובדתי כשלעצמו אינו מוגן, אלא אם הוא לובש צורה של יצירה מוגנת לפי החוק.<sup>166</sup> הדרישה המהותית להגנה היא שהיצירה מקורית, כאשר דרישת המקוריות פורטה בפסיקה לשלושה מרכיבים: שהיוצר הוא מקור היצירה, שהושקעה ולו מעט עבודה ביצירה, ושיש ולו מעט יצירתיות.<sup>167</sup> יצירה מוגנת למשך חיי היוצר ועוד שבעים שנה לאחר מותו.<sup>168</sup> פרסום היצירה איננו תנאי להגנה המשפטית, ולכן גם יצירה שלא פורסמה מעולם, כמו טיוטה של מאמר או צילום פרטי, מוגנת לפי החוק.

בדיני זכות יוצרים מבחינים בין זכויות חומריות לזכויות מוסריות. הזכויות המוסריות הן הזכות לייחוס הולם של היצירה ליוצרה, והזכות לשלמות היצירה.<sup>169</sup> כאשר הבעלות ביצירה הייתה בידי היוצר,<sup>170</sup> הרי במות היוצר, הזכות החומרית עוברת ליורשיו.<sup>171</sup> לעומת זאת, הזכויות המוסריות מוגדרות בחוק כזכויות אישיות.<sup>172</sup> לכן, הן אינן חלק מהעיזבון ואינן ניתנות להורשה, אולם הן ממשיכות להיות תקפות גם לאחר המוות. מי שיכולים להגיש

<sup>164</sup> ראו ס' 3 לחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967. פטנט מוגן למשך 20 שנה מיום הגשת הבקשה (ס' 52 לחוק), ולכן פעמים רבות יפקע עוד בחייו של הבעלים. בקשת הפטנט מתפרסמת בחלוף שנה וחצי מיום הגשתה, והפטנט עצמו, אם וכאשר הוא ניתן, מתפרסם גם הוא ברבים. ראו ס' 16, 16א, 26 לחוק זה.

<sup>165</sup> במקרים מסוימים ייתכן שיהיה מדובר בסוד מסחרי, אולם אז הממד המרכזי הוא עסקי, ולא אישי, ולכן לא נרחיב בכך כאן.

<sup>166</sup> ראו ס' 4, 5(1) לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007 (להלן: חוק זכות יוצרים).

<sup>167</sup> ראו ע"א 7996/11 סייפקום בע"מ נ' רביב (2013).

<sup>168</sup> ס' 38 לחוק זכות יוצרים.

<sup>169</sup> לזכות החומרית, ראו ס' 11 לחוק זכות יוצרים; לזכות המוסרית, ראו ס' 46 לחוק.

<sup>170</sup> פעמים רבות, הבעלות ביצירות אינה של היוצר: למשל, מקובל להעביר זכויות בספרים להוצאות לאור, או כאשר יצירות חוברו במסגרת יחסי עבודה או לפי הזמנה, הבעלים הוא המעסיק או המזמין, בהתאמה. ראו ס' 34-35 לחוק זכות יוצרים.

<sup>171</sup> דיני הקניין הרוחני אינם קובעים דבר בקשר להורשה של הזכויות החומריות, ומכאן, שהירושה מוסדרת בדין הכללי, ובמקרה זה, חוק הירושה. בהתאם, הקניין הרוחני הוא חלק מהעיזבון.

<sup>172</sup> ס' 45(ב) לחוק זכות יוצרים קובע: "הזכות המוסרית היא אישית ואינה ניתנת להעברה ...".

תביעה בשם הפרת הזכות המוסרית הם רק בני המשפחה הקרובה.<sup>173</sup> אמנם, פעמים רבות בני המשפחה הם גם היורשים של הזכות החומרית, אולם אין הכרח שכך יהיה, וייתכן פיצול: למשל, סופר עשוי להעביר בחייו את הזכויות להוצאה לאור, או במותו, להוריש את זכות היוצרים החומרית שלו בספרים שחיבר למוסד אקדמי, ואז המוסד יהיה בעלי הזכות החומרית, ואילו המשפחה, הגם שלא תהיה בעלת הזכות החומרית, רק היא שתוכל לתבוע בגין הפרת הזכות המוסרית.<sup>174</sup>

זיכרונות דיגיטליים כוללים לא מעט תכנים שעשויים להיות מוגנים בדיני זכות יוצרים, למשל צילומים וטקסטים מקוריים שמאוחסנים במחשב של המנוח או בחשבון שהיה לו בענן או בפלטפורמה מסוימת, כמו רשת חברתית (אינסטגרם, למשל).<sup>175</sup> במקרים כאלה, למשל כאשר סופרת או צלמת הולכת לעולמה, יורשיה לפי דין הם הבעלים החדשים של היצירות.

אולם ההתפרסות של דיני זכות יוצרים עשויה להיות רחבה יותר. לכאורה, כל הודעת דוא"ל היא יצירה מקורית: מדובר ביצירה שהמחבר הוא המקור שלה, נדרשה מעט השקעה של זמן, מאמץ או כישרון בכתיבה, ואם יש בה מינימום של יצירתיות—והרף נמוך מאוד—הרי זו יצירה מוגנת. אם נצמד בנתיב הזה, התוצאה היא שחלק ניכר מהזיכרונות הדיגיטליים הם יצירות מוגנות בדיני זכות יוצרים, ואז יש לנו מסגרת משפטית מוכנה ומוכרת שמסדירה את גורל היצירות לאחר מות המחבר ביחס לבעלות על היצירה, אך לא בהכרח ביחס לגישה אליה, כפי שנפרט מיד.

אך הדברים אינם כה פשוטים. ראשית, לגבי לא מעט מהתכנים אפשר לעורר את השאלה האם אכן מתקיימת דרישת המקוריות לפי הדין. התוצאה אינה תמיד ברורה. בהתאם, יתעורר קושי – מי יקבע את ההגנה לכל פריט תוכן? והרי אין זה מעשי לבחון כל הודעת דוא"ל וכל צילום מאלפי הפריטים שיש בזיכרונות הדיגיטליים. שנית, ברוב המקרים, המחברים עצמם לא התייחסו להודעות או לצילומים מהסוג שמועלה כעניין יומיומי ברשתות חברתיות, כאל יצירות במובן המשפטי של דיני זכות יוצרים. אמנם, הדין אינו קובע מבחן של כוונה כלשהי כתנאי להגנה של דיני זכות יוצרים, וגם יצירה שנוצרה באופן אגבי,<sup>176</sup> אם יש בה די מקוריות במובן המשפטי, היא יצירה מוגנת.

שלישית, המשגה של זיכרונות דיגיטליים כיצירות מוגנות לפי דיני זכות יוצרים מעוררת לפחות שני קשיים משפטיים. האחד הוא הסוגיה של בעלות מול החזקה בפועל. השני הוא התנגשות בין פרטיות לזכות יוצרים. נסתפק בהערות קצרות:

<sup>173</sup> ס' 55 לחוק זכות יוצרים קובע: "תובענה בשל הפרת זכות מוסרית רשאי להגיש היוצר, ואם נעשתה ההפרה לאחר מותו – קרובי משפחתו. לענין זה, 'קרוב משפחה' – בן זוג, צאצא, הורה או אח".

<sup>174</sup> ראו למשל ת"א 1219/09 (מחוזי ת"א) פוגטש נ' כנרת זב"מ-דביר מוציאים לאור בע"מ (2013), שם מצא בית המשפט שהזכויות החומריות ב"ספר האגדה" שחיברו חיים נחמן ביאליק ויהושע רבניצקי אינן של יורשיו של רבניצקי, אלא של ההוצאה לאור, אולם בני המשפחה הם בעלי הזכות המוסרית. משנמצא שזו הופרה, קיבלו את הסעדים בהתאם. יצוין עם זאת כי התובעים היו ניניו של רבניצקי, ולא במעגל המשפחתי המצומצם שנזכר בס' 55 של החוק. מתוך פסק הדין, נראה שלא עלתה טענה בעניין בבית המשפט.

<sup>175</sup> באינסטגרם, זכות היוצרים בצילומים נשארת של הצלמים בעלי החשבון, שמעניקים לאינסטגרם רשות שימוש בצילומים שמועלים שם. ראו את תנאי השימוש: <https://help.instagram.com/478745558852511>. במקרה של מות המשתמש, אינסטגרם מאפשרת הנצחה של החשבון או הסרה שלו, בדומה ל"פייסבוק", שהיא בעלי אינסטגרם. ראו [https://help.instagram.com/264154560391256?helpref=page\\_content](https://help.instagram.com/264154560391256?helpref=page_content).

<sup>176</sup> למשל צילום רצח קנדי, שהוצג במסרטה של אדם שלא ידע מה הוא עומד ללצלם. ראו: *Time Inc. v. Bernard Geis Associates*, 293 F.Supp. 130 (S.D.N.Y. 1968).

**בעלות מול החזקה בפועל.** דיני זכות יוצרים מבחינים בין החפץ הפיזי לבין היצירה שמקובעת בו; דיני זכות יוצרים עוסקים רק ביצירה, לא בחפץ.<sup>177</sup> היצירה נותרת בבעלות בעלי זכות היוצרים, גם אם החפץ הפיזי הוא בבעלות מישהו אחר. כך, כאשר אדם רוכש ספר בחנות, הוא בעליו החוקי של החפץ – הדפים הכרוכים – והוא רשאי לבצע בו פעולות מסוימות כבעלי החפץ הפיזי, ובכלל זה לקרוא את הטקסט או להעביר את הספר לאחרים במתנה, בהשאלה או במכירה כ"יד שניה". אולם אין הוא בעלי זכות היוצרים, ולכן בעלי הספר אינו יכול לשכפל, לתרגמו ופעולות דומות ללא רשות בעלי הזכויות (שעשויים להיות המחבר, יורשיו, מעסיקו, או ההוצאה לאור). במצבים מסוימים, יש רק עותק אחד של היצירה. זה המקרה בקשר לפסלים וציורים מקוריים. במצב כזה, ייתכן פיצול: המחזיק שולט בעותק היחיד של היצירה והוא בעלי של החפץ הפיזי, אבל אסור לו ליצור עותקים של היצירה. בדוגמה זו, בעלת זכות היוצרים תלויה בטוב חסדו של המחזיק (או בתנאי החוזה שהיה ביניהם), כדי לגשת ליצירתה וליצור ממנה עותקים.<sup>178</sup> לפי הדין הקיים כיום בישראל, נראה שהמחזיק אינו מחויב לאפשר לבעלי הזכות ביצירה גישה לעותק היחיד של היצירה. יתרה מכך, נראה שהבעלים של העותק יכול אפילו להשמידו.<sup>179</sup>

בהתאם, אין מניעה שגם בזירה הדיגיטלית יהיה פיצול זכויות: מצב שבו מי שמחזיק בפועל ביצירה אינו בעלי הזכויות בה. כך, במות אדם, המחזיק בפועל ביצירה הוא ספק השירות או הפלטפורמה הדיגיטלית, למשל הרשת החברתית שבה שמורים הצילומים או שירות הענן שבו נשמר עותק היצירה הספרותית. הפלטפורמה אינה בעלת הזכויות ביצירה, אלא אם הנושא הוסדר בתנאי השימוש שהם חוזה בין הצדדים, אבל היא לכל הפחות מחזיקה ביצירה. לפלטפורמה אסור לשכפל או להפיץ את היצירה (שוב, אלא אם הדברים הוסדרו מראש בתנאי השימוש). לבעלי הזכויות או יורשיהם אין בהכרח גישה ליצירה, אבל הם בעלי זכות היוצרים. פיצול כזה יוצר קושי פרגמטי בניהול היצירה, אולם לפי הדין הקיים, נראה שלפלטפורמה אין חובה לאפשר ליורשים של זכות היוצרים גישה ליצירה. היא כמובן יכולה לעשות זאת, בין מרצונה הטוב ובין לפי תנאי השימוש, אולם אין לה חובה כזו מכוח דיני זכות יוצרים.

**זכות יוצרים מול פרטיות.** הקושי השני הוא היחס בין בעלות בזכות היוצרים לבין הזכות לפרטיות. גם כאן ייתכן פיצול: ייתכן שאדם אחד הוא היורש ולכן הבעלים של זכות היוצרים, למשל במכתבים שחיבר המנוח, אולם תוכן המכתבים מתייחס למידע אישי על אדם אחר, שיש לו זכות לפרטיות בקשר אליהם. לפי דיני זכות יוצרים, מותר לאדם לשכפל את היצירה, להפיצה, לתרגמה ופעולות דומות,<sup>180</sup> אולם בהיעדר הסכמה של האדם שפרטיו האישיים נזכרים שם, פעולה כזו עלולה להיות פגיעה בפרטיות.<sup>181</sup> נראה כי הדינים צריכים להצטרף

<sup>177</sup> תנאי להגנה הוא קיבוע, לפי ס' 4(א) לחוק זכות יוצרים, אולם ההגנה על היצירה ועל החפץ נפרדת. ראו ע"א 4600/08 **האולפנים המאוחדים בע"מ נ' ברק פטה המפרים בע"מ** (2012), פסקה 8.

<sup>178</sup> בדין הקונטיננטלי מוכרת זכות מוסרית לגישה של יוצר ליצירה. ראו טוני גרינמן **זכויות יוצרים** 828-829 (מהדורה שניה, 2008).

<sup>179</sup> לדיון, ראו: JOSEPH SAX, PLAYING DARTS WITH A REMBRANDT: PUBLIC AND PRIVATE RIGHTS IN CULTURAL TREASURES (2001). השמדת היצירה עלולה לפגוע בזכות המוסרית לשלמות היצירה. ראו למשל ת"א (מחוזי חיפה) 50172-01-13 **קניספל נ' עיריית חיפה** (2016). המקבילה האנלוגית היא מצב שהזכרנו בפרק 3, בקשר למכתבים: מחבר של מכתב הוא בעלי זכות היוצרים בו, אולם המכתב עצמו נמצא בידי הנמען. במות המחבר, בעלי זכות היוצרים במכתב הם יורשיו, אבל המכתב עשוי להימצא בידי מישהו אחר. בלי שיתוף פעולה של הנמען, ליורשים לא תהיה גישה לתוכן. לדיון בסוגיה זו, ראו: Rebecca G. Cummings, *The Case Against Access to Decedents' E-mail: Password Protection as an Exercise of the Right to Destroy*, 15 MINN. J.L. SCI. & TECH. 897, 904 (2014).

<sup>180</sup> ס' 11 לחוק זכות יוצרים.

<sup>181</sup> ס' 2(11) לחוק הגנת הפרטיות.

זה לזה, והזכות הקניינית כשלעצמה אינה יכולה להכשיר את הפגיעה בפרטיות. זה המצב המשפטי בקשר לתוכן לא מקוון: האיסור על פרסום מידע אישי על אדם אחר ללא הסכמתו (או לפי ההגנות שיש בחוק הגנת הפרטיות) אינו קשור בבעלות הקניינית, וחל גם בחיייו של היוצר. כך, בית המשפט העליון קבע שמי שכתב ספר חושפני שכלל מידע אינטימי על חברתו לשעבר, פגע בפרטיותה, ובית המשפט הורה לגנוז את הספר.<sup>182</sup>

מהדיון הזה עולה עוד מסקנה: גם מי שיאפשר גישה למידע האישי על אודות אדם אחר, ללא הסכמתו של אותו אחר, פוגע לכאורה בפרטיותו.<sup>183</sup> ספק השירות נמצא אם כן בדילמה: גם אם ירצה לאפשר ליורשו של בעל זכות היוצרים גישה לתוכן (וכאמור, לפי הדיון בקושי הקודם, הוא אינו מחויב לכך), הרי הוא עלול להימצא פוגע בפרטיות של אדם אחר. הספק יבקש להימנע מסיכון כזה, או, שיבקש אסמכתאות חזקות לכך שהוא מספק גישה למי שזכאי לה. במילים אחרות, סביר שהספקים יבקשו לפעול לפי צו של בית משפט או רשות מוסמכת אחרת.<sup>184</sup>

מכל זה, עולה שהדין הקיים כבר מתייחס, בין בחקיקה ובין בפסיקה, לחלק מההיבטים הרלוונטיים, אבל את חלקם צריך לפתח עוד. בהתאם:

- אם התוכן הדיגיטלי מוגן בזכויות יוצרים (למשל סיפור או מאמר שטרם פורסמו, צילומים מקוריים), והזכויות היו בידו המחבר, הרי שיוורשו הם בעלי הזכויות החומריות ביצירות האלה לאחר מותו.
- כאשר יש לבני המשפחה גישה ליצירות, בין משום שפורסמו באופן פומבי על ידי המנוח בשעתו, בין משום שהיו "חבריו" ברשת, או משום שיש להם גישה במחבר לחשבונות, לא מתעורר קושי, ואין צורך לפנות לגורם הביניים.
- כאשר מדובר ביצירות מוגנות שאינן נגישות ליורשים, כמו יצירות שטרם פורסמו, נראה שהפלטפורמה אינה מחויבת לאפשר ליורשים של הזכות החומרית גישה ליצירה, אולם היא יכולה לעשות כך לפי שיקול דעתה, או לפי תנאי השימוש שהוסכמו מראש. הפלטפורמה כפופה לדיני זכות יוצרים, ואינה יכולה לבצע בתכנים המוגנים פעולות ששמורות לבעלי זכות היוצרים, אלא לפי תנאי השימוש שהוסכמו מראש.
- הזכות המוסרית מפקדת בידו בני המשפחה, בין אם הם היורשים של הזכות החומרית ובין אם לאו, ורק הם יכולים לפעול להגנתה.
- אם היצירות כוללות מידע פרטי על אודות אנשים אחרים, הרי הבעלות בזכות היוצרים אינה מתירה ליורשים לפגוע בפרטיותם של אנשים אחרים אלה, ודיני הגנת הפרטיות חלים.
- דיני הגנת הפרטיות מחייבים גם את הפלטפורמה, ומתן הגישה למידע על אודות אנשים אחרים, ללא הסכמתם, עלול לפגוע בפרטיותם. לכן, ספק שירות נבון ישאף להסדיר את הסוגיה מראש בתנאי השימוש, ובהיעדר התייחסות ברורה, ספק כזה מסתכן בפגיעה בפרטיות של הצדדים השלישיים.

### (3) מידע על קניין

המידע הדיגיטלי עשוי להתייחס לנכסים קנייניים אחרים. ככל ששירותים רבים יותר עוברים לדיוור מקוון של חשבונות ובכלל תקשורת עם הלקוח, כך עשוי המידע הדיגיטלי של המנוח לכלול מידע על נכסים שונים שלא

<sup>182</sup> ראו ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית (2014).

<sup>183</sup> בין לפי ס' (9) לחוק הגנת הפרטיות שמעגן את עקרון צמידות המטרה, או לפי ס' (11) לחוק זה.

<sup>184</sup> ראו את תנאי השימוש של דרופבוקס שתוארו בפרק 3, שלפיהם תינתן גישה לקבצים של משתמש מנוח רק לפי צו של בית משפט.

תמיד היו ערים לקיומם. דוגמאות הן הודעות על חשבון בנק שנשלחו לבעלי החשבון בדוא"ל או באמצעות יישומון ייעודי, בין חשבון בנק רגיל ובין חשבון וירטואלי, כמו PayPal. ייתכן שהמידע הדיגיטלי מתייחס לנכסי מקרקעין של המנוח שהיורשים לא היו מודעים לקיומם, וכדומה. חשוב להבחין בין הנכסים עצמם (חשבונות הבנק, נכסי המקרקעין) לבין המידע על החשבון: הכספים שיש בחשבון הבנק ונכסי המקרקעין הם חלק מהעזיבון, המידע על הנכסים האלה אינו חלק מהעזיבון.

במצבים כאלה, יש ליורשים אינטרס לגיטימי לגשת לזיכרונות הדיגיטליים של המנוח כדי לאתר נכסים שהיו לו, בין אם הם מודעים לקיומם ובין אם לאו. כך, אם אין דרך לברר אחרת את המידע, הזכות לקניין גוברת על פרטיות המנוח (סוגיה שנעסוק בה בהמשך). עמדה זו התקבלה בפסיקת בתי המשפט בישראל בקשר לגישה למידע לא-דיגיטלי של המנוח: בית המשפט המחוזי אפשר למוטביו של מנוח בקופת גמל לקבל מידע מקופת הגמל על זהותם של מוטבים אחרים, משום שדובר במידע על זכות הקניין של יורשים, הגם שהייתה בכך פגיעה לכאורה בפרטיות של אותם מוטבים אחרים ואולי גם בפרטיות המנוח.<sup>185</sup> במקרה זה, קופת הגמל החזיקה במידע, המידע המבוקש היה מוגדר מראש וברור (זהות המוטבים האחרים), ומשניתן צו, הייתה יכולה למסור את המידע הרלוונטי. לעומת זאת, בהקשר הדיגיטלי, הפלטפורמה מחזיקה במידע בהיקפים גדולים, וברור שאין לה יכולת או עניין לברור בעצמה את המידע הרלוונטי. המידע אינו מוגדר מראש, והחיפוש אחריו הוא בגדר מסע דייג. אם יורש יבקש מספק דוא"ל לברר האם יש מידע בתיבת הדוא"ל של המנוח על נכסים – אין זו משימה שהספק יכול לעמוד בה באותה קלות כמו במקרה קופת הגמל.

במילים אחרות, בהקשר הדיגיטלי מתעורר קושי פרקטי: קשה לדמיין את הגורמים המסדירים כמו רשם הירושות או בתי המשפט המוסמכים מעיינים במידע בעצמם כדי לקבוע מה קשור לנכסים קנייניים ומה לא. המידע אינו זמין באופן מידי לפלטפורמה. גם לפלטפורמה אין יכולת לשלוף מידע בקלות בלי לפגוע בפרטיות הצדדים השונים. נראה שהפתרון המתאים הוא בהסדרים הקיימים של דיני הירושה: למנהל העזיבון, כאשר ממונה כזה, יש סמכות לכנס את נכסי העזיבון.<sup>186</sup>

אבל, אם הפלטפורמה תאפשר למנהל העזיבון גישה מלאה לחשבונות של המנוח, מתעורר החשש שאגב פעולה לגיטימית זו, ייחשף מידע אישי של המנוח שאינו קשור לנכסים הקנייניים, או מידע פרטי של צדדים שלישיים שהיו בקשר עם המנוח. בית המשפט העליון הדגיש את שיקול הפרטיות במידע שיש בתיבות דוא"ל בהקשרים שונים, ובהקשר קרוב לענייננו, של כונס נכסים לתיבת דוא"ל של חייב: "תיבת הדוא"ל אינה ארכיון מסמכים בעלמא; היא מכילה מאגר עצום של מידע רגיש השייך לבעליה, סוד-שיחו עם מעגלים קרובים ורחוקים, סודות אישיים, עניינים מקצועיים, כל מה שהתכתב אדם עם זולתו במשך שנים רבות עשוי להימצא שם. לא אפריז אם אומר כי הפגיעה בפרטיות של חייב אשר הותר לכונס לעיין במכתבים שקיבל במשך שלושה חודשים, לפי סעיף 58, אינה מגיעה לאפס קצהו של היקף הפגיעה בפרטיותו של אדם שינתן צו המאפשר גישה מלאה לכתובת הדוא"ל שלו".<sup>187</sup>

נראה שהפתרון לקושי זה הוא טכנולוגי: הבדיקה יכולה להתבצע על ידי גורם מומחה, לפי מילות חיפוש מתאימות. כאן, מאפייניה של הסביבה הדיגיטלית דווקא מסייעים בשליפה ממוקדת של מידע דרוש. כך פעל

<sup>185</sup> עניין שוורצמן, לעיל ה"ש 25.

<sup>186</sup> ראו ס' 82 לחוק הירושה.

<sup>187</sup> רע"א 129/17 עו"ד ריחני, נאמן על נכסי החייב נ' סריקובסקי, פס' 24 (2017).

גם בית הדין לעבודה במקרה שבו ביקש מעסיק מידע מסוים מתוך תיבת דוא"ל של עובד (חי).<sup>188</sup> אין מניעה טכנולוגית להפעיל אמצעי כזה גם פה.

במקרה אחד, הגיע לידי מנהל עיזבון מחשבו של המנוח, ומאחר שהסיסמה של חשבון הדוא"ל היתה שמורה במחשב, התאפשרה גישה לחשבון הדוא"ל שלו (מה שקראנו לו כאן "גישה במחדל"). לאחר מכן, פנה מנהל עיזבון בפשיטת רגל לבית המשפט, בבקשה להורות לחברת גוגל להעביר לידי את הסיסמה. הנימוק לבקשה היה שיש צורך בגיבוי מלא ללא תלות במחשבו של המנוח. העוגן המשפטי לבקשה היה סעיף 178 לפקודת פשיטת רגל [נוסח חדש], התש"ם-1980 וסעיף 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, שמקנים סמכות כללית לבית המשפט. בית המשפט הוציא צו שמורה לגוגל להעביר למנהל העיזבון את הסיסמה לחשבון הדוא"ל, "לאור נימוקי הבקשה".<sup>189</sup> ככל הידוע לנו, גוגל התנגדה לצו, ובדין שהתקיים הגיעו הצדדים להסדר מוגבל בדבר סוג הגישה והיקפה. דוגמה זו ממחישה כי העוגן המשפטי קיים, אם כי אנו סבורים שמוטב היה שמנהל העיזבון היה מקדים ומבקש את הצו לפני הגישה למידע, ולא לאחריה. בית המשפט יכול היה להורות כיצד לנהל את החיפוש אחרי נכסי המנוח בצורה שתמזער פגיעה אפשרית בפרטיות המנוח ופרטיות צדדים שלישיים, היות שמתן הסיסמה לחשבון הדוא"ל פותח את הדלת לגישה גם למידע אישי של צדדים שלישיים שנשלח אל המנוח (שהיה עורך דין), כמו גם לאלבום התמונות, ליומן ולתכנים נוספים שלו.

בהתאם:

- לשם כינוס נכסי העיזבון, עשוי להתעורר צורך במתן גישה למידע על נכסים כאלה, למנהל העיזבון. כדי לצמצם את הפגיעה האפשרית בפרטיות המנוח ובפרטיות צדדים שלישיים, יש לנקוט אמצעים מתאימים כדי לוודא שהגישה מתאפשרת רק למטרה הזו, למשל, חיפוש מילות מפתח מתאימות. הדרך המתאימה היא לפרט את סמכויות מנהל העיזבון בהחלטה שיפוטית מתאימה.

#### (4) מידע אישי

מהדין הזה עולה שהזיכרונות הדיגיטליים אינם עשויים מקשה אחת מבחינה משפטית. אחרי שבחנו את גורלם של נכסים וירטואליים, יצירות שמוגנות בדיני זכות יוצרים, ואת המקרה של מידע על נכסים רכושיים, נותרנו עם חלק הארי של הזיכרונות הדיגיטליים: תכנים שאינם נופלים בגדר הקטגוריות הקודמות, ונתוני התוכן שלהם. מה המסגרת המשפטית המתאימה? בכך עוסקים שני החלקים הבאים, שיבחנו את המסגרת הקניינית ואת המסגרת של הגנת הפרטיות.

### ג. המסגרת הקניינית

האם המסגרת המשפטית המתאימה להגנת הזיכרונות הדיגיטליים היא דיני הקניין? כפי שהערנו במבוא של דוח זה, מסגרת זו קיימת ומוכרת, ולכן אטרקטיבית לשמש גם כאן. גם השפה שבה אנחנו משתמשים ביומיום, כאשר אנחנו מדברים על המידע "שלנו", מרמזת לשיח הקנייני, וכפי שהערנו בפרק המבוא, כך גם ביטויים כמו "עיזבון דיגיטלי" או "נכסים דיגיטליים". עם זאת, הדין הקיים אינו כולל את הזיכרונות הדיגיטליים במסת הנכסים

<sup>188</sup> ראו סעי'ש (אזורי ת"א) 18279-06-16 אקספו ניהול בע"מ נ' כהן (2017).

<sup>189</sup> עניין יוסיפוף ז"ל, לעיל ה"ש 32.

שעוברת לעיזבון במוות אדם, למעט נכסים וירטואליים וקניין רוחני. גם דיני הצוואות והפרקטיקה הישראלית בנושא אינם מתאימים כיום להסדיר את הנושא. עד כה, לא התעוררו בבתי המשפט בישראל מקרים שבהם נטען כי יש לפרש את המונח "עיזבון" כך שיחול גם על מידע דיגיטלי. בכנסת דובר בעבר על אפשרות לתקן את חוק הירושה כך שיחול גם על מידע דיגיטלי, אולם הצעת חוק לא הוגשה.<sup>190</sup> לכן, כעניין משפטי מצוי, בדין הישראלי כיום, מידע דיגיטלי אינו חלק ממסת הנכסים שעומדת לחלוקה אחרי המוות.<sup>191</sup>

כמובן, ניתן לתקן את החוק. עם זאת, אנחנו סבורים שהמסגרת הקניינית אינה מתאימה לזיכרונות דיגיטליים, למעט לגבי סוגים מסוימים של תכנים שנזכרו לעיל (נכסים וירטואליים, זכות יוצרים, ומידע על נכסים אחרים). בחלק זה נעיר בקצרה על המסגרת המשפטית של דיני הירושה והצוואה, כדי להראות שהדין המצוי הוא שהם אינם חלים על זיכרונות דיגיטליים, ולאחר מכן נסביר מדוע אנו סבורים שאין זה ראוי שדיני הקניין והירושה יחולו על זיכרונות דיגיטליים.

## (1) הדין הקיים: ירושה וצוואה ביחס לנכסים רכושיים

בחיוו של אדם, הוא האחראי לגורל נכסיו, עם חריגים מעטים של מי שהם קטינים, חוסים שיש להם אפוטרופוס, או מי שהפעילו יפוי כוח מתמשך שנכנס לפעולה.<sup>192</sup>

דיני הירושה קובעים הסדר מפורט בקשר לגורלם של נכסים קנייניים במוות בעליהם. זכות הקניין אינה שייכת עוד למת, אלא עוברת ליורשיו. המנגנון המשפטי חשוב לענייננו: דיני הירושה קובעים את הדרכים להוריש. דרך אחת היא באמצעות צוואה שעורך האדם. כאשר אין צוואה, קובע הדין שורה של כללים בדבר הירושה, ואת זהות היורשים, לפי מגוון מצבים עובדתיים אפשריים, כאשר בני זוג וילדים הם הראשונים ברשימה.<sup>193</sup> מי שלא ערך צוואה בחייו, ייתכן שעשה זאת משום שדעתו הייתה נוחה מבררת המחדל שהציע החוק,<sup>194</sup> וייתכן שעשה כך משום שלא ידע או לא הספיק לקבוע אחרת. כך או כך, לנכסים יהיו בעלים חדשים לאחר חלוקת העיזבון.

כך, החוק מציע ברורות מחדל (דיני הירושה) שניתן לשנותן באמצעות צוואה. טכניקה חקיקתית זו מאפשרת מרחב בחירה לאדם, וקובעת פתרון למקרה שבו אדם לא ערך צוואה. כלומר, הדין מאפשר לאדם החי לקבוע

<sup>190</sup> ראו הודעת יו"ר הוועדה לפניות הציבור של הכנסת, ח"כ עדי קול, מיום 1.12.14, נמצא ב: <http://main.knesset.gov.il/Activity/committees/Petitions/News/Pages/1.12.14.aspx>

<sup>191</sup> ההמשגה הקניינית של הזיכרונות הדיגיטליים קיימת בספרות ואף בחקיקה האמריקנית המתגבשת, שבה נדון בפרק 6. עם זאת, נראה שזו המשגה שבאה ללא חשיבה סדורה ואין לה הצדקה עיונית משכנעת. הדין הקנייני התמקד בדרך כלל בסוגיות מעשיות כמו אפיקי ניהול עיזבון שונים בדין האמריקני. ראו למשל: John Connor, *Digital Life After Death: The Issue of Planning for a Person's Digital Assets* (2010) 2011-02, Texas Tech Law School Research Paper No. 2011-02. בתוך הפרדיגמה הקניינית, היו מי שביקשו לפנות לדוקטרינות קנייניות שמאפשרות לאדם להשמיד את רכושו. ראו Cummings, *The Case Against Access to Decedents' E-mail*, לעיל ה"ש 179.

<sup>192</sup> יפוי כוח מתמשך הוא מוסד משפטי חדש בישראל, לפי תיקון משנת 2016 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, שהוסיף את סעיפים 32א-32ל לחוק זה. האדם שממנה את מיופה הכוח רשאי להסמיכו לטפל בענייני רכוש, בריאות, ולענייננו, בנושאים אישיים. יפוי הכוח המתמשך פוקע במוות אדם. ראו ס' 32כב(2).

<sup>193</sup> ראו ס' 10-17 לחוק הירושה. לדיון, ראו שאול שוחט, נחום פיינברג, יחזקאל פלומין **דיני ירושה ועיזבון** 62-77 (מהדורה 7, 2014).

<sup>194</sup> גם במחקר האמפירי שהוצג בפרק 4, ראינו ש-19% מהנשאלים ביררו את סוגיות הירושה והצוואה, ובחרו שלא לערוך צוואה.

בצוואה את גורל נכסיו ואת זהות יורשיו לאחר מותו. זו היא ידו הארוכה של המת, שקובע עבור החיים כיצד לנהוג ברכוש שהיה שלו.<sup>195</sup>

סעיף 1 לחוק הירושה מורה כי "במות אדם עובר עזבונו ליורשיו". החוק קובע הסדרים שונים בדבר דרכי הירושה והצוואה ומימושן. החוק אינו מגדיר את המונח "עזבון", ואינו מפרט מה יש בו, אולם הפרשנות והפרקטיקה המקובלת היא שניתן להוריש רק זכויות קנייניות, להבדיל ממה שמכונה בשיח המשפטי, זכויות אישיות. בית המשפט העליון הגדיר את העזבון כ"מסת הנכסים שהותיר אחריו המנוח".<sup>196</sup> מסת הנכסים יכולה לכלול נכסי מקרקעין כמו דירת מגורים, נכסי מיטלטלין, כמו מכונית וחפצים שונים, כספים בצורות שונות, או קניין רוחני.<sup>197</sup> בהתאם, חוק הירושה עוסק במקרקעין ומיטלטלין,<sup>198</sup> ובזכויות מסוימות, כאמור. תשלומים לפי ביטוח, קופת פנסיה או גמל אינם חלק מהעזבון.<sup>199</sup> מכל זה עולה שהמצב המשפטי הנוכחי ברור: *מידע דיגיטלי שמשאיר אדם אחרי מותו אינו חלק מנכסי העזבון*.

עקרון היסוד של דיני הצוואה הוא מימוש רצון המת וקיום צוואתו. סעיף 54 לחוק הירושה מורה לפרש צוואה לפי אומדן דעתו של המצווה.<sup>200</sup> חשוב לדייק פה: כאשר הגורמים המוסמכים, שהם רשם הירושות, בית המשפט או בית הדין הדתי מאשרים צוואה ומורים על חלוקת העזבון לפיה, או בהיעדר צוואה - לפי דיני הירושה, הם מממשים בכך את רצון האדם החי, שהובע בחייו, בשעה שהוא איננו עוד בין החיים. הזכות שממומשת היא זכות ההורשה של האדם החי, ולא זכותו של המת לקניין.<sup>201</sup> זכות המת להיות בעלי הקניין פקעה במותו.

<sup>195</sup> לדיון בדבר כוחו של המת להכתיב לחיים את גורל הרכוש, במגבלות השונות ואל מול שינויים חברתיים, כלכליים ומשפטיים, ראו: LAWRENCE M. FRIEDMAN, DEAD HANDS: A SOCIAL HISTORY OF WILLS, TRUSTS, AND INHERITANCE LAW (2009). לעניין כוחם של המתים בהיבט הקנייני, ראו שם, בעמ' 4, 125.

<sup>196</sup> רע"א 6590/10 **עזבון המנוח פואד אשתייה ז"ל נ' מדינת ישראל - משרד הביטחון**, פסקה 5 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (2012).

<sup>197</sup> בנוסף, עזבון יכול לכלול טובות הנאה או זכות תביעה בגין עוולה שנגרמה למנוח. ראו שוחט ואח', **דיני ירושה ועזבון**, לעיל ה"ש 193, בעמ' 6.

<sup>198</sup> חוק הירושה מדבר על "עזבון" ופעמים רבות על "נכסי העזבון" (למשל, ס' 7(ד), 17(ב), 62(ג), 77, 82, 84, 85, 98, 109, 110-112, ועוד). החוק מתייחס במפורש לסוגי נכסים מסוימים, כמו מכונית ודירת מגורים (ס' 11, 115), נכסים פסידיים (ס' 77), כספים (ס' 85), יחידה משקית בחקלאות, תעשייה או מסחר (ס' 97, 113); ובקשר למנהל עזבון, מורה לו "לכנס את נכסי העזבון, לנהל את העזבון, לסלק את חובות העזבון, לחלק את יתרת העזבון בין היורשים" (ס' 82). מנהל העזבון צריך להגיש פרטה של נכסי העזבון (ס' 84, 118). ובית המשפט רשאי להורות על שומה של העזבון (ס' 85). ההתייחסות של החוק כולה היא לנכסים שיש להם ערך כספי, וברור כי החוק ראה לנגד עיניו נכסים חומריים (למשל, ס' 112 מדבר על "נכסי העזבון יחולקו בין היורשים ככל האפשר בעין"). ראו גם את טופס 11 לתקנות הירושה, תשנ"ח-1998, שמשמש את מנהל העזבון לפרט את נכסי העזבון. הטופס מתייחס למקרקעין, מזומנים בבנק וניירות ערך, רהיטים וחפצי בית, תכשיטים ודברי ערך אחרים, חובות המגיעים לעזבון, זכויות אחרות, וחובות העזבון.

