

”האם אשאר איזה דבר?”*

על העיזבון הדיגיטלי – גורל הנכסים הדיגיטליים לאחר מותנו

מאורי הירש מרקסון**

התפתחות הטכנולוגיה והעלייה בהיקפי הגישה האנושית למרשתת מובילות למעבר של תחומי חיים אנושיים רבים מהמרחב המוחשי אל המרחב הדיגיטלי – הלא-מוחשי. באחרון משתמשי המרשתת צוברים קובצי מוזיקה, תמונות וידאו, יומני רשת (בלוגים), אתרי מרשתת, תכתובות ומסמכים. כל אלה הם נכסים דיגיטליים, אשר מהווים חלק בלתי נפרד מחיי המשתמש. במותו נכסים לא מוחשיים אלו מהווים את עזובנו הדיגיטלי של אדם. לאחר המוות מתקבצים סביב עיזבון זה שחקנים שונים, כגון קרובי משפחה, צדדים שלישיים ומסדות (פלטפורמות) דיגיטליות, וכל אחד מהם מחזיק בזכויות או אינטרסים משלו, אשר מתנגשים אלה באלה. התנגשויות אלו מהוות אתגר ומעוררות שאלות קשות, אשר בעתיד הלא-רחוק עלולות להעסיק יותר ויותר את מערכת המשפט, במיוחד בעקבות העלייה בהיקף המשתמשים במרחב הדיגיטלי.

מענה ראוי לאתגרים אלו יכול להימצא בפתרון אסדרתי מקיף ורגיש שיעוצב לאורה של היכרות מעמיקה עם זירת העיזבון הדיגיטלי, על שחקניה השונים וההתנגשויות המתקיימות בה בין האינטרסים והזכויות שלהם,

* מתוך שירו של יורם טהרלב “היה לי חבר היה לי אח” שיוצא <https://did.li/usPZH>.
** עורכת דין, דוקטורנטית למשפטים באוניברסיטת רייכמן. ברצוני להודות (לפי סדר אלפביתי) לעו”ד שגיא לפיד, לפרופ’ מרים מרקוביץ ביטון, לאיתי מרקסון ולד”ר אסף פורת על שיחות חשובות והערות מצוינות לגרסאות מוקדמות של נייר זה. תודתי נתונה גם למערכת כתב העת **משפט ועסקים** – לעורך הראשי פרופ’ רונן קריטנשטיין, לסגן העורך הראשי עו”ד שחר פרידמן, לעורכות עמנואל ברוזה ועלמה קצרי, לחברי המערכת ירין קוכמן, יואב קטן, נועה שמש פרידלנדר ורומי פז שריאל וכן לקורא האנונימי – על הערות מועילות ועל הביקורת החשובה והיסודית. תודה גם לעורך הלשוני גיא פרמינגר על הערות מצוינות. תודה מיוחדת ועיקרית שמורה לפרופ’ אסף יעקב, מורה דרך שמכוון ומלווה אותי במקצועיות, במסירות ובסבלנות אין קץ. מאמר ביכורים זה מוקדש באהבה לבן זוגי, ילדי ומשפחתי.

ולאורה של למידה ממנגנונים קיימים המצויים בדברי חקיקה והצעות מדיניות מרחבי העולם.

מאמר זה ממפה את תופעת העיזבון הדיגיטלי ומצביע על התנגשויות מרכזיות שמתקיימות בה, באמצעות ניתוח מקרי מבחן שהתרחשו בארצות הברית, באירופה ובישראל. מהניתוח עולה שהסכמתו הפוזיטיבית של המנוח היא שצריכה להנחות אותנו בגיבוש מענה לשאלה בדבר מתן גישה לעיזבון הדיגיטלי שלו; וכן שהצד השלישי הוא החלש מקרב שחקני הזירה, ולכן יש לאתר מענה אסדרתי ברור ומפורש אשר יגן על זכויותיו. לבסוף, ולאור מסקנות אלו, המאמר בוחן ומבקר את המענה הראשון שגובש בישראל בנושא – חוק הגישה לתוכן דיגיטלי לאחר פטירתו של אדם, התשפ"ד-2024. המאמר מפנה זרקור אל הפערים והשאלות שנוסח החוק הקיים מעורר, ומבקש להצביע על שיפורים שנדרשים בו כדי שהוא יהווה מענה שמיטיב עם כלל השחקנים.

מבוא

פרק א: מהו עיזבון דיגיטלי?

1. על נכס מוחשי ונכס לא מוחשי

(א) מאפייני הנכסים

(ב) מעמד הנכסים

2. המסגרת הנורמטיבית

3. פגי בוש

פרק ב: התנגשויות בזירת העיזבון הדיגיטלי

1. התנגשות א: כבוד המנוח וזכותו לפרטיות מול האינטרס של הקרובים

לגשת אל עזבונו הדיגיטלי

(א) עניין אלסוורת

(ב) האינטרס של הקרובים לגשת אל העיזבון הדיגיטלי

(ג) כבוד המת וזכותו לפרטיות

(ד) מלאכת האיזון בהתנגשות א

(1) שלב ראשון: בירור רצונו של המשתמש המנוח – בין הסכמה

פוזיטיבית לרצון משוער

(2) שלב שני: איזון והכרעה

2. התנגשות ב: זכויות צד שלישי מול האינטרס של קרובי המנוח

(א) עניין ברוזובסקי

(ב) פסיקות בית המשפט לענייני משפחה

(ג) מלאכת האיזון בהתנגשות ב

3. התנגשות ג: האינטרס של המסדת מול האינטרס של הקרובים לגשת

אל העיזבון הדיגיטלי

- (א) הגעת הקרובים אל בית המשפט
(ב) מלאכת האיזון בהתנגשות ג
- פרק ג: מקרה המבחן הישראלי – הרהורים על חוק הגישה לתוכן דיגיטלי לאחר פטירתו של אדם
1. השתלשלות החקיקה
2. ניתוח החוק בראייה ביקורתית
- (א) מענה חסר לתנאים שהציבה ועדת השרים לענייני חקיקה
(ב) חיזוק המסדות הדיגיטליות
(ג) חוסר במענה לצדדים שלישיים
(ד) העדר מדרג
(ה) העדר סנקציה
(ו) תביעות עתידיות
3. סעיפי החוק ומורכבותם
- (א) סעיף 1: הגדרות החוק
(ב) סעיף 2: "קביעת מדיניות ומתן גישה לתוכן אישי לאחר פטירתו של אדם"

סיכום

מבוא

"משחררת היא, משחררת. משחררת מן הגוף
ומשחררת מן הנפש ומן הדם שהוא הנפש...
משחררת מרהיטים ומשחררת מכף ספין ומזלג...
משחררת מן הזיות ומתעודת הזיות,
משחררת מן החותמות העגלות
ומן החותמות המרבעות...
משחררת היא, משחררת.

וכל האותיות וכל המספרים
אשר סדרו את חזיה משחררים גם הם
לצורפים חדשים ולגורלות חדשים ולמשחקים חדשים
של כל הדורות שיבואו אחריה.¹

1 יהודה עמיחי "משחררת" מאדם אתה ואל אדם תשוב 18 (1998).

בשירו מתאר יהודה עמיחי את שחרורו של אדם, עת הולך הוא לעולמו, מרשת התיגים המאפינת את חייו. משיוצא אדם אל אוויר העולם, הוא משויך מייד למספרים ולסימונים כגון מספר תעודת זהות, למוסדות דוגמת הביטוח הלאומי וקופת חולים, לבירוקרטיה ולחפצים. נראה שבשירו סבר המשורר כי במות אדם כל אלה משתחררים ממנו והוא משתחרר מהם. אך בעידן הדיגיטלי אין האדם משתחרר, וגם אחרי מותו ישותו הדיגיטלית ממשיכה לחיות בינינו באמצעות שובל פעילות שהוא השאיר אחריו במרחב הדיגיטלי.