<sup>199</sup> ס' 147 לחוק הירושה. לדיון, ראו שוחט ואח', **דיני ירושה ועזבון**, לעיל ה"ש 193, בעמ' 7-8. להוראה זו חשיבות בקשר לאפשרות לקבוע סדרי עדיפויות בין אפיקי ההורשה השונים, ונחזור אליה בהמשך.

<sup>200</sup> ראו למשל בע"מ 9085/16 **פלונית נ' פלוני**, פסקה כ לפסק דינו של השופט רובינשטיין (16.5.2017). לדיון, ראו אהרן ברק **פרשנות במשפט - פרשנות הצוואה** 58-60 (2001).

<sup>201</sup> בתי המשפט ראו בזכות להוריש חלק מזכות הקניין שמוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו למשל רע"א 5103/95 **דשת נ' אליהו**, פ"ד נג(3) 97, 110 (1999) ("זכותו של המנוח לעשות בנכסיו לאחר פטירתו הפכה כיום גם לזכות קניין חוקית מכוח סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואין לפגוע בה אלא בגבולות פסקת ההגבלה, הכלולה בסעיף 8 לחוק"). מדויק יותר לדבר על אודות החופש להוריש. ראו ברק **פרשנות הצוואה**, שם, בעמ' 50-51. כך גם בארצות הברית. ראו: RAY D. MADOFF, IMMORTALITY AND THE LAW: THE RISING POWER OF THE AMERICAN DEAD 57-58 (2010). זכות ההורשה אינה מוחלטת, ויש לה סייגים אחדים.

רוב הנפטרים בישראל לא השאירו אחריהם צוואה בקשר לרכושם, וזאת למרות שלפי ממצאיה של דפנה הקר שמבוססים על בדיקת תיקי ירושה בשנים 2000, 2002, ו-2004, ל-70% מהנפטרים היה די רכוש להצדיק צוואה. הקר מצאה שרק ל-44% היו צוואות.<sup>202</sup> לפי בדיקה שלנו של נתוני רשם הירושות לשנת 2015, ב-48% מהמקרים נתבקשו צווי קיום צוואה.<sup>203</sup> גם לבתי הדין הדתיים סמכות לתת צווי ירושה וצוואה. 26% מהבקשות לצווי ירושה וצוואה שנפתחו בשנת 2016 בבתי הדין הרבניים היו לקיום צוואה.<sup>204</sup> לא נמצאו נתונים לגבי בתי הדין השרעיים. בפרק 4 שבו הצגנו את ממצאי המחקר האמפירי, הזכרנו גם כי רק 27% מהנסקרים התעניינו וביררו את הסוגיה של גורל נכסיהם לאחר מותם, ורק 8% מהנסקרים כתבו צוואה. הנתונים של ממצאי המחקר האמפירי ושל נתוני הנפטרים אינם סותרים: נתוני הצוואות שהקר אספה ושמצאנו במרשמים פומביים מתייחסים למי שכבר הלכו לעולמם, שמטבע הדברים גילם גבוה יותר, בעוד שהסקר שערכנו מתייחס לכלל אוכלוסיית הגולשים באינטרנט בישראל, כלומר כל בני ה-18 ומעלה, לפי שיעורם באוכלוסייה. נושא הירושה מעסיק את הצעירים הרבה פחות מאשר את המבוגרים.

צוואות ישראליות עוסקות כמעט רק בסוגיות קנייניות. הקר מצאה שהצוואות הטיפוסיות קצרות, טכניות ועוסקות בנכסים בלבד.<sup>205</sup> אמנם, צוואה יכולה גם לכלול בקשות שונות בקשר לקבורה או בקשות אחרות, ואין מניעה משפטית לכך, אולם לבקשות כאלה אין פן קנייני, הן אינן חלק מהעיצוב, ולמעשה, אין חובה משפטית לקיימן.<sup>206</sup> בניגוד לפרקטיקה הזו, הקר מציעה לראות בצוואה לא רק מסמך קנייני, אלא גם מסמך שמציע הזדמנות לבטא רגשות ובקשות אחרות. גישה כזו פותחת פתח להתייחסות לזיכרונות דיגיטליים בצוואה, גם כאשר מדובר במידע אישי, לא-קנייני. ההתייחסות יכולה להיות הבעת רצון שבני המשפחה ואחרים ייגשו למידע או לחילופין שלא תהיה להם גישה לכל או לחלק מהתכנים. נראה שיש חסמים רבים בפני גישה כזו, ולפי ממצאיה של הקר בהקשר הכללי, החסם העיקרי צפוי להיות דווקא עורכי דין, שיעדיפו להתמקד בפן הקנייני בלבד. אם בכל זאת תתקבל האפשרות להתייחס לסוגיה של זיכרונות דיגיטליים בצוואה, יהיה צורך לגבש עמדה משפטית ליחס שבין שימוש בכלי ניהול טכנולוגי שמציעות חלק מהפלטפורמות, לבין צוואה, ולבין הוראות אחרות ככל שיש.<sup>207</sup> החקיקה האמריקנית שנדון בה בפרק הבא, יוצרת מדרג כזה.

## (2) אופי המידע

על רקע זה, מובן שאם נגיע למסקנה שהדרך להסדיר את הזיכרונות הדיגיטליים היא בדיני הירושה, יהיה צורך בתיקוני חקיקה מתאימים, שיקבעו הסדרים בקשר לגישה לזיכרונות הדיגיטליים ושליטה בחשבונות של

<sup>202</sup> דפנה הקר "מאפייניהם של סכסוכי ירושות בישראל – ממצאי מחקר אמפירי" הון משפחתי א 3, 79, 82 (2015).

<sup>203</sup> ראו האפוטרופוס הכללי והכנס הרשמי, פעילות יחידות הרשם לענייני ירושה בשנת 2015, נמצא ב: <http://www.justice.gov.il/Units/ApotroposKlali/Departments/Registrar/Statistic/Pages/report2016.aspx>

<sup>204</sup> ראו הנהלת בתי הדין הרבניים, סיכום לשנת 2016, נמצא ב: <http://www.rbc.gov.il/Publications/Statistics/Documents/%D7%A1%D7%99%D7%9B%D7%95%D7%9D%20%D7%9C%D7%A9%D7%A0%D7%AA%202016.pdf>

<sup>205</sup> ראו: Daphna Hacker, *Soulless Wills*, 35 Law & Soc. Inq. 957 (2010).

<sup>206</sup> ראו למשל את צוואתו של הרב אהרן לייב שטיינמן: <http://www.kikar.co.il/259654.html>

<sup>207</sup> הרעיון של אבחנה בין מקורות הורשה שונים אינו זר לדין הישראלי: חוק הירושה עוסק בנכסים אבל מחריג תגמולים לפי קופות פנסיה וגמל, ואלה נקבעים לפי טופס ההנחיות של החוסך או המבוטח מול קופת הגמל, ולפי התקנון שלה. ראו ע"א 91/89 שטרונה נ' האפוטרופוס הכללי, משרד המשפטים, פ"ד מז(1) 625, 627 (1993).

הנפטרים. נזכיר, שכיום, בצוואה ניתן להתייחס למרכיבים לא-רכושיים, אולם לא יינתן להם תוקף של צו קיום צוואה. השאלה היא, אם כן, נורמטיבית-ערכית: האם ראוי להתייחס לזיכרונות הדיגיטליים כאל קניין בר-הורשה? אנו סבורים שהתשובה שלילית (למעט, כאמור, הנכסים הווירטואליים וקניין רוחני), מכמה סיבות.

ראשית, בחייו של אדם, איננו מתייחסים למידע כאמור כאל קניין, אלא רואים בו זכות אישית, שמוגנת תחת הגג של דיני הגנת הפרטיות. נרחיב על המסגרת המשפטית של הגנת הפרטיות בחלק הבא. בינתיים, די לומר כי אין טעם שמצדיק את הפיכתה של זכות אישית לזכות קניינית במות האדם. ראינו דוגמה אחת כזו, בקשר לזכות המוסרית בדיני זכות יוצרים: היא מוגדרת במפורש בחוק זכויות אישיות, ובמות היוצר, אין היא עוברת ליורשיו של היוצר כאילו הייתה נכס קנייני. היא נשארת זכות אישית, והחוק מפקיד כוח מסוים בידי בני המשפחה. מכור, בני המשפחה אינם בהכרח היורשים.<sup>208</sup>

שנית, מידע כשלעצמו הוחרג מהתחום הקנייני, בקשר לדיני זכות יוצרים. ענף משפטי זה קובע במפורש כי עובדות אינן מוגנות לפי הדין.<sup>209</sup> הזיכרונות הדיגיטליים כוללים גם מידע, כמו נתוני תוכן: באיזה אתרי אינטרנט גלש המנוח? עם מי היה בקשר (ובלי קשר לתוכן התקשורת עצמה)? איזה פעולות ביצע באתרים שונים? העובדה שהייתה למנוח פעילות באתרים מסוימים, למשל אתרי היכרויות – היא מידע עובדתי שאינו מוגן בדיני זכות יוצרים. התייחסות למידע כאל קניין מרגע שהאדם מת אינה מתיישבת עם ההתייחסות לגורל המידע בחייו של האדם.

שלישית, ההצעה להתייחס למידע אישי פרטי כאל קניין עלתה מעת לעת בספרות,<sup>210</sup> אך גם נדחתה, שוב ושוב.<sup>211</sup> יש לכך טעמים עקרוניים שונים, למשל משום שחלק מהמידע על אודות אנשים נוצר על ידי גורמים אחרים, למשל מספר תעודות זהות שנוצר על ידי המדינה; משום שדיני הקניין אינם מתאימים להתמודד עם מצבי פרטיות, ובשל החשש שעמדה כזו תביא למיסחור של בני אדם. בכל מקרה, התייחסות קניינית לזיכרונות הדיגיטליים תשנה כבדרך אגב את ההתייחסות למידע אישי בכלל.

רביעית, ועיקר, הזיכרונות הדיגיטליים כוללים פעמים רבות מידע שהוא פרטי באופיו: על המשתמש המנוח ועל בני שיחו. תקשורת בין-אישית עשויה לכלול פרטים אישיים. באתרי היכרויות תקשורת בין-אישית עשויה לכלול צילומים אינטימיים. התייחסות קניינית אל המידע – משמעותה שהוא יעבור לידי היורשים, והם עשויים להיחשף למידע שלא הייתה למנוח או לבני שיחו שום כוונה לחשוף אותם, ולעתים קרובות, במיוחד לא מול בני המשפחה והחברים הקרובים.

אמנם, מצב דומה עשוי להתרחש לעתים בסביבה לא-מקוונת. יורשים, בין אם הם בני משפחה ובין אם לאו, עשויים למצוא בין חפציו של המנוח מכתבים אישיים שכתב או קיבל, יומן אישי, ושאר חפצים ומסמכים שיחשפו מידע על יקירם, שלא היה ידוע להם. פרטיותו, ואולי גם פרטיות בני שיחו עלולה להיפגע. זו תוצאת-אגב

<sup>208</sup> בקשר לנכסים חומריים, המצב הנפוץ הוא שבני המשפחה הם היורשים. לעומת זאת, בקשר לזכות יוצרים, פעמים רבות הבעלות ביצירות היא של מעסיקים (עיתון שמחזיק בזכויות של עיתונאים, למשל; משרדי פרסום שמחזיקים בזכויות הגרפיקאים), או של המזמין (צילומים שצילם צלם חתונות יהיו בבעלות המזמינים), או שהועברו למפיקים ומוציאים לאור.

<sup>209</sup> ראו ס' 5(4) לחוק זכות יוצרים.

<sup>210</sup> ראו למשל: Edward J. Janger, *Muddy Property: Generating and Protecting Information Privacy Norms in Bankruptcy*, 44 WILLIAM & MARY L. REV. 1801 (2003); LAWRENCE LESSIG, CODE VERSION 2.0, 228 (2006).

<sup>211</sup> לדיון ראו בירנהק, **מרחב פרטי**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 95.

שנלוות לבעלות הקניינית של היורשים במיטלטלין. הפגיעה בפרטיות – כבר התבצעה בעת העיון הראשון במידע. אולם הזכות הקניינית משתרעת רק על החפצים הפיזיים. הפגיעה בפרטיות – מתרחשת וחומקת בפועל מהדין. אולם, פעולה נוספת שתפגע בפרטיות – אסורה. למשל, מי שמצא בחפצי יקירו שהלך לעולמו מכתבים שכתב צד שלישי, ובהם מידע פרטי על אותו צד שלישי – לא יוכל לפרסמם ברבים, אם הפרסום יפגע בפרטיות הצד השלישי (וזאת, כפוף לדיני הגנת הפרטיות, וכללים בדבר התיישנות, הגנות שונות שעשויות לקום לפוגע לכאורה, ועוד). במילים אחרות, אין להסיק מתוך המצב הלא-דיגיטלי המצוי מסקנות לגבי המצב הדיגיטלי הראוי. הסקה כזו תלקה גם במה שמכונה "הכשל הנטורליסטי" (הכשל כאשר מסיקים את הראוי מתוך המצוי), וגם תבטל את שארית הפרטיות שיש למנוח ולצד השלישי.

בהתאם, לפי הדין הקיים, מידע אישי אינו חלק מהעזבון. העמדה שמבקשת לקבוע שמידע דיגיטלי אישי הוא חלק מהעזבון ולכן עובר ליורשים, מטשטשת את האופי האישי של המידע ואת מהותן של הזכויות במידע שהן זכויות אישיות, וממירה אותן לזכויות קנייניות ללא הנמקה משכנעת. להאחדה כזו של הזכויות האישיות והקנייניות עלולות להיות השלכות רחב במשפט בכלל, ועל הפרטיות בפרט, הן של המשתמש המנוח והן של בני שיחו, ואין זה ראוי לבטל את האבחנה באופן אגבי.

## ד. המסגרת של הגנת הפרטיות

לאחר ששללנו את האופי הקנייני של הזיכרונות הדיגיטליים, נראה שהסיווג המשפטי המתאים שלהם הוא זכות לפרטיות, שהיא זכות אישית במהותה, להבדיל מזכות קניינית. חלק זה מסביר טענה זו. תחילה, נעיר על הפרטיות בכלל ונסווגה זכות אישית, ובהמשך נבחן את גורלן של זכויות לאחר המוות בכלל, ואת גורלה של הפרטיות לאחר המוות באופן ספציפי.

### (1) פרטיות זכות אישית

בחיו של אדם, אנו מכירים בזכויות חשובות שהן זכויות יסוד, למשל לשמו הטוב של אדם ולפרטיותו. מידע דיגיטלי הוא פעמים רבות פרטי במהותו: תקשורת בין-אישית של המנוח עם אחרים (שגם להם זכות לפרטיות), טקסטים אישיים, צילומים אינטימיים, מידע רפואי רגיש, ועוד. בחיו של אדם, יש לו שליטה בגישה למידע ולתוכן האלו ובשימושים בהם, והשליטה הזו מוגנת באמצעות הזכות לפרטיות. בשפה המשפטית, אנו מכנים זכות זו "זכות אישית".<sup>212</sup> ככזו, היא אינה כלולה בעזבון ואינה ניתנת להורשה. האתגר המרכזי בקשר לזיכרונות דיגיטליים, הוא גורלה של הזכות האישית בכלל במות האדם, והזכות לפרטיות בפרט.

<sup>212</sup> זכויות אישיות נוספות הן למשל הזכות לשם טוב, וכאמור, הזכות המוסרית בדיני זכות יוצרים. דוגמה נוספת לזכות אישית שאינה חלק מעזבון של אדם היא הזכות של אדם לחזור בו מהתחייבות לתת מתנה, שהופכת לבלתי הדירה במוותו של מעניק המתנה, ולכן אינה חלק מהעזבון. ראו ע"א 2531/99 ג'ורי נ' דנגור, פסקה 10 לפסק דינה של השופטת דורנר (2002); שוחט ואח', **דיני ירושה ועזבון**, לעיל ה"ש 193, בעמ' 7. נציין, עם זאת, שהאבחנה המשפטית בין זכויות קנייניות-רכושיות לזכויות אישיות היא לעתים חדה מדי. גם זכויות רכושיות יכולות להיות אמצעי להגן על זכויות אישיות. למשל, זכות יוצרים בידי יורשים עשויה לספק לא רק צרכים חומריים של היורשים, אלא גם צרכים אישיותיים שלהם – בנוסף לאלה של היוצרת המנוחה. לדיון, ראו: Andrew Gilden, *IP, R.I.P.*, 95 WASH. L. REV. 639 (2017). בדיון הישראלי, צרכים אלה באים לידי ביטוי בעיקר בענף של הזכויות המוסריות, שכמעט שאינו מוכר בדיון האמריקני.

הזכות לפרטיות מורכבת, עמומה במידת-רבה, ושנויה במחלוקת, במיוחד בסביבה דיגיטלית. ואף על פי כן, היא זכות יסוד במשטר דמוקרטי.<sup>213</sup> לפרטיות יש מספר הצדקות, ועיקרן הוא במישור הדאונטולוגי, שרואה בפרטיות נגזרת של כבוד האדם.<sup>214</sup>

בחיינו של אדם, מידע אישי בא בדרך כלל תחת הגג של הזכות לפרטיות. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "כל אדם זכאי לפרטיותו ולצנעת חייו" (ס' 7(א)), וכן כי "אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו" (ס' 7(ד)). ניתן לפגוע בזכות זו רק בדרך האמורה בפסקת ההגבלה. חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות) מפרט מצבים שונים שהם פגיעה בפרטיות. חלקם אינו רלוונטי לאדם המת, למשל בילוש אחרי אדם באופן שעלול להטרידו (ס' 2(1)), צילום אדם ברשות היחיד (ס' 2(3)), או פרסום צילום שנעשה ברשות הרבים בנסיבות מסוימות (ס' 2(4)). מצבים אחרים עשויים להיות רלוונטיים לאחר המוות, אבל אין להם בהכרח פן דיגיטלי, למשל שימוש בשמו של אדם, בכינויו, בתמונתו או בקולו למטרת רווח (ס' 2(6)).<sup>215</sup> עוד שני מצבי פרטיות קשורים במוות, אך לא בהיבט של מידע דיגיטלי: פרסום צילום של אדם בזמן פגיעה (ס' 2(4א)), ופרסום צילום של גופה (ס' 2א).<sup>216</sup>

מבין המצבים האחרים, חלקם עשוי להיות רלוונטי לזיכרונות דיגיטליים: שני סעיפים עוסקים בתקשורת בין-אישית, ובכך מוסיפים על חוק היסוד. האחד, הוא ס' 2(2) לחוק שקובע כי האזנת סתר אסורה היא פגיעה בפרטיות, ובכך מוסיף חובד של עוולה אזרחית לפן הפלילי שקובע בחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979. השני, הוא ס' 2(5) לחוק, שקובע כך: "העתקת תוכן של מכתב או כתב אחר שלא נועד לפרסום, או שימוש בתוכנו, בלי רשות מאת הנמען או הכותב, והכל אם אין הכתב בעל ערך היסטורי ולא עברו חמש עשרה שנים ממועד כתיבתו". לפי המוגדר שם, סעיף זה חל גם על מסרים אלקטרוניים. כך למשל, מי שמאזין באמצעות מכשיר או מעיין בתכתובת שלא נועדה לעיניו, עשוי להיחשב למאזין סתר או לפוגע בפרטיות, בהתאמה, משום שהצדדים לתקשורת לא הסכימו לכך.

שני מצבים נוספים עוסקים בחובת סודיות, וקובעים כי הפרת חובת סודיות שנקבעה בדיון (ס' 2(7)) או בהסכם (ס' 2(8)) לגבי ענייני הפרטיות של אדם היא פגיעה בפרטיות. מצב זה רלוונטי לגורמי הביניים השונים: אם יש הסכם בנושא בין המשתמש לבין ספק השירות, ההסכם מקים זכות לפרטיות למשתמש בקשר למידע הזה.<sup>217</sup>

<sup>213</sup> לדיון, ראו בירנהק, **מרחב פרטי**, לעיל ה"ש 14.

<sup>214</sup> בירנהק, **מרחב פרטי**, שם, בעמ' 115-117.

<sup>215</sup> הוראה משלימה יש גם בס' 11(8) לפקודת סימני מסחר [נוסח חדש], התשל"ב-1972 (סימן שיש עליו תמונת אדם שמת אינו כשיר לרישום, אלא אם שאירוי הסכימו לכך, ובכפוף לשיקול דעתו של רשם סימני המסחר). חלק מהמדינות בארצות הברית הכיר בזכות נפרדת, right of publicity, וזו מתקיימת לאחר המוות. ראו למשל פסק דין של בית משפט פדרלי בקליפורניה בקשר לדמותו של אלברט איינשטיין, *Hebrew Univ. of Jerusalem v. Gen. Motors LLC*, 2012 WL 907497 (C.D. Cal. 2012). בית המשפט פסק (בהחילו את דיני מדינת ניו ג'רסי שבה התגורר איינשטיין, ובהיעדר חקיקה מפורשת) שהזכות מתקיימת 50 שנים לאחר המוות. בישראל הבחין בית המשפט העליון בין זכות הפרסום, שהעוגן המשפטי שלה מצוי כנראה בדיני עשיית עושר ולא במשפט, לבין הזכות לפרטיות בקשר לשימוש בשם ובדמות של אדם. ראו ע"א 8483/02 **אלוניאל בע"מ נ' אריאל מקדונלד**, פ"ד נח(4) 314 (2014).

<sup>216</sup> לדיון בסוגיה של פרסום צילומים מזירות אירוע כמו פיגועים ראו טל מורס "להתבונן במוותם של אחרים: הצגת צילומי גופות בתקשורת הישראלית כמנגנון הכלה והדרה" **פרוטוקולים: היסטוריה ותיאוריה** 18 (2010), נמצא ב: <http://bezalel.secured.co.il/zoep/home/he/1286358025/1286377696>, וכן Tal Morse, *Covering the Dead: Death* Images in Israeli Newspapers—Ethics and Praxis, 15(1) JOURNALISM STUDIES 98 (2014).

<sup>217</sup> במילים אחרות, אם ספק השירות התחייב בהסכם עם הגולשים לשמור על סודיות המידע שלהם, הרי שהפרת חובת הסודיות היא פגיעה בפרטיות. בפועל, ספקי השירות נוהגים להבטיח הבטחות כלליות בדבר חשיבות הפרטיות, אבל תוך החרגה של מצבים רבים. למשל, תנאי

סעיף מרכזי נוסף הוא "עקרון צמידות המטרה" (ס' 2(9)), שלפיו "שימוש בידעיה על ענייניו הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר, שלא למטרה שלשמה נמסרה" הם פגיעה בפרטיות. שני מצבים נוספים עוסקים בפרסום מידע: האחד, בקשר למה שהושג תוך פגיעה בפרטיות (ס' 2(10)), והשני, פרסום עניין הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם. המושג "צנעת חייו האישיים של אדם" אינו מוגדר בחוק, אבל מודגם שם: עבר מיני, מצב בריאותי, התנהגות ברשות היחיד (ס' 2(11)).

נניח בשלב הזה של הדיון שהזכות לפרטיות שורדת את המוות וממשיכה להתקיים גם לאחר מות האדם. בהתאם, כאשר אדם שלא היה צד לשיחה המקורית, מעיין בתכתובת דוא"ל או בתקשורת בין-אישית של המנוח, נראה שיש פה הפרה לכאורה של הפרטיות לפי ס' 2(5) (שימוש במכתב), ולפי פרשנותם של בתי משפט בהקשרים אחרים, אם המסר טרם הגיע ליעדו, נראה שיש כאן גם האזנת סתר לפי ס' 2(2) לחוק.<sup>218</sup> כאשר אדם מעיין בתכנים פרטיים שונים של המנוח שלא נועדו לו, אפשר לומר שהוא משתמש בהם שלא למטרה שלשמה נמסרו, וזו הפרה של ס' 2(9) (עקרון צמידות המטרה). אם המידע מועבר הלאה, מדובר ב"פרסום" כמשמעותו בחוק,<sup>219</sup> ואז יש הפרה נוספת של איסור הפרסום (ס' 2(10)), וכאשר התוכן רגיש, גם הפרה של ס' 2(11). בנוסף, ס' 16 קובע עבירה פלילית של הפרת חובת סודיות על מנהל או מחזיק של מאגר מידע, בכפוף לצו של בית משפט.<sup>220</sup>

סוגית ההסכמה משמעותית כאן. כל עוד אין הסכמה שהמידע יוגש לאחרים, הרי שמתן גישה למידע הוא בגדר פגיעה בפרטיות. אדם יכול להסכים לפעולה מסוימת מהפעולות האלה, ואז אין מדובר בפגיעה בפרטיות. ההסכמה הדרושה לפי החוק היא "הסכמה מדעת".<sup>221</sup> זו פורשה בפסיקה כהסכמה שמבוססת על ידיעה של העובדות הרלוונטיות, וכזו שניתנה מרצון חופשי.<sup>222</sup> לכן, כל עוד אין בידינו הסכמה מדעת של האדם, הנחת העבודה צריכה להיות שהאדם לא הסכים לפעולה. לעתים, אפשר ללמוד את ההסכמה מההתנהגות. למשל, מי שמפרסם מידע ברשת חברתית פומבית בצורה שנגישה לכל, אפשר לומר שהסכים מכללא לפרסום אותו מידע, וזאת בנוסף להסכמתו לתנאי השימוש שקובעים זאת, שהם הסכמה מפורשת (גם אם יש ספקות לגבי היותה "מדעת"). מי שהעביר מידע אישי ל"חברים בלבד", או קיים שיחות בין-אישיות באפיקים שונים (צ'אט,

השימוש של פייסבוק מתירים לה להעביר מידע לחברות אחרות כמו חברות פרסום וניתוח נתונים, רשויות אכיפת חוק ובתי משפט, ועוד. ראו: <https://www.facebook.com/about/privacy>.

<sup>218</sup> ראו פ' (מחוזי ת"א) 040206/05 **מדינת ישראל נ' פילוסוף** (2007).

<sup>219</sup> ס' 3 לחוק הגנת הפרטיות מגדיר "פרסום" על דרך הפניה לס' 2 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק איסור לשון הרע), שמגדיר פרסום באופן רחב: "בין בעל פה ובין בכתב או בדפוס, לרבות ציור, דמות, תנועה, צליל וכל אמצעי אחר".

<sup>220</sup> בדיון האמריקני יש עמדות סותרות בעניין. לפי פסק דין אחד, מסירת מידע ללא הסכמת מושא המידע היא הפרה של ה- Stored Communications Act. בית משפט פדרלי בקליפורניה דחה בקשה להורות לפייסבוק למסור מידע, מהטעם הזה. ראו: *In re Facebook*, James D. Lamm, Christina L. Kuntz, Damien A. Riehl, Peter John *Inc.*, 923 F.Supp.2d 1204 (N.D. Cal. 2013). לדיון, ראו: *Rademacher, The Digital Death Conundrum: How Federal and State Laws Prevent Fiduciaries from Managing Digital Property*, 68 U. Miami L. Rev. 385, 403-406 (2014). המחברים משתמשים ומניחים בכתיבתם את הפרדיגמה הקניינית של המידע. לאחרונה פסק בית המשפט העליון במסצ'וסטס כי מסירת מידע וולונטרית מצד יאהו! אינה הפרה של החוק, משום שמנהל העיזבון בא בנעלי המנוח, ויכול להסכים בשמו לבקש את המידע. בית המשפט הניח, בלי לנמק, שלמידע יש ערך קנייני. ראו: *Ajemian v. Yahoo! Inc.*, (Supreme Judicial Court, MA. Oct. 16, 2017).

<sup>221</sup> ס' 1 לחוק קובע כי "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו", וס' 3 מגדיר הסכמה כך: "הסכמה מדעת, במפורש או מכללא".

<sup>222</sup> ראו למשל בקשר לפרטיות במקום העבודה, עס"ק (ארצי) 7541-04-14 **הסתדרות העובדים הכללית החדשה מרחב המשולש הדרומי נ' עיריית קלנסווה** (פורסם בנבו, 15.3.2017).

מסרים ישירים, דוא"ל, וכדומה) – מההתנהגות עולה דווקא רצון לשמור על פרטיות התקשורת הזו, ואין בה הסכמה.

בהתאם, השאלה המרכזית היא זו שהנחנו אותה כאן, שהפרטיות שורדת את המוות. האמנם?

## (2) זכויות אחרי המוות?

לאדם המת אין עוד אוטונומיה ואין עוד רצון חופשי. חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 קובע כי כל אדם כשר לזכויות עד מותו.<sup>223</sup> גם יפוי הכוח המתמשך, שיכול לעסוק גם בעניינים אישיים, פוקע במוות האדם שממנה את מיופה הכוח. האם למרות עמדה ברורה זו, למשתמשים יש זכויות בקשר למידע הדיגיטלי על אודותיהם לאחר מותם? זכויות רבות ממילא אינן רלוונטיות עוד, כמו חופש התנועה, חופש הדת (אולי למעט בקשר לצורת הקבורה), חופש הביטוי (אולי למעט בקשר למגבלות על ביטויים של המנוח שחוברו עוד בחייו), או חופש המצפון. לעומתן, הפרטיות עשויה להיות רלוונטית.

בתי משפט בישראל מדברים לעתים על "כבוד המת", כהמשך לכבוד האדם החי, ואוחזים בחוק היסוד. למשל, בעניין חברת אלאקסא נ' מוזיאון מרכז שמעון ויזנטל, שעסק בהקמת מוזיאון לסובלנות בירושלים על שטח שנמצא בו קברים והוא צמוד לבית עלמין קיים, ציין בית המשפט העליון כך: "כבודו של המת הוא עקרון חוקתי הנגזר כפועל יוצא מכבודו של האדם החי, ומזכותו לאוטונומיה אישית. אלה הם שניים שאינם ניתנים לניתוק ולהבדלה".<sup>224</sup> ככל זכות, גם זכות המת אינה מוחלטת, ובהתאם, לאחר ההכרה בערך החוקתי של כבוד המת, פונה בית המשפט לאיזונים המוכרים.<sup>225</sup> נעיר שעמדה זו שונה מעמדת בתי משפט בארצות הברית, שמדגישים באופן עקבי שזכויות אישיות כמו שם טוב ופרטיות פוקעות במוותו של האדם,<sup>226</sup> וכך גם בדין האנגלי.<sup>227</sup> יצוין, כי בדין הישראלי, למרות ההכרה השיפוטית בזכויות מתים בהקשרים מסוימים, בפועל, ההגנה הניתנת להם חלשה יחסית, ונסוגה בדרך כלל מפני זכויות או אינטרסים אחרים, למשל חופש הביטוי.<sup>228</sup>

האם יש הצדקה נורמטיבית להכרה בזכויות המתים? בעניין זה יש גישות שונות. גישה אחת מתבססת על תיאורית הרצון בקשר לזכויות, ולפיה עם מות האדם, פוקעות זכויותיו במלואן.<sup>229</sup> גישה שנייה, מוכנה להכיר בזכויות המתים, לפי בדיקה של כל זכות, ובחינה האם היא שורדת את המוות. בדיקה זו היא לפי הצדקותיה של הזכות הפרטיקולרית, ומשקפת את "תיאורית האינטרס" של זכויות.<sup>230</sup> גישה שלישית מוכנה להגן על זכויות

<sup>223</sup> ס' 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962.

<sup>224</sup> בג"ץ 52/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp., בפסקה 135 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2008).

<sup>225</sup> שם, בפסקאות 158, 178.

<sup>226</sup> לדיון ראו Madoff, לעיל ה"ש 201, בעמ' 121-130. לטענה שראוי שהמשפט יכיר בזכויות אישיות כמו שם טוב לאחר המוות, ראו: Don HERZOG, DEFAMING THE DEAD (2017).

<sup>227</sup> ראו: Edina Harbinja, *Digital Inheritance in the United Kingdom*, 6 J. EU. CONSUMER & MARKET L. 253, 255 (2017).

<sup>228</sup> ראו למשל בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (1999), שבו אישר בית המשפט, בדעת רוב, לשדר תכנית שסווגה כדוק-זרמה, שבה יוחסו לאחת הדמויות דברים שהם בגדר לשון הרע על חנה סנש. לכך שבפועל בתי המשפט מגנים על זכויות המתים בצורה מוגבלת בלבד, למרות ההכרה שלהם בזכויות אלה, ראו ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 84 (2016).

<sup>229</sup> לדיון, ראו מיכאל בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים" עיוני משפט לא 57, 63-64 (2008).

<sup>230</sup> בירנהק, שם, בעמ' 66-69.

המתים, אולם לא משום שהמתים הם ישות משפטית בת-הגנה – הם אינם כאלה, אלא משום שאנו מגנים על רצון האדם החי, שהובע בחייו, וכעת אנחנו מבקשים לממשו, לאחר מותו. בהתאם, כאשר המשפט מדבר על "זכויות המת", זו לכל היותר מטבע לשון שמשמעותה היא שהמשפט מגן על רצון האנשים החיים. ההגנה המשפטית יוצרת ציפייה של אדם שבקשותיו יכובדו לאחר מותו. הקר, בדיון שלה בנושא, מסכמת את עמדתו של ארנסט פארטרידג' ברוח דומה, כך:

"Hence, 'harming the dead' and 'protecting the interests of the dead' become loose and figurative expressions under Partridge's theory, relating, actually, to the social contract of the living, for the sake of the living, who find comfort in the social promise that their dignity will be respected after they are gone".<sup>231</sup>

נראה שזו העמדה הנוכחית של המשפט הישראלי. בעניין אלאקסא, הסביר בית המשפט העליון:

"כבודו של האדם החי נפגע כאשר לא מובטחת לו עוד בחייו, הגנה ראויה על כבודו כאשר שוב לא יהיה בין החיים. פגיעה בכבוד המת היא, אפוא, פגיעה בכבודם של החיים, ובכך היא מהווה פגיעה בזכות חוקתית הראויה להגנה חוקתית. השקפת החברה האנושית על ערך כבוד המת כערך-על בחיי הפרט והכלל, וכחוליה מקשרת בין דורות שחלפו לדור ההווה ולדורות שיבואו, היא אחד המאפיינים לרציפות המתמשכת של הקיום האנושי".<sup>232</sup>

ובניסוח אחר, באותו פסק דין: "ליבתה של הזכות לכבוד המת טמונה באינטרס הנפטר בעודו בחיים, בהגנה על כבודו לכשיילך לעולמו".<sup>233</sup>

יש לשים לב, שאין זו הכרה גורפת בזכויות מתים. לא כל אינטרס ראוי להגנה, ולכן יש לבחון את מהות האינטרס בו מדובר. בהתאם, כאשר אנו מתבקשים להגן על זכות של המת, יש לבחון אם הייתה לו זכות בחייו,<sup>234</sup> האם הזכות שורדת את המוות – במובן של הצדקותיה העיוניות של הזכות הפרטיקולרית שבה מדובר. כאמור, למשל, חופש התנועה אינו רלוונטי למת. גם אחרי הפעלת המסננות האלה, כאשר מוגנת הזכות, ראוי לאזנה, לפי העניין, עם זכויות ואינטרסים אחרים, נוגדים, אם יש כאלה.

<sup>231</sup> ראו: Daphna Hacker, *The Rights of the Dead through the Prism of Israeli Succession Disputes*, 11 INTERNATIONAL J.L. IN CONTEXT 40, 44 (2015); Ernest Partridge, *Posthumous Interest and Posthumous Respect*, 91 ETHICS 243, 259-261 (1981).

<sup>232</sup> עניין אלאקסא, לעיל ה"ש 224, בפסקה 135.

<sup>233</sup> שם, בפסקה 139. ראו גם בירנהק, "זכויות המתים", לעיל ה"ש 229; שלי קרייצר-לוי ואילת בלכר-פריגת "הנה 'יהיה אדם ואינו': על פרשנות צוואה, נשמה חסרה וכבוד המת" **עיוני משפט** לח 571, 592 (2016) ("האדם החי הוא שמדמין את העולם אחרי מותו ומבקש להשפיע על אותו עולם שבו כבר לא יהיה לו חלק. ההכרה וההגנה צריכים להינתן ביחס לאינטרסים של האדם החי הצופה את מותו").

<sup>234</sup> בין היתר, יש לוודא שהזכות מיוחסת לאדם המנוח, ולא לאחרים שמבקשים להתכנס תחת כנפיה כדי להשיג אינטרסים אחרים. קושי זה מתעורר בעיקר במקרי לשון הרע, כאשר בני משפחה טוענים כנגד מי שפגע לכאורה ביקרים שהוא פגע בזכות המת לשם טוב, אולם למעשה, האינטרס הוא אחר, של פגיעה בכבוד המשפחה. לדיון, ראו בירנהק, "זכויות המתים", לעיל ה"ש 229, בעמ' 82.

### (3) פרטיות לאחר המוות

האם ראוי להגן על פרטיות המתים, במובן שזה עתה תואר, של הגנה על רצון החיים בקשר לפרטיותם לאחר מותם? במישור העיוני, התשובה נגזרת מהדין הקודם, הכללי, בדבר זכויות המת, ובתוספת הדין הפרטיקולרי במהותה של הזכות לפרטיות.<sup>235</sup> ככל שאנו רואים בפרטיות נגזרת של כבוד האדם, הרי שטיבה של הפרטיות, לפי הצדקה זו, הוא שהיא מפקידה בידי האדם את הכוח להחליט בעצמו מה יהיה גורל המידע שלו. זו הפרטיות כשליטה. במובן זה, הפרטיות יכולה לשרוד את המוות, לפחות כל עוד היא מתייחסת לרצונם האמיתי של החיים בקשר לנעשה לאחר מותם. למת עצמו אין פרטיות ככזה.

במישור המשפטי, בפועל, אנו רואים התייחסויות שונות באשר לגורל הפרטיות לאחר המוות. עמדת המשפט האנגלו-אמריקני שלילית.<sup>236</sup> במשפט הקונטיננטלי עמדות שונות: גרמניה מכירה בזכויות המתים ואילו בצרפת זכויות אישיות אינן ניתנות להעברה.<sup>237</sup> כמה מדינות נוספות מכירות במידה חלקית בזכות הפרטיות של מי שהלכו לעולמם.<sup>238</sup> אמנת זכויות האדם של מועצת אירופה (ECHR) פורשה כשוללת זכויות פרטיות למתים, ואילו ההסדרה המקיפה של האיחוד האירופי להגנת פרטיות (ה-GDPR), מתירה מרחב פעולה מסוים למדינות החברות. רובן אינו מגן על הפרטיות לאחר המוות, אולם בחלקן יש הסדרים ספציפיים: אדינה הרביניה (Harbinja) מזכירה בהקשר זה את בולגריה, שבה החוק מפקיד את פרטיות המנוח בידי היורשים, ואת אסטוניה, שבה החוק מתיר לאדם לקבוע את גורל המידע הפרטי שלו לאחר מותו, אולם אלה הן יוצאות הדופן.<sup>239</sup> ליליאן אדוארדס ואדינה הרביניה טוענות בעד הכרה בזכויות פרטיות אחרי המוות, בעיקר נוכח השינויים של הסביבה הדיגיטלית.<sup>240</sup>

בישראל, חוק הגנת הפרטיות אינו כולל התייחסות ישירה לזכויות המתים לפרטיות. השתיקה אינה מקרית: השוואה לחוק איסור לשון הרע, שגם הוא עוסק בזכות אישית (לשם טוב) ודומה בכמה וכמה מהסדריו לחוק הגנת הפרטיות, מעלה ששם יש הגנה מסוימת לשמו הטוב של המת, ואילו בחוק הגנת הפרטיות שנחקק לאחר מכן – אין הגנה מקבילה.<sup>241</sup> בדיקת ההיסטוריה החקיקתית של חוק הגנת הפרטיות מעלה גם היא שאין

<sup>235</sup> היו מי שבחנו את האפשרות להגן על הפרטיות דרך אפיקים משפטיים אחרים, כמו באמצעות החוזה שבין המשתמש לספק השירות, או לפי התייחסות קניינית לפרטיות. האפשרות הראשונה אינה מועילה, משום שתנאי השימוש נוטים להתייחס לרישיון כאל חוזה אישי שאינו ניתן להעברה. האפשרות השנייה כושלת בפרדיגמה הקניינית. לדיון זה, ראו: Natasha Chu, Comment, *Protecting Privacy after Death*, 13 Nw. J. Tech. & IP 255 (2015). את הטענות וביקורתן שם צריך לקרוא על רקע הגישה האמריקנית ששוללת הגנת פרטיות אחרי המוות מכל וכל, ולכן הצורך לפנות לאפיקים אחרים, שאינם מתאימים. הנימוקים במאמרה של Chu אינם עקרוניים אלא פרגמטיים.

<sup>236</sup> ראו: Lillian Edwards & Edina Harbinja, *Protecting Post-Mortem Privacy*, 32 CARDOZO ARTS & ENT. 83, 105-107 (2013) (בקשר ל"זכות לפרסום").

<sup>237</sup> Edina Harbinja, *Does the EU Data Protection Regime Protect Post-Mortem Privacy and What Could be the Potential Alternatives?*, 10 SCRIPTED 19, 24-27 (2013).

<sup>238</sup> ראו: McCallig, *Facebook after Death*, לעיל ה"ש 12.

<sup>239</sup> ראו Edwards & Harbinja, *Protecting Post-Mortem Privacy*, לעיל ה"ש 236, בעמ' 113-114.

<sup>240</sup> שם. הנמקתן בעד הכרה בזכות אינה מבוססת על טעמים עיוניים בדבר מהות הזכות, אלא על הצורך הפרקטי בהכרה כזו, בסביבה הדיגיטלית. בכתיבה מאוחרת יותר, הרביניה מבססת את הזכות לפרטיות על אוטונומיה של האדם, וטוענת כי זו שורדת את המוות. ראו: Edina Harbinja, *Post-Mortem Privacy 2.0: Theory, Law, and Technology*, 31 INT'L REV. L. COMP. & TECH. 26 (2017).

<sup>241</sup> ראו ס' 5 לחוק איסור לשון הרע.

מדובר בהשמטה מקרית, אלא בבחירה מודעת ומכוונת של המחוקק. גם עיון בהצדקות של הזכות לפרטיות מעלה שההצדקות השונות שהועלו בספרות אינן רלוונטיות עוד לאדם המת.<sup>242</sup> מכך, ולפי ההנחיה העקרונית של חוק הכשרות המשפטית, ניתן היה לקבוע בביטחון שבדין הישראלי, למת אין עוד פרטיות. במקרה כזה, במערך הזכויות בסוגיה של זיכרונות דיגיטליים ניצבים רק בני המשפחה וגורמי הביניים – ספקי השירות.

אולם, כאמור, למרות מבנה החוק וההיסטוריה החקיקתית שלו, הכירו בתי המשפט בישראל גם בזכות לפרטיות של המת. אמירה שחוזרת ומצוטטת בפסיקה הרלוונטית היא הערה של בית המשפט העליון בעניין סקולר נ' ג'רבי, בפרשה שעסקה בגישה של יורשים של אישה שהלכה לעולמה, לחשבונות הבנק שלה ושל בעלה המנוח. המידע היה בידי הבנק. בית המשפט העליון העיר כך:

"פירוש זה, שמשמעו כי זכות הפרטיות שהיתה לאדם בחייו על-פי החוק הופכת למירמס לאחר מותו, נוגד את תכלית החוק. זכות הפרטיות האמורה אינה עוברת מן העולם יחד עם בעל הזכות, והיא ממשיכה להיות מוגנת גם אחרי מותו. אלא שבמקומו של בעל הזכות ה'מקורי', שעם מותו אינו כשר עוד לזכויות (ראה סעיף 2 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962), באים יורשיו תחתיו כבעלי אותה זכות שהייתה למורישם".<sup>243</sup>

גישה זו מתעלמת מהמשמעות של עובדת מותו של אדם, ויוצרת המשכיות שנוגדת את הוראת חוק הכשרות המשפטית. יתרה מכך, הפרטיות מומרת פה מזכות אישית לזכות רכושית-קניינית, שניתנת להורשה.<sup>244</sup> אולם המידע הוא מידע אישי. כיצד, אם כן, ניתן להסביר את האמירה של פסק הדין? הסבר אפשרי אחד, הוא ש"זכות המת" אינה אלא מטבע לשון שמתייחס לחיים, לא למתים. הסבר אפשרי שני, מצמצם את האמירה להקשר הקנייני של פסק הדין, שכאמור, דובר בו בגישה למידע בנקאי, שהתייחס לנכסים קנייניים. כך אכן נהגו בתי משפט בערכאות דיוניות, שעסקו במצב לא-מקוון: גישה למידע פרטי של המת, שנמצא בידי גורם ביניים.

במקרה אחד, שהזכרנו בקצרה לעיל, ביקשו בני משפחתו של מנוח מידע מקופת הגמל, על זהות המוטבים, לאחר שהתברר להם, להפתעתם, שהם אינם המוטבים היחידים. כספי קופת גמל מוחרגים מהעזבון, והם מיועדים למי שהחוסך או המבוטח מציין כ"מוטבים". בית המשפט המחוזי סבר שלמנוח יש זכות לפרטיות גם לאחר מותו, גם אם בעוצמה פחותה מאשר בחייו. אולם בדומה לפרשנות שהוצעה בקשר לעניין סקולר נ' ג'רבי, ניאות לצמצם את הקביעה לנסיבות הקנייניות: המידע המבוקש עסק בנכסים קנייניים, ולא היה מידע אישי במהותו.<sup>245</sup> בית המשפט איזן בין פרטיות המנוח לבין האינטרס הקנייני, ומצא שהקניין גובר על הפרטיות.

מקרה שני לא עסק במידע על רכוש, אולם גם הוא מלמד על הגנת הפרטיות של החי, גם לאחר מותו, אם כי בכפוף לאיזונים שונים. במקרה שהזכרנו בקצרה בפרק המבוא, התברר לבני משפחה שיקירתם המנוחה הייתה בטיפול פסיכולוגי, שלא ידעו עליו בחייה.<sup>246</sup> הקרובים ביקשו לעיין במידע שהיה בידי הרופאה המטפלת, אולם

<sup>242</sup> ראו בירנהק "זכויות המתים", לעיל ה"ש 229, בעמ' 90-93.

<sup>243</sup> רע"א 1917/92 סקולר נ' ג'רבי, פ"ד מז(5) 764, 772 (1993).

<sup>244</sup> לביקורת זו, ראו בירנהק "זכויות המתים", לעיל ה"ש 229, בעמ' 92-93.

<sup>245</sup> לקביעה דומה, ראו רמ"ש (מחוזי חיפה) 46022-02-17 פלונית (קטין) נ' אלמונית (מנוחה) (2017), שם דובר בגישה של מנהלת עזבון לחשבונות בנק של המנוחה, לצורך בירור נכסיה.

<sup>246</sup> עניין פלונית נ' פלדמן-קופלר, לעיל ה"ש 24.

זו סירבה, ועמדתה הייתה כי תמסור מידע רק לפי הוראה של בית משפט. במילים אחרות, לבני המשפחה לא הייתה גישה בפועל למידע, והם נזקקו לסיוע של הגורם שהחזיק בפועל במידע. המטפלת טענה, ובצדק, שהיא חבה חובת סודיות למטופלת, לפי ס' 19 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996. בית משפט השלום קבע שהזכות לקבל מידע שמורה רק למטופל עצמו. זו זכות אישית, שאינה ניתנת להורשה. בית המשפט הדגיש גם כי "יורשיו של אדם הינם בדרך כלל קרוביו, בני משפחתו. הדעת נותנת איפה, שדווקא כלפיהם מבקש אדם לשמור בסוד את הדברים שהשמיע במסגרת טיפול רפואי שקבל".<sup>247</sup> בהתאם, בית המשפט קבע כי הפרטיות נשמרת אחרי המוות, אולם היא זכות אישית ואינה חלק מהעזיבה, ולכן אין ליורשים מעמד מיוחד כאן. אם יצביעו על אינטרס לגיטימי, כמו גישה למידע על רכוש כבעניין סקולר, אפשר יהיה לשקול את הנושא, אולם לא זה היה המצב במקרה זה.

שני מקרים אלה נדונו על ידי ערכאות דיוניות, אולם אפשר ללמוד מהם כי הדין הישראלי מוכן להכיר בפרטיות המת כפי שהובעה בחייו של האדם: במקרה המידע הפסיכולוגי נלמד רצון המנוחה מהתנהגותה, ובמקרה קופות הגמל, התבסס בית המשפט על הקביעה העקרונית של בית המשפט העליון. בתי המשפט מוכנים לאפשר פגיעה בזכות לפרטיות של המנוח כאשר מדובר בגישה למידע על נכס קנייני, אבל לא כאשר מדובר בגישה למידע אישי, כמו מידע על טיפול פסיכולוגי.

בהתאם, יישום של הגישה הזו בהקשר של הזיכרונות הדיגיטליים הוא זה:

**לפי הדין הישראלי, למשתמשים החיים יש זכות לפרטיות שעשויה להישמר גם לאחר מותם, גם אם היא פחותה בעוצמתה מאשר פרטיותם בחייהם. הפרטיות המוגנת היא הציפיה של החיים שרצונם יכובד גם לאחר מותם. יש לבחון היטב שאכן מדובר בפרטיות, ולא באינטרס של מי מבני המשפחה החיים שהולבש מטעמי נוחות כזכות המנוח לפרטיות. ההגנה על הפרטיות של המנוח אינה סוף פסוק, ולפי העניין, יש לאזנה מול זכויות ואינטרסים מתנגשים.**

**כנקודת מוצא, כאשר מדובר במידע פרטי-אישי במהותו, למשתמש המנוח יש זכות לפרטיות בקשר למידע זה, והגורם שמחזיק את המידע חב חובת סודיות כלפיו. בכל מקום שבו גורם ביניים מחזיק במידע של המנוח ושיש חובת סודיות, בין מכוח הדין (כמו במקרה של טיפול פסיכולוגי) ובין מכוח הסכם, כפי שמקובל בהתקשרות עם ספקי השירות המקוונים השונים.**

**כאשר המידע מתייחס לנכסים קנייניים, האינטרס הקנייני גובר על פרטיות המנוח, ויש לאפשר למנהל העיזבון גישה למידע לשם בירור הסוגיה הקניינית, אולם יש לאתר דרכים לצמצום הפגיעה בפרטיות.**

## ה. השחקנים השונים

כעת, ניתן לבחון את השחקנים השונים שמעורבים בתמונה: בראש ובראשונה המשתמשים שהלכו לעולמם, לאחריהם, בני משפחותיהם וחבריהם, בני השיח של המנוחים, הפלטפורמות וספקי השירות, והציבור בכללותו.

<sup>247</sup> שם, בפסקה 10ב לפסק הדין, תוך הסכמה עם בירנהק "זכויות המתים", לעיל ה"ש 229, בעמ' 95.

## (1) המשתמשים

המשתמשים נמצאים בלב הסוגיה. כאן, אנו מתמקדים במידע האישי שלהם, כלומר אחרי שהוצאנו מהתמונה נכסים וירטואליים, יצירות שמוגנות בדיני זכות יוצרים ומידע על נכסים קנייניים.

### (א) עמדות המשתמשים בקשר לזיכרונות דיגיטליים

בחייהם של המשתמשים, יש להם אפשרויות לנהל את התוכן שלהם בחשבונות האינטרנט שלהם: הם יכולים להעלות או להסיר תכנים, לקבוע מי יוכל ומי לא יוכל לראותם, להקפיא או לסגור את החשבון. כל פלטפורמה מציעה סל אפשרויות משלה לניהול המידע, ובשנים האחרונות אפשרויות הניהול התרחבו וממשקי הניהול השתפרו. משתמשים אכן משנים את העדפותיהם בנושא. למשל, מחקר של אושרת איילון וערן טוך, בקשר למשתמשי פייסבוק בארצות הברית, מצא שככל שחולף זמן ממועד פרסום התוכן המקורי, פוחתת הנכונות לשתף את התוכן עם אחרים.<sup>248</sup> מחקרם מצא עוד ששינויים משמעותיים בחיים, כמו סיום לימודים, מעבר לעיר אחרת, שינויים במצב המשפחתי ועוד, מפחיתים עוד יותר את הנכונות לשתף במידע.

כאשר אין למשתמשים שליטה ישירה במידע שלהם, אנו עדים לכך שחלקם מבקש שהמידע על אודותיהם יוסר מהרשת, אינטרס שזכה לכינוי "הזכות להישכח", אם כי המשגתו המשפטית הייתה מצומצמת יותר: זכות לדרוש ממנועי חיפוש הסרת קישורים לאתרים אחרים, כאשר שאילתת החיפוש מבוססת על שמו של האדם. התוכן באתר המקורי נשאר.<sup>249</sup>

במותם של המשתמשים, כמובן שהם אינם יכולים עוד לשנות את העדפותיהם בעצמם, ואינם יכולים לדרוש הסרה של תוכן שפוגע בפרטיותם. מהו אם כן רצון המשתמשים במצב שבו לא יוכלו עוד לשלוט ולנהל את המידע? בפרק 4, שבו הצגנו את המחקר האמפירי, ראינו שאפשר לחלק את המשתמשים לכמה קבוצות, לפי עמדותיהם בקשר לגורל המידע הדיגיטלי האישי שלהם: קבוצה אחת מוכנה לאפשר גישה מלאה לתכנים לאחר המוות, ובכך מוותרת על השליטה בגורל המידע שלה, בקבוצה שנייה יש משתמשים שמעוניינים לחסום כל גישה לחשבונותיהם לאחר מותם, ובתווך יש קבוצה שלישית, המעוניינת בהענקת גישה חלקית לתוכן שלהם לאחר המוות. המשותף לכל הגישות הוא רצון המשתמשים לקבוע בעצמם מה יהיה גורל המידע שלהם לאחר מותם. השוני הוא בתוכן הרצון עצמו.

כל אחת מהעמדות האלה לגיטימית. המשתמש החי זכאי לגבש את עמדתו בעצמו. תפקידה של ההסדרה הראויה הוא ליצור תנאים שיאפשרו לכל אחד ואחת לממש את רצונם שלהם באופן מיטבי. מימוש הרצון מכבד את האוטונומיה של האדם ואת כבוד האדם שלה. האוטונומיה של המשתמשים פירושה בהקשר הזה שהמשתמשים הם שיחליטו בדבר גורל המידע הדיגיטלי שלהם. כבוד האדם של המשתמשים, במובן הסגולי

Oshrat Ayalon & Eran Toch, *Retrospective Privacy: Managing Longitudinal Privacy in Online Social Networks*,<sup>248</sup> SYMPOSIUM ON USABLE PRIVACY AND SECURITY (SOUPS) (2013).

<sup>249</sup> ראו את פסק הדין של בית הדין האירופי לצדק: *Google Spain v. Gonzalez* (ECJ, 2014), ואת עיגון הזכות ברגולצית הפרטיות של האיחוד האירופי: ס' 17 ל 27 אפריל 2016 של ה-2016/679 of the European Parliament and of the Council, of 27 April 2016 - Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council, of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC, OJ L 119/1 (GDPR).

של הביטוי, מכתוב תוצאה זו.<sup>250</sup> המשתמשים הם אלה שצריכים לקבל החלטות עבור עצמם. גורם אחר שיחליט עבורם תוך התעלמות וביטול רצונם אינו מתייחס אליהם כבני אדם אוטונומיים. חריגים לכך הם מי שאינם יכולים לקבל החלטה בעצמם, מחמת שהם קטינים,<sup>251</sup> מחמת מצב פיזי (מי שנמצא בתרדמת) או לוקה במגבלה קוגניטיבית, למשל.<sup>252</sup> במילים אחרות, עקרון יסוד בסוגיה הוא כיבוד רצון המת, שראינו אותו בכמה הקשרים: בהקשר הקנייני - כעקרון היסוד של דיני הצוואה, בהקשר של הזכות לפרטיות - כשליטת האדם על המידע על אודותיו, ובכלל, בחשיבה החוקתית הישראלית, שמדגישה את כבוד האדם.

תנאי מקדמי שצריך להתקיים כדי שמשתמשים יוכלו לקבל החלטה בעצמם, הוא המודעות שלהם לנושא ולאפשרויות השונות. בפרק 4, ראינו שרבים כלל לא נתנו דעתם לנושא ואינם מודעים לאפשרויות שבפניהם. מכאן נגזרת מסקנת מדיניות ראשונה בדבר הצורך בהעלאת המודעות לסוגיה.

## (ב) מימוש הרצון

נקודת המוצא היא, אם כן, רצון המשתמשים. בפועל, עומדות בפניהם שלוש אפשרויות:

((1)) לא לעשות דבר, וכך, גורל המידע ייקבע לפי החלטת הפלטפורמות או לפי כלל משפטי, אם יש או יהיה כזה. נראה שזה המצב בפועל לגבי רוב המשתמשים כיום - חלקם מתוך מודעות והסכמה, חלקם מתוך מודעות ואדישות או דחינות, אולם אצל חלקם, לא מתוך בחירה מודעת, כי אם מתוך בורות, חסמים טכנולוגיים וחסמים חברתיים. במקרים רבים, המשמעות היא שלמשפחה ולקרובים לא תהיה גישה למידע. ראינו בפרק 3 את תנאי השימוש של דרופבוקס, שקובעים את סיום החשבון במקרה של מות אדם, מפנים את היורשים למחשב של המשתמש המנוח, ומוכנים לכאורה לדון בבקשות של המשפחה לאפשר גישה. אולם זו אפשרות לכאורה בלבד, כמעט מן השפה אל החוץ: דרופבוקס דורשת צו שיפוטי והוכחה שרצון המנוח היה לאפשר גישה כזו. בהיעדר התייחסות של המשתמשים, לא תהיה ראייה כזו.

((2)) לפעול לפי אחת האפשרויות שנקבעו על ידי הפלטפורמות או שירותים חיצוניים שמציעים ניהול מידע לאחר מות האדם, אם יש אפשרויות כאלה. כפי שראינו בפרק 3, פייסבוק וגוגל מציעות כלים טכנולוגיים כאלה, אולם לא בכל השירותים המקוונים יש כלים כאלה או שלא תמיד הם מתאימים לרצון המשתמשים. וכמובן, תנאי מוקדם לבחור באפיק פעולה זה, הוא מודעות לעצם הסוגיה, לכלים הטכנולוגיים השונים, ויכולת לפעול בהתאם. מעצם התיאור ברור שיש כמה חסמים לפעולה: מודעות נמוכה, אוריינות טכנולוגית לא מספיקה,<sup>253</sup> והימנעות מעיסוק בסוגיה של המוות בכלל.

((3)) לחפש דרכים אחרות, שעוקפות את הפלטפורמות, כדי לממש את רצונם. מי שמעוניינים לשלוט בגורל התכנים ובגישה אליהם לאחר מותם, ולאפשר גישה כזו למי שיקבעו, יכולים לנסות לפעול "מתחת לרדאר" של

<sup>250</sup> לכבוד האדם במובנו הסגולי, ראו אורית קמיר **שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם** (2005).

<sup>251</sup> לפרטיות ילדים, ראו סאני קלב **פרטיות ילדים בעידן האינטרנט: מדיניות הסדרה מוצעת** (איגוד האינטרנט הישראלי, 2016), נמצא ב: <http://www.isoc.org.il/wp-content/uploads/2016/11/Childrens-Online-Privacy-Report.pdf>.

<sup>252</sup> הכלי של יפיו כוח מתמשך יכול לסייע כאן. לדיון, ראו לעיל ה"ש 192.

<sup>253</sup> להגדרה של אוריינות טכנולוגית (digital literacy), כמערכת מיומנויות מינימלית שהמאפשרת שימוש אפקטיבי בכלי תוכנה, ראו: David Buckingham, *Defining Digital Literacy: What do Young People Need to Know about Digital Media?*, 1 DIGITAL KOMPETANSE. 263, 265 (2006).

גורמי הביניים: למשל, על ידי השארת הנחיות וסיסמאות לבני המשפחה או לקרובים, או, מי שער לכך שלקרובי המשפחה תהיה גישה במחדל למחשב שלהם ולחשבונות האינטרנט שלהם - לוודא שכך יהיה. לא תמיד מובטחת למשתמשים הצלחה בניסיונות אלה. למשל, כאשר נודע לפייסבוק על מותו של אדם מדיווח חדשותי, היא עשויה להמיר את חשבוננו הפעיל לחשבון מונצח, שמגביל בפועל את הגישה של אחרים אל תכני החשבון. פעולה זו יכולה לקרות גם ללא בקשה של הקרובים ולעתים בניגוד לרצונם.<sup>254</sup>

משתמשים שאינם מעוניינים שלאחרים תהיה גישה בכלל או לחלק מהמידע שלהם לאחר מותם, יכולים לנקוט פעולות אחדות כדי להבטיח את מימוש רצונם: למשל, הם יכולים לשלול את האפשרות של גישה בפועל במחדל לאחר מותם (כלומר, שמי שיפתח את המחשב לא יהיה "בתוך" החשבון, אלא יזדקק לסיסמה), להצפין את המידע שלהם, לא להשאיר רשימת סיסמאות, או להשתמש בכלי ניהול שמציעים ספקי השירות או גורמים אחרים, שיימנעו את הגישה למידע לאחר מותם, למשל בדרך של הוראה לסגור את החשבון במותם. גם כאן החסמים שמקשים על מימוש הרצון דומים: מודעות נמוכה לסוגיה ולאפשרויות, אוריינות טכנולוגית נמוכה, חוסר נוחות בכך שכל גישה לכל חשבון מחייבת הזדהות מחודשת, והימנעות מעיסוק בסוגיית המוות בכלל.

המחקר האמפירי שהצגנו בפרק 4, הראה שהמודעות בכלל לסוגיית הזיכרונות הדיגיטליים נמוכה, המודעות לכלים הטכנולוגיים לניהול המידע לאחר המוות נמוכה, והשימוש בהם נמוך עוד יותר. ראינו גם את הסיבות המרכזיות להימנעות זו: דחיינות וחוסר רצון לעסוק בשאלות או מחשבות על המוות או על היום שלאחר הסתלקות המשתמש.

## (ג) רצון משוער?

הקושי מתעורר כאשר אדם הלך לעולמו בלי שנקט פעולה אקטיבית כדי להביע את רצונו: גולשים שלא השתמשו בכלים טכנולוגיים כלשהם, ולא השאירו הנחיות או בקשות בעניין.<sup>255</sup> כיצד נבחין בין מי שהיה אדיש לגורל המידע שלו לאחר מותו, למי שדווקא מעוניין בגישה של אחרים למידע, או למי שמעוניין שלא תהיה גישה בכלל למידע? אפשר לפנות לכמה הקשרים אחרים, כמקורות השראה לפרשנות.

מקור פרשני אחד הוא דיני הצוואה, הגם שהם עוסקים בזכות קניינית ולא בזכות אישית. פרשנות של צוואה שעוסקת בנכסים קנייניים נתקלת לעתים בקשיים. כאשר הצוואה אינה ברורה, בתי המשפט מצהירים בדרך כלל על חובתם לכבד את רצון המצווה, וסעיף 54 לחוק הירושה מנחה אותם לפרש את הצוואה לפי אומד דעתו של המצווה. כאשר כוונת המצווה אינה ברורה,<sup>256</sup> אינה ידועה או שאין נתונים לגביה, פונה השופט הפרשן לאומד הדעת ההיפותטי, כביטוי של ברק.<sup>257</sup> לשיטתו, כאשר "אומד הדעת הריאלי אינו ידוע" משום שהמצווה לא נתן דעתו לנושא מסוים, בית המשפט יכול לפרש את הצוואה לפי "השערה באשר לרצון שהיה [למצווה]

<sup>254</sup> ועל כך ראו למשל את ביקורתה של ורד שביט [http://digital-era-death.blogspot.co.il/2015/09/blog-post\\_18.html](http://digital-era-death.blogspot.co.il/2015/09/blog-post_18.html), ומקרים שהובאו לידיעתה: [http://digital-era-death.blogspot.co.il/2015/02/blog-post\\_24.html](http://digital-era-death.blogspot.co.il/2015/02/blog-post_24.html).

<sup>255</sup> במקרים בהם ניתן יפוי כוח מתמשך, שיש בו התייחסות להיבטים של ניהול דיגיטלי, ניתן להיעזר בכך כראייה לרצונו המשוער של המנוח, הגם שייפוי הכוח עצמו פוקע במות האדם.

<sup>256</sup> קיים ויכוח נמשך בקשר לשיטת הפרשנות הראויה – האם כהליך חד-שלבי שבו מפרשים את הצוואה לאור חייו של המוריש ומכלול הנסיבות של המקרה, או שפונים אל אלה רק לאחר שהטקסט של הצוואה נותר עמום. לדיון ביקורתי, וטענה שיש לפרש צוואה באופן קישורי, כלומר למקם את המצווה כחלק ממערכות היחסים שהיו לו בחייו, ראו קרייצר-לוי ובלכר-פריגת, "הנה 'היה אדם ואיננו'", לעיל ה"ש 233.

<sup>257</sup> ברק **פרשנות הצוואה**, לעיל ה"ש 200, בעמ' 197-200.

אילו חשב בדבר, גם אם אנו יודעים שהוא לא חשב בדבר".<sup>258</sup> כאשר אין נתונים בכלל על אומד דעתו של אדם, "פונה הפרשן אל אומד הדעת שהיה למצווה הסביר בנסיבות העניין".<sup>259</sup> "האדם הסביר", הוא מסביר, "משקף, בעניין זה, את האיזון הראוי בין הערכים והעקרונות של השיטה בהקשר הספציפי של המצווה".<sup>260</sup> בפועל, כפי שהקרה הראתה, למרות ההצהרה בדבר כיבוד רצון המנוח, הרי שכאשר יש סכסוכים בין יורשים, בתי המשפט מעדיפים לפשר ביניהם גם במחיר סטייה מרצון המנוח.<sup>261</sup> בתי המשפט פועלים לפי השערות חברתיות שונות, למשל שאדם לא היה רוצה שילדיו יסתכסכו זה עם זה.<sup>262</sup>

ומה באשר לזיכרונות הדיגיטליים? ניתן לשער את רצונו של אדם מתוך התנהגותו, אבל בשלב הזה, שבו התופעה חדשה יחסית, כל מסקנה לגבי אדם מסוים עלולה להיות שגויה מיסודה. היא יותר בגדר ניחוש בדיעבד שייכפה על האדם המת, מאשר בירור רצונו. כמו כן, מבחינה מעשית, קשה לדמיין את רשמי הירושות ואת בתי הדין או בתי המשפט מנסים לפענח את רצונו המשוער של המנוח ביחס לכל פריט מידע, בכל מקרה ומקרה.

האם יש מקום להשערה חברתית כללית בעניין? או בניסוח אחר, בהשאלה מעמדתו של ברק בקשר לפרשנות צוואות, האם יש עמדה שניתן ליחס אותה ל"מצווה הסביר"? האם יש מקום שמעצבי המדיניות, בין בחקיקה ובין בפרשנות, או בפועל, אצל הפלטפורמות, יניחו הנחה בדבר הרצון של רוב המשתמשים, ויבקשו לקבוע כלל משפטי שיחקה, וכך יאשרר ויחזק, את ההנחה הזו?

בשונה מצוואות, מיעוט זעום מהגולשים הישראליים משתמש, לפי שעה, בכלים המקוונים לניהול המידע האישי שלהם לאחר מותם. כפי שראינו בפרק 4, רק 6% מהגולשים השתמשו בכלי כזה. בקשר לירושה, יש בררת מחדל: כאשר אדם אינו מחבר צוואה, הדין קובע מה יעלה בגורל נכסיו. המשפט אינו מאפשר ריק קנייני – לנכסים שהיו של המנוח יהיו בעלים חדשים. לעומת זאת, לתוכן ומידע דיגיטליים אין הכרח שיהיו בעלים חדשים. אכן, גם במחקר שערכנו ראינו ש-19% מהמשתתפים בסקר ביררו את סוגיית הירושה, והחליטו שלא לכתוב צוואה. גם ברשת, גולשים יכולים לברר את גורל המידע, ולבחור לא להפעיל את הכלים שחלק מהשירותים מציעים להם. אבל, בשונה מצוואה, האפשרויות לניהול המידע מוכתבות על ידי ספק השירות, ואינן פתוחות לרצון המשתמש. למעשה, כלל הרקע שקיים כיום הוא שספקי השירות מחליטים מה יעלה בגורל המידע, ולעתים רחוקות יותר, בתי המשפט. בנסיבות כאלה, קשה לדבר על "המשתמש הסביר" ולשער מה היה רצונו בקשר לזיכרונות דיגיטליים.

מקור פרשני שני הוא המקרה של שימוש בזרע שניטל מן המת. בחוות דעת משנת 2003 של היועץ המשפטי לממשלה דאז, אליקים רובינשטיין, נכתב במפורש כי ההנחה היא שגברים שיש להם בנות זוג מעוניינים בילדים.<sup>263</sup> הנחה חברתית זו הכתיבה היתר רחב להשתמש בזרע של המנוח למטרה של הפרייה והולדה. על

<sup>258</sup> ברק, שם, בעמ' 199.

<sup>259</sup> שם, בעמ' 199, 274.

<sup>260</sup> שם, בעמ' 275.

<sup>261</sup> הקר "מאפייניהם של סכסוכי יירושות בישראל", לעיל ה"ש 202, בעמ' 95.

<sup>262</sup> הקר דנה בעמדה זו, מפיו של השופט שאול שוחט, שראיינה למחקרה, ראו Hacker, *The Rights of the Dead*, לעיל ה"ש 231, בעמ' 53-52.

<sup>263</sup> ראו "נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.2202 (2003) <http://www.justice.gov.il/Units/YoezMespati/HanchayotNew/Seven/12202.pdf>

מה היא מבוססת? לפי השילוני-דולב, הקר ובוועז, המקור הוא טקסטים עתיקים ו"הנחות אבולוציוניות פופולריות, ללא ביסוס אמפירי עכשווי", <sup>264</sup> והתוצאה היא העדפת רצון של בנות הזוג החיות על פני רצונם של המנוחים, שאינו ידוע לאשורו. החוקרים זיהו בהנחיית היועץ העדפה של המשפחה על פני הפרט, תוך התעלמות מקונפליקטים בתוך המשפחה. <sup>265</sup> בהמשך לכך, השילוני-דולב וטריגר טוענים כי ההנחה של המשפט הישראלי בדבר רצון הגברים המתים בהולדה "נעשית באופן מנותק מרצונותיהם האמיתיים של גברים רבים, תוך השלכה של ערכים פטריארכליים, קהילתיים ופרו-נטליסטיים על המתים, ותוך שימוש ברצונם המשווער של המתים כאמתלה בלבד למימוש רצונם של הנותרים אחריהם". <sup>266</sup> הם קוראים לבסס מדיניות על סמך ממצאים אמפיריים. <sup>267</sup>

המקרה של זיכרונות דיגיטליים שונה גם ממקרה זה, של הולדה לאחר המוות. כאשר מדובר בטכנולוגיה חדשה ובמצב חדש – המוות הדיגיטלי – יש להניח שעדיין לא התגבשה עמדה חברתית אחת. בקשר לזיכרונות דיגיטליים – אין מקבילה חברתית כללית כמו ערך המשפחתיות בחברה הישראלית. אין כאן מקורות עתיקים יותר שאפשר להתבסס עליהם כמו אלה שעליהם התבסס היועץ המשפטי לממשלה בשעתו בקשר לנטילת זרע ממת. עם זאת, ייתכן שהפרקטיקה החברתית מהסביבה הלא מקוונת, שבה ליורשים יש גישה בפועל לחפצים ומסמכים של המנוח, משועתקת גם לסביבה הדיגיטלית.

בכל מקרה, כאמור, יש להיזהר מפני השלכה של עמדות מסוימות על הציבור בכללותו, וראוי לבסס את המדיניות על ממצאים אמפיריים. מהממצאים שהצגנו בפרק 4 עולה כי בקשר לזיכרונות דיגיטליים אין אחידות בחברה הישראלית, ולכן כל הנחה חברתית תחטא למציאות. יש עמדות שונות בקשר לגורל המידע, כאשר ברוב ההקשרים (דוא"ל, רשתות חברתיות ושירותי אחסון בענן), כ-45% מהגולשים היו רוצים שלקרובי המשפחה תהיה גישה מלאה, כ-20% היו רוצים שתהיה גישה חלקית בלבד, אולם כשליש לא היו רוצים שתהיה גישה בכלל. כאשר המידע רגיש יותר, כמו מידע באתרי היכרויות, מספר המתנגדים לשיתוף המידע גדול בהרבה, אולם עדיין, יש 22% מבין המשתמשים באתרי היכרויות שאינם מתנגדים לכך. במילים אחרות, כל הנחה חברתית בדבר "רצון משוער" של משתמשי האינטרנט הישראליים תהיה גורפת ולא מבוססת. נשוב לכך בדיון על ההסדרה הרצויה.

## (2) קרובי המשפחה וחברים

### (א) הרצון בגישה למידע של המנוח

קרובי המשפחה של משתמשי אינטרנט שהלכו לעולמם נתקלים כעת במצב חדש: בעוד שבדרך כלל יש להם גישה בפועל למסמכים פיזיים שנמצאים בבית המנוח, אין להם בהכרח גישה דומה למידע דיגיטלי. כפי שהזכרנו

<sup>264</sup> יעל השילוני-דולב, דפנה הקר וחגי בוועז "רצון המת – שלושה מקרי מבחן ישראליים" סוציולוגיה ישראלית 31, 45 (2014).

<sup>265</sup> השילוני-דולב, הקר ובוועז, שם, בעמ' 50.

<sup>266</sup> יעל השילוני-דולב וצבי טריגר "בין רצון המת לבין רצונם של הנותרים בחיים: שימוש בזרע לשם הולדה לאחר המוות, פטריארכיה, פרו-נטליזם ומיתוס המשכיות הזרע" עיוני משפט 663, 661 (2017).

<sup>267</sup> שם, בעמ' 665-666. נעיר כי בינתיים, דן בית המשפט העליון בסוגיה, וקבע שגם מבלי שנתן המנוח הסכמה מפורשת לרצונו או להסכמתו בעניין נטילת זרע מגופו ושימוש בו לאחר מותו, קיימת חזקה, הניתנת לסתירה, של "רצון משוער" של הנפטר להביא ילדים, וכי הזכות לעשות שימוש בזרעו נתונה לבת זוגו. ראו בע"מ 7141/15 פלונית נ' פלוני (22.12.2016). במקרה בו ביקשו הוריו של המנוח להשתמש בזרעו, באמצעות פונדקאית, סירב בית המשפט העליון לאפשר את הפעולה. ראו בע"מ 1943/17 שחר נ' מדינת ישראל (15.8.17).

פעמים אחדות עד כה, ייתכן שיש לקרובים גישה למחשב, טלפון חכם או מכשיר אחר של המנוח, שבו הסיסמאות מוזנות וזכורות על-ידי המכשיר. זה המצב שקראנו לו "גישה במחדל". כאשר מדובר בפרסומים שפרסם המנוח באופן פומבי ברשתות חברתיות, קרובי המשפחה לא יתקשו להגיע אליהם, בין משום שהיו "חברים" של המנוח ברשת, ובין דרך "חברים" אחרים של המנוח או בני שיחו. אולם במקרים אחרים, אין להם גישה ישירה למידע. לעתים בני שיחו של המנוח יעדיפו שלא להיענות לבקשת המשפחה ולא ישתפו איתם תכנים שחיבר המנוח, ולעתים, קרובי המשפחה לא יידעו כלל מי היה הצד השני לשיחה.