כניסתה של המאה העשרים ואחת לזוהת בפריצת דרך טכנולוגית ובדהרה שלא פסקה מאז ועד ימינו אלה. במהלכה חדרה המרשתת אל חייהם של כ-74% מאוכלוסיית העולם בתוך כעשרים שנים בלבד.² כיום המרשתת כוללת כ-5.56 מיליארד משתמשים, שכ-5.44 מיליארד מביניהם הם גם משתמשי רשתות חברתיות.³ מדובר במהפכה של ממש, אשר חשפה את המשתמשים⁴ תחילה למערכות לשיתוף קבצים, לתיבות דואר אלקטרוני (להלן: דוא"ל) ולמערכות שיחוח (צ'טים) והודעות מיידיות, ובהמשך גם לרשתות חברתיות ולמסדות (פלטפורמות) דיגיטליות ייעודיות שמספקות מענה לצרכים שונים. במסדות הללו המשתמשים יוצרים קשרים, מתקשרים עם חבריהם, משתפים בהרהורים, צורכים תוכן, וגם יוצרים וצוברים נכסים דיגיטליים, כגון תכתובות דואר אלקטרוני, קובצי מוזיקה, תמונות, וידאו, יומני רשת (בלוגים), מסמכים אלקטרוניים, חשבונות מדיה חברתית וחשבונות מקוונים.⁵

אם בעבר החזיק אדם בנכסים שנוכחים בממד המוחשי בלבד, כיום כמעט כל אדם מחזיק גם בנכסים דיגיטליים, אשר נמצאים בממד הלא-מוחשי וממוקמים בחשבונות שהוא פתח במהלך חייו במסדות דיגיטליות. אך בשונה מנכסים מוחשיים דוגמת בית, רכב או תכשיט, אשר מעמדם וחשיבותם לאדם ברורים ומשמעותיים, הנכסים הדיגיטליים טרם הוכרו ככאלה – לא על ידי בעליהם, המשתמשים, אשר בדרך כלל אינם מונים אותם עם נכסיהם באופן רשמי (למשל, במסגרת צוואה),⁶ ולא על ידי המחוקק,

2 Christy Tila, *Number of Internet Users Worldwide from 2005 to 2025*, STATISTA (Jan. 28, 2026), <https://did.li/zpnUY>; Daniel Slotta, *Internet Usage Worldwide—Statistics & Facts*, STATISTA (Dec. 17, 2025), <https://did.li/OAPx5>.

3 Tila, לעיל ה"ש 2. נכון לאוקטובר 2025 חדרו הרשתות החברתיות אל 68.7% מאוכלוסיית העולם. Statista Research Department, *Number of Internet and Social Media Users Worldwide* ראו *as of October 2025*, STATISTA (Jan. 28, 2026), <https://did.li/C9bsl>.

4 משתמש הוא אדם שמחזיק בחשבון מקוון במסדת דיגיטלית. ראו REVISED UNIF. FIDUCIARY ACCESS TO DIGIT. ASSETS ACT § 2(26) (NAT'L CONF. OF COMM'N. UNIF. STATE L. 2015) (להלן: הצעת ה-RUFADAA).

5 *Digital Asset*, BLACK'S LAW DICTIONARY (Bryan A. Garner ed., 12th ed. 2024) (הספר להלן: BLACK'S LAW DICTIONARY); STEP ; *How Much Are Your Digital Assets Worth?*, CHANGE (Jan. 19, 2019), <https://did.li/89ozh>.

6 חוסר התכנון והעדר השקלול של הנכסים הדיגיטליים בסך עזבונו של אדם ניכר, למשל, בסקרים שנערכו בבריטניה בשנים האחרונות, המצביעים על מודעות נמוכה לנושא. ראו סקר שערך ארגון

אשר טרם סיפק מענה בהיר ומפורש לשאלות מהו נכס דיגיטלי, מה מעמדו במסת הנכסים של אדם, אם ניתן להורישו וכיצד.⁷ גורלם של נכסים אלו נהיה מורכב יותר כאשר בעליהם הולך לעולמו, ואלה מתקבצים לכלל עזבונו הדיגיטלי – מקבץ הנכסים הלא-מוחשיים שהותיר אחריו המנוח ברחבי המרחב הדיגיטלי.⁸

העזיבון הדיגיטלי מעורר בקרב אנשים תחושה של חוסר ודאות ושאלות רבות. חלקן מעשיות באופיין ועוסקות בתפעול – למשל, איך לגשת אל החשבונות המקוונים שבהם נמצאים הנכסים? מה על קרוביו של המנוח לעשות עם הנכסים? האם עליהם לחלק אותם ביניהם? שמא עליהם לסגור את החשבונות? שאלות אחרות עמוקות יותר באופיין ועניינן בירור רצון המנוח וממשקו עם רצונם של שחקנים אחרים: האם רצה המנוח שמישהו ייגש אל חשבונותיו המקוונים כדי להגיע אל נכסיו? האם המסדת הדיגיטלית שבה מצוי חשבוננו של המנוח תאפשר גישה למי שאינו הוא? האם קרוביו זכאים לגשת אל עזבונו הדיגיטלי? כיצד מאזנים בין זכויות ואינטרסים של שחקנים שונים בזירת העזיבון הדיגיטלי?⁹

אלה רק חלק מהשאלות שמעסיקות את הנחשפים לתופעה, ולא לכולן יש תשובות חד-משמעיות. לכן לעיתים, כאשר הקרובים מנסים לגשת אל העזיבון הדיגיטלי ואינם מצליחים לפתור זאת מול המסדת הדיגיטלית שבה היה למנוח חשבון, הם פונים לבית המשפט בבקשה שיורה למסדת לאפשר להם גישה לחשבון. עיון בהחלטות שניתנו בבקשות אלו על ידי בתי משפט בישראל ובמדינות אחרות מעלה את הרושם שאלה ניתנו על בסיס דיון מצומצם ולא מעמיק בשיקולים שעל הכף. הסיבה לכך נעוצה, בין היתר, בהעדר תשתית תאורטית שתצביע על התנגשויות שמתקיימות בזירת העזיבון הדיגיטלי בין זכות של אחד לבין אינטרס של אחר. עוד היא נעוצה בהעדר אסדרה מקיפה ורגישה כלפי מארג השחקנים המורכב בזירה והאינטרסים שמניעים אותם.

ביטוי לכך מצוי בחוק ישראלי ראשון בנושא – חוק הגישה לתוכן דיגיטלי לאחר פטירתו של אדם, התשפ"ד-2024 (להלן: חוק הגישה) – אשר נחקק בעקבות טבח 7 באוקטובר ומלחמת חרבות ברזל במטרה לאפשר לאדם לקבוע בחייו מה יעלה בגורל התוכן הדיגיטלי האישי שלו לאחר מותו, ובכלל זה לקבוע, אם ירצה, כי לבני משפחתו

המורשת הדיגיטלית הבריטי, שממנו עולה כי רוב האוכלוסייה הבוגרת אינה חושבת כלל על עזיבון דיגיטלי כעל נכס: THE DIGITAL LEGACY ASSOCIATION & SIENA COLLEGE, THE DIGITAL DEATH REPORT 2018, 13 (2018) (להלן: THE DIGITAL DEATH REPORT). כן ראו סקר שהצביע על מודעות נמוכה לקיומם של כלים טכנולוגיים קיימים במסדות השונות לניהול הגישה לעזיבון הדיגיטלי: Edina Harbinja, Tal Morse & Lilian Edwards, *Digital Remains and Post-mortem Privacy in the UK: What Do Users Want?* 11–12 (39th BILETA Ann. Conf., 2024), <https://did.li/uJnmC>.

7 Natalie M. Banta, *Property Interests in Digital Assets: The Rise of Digital Feudalism*, 38 *CARDOZO L. REV.* 1099, 1103 (2017) (להלן: Banta, *Property Interests in Digital Assets*).

8 מאורי הירש "עזבונות דיגיטליים" **אתר משפט ועסקים** (26.12.2016) <https://did.li/ZwyOf>.

9 Edward A. Morse, *Digital Assets in Decedents' Estates: Overview and Analysis* (Nebraska State Bar Ass'n Prob. Seminar, Mar. 18, 2022), <https://did.li/KcHx5>.

או לקרוביו תהיה גישה לתוכן. החוק מחייב מסדות דיגיטליות לקבוע מדיניות בנוגע לטיפול בתוכן האישי של משתמש שנפטר ולאפשרות הגישה אליו לאחר מותו.¹⁰ אך על אף הכוונה הראויה, נוסח החוק יוצר חוסר ודאות ומעורר סימני שאלה. העדר אסדרה מקיפה ורגישה עלול להוביל לפגיעה בזכויותיו של המשתמש ובאינטרסים של יתר השחקנים בזירה. עוד ניתן לשער כי לנוכח ההתפתחות הטכנולוגית, שעומה פתחנו מאמר זה, אנו עלולים לחזות בעתיד גם בעלייה במספר בקשות הגישה לעיזבון דיגיטלי שיגישו קרובי משתמשים לבתי המשפט, דבר שעלול להעמיס על בתי המשפט העמוסים ממילא. מענה אסדרתי מקיף ורגיש יכול לכלל הפחות לצמצם עומס פוטנציאלי זה.