כפי שעלה מהדיון בסוגיה הכללית של מוות וחברה בפרק 2, ומהמחקר האמפירי שהוצג בפרק 4, בני משפחה שמבקשים גישה למידע של יקרים שהלך לעולמו מזכירים כמה סיבות לכך, שניתן לחלק לשלוש קבוצות מרכזיות: (1) סיבות וצרכים אישיים של זיכרון, הנצחה ואבל; (2) סיבות פרקטיות של ניהול ענייניו של המנוח וגישה לנכסיו – דנו במצב זה לעיל והצבענו על כך שבו כן מתקיים הפן הקנייני; (3) בירור נסיבות המוות. קבוצה אחרונה זו נדירה יותר, ויש פתרונות אחרים, כמו פניה למשטרה, ולכן לא נעסוק בה כאן.<sup>268</sup>

אם כן, הקבוצה הראשונה, של צרכים אישיים של בני המשפחה ומכרים, היא המשמעותית לדיון כאן, שכן היא מבקשת לקבל גישה לתוכן ולמידע שהמנוח יצר ושרלוונטיים לתהליך האבל וההנצחה. ראוי לחדד: יש להבחין בין רצון להיכנס בנעלי המנוח ממש, ולקבל שליטה מלאה על החשבון ולהמשיך להשתמש בו כאילו היו המנוח עצמו, לבין רצון לגישה למידע בלבד. ההבדל חשוב בשל האינטרסים של מנהלי הפלטפורמות ושל בני משפחה אחרים, שאינם שותפים לרצון בגישה או בניהול.

כפי שהדיון בפרק 2 העלה, הצרכים האישיים של קרובי המשפחה וחבריו של המנוח הם הרצון להכיר צדדים נוספים בחייו של המנוח שאולי לא נחשפו אליהם במלואם בחייו; חשיפה לתכנים ותמונות שלא הכירו, היכרות עם חברים של המנוח שלא הכירו בחייו והם מבקשים להכיר, ורצון בהנצחה מקוונת של המנוח. לעתים יש מי שמבקשים להשאיר את חשבונות האינטרנט של המנוח פעילים ולנהלם במקומו, במיוחד ברשתות חברתיות, כדי להנכיח אותו בין החיים ולהמשיך את הקשר עם המנוח.

כפי שפירטנו בפרק 2, בעידן הדיגיטלי, תהליכי האבל משתנים, ומושפעים גם מהסביבה החדשה. בין היתר, אנחנו עדים לכך שתהליכי האבל הפרטיים מתקיימים בסביבה ציבורית,<sup>269</sup> ושלמתים יש נוכחות דיגיטלית גם אחרי מותם – בכך אנו עוסקים כאן.<sup>270</sup> האיסוף, המיון והטיפול בכלל במידע הדיגיטלי עשוי להיות חלק חשוב בתהליך, ובכלל זה, האפשרות להמשיך ולהנכיח את המתים בחיי האבלים,<sup>271</sup> ובאופן מטפורי, האפשרויות

<sup>268</sup> במקרה שנדון בגרמניה בשנת 2017, התעורר חשד אצל בני משפחה של נערה שהלכה לעולמה שמותה לא היה טבעי, והם שיערו שימצאו קצה חוט בתוכן שנמצא בפייסבוק, שלא היה נגיש להם. פייסבוק סירבה לאפשר גישה. במקרה כזה, האינטרס של בני המשפחה לגיטמי, אולם נראה שבהיעדר שיתוף פעולה של הרשת החברתית, דרך המלך הייתה לפנות למשטרה, בבקשה לחקור את מות הנערה. אם המשטרה תסבור שראוי לבחון את התוכן המקוון, עומדים לרשותה כלים משפטיים שונים לקבל גישה לתוכן זה. בכל מקרה, בית המשפט דחה את בקשת ההורים לעיין במידע. ראו: (Landgericht Berlin 2017) 172/15.

<sup>269</sup> לדיון, ראו: Angela Riechers, *The Persistence of Memory Online: Digital Memorials, Fantasy, and Grief as Entertainment*, in DIGITAL LEGACY AND INTERACTION: POST-MORTEM ISSUES 49 (Cristiano Maciel & Vinícius Carvalho Pereira 2013).

<sup>270</sup> לדיון, ראו: Selina Ellis Gray & Paul Coulton, *Living with the Dead: Emergent Post-mortem Digital Curation and Creation Practices*, in DIGITAL LEGACY AND INTERACTION: POST-MORTEM ISSUES 31 (Cristiano Maciel & Vinícius Carvalho Pereira 2013).

<sup>271</sup> Gray & Coulton, שם, בעמ' 38.

הטכנולוגיות מאפשרות למי שבחרים בכך להמשיך את הקשר עם יקיריהם שאינם עוד.<sup>272</sup> המעבר להנצחה פומבית, במדיום הידוע (אינטראקטיבי) שפתוח לכל, משנה גם את ההנצחה. בסביבה הפיזית האבל היה פרטי וכאשר מדובר באנשים שאינם דמויות ציבוריות בדרך כלל גם ההנצחה הייתה אישית. המורשת של האדם תוארה והונתה על ידי מעטים, בדרך כלל קרובי המשפחה ומעגל חברים קרוב. במצב הדיגיטלי, האבל הופך פומבי יותר ונגיש גם לאחרים. המורשת של המנוח מובנית כעת על ידי יותר משתתפים. כמובן, בין אלה ייתכנו הבדלים ומתחים.<sup>273</sup>

במצב הדיגיטלי, כאשר אין לקרובי המשפחה גישה במחדל לתכנים ומידע של המנוח, הם עשויים לחוות את האובדן מחדש.<sup>274</sup> הנטייה היא להפנות את האצבע כלפי גורמי הביניים כאחראים למצב הזה. כמובן, הצרכים השונים לגישה למידע – לצורך זיכרון אישי, הנצחה ואבל – עוצמתם שונה מאדם לאדם. הגישה לתוכן הדיגיטלי של המנוח חשובה למי שמבקשים זאת. זהו אינטרס לגיטימי, ואין מדובר באינטרס סרק.<sup>275</sup>

לא כל בני המשפחה מעוניינים בהכרח בגישה לחומרים ובאפשרות לנהל אותם, בין משום שהם מבקשים לכבד את רצונו (המשוער) של המנוח לפרטיות, ובין מסיבותיהם שלהם של ההתמודדות עם האבל, שהיא מטבעה התמודדות אינדיבידואלית ושונה מאדם לאדם. בנוסף, כאשר חשבון האינטרנט של המנוח נשאר פעיל גם לאחר מותו, למשל ברשת חברתית, יהיו מי שלא ידעו שהאדם אינו עוד בין החיים,<sup>276</sup> עשויות להתקבל הודעות על "יום הולדת", פרסומים חדשים, ואחרים עשויים לקבל הצעות לחברות עם המנוח. משתמשים עשויים להרגיש אי נוחות ומצוקה נוכח הודעות כאלה.<sup>277</sup> בנוסף, ריבוי המנצחים עלול לגרום למתחים ביניהם בקשר לזהות הפומבית המונצחת של המנוח. מתחים וסכסוכים כאלה היו גם לפני המצב הדיגיטלי,<sup>278</sup> אולם הרשתות החברתיות מטשטשות הקשרים חברתיים ויוצרות מרחב מאוחד, שבו בני משפחה, מכרים ואחרים מתייחסים למנוח בצורות שונות – שעשויות להתנגש.<sup>279</sup>

<sup>272</sup> Riechers, לעיל ה"ש 269, בעמ' 52.

<sup>273</sup> Riechers מתארת כיצד בעבר נבחרה התמונה שמלווה את ההספדים המודפסים בעיתונות (כוונתה כנראה לארצות הברית) בקפידה רבה, וכך נוצר דימוי אחד של המנוח. אבל בסביבה הדיגיטלית, לזהות שאחרי המוות יש כמה מחברים (The postmortem identity) "becomes multi-authored". ראו Riechers, שם, בעמ' 50.

<sup>274</sup> ראו למשל דברים שאמרה שני מרבל בדיון בוועדת המדע והטכנולוגיה של הכנסת ביום 4.7.17, לעיל ה"ש 140. הירש מביאה מקרה שבו משפחה של חייל שנהרג במבצע "צוק איתן" ביקשה מפיסבוק את הסיסמה כדי להמשיך לנהל את החשבון שלו במקומו, וסורבה. ראו הירש "עזבונות דיגיטליים", לעיל ה"ש 3, בעמ' 4.

<sup>275</sup> שם.

<sup>276</sup> Riechers, לעיל ה"ש 269, בעמ' 54.

<sup>277</sup> ראו: Jed R. Brubaker, Gillian R. Hays, Paul Dourish, *Beyond the Grave: Facebook as a Site for the Expansion* of the deceased identity, Brubaker, Hays, Dourish, *Beyond the Grave*, לעיל ה"ש 67, בעמ' 156-158.

<sup>278</sup> למשל בקשר לקבורה. ראו בש"א (משפחה אשד) 128/03 **פלוני נ' אלמונית** (2003), שדן בסכסוך בין הורי המנוח לאלמנתו על מקום הקבורה.

<sup>279</sup> ראו: Brubaker, Hays, Dourish, *Beyond the Grave*, לעיל ה"ש 67, בעמ' 153-154, שכותבים כי: "[Social Network Sites] profiles, however, often cut across different social contexts, increasing the probability and frequency of these conflicts. SNS prompt new questions about ownership of the identity and the technological ability to negotiate different identities for the deceased in one shared space". ראו גם את ממצאי המחקר שערך, שמבוסס על ראיונות עם 16 משתמשי פייסבוק שחוו אירועים שונים ברשת, שם, בעמ' 158-159.

במילים אחרות, הצרכים האישיים של בני המשפחה בזיכרון, אבל והנצחה חשובים ולגיטימיים, אולם כשם שיש מי שמבקשים גישה למידע והמשך שליטה וניהול שלהם, עשויים להיות בני משפחה וקרובים אחרים שהעדפתם תהיה אחרת.

## (ב) אינטרס או זכות?

האם האינטרס של אלו מבני המשפחה שמבקשים גישה לתוכן של המנוח עולה לכדי זכות משפטית שראויה להגנה? ראינו שמידע אישי אינו נכלל בעיזבון. למשפחה אין זכות קניינית במידע הזה.

הזכות לפרטיות שהייתה למנוח בחייו – היא זכות אישית. ככל שהיא שורדת את המוות, הזכות היא זכותו של המנוח, ואינה עוברת לאחרים. אילו אפשר היה להוריש את הזכות לפרטיות, הדבר היה מרוקן אותה מתוכן. נניח מצב שבו אדם מבקש לשמור על מידע מסוים לעצמו, ולא לשתף בו אחרים, ובכלל זה את קרובי משפחתו. למשל, אדם שמסתיר את נטיותיו המיניות ממשפחתו או את מצבו הרפואי או הנפשי.<sup>280</sup> פעמים רבות אנשים מבקשים פרטיות במיוחד מול האנשים הקרובים להם: הם ישתפו את המידע עם הזר האקראי בטיסה, אבל לא עם מי שקרוב להם במיוחד.<sup>281</sup>

תנאי השימוש של הפלטפורמות, שהם חוזה בין המשתמש לבין הפלטפורמה מחייבים את מנהלי הפלטפורמה. אם תנאי השימוש התייחסו לנושא בעת ההתקשרות עם המשתמש המנוח, למשל התנאי של חברת 'יאהו!', שלפיו החוזה הוא אישי, במובן זה שבמות המשתמש, פוקע החשבון שלו – הרי שאין לבני המשפחה זכות חוזית לגשת לתוכן.<sup>282</sup> הם אינם צד לחוזה.

מכל זה עולה, שלבני המשפחה אין זכות משפטית לגישה לזיכרונות הדיגיטליים. לכל היותר, לחלקם יש אינטרס כזה, והוא לגיטימי וחשוב לתהליכי האבל. בצידם, עשויים להיות בני משפחה אחרים שסבורים אחרת, ומבקשים לכבד את המנוח, ואת סודותיו עימו.

התוצאה של מערך זכויות ואינטרסים זה, היא מתח בין הזכות לפרטיות של המנוח ושל בני שיחו, לבין האינטרס של חלק מבני המשפחה. לפי שפת האיוונים החוקתית הישראלית, הזכות אמורה לגבור על האינטרס.

<sup>280</sup> למשל, בית המשפט שדן בבקשה לפתוח בחקירת סיבות מותה של עופרה חזה ז"ל העיר כי "החיץ מאחוריו הסתתרה המנוחה היה אטום וחתום גם מפני בני משפחתה, כולל אחיותיה האהובות, אליהן היתה קרובה מאוד. בחקירותיהן הודו האחיות שגם בימיה האחרונים, בשיחות שניהלו עם המנוחה בהיותן ביחידות, לא אמרה להן אחותן את האמת, והתחמקה מלתת להן פרטים". חס"מ (שלום ת"א) 105/05 **יפה חזה נ' משרד הבריאות** תק-של 2006(3) 20938 (2006).

<sup>281</sup> לכן, לא מפתיע שבשיח בנושא אין אנו שומעים מבני משפחה טענה בדבר "זכות המת לפרטיות" שעוברת לידיהם, וזאת בשונה מתחומים אחרים, שבהם בני משפחה מציגים לעתים את האינטרס שלהם כזכות של המת.

<sup>282</sup> ס' 28 לתנאי השימוש של יאהו!, קובע בין היתר:

No Right of Survivorship and Non-Transferability. You agree that your Yahoo account is non-transferable and any rights to your Yahoo ID or contents within your account terminate upon your death. Upon receipt of a copy of a death certificate, your account may be terminated and all contents therein permanently deleted.

ראו: <https://policies.yahoo.com/us/en/yahoo/terms/utos/index.htm>. ראו בדומה גם את תנאי השימוש של דרופבוקס שנדונו בפרק 3, שלפיו החשבון הוא אישי, אינו ניתן להעברה, ופוקע במוות המשתמש.

### (3) בעלי עניין אחרים במידע

בנוסף לקרובי המשפחה ולחברים, עשויים להיות בעלי עניין נוספים בתוכן המידע שיש לו בפלטפורמות השונות; בעיקר, אלה הם בני-שיח של המנוח ומעסיקים.

#### (א) בני-שיח של המנוח

הזיכרונות הדיגיטליים כוללים לא רק מידע שיצרו המשתמשים, אלא גם כזה שאחרים יצרו: בתיבת הדוא"ל נמצא לא רק את התכנים שחיבר המנוח, אלא גם את אלה שחיברו הנמענים שלו, ובכלל זה טקסטים, צילומים, מסמכים שונים. ברשתות החברתיות יש אפיקים של תקשורת בין-אישית, וגם שם יש שיחות, ולא רק תכנים של המנוח. בשירותי אחסון ענן, ייתכן שהמידע שנמצא "אצל" המנוח הוא למעשה תוכן של אדם אחר, ששיתף את המנוח בספרית הקבצים. בשירותי היכריות גם כן נמצא תכתובות, ולעתים קרובות גם צילומים, חלקם אינטימיים.

לבני-השיח של המנוח יש זכות לפרטיות בקשר למידע שלהם. הם מסרו אותו למנוח במהלך התכתובות ביניהם, למטרה של הפעולה: בין אם זו שיחת חולין, שיחה רומנטית, מידע מקצועי, או קבלת שירות. כמזכור, חוק היסוד, חוק האזנת סתר וחוק הגנת הפרטיות מגנים על אופנים שונים של תקשורת בין-אישית. לפי סעיף 2(5) לחוק הגנת הפרטיות, שימוש בתוכן של כתב שלא נועד לפרסום, ללא רשות המחבר או הנמען – הוא פגיעה בפרטיות. בהיעדר המנוח, נשאר המפתח המשפטי לגישה לתוכן ולשימוש בו בידי בן-השיח. מי שייגש למידע הזה ללא הסכמתם של בני השיח, יפגע לא רק בפרטיות המנוח, אלא גם בזכותם לפרטיות של בני השיח האחרים, חיים או מתים.

מצב נוסף הוא כאשר מדובר בשיחה מקצועית, שבה אחד הצדדים לשיחה חב חובת אמון וסודיות לצד השני, מכוח הדין (החוק או הפסיקה), למשל, תכתובת עם רופא, עורך דין, רואה חשבון, פסיכולוג או מטפל אחר, בנקאי, עיתונאי,<sup>283</sup> ולאלה ניתן להוסיף גם יחסי אמון באופן כללי, כמו בין מרצה ומורה לתלמידיו, ועוד. בכל אלה, המידע שנמסר הוא רגיש מיסודו.

כאשר המטופל או הלקוח הלך לעולמו, בן-השיח שהוא איש המקצוע אינו יכול לוותר על פרטיות המידע של המנוח, בגלל חובת הסודיות שנקבעה בדין.<sup>284</sup> סעיפים 2(7) ו-2(8) לחוק הגנת הפרטיות מחזקים פה את הגנת הפרטיות של המנוח. כך פסק גם בית משפט השלום בעניין שנזכר לעיל, בקשר לגישה של בני משפחה למידע שהיה בידי רופאה שטיפלה ביקירתם המנוחה.<sup>285</sup> חשוב לשים לב שהפרטיות כאן איננה רק בקשר לתוכן המידע, אלא גם לעצם קיומו של הקשר. זה מקרה שבו נתוני התוכן חשובים לא פחות מאשר התוכן עצמו.

<sup>283</sup> המקור לחובות האמון נמצא במקומות שונים. לגבי רופא, עורך דין ובנק, ראו לעיל ה"ש 23. חסיון עיתונאי הוא יציר פסיקה, ראו ב"ש 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב, פ"ד מא(2) 337 (1987).

<sup>284</sup> הגישה המקובלת בפסיקה בישראל היא שחיסיון מוסיף להתקיים גם לאחר מותו של הלקוח, יורשי המנוח הופכים להיות בעלי הזכות לחסיון, החיסיון יחסי, וניתן להסרה במקרים מתאימים. ראו למשל ת"ע (משפחה י-ם) 43032/00 עזבון המנוח א. פ. ז"ל נ' מ. פ. (10.1.2008). כך נפסק גם בארצות הברית, ראו למשל עניין Swidler & Berlin, לעיל ה"ש 236. יועץ לשעבר של הנשיא מסר מידע לעורך דינו, ובחלוף כמה ימים שם קץ לחייו. במסגרת חקירה פלילית התבקש עורך הדין למסור את המידע, וסירב. בית המשפט העליון קבע כי הסודיות חלה גם לאחר מות הלקוח. הטעם לכך הוא לאפשר ערוץ הידברות פתוח ללא חשש בין הלקוח לעורך דינו.

<sup>285</sup> עניין פלונית נ' ד"ר פלדמן-קופלר, לעיל ה"ש 24.

העובדה שאדם שהתייעץ עם רופא, עורך דין או פסיכולוג, או היה בקשר עם עיתונאי – היא מידע פרטי, שכן מנתוני התקשורת אפשר להסיק שהאדם היה מקור עיתונאי, למשל.

כאשר הצד לשיחה שחב את האמון לאחר, כלומר הרופא, עורך הדין וכדומה, הוא זה שהלך לעולמו, הרי מתן גישה לתכנים הדיגיטליים שנמצאים בחשבונותיו עלול לחשוף מידע רגיש על האחרים: קרובי משפחתו של הרופא שהלך לעולמו עשויים להיחשף למידע אישי של מטופליו שכתבו לו, שלא נועד לעיניהם.

המצב הקיים בפועל כיום, הוא של גישה במחדל לחלק מקרובי המשפחה של המשתמשים המנוחים, בין אם הם בעלי המידע או מהצד השני של השיחה, מי שחבים סודיות למטופל/לקוח. במקרה כזה, אכן נפגעת פרטיותם של בני-השיח. כל עוד לא יעשו שימוש במידע, בני השיח עשויים שלא לדעת שפרטיותם נפגעה. אם יעשה שימוש במידע כזה ללא הסכמתם, תהיה לבני השיח עילה לתביעה.

כאשר נדרש התיווך של גורמי הביניים, הרי שאם אלה יאפשרו לבני המשפחה גישה לחשבון של המנוח, וכך ייחשפו בני המשפחה למידע על אודות צדדים שלישיים ללא הסכמתם, זו עלולה להיות פגיעה קשה באותם בני-שיח של המנוח. במקרה כזה, עשויה לקום להם עילת תביעה נגד גורמי הביניים, בין בשל שימוש במידע שלא למטרה שלשמה נמסר (ס' 2(9) לחוק הגנת הפרטיות), בשל "פרסום" מידע רגיש (ס' 2(11) לחוק), או בשל הפרת חובת הסודיות שבה הם חבים (ס' 16). לפי סעיף 16 זה, צו של בית משפט יכול להכשיר את העברת המידע. בנוסף, גורמי הביניים עלולים לחבו באחריות תורמת לפגיעה בפרטיות.<sup>286</sup>

## (ב) מעסיקים

הממשק הדיגיטלי שבין עובדים למעסיקיהם יוצר מצבים נוספים שראוי להתייחס אליהם, כאשר העובד הולך לעולמו. אנחנו מזהים שני מצבים טיפוסיים: באחד, למעסיק יש שליטה בפועל בתכנים של העובד, והוא צריך להחליט האם הוא עצמו יכול לגשת לתכנים ו/או האם לאפשר גישה לבני המשפחה או לאחרים. במצב השני, השליטה והגישה בפועל לתכנים נמצאת בידי קרובי המשפחה ו/או ספק השירות, והמעסיק הוא שמבקש גישה לתכנים.

במצב הראשון, המעסיק מקצה לעובדיו ציוד מחשב ושירותים מקוונים: למשל תיבת דוא"ל של מקום העבודה או אחסון בענן של מקום העבודה. מעסיקים רבים מתירים לעובדים להשתמש בתיבת הדוא"ל שהם מקצים לעובדים לצרכים פרטיים, בנוסף כמובן לצורכי העסק. במונחים שטבע בית הדין הארצי לעבודה, זו "תיבת דוא"ל מעורבת".<sup>287</sup> גם בתיבת דוא"ל מקצועית, גם אם ייעודה הוא מקצועי, עשויים להימצא בכל זאת תכנים של העובד. האם במות העובד, יכול המעסיק לגשת לתכנים הפרטיים?

בית הדין הארצי לעבודה עסק בהרחבה בסוגיה של גישה מעסיקים לתכנים פרטיים של עובדים (חיים) בתיבות דוא"ל מקצועיות, מעורבות או פרטיות. פסק הדין בעניין *איסקוב-ענבר* קבע שלעובד יש זכות לפרטיות שחלה

<sup>286</sup> חוק הגנת הפרטיות עצמו דן במצב מסוים של אחריות תורמת, בקשר לפרסומים בעיתונות. ראו ס' 30, 31 לחוק. עם זאת, בתי המשפט פיתחו, בהקשרים אחרים לפי שעה, את הכללים בדבר אחריות תורמת, במיוחד בתחום של זכויות יוצרים. ראו ע"א 5977/07 **האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ**, פ"ד סד(3) 740 (2011). כדי להחיל את הדוקטרינה בתחום של הגנת הפרטיות נדרש פיתוח משפטי, אולם הוא אינו מרחיק לכת.

<sup>287</sup> עע 90/08 **איסקוב-ענבר נ' מדינת ישראל – הממונה על חוק עבודת נשים**, פסקה 40 (2011). לפסיקה דומה של בית הדין האירופי לזכויות אדם, ראו: Application no. 61496/08 *Bărbulescu v. Romania* (European Court of Human Rights, 2017).

על התכנים הפרטיים שלו, גם אם השתמש בכלים שנתן לו המעסיק, וגם כאשר דובר בתיבת דוא"ל מקצועית.<sup>288</sup> נציין שעמדה זו מתאימה גם לממצאים שהצגנו בפרק 4, שלפיו הנשאלים מבקשים לאפשר גישה בראש ובראשונה לבני משפחתם, גם כאשר מדובר בדוא"ל של מקום העבודה, כלומר גם הם תופסים את השירות כתיבת דוא"ל מעורבת.<sup>289</sup> בית הדין הכיר באינטרסים של המעסיק, ובהתאם, קבע נוסחאות מפורטות בדבר הגישה למידע. נקודת המוצא היא שאסור למעסיק לגשת לתכנים הפרטיים, אבל בנסיבות מסוימות, הדבר ניתן, בכפוף לעמידה במספר תנאים.<sup>290</sup> אם אלו אינם מתקיימים, אסור למעסיק לגשת לתכנים. פתוחה בפניו האפשרות לפנות לבית הדין לעבודה, בבקשה לצו מתאים.

ומה במוחו של אדם? בית הדין לעבודה לא עסק בשאלה זו. עם זאת, נראה שרוב התנאים שנקבעו בעניין איסקוב-ענבר מתאימים גם למצב מוחו של אדם, בשינויים המתחייבים. כמובן, הסכמה – אי אפשר עוד לקבל מהעובד. מאחר שהזכות לפרטיות אינה ניתנת להורשה, אין משמעות להסכמה של קרובי המשפחה בשם המנוח. יתרה מכך, בדומה לדיון שערכנו קודם, לעתים אדם מעוניין בפרטיות דווקא אל מול קרוביו.

כל עוד המצב המשפטי נותר בעינו, ראוי לאתר פתרון משפטי-ארגוני. דרך אחת היא לפנות לבית הדין לעבודה בבקשה להתיר את העיון במידע. המבקש יצטרך להראות את האינטרס הלגיטימי שלו בגישה כזו. דרך שניה, היא למנות "נאמן פרטיות", הצעה שנזכרה גם בעניין איסקוב-ענבר, כלומר גורם שיהיה מוסכם על כל הצדדים – העובד-משתמש (בחיוו), והמעסיק, ושיהיה כפוף לחובות נאמנות וסודיות.<sup>291</sup> נאמן פרטיות כזה יוכל גם לבחון אם יש מידע בעל ערך קנייני, שנמצא בבעלות יורשים. גם מנהל עיזבון שאינו בן משפחה יכול למלא את התפקיד הזה. נשוב להצעה זו גם בפרק 7 של הדוח.

במצב טיפוסי שני, בתיבות דוא"ל פרטיות של העובדים, למשל אלה של Gmail, נמצא מידע של המעסיקים. במוחו המשתמש, למעסיק אין גישה בפועל למידע הזה, אבל עשויים להיות לו אינטרסים לגביו: המידע עשוי להיות סוד מסחרי שחשיפתו עלולה לגרום לנזק כלכלי; המידע עשוי להיות מוגן בזכויות יוצרים; התוכן עשוי לכלול מידע על אנשים אחרים שלמעסיק יש חובה להגן על פרטיותם; למעסיק עשוי להיות עניין במידע שמחזק אצל העובד המנוח כדי להמשיך להיות בקשר עם לקוחות שפנו לעובד המנוח לפני מותו או אם לא ידעו, גם אחרי מותו. כל אלה הם אינטרסים לגיטימיים, ועשויים לעלות לכדי זכות קניינית במידע.

האם מעסיק יכול לפנות לספק השירות המקוון הרלוונטי, למשל ספק שירות הדוא"ל, ולדרוש גישה לחשבון של העובד המנוח? החשש הוא שגישה למידע שלמעסיק יש אינטרס לגביו, תכלול בפועל גם גישה למידע פרטי של המנוח ושל בני שיחו. גם כאן, נראה שהפתרון הראוי הוא להפריד בין סוגי המידע, ולאפשר גישה רק לתוכן שקשור למעסיק. אולם, ספק אם ספקי השירות ירצו או יוכלו לבצע את המשימה הזו. גם כאן, נראה שגורם מוסכם על הצדדים הרלוונטיים יכול לפתור את הקושי, לבצע את הסינון לפי מילות מפתח, לתת גישה למעסיק רק למידע שיש לו אינטרס לגביו, ולא לתת לו גישה למידע פרטי של העובד המנוח או בני שיחו.

<sup>288</sup> איסקוב-ענבר, שם, בפסקה 37. פסק הדין צעד בעקבות חוות דעת של אחד הגופים המקצועיים שאמונים על פרטיות באיחוד האירופי, ראו: Article 29, Data Protection Working Party, Working document on the surveillance and monitoring of electronic communications in the workplace - Opinion 8/2001, adopted on 29 May 2002, 5401/01/EN/Final.

<sup>289</sup> ראו תרשים 4.13 לעיל.

<sup>290</sup> איסקוב-ענבר, לעיל ה"ש 290, בפסקאות 19-26.

<sup>291</sup> שם, בפסקה 24, בעקבות מיכאל בירנהק "מעקב בעבודה: טיילור, בנתהאם והזכות לפרטיות" **עבודה חברה ומשפט** יב 9, 67 (2010).

#### (4) הפלטפורמות

הפלטפורמות הן ספקי השירותים, גורמי הביניים שבין המשתמש המנוח לבין מי שמבקשים גישה למידע של המנוח. כאשר אין לקרובים או לאחרים גישה בפועל לתכנים של המשתמש המנוח, הם פונים לגורמי הביניים האלה ומבקשים מהם גישה לתוכן ולמידע של יקירם המנוח, או אפשרות לנהל את החשבונות שלו במקומו. לכל פלטפורמה שיקוליה שלה בעיצוב המערכת הטכנולוגית והעסקית שהיא מציעה ללקוחותיה, ואלה הם בדרך כלל שיקולים מסחריים.

שיקול הדעת של הפלטפורמות לעצב את השירותים שלהן אינו בלתי מוגבל. חקיקה מסוגים שונים מגבילה אותן. באיחוד האירופי, בקנדה, בישראל ובהקשרים מסוימים בארצות הברית, חלה על הפלטפורמות חובה לשמור על פרטיות המשתמשים שלהם. הפלטפורמות אוספות מידע רב על המשתמשים, חלקן באופן אינטנסיבי. המודל העסקי של גוגל ושל פייסבוק, בשירותים השונים שהן מציעות, מבוסס בין היתר על איסוף מידע ועיבודו, באופן שמאפשר לחברות אלה להתאים פרסומות ממוקדות למשתמשים או למכור את המידע לגורמים אחרים. ההסדרה המשפטית מתירה את איסוף המידע, אולם תחת מגבלות מסוימות. עקרונות הגנת המידע האישי המקובלים (המכונים Fair Information Practices, FIPs) מחייבים הודעה למשתמש על איסוף המידע, קבלת הסכמה שלו, מגבלות על סוגי המידע שנאסף, מגבלות על סוגי השימושים במידע, עיבודו והעברתו לאחרים, חובה על שמירת סודיות ואבטחת המידע, מתן גישה לאדם על המידע על אודותיו ואפשרות לתקנו, אם המידע שגוי.<sup>292</sup>

אלא, שכאמור, בדין האנגלו-אמריקני, במותו של אדם, פוקעת פרטיותו. לכאורה, במות אדם, יכולים תאגידי המידע לעשות במידע על אודות המנוח כרצונן, ללא כל מגבלה. בפסיקה האמריקנית אין הכרעה. פסק דין פדרלי בערכאה נמוכה קבע כי ספקי השירות אינם יכולים למסור מידע במסגרת הליכים אזרחיים, שכן תהיה זו הפרה של חוקי פרטיות,<sup>293</sup> ואילו פסק דין של בית המשפט העליון של מסצ'וסטס קבע שאין מניעה כזו.<sup>294</sup>

הפלטפורמות שסקרנו בפרק 3 מעדיפות גישה אחרת: בתנאי השימוש, שהם חוזה לכל דבר ועניין בין לבין המשתמשים, הן מתחייבות לשמור על המידע שהן אוספות בפרטיות, ולהשתמש בו לצורכיהן בלבד. אולם להתחייבות זו נלווים בדרך כלל סייגים: הפלטפורמות מעבירות את המידע לגורמים מסחריים אחרים שהן קשורות אליהם, לרשויות אכיפת חוק לפי חקיקה מתאימה ו/או צו של בית משפט.

כך למשל, תנאי השימוש של גוגל קובעים שהחברה תשתף:

"פרטים אישיים עם חברות, ארגונים או אנשים מחוץ ל Google: אם אנו סבורים באמת ובתמים כי יש צורך סביר לאפשר את הגישה לפרטים, את השימוש בהם, את שמירתם או חשיפתם על מנת:

- לציית לדין החל, לתקנה, להליך משפטי או לבקשה ממשלתית תקפה.
- לאכוף תנאי שימוש חלים, לרבות חקירת האפשרות שבוצעו הפרות.

<sup>292</sup> הניסוח הרחב ביותר של הכללים כיום מופיע ב-GDPR, שנכנסה לתוקף במאי 2018.

<sup>293</sup> ראו *In Re Facebook*, לעיל ה"ש 220.

<sup>294</sup> ראו *Ajemian v. Yahoo!*, לעיל ה"ש 220.

- לזהות, למנוע או לטפל בכל צורה אחרת בנושאי תרמית, בסוגיות אבטחה או בבעיות טכניות.
- להגן בפני פגיעה בזכויות, בקניין או בבטיחות של Google, של המשתמשים שלנו או של הציבור, ככל שהחוק דורש או מתיר זאת".<sup>295</sup>

תנאי השימוש של פייסבוק קובעים הנחיה דומה:

"We may access, preserve and share your information in response to a legal request (like a search warrant, court order or subpoena) if we have a good faith belief that the law requires us to do so. This may include responding to legal requests from jurisdictions outside of the United States where we have a good faith belief that the response is required by law in that jurisdiction, affects users in that jurisdiction, and is consistent with internationally recognized standards".<sup>296</sup>

בתנאי השימוש האלה לא נזכרים קרובי המשפחה, ולא בכדי. נראה שספקי השירות אינם מעוניינים לאפשר למשפחה גישה לתוכן של המשתמש המנוח ובוודאי שלא שליטה בחשבון במקום המנוח. במעט המקרים שהגיעו לבתי המשפט, התנגדו ספקי השירות למסירת גישה, וגם כאשר התפשרו, באחד המקרים, הסכימו למסור עותק (להבדיל מגישה) של חלק בלבד של המידע.<sup>297</sup> גם הכלים לניהול המידע שהם מציעים למשתמשים החיים אינם נותנים לקרובים גישה מלאה. בפייסבוק, כאשר חשבון המשתמש של המנוח מומר לעמוד הנצחה, יכול מי שמופקד על העמוד לבצע פעולות מסוימות, אך אין לו גישה לכל התכנים שנוצרו בעבר, ובמיוחד לא לשיחות אישיות, או לתכנים שפורסמו רק ל"חברים" מוגדרים אחרים.

מתנאי השימוש שבדקנו, ומהכללים הטכנולוגיים שמציעות גוגל ופייסבוק לפי שעה, עולה כי הן קובעות עיקרון מנחה של העדפת רצון המשתמשים. כלומר, הן מציעות למשתמשים אפשרות לקבוע מה יעלה בגורל המידע שלהם לאחר מותם. קביעה כזו עולה בקנה אחד עם רצון המשתמשים, כפי שעולה מממצאי המחקר האמפירי שערכנו, אולם אין מדובר ברצון חופשי מלא שניתן למשתמשים: הם יכולים לבחור מתוך היצע מסוים של אפשרויות, שאינן מקיף את כל הקשת האפשרית. כך למשל, ייתכן שגולשים ירצו לאפשר לאחרים לבוא בנעליהם לכל דבר ועניין, ולהמשיך לנהל את החשבון האישי שלהם, ובכלל זה לאפשר להם גישה לתקשורת בין-אישית. התאגידים אינם מציעים אפשרות כזו כיום.

ספקי השירות היו יכולים לבחור אחרת, למשל, לקבוע בתנאי השימוש שבמות המשתמש המידע שלו יימסר במלואו לידי יורשיו. בחירה כזו גם הייתה פותרת את הקושי שהצבענו עליו לעיל, שבו גישה לתוכן של אדם ללא הסכמתו עשויה להיחשב לפגיעה בפרטיותו לפי סעיף 2(5) לחוק הגנת הפרטיות, וכאשר מדובר בתקשורת,

<sup>295</sup> ראו: <https://www.google.com/intl/iw/policies/privacy>.

<sup>296</sup> ראו: <https://www.facebook.com/policy.php>.

<sup>297</sup> כך במקרה של חייל אמריקני שנהרג, ושמשפחתו ביקשה מיאהו! גישה לחשבון הדוא"ל שלו, וסורבה. זהו המקרה הראשון שהגיע לבית המשפט בארצות הברית. ראו: *In re Ellsworth*, No. 2005-296, 651-DE (Mich. Prob. Ct. 2005). כך גם במקרה של הנערה הגרמנייה שהוריה ביקשו מפייסבוק גישה לחשבון שלה, בנימוק שהם חושדים שמותה נגרם בשל דברים שקרו ברשת החברתית, סירבה הרשת לאפשר את הגישה. ראו לעיל ה"ש 268.

אולי אף להאזנת סתר. אולם משבחרו ספקי השירות כפי שבחרו, בחירתם מקימה להם זכויות ויוצרת חובות. החובות הן כלפי המשתמשים. בד"ה הישראלי, ההתחייבות לסודיות היא התחייבות חוזית, ובנוסף, היא מקימה זכות לפרטיות: מסירת מידע בניגוד לחובת הסודיות ההסכמית היא פגיעה בפרטיות (ס' 2(8) לחוק הגנת הפרטיות).