הכתיבה הקיימת על אודות העיזבון הדיגיטלי עוסקת בעיקרה בסקירת התופעה, בדיון בשאלות שנוגעות בגישה לעיזבון דיגיטלי של משתמש שהלך לעולמו,¹¹ בבחינת העדפות המשתמשים,¹² במתן המלצות בדבר האופן שבו עלינו לנהל את נכסינו הדיגיטליים בעודנו בחיים, במסגרת הנורמטיבית לעיזבון דיגיטלי¹³ ובגישת נאמנים אל נכסים דיגיטליים בארצות הברית.¹⁴ מאמר זה מבקש לקדם את הדיון הקיים ולהעשירו באמצעות מיפוי זירת העיזבון הדיגיטלי וניתוח התנגשויות שמתרחשות בה בין שחקנים בעלי אינטרסים שונים כלפי העיזבון הדיגיטלי. לאור המסקנות שעולות מהניתוח, המאמר בוחן באופן ביקורתי את חוק הגישה. העמקה בחוק מעלה כי המענה הקיים בו לאתגרי הזירה הוא חלקי וצר, ומשאיר סימני שאלה רבים בקרב השחקנים. לנוכח זאת יציע המאמר שיפורים בנוסח החוק הקיים.

10 ראו דברי ההסבר להצעת חוק הגישה לתוכן דיגיטלי לאחר פטירתו של אדם, התשפ"ד-2024, ה"ח הכנסת 146, 146 (להלן: הצעת חוק הגישה).

11 Tiina Mikk & Karin Sein, *Digital Inheritance: Heirs' Right to Claim Access to Online Accounts Under Estonian Law*, 27 JURIDICA INT'L 117 (2018); 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, 929, 933 (2014).

12 Andrew Reeves, Arash Shaghaghi, Shiri Krebs & Debi Ashenden, *Data After Death: Australian User Preferences and Future Solutions to Protect Posthumous User Data*, in HUMAN ASPECTS OF INFORMATION SECURITY AND ASSURANCE 213 (IFIP Advances in Info. & Comm'n Tech. No. 722, Nathan Clarke & Steven M. Furnell eds., 2024); Tal Morse & Michael Birnhack, *The Posthumous Privacy Paradox: Privacy Preferences and Behavior Regarding Digital Remains*, 24 NEW MEDIA & SOC'Y 1343 (2022) (להלן: Morse & Birnhack, *The Posthumous Privacy Paradox*).

13 Michael Birnhack & Tal Morse, *Digital Remains: Property or Privacy?*, 30 INT'L J.L. & Edina Harbinja, ; (Birnhack & Morse, *Property or Privacy?* (להלן: Birnhack & Morse, *Property or Privacy?*); Edina Harbinja, *The 'New(ish)' Property, Informational Bodies, and Postmortality*, in DIGITAL AFTERLIFE: DEATH MATTERS IN A DIGITAL AGE 89 (Maggi Savin-Baden & Victoria Mason-Robbie eds., 2020); Heather Conway & Sheena Grattan, *The 'New' New Property: Dealing with Digital Assets on Death*, in 9 MODERN STUDIES IN PROPERTY LAW 99 (Heather Conway & Robin Hickey eds., 2017).

14 הירש, לעיל ה"ש 8; הצעת ה-RUFADAA, לעיל ה"ש 4.

החלק הראשון ממפה את זירת העיזבון הדיגיטלי. **החלק השני** מנתח אירועים משפטיים מרכזיים בתחום, ובאמצעותם דן בהתנגשויות הבולטות בזירה: זכויות המשתמש המנוח בעזבונו הדיגיטלי אל מול האינטרס של קרוביו לגשת אליו; זכויות צד שלישי בעיזבון הדיגיטלי מול האינטרס של הקרובים; והאינטרס של המסדת הדיגיטלית מול האינטרס של הקרובים. בסיום הניתוח נוכל להצביע על המסקנה כי הסכמתו הפוזיטיבית של המנוח היא שצריכה להנחות אותנו בגיבוש מענה לשאלת הגישה לעיזבון הדיגיטלי של אדם, וכן על המסקנה כי הצד השלישי הוא החלש מקרב שחקני הזירה, ולכן יש לאתר מענה אסדרתי מפורש ומתאים אשר יגן על זכויותיו. לאור מסקנות אלו, **החלק השלישי** בוחן בראייה ביקורתית את חוק הגישה, ומצביע על ההיבטים בו יש לשפר במטרה לספק מענה מקיף ורגיש לאתגריה של זירת העיזבון הדיגיטלי. **החלק הרביעי והאחרון** יסכם.

פרק א: מהו עיזבון דיגיטלי?

במהלך חייו אדם צובר נכסים מוחשיים רבים ומייחס להם חשיבות רבה, שמתבטאת בשמירה עליהם, בהקפדה על תחזוקתם השוטפת ולעיתים בהכללתם בצוואתו.¹⁵ בסוף שנות התשעים החל השימוש במרשתת לזנק באופן חסר תקדים.¹⁶ מאז הצטרפו אליה מאות מיליוני משתמשים חדשים,¹⁷ אשר פותחים חשבונות מקוונים במסדות דיגיטליות¹⁸ שמציעות שירותים שונים, כגון דוא"ל, רשתות חברתיות, אחסון קבצים, בנקאות ומשחקנות (גיימינג).¹⁹ בתוך חשבונותיו המשתמש צובר ויוצר מדי יום נכסים דיגיטליים, כגון מסמכים, תמונות, קובצי וידאו, קובצי שמע (אודיו), תכתובות, יצירות, מטבעות דיגיטליים, ואפילו נדל"ן וירטואלי. כך, למעשה, חייו של האדם נהפכים להיברידים, כאשר במקביל לחייו המתנהלים בעולם המוחשי, שבו מצויים נכסיו

15 בהעדר צוואה, הקבוע בדין יעשה זאת במקומו. ראו פרק שני לחוק הירושה, התשכ"ה-1965.

16 תצורתה הראשונה של המרשתת הייתה מיזם לצורכי תקשורת עבור אנשי אקדמיה וצבא, באמצעות סוכנויות מחקר ו־DARPA – הסוכנות לפרויקטים של מחקר מתקדם בתחום ההגנה. רק בשנת 1991 התאפשרה גישה בלתי מוגבלת למרשתת כפי שאנו מכירים כיום, אשר אפשרה לכל אדם שברשותו מחשב וחיבור למרשתת לתקשר גם עם מי שאינו חלק מקהילתו הפיזית: Mark A. Lemley, *The Splinternet*, 70 DUKE L.J. 1397, 1398–1399 (2021).

17 Tila, לעיל ה"ש 2.

18 מסדות דיגיטליות הן מתחמים וירטואליים שבמסגרתם מתעצבים ומאוחסנים נכסים דיגיטליים. הנציבות להאחדת החקיקה בארצות הברית מגדירה את המסדת כ־custodian (אפוטרופוס), ובראייתה מדובר באדם או גוף פרטי אשר נושא, מתחזק, מעבד, מקבל או מאחסן נכס דיגיטלי של משתמש. ראו ס' 2(8) להצעת ה־RUFADAA, לעיל ה"ש 4.

19 Slotta, לעיל ה"ש 2.

המוחשיים, הוא מנהל חיים במרחב לא מוחשי, ובו הוא צובר ויוצר נכסים דיגיטליים מגוונים.²⁰

"נכס" הוא פריט בעל ערך המצוי בבעלות.²¹ אם הוא נכס מוחשי, הוא בעל קיום פיזי וניתן לייחס לו ערך,²² ואם הוא נכס לא מוחשי, נעדר ממנו הקיום הפיזי.²³ לקבוצת הנכסים הלא-מוחשיים משתייך גם הנכס הדיגיטלי, אשר הוכר כנכס בסיסי בחברה המודרנית²⁴ והוגדר כמידע מאוחסן אלקטרונית שיכול להישמר באחסון קשיח או בענן, וכן כתוכן שיחידים מעלים לאתרי מרשתת שמהווים מסדת עבור המשתמשים.²⁵ הגדרה אחרת מסבירה את ייחודיותו של הנכס הדיגיטלי כנכס שקיים אך ורק כקידוד מספרי שמתבטא באופן בינרי,²⁶ כגון קובצי וידאו, תמונות ומסמכים במרשתת, הודעות דוא"ל, תוכנות ויישומונים.²⁷

אומנם אין קונסנזוס באשר להגדרה של "נכס דיגיטלי", אך מההגדרות השונות שניתנו עולות בבירור שתי מסקנות. האחת היא שכמעט כל פריט שמאוחסן ומגובה במחשב, במכשיר סלולרי או בחשבון מקוון עונה על ההגדרה של "נכס דיגיטלי".

-
- Morse & Birnhack, *The Posthumous Privacy Paradox*, לעיל ה"ש 12. 20
- BLACK'S LAW DICTIONARY, לעיל ה"ש 5, בערך *Asset*. 21
- שם, בערך *Tangible Asset*. 22
- שם, בערך *Intangible Property*. 23
- Harriet Territt, *A New Frontier for Digital Assets: Key Insights from the Law Commission Report*, ADDLESHAW GODDARD (July 3, 2023), <https://did.li/zcPZH> 24
- James D. Lamm, Christina L. Kunz, Damien A. Riehl & Peter John Rademacher, *The Digital Death Conundrum: How Federal and State Laws Prevent Fiduciaries from Managing Digital Property*, 68 U. MIA. L. REV. 385, 388 (2014) 25
- Jamie P. Hopkins, *Afterlife in the Cloud: Managing a Digital Estate*, 5 HASTINGS SCI. & TECH. L.J. 209, 211 (2013) (להלן: Hopkins, *Afterlife in the Cloud*) 26
- שם. הגדרה רחבה של "נכסים דיגיטליים" היא "מוצרי מידע בלתי מוחשיים הקשורים לעולם המקוון או הדיגיטלי". ראו Lilian Edwards & Edina Harbinja, "What Happens to My Facebook Profile When I Die?": Legal Issues Around Transmission of Digital Assets on Death, in DIGITAL LEGACY AND INTERACTION: POST-MORTEM ISSUES 115, 116 (Cristiano Maciel & Vinícius Carvalho Pereira eds., 2013). גם הנציבות להאחדת החקיקה בארצות הברית (Law Commission—ULC) גיבשה הצעה לנוסח חקיקה אחיד בנושא גישת נאמנים לנכסים דיגיטליים של נפטרים: הצעת ה-RUFADAA, לעיל ה"ש 4. שם "נכס דיגיטלי" מוגדר כ"רשומה אלקטרונית אשר ליחיד יש בה זכות או אינטרס", ו"רשומה" היא "מידע שרשום על מדיום מוחשי או שנשמר במדיום אלקטרוני או אחר וניתן לשחזור בצורה שניתנת לתפיסה" (שם, בס' 2(10) ו-2(22)), בהתאמה). ב"מידע" הכוונה ל"נתונים, טקסט, תמונות, קובצי וידאו, קובצי שמע, קודים, תוכנות מחשב, מסדי נתונים וכדומה" (שם, בס' 2(15)). לשיטת הנציבות, נכס דיגיטלי הוא כל סוג מידע שמאוחסן באופן דיגיטלי, לרבות מידע אלקטרוני שמאוחסן במחשבו של משתמש או בכל אמצעי דיגיטלי אחר, וכן תוכן שהועלה לאתרי מרשתת ואף זכויות בנכסים דיגיטליים (שם, בהערה לס' 2). ראו גם Michael D. Walker, *The New Uniform Digital Assets Law: Estate Planning and Administration in the Information Age*, 52 REAL PROP. TR. & EST. L.J. 51, 53 (2017)

המסקנה האחרת היא שרבים מהנכסים הדיגיטליים מאוחסנים, ולעיתים אף נוצרים, בתוך חשבונות מקוונים, ומתחלקים לסוגים שונים: חשבונות כסף וירטואלי בעלי שווי כספי אמיתי, כגון פיפל וביטקוין;²⁸ חשבונות המכילים נכסים בבעלות המשתמש, כגון שרתי אחסון קבצים;²⁹ חשבונות המכילים נכסים בהחזקתו הזמנית של המשתמש ובבעלותה של המסדה, כגון קינדל ו־iTunes; חשבונות משתמש במנועי בינה מלאכותית;³⁰ חשבונות יומני רשת (בלוגים); וכן חשבונות שמכילים מידע אישי או מסחרי ונכסים דיגיטליים שונים שיכולים להוות עניין גם בקרב קרובי המשתמש ויורשיו, כגון חשבונות דוא"ל, פרופילים ועמודים ברשתות חברתיות – אשר בהם יתמקד מאמר זה. חלק מהמסדות מציעות למשתמשיהן חשבון אחד אשר משמש אותם לצרכים שונים, וכך נצברים בחשבון, במקביל, נכסים דיגיטליים מסוגים שונים. גוגל, למשל, מציעה למשתמשיה תחת חשבון אחד שירותי התכתביות, אחסון קבצים, ניהול אלבומי תמונות, כתיבת פתקים, ניהול משימות ועוד.³¹

אם כן, כאשר המשתמש הולך לעולמו, נכסיו הדיגיטליים מתקבצים לעיזבון דיגיטלי – מקבץ הנכסים הלא־מוחשיים שהותיר המנוח במרחב הדיגיטלי.³² מעצם היותו מטרייה לסוגים שונים של נכסים, חשוב להעיר כי סוגו של כל נכס בעיזבון משפיע ומשליך באופן שונה הן על המסגרת הנורמטיבית שדרכה יאוסדר הטיפול בנכס המסוים, הן על הגישה אליו והן על עצם הסכמתו של המשתמש למתן גישה אל הנכס ומשמעותה.³³ אך ניכר שלמרות התלות היומיומית של האדם במרחב הדיגיטלי, אין הוא

Kimberly A. Whaley & Erin C. Cowling, Digital Life After Death: The Next Level of Estate Planning and Estate Litigation 7 (Apr. 24, 2013) (presented to the L. Soc'y of Upper

Canada by Benjamin D. Arkin, Whaley Estate Litig.), <https://did.li/Vp0aa>

למשל, Dropbox ו־Google Drive לאחסון מסמכים, ו־Google Photos לאחסון תמונות.

לצד חשבונות דואר אלקטרוני ורשתות חברתיות, משתמשים רבים פותחים חשבונות משתמש גם במנועי בינה מלאכותית, כגון Claude, ChatGPT ואחרים. אלה מהווים כתובת להתכתביות במגוון נושאים ולבקשות לכתיבת שירים או ליצירת תמונות וסרטונים. במקרים רבים מנוע בינה מלאכותית מהווה "אוזן" של ממש להתייעצויות במגוון נושאים מחיי היומיום של אדם – רפואיים, מקצועיים ואישיים. לאחרונה נודע כי מנועים אלו עלולים להוות גם כתובת להתייעצויות טרגיות במיוחד – למשל, באשר לדרכי התאבדות. ראו ישראל וולמן "תביעה תקדימית נגד OpenAI: 'בננו התאבד בגלל ChatGPT'" *ynet* (27.8.2025) <https://did.li/rWmmC>. שימוש במנוע בינה מלאכותית והקמת חשבון משתמש בו מצפים מורכבויות ודילמות אשר ראויות לדיון מעמיק ורחב. אולם מפאת קוצר היריעה לא אוכל לקיימו במאמר זה, ואותירו למחקר המשך. לעת עתה יובהר כי גם חשבונות משתמש במנועי בינה מלאכותית מהווים היבט מעניין בדיון באשר לעזבונו הדיגיטלי של אדם.

31 ראו גם בחלק ג3(א) להלן.

32 הירש, לעיל ה"ש 8.

33 מפאת קוצר היריעה לא ייערך במאמר זה ניתוח של נפקויות ההבחנה בין הנכסים השונים, אך יוער כי מחברים שונים הצביעו על חשיבות קיומה של הבחנה זו – למשל, מפני שפתרון אסדרתי אחיד לכלל הנכסים אינו יעיל בהכרח (ראו Yong Jin Park, Yoonmo Sang, Hoon Lee & S. Mo Jones- Jang, *The Ontology of Digital Asset After Death: Policy Complexities, Suggestions and*

מייחס לנכסיו שבו את אותה הכרה ואותה חשיבות שהוא מייחס לנכסיו המוחשיים. למשל, הוא לא תמיד יגבה אותם באופן תדיר, ולא בהכרח יידרש לקביעת גורלם בטרם לכתו.³⁴ הפער בין התלות לבין העדר ההכרה נובע, בין היתר, מחוסר מודעות לנושא בקרב המשתמשים,³⁵ מהעדר קיום פיזי בנכס הדיגיטלי, מרצון טבעי ואנושי להימנע מעיסוק במוות³⁶ ומהעדר מענה אסדרתי מקיף לכך (בין היתר בישראל).³⁷ על מנת להבין את משמעות העיזבון הדיגיטלי ואת האתגרים שהוא מזמן, נעמיק תחילה במעמד הנכסים ובמאפייניהם בתקופת חייו של האדם, לפני שהוא הולך לעולמו.

1. על נכס מוחשי ונכס לא מוחשי

(א) מאפייני הנכסים

לנכסים המוחשיים ולנכסים הלא-מוחשיים מאפיינים משותפים. לשני הסוגים יש קיום נכסי אובייקטיבי במהלך חייו של האדם; לשניהם יש שווי וערך הן בהיבט אובייקטיבי והן בהיבט סנטימנטלי-סובייקטיבי.³⁸ בדומה לנכסים מוחשיים, גם נכסים דיגיטליים הם

; (Critique of Digital Platforms, 22 DIGIT. POL'Y REGUL. & GOVERNANCE 1, 1–12 (2020)

מפני שסוג השירות שניתן על ידי המסדת הדיגיטלית משפיע על מידת רגישותו של המידע ועל היחס החברתי אליו, וכתוצאה מכך האינטרסים שעולים משאלת הגישה לכל אחד מהם הם שונים (ראו מיכאל בירנהק וטל מורס זיכרונות דיגיטליים: גורלם של תוכן ומידע אישיים אחרי המוות 52–67 (איגוד האינטרנט הישראלי ISOC-IL (2018) <https://did.li/2NSIw> (להלן: בירנהק ומורס זיכרונות דיגיטליים)); ומפני שלנכסים דיגיטליים יש השפעה רבה לא רק בהיבטי פרטיות, ולכן חשוב לפענח את סוגי המידע הדיגיטלי ולבחור גישה ניהולית מתאימה לכל אחד מהם. ראו "התייחסות מכון תכלית להצעת חוק הירושה (תיקון – הורשת זכויות דיגיטליות), התשפ"ד-2024" 5–6 (חוות דעת של תכלית – המכון למדיניות ישראלית 26.3.2024) <https://did.li/DSMgT> (להלן: "התייחסות מכון תכלית להצעת חוק הירושה").