יש להניח שהבחירה שבחרו התאגידים משקפת את הבנתם בדבר השירות האופטימלי למשתמשים, מבחינת החברה. במילים אחרות, מאחר שמדובר בעסק שלהם, הרי יש להם זכות לנהל את העסק לפי מיטב הבנתם. זו זכות הקניין שלהם. כל התערבות בשיקול הדעת שלהם הוא בגדר פגיעה בזכות הקניין. יש להניח שבד"ה הישראלי לפחות, יטענו גם לפגיעה בחופש העיסוק.<sup>298</sup> גם הקניין וגם חופש העיסוק מוגנים מזכויות יסוד חוקתיות.<sup>299</sup> בארצות הברית, ייתכן שתאגידים יטענו שבנוסף, ההחלטה בדבר גורל המידע מקימה להם זכות לפי התיקון הראשון לחוקה שמגן על חופש הביטוי: ההחלטה כיצד לנהוג במידע דומה לעריכה של המידע, ושיקול הדעת העריכתי מוגן לפי פסיקת בתי המשפט. בתי משפט שם מצאו שלמנועי חיפוש יש חופש ביטוי לגבי הצגת התוצאות.<sup>300</sup>

נדגיש, שהתערבות חקיקתית בסוגיה של זיכרונות דיגיטליים אם תהיה כזו, אמורה להביא לשינוי בהתנהלות התאגידים. כשם שהתאימו עצמם לדיני הפרטיות, יתאימו עצמם לדינים אחרים. במובן הזה, איננו סבורים שההסדרה של הטכנולוגיה כשלעצמה אינה אפשרית, נושא שהרחבנו עליו בפרק המבוא. השאלה איננה האם אפשר להסדיר, אלא האם נכון להסדיר, וכיצד.

התערבות חקיקתית בהתנהלות של גורמי הביניים תצטרך לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה של חוקי היסוד, בשל פגיעתה בזכות לקניין פרטי ובחופש העיסוק של ספקי השירות. כדי לעמוד, פגיעה כזו תצטרך להיקבע בחוק או לפי חוק, לתכלית ראויה, באופן שהולם את ערכיה של מדינת ישראל, ובעיקר, באופן מידתי.

## (5) הציבור הרחב

בדיון עד כה הדגשנו את הקשר שבין המנוח למשפחתו ויקיריו, וראינו כיצד המצב הדיגיטלי הופך את היחסים האלה למשולש, בשל התיווך של הפלטפורמות, כשלא לה מצטרפים בני השיח של המנוח. בצד אלה, נמצא הציבור הרחב בכלל: הגולשים (החיים), שעדיין לא חוו מוות שיש לו היבטים דיגיטליים בסביבתם הקרובה. כפי שהערנו בפרק המבוא, כל שחיינו הופכים יותר ויותר דיגיטליים, כך צפויים להתרבות גם מקרי "המוות הדיגיטלי". כולנו נמצאים למעשה במצב שבו יום אחד אנו עשויים להיתקל בסוגיה הזו באופן אישי. בשונה מסקרים קודמים בנושא,<sup>301</sup> המחקר שהוצג בפרק 4 בחן את עמדות הציבור בשני כובעיו: הן כמשתמשים שיום אחד ילכו לעולמם והן כקרובי משפחה של אחרים שילכו לעולמם. ראינו שהעמדות מורכבות, וכי יש קבוצות גדולות שיש להן עמדות שונות. כיום, אין בישראל קונצנזוס חברתי בנושא.

<sup>298</sup> להתערבות רגולטורית בשיקול הדעת בניהול העסק כפגיעה בחופש העיסוק, ראו למשל בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367 (1997).

<sup>299</sup> ראו ס' 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 3 לחוק יסוד: חופש העיסוק, בהתאמה.

<sup>300</sup> ראו למשל *Search King Inc. v. Google Technology, Inc.* (W.D. Okla. 2003).

<sup>301</sup> ראו: Shavit & Tzezana, *Online Legacies*, לעיל ה"ש 157.

למשתמשים יש אינטרסים מגוונים: כמשתמשים, שיעור ניכר מבקשים שליטה במידע שלהם גם לאחר מותם, בין בשיתופו המלא או החלקי ובין בהגבלת השיתוף או סגירת החשבון בכלל. כיום, המודעות לנושא נמוכה מאוד, ולכן קשה לדבר על ציפיות ברורות. עם זאת, בציבור כן מוטמעת ציפייה ליכולת שליטה מסוימת לאחר המוות, ציפייה שנובעת ונלמדת מדיני הירושה. עקרון היסוד בהם הוא כאמור כיבוד רצון המנוח. המכנה המשותף לציפיות השונות הוא הרצון בשליטה במידע. לציבור יש אינטרס בכיבוד הרצון הזה, שמשלב היטב עם ערכים של כיבוד האוטונומיה של האדם, כבוד האדם – הן של החי והן של המת, במובן זה שהחברה מכבדת את רצון החיים באשר להיבטים מסוימים של מותם.

ליחיד הציבור יש גם אינטרס לאפשר את תהליכי האבל וההנצחה האישיים שלהם ושל אחרים כלפיהם בבוא העת. זהו צורך אנושי מובן וחשוב. כל זה מתרחש בסביבה דינמית, שבה אנו עדים לשינויים בדפוסי האבל (ראו פרק 2). גם כאן, האינטרסים אינם אחידים: יש מי שמבקשים גישה מלאה ושליטה במידע של המנוח, ויש מי שנרתעים מכך, ומההנצחה האקטיבית והנמשכת של המתים בין החיים. כך, עשוי להיות מתח בין הגישות השונות להנצחה, בין קרובי משפחה ובין יחיד הציבור בכלל.

במילים אחרות, בעת עיצוב מדיניות, יש להביא בחשבון שהציבור אינו עשוי מקשה אחת בעניין, וכל עמדה של יחיד הציבור היא לגיטימית.

## 1. סיכום

אתגר ההסדרה של סוגיית הזיכרונות הדיגיטליים הוא כיצד לקבוע מדיניות בסביבה שהיא מערכת אקולוגית דינמית, שכל אחד מיסודותיה נמצא בשינוי: הטכנולוגיה מתפתחת ומציעה אפשרויות שונות; המודעות הציבורית נמוכה הנורמות החברתיות טרם התגבשו לכלל תמונה ברורה; כללים משפטיים ברורים עדיין אין, וכללי רקע ותיקים נוצרו לסביבה לא-דיגיטלית ולהקשר קנייני, ולא בהכרח מתאימים לסביבה הדיגיטלית ולהקשר האישי. כל שינוי בנקודה אחת עשוי להשפיע, ופעמים רבות בדרכים שקשה להעריך מראש, במקומות אחרים. האתגר הוא לנסות לאתר את ההשפעות האלה מוקדם ככל האפשר, ומראש.

פרק זה ביקש לבחון את התמונה הגדולה על ידי מבט קרוב לפרטים. בפרק הבא נחזור לתמונה הרחבה יותר. בחנו את האינטרסים והזכויות של השחקנים השונים שמעורבים בסוגיה.

## המשתמשים

משתמשים מבקשים לשלוט בגורל התכנים ובגישה אליהם לאחר מותם. סוג השליטה שונה מאדם לאדם, וכל משתמש מבקש לקבוע בעצמו את גורל המידע: לסגור את החשבון המקוון לגמרי, לאפשר גישה חלקית לאנשים מסוימים, או לאפשר גישה מלאה לאנשים מסוימים או לכולם. האינטרס של המשתמשים בשליטה כזו הוא חלק מהאוטונומיה שלהם ומכבוד האדם שלהם. המשתמשים נמצאים גם בעמדה היעילה ביותר לקבוע את גורלו של כל פריט מידע, משימה שלכל גורם אחר – משפחה, ספק שירות, רשות שלטונית או בית משפט – תהיה בלתי אפשרית.

מימוש הרצון של המשתמשים נתקל בקשיים אחדים: יש מודעות נמוכה לנושא בכללותו; רק חלק מהפלטפורמות מציעות כלים לניהול מידע לאחר המוות, וגם אלה מוגבלים בהיצע האפשרויות שלהן. בנוסף,

כדי לממש את האפשרויות האלה דרושה רמת אוריינות טכנולוגית מסוימת, שאין לכל הגולשים. על אלה יש להוסיף חסמים חברתיים ואישיים מפני העיסוק במוות.

השערה חברתית בדבר "הגולש הסביר" או ייחוס רצון משוער אחר אינה מתאימה לסוגיה הזו בשלב הזה. כפי שראינו בממצאי הסקר, אין כיום בישראל עמדה חברתית מגובשת בנושא. כל "הנחה חברתית" בדבר הרצון המשוער של משתמשי האינטרנט בישראל תפגע ברצון של קבוצה לא מבטלת של האוכלוסייה.

ראוי להבחין בין סוגי מידע שונים: יש מידע שהוא בגדר מיטלטלין מוגנים, אך עשויים להיות כפופים לדיני חוזים; יש זכות יוצרים ביצירות מסוימות, ויש מידע על נכסים רכשיים. בצד אלה, יש מידע אישי פרטי של המנוח ובני שיחו. דיני הקניין ודיני הירושה אינם המסגרת המתאימה להסדרת המידע האישי, שבחיי הגולשים מוגן תחת הזכות לפרטיות, שהיא זכות אישית שאינה ניתנת להורשה.

בתי המשפט בישראל מכירים ב"כבוד המת" כערך ראוי להגנה, ובכלל זה בפרטיות המתים. עם זאת, ההכרה אינה גורפת ומלאה. היא נסוגה מפני אינטרסים קנייניים, למשל כאשר מדובר במידע של המנוח על נכסים קנייניים שהם כן חלק מהעזבון. המשפט אינו מגן על פרטיות המתים ככאלה, אלא על הציפיה של החיים בקשר לגורל המידע שלהם לאחר מותם.

בהתאם, במצב המשפטי הקיים, גישה של גורם כלשהו למידע של המשתמש המנוח, ללא הסכמתו, היא פגיעה בפרטיותו.

## קרובי משפחה

קרובי משפחה מעוניינים בגישה לתכנים של יקירם המנוח לצורך תהליך האבל, לזיכרון ולהנצחה, או במקרים נדירים, לבידור נסיבות המוות. חלקם מבקש לא רק גישה, אלא גם אפשרות לניהול החשבונות המקוונים של המנוח. כל אלה הם צרכים חשובים ולגיטימיים, אולם בשפה המשפטית הקיימת, הם אינטרס, ולא בהכרח מגיעים לדרגה של זכות. קבוצה אחרת של בני משפחה וקרובים אינה מעוניינת בגישה לתכנים ולמידע, בין משום שהם מכבדים את רצון המנוח, ככל שהיה ידוע להם או משוער על ידם, ובין משום שתהליך האבל האישי שלהם אינו מצריך את הגישה הזו.

## בני שיח של המנוח

יש להביא בחשבון שבמידע של המנוח עשויים להיות גם תכנים של צדדים אחרים, חיים או מתים, כמו למשל בתכתובת בין-אישית. זכותם נהנית מפרטיות ומוגנת בחוק, ואין לגשת למידע או להשתמש בו ללא הסכמתם. כאשר מדובר בשיחות של המנוח עם גורם מקצועי כמו עורך דין, רופא, פסיכולוג וכדומה, גורמים אלה חבים חובת אמון למנוח, שאינה פוקעת במותו. הם אינם רשאים למסור את המידע לאחרים, אלא בהתקיים נסיבות מיוחדות, או לפי צו של בית משפט. כאשר המנוח הוא שהיה גורם מקצועי כאמור, סביר להניח שיש בתוכן המקוון שנשאר אחריו מידע פרטי רגיש של צדדים שלישיים – המטופלים, לקוחות וכדומה. גם כאן, אין לאפשר גישה לתכנים של הצדדים השלישיים ללא הסכמתם.

## מעסיקים

הדין שחל על גישה של מעסיקים לתכנים פרטיים של עובדים חיים חל גם על גישה לתכנים אלה לאחר מות העובדים. הדרך לגישה זו הותוותה בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה, ומתייחסת לסוג השירות בו מדובר (תיבת

דוא"ל מקצועית, מעורבת או פרטית), והציבה שורה של תנאים שהמעסיק צריך לעמוד בהם. במקרים מסוימים, גישה תתאפשר רק לפי צו של בית דין. אצל העובד המנוח עשוי להימצא מידע של המעסיק, למשל סוד מסחרי. גישה של צדדים שלישיים למידע הזה עלולה לסכן את האינטרסים הלגיטימיים של המעסיק. זהו שיקול נוסף שיש להביאו בחשבון.

פתרון אפשרי אחד נמצא בגישה הקיימת של בתי הדין לעבודה, והוא מינוי של נאמן פרטיות, שתפקידו לסנן את המידע, כך שכל צד יקבל רק את המידע שרלוונטי לו ושיש לו אינטרס לגיטימי לגביו. נאמן כזה יכול להתמנות לתפקיד בהסכמת כל הצדדים עוד בחיי המשתמש, או לפי מינוי של בית משפט או בית דין, לאחר מותו.

## ספקי שירות

גורמי הביניים צריכים להציע למשתמשים אפשרויות ניהול של המידע שלהם עוד בחייהם, גם ביחס לגורל המידע במות המשתמשים. בהיעדר קביעה כזו, ובהיעדר כלל משפטי אחר, תנאי השימוש הם שקובעים את גורל הגישה למידע. אם תנאי השימוש שותקים בנושא זה, נראה שקמה ציפייה של המשתמשים לשמירת הפרטיות שלהם. ספק שירות שיאפשר גישה למידע של אדם לאחר מותו, שלא לפי הסכמתו בחייו, יימצא פוגע בפרטיות לקוחותיו.

כל התערבות בצורת הניהול של ספקי השירות השונים עלולה להיחשב לפגיעה בזכות הקניין שלהם ובחופש העיסוק שלהם, וצריכה לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה, כלומר היא תצטרך להיות לפי הסמכה בחוק, לתכלית ראויה, שהולמת את ערכי החברה בישראל, ובמידה שאינה עולה על הנדרש. נראה שסוגית המידתיות תהיה העיקר פה.

## הציבור הרחב

כל עוד אין נורמות חברתיות מגובשות בסוגיה, וכפי שהסקר שהצגנו מעלה, אין קונצנזוס חברתי בנושא בישראל כיום, הציבור נמצא בשני צדי הסוגיה, הן כמשתמשים שילכו לעולמם יום אחד וישאירו זיכרונות דיגיטליים אחריהם, והן כקורבים שעשויים להתעניין בגישה למידע של יקיריהם. כלל משפטי כזה או אחר, עשוי להשפיע ולעצב את הציפיות של הציבור, וליצור נורמה חברתית כאמור, אולם זהו תהליך אורך טווח.

## 6. אפיקי הסדרה אפשריים

### א. מבוא

נסכם את הדיון עד כה: בחנו את הפרקטיקות הקיימות כיום בסוגיה של גישה וניהול של זיכרונות דיגיטליים. למנהלי הפלטפורמות בישראל אין כיום מדיניות מוצהרת או כלי טכנולוגי שהן מציעות בקשר לאפשרויות הניהול של מידע, לאחר המוות. גוגל ופייסבוק מציעות כלים כאלה המאפשרים למשתמשים מידה מסוימת של שליטה במידע האישי שלהם לאחר מותם. פלטפורמות אחרות אינן מאפשרות גישה כלשהי, ואחרות שותקות בעניין. ראינו את המורכבות של היחס החברתי למוות: את השינויים שיש ביחס הזה לאורך זמן, את השינויים שהביאה המהפכה המקוונת, ואת האפשרויות ובצדן הקשיים, שיש בפרקטיקות אֵבֶל חדשות שמתאפשרות בסביבה הדיגיטלית המקוונת. ראינו גם שבעוד היחס למוות, אחרי שאירע, משתנה, היחס למוות לפני התרחשותו הוא עדיין בגדר טאבו חברתי, ויש רתיעה מעיסוק בו. הדיון בפן החברתי של המוות אפשר לנו לראות את המורכבות של האינטרסים השונים, מצד המשתמשים ומצד בני המשפחה של משתמשים מנוחים. הצגנו ממצאי מחקר אמפירי שערכנו, שלפיו יש שונות גבוהה בקשר לניהול המידע לאחר המוות: קבוצה גדולה הייתה מעוניינת לאפשר לבני משפחה וקרובים גישה למידע האישי שלהם לאחר המוות, קבוצה גדולה אחרת מעוניינת בכך אולם רק בקשר לתכנים מסוימים, וקבוצה אחרת אינה מעוניינת בכך כלל. ראינו שמעטים מכירים את הכלים לניהול מידע של גוגל ופייסבוק ומעטים עוד יותר משתמשים בהם.. דנו בסוגיות המשפטיות כבדות המשקל שמתעוררות כאן. ראינו שהמסגרת הקניינית מתאימה לכל היותר לנגזרת מסוימת של זיכרונות דיגיטליים, כמו יצירות המוגנות לפי דיני זכות יוצרים, או מידע על נכסים קנייניים. ראינו שהמסגרת של דיני הגנת הפרטיות נתקלת בקשיים עיוניים בקשר לשרידות הזכות לאחר המוות. זיהינו את השחקנים השונים ואת האינטרסים והזכויות שלהם. הגיעה העת לבחון את ההסדרה האפשרית שמתאימה לישראל.

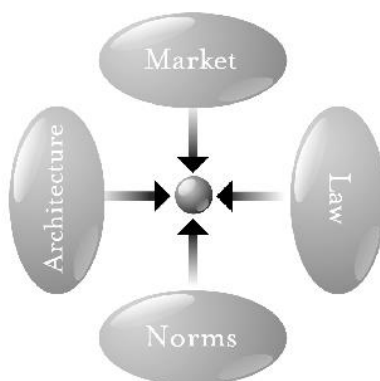
פרק זה יפתח בהצגת המסגרת הכללית שבמסגרתה אנו פועלים, זו פרדיגמת המחקר של משפט וטכנולוגיות מידע: זו מסגרת מחשבתית שמניחה מספר הנחות רקע על מהותה של הטכנולוגיה: אנו כופרים בגישה דטרמיניסטית, ואנו כופרים בגישה שהטכנולוגיה ניטרלית מבחינה ערכית. הטכנולוגיה היא מבנה (קונסטרוקט) חברתי עמוס ערכים. אנו סבורים שהמשפט יכול להסדיר את הטכנולוגיה, ואין מניעה עקרונית לכך. עם זאת, לא תמיד הסדרה כזו נבונה. חלק ב של פרק זה יציג בקצרה את פרדיגמת המחקר הזו: היא מספקת לנו מסגרת כללית להסדרה. לאחר מכן, בחלק ג, נבחן את השיקולים הקונקרטיים בהסדרת הסוגיה הנוכחית. שיקולים אלה מצטרפים למערך הזכויות והאינטרסים שתואר בפרק הקודם. בחלק ד של פרק זה, נבחן את ההסדרה המתגבשת בכמה מקומות בעולם: בחלק ממדינות ארצות הברית, בצרפת ובבריטניה. כל אלה יובילו להמלצות בפרק הבא.

## ב. פרדיגמת המחקר של משפט וטכנולוגיה

משפטים נוטים לפנות למשפט כאמצעי ההסדרה המועדף, ובהתאם מציעים חקיקה חדשה או מתקנת, או פרשנות חדשה מצד בתי המשפט. מולם, אנו שומעים לא אחת, במיוחד בשיח הפופולרי אבל גם מצד התעשייה, את הטענה שאי אפשר להסדיר את הטכנולוגיה, ובהתאם, שניסיונות להסדיר אותה צפויים להיכשל, ועד לכישלונם המהדהד, יגרמו נזקים מיותרים. בפועל, אנו רואים פרקטיקות מגוונות של הסדרה: בדרך של חקיקה או פסיקה, בהסדרה פרטית-עצמית של שחקנים מרכזיים כמו הפלטפורמות השונות שקובעות את תנאי השימוש; בשימוש בכלים טכנולוגיים שונים, כמו גם בתמריצים כלכליים ובנורמות חברתיות.

התמונה העולה היא שאין גורם מסדיר אחד לסביבה טכנולוגית, ולכן בעת עיצוב מדיניות, ראוי לתת את הדעת למכלול הגורמים המסדירים האפשריים ולקשרי הגומלין ביניהם. תובנה זו מוכרת כמעט עשרים שנה בספרות, כפי שבאה לידי ביטוי מובהק בכתיבתו של לורנס לסיג (Lessig).<sup>302</sup> הוא הציג מודל שלפיו יש כמה גורמים מסדירים אפשריים לפעילות האנושית הנדונה: המשפט, נורמות חברתיות, נורמות ויכולות כלכליות, והטכנולוגיה עצמה, שלה לסיג קרא באופן כללי Code. מכאן אמרתו הידועה, code is law, כלומר, גם הטכנולוגיה יכולה להסדיר את הפעילות האנושית, בצד ואולי לא פחות מאשר המשפט.<sup>303</sup>

### תרשים 6.1 מודל ההסדרה של לסיג



המודל של לסיג מרחיב את קשת האפשרויות של מעצבי המדיניות. למשל, דוגמה אנלוגית ידועה היא ניסיון לשלוט בהפגנות. דרך אחת של השלטון להקשות על מפגינים להיעלם בסמטאות העיר, היא לחוקק חוק שיגביל את חופש ההפגנה, אולם חוק כזה ייתקל בהתנגדות בשל פגיעתו בחופש הביטוי. אפשרות אחרת היא

<sup>302</sup> Joel R. Reidenberg, *Lex Informatica: The* LAWRENCE LESSIG, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE (1999). ראו גם: *Formulation of Information Policy Rules through Technology*, 76 Tex. L. Rev. 553 (1998). בהקשר הישראלי, הוצע להתאים את המודל של לסיג במידת מה: במקום הגורם של "נורמות חברתיות", הוצע לדבר על "ערכים חברתיים", ולאחד לתוכו גם את הגורם של הנורמות והכלים הכלכליים. התוצאה המתקבלת היא משולש: משפט-טכנולוגיה-ערכים. משולש זה מקל לראות שהגורמים עצמם משפיעים זה על זה. ראו למשל ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק "הקדמה: משפט וטכנולוגיה מידע" **רשת משפטית: משפט וטכנולוגיות מידע** 11, 22-12 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2011).

<sup>303</sup> Lessig, שם.

להסדיר את ההפגנה דרך עיצוב הארכיטקטורה, כלומר לתכנן את המרחב הציבורי כך שיקשה על המפגינים להתרכז במקום אחד, ויקל על השלטון לשלוט בגישה הפיזית למקום ההפגנה – ולמפגינים. במילים אחרות, לארכיטקטורה יש כוח רגולטורי.<sup>304</sup> כמובן, גם אפשרות זו מגבילה את חופש הביטוי, אולם האמצעי הננקט סמוי מהעין, ומוצג כעניין ניטרלי, שאינו קשור להפגנה. נדגיש: הטכנולוגיה אינה ניטרלית ואינה תמימה, בדוגמה זו. בצד זה, הממד הערכי של הטכנולוגיה יכול גם לסייע למשפט להסדיר ולהגן על זכויות, למשל המודל של הנדסת פרטיות (Privacy by Design) שמבקש להגן על הפרטיות באמצעים טכנולוגיים, בצד אלה המשפטיים.<sup>305</sup>

הרחבת סל הכלים האפשרי להסדרה מחייבת את מעצבי המדיניות לבחון לא רק פתרונות משפטיים, אלא גם פתרונות אחרים – טכנולוגיים, כלכליים וחברתיים, וכמובן, שילובים אפשריים של אלה. בצד זה, חשוב גם לראות את ההשפעה של הגורמים המסדירים עצמם, זה על זה: כלל משפטי שיקבע את המותר והאסור עשוי להשפיע על התפתחות הטכנולוגיה; טכנולוגיה חדשה יכולה לעקוף וליתר כלל משפטי. נורמות חברתיות עשויות לגבש את המשמעות של הטכנולוגיה, וכך לאפשר את קליטתה או לדחות אותה. במילים אחרות, עיצוב המדיניות של הסוגיה צריך להיות ער לכך שהמערכת הטכנולוגית-חברתית היא דינמית. הסדרה באמצעות מרכיב אחד צפויה לגרום תגובה של הענפים האחרים.

בגישה זו יש שתי הנחות רקע מרכזיות שראוי להציף. האחת, היא דחייה של הגישה שלפיה הטכנולוגיה מתפקדת כישות עצמאית, מתפתחת כאילו מעצמה, לפי חוקים משלה, ואי אפשר לשלוט בה. יתרה מכך, הטכנולוגיה היא שמכתיבה ומניעה את הגורמים החברתיים האחרים. המשפט, לפי גישה דטרמיניסטית זו, בהכרח מפגר אחרי הטכנולוגיה, לא יכול לה, ומכאן מסיקים מחזיקי העמדה הזו, כי לא ראוי שהמשפט ינסה כלל את כוחו מול הטכנולוגיה.

בניגוד לעמדה זו, אנו סבורים שאפשר לכוון את הטכנולוגיה, ושראוי לנסות לעשות כך לפי עמדה ערכית-נורמטיבית שהתקבלה על ידי הציבור. אין זה אומר שההסדרה קלה או פשוטה, ולעתים יהיה נכון להחליט להמתין, ולא להסדיר פעילות מסוימת. אבל ההסדרה עצמה אפשרית. השיקול צריך להיות ערכי, במשולב עם הבנת הטכנולוגיה, משמעותה, והיתכנות ההסדרה הנדונה. חשוב לשים לב: כאמור, המסקנה שהמשפט יכול להסדיר את השימוש בטכנולוגיה, אינה מחייבת שהמשפט יעשה זאת.<sup>306</sup> בהתאם, אנו סבורים שהמשפט יכול להתערב בסוגיה של זיכרונות דיגיטליים, ואין מניעה אפריורית לכך. השאלה לדיון איננה האם אפשר, אלא האם ראוי, ואם כן, כיצד.

הנחה שנייה, היא שלטכנולוגיה יש מטען ערכי. הגישה ההפוכה מתייחסת לטכנולוגיה כאל כלי טכני-ניטרלי, בדומה לסיסמה הידועה של שדולת הנשק האמריקני, guns don't kill, people do. במקום גישה זו, אנו

<sup>304</sup> Lessig, שם, בעמ' 91.

<sup>305</sup> לדיון בהנדסת פרטיות, ראו למשל: Ira S. Rubinstein, *Regulating Privacy by Design*, 26 BERKELEY TECH. L.J. 1409 (2011). בדיון האירופי, יש כיום חובה לקיים הליך של הנדסת פרטיות. ראו ס' 25 ל-GDPR, לעיל ה"ש 249.

<sup>306</sup> למשל, במדינות רבות (אך לא בישראל) נקבעו כללים בידיני זכות יוצרים, שלפיהם אין להשתמש או להפיץ אמצעים טכנולוגיים שמאפשרים לעקוף מנגנוני הגנה טכנולוגיים על יצירות. הטכנולוגיה המגנה מכונה Digital Rights Management, או Technological Protection Measures. הכללים, למשל פרק 12 לחוק זכות יוצרים האמריקני, שנוסף לפי ה-Digital Millennium Copyright Act בשנת 1998, אוסרים על פעולות רבות בקשר ל-DRM. במילים אחרות, החוק אסר על פיתוח טכנולוגיה אחת שנועדה לעקוף טכנולוגיה אחרת. החקיקה – אפשרית, והנה, היא בוצעה ואף אושרה בבתי המשפט בארצות הברית, אולם, היא ספגה לאורך השנים ביקורת רבה.

סבורים שלטכנולוגיה יש הטיה ערכית מסוימת: לעתים מפתחיה ניסו לגלם בה תכונות מסוימות,<sup>307</sup> ולעתים, הציבור, בדרך השימוש בטכנולוגיה, מבנה את משמעותה הערכית של הטכנולוגיה.<sup>308</sup> למשל, ברור כי מפתחי פייסבוק ביקשו לעצב את הטכנולוגיה שפיתחו כך שתהיה רשת חברתית, וזה אכן האפיון המקובל של פייסבוק. הערכים שהוטמעו בטכנולוגיה הם אלה שמדגישים את אפשרויות השיתוף של תוכן. בצד זה, משהוסיפה פייסבוק אפשרויות של ניהול התוכן, למשל האפשרות לפרסם תוכן ל"חברים" מוגדרים בלבד, והאפשרות לנהל שיחות בין-אישיות, היא אפשרה מידה מסוימת של פרטיות בין המשתמשים לבין עצמם (אבל לא מול פייסבוק, שנשארת בעמדת יודעת-כל).

אמנם, המשפט מתפתח בקצב איטי: חקיקת חוק, תקנות ופסיקה של בתי משפט אורכת זמן, והטכנולוגיה מקודמת בקצב מהיר בהרבה. בתי המשפט ערים לכך, אך הדבר אינו בהכרח משתק אותם.<sup>309</sup> פערי הקצב יוצרים קושי בהסדרה המשפטית, אולם, עשויה להיות בכך ברכה מסוימת: המשפט יכול להמתין ולראות כיצד מתקבלת טכנולוגיה מסוימת, מה ההבניה החברתית שלה, ולהכיר אותה טוב יותר. למשל, "משקפי גוגל" עוררו תגובות נגד בציבור, והמוצר נדחה לפי שעה. לא היה טעם בהסדרה משפטית שלו. במקרים אחרים, ההמתנה יוצרת קושי בקשר ל"תקופת הביניים". הפתרון יכול להימצא בטכניקה החקיקתית המתאימה.

למשל, באשר להסדרה בחקיקה, אם נבחר בה, ראוי שהיא לא תתייחס לטכנולוגיה ספציפית. כלל משפטי שיתייחס באופן קונקרטי ליישום מסוים, או למערכת טכנולוגית מסוימת – יתיישן במהרה. למשל, כלל שיתייחס לרשת חברתית שמציעה למשתמשים אפשרויות מסוימות – בטרם יודפס הכלל בספר החוקים, הטכנולוגיה והאפשרויות שלה צפויים להשתנות. לכן, יש לשאוף להסדרה בדרך שאינה נוקבת במפורש בטכנולוגיה או יישום מסוימים.<sup>310</sup> המשמעות מבחינת הטכניקה החקיקתית שתיבחר היא העדפה של סטנדרטים על פני כללים. לסטנדרטים יש יתרון בכך שהם גמישים יותר לשינויים ולכן עמידים יותר, אולם יש בהם עמימות מובנית. בכללים יש יתרון של ודאות וצפיות, אבל חסרון של שרירותיות וחוסר גמישות.<sup>311</sup> אם נבחר בפתרון משפטי, חקיקה ניטרלית לטכנולוגיה היא יעד רצוי, אולם בה בעת, יש להכיר בכך שזהו יעד שקשה להשיגו. גם כאשר נבחרים ניסוחים ניטרליים, המחוקק או הרגולטור מניחים בתפיסתם הכללית מערכת טכנולוגית והתנהגותית מסוימת, שקשה להשתחרר ממנה.<sup>312</sup> כך למשל, חוק האזנת סתר בישראל מנוסח בצורה שמבקשת להקיף תקשורת בין-אישית בכל סוג אמצעי, אולם ברור מקריאת החוק כי הוא מניח מודל מסוים מאוד של תקשורת כזו:

<sup>307</sup> בהבנת האפשרות לעצב מראש את הטכנולוגיה כך שתשרת ערכים מסוימים יש פוטנציאל הסדרה – לרתום את הטכנולוגיה לסייע למשפט. למשל, הרעיון של הנדסת פרטיות שנזכר לעיל, מבקש (או באיחוד האירופי: מחייב) ממנהגים להפנים את ערך הפרטיות ולכלול אותו בתכנון שלהם כבר בשלב הראשון.

<sup>308</sup> גישה זו מכונה Social Constitution of Technology (SCOT). לדיון, ראו למשל יובל דרוך "הבניה חברתית של טכנולוגיה: על הדרך שבה ערכים, חוק ואכיפה מוטמעים בטכנולוגיה" **רשת משפטית: משפט וטכנולוגיות מידע** 79 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2011).

<sup>309</sup> ראו למשל את הערתו של השופט פוגלמן: "בידוע, כי המשפט מדדה בעצלותיים אחרי חידושי העולם" - עע"מ 3782/12 **מפקד מחוז תל-אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי**, פסקה 23 (2013). בית המשפט סירב לפרש את הביטוי "חברים" בקשר לסמכות המשטרה לסגור מקומות להימורים לא חוקיים, כך שיחול גם על אתרי אינטרנט. הפתרון נמצא בהמשך בתיקון החוק.

<sup>310</sup> במקרים בהם יש שאיפה לכלל ברור וחד, למשל כאשר מדובר בסמכויות של רשויות אכיפת חוק, אפשר לכוון לחקיקה מוגדרת טכנולוגית. לטענה זו, ראו: Paul Ohm, *The Argument against Technology-Neutral Surveillance Laws*, 88 Tex. L. Rev. 1685 (2010).

<sup>311</sup> להבדלים שבין כללים לסטנדרטים באופן כללי (לא בהקשר הטכנולוגי), ראו מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה - לשאלת תורת המשפט של החקיקה" **משפטים** יז 321 (1988).

<sup>312</sup> לדיון ראו: Michael Birnhack, *Reverse Engineering Informational Privacy Law*, 15 YALE J.L. & TECH. 24 (2012).

שיחה בין שני צדדים, שמתנהלת באופן סימולטני. כדי להחיל את הוראות החוק על שיחות רבות משתתפים, או על צורות תקשורת שאינן סימולטניות, כמו תקשורת דוא"ל, נדרשת פרשנות משפטית, או תיקון החוק.

מהנחות אלה עולה גם גישה עקרונית-כללית להסדרה: מושא ההסדרה הוא הפעילות האנושית שמתקיימת בסביבה טכנולוגית דינמית. אין מניעה עקרונית להסדיר את הפעילות. עם זאת, ההסדרה המשפטית אינה באה בחלל ריק. כדי להיטיב להסדיר, ראוי ללמוד תחילה את הטכנולוגיה המדוברת (וכך עשינו בפרק 3), את השימושים שנעשים בה בפועל (וכך עשינו בפרק 4), ואת הערכים המגולמים בה (וכך עשינו בפרקים 3, 5), ואת האפשרויות והמגבלות שיש בה. ראוי לקיים בירור ערכי – מהי התכלית שאותה אנחנו שואפים לקדם, וכיצד היא משתלבת במערכת הערכים הכללית של החברה (וכך עשינו בפרק 2). יש לבחון אפשרויות להסדרה באמצעות הכוונה של נורמות חברתיות, כלכליות, ובאמצעות כלים טכנולוגיים. ניתן כמובן לשלב כלים מסדירים שונים.<sup>313</sup> אם ההסדרה הנבחרת היא משפטית, יש לשאוף שהיא תהיה מנוסחת ככל האפשר בצורה ניטרלית לטכנולוגיה, כדי שתוכל להיות רלוונטית גם נוכח שינויים טכנולוגיים צפויים.

## ג. שיקולים פרגמטיים בהסדרת הסוגיה של זיכרונות דיגיטליים

פרדיגמת המחקר של משפט וטכנולוגיה מכוונת אותנו בשיקולים הכלליים בעת בחינה של פעילות אנושית מסוימת בסביבה דיגיטלית לקראת הסדרה אפשרית שלה. איננו צריכים לסגת מראש מפני הטכנולוגיה ולקבל את האפשרויות שהיא מציעה כגזירת גורל. מנגד, לא יהיה זה נבון למהר ולהסדיר בחקיקה, רק משום שאפשר. ההכרעה הראשונה היא האם יש צורך להסדיר את הסוגיה, וזו נבחנת לפי שיקולי המהות, כלומר הזכויות והאינטרסים של הצדדים השונים המעורבים בסוגיה – ובכל זה דנו בפרקים הקודמים. גם אם הגענו למסקנה שראוי להסדיר את הפעילות המסוימת באופן עקרוני, עלינו לבחון את ההשלכות של הסדרה כזו ואת היתכנותה, וכמובן, את פרטיה.

לכל הסדרה יש השלכות: השאיפה היא כמובן להשיג את תכלית החקיקה, אולם הניסיון מלמד שיש השלכות לא צפויות. האתגר הוא לנסות לזהות את ההשלכות מראש. במקרה הנוכחי, הסדרה פרטנית של המותר והאסור בנושא עלולה להביא את הצדדים לחפש דרכים עוקפות. לצורך הדיון נבחן שני מצבי קצה. במצב קצה היפותטי אחד, אם ההסדרה תקבע שבמותו של משתמש אסור לספקי השירות לאפשר לאף גורם גישה כלשהי למידע של המנוח, יש להניח שתהיה עלייה בגישה למידע בדרך שקראנו לה "גישה במחדל", כלומר מתחת לרדאר המשפטי. במצב כזה, יש להניח שיותר משתמשים ישאירו הוראות וסיסמאות לקרובי המשפחה כדי לאפשר להם גישה למרות האיסור, וקרובי המשפחה מצדם ימנעו מלדווח לפלטפורמות השונות על מות המשתמשים ופשוט ייגשו למידע, מבלי להמתין להיתר משפטי כלשהו, שלא יגיע. לעומת זאת, אם נבחר בפתרון הקצה ההופכי, שיקבע שבמות אדם כל המידע שלו נגיש לכל דורש, יש להניח שנראה יותר ניסיונות של משתמשים לסכל גישה כזו, על ידי שימוש בהצפנות שונות ושימוש בשירותים שונים שנמצאים מחוץ לתחום השיפוט של המדינה. כאמור, אלה הן דוגמאות קצה, אולם הן ממחישות שלכל הסדרה משפטית עשויה להיות תגובה חברתית-התנהגותית. התגובה עשויה להיות גם טכנולוגית – שירותים שיציעו למשתמש החי כלים לניהול פרטיותו, לאחר מותו.

<sup>313</sup> זו גישה של סל כלים, שאינה שמה את כל יתבה על המשפט. ראו למשל בהקשר של הסדרת הפרטיות, COLIN J. BENNETT & CHARLES, D. RAAB, THE GOVERNANCE OF PRIVACY: POLICY INSTRUMENTS IN GLOBAL PERSPECTIVE (2003).