34 בדמות מתן הוראה לסגור את חשבונותיו או לשמור את תכולתם עבור קרוביו או יורשיו.

35 Reeves, Shaghaghi, Krebs & Ashenden, לעיל ה"ש 12.

36 נטייתם של אנשים להימנע מעיסוק במוות עולה, בין היתר, ממחקר שלפיו כ-44% בלבד מהישראלים כותבים צוואות. ראו דפנה הקר "מאפייניהם של סכסוכי ירושות בישראל – ממצאי מחקר אמפירי" הון משפחתי א(3) 79, 82 (2015); בירנהק ומורס זיכרונות דיגיטליים, לעיל ה"ש 33, בעמ' 100.

37 ביולי 2024 נחקק חוק הגישה. אך חוק זה, כפי שיוצג בהמשך, אינו מספק מענה לכלל ההיבטים והאתגרים בזירת העיזבון הדיגיטלי. קודם לכן הובאה הסוגיה לדיונים בוועדה לפניות הציבור ובוועדת המדע והטכנולוגיה בכנסת, אך אלה לא הבשילו לכלל אסדרה. ראו פרוטוקול ישיבה 126 של ועדת המדע והטכנולוגיה, הכנסת ה-20 (4.7.2017) (להלן: פרוטוקול ועדה 126); פרוטוקול ישיבה 98 של הוועדה לפניות הציבור, הכנסת ה-19 (1.12.2014) (להלן: פרוטוקול ועדה 98).

38 Lamm, Kunz, Riehl & Rademacher, לעיל ה"ש 25, בעמ' 390–391. אם אדם רוחש רגש עז כלפי תכשיט זול, שוויו עשוי להיות גבוה אף מזה של פריט שנרכש בסכום כסף גבוה יותר.

בעלי ערך כלכלי וניתנים להערכה בשוק ההון,³⁹ וסקרים שונים אף הצביעו על שוויים הגבוה.⁴⁰

לצד זאת, הנכסים הלא-מוחשיים מתגלים כמאתגרים יותר כאשר אדם הולך לעולמו וקרוביו או יורשיו מבקשים לגשת אליהם. ראשית, איתור מיקומו של נכס מוחשי הוא פשוט על פי רוב.⁴¹ כאשר אדם הולך לעולמו, חפציו ניתנים בדרך כלל לאיתור באמצעות צוואת המנוח, שמכוונת אל נכסי מקרקעין ומיטלטלין מסוימים, או מעצם מיקומם הצפוי בביתו. לעומת זאת, איתור נכס דיגיטלי הוא מאתגר יותר, מפני שעל פי רוב אין ביכולתם של קרובי המנוח או יורשיו לדעת אילו חשבונות מקוונים הוא פתח והיכן, מהן הסיסמאות, ואילו נכסים מצויים בהם. גם אם הצליחו הקרובים לאתרם, הגישה אליהם נשלטת מכוח הסכם שימוש בין המשתמש לבין המסדת הדיגיטלית שמאחסנת את החשבון. בהתאם, זמינותם של נכסים אלו לקרובי המנוח או ליורשיו תלויה במדיניותה של המסדת שבה הנכסים מצויים, ואין בקיומה של הוראת צוואה להבטיח שתתאפשר גישה אל הנכסים על ידי מי שאינו המשתמש.⁴²

39 עומר טנא "הסתכל בקנקן וראה מה יש בו: נתוני תקשורת ומידע אישי במאה העשרים ואחת" **רשת משפטית: משפט וטכנולוגיית מידע** 287, 309 (גיבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים 2011).

40 סקר שערך בשנת 2024 הגוף הפיננסי האמריקני Bryn Mawr Trust, בקרב 1,500 נשאלים, מצא כי מבוגר אמריקני ממוצע מעריך את שווי נכסיו הדיגיטליים ב-191,516 דולר. ראו Jamie Hopkins, *Bryn Mawr Trust Survey Reveals Americans Value Digital Assets at \$191,516 on Average, But Gaps Exist in Digital Asset Awareness and Estate Planning*, BRYN MAWR TR. (Dec. 5, 2024), <https://did.li/0Lhba>. בשנת 2013 ערכה חברת אבטחת המידע McAfee סקר שהכה גלים, בהצביעו על כך ש-88% ממשתמשי המרשתת מחזיקים במגוון מכשירים דיגיטליים וצוברים בתוכם נכסים דיגיטליים בשווי מצטבר ממוצע של כ-35,000 דולר. ראו *How Do Your Digital Assets Compare?*, MCAFEE (May 14, 2013), <https://did.li/sFs6q>. סקר דומה שערכה החברה קודם לכן הצביע על כך שמשק בית אמריקני ממוצע מעריך את סך נכסיו הדיגיטליים ב-55,000 דולר. ראו Walker, לעיל ה"ש 27, בעמ' 54. השווי הגבוה מתחלק ברובו בין זכרונות אישיים, תיעוד אישי וכלכלי, קובצי בידור ותקשורת (Hopkins, *Afterlife in the Cloud*), לעיל ה"ש 26, בעמ' 221), וכן יומני רשת, שמות מתחם (דומיינים), חשבונות של מטבעות דיגיטליים וחשבונות משחקנות (גיימינג) (Whaley & Cowling), לעיל ה"ש 28, בעמ' 6). אל כל אלה הצטרפו בשנים האחרונות גם פרופילים עסקיים, ששוויים התעצם לנוכח מדיניות של מסדות אשר מתירה לשלב בהם פרסומות (ראו, למשל, "כללי הפרסום של Meta" – **מרכז העזרה לעסקים** <https://did.li/cu1rl>). השווי מטפס עוד כאשר מדובר בנכסים דיגיטליים של עסק מקוון שמאוחסן במרשתת בלבד. למרות השווי הכלכלי הטמון בנכסים אלו, קרוב ל-15% מהמשתמשים מסביב לעולם אינם מחזיקים באמצעי אבטחה כדי להגן עליהם. עם זאת, רוב המשתתפים שהשתתפו בסקר מודעים לבעיות של גנבת זהות, גנבות כספים והונאות, ואף מודאגים מהן. ניתן לחשוב על מנגנון לביטוח נכסים דיגיטליים, בדומה למנגנון הקיים לגבי נכסים פיזיים יקרי ערך, אשר בדרך כלל אנו בוחרים לבטח (ראו סקר MCAFEE, שם).

41 Hopkins, *Afterlife in the Cloud*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 222.

42 רועי גולדשמידט **מידע לקראת דיון בנושא "עזובון דיגיטלי"** (הכנסת, מרכז המחקר והמידע 2014). מצב שיכול לפתור את הקושי הוא שאחד מהקרובים ידע מראש אילו חשבונות נפתחו ומהם שמות המשתמש והסיסמאות. ראו Hopkins, *Afterlife in the Cloud*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 224. מצב רווח

שנית, באשר לבעלות בנכס, נכס מוחשי שייך על פי רוב לאדם שיצר או רכש אותו.⁴³ לעומתו, הבעלות בנכס הלא-מוחשי, בפרט הדיגיטלי, אינה מובהקת. לעיתים הבעלות בנכס דיגיטלי שמצוי בחשבון יכולה להיות של המסדת, ולא של המשתמש.⁴⁴

אחר הוא שהמשתמש מגדיר בעודו בחיים "גישה במחדל" (ראו בירנהק ומורס זיכרונות דיגיטליים, לעיל ה"ש 33, בעמ' 20), דרך המחשב או מכשירו הסלולרי, כך שהכניסה אל החשבון המקוון היא אוטומטית ואין צורך להקיש שם משתמש וסיסמה. בהסכם השימוש של מסדות שונות משולב סעיף האוסר העברה של חשבון לידי ולישימושו של אדם שאינו המשתמש שפתח את החשבון ("No Right of Survivorship and Non-transferability"). מעצם קיומו של סעיף כזה, גישה מצד הקרובים אל החשבון עלולה להוביל לסגירת החשבון עם היוודע על גישה אסורה. כך אירע לקרוביו של לורן ויליאמס, נער שנהרג בתאונת אופנוע. אמו ניסתה לגשת אל חשבון הפייסבוק שלו באמצעות סיסמה שקיבלה מחבריו, אך בעקבות נסיונותיה לגשת לחשבון ופניותיה לפייסבוק, נחסמה הגישה לחשבון בטענה להפרת תנאי השימוש. Marie Boran, *Facebook and Gmail: What Happens to Data After Your Death?*, IRISH TIMES (Apr. 16, 2015), <https://did.li/32mmC>. יש הסבורים כי הסכם השימוש חל על המשתמש בלבד, ולא על מי מטעמו, וכי סעיף איסור ההעברה רלוונטי רק בחיי המשתמש, אולם כנגד זה נטען כי למעשה הסעיף נהפך לרלוונטי כאשר המשתמש הולך לעולמו. Jeremy de Beer & Tracey Doyle, *Dealing with Digital Property in Civil Litigation*, in ANNUAL REVIEW OF CIVIL LITIGATION 163, 178–179 (Todd L. Archibald & Randall Scott Echlin eds., 2016).

סוגיה נוספת שיכולה להקשות את הגישה לנכס דיגיטלי נעוצה במדיניות המאפשרת למשתמש למנות איש קשר לענייני הנצחה (Legacy Contact), אשר יקבל לידי גישה לתפעול החשבון לאחר מות המשתמש. ראו "מידע על אנשי קשר לענייני הנצחה בפייסבוק" מרכז העזרה של Facebook <https://did.li/KdPZH>. אם לא מונה איש קשר כאמור, לא תתאפשר הגישה אלא בכפוף לצו בית משפט. ראו, למשל, *In re Estate of Ellsworth*, No. 2005-296, 651-DE (Mich. Prob. Ct. Mar. 4, 2005) (הליך זה יכונה להלן: עתירת אלסוורת; כלל ההליכים בעניין זה יכונה להלן: ענייני אלסוורת). אם המשתמש לא מסר את פרטיו לקרוביו שיפעילו את חשבונם, יישאר החשבון פעיל. ייתכנו מקרים שבהם ייוודע למסדת על מותו, ואז יכול שהוא יינעל.

43 פרט למצבים מוגדרים, דוגמת הקבוע בס' 35 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007, שלפיו ביצירה שנוצרה לפי הזמנה הבעלים הראשון של זכות היוצרים בה הוא היוצר, אלא אם כן הוסכם אחרת בינו לבין המזמין, ואילו כאשר מדובר בדיוקן או צילום של אירוע פרטי שנוצרו לפי הזמנה, הבעלים הראשון הוא המזמין, אלא אם כן נקבע אחרת בין הצדדים.

44 כך, למשל, תמונה שצילמתי היא יצירה שהיא נכס בבעלותי. אך אם היא תועלה למסדת דיגיטלית, ייתכנו מצבים שישפיעו על הבעלות ועל הגישה לתמונה, מאחר שהמדיניות משתנה ממסדת למסדת. חלק מהן מגדירות שהן בעלות התכנים, ואילו חלקן קובעות כי תנאי השימוש אינם פוגעים בזכויות המשתמש, שנתר הבעלים. בתנאי השימוש של פייסבוק נקבע כי הבעלאת תוכן המשתמש מעניק לה "רישיון משני" לארח את התוכן, להעתיקו ולשכפלו. זוהי מדיניות משולבת שבמסגרתה היוצר המשתמש הוא בעל התוכן, אך בעצם העלאת התוכן לרשת הוא מאשר לפייסבוק לאחסן, להעתיק ולשתף אותו: "כשאתה משתף, מפרסם או מעלה תוכן המוגן בזכויות קניין רוחני (כמו תמונות או סרטונים) לשרות שלנו או בקשר אליו, אתה נותן לנו בזאת רישיון לא בלעדי, פטור מתמלוגים, הניתן להעברה, שניתן להעניק ברישיון משנה וכלל עולמי לארח את התוכן שלך, לעשות בו שימוש, הפיץ, לשנות, להריץ, להעתיק, לבצע או להציג אותו לתרגם וליצור ממנו יצירות נגזרות (בהתאם

שלישית, להורשת נכס מוחשי יש התייחסות בחוק,⁴⁵ ואילו לנכס הדיגיטלי, הנמנה עם הנכסים שאינם מוחשיים, אין התייחסות חד-משמעית.⁴⁶ לא כל נכס בעזבונו הדיגיטלי של המנוח ניתן להורשה, בין היתר בשל הימצאות הנכסים בחשבונות הכפופים לתנאי שימוש מגבילים.⁴⁷ משתמשים רבים אינם מביעים את כוונתם ורצונם באשר לגורל נכסיהם הדיגיטליים, אלא בעיקר באשר לאלה המוחשיים, שהם טריוויאליים יותר בעיניהם להורשה. העדר הנחיה בצוואה באשר לנכסים דיגיטליים יוביל לחלוקתם בהתאם לבררת המחלל בחוק הירושה, אשר סותרת לעיתים את רצונו האמיתי של המוריש.

גם מספר השחקנים שסובבים את הנכס הדיגיטלי ואופיים שונים מאלה של הסובבים את הנכס המוחשי. כאשר ענייננו בנכס מוחשי שעובר בירושה, השחקנים הם לרוב הבעלים, הירוש, קרוב משפחה שעלול להתנגד, ולעיתים הרשות שבה הבעלות רשומה.⁴⁸ כאשר עסקינן בנכס דיגיטלי, מספר השחקנים מתרחב, וביניהם נמצא את המשתמש, קרוביו, יורשיו, צד שלישי, המסדת הדיגיטלית שמארכת את הנכסים, מעסיק,⁴⁹ ולעיתים גם נאמן (fiduciary)⁵⁰ שעשוי להתמנות על ידי

להגדרות הפרטיות והאפליקציה שלך). הרישיון יסתיים כאשר התוכן שלך יימחק מן המערכות שלנו" (ס' 4.3 לתנאי השימוש באינסטגרם – "תנאי שימוש" מרכז העזרה של Facebook <https://did.li/1Fs6q>). משמע שאנו כמשתמשים מאבדים את שליטתנו הבלעדית בתוכן. ראו Emi Berry, *Who Owns The Content on Social Media?*, UNSW SYDNEY (Oct. 28, 2019), <https://did.li/iRUW>. בין כה וכה, אם הלך המשתמש לעולמו, לרוב ימנעו תנאי השימוש את מתן הגישה לחשבון המקוון לאדם אחר. ראו Lamm, Kunz, Riehl & Rademacher, לעיל ה"ש 25, בעמ' 388; Walker, לעיל ה"ש 27, בעמ' 54–55.

45 ס' 11 לחוק הירושה.

46 ראו, למשל, את דבריה של עדי קול, יושבת ראש הוועדה לפניות הציבור, בפרוטוקול ועדה 98, לעיל ה"ש 37, בעמ' 2: "ניסינו לבדוק את הנושא... במספר מקרים אצל מספר גורמים ואנחנו בעיקר ניסינו לחשוב איזה ערך, מעבר לערך הסנטימנטלי, יש לנכסים הללו ומה יש לעשות איתם והאם מגיע לשארית הברכה שלנו את הזכות להשתמש בנכסים האלה או שתהיה להם גישה לנכסים האלה אחרי מותנו. ניסינו לחפש חקיקה בנושא ולא מצאנו חקיקה ולא מצאנו מדיניות ברורה בישראל... לכן בכוונתי להגיש הצעת חוק שתכלול את הנכסים הדיגיטליים כחלק מעזבונו רגילים, חלק מכל עיזבון של אדם שנפטר". כן ראו את דבריו של עו"ד חיים כהן בפרוטוקול ישיבה 301 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-25, 5–7 (28.3.2024) (להלן: פרוטוקול ועדה 301).

47 ראו לעיל בה"ש 44.

48 כאשר מדובר במקרקעין או מיטלטלין שמחייבים רישום.

49 אם מדובר בנכס דיגיטלי שמצוי ברשות המעסיק של המנוח, כגון תיבת דוא"ל שהקצה המעסיק לעובד.

50 כאן המקום להעיר כי לתרגום הנבחר של המונח fiduciary לשפתנו יש משמעות רבה. במאמר זה אדבק בתרגום "נאמן", אך יש מקום לבחון לעומק מהו המושג המתאים לבעל תפקיד זה בענייננו, כנגזרת מתפקודו בפועל. ראו, למשל, עמיר ליכט "יחסי אמונאות בתאגיד – חובת האמון" **משפט ועסקים** יח 237, 238, ה"ש 1 (2014). הצעת ה-RUFADAA, לעיל ה"ש 4, מגדירה fiduciary כאדם מהימן שניתנת לו סמכות חוקית לנהל רכוש של אדם אחר ואשר מחובתו לפעול לטובת אותו אדם.