בצד ניסיון לאתר מראש את ההשלכות הצפויות של ההסדרה, יש להעריך גם את היתכנותה, שהרי אין טעם בהסדרה שיהיה קשה או יקר בצורה משמעותית ליישם. במקרה הנוכחי, אנו מזהים שני אתגרים: היקף התוכן הרלוונטי, ושאלת התחולה של הדין הישראלי.

## היקף המידע

כמות המידע הדיגיטלי שמשמשים משאירים וישאירו אחריהם עצומה. בשונה מנכסים מוחשיים, אין מדובר בנכסי מקרקעין בודדים, חשבונות בנק אחדים או חפצים מוגדרים. הקושי הוא לנהל את המסה של המידע אחרי המוות. אם ההסדרה תכלול בדיקה פרטנית של כל המידע שמשאיר אחריו המנוח, על ידי רשם הירושות, בית משפט, מנהל עיזבון, או מנהלי הפלטפורמה – הרי שלבדיקה כזו יהיו עלויות עצומות. חשבו על רבבות פריטי המידע שיש לכל אחד מאיתנו בתיבת הדוא"ל לאורך השנים, ביחד עם פעילות ברשתות חברתיות, תמונות שהועלו, שיחות באפיקים שונים, שימוש בשירותי איחסון של קבצים או מוזיקה, חשבונות באתרי קניות וכן הלאה. מעבר פרטני על חומרים כאלה בלתי אפשרי מראש. מסקנה אפשרית אחת היא לנקוט עמדה של "הכל או כלום", כלומר לאפשר גישה מלאה או לא לאפשר בכלל. מסקנה אחרת היא שיש לאתר כלים מתאימים שיכולים לסנן תוכן. למשל, בכל הקשור לתוכן מילולי, ניתן להיעזר במנועי חיפוש, ולסנן תוצאות לפי מילות מפתח רלוונטיות. בתי המשפט כבר פנו לכלי הזה בהקשרים אחרים, ואין מניעה ליישם גישה כזו גם כאן.<sup>314</sup>

## תחולת הדין הישראלי

פלטפורמות תוכן שפועלות בישראל ומספקות שירותים לגולשים בישראל כפופות לדין המקומי וניתן יהיה לכפות עליהן ציות במקרים המתאימים, בכלים הרגילים של המשפט. אולם רוב תאגידי המידע הרלוונטיים אינם פועלים בישראל, אלא הם תאגידים זרים, מאוגדים לרוב בארצות הברית, ופועלים בצורה גלובלית – גוגל ופייסבוק הן המרכזיות שבהן. בתי המשפט בישראל החילו את החוק הישראלי על הפעילות הישראלית של החברות האלה בשורת הקשרים, ובמובן המשפטי הזה, אין מניעה.<sup>315</sup> עם זאת, הדבר יטיל נטל על התאגידים הזרים להתאים את הפעילות שלהן לדין הישראלי. תאגידים אלה עתירי ממון ובוודאי יוכלו לעמוד במשימה, אולם עשויות להתעורר שאלות מורכבות: מה גורל המידע של אזרח ישראלי שמת בעודו בחו"ל? מה גורל המידע שהעלה לרשת בעודו בחו"ל? מה גורל שיחה אישית של המשתמש המנוח עם מי שאינו ישראלי, ועליו אולי חל דין אחר? סוגיות אלה נדונות בדרך כלל תחת הכותרת של ענף המשפט הבין-לאומי-פרטי (או "בררת דינים"), וחורג מתחום הדיון כאן. היבט זה ניתן לפתרון, אולם הוא מציב קושי נוסף בביצוע, ויש להביא גם אותו בחשבון בעת עיצוב המדיניות המתאימה.

## ד. ניצנים ראשונים של הסדרה: הניסיון מעבר לים

בעשור האחרון אנו עדים לניסיונות ראשונים להסדרה של הסוגיה במדינות אחדות: בכמה ממדינות ארצות הברית נחקקו חוקים שמבקשים להסדיר את הניהול של זיכרונות דיגיטליים בקשר להיבטים קנייניים. נעיר על

<sup>314</sup> בית הדין האזורי לעבודה התיר למעסיק לנטר את תיבת הדוא"ל של עובד לשעבר לפי מילות חיפוש מסוימות, שהיו קשורות לנסיבות המקרה. בית הדין הורה שהניטור ייעשה על ידי איש מקצוע חיצוני בנוכחות בא כוח המעסיק (ולא המעסיק עצמו). ראו עניין **אקספו ניהול בע"מ**, לעיל ה"ש 188.

<sup>315</sup> ראו למשל ת"א (מחוזי ת"א) 50870-05-2015 **לן נ' פייסבוק** (14.12.17).

המצב המשפטי בבריטניה שנבחן בשנה האחרונה, ועל חוק שנחקק בצרפת בשנת 2016. נסקור את החקיקה הזו להלן, מתוך שאיפה להבין את המודלים השונים של ההסדרה שננקטו.

## ארצות הברית: חקיקה מדינתית, 2005-2015

הראשונה לחוקק חוק שעסק בזיכרונות דיגיטליים הייתה קונטיקט, בשנת 2005. בעשור שלאחר מכן, מדינות רבות בארצות הברית שקלו אפשרויות חקיקה שונות, שחלקן לא הבשיל לכדי חקיקה. החוקים שהוצעו ושהתקבלו בעשור זה היו שונים זה מזה, והתעורר הצורך בהאחדה. מאחר שהמסגרת המשפטית העיקרית שבה הוסדרה הסוגיה היא דיני הירושה, הסמכות לחוקק היא במישור המדינתי, ולא הפדרלי.<sup>316</sup> לפיכך, ההאחדה לא הייתה יכולה להגיע מהקונגרס בוושנינגטון, והאפיק שנבחר הוא של חוק מודל, בניסוח של ה-National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. חוק מודל כזה אינו חוק במובנו הרגיל, ואין לו תחולה ישירה באף מדינה. מטרתו היא לחסוך למחוקקים המדינתיים את הצורך להמציא את הגלגל מחדש, וכמובן, ליצור האחדה. כל מדינה שמעוניינת בכך, צריכה לחוקק את החוק אצלה, כחוק מדינתי, וכך גם אפשר לבצע התאמות מקומיות, למשל למושגים השונים של דיני הירושה שיש בכל אחת מחמישים המדינות.<sup>317</sup> התוצאה היא כי אין זהות מלאה בחוקים המדינתיים, אבל במדינות שאימצו את חוק המודל, העקרונות דומים. ניסוח חוק המודל ארך שנים אחדות,<sup>318</sup> המלאכה הושלמה ב-2014, והחוק תוקן ב-2015.

ניתן לזהות בחקיקה האמריקנית המתגבשת כמה דורות, כאשר אפשר להבחין ביניהם לפי סוג השירותים שבהם מדובר,<sup>319</sup> או לפי הפעולה שהחוקים מתירים ביחס לזיכרונות דיגיטליים.<sup>320</sup> חוק המודל הוא חוק מפורט בהרבה. החוק הראשון, של קונטיקט, עסק רק בדוא"ל, והקנה למנהל העיזבון סמכות לבקש גישה להודעות הדוא"ל או העתק שלהן, וזאת לאחר המצאת תעודת פטירה וצו מתאים של בית משפט מקומי.<sup>321</sup> כלומר, החוק היה מצומצם בתחום הכיסוי שלו (דוא"ל בלבד), ובכך שהתייחס לגישה או לקבלת עותק – אבל לא התיר שליטה בחשבון הדוא"ל: למנהל העיזבון לא ניתנה הרשות להיכנס לחשבון של המנוח ולשלוח ממנו הודעות, למשל. המיסגור – בתחום דיני הירושה חשוב, והוא מכתוב את זהות הגורם שיש לו גישה לחשבונות: מנהל העיזבון. אמנם, מנהל העיזבון יכול להיות בן משפחה של המנוח, אולם פעמים רבות אין זה כך, ובכל מקרה, מנהל העיזבון כפוף לחובות שונות בקשר לניהול העיזבון.

הדור השני של החקיקה האמריקנית הרחיב את היקף התחולה של ההסדרה: לא רק חשבונות דוא"ל, אלא סוגים נוספים של חשבונות. בחלק מהחוקים אלה נמנו במפורש: חשבונות ברשת חברתית, שירות מיקרובלוגינג, הודעות טקסט (מסרונים), או דוא"ל. הרחבה הייתה גם בסוג הסמכויות של מנהל העיזבון: לא רק גישה לחשבון או קבלת עותק של התוכן, אלא גם אפשרות לשלוט בחשבון, להמשיך אותו, או לסגור אותו.<sup>322</sup>

<sup>316</sup> הסברנו בפרק 5 מדוע אנו סבורים שהמסגרת הקניינית אינה מתאימה להסדרת הזיכרונות הדיגיטליים. החקיקה האמריקנית מתייחסת למנהל עיזבון, בהיבטים קנייניים בעיקר. נחזור לכך בהמשך.

<sup>317</sup> לדיון בסוגים השונים של מנהלי עיזבון בדין המדינתי האמריקני, ראו: Lamm, et al, *The Digital Death Conundrum*, לעיל ה"ש 220.

<sup>318</sup> לתיאור של ההצעות שונות, ראו Cummings, *The Case Against Access*, לעיל ה"ש 179, בעמ' 916-920.

<sup>319</sup> לאפיין כזה, ראו למשל McCallig, *Facebook after Death*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 134-138.

<sup>320</sup> לאפיין כזה, ראו למשל Cummings, *The Case Against Access*, לעיל ה"ש 179, בעמ' 912-916.

<sup>321</sup> חוק דומה נחקק ברוז איילנד, בשנת 2007, ראו לעיל ה"ש 6.

<sup>322</sup> ראו למשל את החקיקה באוקלהומה, איידהו, והצעות חוק בניו ג'רסי, פנסילבניה, וירג'יניה, מרילנד, וניו יורק.

המסגרת היא עדיין של דיני הירושה. בהתאם, משפטנים בתחום זה מעודדים תכנון מוקדם של העיזבון, כך שיכלול גם התייחסות לסוגיה של זיכרונות דיגיטליים.<sup>323</sup>

שני הדורות הראשונים האלה של החקיקה מראים את הקושי העקרוני של הסדרה של פעילות אנושית בעולם טכנולוגי משתנה: בשנת 2005, כשנחקק החוק הראשון בנושא, פייסבוק עדיין לא באה לחיים. הלקח אינו שיש להימנע מחקיקה, אלא שמוטב להימנע מחקיקה תלוית-טכנולוגיה, ולבחור ניסוחים רחבים יותר, שיכולים להכיל מצבים טכנולוגיים-עסקיים-חברתיים חדשים. המסגרת המשפטית שנבחרה, של דיני ירושה, מניחה הנחה מוקדמת שזיכרונות דיגיטליים הם מעין-קניין, ובכל מקרה, אינם עניין של פרטיות. בדין האמריקני פרטיותו של אדם פוקעת במותו. בשני הדורות הראשונים של חקיקה המדינתית אנחנו רואים גם התייחסויות נקודתיות להסדרים משלימים שונים, למשל הכפפה של החוק המדינתי לחוק הפדרלי (קונטיקט), שיפוי לספק השירות בגין הוצאותיו (רוד איילנד), הטלת חובה על ספק השירות לשמור את המידע למשך שנתיים מיום שקיבל הודעה מתאימה ממנהל העיזבון (אינדיאנה), ובהמשך, הרחבה גם למצבים של מוגבלות קיצונית על רקע רפואי, כלומר חקיקה שמתייחסת לא רק למשתמשים מתים, אלא מי שלמשל נפגעו בתאונה או חלו ואינם יכולים לגשת בעצמם לחשבונות המקוונים שלהם בשל מצבם הרפואי (דלאוור).

## ארצות הברית - חוק המודל, 2015

הדור השלישי של החקיקה האמריקנית מגולם בחוק המודל, בגרסתו המתוקנת: Fiduciary Access to Digital Assets Act.<sup>324</sup> לעומת הדורות הקודמים, אנחנו רואים בו הגדרה רחבה ומכלילה של סוג הזיכרונות הדיגיטליים, אבל גם ניסיון לדייק את סוגי המידע והתכנים, ולקבוע כללים שונים בקשר אליהם, שמותאמים לסוג התוכן והמידע, לפי רגישותו. הדגש הוא על מידע שיש לגביו אינטרס או זכות קנייניים.<sup>325</sup> חוק המודל מתייחס לראשונה לאפשרות של הסדרה טכנולוגית, כלומר לכלים הטכנולוגיים שמציעות החברות השונות. חוק המודל מסיט את עיקר הכוח מידיו של מנהל העיזבון, לעבר ספקיות השירות. במידה רבה, נראה כי חוק המודל מעגן ומחזק את הפרקטיקות המתפתחות של גוגל ופייסבוק. נפרט.

ראשית, גם בדור חקיקה זה, מסגרת ההסדרה היא של דיני הירושה, אבל בשינויים חשובים: הדמות המרכזית בחוק המודל היא מנהל העיזבון, ובאופן רחב יותר הנאמן שפועל לטובת המשתמש (המנוח או המוגבל), ומכונה fiduciary. החוק קובע את מסגרת הסמכויות של מנהל העיזבון מצד אחד ומתיר לספקי השירות למסור מידע, מצד שני. החוק מדבר אמנם על "נכסים דיגיטליים" (digital assets), אבל הוא אינו נטוע (רק) במסגרת קניינית: דברי ההסבר של חוק המודל מדגישים את תפקיד הנאמן לקיים את רצון המשתמש שבשמו הוא פועל, אבל זאת כדי לשמור על פרטיות המשתמש. במילים אחרות, חוק המודל החליף את השיח קנייני של הורשה בשיח של נאמנות, שתכליתה להגן על פרטיות המנוח.

שנית, כאמור, החוק אינו מציין שירותים מסוימים כמו דוא"ל, רשתות חברתיות או שירותים אחרים, אלא מרחיב, ומתייחס לרשומה דיגיטלית (digital record) שבה לאדם יש זכות או אינטרס. דברי ההסבר מביאים דוגמאות של נכסים לא מוחשיים: פריטים של משחקים מקוונים, צילומים (שהם יצירות מוגנות בזכות יוצרים) או רשימת

<sup>323</sup> ראו למשל *Conor, Digital Life After Death*, לעיל ה"ש 191.

<sup>324</sup> ראו לעיל ה"ש 5.

<sup>325</sup> דברי ההסבר של חוק המודל מגדירים את הנכסים הדיגיטליים כך: "Digital assets are electronic records in which individuals have a right or an interest."

לקוחות (שעשויה להיות מוגנת בידי סודות מסחריים). אולם דוגמאות אלה ממחישות: הדגש בחוק הוא עדיין הפן הקנייני, ולא דווקא זה של מידע אישי. הפן הקנייני מתחזק בכך שחוק המודל מבהיר שהחוק מתייחס רק לרשומה הדיגיטלית, ולא לנכס אחר. במילים אחרות, אם מדובר בחשבון בנק, החוק מסדיר את הגישה לרשומות על החשבון, אבל מדגיש שהוא אינו מקנה זכויות בחשבון הבנק עצמו, עניין שנשאר לדיני הירושה הרגילים. רשומה דיגיטלית כוללת גם מידע ששמור במחשבי המשתמש ותוכן שהמשתמש העלה לאתרים שונים. כפי שהסברנו בפרק 5, מידע מסוגים אלה אינו בהכרח קניין, אלא מתאים לקטגוריה של הגנת הפרטיות.

שלישית, סעיף 4 של החוק מכיר בכמה דרכים של המשתמש להבהיר – ולקבוע – את רצונו בקשר לגורל המידע שלו. כאן, החוק מכיר לראשונה בכלים מקוונים לניהול המידע. אפיקים נוספים הם צוואה, ותנאי השימוש של ספקי השירות. אבל החוק קובע מדרג חשוב: הנחיה שנתן משתמש באמצעות הכלי המקוון לניהול המידע, גוברת על כל הוראה אחרת, וזאת כל עוד המשתמש (בחיוו) יכול לשנות את ההנחיה. בהיעדר שימוש בכלי מקוון כזה, בין אם השירות בו מדובר אינו מציע כלי ניהול כזה או שהשירות מציע כלי כזה, אבל המשתמש לא הפעיל אותו, ניתן לקבוע בצוואה הנחיות. רק בהיעדר הנחיות בכלי הניהול המקוון או בצוואה, יש לפעול לפי תנאי השימוש של ספק השירות. מדרג זה חשוב במישור הפרקטי, למקרה שמשתמש נתן הנחיות סותרות בכלי הניהול, בצוואה, ובהסכמות שהסכים להן בתנאי השימוש. אולם מעבר לחשיבות פרקטית זו, המדרג יוצר תמריץ למשתמשים שמעוניינים בשליטה במידע שלהם לאחר מותם, להשתמש בכלי לניהול טכנולוגי, ולכן, יוצר תמריץ לספקי השירות להציע כלים כאלה. כמובן, מאחר שלגוגל ולפייסבוק כבר יש כלים מסוג זה, הרי שחוק המודל מעגן את הפרקטיקות שלהן, ומחזק אותן. החוק מאפשר כאמור גם החלטה באמצעות צוואה, אולם מאחר שצוואות קשה יותר לשנות, ולפחות בישראל ראינו שצוואות נוטות להיות קצרות, טכניות וקנייניות בתוכן, הרי נראה שבמידה רבה, האפשרות הזו, לעת עתה, אינה אפיק של ממש. היקף השימוש בכלים הטכנולוגיים אינו ידוע (ובישראל, לפחות כיום, כפי שראינו בפרק 4, היקף השימוש מצומצם), המשמעות היא שדווקא העדיפות האחרונה היא זו שתהיה הנפוצה יותר: כללי השימוש של ספקי השירות. במידה רבה, זהו גם המצב לפני חקיקת החוק.

רביעית, בהמשך להערה הקודמת, חוק המודל מחזק את כוחם של ספקי השירות. חיזוק אחד הוא ההעדפה המוצהרת להנחיה של המשתמש באמצעות הכלי מקוון. חיזוק שני הוא בהעדפה דה-פקטו של תנאי השימוש. את שני אלה ראינו זה עתה. חיזוק שלישי נמצא בסעיף מפורש בחוק המודל (ס' 5) שמבהיר שלנאמן לא יהיו יותר זכויות מאשר אלה שהיו למשתמש המקורי. במילים אחרות, אם תנאי השימוש הגבילו את האפשרויות של המשתמש המקורי, למשל בדרך של איסור העברת החשבון לאחר (תנאי שקיים ביאהו! למשל, או באתרי היכרויות), הרי הנאמן לא יכול לבצע פעולה נוגדת. חיזוק רביעי, שהוא החיזוק המרכזי לכוחם של הספקים, נמצא בסעיף 6 של חוק המודל, שמקנה לספק השירות שיקול דעת מוחלט לגבי אופן מתן הגישה. אם בדור הראשון של החקיקה דובר על גישה או קבלת עותק, ובדור השני של החקיקה דובר על מתן אפשרות שליטה, הרי כאן הכוח עובר – או חוזר – לספקי השירות. ספק השירות יכול לתת לנאמן גישה מלאה, חלקית או להסתפק במתן עותק של המידע. הספק יכול שלא לגלות מידע שנמחק על ידי המשתמש (וכאן החוק מניח שמידע כזה, הגם שהמשתמש מחק אותו – עדיין יש עותק שלו בידי הספק!), ולהשלמת התמונה, הספק יכול לגבות תשלום סביר בגין העלות שכרוכה בביצוע הגישה. ההחלטה כיצד לנהוג, שמורה לספקי השירות. שוב, אנחנו רואים כי במידה רבה, החוק מעגן את הפרקטיקות הקיימות של גוגל ופייסבוק.

חמישית, לגבי תקשורת בין-אישית, סעיף 7 של החוק מבחין בין התוכן לבין נתוני התקשורת. אבחנה זו צועדת בעקבות הדין הפדרלי האמריקני, ה- Electronic Communications Privacy Act (ECPA). הנאמן יוכל לקבל גישה לתוכן התקשורת של המנוח רק אם יראה שהמנוח הסכים לכך, בהסכמה אקטיבית. הסכמה כזו ניתן להראות על ידי הפניה לכלי הניהול המקוון, לצוואה, או בדרך אחרת. במילים אחרות: בפועל, בעת הזו, בשל השימוש הנמוך יחסית בכלי המקוון ובשל השימוש המועט בצוואות למטרה הזו, הרי שבמקרים רבים, יהיה קשה להוכיח שהמשתמש הסכים לאפשר גישה. המשמעות היא שלתכני התקשורת הבין-אישית של המשתמש המנוח ניתנת הגנה בפועל, וכך גם לפרטיות של בני שיחו של המנוח. לעומת זאת, סעיף 8 של החוק מתיר לספק השירות למסור לנאמן את נתוני התקשורת של המשתמש המנוח, וזאת כל עוד המשתמש לא הביע רצון אחר. במילים אחרות, לגבי גישה לתוכן נדרשת הסכמה בדרך של opt in, ואילו לגבי נתוני התקשורת די בהיעדר התנגדות.

ששית, החוק מדגיש את חובותיו של הנאמן (בס' 15): חובת זהירות, נאמנות, וסודיות. סמכויות הנאמן כפופות לתנאי השימוש של ספק השירות, לכל דין אחר – ובכלל זה חוק זכות יוצרים, ויש שם גם איסור מפורש להתחזות למשתמש. נראה, שלפי עיקרון זה, מנהל עיזבון שמקבל גישה למידע לשם איתור נכסים בני-הורשה, כמו חשבונות בנק, לא יכול להשתמש בו למטרות אחרות. למשל, מנהל העיזבון לא יוכל להעביר תכתובת אישית של המנוח לבני המשפחה.

לבסוף, החוק קובע שורה של הוראות דיוניות, למשל לספק השירות יש פרק זמן של 60 יום לציות לבקשה של מנהל עיזבון (ס' 16).

אין בידינו נתונים על היישום של החוק: לא ידוע אם היו תביעות לבתי המשפט המדינתיים לפי יישומי חוק המודל, או כיצד הוא מבוצע בפועל. ספקיות השירות אינן מפרסמות נתונים בעניין. חוק המודל אומץ עד כה (יוני 2018) ב-40 מדינות בארצות הברית וכן באיי הבתולה שבשליטה אמריקנית, והצעות חוק תלויות ועומדות נכון למועד הכתיבה בעוד 5 מדינות וכן במחוז קולומביה (DC).<sup>326</sup> הוא מפורט מכל קודמיו המדינתיים, ויש להניח שמטרת ההאחדה תושג במידה רבה. אבל עיון בגוף החוק מעלה שחוק המודל הזה נותן כוח רב לספקי השירות לעצב את הכללים בדבר הגישה לזיכרונות דיגיטליים. החוק ממוסגר בשיח של דיני הירושה ובמידת מה בשיח הקנייני, אבל מצהיר על שאיפתו להגן על פרטיות המשתמש המנוח, וגם מאמץ לתוכו אבחנות מתחום הפרטיות, גם אם הן שנויות במחלוקת, למשל האבחנה בין תוכן לנתוני התוכן. נראה שבחוק המודל יש שְׁנוּיִת לא-פתורה בין הקניין לפרטיות.

## בריטניה

הדין הבריטי אינו מסדיר כיום את הסוגיה של זיכרונות דיגיטליים בצורה מפורשת. גם שם, ההתלבטויות דומות לאלה שנדונו בפרקים הקודמים. המסגרת המשפטית מורכבת: דיני זכות יוצרים ודיני הפרטיות הם לפי המסגרת האירופית (כל עוד בריטניה היא חלק מהאיחוד, וכנראה גם אחרי הפרישה הצפויה, דינים אלה אינם צפויים להשתנות), ואילו דיני הירושה והצוואה הם מקומיים, וגם בהם יש שונות בין אנגליה, ווילס וסקוטלנד.<sup>327</sup> בכל

<sup>326</sup> ראו נתונים עדכניים באתר של ה-Uniform Law Commission, נמצא ב: [\(http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Fiduciary%20Access%20to%20Digital%20Assets%20Act,%20Revised%20\(2015\)\)](http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Fiduciary%20Access%20to%20Digital%20Assets%20Act,%20Revised%20(2015)).

<sup>327</sup> לדיון תמציתי, ראו: Harbinja, *Digital Inheritance in the United Kingdom*, לעיל ה"ש 227.

מקרה, הדין האנגלי אינו מכיר כיום בפרטיות המתים, עמדה שאושררה שם לאחרונה שוב. ועדת המשפט (Law Commission) שהיא גוף ציבורי שתפקידו לבחון רפורמות שונות בדין, בחנה את הסוגיה של זיכרונות דיגיטליים, והגיעה למסקנה שהמסגרת המשפטית המתאימה היא של דיני חוזים, ולא של דיני צוואות. צוואות, לפי הוועדה, אינן מתאימות להסדרה של הסוגיה, משום שהן עשויות להתנגש בתנאי השימוש של ספקיות השירות ולהפר אותם: המיקוד שם היה בסיסמאות גישה לחשבונות מקוונים שונים, והוועדה סברה שהעברת סיסמאות, גם בחייו של אדם וגם לאחר מותו, עלולה להפר את תנאי השימוש.<sup>328</sup> עם זאת, עורכי דין שם דווקא ממליצים להתייחס לגורל הזיכרונות הדיגיטליים בצוואה.<sup>329</sup>

## צרפת

בצרפת הוסדר הנושא בתיקון לחוק הגנת המידע האישי בשנת 2016.<sup>330</sup> התיקון לחוק קובע את זכותו של אדם לתת הוראות בקשר לגורל המידע האישי שלו לאחר מותו – בדבר מחיקה, שמירה או גילוי של המידע, וכל עוד ניתן לשנות את ההנחיות בכל עת. ניתן לתת הנחיות כלליות, שיישמרו אצל צד שלישי שיש לו היתר לעסוק בכך מטעם הרשות הצרפתית להגנת המידע (CNIL) או הנחיות פרטניות לספק השירות. החוק מאפשר לאדם לייעד אדם שיטפל במידע האישי שלו לאחר מותו – בדומה לאפשרות שגוגל ופייסבוק מציעות כיום. החוק קובע מדרג, דומה בחלקו למדרג בדין האמריקני: הנחיה ספציפית של משתמש גוברת על תנאי השימוש של ספקי השירות. בשונה מהדין האמריקני, אין בחוק הצרפתי התייחסות מפורשת לצוואה. בהיעדר הנחיה כזו, החוק קובע את זכותם של היורשים לקבל גישה למידע האישי של המנוח לצורך ביור קיומם של נכסים בני הורשה, ובנוסף, גישה למידע שנחשב לזיכרון משפחתי. בשונה מהדין האמריקני, ליורשים ניתנת גם הזכות לדרוש את סגירת החשבון או להמשך עיבוד המידע של המנוח. ספקי השירות נדרשים ליידע את המשתמשים לגבי האפשרויות בקשר למידע שלהם לאחר מותם.

## ה. סיכום ביניים

ניצני החקיקה מעבר לים מעידים על הקשיים שיש בהסדרה של זיכרונות דיגיטליים. הרצון להגן על פרטיות המשתמשים המנוחים, הרצון להסדיר את העברת הקניין הלא-מוחשי, הרצון לאפשר גישה לבעלי עניין אחרים, וכל זה תוך שמירה על אינטרסים עסקיים של ספקי השירות – באים לידי ביטוי בניסיונות חקיקה שונים וראשוניים. ממעט החקיקה שכבר קיימת בנושא שסקרנו כאן, עולה שהדרך עוד ארוכה: אין מודל "מנצח" אחד. ההכרעה בין הזכויות והאינטרסים השונים היא ערכית. לאלה יש להוסיף שיקולים כלליים של המחוקק בעת הסדרת פעילות אנושית בסביבה טכנולוגית, כמו הצורך להתנסח בצורה רחבה שאינה תלויה-טכנולוגיה, והרצון להתערב מעט ככל האפשר, בשוק החופשי בכלל ובסביבה הטכנולוגית בפרט, כדי לאפשר להם להתפתח באופן אורגני, שמגיב לצרכים של השוק.

<sup>328</sup> ראו: LAW COMMISSION, MAKING A WILL, 238-242 (Consultation Paper 231, 2017).

<sup>329</sup> ראו למשל: <http://www.lawsociety.org.uk/news/press-releases/what-happens-to-your-digital-assets-after-death> (2016).

<sup>330</sup> התיקון נערך במסגרת ה-Digital Republic Act, ותיקם את חוק הגנת הפרטיות. ראו: Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, à l'art. 63-1, Modifié par LOI n°2016-1321 du 7 octobre 2016 - art. 63-1. (Law No. 78-17 of 6 January 1978 on Information Technologies, Data Files and Civil Liberties). תודתנו למנאן בכר ולקלודיה לסרי על הסיוע בתרגום.

הגישה האמריקנית מנסה לשלב בין תפיסה קניינית לתפיסה של פרטיות: היא מתמקדת בפן הרכושי-קנייני של הזיכרונות הדיגיטליים, ואינה מסדירה במישרין את הגישה של בני המשפחה והקרובים האבלים, ובכך אינה מתמודדת במישרין עם הצרכים של אבל, זיכרון והנצחה שפירטנו עליהם בהרחבה בפרק 2 של דוח זה. הגישה האמריקנית משאירה לספקי השירות לקבוע את מרחב הפעילות, ובכלל זה את מרחב האבל שהם מעוניינים בו בסביבה שהם יצרו ושהם מנהלים. החקיקה האמריקנית מסדירה את הגישה של מנהל העיזבון, שרואים אותו כנאמן של המשתמש המנוח ולא כנציג המשפחה, הקרובים או היורשים בהכרח, אל התכנים של המנוח. בכך מוגנת בפועל פרטיות המשתמשים המנוחים. הכללים בדבר גישה לתוכן לעומת נתוני התוכן מחזקת את הקו הזה, של הגנת הפרטיות.

היתרון בגישה האמריקנית הוא בכך שנוצר תמריץ למשתמשים ולספקי השירות להשתמש בכלים המקוונים לניהול המידע, ובאלה, כל משתמש יכול לבחור את הבחירות שמתאימות לו, לפי רצונו. בכך, יש מימוש של האוטונומיה של האדם, פרטיותו ושליטתו במידע האישי שלו. החיסרון בגישה האמריקנית, מעבר לשעטנז התיאורטי של קניין ופרטיות, הוא שניתן שם כוח כמעט מוחלט לספקי השירות לקבוע את הכללים. בסביבה שבה מעט משתמשים יודעים על הכלים המקוונים, ומעטים עוד יותר משתמשים בהם, המשמעות היא כי רצון המשתמשים לגבי המידע שלהם עלול שלא להתממש.

המצב המשפטי הנוכחי בבריטניה מספק לנו דוגמה נוספת להתחבטות בסוגיה. בדומה לישראל ולרוב מדינות העולם, אין שם כיום הסדרה של הסוגיה. הפרטיות אינה מוגנת אחרי המוות (בדומה לקריאה של החוק הישראלי, אבל בשונה במידת מה מפרשנות בתי המשפט בישראל), וגם אם מתפתחת שם פרקטיקה מסוימת של הסדרה באמצעות צוואות, נראה שדיני הצוואה מתנגשים עם דיני החוזים – תנאי השימוש של ספקי השירות.

הגישה הצרפתית מעדיפה את המשתמשים על פני הספקים, ומקנה זכויות גישה מסוימות לבני המשפחה, אלא אם המשתמש הורה אחרת.

מכאן, אנחנו יכולים להתכנס להמלצות בהקשר הישראלי.

## 7. המלצות מדיניות

נחזור על עיקרי העקרונות שמנחים אותנו בהצעות שנפרט להלן. **ראשית**, יש לפנינו זכויות ואינטרסים מסוגים שונים, שעשויים להתנגש זה בזה. אלו הם זכויות קניין, זכות לפרטיות של המשתמשים החיים בקשר לגורל המידע שלהם לאחר מותם, אם זכות זו שורדת את המוות, אינטרסים של בני משפחה וחברים אבילים שמבקשים גישה ו/או שליטה במידע של המנוח לצורכי זיכרון, אבל והנצחה, זכות לפרטיות של משתמשים חיים שהיו בקשר דיגיטלי עם המנוח, חובת סודיות של מי שהעניקו למנוח שירותים רפואיים, פסיכולוגיים או משפטיים ואינטרסים עסקיים של ספקי השירות. **שנית**, קבוצות המשתמשים ובני המשפחה אינן אחידות. ממצאי הסקר שערכנו ושהצגנו בפרק 4, מעלים כי בין המשתמשים יש מי שמבקשים לאפשר גישה מלאה לתכנים המקוונים שלהם לאחר מותם, יש כאלה שמבקשים לאפשר גישה חלקית בלבד, ויש כאלה שמבקשים שלא לאפשר גישה בכלל. כל אחת מהקבוצות האלה משמעותית. כל כלל משפטי גורף (שיקבע למשל גישה מלאה או בצד השני, מניעת גישה) יפגע בהכרח בקבוצה גדולה של משתמשים. כך גם לגבי קרובי המשפחה וחבריהם של המשתמשים שהלכו לעולמם: יש להם רצונות וצרכים שונים, ולפעמים רצונותיהם מתנגשים לא רק עם רצון המשתמשים המנוחים אלא גם זה בזה. **שלישית**, הסדרה של סביבה טכנולוגית דינמית צריכה להיעשות בזהירות, הן כדי שתעמוד ברוחות הזמן, והן כדי לאפשר מרחב נשימה לגיבוש נורמות חברתיות בדבר המותר והאסור, ושינויים טכנולוגיים-עסקיים. ההסדרה צריכה לנסות לאתר ככל האפשר את ההשלכות שלה על ההתנהלות של הצדדים, למשל אם ימצאו דרכים עוקפות להסדרה – תיפגע האפקטיביות שלה. **רביעית**, ספקי השירות הכתיבו בפועל את גורל המידע והתכנים, ולפי הרוח האמריקנית הנוכחית, ימשיכו להכתיב את גורל המידע של המשתמשים המנוחים.

השאיפה היא לעצב מדיניות שתסייע להשיא (למקסם) את מירב הזכויות והאינטרסים של השחקנים שלעיל, בהסדרה בת-ביצוע, גמישה מספיק לשינויים טכנולוגיים ולהתפתחויות חברתיות, וכזו שכוללת גם תיאום טוב בין ההסדרה המוצעת לדינים קיימים. נצביע על אמצעים חוץ-משפטיים ועל אפשרויות משפטיות.

### א. העלאת מודעות

המודעות לסוגיה של הזיכרונות הדיגיטליים נמוכה מאוד. בשונה מקניין והדרכים להסדירו, המודעות לסוגיה בקרב משתמשי האינטרנט בישראל נמוכה (ויש להניח שגם במקומות אחרים התמונה דומה). המודעות לאפשרויות של ניהול הזיכרונות הדיגיטליים נמוכה עוד יותר. אפשרות כזו קיימת למשל בדרך של הבטחת "גישה במחדל" לבני המשפחה או הקרובים, שימוש בכלים מקוונים – שראינו שהמודעות אליהם בישראל נמוכה, והשימוש בכלים אלו נמוך גם הוא. בהסתמך על ממצאי הסקר, ובהלימה עם הספרות במחקרי מוות, נראה שהסיבה לשימוש המועט נובע מחוסר רצון אישי וטאבו חברתי לעסוק בנושא זה.

מובן, שראוי להעלות את המודעות של המשתמשים. כך, הם יוכלו לבחור בעצמם את אפיק ההסדרה המיטבי בשבילם. העיסוק בנושא עשוי להיות לא נעים, אבל ייתכן שיש לו גם כוח להעצים את המשתמש. במקביל, ראוי לברר את הסיבות למודעות הנמוכה ולשימוש הנמוך בכלים ביתר דיוק. הממצאים יוכלו לכוון טוב יותר את המאמץ להעלאת המודעות.

העלאת המודעות יכולה להיעשות באפיקים ציבוריים כלליים – עיסוק תקשורתי במדיה הוותיקים וכמובן במדיה החדשים, יצירת מקורות מידע ברורים לשירות הציבור, וכדומה. ראינו בפרק 4 שאלה מבין הגולשים הישראליים ששמעו על הכלים לניהול טכנולוגי, שמעו על כך בעיקר מכלי התקשורת. בנוסף לאלה, נציע לאתר נקודות מפגש מרכזיות בין משתמשים לבין גורמים ציבוריים. למשל, בעת גיוס לצבא ולמשטרה, יש הזדמנות חשובה להסדיר את הסוגיה. כך גם בעת הוצאת רישיון נהיגה, שיעורים על "כישורי חיים" ושימוש נכון במחשבים וברשת בבתי ספר, בעת רישום לשירותי אינטרנט במסגרת מקום לימודים ומקום עבודה, הצטרפות לקופת פנסיה או קופת חולים, חתימה על צוואה או נקודות מפגש דומות.

השאלה הבאה היא האם יש לחייב את ספקי השירות לפעול באופן פעיל להעלאת המודעות. דרך אחת, מתונה יחסית מבחינת מידת ההתערבות בשיקול הדעת העסקי של ספקי השירות, היא לחייבם לכלול התייחסות מפורשת בתנאי השימוש של השירות בקשר לזיכרונות דיגיטליים. כפי שראינו בפרק 3, מעטות החברות שמתייחסות לנושא. גוגל ופייסבוק מציעות שירותים רבים, ולכן יש התייחסות, אולם חברות אחרות אינן עושות כך, או שההתייחסות מובלעת בתנאי השימוש באופן כללי, כמו התנאי של יאהו!, שהשירות אישי ופוקע במוות. תנאי דומה ראינו גם אצל ספקיות אינטרנט ישראליות אחדות. ככל שהמדיניות היא כללית, במובן זה שהספק מייצע את המשתמשים על האפשרויות ולהם ניתנת הבררה אם להצטרף לשירות בכלל או לא ("as is"), מתעורר קושי, שהרי ממילא מעטים המשתמשים שקוראים את תנאי השירות. כדי להתגבר על משוכה זו, אפשר לקבוע "דרישות צורה", כמו הכללת המדיניות במסמך נפרד, בצורה מודגשת, וכדומה. כאשר המדיניות שהספק יבחר בה תהיה כזו שמחייבת פעולה מצד המשתמש – למשל להחליט למי תהיה גישה לאיזה סוג תכנים אחרי מותו – הקושי פוחת, שכן ממילא הספק יציג את האפשרויות לגולש ויבקש את בחירתו.