המנוח או על ידי בית המשפט כדי לטפל בנכסים שמצויים בעיזבון או בגישה אליהם.⁵¹

(ב) מעמד הנכסים

מעמד הנכס הלא-מוחשי ושאלת זהותו למעמד הנכס המוחשי נדונו בבתי המשפט,⁵² שם עלה כי נכסים דיגיטליים מהווים חלק ממסת הנכסים של אדם. בית משפט בקנדה הכיר בדומיין כנכס,⁵³ ובחן אם על בתי המשפט להתייחס לנכס דיגיטלי כאל נכס מוחשי, כך שיחולו עליו דיני הירושה שחלים על נכסים מוחשיים.⁵⁴ באמצעות השוואה מטפורית הסביר בית המשפט כי תפקידו של הדומיין הוא להעניק כתובת למחשבים ולאפשר למשתמשים לנווט ברחבי המרשתת כבעולם המוחשי. בהתאם נפסק כי הדומיין אכן מהווה נכס, מפני שבמרכזו של נכס ניצב מאפיין הבלעדיות של האוחז בו, ולא מאפיין גשמיותו.⁵⁵ ברוח זו פסק גם בית המשפט המחוזי בקליפורניה בעניין *PhoneDog v. Kravitz*,⁵⁶ שם עובד לשעבר המשיך להשתמש בחשבון ה-X של החברה לאחר שתמו יחסי העבודה ביניהם. בקשת החברה להסבת רכוש דיגיטלי מידיו לידיה נענתה בחיוב, ונפסק כי חשבון ברשת חברתית הוא נכס.⁵⁷

ההצעה מתייחסת לארבעה סוגי fiduciaries: מנהלי עזבונות נפטרים, "אפוטרופסים" (guardians) שבית המשפט ממנה, "סוכנים" (agents) שממונים על בסיס ייפוי כוח וכן נאמנים (trustees). ראו UNIFORM LAW COMMISSION, THE REVISED UNIFORM FIDUCIARY ACCESS TO DIGITAL ASSETS ACT: A SUMMARY (2015), <https://did.li/dZv6q> (להלן: תקציר ה-RUFADAA). הרצינול במינוי נאמן הוא להעניק למשתמשים את הכוח לתכנן את האופן שבו ינוהלו נכסיהם הדיגיטליים לאחר מותם. להרחבה ראו להלן בחלק ג2).

51 בשנים האחרונות מתגבשת במדינות שונות חקיקה ברוח הצעת ה-RUFADAA, לעיל ה"ש 4, שמגדירה את הנאמן כגורם שמעמדו מוסדר בחוק. למשל, ביוני 2020 חוקק הממשל של פרובינציית ססקצ'ואן בקנדה חוק שמתיר לנאמן את הגישה למידע הדיגיטלי של אדם שהלך לעולמו, של מי שאיבד את יכולתו לתפקד באופן עצמאי או של מי שייפה את כוחו של נאמן או עורך דין לשם ביצוע פעולות שונות בשמו, אלא אם כן דרש המשתמש אחרת במהלך חייו: *Fiduciaries Access to Digital Information Act*, S.S. 2020, c. 6 (Can.); Kristél Kriel & Erin Bokshowan, *Saskatchewan Introduces New Legislation: The Fiduciaries Access to Digital Information Act*, MLT AIKINS (Sep. 3, 2020), <https://did.li/gMbUY>.

52 ראו, למשל, *Ruscoe v. Cryptopia Ltd (in liq)* [2020] NZHC 728 at 951, 968 (N.Z.).
53 *Tucows.Com Co. v. Lojas Renner S.A.*, 2011 ONCA 548, 106 O.R. 3d 561 (Can. Ont. C.A.) (להלן: עניין *Tucows*).

54 *de Beer & Doyle*, לעיל ה"ש 42, בעמ' 170–171.
55 שם. משמע, העדרו של יסוד הגשמיות במקרה של נכס דיגיטלי אינו מוריד מהיותו נכס, שכן מאפיין הבלעדיות הוא המהותי לקביעת "נכסיותו". נקודה נוספת שמוארת בעניין *Tucows*, לעיל ה"ש 53, היא קביעת מיקום הנכס הדיגיטלי בהתאם למיקום של המשתמש ושל שרת המחשב שלו.

56 *PhoneDog v. Kravitz*, No. C11-03474, 2011 U.S. Dist. LEXIS 129229 (N.D. Cal. Nov. 8, 2011).

57 בית המשפט אישר את הבקשה והכיר בחשבון X כנכס שמהווה סוד מסחרי מוגן בבעלות החברה.

באופן דומה פסק בית המשפט העליון בגרמניה כי חשבונו המקוון של אדם שווה ערך במהותו ליומן אישי מוחשי ולפיכך מהווה חפץ בר הורשה.⁵⁸ הוריה של קטינה שהלכה לעולמה בנסיבות טרגיות פנו לפייסבוק בבקשה לגשת אל חשבון הפייסבוק שלה כדי להתחקות אחר נסיבות מותה, אך סורבו על ידי הרשת החברתית. הערכאה הראשונה הורתה לאפשר להורים גישה לחשבון, בנימוק שהמידע שנצבר בחשבון מכוסה על ידי דיני הירושה באופן שמקביל להתכתביות פרטיות. ערכאת הערעור הפכה את ההחלטה בנימוק שהסכם השימוש בין המשתמשת לבין פייסבוק תם עם מותה, ולכן החשבון אינו יכול לעבור להוריה. בתגובה עתרו הוריה לבית המשפט העליון, אשר הורה לפייסבוק לאפשר גישה לחשבון, מפני שמקובל למסור יומנים פרטיים והתכתביות ליורשים חוקיים, ואין סיבה להתייחס לנתונים דיגיטליים באופן שונה.⁵⁹ מקרה נוסף נדון בסוף שנת 2020 בבית הדין האזורי לצדק באנטליה, שם נקבע כי נכסים דיגיטליים שמוחזקים בענן וכן תיבת דוא"ל הם נכסים דיגיטליים אשר ליורש עומדת הזכות לקבלם לידיו.⁶⁰ גם בספרות נטען כי נכסים דיגיטליים הם סוג של קניין, וכי ככל

חוקרים שונים סברו כי ניתן לפתור מחלוקת כאלה באמצעות הפרדה מושגית בין החשבון לבין המידע שהוא מכיל, כגון אנשי קשר ורשימת לקוחות. ראו de Beer & Doyle, לעיל ה"ש 42, בעמ' 171. במאמר ניתנה דוגמה לפסק דין שהשיב בשלילה לשאלה אם ניתן לקבל סעדים בגין הסגת גבול במיטלטלין במרחב הסב"ר (סייבר). טענת התובעת להסגת גבול במיטלטלין לא התקבלה מאחר שהחוק הקנדי מחייב התערבות פיזית במיטלטלין, ומאחר שהפגיעה הייתה בספק שירותי המרשתת, שאינו בבעלות התובעת. שאלה מרכזית בחיקי הסגת גבול במרחב הסב"ר היא אם בית משפט יכול להחיל דיני קניין מהמרחב האמיתי על מרחב הסב"ר. להרחבה ראו שם, בעמ' 174–175.

Landgericht Berlin [LG Berlin] [Berlin Regional Court], Dec. 17, 2015, 20 O 172/15 (Ger.) 58
 (להלן: עניין פייסבוק (LG Berlin)); Bundesgerichtshof [BGH] [Federal Court of Justice], July 12, 2018, III ZR 183/17 (Ger.)
 (להלן: עניין פייסבוק (BGH)) (להלן ביחד: הליכי פייסבוק גרמניה).

מעבר לכך פסק בית המשפט כי להורי המנוחה יש הזכות לדעת עם מי התכתבה בתם הקטינה. יש המייחסים פסיקה זו לחלק מביקורת הולכת וגוברת בגרמניה כלפי פייסבוק: *Facebook Ruling: German Court Grants Parents Rights to Dead Daughter's Account*, BBC (July 12, 2018), <https://did.li/uePZH> (להלן: *Facebook Ruling*).