ההתערבות המוצעת פה בשיקול הדעת העסקי של ספקי השירות מצומצם וכמעט טכני. בדין הישראלי יש הוראה לספקי שירות האינטרנט ליידע גולשים על קיומם של "אתרים פוגעניים ותכנים פוגעניים באינטרנט ואפשרויות ההגנה מפניהם".<sup>331</sup> לגבי ספקי שירות שפועלים לפי רישיון, ניתן להוסיף דרישה דומה – במובן של יידוע המשתמשים – גם לגבי המדיניות של הספק בקשר לסוגיה של זיכרונות דיגיטליים.

המטרה של ההצעה לחייב את הספקים לקבוע מדיניות וליידע את המשתמשים לגביה היא להניע תהליך: המשתמשים ישאלו שאלות, יבקשו לדעת, ואולי אף יציגו את רצונם, דבר שידיגיש בפני ספקי השירות את הצורך בהסדרה של הסוגיה. במילים אחרות, העלאת המודעות היא גם מטרה בפני עצמה, וגם אמצעי לתמרץ דיאלוג בין הספק למשתמשים, שאולי יביא ליצירת כלים מתאימים ומדיניות ברורה יותר מצד ספקי השירות.

אם צלחנו את הקושי בעצם החיוב ליידע משתמשים, ניתן גם להציב תנאים בקשר לצורת היידוע: ניתן לדרוש שהיא תהיה נפרדת מהוראות אחרות, ולא מובלעת בסעיפים ארוכים ומסובכים, שהיא תהיה נגישה – גם באופן קל למציאה וגם מהותית, שהיא תהיה פשוטה להבנה.<sup>332</sup>

<sup>331</sup> סעיף 4ט(ב) לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, שתוקן בשנת 2011.

<sup>332</sup> חוק התקשורת קובע שהיידוע על התכנים הפוגעניים ייעשה בעלון מודפס, ואחת לשנה במהלך תקופת ההסכם; במידע באתר האינטרנט של ספק הגישה, בהסכם עם המנוי, ובמפגש עם נציגי שירות. ראו סעיף 4ט(ג) לחוק התקשורת.

הקושי הוא שרוב ספקי השירות הרלוונטיים אינם נמצאים בישראל, אינם פועלים מכוח רישיון ישראלי, ויהיה קשה לחייבם במתן הודעה כזו.<sup>333</sup> ניתן לקוות שהמידע שיימסר במקום אחד יעורר מודעות גם להקשרים האחרים.

בהתאם:

- (1) יש להגביר את המודעות לסוגיה של זיכרונות דיגיטליים. רצוי שגוף חברה אזרחי ו/או רשויות מתאימות ייטלו על עצמם את המשימה. פעילות כזו יכולה להתמקד בסוגי הפלטפורמות המרכזיות שכדאי למשתמשים להסדיר את המידע שלהם בהן, כמו דוא"ל, רשתות חברתיות, שירותי אחסון בענן, אתרי היכרויות, כמו גם שירותים אחרים.
- (2) במסגרות שבהן יש נקודת מפגש בין משתמשי אינטרנט לרשויות שונות, ראוי להביא לידיעת המשתמשים את הסוגיה ואת האפשרויות השונות שלהם לנהל את המידע האישי המקוון שלהם לאחר מותם. נקודות מפגש כאלה הן למשל בגיוס לצבא ולמשטרה, שיעורים מתאימים בבתי הספר התיכוניים, וכדומה.
- (3) גם בעת הצטרפות לשירותי אינטרנט, יש נקודת מפגש מתאימה לקידום המודעות, למשל בעת רישום לשירותים שונים במסגרת מקום לימודים (באוניברסיטה) או במקום העבודה. יש לנצל את נקודות המפגש האלה כדי ליידע את המשתמשים על האפשרויות לניהול המידע האישי המקוון לאחר המוות. באופן כללי יותר, יש לקבוע תנאי ברישיונות, שלפיו על ספקי השירות ליידע את המשתמשים בדבר המדיניות, באופן ברור, פשוט ונגיש.
- (4) יש לקבוע חובה על ספקי שירות שפועלים בישראל ליידע את המשתמשים בקשר למדיניות שלהם בסוגיה של זיכרונות דיגיטליים. היידוע צריך להיות ברור ונגיש (ראו גם המלצה 8).
- (5) חוליה חשובה נוספת היא עורכי דין שעוסקים בירושות ובצוואות. הם צריכים ללמוד את הסוגיה של הזיכרונות הדיגיטליים, מאחר שהם פוגשים משתמשים בשלב שבו הם נכונים לעסוק בהסדרה של נכסיהם לאחר מותם. עורכי הדין צריכים להכיר את האפשרויות השונות – הטכנולוגיות והמשפטיות בנושא.
- (6) ראוי להוסיף ולחקור את הסיבות למודעות הנמוכה ולהימנעות של משתמשים מהעיסוק בנושא, כדי להבין טוב יותר איך לפרק ולעקוף את החסמים הקיימים.

## ב. חובה לקבוע מדיניות

שלב מתקדם יותר, שיש בו התערבות משמעותית יותר בחופש הפעולה של ספקי שירות, הוא לחייב אותם לקבוע מדיניות מסוימת בנושא הזיכרונות הדיגיטליים, ולא להשאיר את המדיניות באופן עמום שמופעל אד הוק. ההצעה היא לחייב לקבוע מדיניות – לאו דווקא תוכן מסוים של המדיניות. כך נקבע גם בדין הצרפתי.

<sup>333</sup> עם זאת, בתי משפט היו נכונים להחיל את הדין הישראלי על ספקיות שירות שפועלות בישראל, לפי טיב הפעולה בה דובר. ראו למשל ת"צ (מחוזי מרכז) 46065-09-14 בן חמו נ' פייסבוק בע"מ (2016), בפסקאות 35-36.

קביעת מדיניות כזו פועלת בכמה מישורים: במישור כללי, חובת מדיניות של הספק תביא להעלאת המודעות של המשתמשים. במישור קונקרטי יותר, בעת מצוקה – כאשר אדם נאלץ להתמודד עם השאלה של גישה למידע של יקירו שהלך לעולמו, או כאשר משתמש מוטד באשר לגורל המידע שלו לאחר מותו – תהיה לו תשובה ברורה. השאיפה היא שהחובה לקבוע מדיניות תניע תהליך אצל ספקים שאין להם מדיניות ברורה – הם יאלצו לגבש כזו. עצם העיסוק בנושא חשוב, ויכול לפתור קשיים מראש. בנוסף, כאשר תהיה מדיניות, יוכלו המשתמשים להגיב, ואולי להעלות דרישות שונות, ולהשתתף בקביעת הנורמות בקהילה המקוונת הרלוונטית. במילים אחרות, הטלת חובה לקבוע מדיניות, בלי לומר מה צריך להיות תוכנה, יכולה להביא לדיאלוג פורה וחשוב בין משתמשים, בני משפחה וחברים שאיבדו את יקירם, לבין ספקי השירות. נראה שדיאלוג כזה כמעט שאינו מתקיים כיום.

התערבות כזו – הטלת חובה על הספקים לקבוע מדיניות – עדיין איננה בגדר קביעת התוכן של המדיניות. לכן, מידת ההתערבות בחופש העיסוק ובזכות הקניין של ספק השירות מצומצמת. זו התערבות להשגת תכלית ראויה, והפגיעה בספקים, אם יש כזו, מצומצמת ובוודאי אינה עולה על הנדרש, כלומר, היא מידתית. חובה כזו צריכה להופיע בחוק או למצוא עוגן מתאים בחקיקה, לפי דרישת פסקת ההגבלה.

גם כאן, יש קושי מסוים להטיל חובה כזו על ספקי שירות שאינם פועלים מכוח רישיון (למעשה, רק ספקי הגישה לאינטרנט פועלים מכוח רישיון, בישראל), למשל רשתות חברתיות, אתרי היכרויות ועוד. אולם, את החובה ניתן לקבוע בכל מקרה, ולא רק דרך תנאי הרישיון. גם כאן יהיה קושי להחיל את הדין הישראלי על גורמים זרים, אולם מאחר שהרשתות המרכזיות מתאימות את שירותיהן למיקום של המשתמשים, לפי זיהוי כתובת ה-IP שלהם, וההתאמה באה לידי ביטוי בשפה, פרסומות מקומיות, ובמקרים רבים גם מדיניות והסברים שונים בשפה המקומית, נראה שניתן לחייב גם אותן, בהינתן שהן פועלות ב"מרחב מקוון ישראלי".

בנוסף, נראה שיש קושי לבני המשפחה לקבל מידע ברור, במיוחד בעת מצוקה. מדיניות היא התחלה של התייחסות, אבל לא תמיד מספיקה. לכן, אנו סבורים שיש חובה לקבוע גם כללים בדבר נגישות המידע, ואפיק ייעודי ליצירת קשר פשוט וישיר.

בהתאם:

- 7) יש לקבוע בחוק את חובתם של ספקי שירותים באינטרנט שמיועדים לציבור הישראלי, בין אם ספק השירות נמצא בישראל או מחוצה לה, לקבוע מדיניות (כלשהי) בנושא הזיכרונות הדיגיטליים.
- 8) יש לקבוע חובה לפרסם את המדיניות הנ"ל באופן נגיש למשתמשים: הן במובן של קלות איתור המדיניות והן הבנתה.
- 9) יש לקבוע חובה להעמיד לרשות המשתמשים אפיק תקשורת ייעודי וישיר לסוגיה הזו, לבירור האפשרויות בשעת הצורך.

## ג. קניין ומידע על קניין

כפי שראינו בפרק 5, משתמשים מייצרים סוגי מידע שונים או שיש ברשותם מידע מסוגים שונים. הבחנו בין תוכן שהוא עצמו בגדר קניין, כמו כסף וירטואלי, שמות מתחם, קבצים שנרכשו בתשלום כמו קובצי מוסיקה,

דמויות במשחקים וירטואליים ועוד, לבין מידע על קניין כמו מידע על חשבונות בנק, לבין מידע שהוא בגדר יצירה מוגנת או סוד מסחרי, ולבין מידע אישי. כל אחד מסוגי המידע האלה מחייב התייחסות משפטית שונה.

## קניין וירטואלי

תוכן שיש לו ערך קנייני עצמאי הוא בגדר זכויות במיטלטלין, יש לו פן רכושי, ולכן הוא חלק ממסת הנכסים שעומדת לחלוקה במות בעלי התוכן. הזכות הקניינית בנכסים אלה נוצרה באמצעות התקשרות חוזית בין המשתמש לבין ספק השירות, למשל בין המשתמש שרוכש קבצי iTunes לבין המוכר, או מי שרכש אביזרי משחק באחד מעולמות המשחקים הווירטואליים. לכן, החוזה עשוי לקבוע כללים בקשר לנכסים האלה, תחולתם ופקיעתם, וכל עוד החוזה תקף, יש לפעול לפיו. למשל, אם נקבע שהזכות היא אישית ואינה ניתנת להעברה ושהיא פוקעת במות הבעלים, הרי הזכות פוקעת ואינה כלולה עוד במסת הנכסים לחלוקה. במקרים שבהם אין התייחסות חוזית, יש לראות בזכויות בנכסים כאלה משום נכסים הכלולים בעיזבון: אם צוואה התייחסה אליהם, יש לפעול לפיה, ואם לא, יש לפעול לפי דיני הירושה.

בהתאם:

10) נכסים וירטואליים לא-מוחשיים הם חלק ממסת הנכסים שמרכיבה את העיזבון של המשתמש המנוח, אולם גורל הנכסים כפוף לתנאים החוזיים שלפיהם נוצרו. אם החוזה הגביל את הבעלות לפרק זמן מסוים, או לבעלות אישית של אדם מסוים תוך הגבלה של עבירות הזכות, הרי הפתרון המשפטי נמצא בחוזה. ככל חוזה, הוא נתון לפרשנות.

11) בהיעדר התייחסות חוזית, נכס וירטואלי הוא חלק ממסת הנכסים של העיזבון, והיורשים לפי דין או צוואה הופכים להיות בעלי החדשים של הנכס הווירטואלי. הדרך למימוש הבעלות של היורשים היא לפי דיני הירושה: צו ירושה או צו קיום צוואה מתאימים. הצו יורה למי שמחזיק במידע—כלומר ספק השירות או הפלטפורמה—לפעול בהתאם.

12) ראוי שחוזים שעוסקים בנכסים וירטואליים יתייחסו במפורש לסוגיה, כדי לצמצם אי ודאות בנושא.

## יצירות מוגנות בזכויות יוצרים

חלק מהתכנים שמשאיר אחריו המשתמש עשוי להיות בגדר "יצירה" ולזכות בהגנה של דיני זכות יוצרים. דוגמאות בולטות הן צילומים או טיוטות של יצירות ספרותיות או מוסיקליות שיש למשתמש במחשב או ברשת. הגם שטכנית, תכנים נוספים אחרים עשויים להיחשב ליצירות מוגנות לפי דיני זכות יוצרים, כמו הודעות דוא"ל, יש לפרש זאת בצמצום יחסי, תוך תשומת לב לדרישות הסף של דיני זכות יוצרים של מקורות ויצירותיות.

בפרק 5 עמדנו על הפער המשפטי שיש בין בעלות ביצירה לבין החזקתה: הדין הקיים מאפשר מצב שבו גורם אחד מחזיק בפועל ביצירה, גם אם אינו הבעלים. המחזיק אינו רשאי לבצע פעולות ביצירה מהסוג שבהן עוסק חוק זכות יוצרים, אלא ברשות הבעלים, או במקרים חריגים אחרים שקבועים בחוק (כמו הגנות שונות שיש למשתמשים). פיצול זה בין בעלות לבין החזקה יכול להתקיים גם בסביבה המקוונת, כאשר היצירה מוחזקת בפועל בידי ספק שירות כלשהו, ואילו הבעלות היא של גורם אחר. במצב אידיאלי, הייתה לבעלים זכות לגשת ליצירה שלה, אולם שינוי כזה מחייב שינוי של דיני זכות יוצרים בכלל, ויש לו השלכות שחורגות מהסוגיה של זיכרונות דיגיטליים. איננו סבורים שיש מקום ליצור הסדר מיוחד לזיכרונות דיגיטליים בהיבט הזה.

כפי שסיכמנו בפרק 5, משמעות הדברים היא זו: אם התוכן דיגיטלי מוגן בדיני זכות יוצרים (למשל סיפור או מאמר שטרם פורסמו, צילומים מקוריים), והזכויות היו בידי המחבר, הרי שיוורשו הם בעלי הזכויות החומריות ביצירות האלה לאחר מותו.

כאשר יש לבני המשפחה גישה ליצירות, בין משום שפורסמו באופן פומבי על ידי המנוח בשעתו, בין משום שהיו "חבריו" ברשת חברתית, או משום שיש להם גישה במחדל לחשבונם, לא מתעורר קושי, ואין צורך לפנות לגורם הביניים.

כאשר מדובר ביצירות מוגנות שאינן נגישות ליורשים, כמו יצירות שטרם פורסמו, נראה שהפלטפורמה אינה מחויבת לאפשר ליורשים של הזכות החומרית גישה ליצירה, אולם היא יכולה לעשות כך לפי שיקול דעתה, או לפי תנאי השימוש שהוסכמו מראש. הפלטפורמה כפופה לדיני זכות יוצרים, ואינה יכולה לבצע בתכנים המוגנים פעולות ששמורות לבעלי זכות היוצרים, אלא לפי תנאי השימוש שהוסכמו מראש, ולפי הוראות שיש בדיני זכות יוצרים.

בדיני זכות יוצרים יש גם ענף של הזכות המוסרית, שמוגדרת שם כזכות אישית, וכוללת את הזכות לייחוס הולם והזכות לשלמות היצירה. משום כך, היא אינה חלק ממסת הנכסים של העיזבון, וחוק זכות יוצרים קובע הסדר מיוחד, שלפיו במות אדם, הכוח לפעול למימוש הזכות המוסרית הוא בידי בני המשפחה הגרעינית של היוצר המנוח. התוצאה עשויה להיות פיצול: שהזכות המוסרית מופקדת בידי בני המשפחה, גם אם אינם היורשים של הזכות החומרית. העובדה שמדובר במידע בצורה דיגיטלית מקוונת ושאוּלִי אין לבני המשפחה בעלות ביצירה או גישה אליה, אינה מפחיתה מהזכות המוסרית. גם כאן, אנו סבורים שאין מקום ליצור הסדר מיוחד תלוי-טכנולוגיה בדיני זכות יוצרים, לגבי יצירות ששמורות בצורה דיגיטלית במחשב או ברשת.

יצירות מוגנות עשויות לכלול מידע אישי על אנשים אחרים, למשל יומן אישי שעומד בתנאי חוק זכות יוצרים, ויש בו התייחסויות למידע פרטי על אחרים, או טיוטות של ספרים חושפניים. כשם שבעלות של יצירות "רגילות" אינה גוברת על דיני הגנת הפרטיות, הגנת השם הטוב וכדומה, כך גם העובדה שהיצירות שמורות באופן דיגיטלי אינה מקנה להם עדיפות כלשהי על הזכויות שיש לאותם צדדים שלישיים לפי הדינים האחרים. מכך נובע שגם לספקי השירות, שמחזיקים בפועל ביצירות, יש חובה להיזהר ממתן גישה למידע שבו הם מחזיקים, אם יש בו מידע פרטי על צדדים שלישיים. ספק שירות שמעביר מידע לגורם אחר ללא הסמכה דומה למפרסם או מוציא לאור, ואין להטיל עליו אחריות משפטית – אלא אם ידע בפועל או היה עליו לדעת, שהעברת המידע עלולה לפגוע בפרטיות, ואף על פי כן העביר את המידע.<sup>334</sup>

בהתאם:

13) ראוי להבהיר בכל הסדר מיוחד שייקבע בקשר לזיכרונות דיגיטליים, כי הוא כפוף לכל דין אחר, כאשר הכוונה היא בעיקר לדיני זכות יוצרים, לדיני הפרטיות הכלליים, ובכלל זה לכללים בדבר אחריות גורמי ביניים לפעולות במידע שנמצא בשליטתם, אך לא בבעלותם.

<sup>334</sup> ראו באופן דומה את סעיף 31 לחוק הגנת הפרטיות שמטיל אחריות על מדפיס ומפיץ של ידיעה שיש בה פגיעה בפרטיות רק אם ידעו או היו חייבים לדעת על הפגיעה בפרטיות.

## מידע על קניין

כיום, מידע על נכסים של אדם עשוי להיות שמור באופן דיגיטלי, מקוון, למשל, מידע על חשבונות בנק, קופות גמל וכדומה, שלא היו ידועים למנהל העיזבון או ליורשים ממקור אחר. המידע עשוי להיות רלוונטי למנהל העיזבון כדי לאתר נכסים שהיו למנוח ולכנסם למסת הנכסים לחלוקה, לפי דיני הירושה. לשם כך, מנהל העיזבון עשוי להידרש לגישה למידע מקוון מתאים.

יש לאפשר למנהל העיזבון גישה למידע על נכסים של המנוח, אולם יש להתוות את גבולותיה בצורה ברורה: ככל שניתן, יש לאפשר, מראש, גישה רק למידע על נכסים שעשויים להיות כלולים בעיזבון, ולא למידע אחר. אמצעי מתאים הוא חיפוש לפי מילות מפתח מתאימות בחשבון הדוא"ל, או סריקה של יישומים ששמורים במחשבי המנוח. יש להטיל חובות סודיות על מנהל העיזבון, כדי שאם בכל זאת ייחשף למידע אישי שאינו קשור בתפקידו, לא יעבירו לידי גורמים אחרים, כמו בני המשפחה של המנוח. המסגרת להסדיר את הסוגיות האלה היא בתוך דיני הירושה הרגילים. איננו סבורים שיש צורך בתיקון חוק הירושה למטרה זו, ונראה שיש בו די כלים מתאימים.<sup>335</sup>

החוליה המתאימה להסדרה של פן זה של ניהול הזיכרונות הדיגיטליים היא רשם הירושות, בתי המשפט ובתי הדין, בעת מינוי מנהל עיזבון והפיקוח עליו: הם צריכים ללמוד ולהבין את הסוגיה של זיכרונות דיגיטליים, וכמובן, כך גם מנהלי העיזבון עצמם. במידת הצורך, מנהלי העיזבון צריכים לבקש רשות מבית המשפט או בית הדין המוסמך כדי שיוכלו לפנות לספקי שירות ולבקש לאתר מידע על נכסים שלטעמם הם חלק מהעיזבון, ובתי המשפט צריכים להנחות את הספקים לאפשר גישה כזו, תוך מזעור הפגיעה בפרטיות. כאמור, הגדרת מילות חיפוש היא דרך אפשרית מתאימה. לפי העניין, ייתכנו תנאים נוספים.

בהתאם:

14) כדי לאפשר למנהלי עיזבון גישה למידע דיגיטלי על נכסים בני-הורשה, אין צורך לשנות את דיני הירושה. לפי דיני הירושה הנהוגים כיום בישראל, יש למנהל עיזבון סמכות מספקת לאתר נכסים אפשריים של המנוח, ולשם כך יש לו סמכות לבקש לעיין במידע מקוון של המנוח.

15) מנהלי העיזבון צריכים ללמוד על האפשרויות של זיכרונות דיגיטליים, על העובדה שאולי יש בהם מידע רלוונטי למילוי משימתם.

16) בתי המשפט, בעת מינוי מנהלי עיזבון ומתן הנחיות, צריכים להבטיח שגישה למידע של המנוח תוגבל למטרות של איתור נכסים של המנוח שכלולים בעיזבונו, תוך הבהרת חובת הסודיות שמוטלת על מנהל העיזבון. כאשר מנהל העיזבון המיועד הוא בן משפחה או קרוב של המנוח, יש להביא זאת בחשבון, ולשקול מינוי מנהל עיזבון נוסף למטרה הזו, כדי לצמצם את הפגיעה האפשרית בפרטיות המשתמש המנוח וצדדים שלישיים.

<sup>335</sup> ראו ס' 78 לחוק הירושה, בדבר מינוי מנהל עיזבון, ס' 82 שם שמפרט את תפקידיו של מנהל העיזבון – לכנס את נכסי העיזבון ולנהלו, ואת האפשרות לפנות לבית המשפט בבקשת הוראות, בס' 83 ובס' 97(5), ואת הסמכות שבס' 98 "לדרוש שנכסי העיזבון ימסרו לו".

**צוואות**

השימוש בצוואות בישראל גדל במשך השנים, אולם עדיין, רוב הנפטרים לא משאירים אחריהם צוואה, מסיבות שונות (היעדר נכסים לחלוקה, אי ידיעה או חוסר רצון לעסוק בכך, או בחירה מודעת באפיק של דיני הירושה). צוואות עוסקות בפן הרכושי, אבל אין מניעה משפטית שיכללו גם התייחסות לפנים אישיים, רוחניים ואחרים. הוראות כאלה בצוואה אינן מופנות בהכרח למנהל העיזבון, אלא לבני המשפחה והקרובים, והן עדות על רצון המנוח. לכן, אין אנו רואים מניעה שצוואות יתייחסו גם לגורל הזיכרונות הדיגיטליים: אם מדובר בנכסים וירטואליים שהם בגדר קניין ממש, או יצירות שמוגנות בדיני זכות יוצרים – הוראות הצוואה הן בעלות אופי קנייני. אם מדובר במידע מסוגים אחרים, למשל בקשה שחשבון מקוון ייסגר במות האדם, או לחילופין שתינתן לבני המשפחה גישה – או שלא תינתן גישה לתכנים שיש שם – הרי אלה אינן הוראות קנייניות.

הצורך שמתעורר הוא בקביעת היחס בין הוראות שניתנו במסגרת תנאי שימוש (שהרוב המוחלט של המשתמשים אינו קורא), הוראות שניתנו במסגרת שימוש בכלים מקוונים לניהול מידע, או בדרכים אחרות. חוק המודל האמריקני התמודד עם התנגשות אפשרית זו על ידי קביעת מדרג שתיארנו בפרק 6: הנחיות בכלי המקוון זוכות לעדיפות, אחריהן הוראות בצוואה, ואחריהן, תנאי השימוש. מדרג זה נראה לנו נכון, וראוי להסדירו בחוק כדי לצמצם קשיים בדיעבד. המסגרת המשפטית המתאימה היא בדיני הירושה. בדומה להחרגה שיש בהם לגבי כספים מקופות גמל (סעיף 147 לחוק הירושה), יש להחריג הוראות קנייניות שניתנו במסגרת שימוש בכלי מקוון טכנולוגי, אולם בעוד שבחוק הירושה ההחרגה מלאה, ורק אם המנוח לא הנחה לגבי המוטבים יחולו דיני הירושה, פה יש לקבוע מדרג: הוראה בכלי מקוון לניהול מידע גוברת על הוראה בצוואה. בהיעדר הוראה בכלי המקוון, תחול הוראה בצוואה, ובהיעדר הוראה באפיקים אלה, יחולו דיני הירושה: כאמור, אנו סבורים שלמנהל העיזבון צריכה להיות גישה לנכסים קנייניים ולמידע על נכסים כאלה.

**בהתאם:**

17) נציע לתקן את חוק הירושה, כך שיבהיר שהוראה שניתנה בקשר לבעלות בנכסים וירטואליים ובקניין רוחני, באמצעות כלי ניהול טכנולוגי של הפלטפורמה המתאימה, גוברת על כל הוראה אחרת, וזאת כל עוד המשתמש יכול לשנות את ההוראה כרצונו.

18) בהיעדר שימוש בכלי הניהול המקוון או התייחסות בצוואה, יחולו דיני הירושה הרגילים באשר לנכסים הקנייניים (ראו המלצות 10-12), וכן האפשרות למנהל העיזבון לעיין במידע על נכסים בני-הורשה (ראו המלצות 14-16).

19) עוד, נמליץ לעורכי דין העוסקים בעריכת צוואות לשקול את האפשרות לכלול בהן גם התייחסות לניהול החשבונות והמידע הדיגיטלי של לקוחותיהם.

**ד. מידע אישי**

נותרנו עם מידע אישי – זה שאינו קניין וירטואלי בעצמו, אינו קניין רוחני, ואינו מידע על נכסים רכשיים. כפי שהסברנו בדוח, אנחנו סבורים שאין להחיל דין קנייני על מידע כזה. בחיי אדם, מידע כזה מוגן ומוסדר לפי דיני הגנת הפרטיות, והוא זכות אישית. זו גם המסגרת המשפטית המתאימה במות האדם. אלא, שהפרטיות אינה

שורדת את המוות: למת עצמו אין עוד פרטיות. הצענו להכיר בזכותו של המשתמש החי להחליט בעצמו באשר לגורל המידע שלו, גם אם הביצוע והמימוש של ההגנה יהיו לאחר מותו. לכן, מדויק יותר לדבר על פרטיות החי שמת, ולא על פרטיות המת. המשתמש החי נמצא בעמדה הטובה ביותר לקבוע את גורל המידע שלו לאחר מותו, בדומה להחלטות רכושיות או אחרות שאדם מקבל בסוגיה זו. ההחלטה העצמית משקפת היטב את עקרון היסוד של כבוד האדם, מבטאת את הפרטיות בחיי האדם, ואת האוטונומיה שלו. החלטה כזו מדויקת מכל החלטה שתיעשה על ידי אחרים (קרובי משפחה, בתי משפט, ספקיות שירות שונות) בדיעבד.

הקושי היסודי הוא שמשתמשים רבים לא הביעו את רצונם בחייהם – לא בכלי הניהול הטכנולוגי ולא בצוואה – באשר לגורל המידע לאחר מותם. בהיעדר מידע, ובהשראת דיני הצוואה, בתי משפט עשויים לבחון את הרצון המשוער של המנוח. אם יש מידע קונקרטי על רצונו של משתמש מסוים – אפשר להיעזר בו. אולם, אנו סבורים שיש להימנע מהשערות חברתיות כלליות על כך שמשתמשים רצו – או לא רצו – לאפשר גישה למידע האישי שלהם לאחר מותם לגורם זה או אחר. מסקנה זו נשענת על ממצאי הסקר שהצגנו בפרק 4.

מה, אם כן, ראוי לעשות במידע האישי של משתמש, שלא הביע את רצונו ואין אינדיקציה לרצונו, בקשר למידע שלו לאחר מותו? ניתן היה לקבוע ברורות מחדל, שהיא טכניקה חקיקתית מקובלת בכמה הקשרים, כולל בקשר ליחס שבין צוואה לירושה. בררת מחדל אחת היא שתתאפשר גישה אלא אם המשתמש בחייו הביע התנגדות (opt out), במידת מה בדומה לדין הצרפתי, ובררת המחדל ההפוכה היא שלא תתאפשר גישה, אלא אם המשתמש בחייו הביע הסכמה לגישה כזו (opt in). אלא שבררות מחדל נוטות להיות "דביקות", כלומר משתמשים אינם משנים אותן, ולא בהכרח משום הסכמה, אלא בשל שלל הטיות קוגניטיביות-חברתיות-טכנולוגיות אחרות. בשל כך ובשל המגוון בעמדות של משתמשים לגבי גורל המידע, כל בררת מחדל שתיקבע תהיה בעייתית ביחס לקבוצות הגדולות האחרות. בדין האמריקני ראינו אבחנה בין סוגי מידע: בקשר לתוכן מידע נקבעה שם בררת מחדל של אי-מתן גישה, ובקשר לנתוני התקשורת והתוכן נקבעה בררת מחדל של מתן גישה. נזכיר שמדובר בגישה שניתנת למנהל העיזבון, בקשר למידע רכוש, ולא בהכרח גישה מלאה לבני המשפחה.

נדרשת כאן בחירה ערכית: בין הפרטיות של המשתמשים המנוחים בנסיבות של היעדר מידע מדויק על רצונם, לבין האינטרסים והרצון של חלק מבני המשפחה והקרובים אבל לא בהכרח של כולם, לגישה מלאה במידע: לא כל בני המשפחה והקרובים מעוניינים בגישה מלאה למידע ובשליטה בו, בין משום שהם מכבדים את רצונם של המנוחים, כפי שהם משערים אותו, ובין מטעמיהם שלהם לגבי דרכי ההתאבלות שלהם, ובין מסיבות אחרות. לשיקולים אלה נוסיף את פרטיותם של בני השיח של המשתמשים המנוחים, שהם עצמם יכולים להיות חיים או מתים, ואת האינטרסים של הספקים. לאור זה, אנו סבורים שיש להימנע מהתערבות, ולא לקבוע כלל בררת מחדל כזו או אחר, לא בקשר לתוכן ולא בקשר לנתוני התוכן. נעיר שבדומה לבג"ץ, אנו מטילים ספק בתקפותה של האבחנה בין תוכן לנתוני התוכן, מאחר שגם הנתונים החיצוניים לכאורה עשויים לחשוף מידע רגיש. המשמעות המעשית של אי בחירה בבררת מחדל כלשהי, היא שספקי השירות הם שיקבעו את הכללים, לעת הזו.

אי-ההתערבות איננה נובעת מ"הרמת ידיים" של המשפט מול הטכנולוגיה, אלא מתוך בחירה ערכית, בהתחשב בשיקולים נורמטיביים של זכויות ואינטרסים, ושל הנורמות החברתיות בקשר למוות. אנו ערים לכך שנורמות אלה עשויות להשתנות, ולכן זו סוגיה שיש לשוב ולבחון בעתיד.

לאי-ההתערבות יש גם יתרון, בכך שביחד עם ההצעות שהצענו לעיל, בדבר חובה לקבוע מדיניות – אך מבלי לקבוע מהי – ספקי השירות יאלצו להציע מדיניות ברורה. הכלים לניהול המידע שמציעות פייסבוק וגוגל, ויש לקוות שאחרים ילכו בעקבותיהן, מאפשרים למשתמשים בחירה מיטבית: כל משתמשת יכולה להחליט לגבי עצמה בדבר גורל המידע האישי שלה. האפשרות לבחור מאפשרת התאמה לרצונות ולצרכים ולסוג המידע, ולאפשרויות לגבי המידע הזה. החובה לקבוע מדיניות, ביחד עם העלאת המודעות, יסייעו כאן. ספקי השירות נמצאים בעמדה טובה להעריך את מידת הרגישות של המידע. יש להם גם אינטרסים לגיטימיים לנהל את הזירה שהם יצרו: אם למשל השירות יהפוך ל"בית עלמין דיגיטלי", חווית המשתמשים עלולה להשתנות בצורה שתשנה את השירות.

בצד זה, יש לאפשר מרחב מתאים גם למשפחה וקרובים, שיש להם אינטרס לגיטימי בגישה למידע אישי של המנוח. נציע, לכן, שתהיה אפשרות לפנות תחילה לספק השירות (דבר שיש להניח שיקרה ממילא). ספקי השירות צריכים לקבוע גורם **אנושי** בתוך הארגון שיוכל להפעיל שיקול דעת ולקבל החלטה בעניין. לאחר מיצוי האפיק הזה, אפשר יהיה לפנות לבית המשפט, ולבקש להורות לספקי השירות לאפשר גישה למידע. אפשרות זו היא כלל רקע, ובכך הוא מספק עוד תמריץ לספקי השירות לעצב מדיניות סבירה בעצמם, ולמשתמשים להשתמש בכלים השונים. ההצעה מטילה נטל מסוים על בני המשפחה והקרובים – הם שיצטרכו לזווג את הפניה לבית המשפט. פניה כזו אינה מובנת מאליה, יש בה חסמים מסוימים, ולכן יש להניח שלא תהיה נפוצה. המסגרת המשפטית המתאימה בדין הישראלי היא של המרצת פתיחה. הליך כזה לא יתייחס לפן הרכושי-קנייני, שכאמור כבר מוסדר בדיני הירושה, הצוואה והקניין הרוחני, ובתוספת השינויים שהצענו לעיל בדבר קביעת מדרג מתאים בין האפשרויות השונות. בית משפט (מחוזי, באופן שיוויוני), יוכל לשקול את האינטרס של בני המשפחה: האם הוא לגיטימי? אם למשל יש לבני המשפחה חשד שנעברה עבירה שהביאה למות יקירם, הדרך הראויה היא לפנות למשטרה. אם יש להם אינטרס קנייני, הדרך הנכונה היא דיני הירושה, כאמור. אם יש להם ענין אישי אחר – יוכל בית המשפט לבחון את רצונו המשוער של המנוח, על סמך ראיות ולא על סמך השערה חברתית כללית, לשקול את הזכויות של בני השיח של המנוח, וכדומה. הנחיות בייפוי כוח מתמשך יכולות להיות ראויה לרצון כזה. ההליך צריך לאפשר שיקול דעת ניכר, והחוק צריך להציף שיקולים, כדי להבנות את שיקול הדעת השיפוטי. ניתן גם לכלול קשת של סעדים אפשריים, כאשר אחד מהם הוא אפשרות של מינוי "נאמן פרטיות" – גורם מוסכם שאינו בעל עניין אישי, כלומר לא מישוה מבין בני המשפחה או החברים של המנוח, שיבחן את המידע האישי, ויקבל החלטה אם יש בו מידע פרטי או לא, על המנוח או על אחרים.

בהתאם:

(20) יש להבחין בין מידע שהוא קניין וירטואלי או קניין רוחני או מידע על קניין כזה, לבין מידע אישי. אין מקום להתייחס למידע אישי בכלים רכשיים-קנייניים.

(21) כאשר יש מידע קונקרטי או ראיות ברורות על רצון המנוח בדבר גישה או אי מתן גישה למידע האישי שלו לאחר מותו, יש לפעול לפי ראיות אלה. אין מקום להסתמך על הנחות והשערות כלליות בדבר רצונם של משתמשים מנוחים.

(22) אנו סבורים שאין מקום לקבוע בררת מחדל של גישה או של אי-מתן גישה למידע אישי. התוצאה היא שההחלטה היא של ספקי השירות במסגרת המדיניות שלהם. כאמור לעיל, אנו סבורים שיש מוקם להטיל על ספקי השירות חובה לקבוע מדיניות כזו ולהנגישה.

23) בני משפחה וחברים שיבקשו בכל זאת גישה למידע אישי של המנוח, כאשר הדבר אינו עולה בקנה אחד עם מדיניות ספק השירות, יוכלו לפנות לבית המשפט. הנטל לשכנע את בית המשפט לאפשר להם גישה צריך להיות על המבקשים, כבכל הליך משפטי. נראה שההליך המתאים הוא של המרצת פתיחה, והסמכת לבית המשפט המחוזי. בית המשפט צריך להבחין בין סוגיות קנייניות, כאמור, שהן בסמכות בית המשפט או בית הדין שדן בשאלות אלה, לבין הגנת המידע האישי. לבית המשפט צריך להיות שיקול דעת בנושא, כשזה מביא בחשבון בין היתר את הראיות בדבר רצונו של המנוח המסוים, את הפרטיות של בני שיחו של המנוח, את אופי המידע וההקשר (שונה תמונה שנשלחה באתר היכריות מקובץ שנשמר בענן), ואת הנטל שהעיון יטיל על ספק השירות. בית המשפט יוכל לשקול אפשרות של מינוי "נאמן פרטיות" שיוכל לעיין במידע ולברור מתוכו מידע שפגיעתו בפרטיות המנוח ובפרטיות בני שיחו היא המצומצמת ביותר שאפשר.

24) נאמן פרטיות יכול לסייע גם בהקשרים שבהם המידע מוחזק בידי צדדים שלישיים, כמו מקום העבודה. לנאמן צריך להיות שיקול דעת לנהוג בעניין, למשל לשקול אפשרות לפנות לבני השיח של המנוח ולבקש את עמדתם בעניין חשיפת התקשורת הבין-אישית שלהם עם המנוח. נאמן כזה כפוף לחובות רגילות של נאמן, ובכלל זה סודיות.

## ה. סיכום

ההמלצות שהבאנו כאן מבוססות על מיפוי מפורט של הזכויות, האינטרסים, והשיקולים שיש בקשר לסוגיה של זיכרונות דיגיטליים. הדיון ער לשינויים החברתיים-טכנולוגיים, שאנו רק בראשיתם, בקשר למוות, ולהתמודדות עם אבל, זיכרון והנצחה בעידן של מדיה דיגיטליים ותקשורת מקוונת. בחנו את כל זה על רקע הבנה של היחס המורכב בין משפט לטכנולוגיה, שהוא יחס הידודי, ואינו מניח כמובן מאליו את הדטרמיניזם הטכנולוגי, או ניטרליות טכנולוגית, אבל גם דוחה אימפריאליזם משפטי כנקודת המוצא. עיינו בניסיון הראשוני במדינות שונות שגם הן רק מתחילות להתחבט בסוגיה.

ההמלצות שאנו מציעים כאן אינן גורפות. הן מבקשות לשפר את הקשיים שזיהינו כיום, של היעדר מודעות מספקת בקרב משתמשים, בני משפחה וחברים של מי שהלכו לעולמם, בקרב ספקי השירות – במיוחד בישראל, בקרב גורמי ביניים שונים כמו עורכי דין בתחום הצוואות, ובקרב הרשויות השונות שיש להן קשר לנושא. איננו סבורים שיש צורך בשינויים בדין המהותי, אבל כן נדרשות אבחנות, ואלה יכולות להועיל לספקי השירות בעת עיצוב המדיניות, ולבתי המשפט בעת עיסוק בנושא: יש להבחין בין סוגי תוכן ומידע שונים. קניין וירטואלי וקניין רוחני – צריכים להיקבע לפי דיני הירושה הרגילים, בכפוף לדיני החוזים שיצרו את הקניין הווירטואלי. הבהרנו את עמדתנו, שהדין הקיים מאפשר למנהל עיזבון לדרוש גישה למידע על קניין בר-הורשה. מנהלי עיזבון, בתי משפט ובתי דין דתיים שעוסקים בסוגיות אלה צריכים להכיר את האפשרויות האלה, ובעת מתן הנחיות, להיות ערים להשלכות של הסוגיה על פרטיות המשתמש המנוח ובני שיחו, ולהיות זהירים במתן הנחיות מדויקות. האפשרות של מינוי "נאמן פרטיות" יכולה לתת תשובה טובה לקשיים אלה.

אנו סבורים שהכלים הטכנולוגיים שספקי שירות כמו גוגל ופייסבוק מציעות, כלים שמאפשרים למשתמש החי לקבוע בעצמו את גורל המידע – הם הפתרון המיטבי, שכן הכלים האלה מאפשרים למשתמש לכתוב בעצמו לא רק את סיפור חייו, אלא גם את סיפור מותו. לכן, יש ליצור מערך תמריצים מתאים, כדי שספקיות השירות יבררו את הסוגיה וייעצבו מדיניות שמתאימה לצרכים ורצונות של המשתמשים שלהן, לסוג המידע והשירות,

ולצרכים של ספקי השירות עצמם. אנו סבורים שמערך התמריצים המתאים הוא חיצוני, כלומר לא כזה שמתערב בתוכן המדיניות. בצורה כזו, נשמרת גמישות מירבית של ספקי השירות, תוך התערבות מינימלית בחופש הקניין וחופש העיסוק שלהן, ובדרך שמשאירה מרחב נשימה להתפתחות טכנולוגית וחדשנות. מערך התמריצים שאנו מציעים כולל את החובה, הצנועה, שתוטל על ספקי השירות לקבוע מדיניות כלשהי בנושא, ליידע את המשתמשים לגביה, וליצור אפיק הידברות פשוט ונגיש למשתמשים ולבני המשפחה והקרובים, בשעת הצורך, כלומר במות המשתמש.

כלל רקע נוסף שדרוש עוסק בצורך לקבוע מדרג בין הנחיות שונות שנתן משתמש בעודו בחיים, וזאת בדומה לדין האמריקני. גם כאן יש תמריץ לספקי השירות לקבוע מדיניות, על ידי כך שהנחיות שיינתנו דרך השירות שלהן יקבלו עדיפות על הנחיות סותרות בצוואה או באפיק אחר. לשם כך ייתכן שיש צורך בהבהרה בדיני הירושה.

בהתבסס על הממצאים של הסקר המקיף שהצגנו לעיל, בפרק 4, אנו סבורים שאין מקום להניח הנחות חברתיות כלליות בדבר רצונם המשווער של משתמשים שלא נתנו הנחיות כלשהן. כל השערה כללית כזו תהיה לא מבוססת, ותפגע בקבוצה גדולה של משתמשים. כך בעת הזו. ייתכן שבעתיד העמדות והרצונות ישתנו, ואז אפשר יהיה לשקול שינוי בעמדה הזו. בעת הזו, אין מקום להנחות כאלה. כאשר ספקי השירות יקבעו מדיניות ברורה, היא תקבל עדיפות ותוכל לאפשר למשתמשים לקבוע את גורל המידע שלהם בעצמם. כל עוד אין לספקי השירות מדיניות כזו, ברירת המחדל היא של פרטיות למידע של המשתמשים המנוחים. זו בחירה ערכית שמעדיפה את פרטיות המשתמש החי בקשר לגורל המידע האישי שלו לאחר מותו, ואת פרטיות בני שיחו, ואת הצורך של ספקי השירות לעצב את המרחב המקוון שלהן בעצמן, על פני אינטרסים של בני משפחה לקבל גישה למידע ותוכן שאין להן גישה אליו. יש לזכור שלבני המשפחה והחברים יש גישה למידע רב בכל מקרה – תקשורת בין-אישית שהייתה להם, מידע פומבי ברשתות החברתיות, ולרבים יש גישה במחדל למידע ולתכנים של המנוח. הפגיעה אם כן מצומצמת. עם זאת, משום שיש מקרים יוצאי דופן, אנו מציעים לאפשר הליך שיורי של פניה לבית משפט במקרים המתאימים. בית המשפט יצטרך לשקול במקרים החריגים את השיקולים השונים, והצענו גם כאן את האפשרות להיעזר, במקרים המתאימים, ב"נאמן פרטיות", כלומר גורם ביניים שיבצע את המלאכה תוך ציות לחובת סודיות. האפיק המוצע הזה אינו מצריך שינוי של הדין, ואנו סבורים שסדרי הדין האזרחיים הקיימים מתאימים.

בצד חיינו שהופכים יותר ויותר דיגיטליים, כך נצטרך להשלים גם עם המוות הדיגיטלי. אנו סבורים שיש לצעוד כאן בזהירות ובמתינות.

## נספחים<sup>336</sup>

### נספח א:

הפרופיל הדמוגרפי המלא של המשתתפים

### נספח ב:

פירוט מלא של הממצאים, לרבות פילוחים דמוגרפיים

### נספח ג:

פירוט מלא של חישוב פוטנציאל הזיכרונות הדיגיטליים

---

<sup>336</sup> בקבצים נפרדים, באתר איגוד האינטרנט הישראלי.

## ביבליוגרפיה

### חקיקה ישראלית

- חוק יסוד: חופש העיסוק
- חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו
- חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965
- פקודת הבנקאות, 1941
- חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984
- חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979
- חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981
- חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007
- חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996
- חוק הירושה, התשכ"ה-1965
- חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962
- חוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961
- חוק המיטלטלין, התשל"א-1971
- חוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999
- חוק הפטנטים, התשכ"ז-1967
- פקודת פשיטת רגל [נוסח חדש], התש"ם-1980
- חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982

### חקיקה זרה

#### ארצות הברית

Connecticut Public Act No. 05-136: An Act Concerning Access to Decedents' Electronic Mail Accounts, Connecticut Statutes §§45a-334a;

Delaware: 79 Del. Laws, c. 416, §1 (2014)

Digital Copyright Millennium Act, codified as 17 U.S.C., chapter 12

Michigan: MCL 700.1002

New York Est. Pow. & Trusts L. §13-A (2016)

Oklahoma 58 OK Stat §58-269 (2014).

Bill: Pennsylvania An Act amending Title 20 (Decedents, Estates and Fiduciaries) of the Pennsylvania Consolidated Statutes

Rhode Island Code §33-27-3 (2005)

Uniform Law Commission Fiduciary Access to Digital Assets Act (2015)

## צרפת

Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

## האיחוד האירופי

GDPR: Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council, of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC, OJ L 119/1

## פסיקה ישראלית

ע"ע 90/08 איסקוב-ענבר נ' מדינת ישראל - הממונה על חוק עבודת נשים (2011)

ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' אריאל מקדונלד, פ"ד נח(4) 314 (2014)

סע"ש (אזורי ת"א) 18279-06-16 אקספו ניהול בע"מ נ' כהן (2017)

ע"א 2531/99 ג'ורי נ' דנגור (2002)

רע"א 5103/95 דשת נ' אליהו, פ"ד נג(3) 97 (1999)

בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח נ' משטרת ישראל (2012)

ע"א 4600/08 האולפנים המאוחדים בע"מ נ' ברקי פטה המפרים בע"מ (2012)

ע"א 5977/07 האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ, פ"ד סד(3) 740 (2011)

עס"ק (ארצי) 7541-04-14 הסתדרות העובדים הכללית החדשה מרחב המשולש הדרומי נ' עיריית קלנסווה (2017)

בג"ץ 52/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp. (2008)

חס"מ (שלום ת"א) 105/05 חזה נ' משרד הבריאות תק-של 2006 (3) 20938 (2006)

ת"א (מחוזי ת"א) 50870-05015 לן נ' פייסבוק (2017)  
 בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997)  
 פ (מחוזי ת"א) 040206/05 מדינת ישראל נ' פילוסוף (2007)  
 פש"ר 39586-10-16 מנהלי עזבון יורם יוסיפוף ז"ל נ' גוגל ישראל בע"מ (20.11.16)  
 עע"מ 3782/12 מפקד מחוז תל-אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי (2013)  
 ע"א 7996/11 סייפקום בע"מ נ' רביב (2013)  
 בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (1999)  
 רע"א 1917/92 סקולר נ' ג'רבי, פ"ד מז(5) 764 (1993)  
 ת"ע (משפחה י-ם) 43032/00 עזבון המנוח א. פ. ז"ל נ' מ. פ (2008)  
 רע"א 6590/10 עזבון המנוח פואד אשתיה ז"ל נ' מדינת ישראל - משרד הביטחון (2012)  
 ה"פ (שלום ת"א) 29490-05-12 עזבון פלונית נ' פלדמן-קופלר (2012)  
 ת"א 1219/09 (מחוזי ת"א) פוגטש נ' כנרת זב"מ-דביר מוציאים לאור בע"מ (2013)  
 בש"א (משפחה אשד') 128/03 פלוני נ' אלמונית (2003)  
 ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית (2014)  
 בע"מ 7141/15 פלונית נ' פלוני (2016)  
 בע"מ 9085/16 פלונית נ' פלוני (2017)  
 רמ"ש (מחוזי חיפה) 46022-02-17 פלונית (קטין) נ' אלמונית (מנוחה) (2017)  
 ב"ש 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב, פ"ד מא(2) 337 (1987)  
 ת"א (מחוזי חיפה) 50172-01-13 קניספל נ' עיריית חיפה (2016)  
 רע"א 129/17 עו"ד ריחני, נאמן על נכסי החייב נ' סריקובסקי (2017)  
 ה"פ (מחוזי ת"א) 50725-02-12 שוורצמן נ' פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ (2012)  
 בע"מ 1943/17 שחר נ' מדינת ישראל (2017)  
 ע"א 91/89 שטרווה נ' האפוטרופוס הכללי, משרד המשפטים, פ"ד מז(1) 625 (1993)

## פסיקה זרה

### ארצות הברית

*Ajemian v. Yahoo! Inc.* (Supreme Judicial Court, MA. Oct. 16, 2017)

*In re Ellsworth*, No. 2005-296, 651-DE (Mich. Prob. Ct. 2005)

*In re Facebook, Inc.*, 923 F.Supp.2d 1204 (N.D. Cal. 2013)

*Hebrew Univ. of Jerusalem v. Gen. Motors LLC*, 2012 WL 907497 (C.D. Cal. 2012)

*Search King Inc. v. Google Technology, Inc.* (W.D. Okla. 2003)

*Swidler & Berlin v. United States*, 524 U.S. 399 (1998)

*Time Inc. v. Bernard Geis Associates*, 293 F.Supp. 130 (S.D.N.Y. 1968)

## בתי משפט באירופה

ECHR: Application no. 61496/08 *Bărbulescu v. Romania* (European Court of Human Rights, 2017)

ECJ: *Google Spain v. Gonzalez* (ECJ, 2014)

Germany: 172/15 (Landgericht Berlin 2017)

## ספרות בעברית

### ספרים

מיכאל בירנהק **מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה** (2010)

אהרן ברק **מידתיות במשפט** (2010)

אהרן ברק **פרשנות במשפט – פרשנות הצוואה** (2001)

**זכרון במחלוקת: מיתוס, לאומיות ודמוקרטיה: עיונים בעקבות רצח רבין** (לב גרינברג, עורך, 2000)

טוני גרינמן **זכויות יוצרים** (מהדורה שניה, 2008)

חיים ויסמונסקי **חקירה פלילית במרחב הסייבר** (2015)

ברק מדינה **דיני זכויות האדם בישראל** (2016)

**אובדן ושכול בחברה הישראלית** (רות מלקינסון, שמשון רובין, אליעזר ויצטום, עורכים, 1993)

אורית קמיר **שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם** (2005)

שמשון רובין, רות מלקינסון, אליעזר ויצטום, **הפנים הרבות של האובדן והשכול: תיאוריה וטיפול** (2016)

שאול שוחט, נחום פיינברג, יחזקאל פלומין **דיני ירושה ועזבון** (מהדורה 7, 2014)

### מאמרים

מיכאל בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית המשפט העליון בהכרעות ערכיות" **מחקרי משפט** יט 591 (2003)

מיכאל בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים" **עיוני משפט** לא 57 (2008)

מיכאל בירנהק "מעקב בעבודה: טיילור, בנתהאם והזכות לפרטיות" **עבודה חברה ומשפט** יב 9 (2010)

יובל דרור "הבניה חברתית של טכנולוגיה: על הדרך שבה ערכים, חוק ואכיפה מוטמעים בטכנולוגיה" **רשת משפטית: משפט וטכנולוגיות מידע** 79 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2011)

יעקב הכט "הכחדת הזיכרון הדיגיטלי" **מגזין איגוד האינטרנט הישראלי** (2.11.16)

מאורי הירש "עזבונות דיגיטליים" **משפט ועסקים** (2016)

דפנה הקר "מאפייניהם של סכסוכי ירושות בישראל – ממצאי מחקר אמפירי" **הון משפחתי** א 3 (2015)

יעל השילוני-דולב, דפנה הקר וחגי בועז "רצון המת – שלושה מקרי מבחן ישראליים" **סוציולוגיה ישראלית** 31 (2014)

יעל השילוני-דולב וצבי טריגר "בין רצון המת לבין רצונם של הנותרים בחיים: שימוש בזרע לשם הולדה לאחר המוות, פטריארכיה, פרו-נטליזם ומיתוס המשכיות הזרע" **עיוני משפט** לט 661 (2017)

אליעזר ויצטום ורות מלקינסון "שכול והנצחה: הפנים הכפולות של המיתוס הלאומי", **אובדן ושכול בחברה הישראלית** 231 (רות מלקינסון, שמשון רובין, ואליעזר ויצטום, עורכים, 1993)

עומר טנא "הסתכל בקנקן וראה מה יש בתוכו: נתוני תקשורת ומידע אישי במאה העשרים ואחת", **רשת משפטית: משפט וטכנולוגיות מידע** 287 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק, עורכים, 2011)

אודי לבל "גבולות הוויקימיציה ועיצוב ההיררכיה של השכול: חללי הטרור אל מול דעיכתו ותקומתו של שיח השכול הרפובליקני" **תרבות דמוקרטית** 14 153 (2012)

מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה - לשאלת תורת המשפט של החקיקה" **משפטים** יז 321 (1988)

טל מורס "להתבונן במותם של אחרים: הצגת צילומי גופות בתקשורת הישראלית כמנגנון הכלה והדרה" **פרוטוקולים: היסטוריה ותיאוריה** 18 (2010)

טל מורס "טוב למות? המאבק (החילוני) על תפיסת המוות הטוב בחברה הישראלית" **תמונת המוות בישראל** (יסכה כהן-מנספילד, חיים חזן, שי לביא, שי בריל עורכים, צפוי להתפרסם, 2018)

פייר נורה "בין זכרון להיסטוריה: על הבעיה של המקום" **זמנים** 4 (1993)

שלי קרייצר-לוי ואיילת בלכר-פריגת "הנה 'היה אדם ואיננו': על פרשנות צוואה, נשמה חסרה וכבוד המת" **עיוני משפט** לח 571 (2016)

## ספרות באנגלית

### ספרים

PHILIPPE ARIÈS, WESTERN ATTITUDES TOWARD DEATH: FROM THE MIDDLE AGES TO THE PRESENT (1975)

COLIN J. BENNETT & CHARLES D. RAAB, THE GOVERNANCE OF PRIVACY: POLICY INSTRUMENTS IN GLOBAL PERSPECTIVE (2003)

MARK DEUZE, MEDIA LIFE (2012)

NORBERT ELIAS, THE LONELINESS OF THE DYING (1985)

- LAWRENCE M. FRIEDMAN, *DEAD HANDS: A SOCIAL HISTORY OF WILLS, TRUSTS, AND INHERITANCE LAW* (2009)
- GEOFFREY GORER, *DEATH, GRIEF, AND MOURNING IN CONTEMPORARY BRITAIN* (1965)
- FOLKER HANUSCH, *REPRESENTING DEATH IN THE NEWS: JOURNALISM, MEDIA AND MORTALITY* (2010)
- DON HERZOG, *DEFAMING THE DEAD* (2017)
- RICHARD HUNTINGTON & PETER METCALF, *CELEBRATIONS OF DEATH: THE ANTHROPOLOGY OF MORTUARY RITUAL* (2nd ed., 1991)
- CAROLYN KITCH & JANICE HUME, *JOURNALISM IN A CULTURE OF GRIEF* (2008)
- CONTINUING BONDS: NEW UNDERSTANDINGS OF GRIEF (Dennis Klass, Phyllis R. Silverman, Steven Nickman, eds. 2014)
- ELISABETH KUBLER-ROSS & M. D. IRA BYOCK, *ON DEATH & DYING: WHAT THE DYING HAVE TO TEACH DOCTORS, NURSES, CLERGY & THEIR OWN FAMILIES* (2014)
- MAURICE LAMM, *THE JEWISH WAY IN DEATH AND MOURNING* (1969)
- UDI LEBEL & GIDEON DORON, *POLITICS OF BEREAVEMENT* (2003)
- LAWRENCE LESSIG, *CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE* (1999)
- LAWRENCE LESSIG, *CODE VERSION 2.0* (2006)
- DIGITAL LEGACY AND INTERACTION: POST-MORTEM ISSUES (Cristiano Maciel & Vinícius Carvalho Pereira, eds. 2013)
- TAL MORSE, *THE MOURNING NEWS: REPORTING VIOLENT DEATH IN A GLOBAL AGE* (2018)
- JOSEPH SAX, *PLAYING DARTS WITH A REMBRANDT: PUBLIC AND PRIVATE RIGHTS IN CULTURAL TREASURES* (2001)
- CLIVE SEALE, *CONSTRUCTING DEATH: THE SOCIOLOGY OF DYING AND BEREAVEMENT* (1998)
- JEAN SEATON, *CARNAGE AND THE MEDIA: THE MAKING AND BREAKING OF NEWS ABOUT VIOLENCE* (2005)
- VAMIK D. VOLKAN, *LINKING OBJECTS AND LINKING PHENOMENA* (1981)
- TONY WALTER, *THE REVIVAL OF DEATH* (1994)

## מאמרים

- Oshrat Ayalon & Eran Toch, *Retrospective Privacy: Managing Longitudinal Privacy in Online Social Networks*, SYMPOSIUM ON USABLE PRIVACY AND SECURITY (SOUPS) (2013)
- Louis Bailey, Jo Bell, David Kennedy, *Continuing Social Presence of the Dead: Exploring Suicide Bereavement through Online Memorialisation*, 21 NEW REV. OF HYPERMEDIA & MULTIMEDIA 72 (2015)

- Omri Ben-Shahar & John A.E. Pottow, *On the Stickiness of Default Rules*, 33 FLA. ST. U.L. REV. 651 (2006)
- Michael Birnhack, *Reverse Engineering Informational Privacy Law*, 15 YALE J.L. & TECH. 24 (2012)
- Orit Brawer Ben-David, *Ranking Deaths in Israeli Society: Premature Deaths and Organ Donation*, 11(1) MORTALITY 79 (2006)
- Jed R. Brubaker & Vanessa Callison-Burch, *Legacy Contact: Designing and Implementing Post-Mortem Stewardship at Facebook*, PROCEEDINGS OF THE 2016 CHI CONFERENCE ON HUMAN FACTORS IN COMPUTING SYSTEMS, 2908 (ACM, 2016)
- Jed R. Brubaker, Kynn Dombrowski, Anita M. Gilbert, Nafiri Kusumakaulika, Gillian R. Hays, *Stewarding a Legacy: Responsibilities and Relationships in the Management of Post-Mortem Data*, CHI 2014
- Jed R. Brubaker, Gillian R. Hayes, Paul Dourish, *Beyond the Grave: Facebook as a Site for the Expansion of Death and Mourning*, 29(3) INFORMATION SOCIETY 152 (2013)
- Jed R. Brubaker et al., *Stewarding a Legacy: Responsibilities and Relationships in the Management of Post-Mortem Data*, PROCEEDINGS OF THE SIGCHI CONFERENCE ON HUMAN FACTORS IN COMPUTING SYSTEMS 4157 (ACM, 2014)
- Leen Van Brussel, Paul Van Landeghem, Joachim Cohen, *Media Coverage of Medical Decision Making at the End of Life: A Belgian Case Study*, 38(2) DEATH STUDIES 125 (2014)
- David Buckingham, *Defining Digital Literacy: What do Young People Need to Know about Digital Media?*, 1 DIGITAL KOMPETANSE 263 (2006)
- Nico Carpentier & Leen Van Brussel, *On the Contingency of Death: A Discourse-Theoretical Perspective on the Construction of Death*, 9(2) CRITICAL DISCOURSE STUDIES 99 (2012)
- Natasha Chu, Comment, *Protecting Privacy after Death*, 13 NW. J. TECH. & IP 255 (2015)
- Scott H. Church, *Digital Gravesapes: Digital Memorializing on Facebook*, 29(3) INFORMATION SOCIETY 184 (2013)
- John Conor, *Digital Life after Death: The Issue of Planning for a Person's Digital Assets after Death*, Texas Tech Law School Research Paper No. 2011-02 (2010)
- Rebecca G. Cummings, *The Case Against Access to Decedents' E-mail: Password Protection as an Exercise of the Right to Destroy*, 15 MINN. J.L. SCI. & TECH. 897 (2014)
- Jocelyn M. Degroot, *Maintaining Relational Continuity with the Deceased on Facebook*, 65(3) OMEGA – J. OF DEATH & DYING 195 (2012)
- Julie Alev Dilmaç, *The New Forms of Mourning: Loss and Exhibition of the Death on the Internet*, OMEGA – J. OF DEATH & DYING (2016)
- Kenneth J. Doka, *Changes in Postmortem Identity and Grief*, OMEGA – J. DEATH & DYING (2017)

Katrin Döveling, *Emotion Regulation in Bereavement: Searching for and Finding Emotional Support in Social Network Sites*, 21 (1-2) NEW REV. OF HYPERMEDIA & MULTIMEDIA 106 (2015)

Katrin Döveling, *Online Emotion Regulation in Digitally Mediated Bereavement: Why Age and Kind of Loss Matter in Grieving Online*, 61(1) J. Broadcasting & Electronic Media 41 (2017)

Katrin Döveling, Anu A. Harju, Denise Sommer, *From Mediatized Emotion to Digital Affect Cultures: New Technologies and Global Flows of Emotion*, 4(1) SOCIAL MEDIA+ SOCIETY (2018): 2056305117743141

Lillian Edwards & Edina Harbinja, *Protecting Post-Mortem Privacy: Reconsidering the Privacy Interests of the Deceased in a Digital World*, 32 CARDOZO ARTS & ENT. 83 (2013)

Mardi Frost, *The Grief Grapevine: Facebook Memorial Pages and Adolescent Bereavement*, 24(2) AUSTRALIAN J. GUIDANCE & COUNSELLING 256 (2014)

Margaret Gibson, *Death and Mourning in Technologically Mediated Culture*, 16(5) HEALTH SOCIOLOGY REV. 415 (2007)

Andrew Gilden, *IP, R.I.P.*, 95 WASH. L. REV. 639 (2017)

Selina Ellis Gray & Paul Coulton, *Living with the Dead: Emergent Post-mortem Digital Curation and Creation Practices*, in DIGITAL LEGACY AND INTERACTION: POST-MORTEM ISSUES 31 (Cristiano Maciel & Vinícius Carvalho Pereira 2013)

Daphna Hacker, *Soulless Wills*, 35 LAW & SOC. INQ. 957 (2010)

Daphna Hacker, *The Rights of the Dead through the Prism of Israeli Succession Disputes*, 11 INTERNATIONAL J.L. IN CONTEXT 40 (2015)

Edina Harbinja, *Does the EU Data Protection Regime Protect Post-Mortem Privacy and What Could be the Potential Alternatives?*, 10 SCRIPTED 19 (2013)

Edina Harbinja, *Virtual Worlds: A Legal Post-Mortem Account*, 11 SCRIPTED 273 (2014)

Edina Harbinja, *Post-Mortem Privacy 2.0: Theory, Law, and Technology*, 31 INT'L REV. L. COMP. & TECH. 26 (2017)

Edina Harbinja, *Digital inheritance in the United Kingdom*, 6 J. EU. CONSUMER & MARKET L. 253 (2017)

Anu Harju, *Socially Shared Mourning: Construction and Consumption of Collective Memory*, 21(1-2) NEW REV. HYPERMEDIA & MULTIMEDIA 123 (2015)

Nancy Hogan, Janice M. Morse, Maritza Cerdas Tasón, *Toward an Experiential Theory of Bereavement*, 33(1) OMEGA – J. OF DEATH & DYING 43 (1996)

Edward J. Janger, *Muddy Property: Generating and Protecting Information Privacy Norms in Bankruptcy*, 44 WILLIAM & MARY L. REV. 1801 (2003)

- Elaine Kasket, *Continuing Bonds in the Age of Social Networking: Facebook as a Modern-Day Medium*, 31(2) BEREAVEMENT CARE 62 (2012)
- Lisbeth Klastrup, *'I Didn't Know Her, But...': Parasocial Mourning of Mediated Deaths on Facebook RIP Pages*, 21 NEW REV. OF HYPERMEDIA & MULTIMEDIA 146 (2015)
- Shelly Kreiczer-Levy & Ronit Donyets-Kedar, *Reclaiming Memory in an Era of Platform Power*, 84 BROOKLYN L. REV. (forthcoming 2019)
- James D. Lamm, Christina L. Kuntz, Damien A. Riehl, Peter John Rademacher, *The Digital Death Conundrum: How Federal and State Laws Prevent Fiduciaries from Managing Digital Property*, 68 U. MIAMI L. REV. 385 (2014)
- Shai Joshua Lavi, *Euthanasia and the Changing Laws of the Deathbed: A Study in Historical Jurisprudence*, 4(2) THEORETICAL INQ. L. 729 (2003)
- Tama Leaver & Tim Highfield, *Visualising the Ends of Identity: Pre-Birth and Post-Death on Instagram*, 21(1) INFORMATION, COMMUNICATION & SOCIETY 30 (2018)
- Udi Lebel, *The Creation of the Israeli 'Political Bereavement Model'—Security Crises and Their Influence on the Public Behaviour of Loss: A Psycho-Political Approach to the Study of History*, 12(3) ISRAEL AFFAIRS 439 (2006)
- Udi Lebel, *'Second Class Loss': Political Culture as a Recovery Barrier—The Families of Terrorist Casualties' Struggle for National Honors, Recognition, and Belonging*, 38(1) DEATH STUDIES 9 (2014)
- Jessa Lingel, *The Digital Remains: Social Media and Practices of Online Grief*, 29(3) INFORMATION SOCIETY 190 (2013)
- Cristiano Maciel & Vinícius Carvalho Pereira, *The Internet Generation and the Posthumous Interaction*, in DIGITAL LEGACY AND INTERACTION: POST-MORTEM ISSUES 65 (Cristiano Maciel & Vinícius Carvalho Pereira, eds. 2013)
- Damien McCallig, *Facebook after Death: An Evolving Policy in a Social Network*, 22 INT'L J.L. & INFO. TECH. 107 (2014)
- Jensen Moore et al., *Social Media Mourning: Using Grounded Theory to Explore How People Grieve on Social Networking Sites*, OMEGA – J. OF DEATH & DYING (2017)
- Tal Morse, *Covering the Dead: Death Images in Israeli Newspapers—Ethics and Praxis*, 15(1) JOURNALISM STUDIES 98 (2014)
- Robert A. Neimeyer, Joachim Wittkowski, Richard P. Moser, *Psychological Research on Death Attitudes: An Overview and Evaluation*, 28(4) DEATH STUDIES 309 (2004)
- Paul Ohm, *The Argument against Technology-Neutral Surveillance Laws*, 88 TEX. L. REV. 1685 (2010)

Mervi Pantti & Johanna Sumiala, *Till Death Do Us Join: Media, Mourning Rituals and the Sacred Centre of the Society*, 31(1) MEDIA, CULTURE & SOCIETY 119 (2009)

Ernest Partridge, *Posthumous Interest and Posthumous Respect*, 91 ETHICS 243 (1981)

Natalie Pennington, *You Don't De-Friend the Dead: An Analysis of Grief Communication by College Students Through Facebook Profiles*, 37(7) DEATH STUDIES 617 (2013)

Natalie Pennington, *Grieving for a (Facebook) Friend: Understanding the Impact of Social Network Sites and the Remediation of the Grieving Process*, in MEDIATING AND REMEDIATING DEATH 223 (Dorthe Refslund Christensen & Kjetil Sandvik, eds. 2016)

Natalie Pennington, *Tie Strength and Time: Mourning on Social Networking Sites*, 61(1) J. OF BROADCASTING & ELECTRONIC MEDIA 11 (2017)

Dorthe Refslund Christensen et al., *Bereaved Parents' Online Grief Communities: De-Tabooing Practices or Relation-Building Grief-Ghettos?*, 61(1) J. OF BROADCASTING & ELECTRONIC MEDIA 58 (2017)

Joel R. Reidenberg, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology*, 76 TEX. L. REV. 553 (1998)

Angela Riechers, *The Persistence of Memory Online: Digital Memorials, Fantasy, and Grief as Entertainment*, in DIGITAL LEGACY AND INTERACTION: POST-MORTEM ISSUES 49 (Cristiano Maciel & Vinícius Carvalho Pereira 2013)

Martin Robert & Laura Tradii. *Do We Deny Death? I. A Genealogy of Death Denial*, MORTALITY (2017)

Kelly R. Rossetto, Pamela J. Lannutti, Elena C. Strauman, *Death on Facebook: Examining the Roles of Social Media Communication for the Bereaved*, 32(7) J. OF SOCIAL & PERSONAL RELATIONSHIPS 974 (2015)

Ira S. Rubinstein, *Regulating Privacy by Design*, 26 BERKELEY TECH. L.J. 1409 (2011)

Jakob Borrits Sabra, *'I Hate When They Do That!' Netiquette in Mourning and Memorialization among Danish Facebook Users*, 61(1) J. OF BROADCASTING & ELECTRONIC MEDIA 24 (2017)

Liav Sade-Beck, *Mourning and Memorial Culture on the Internet: The Israeli Case*, 7 AM. COMM.J. (2004)

Ylva Hård Af Segerstad & Dick Kasperowski, *A Community for Grieving: Affordances of Social Media for Support of Bereaved Parents*, 21(1-2) NEW REV. OF HYPERMEDIA & MULTIMEDIA 25 (2015)

Vered Shavit & Roey Tzezana, *Online Legacies: Online Service Providers and the Public – A Clear Gap*, 3 FINNISH DEATH STUDIES ASSOC. 94 (2014)

Patrick Stokes, *Deletion as a Second Death: The Moral Status of Digital Remains*, 17 ETHICS INFO. TECH. 237 (2015)

Margaret Stroebe & Henk Schut, *The Dual Process Model of Coping with Bereavement: A Decade On*, 61(4) OMEGA – J. OF DEATH & DYING 273 (2010)

Johanna Sumiala, *Mediatized Ritual – Expanding the Field in the Study of Media and Ritual*, 8(7) SOCIOLOGY COMPASS 939 (2014)

Anna J.M. Wagner, *Do Not Click "Like" When Somebody has Died: The Role of Norms for Mourning Practices in Social Media*, 4(1) SOCIAL MEDIA+ SOCIETY (2018): 2056305117744392

Tony Walter, *A New Model of Grief: Bereavement and Biography*, 1(1) MORTALITY 7 (1996)

Tony Walter, *From Cathedral to Supermarket: Mourning, Silence and Solidarity*, 49(4) Sociological Rev. 494 (2001)

Tony Walter, *Modern Death: Taboo or Not Taboo?*, 25(2) Sociology 293 (1991); Raymond L. M. Lee, *Modernity, Mortality and Re-Enchantment: The Death Taboo Revisited*, 42(4) SOCIOLOGY 745 (2008)

Tony Walter et al., *Does the Internet Change How We Die and Mourn? Overview and Analysis*, 64(4) OMEGA – J. OF DEATH & DYING 275 (2012)

Tony Walter, *Why Different Countries Manage Death Differently: A Comparative Analysis of Modern Urban Societies*, 63 BRITISH J. OF SOCIOLOGY 123 (2012)

Tony Walter, *Communication Media and the Dead: From the Stone Age to Facebook*, 20(3) MORTALITY 215 (2015)

Tony Walter, *New Mourners, Old Mourners: Online Memorial Culture as a Chapter in the History of Mourning*, 21 NEW REV. OF HYPERMEDIA & MULTIMEDIA 10 (2015)

Geoffrey Walters, *Is There Such a Thing as a Good Death?*, 18(5) PALLIATIVE MEDICINE 404 (2004)

Erin Willis & Patrick Ferrucci, *Mourning and Grief on Facebook: An Examination of Motivations for Interacting with the Deceased*, OMEGA – J. OF DEATH & DYING (2017)

## שונות

### דוחות ומקורות רשמיים

אורלי אלמגור-לוטן, מרכז המחקר והמידע של הכנסת, **מודלים של הסכמה לתרומות איברים** (2011)

האפוטרופוס הכללי והכונס הרשמי "פעילות יחידות הרשם לענייני ירושה בשנת 2015" (2015)

הוועדה לפניות הציבור של הכנסת, ח"כ עדי קול, מיום 1.12.14

ועדת המדע והטכנולוגיה של הכנסת, דיון 4.7.17

היועץ המשפטי לממשלה, "נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.2202 (2003)

הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה (למ"ס) דוח לשנת 2015

הנהלת בתי הדין הרבניים, סיכומים שנתיים

EU Article 29, Data Protection Working Party, Working document on the surveillance and monitoring of electronic communications in the workplace - Opinion 8/2001, adopted on 29 May 2002, 5401/01/EN/Final

UK LAW COMMISSION, MAKING A WILL (CONSULTATION PAPER 231, 2017)

## חיבורים אקדמיים

ליאב שדה-בק **תרבות האבל והנצחה באינטרנט: המקרה הישראלי** (חיבור לתואר דוקטור, אוניברסיטת בן גוריון, 2009)

## עתונות

Brandon Ambrosino, *Facebook is a Growing and Unstoppable Graveyard*, BBC (March 14, 2016)

Carter Jeringan & Behram F.T. Mistree, *Gaydar: Facebook Friendships Expose Sexual Orientation*, 14(10) FIRST MONDAY (October 2009)

Nick DiUlio, *More than Half of American Adults Don't Have a Will, 2017 Survey Shows*, Caring.com (Nov. 15, 2015)

Jeff Reeves, *Plan Ahead: 64% of Americans Don't Have a Will*, USA TODAY (July 11, 2015)

Gallup Inc., *Majority in U.S. Do Not Have a Will*, Gallup.com

## אתרי אינטרנט

ההסתדרות הרפואית בישראל

McAfee

ורד שביט, בלוג: אבק דיגיטלי

## תנאי שימוש והסכמי התקשרות עם לקוחות

אינסטגרם

בזק בינלאומי

גוגל

גרינדר  
דרופבוקס  
טינדר  
יאהו!  
סלקום  
פייסבוק

## דוחות מחקר

סאני קלב **פרטיות ילדים בעידן האינטרנט: מדיניות הסדרה מוצעת** (איגוד האינטרנט הישראלי, 2016)