Antalya Bölge Adliye Mahkemesi, 6th Civil Chamber, E. 2020/1149, K. 2020/905 (Nov. 2020) (Turk.) 60
Turkish Court Issues Ruling on Digital Inheritance, 13, 2020). להרחבה ראו LEXOLOGY (Dec. 17, 2020), <https://did.li/meVgT>. תביעה זו הוגשה על ידי היורשים במטרה לקבוע שתיבת הדוא"ל וחשבון ה-iCloud של המנוח הם חלק מעזבונו. הערכאה הראשונה סירבה לאפשר את גישת היורשים אל הנכסים, בנימוק שזו תפגע בזכות לפרטיות. עוד ציין בית המשפט כי באפשרותם של היורשים לגשת לנכסים שמעניינים אותם דרך מכשירו הסלולרי של המנוח. קשה לא להתפלא על נימוק זה, המכיל סתירה פנימית, שהרי גישה לנכסיו של המנוח דרך מכשירו הסלולרי מהווה גם היא פגיעה בפרטיותו (ובזו של צד שלישי). מכל מקום, ערכאת הערעור הפכה את ההחלטה, בקובעה כי נכסים דיגיטליים דוגמת חשבון דוא"ל או iCloud הם חלק מעזבונו המנוח, וכי בית המשפט המחוזי שגה במונעו את הגישה אליהם בעילת הזכות לפרטיות. נפסק כי סעיף הירושה בחוק האזרחי צריך לחול גם על נכסים דיגיטליים, כפי שהוא חל על נכסים מוחשיים, וכי בהמשך

שנכס דיגיטלי מתפקד ופועל בדומה לנכס פיזי כן גוברת ההצדקה לראות בו נכס שניתן להורשה.⁶¹

העידן הטכנולוגי שבו אנו מצויים מגביר את שכיחותם של נכסים דיגיטליים, שמהווים חלק בלתי נפרד מחיי האדם.⁶² בגלל העדר המוחשיות שלהם, האדם הממוצע רואה בעיקר בנכסיו המוחשיים משום "נכסים של ממש", גם כאשר ענייננו בעריכת צוואה. אך נכסו של אדם מוגדר ככזה מתוקף יסוד הבעלות שבו, ואילו יסוד המוחשיות הוא משני. מכאן שנכס לא מוחשי הוא שווה ערך במעמדו לנכס מוחשי, ומהווה חלק ממסת הנכסים של אדם בחייו וחלק מעזבונו במותו.

2. המסגרת הנורמטיבית

עם סוגי החשבונות המקוונים שבידי המשתמש הממוצע נמנים חשבונות דוא"ל, פרופילים ועמודים ברשתות חברתיות ובמסדות דיגיטליות אחרות. החשבונות מכילים פריטים מסוגים שונים: נכסים דיגיטליים (כגון יצירות המוגנות בזכויות קניין רוחני), מידע על רכוש,⁶³ מידע אישי ומידע מסחרי.⁶⁴ שאלת המסגרת הנורמטיבית המתאימה לאסדרתם שנויה במחלוקת בין שתי גישות. שתיהן תורמות לעיצוב השיח על העיזבון הדיגיטלי והזירה שמתהווה סביבו, ולעת עתה אין בכוונתי להכריע ביניהן. האחת רואה את דיני הפרטיות כמספקים מענה מתאים,⁶⁵ וזאת בהתבסס, בין היתר, על כך שבנכסים הדיגיטליים כלול מידע אישי רב, אשר אינו יכול להיחשב קניין, ולכן אינו זוכה בהגנה קניינית, אלא לכל היותר בהגנה מתוקף דיני הגנת הפרטיות, אשר מאפשרים לאדם לשלוט במידע על אודותיו.⁶⁶ לשיטת הגישה האחרת, נכסים דיגיטליים מטופלים במסגרת דיני הקניין ככל נכס אחר, גם לאחר מות בעליהם, שאז הם מתקבצים לעיזבון דיגיטלי. משמעות החלתם של דיני הירושה על נכסים דיגיטליים היא שאפשר לייעד את קניינו הדיגיטלי של אדם לאחרים גם באמצעות ירושה. בגזרה זו, נכסים שלא שויכו ליורש ספציפי יחולקו על פי כללי בררת המחלוקת שנקבעו בחוק הירושה – למשל, לבן הזוג של המנוח ולילדיו.⁶⁷

ניתן להדגים את שתי הגישות באמצעות התבוננות על תיבת הדוא"ל. בבסיס הגישה הראשונה מצויה הטענה כי למתן גישה לתיבת דוא"ל יש משמעויות מרחיקות לכת,

יידרש לקבוע אם מתן גישה ישירה ליורשים לחשבונות מקוונים תהיה חוקית. משמע, בעוד נכסים דיגיטליים אמורים להיקבע כחלק מהעיזבון, הגישה אליהם בפועל עלולה להתגלות כמורכבת יותר.

61 Banta, *Property Interests in Digital Assets*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1134.

62 Robert Frank, *Metaverse Real Estate Sales Top \$500 Million, and Are Projected to Double This Year*, CNBC (Feb.1, 2022), <https://did.li/S96aa>.

63 Birnhack & Morse, *Property or Privacy?*, לעיל ה"ש 13, בעמ' 282.

64 Whaley & Cowling, לעיל ה"ש 28, בעמ' 7.

65 Birnhack & Morse, *Property or Privacy?*, לעיל ה"ש 13, בעמ' 282.

66 ביטוי לכך עולה, למשל, בס' (5)2 ו- (8) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

67 de Beer & Doyle, לעיל ה"ש 42; ס' 11(א)(1) לחוק הירושה.

מאחר שהמציוי בה מהווה מידע אישי שכפוף לדיני הגנת הפרטיות, ובהיותו כזה, אי-אפשר להורישו.⁶⁸ לשיטת הגישה השנייה, תיבת דוא"ל עשויה להכיל נכסים בעלי שווי כלכלי שמחייבים טיפול, וגם תכתובות הדוא"ל עצמן יכולות להוות יצירות מוגנות בזכויות יוצרים, וככאלה הן חלק ממסת הנכסים המצויה בעזבון המנוח.⁶⁹ העמדה הקניינית ניכרת באופן בולט בהתייחסותה של הצעת החוק האמריקנית לגישת נאמנים לנכסיהם הדיגיטליים של נפטרים,⁷⁰ אשר משתמשת במונחי נכסיות וירושה,⁷¹ וכן בגישתן של מדינות באיחוד האירופי, המביעות עמדה ברורה כי המסגרת המתאימה לעיזבון הדיגיטלי היא דיני הירושה.⁷² במובן הפשוט ניתן לומר כי מרגע שאדם הלך לעולמו והשאיר אחריו נכסים אשר מתבצעת (או מתבקשת) גישה אליהם, אנו מצויים באירוע קנייני-ירושה. במובן מתקדם יותר, בדיני הקניין כלולות זכויות קנייניות במקרקעין ובמיטלטלין וגם זכויות אובליגטוריות לקבל כסף או נכס. גם גישה לעיזבון דיגיטלי ניתן לראות כזכות אובליגטורית לקבל נכס. במאמר מכוון שמבסס את הנכס הדיגיטלי על בסיס תאוריות שונות בדיני הקניין, סברה בנטה כי החשיבות של שימוש, החזקה ושליטה בנכס דיגיטלי היא שהם יוצרים אצל האדם אינטרס הסתמכות

68 בירנהק ומורס זיכרונות דיגיטליים, לעיל ה"ש 33, בעמ' 26; Lilian Edwards & Edina Harbinja, *Protecting Post-mortem Privacy: Reconsidering the Privacy Interests of the Deceased in a Digital World*, 32 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 83 (2013) (להלן: Edwards & Harbinja, *Protecting Post-mortem Privacy*).

69 דרו ופררה גורסים במאמרם כי תכתובות דוא"ל הן יצירתו של מי שכתב אותן, ועל כן יש להכיר בהן כרכוש הכותב וכמוגנות בזכויות יוצרים: Jonathan J. Darrow & Gerald R. Ferrera, *Who Owns a Decedent's E-mails: Inheritable Probate Assets or Property of the Network?*, 10 N.Y.U. J. LEGIS. & PUB. POL'Y 281, 313 (2007). מאוזן סבור כי שירים, מאמרים, צילומים, סרטונים ואפילו עדכוני סטטוס ברשת החברתית זכאים באופן פוטנציאלי להגנת זכויות יוצרים. ראו Jason Mazzone, *Facebook's Afterlife*, 90 N.C. L. REV. 1643, 1649, 1651 (2012). הרביניה, לעומת זאת, גורסת כי אין להניח שכל התוכן זכאי באופן אוטומטי להגנת זכויות יוצרים, וכי הדבר תלוי במילוי דרישות משפטיות, כגון פרסום, מקוריות וקיבוע, כנהוג ברוב מדינות העולם. ראו EDINA HARBINJA, *DIGITAL DEATH, DIGITAL ASSETS AND POST-MORTEM PRIVACY: THEORY, TECHNOLOGY AND THE LAW* 84, 92-93 (2023).

70 ראו בהרחבה להלן בחלק ג(ג).

71 לצד ניסוחים מעולם הגנת הפרטיות, אך המסגרת המרכזית בהצעת חוק זו היא קניינית באופייה.

72 סדר הדין האזרחי ההולנדי מבהיר כי היורשים מקבלים לידיהם את כל שהיה בבעלות המנוח, לרבות נכסים דיגיטליים. בהולנד אין צורך להעביר באופן רשמי את הנכסים באמצעות חוזה או צוואה, מאחר שלשיטת הדין המקומי העברה זו מתרחשת באופן טבעי. באסטוניה סדר הדין האזרחי חל גם על עזבונות דיגיטליים, ולפיו זכויותיו וחובותיו של אדם שהלך לעולמו מועברות ליורש, לרבות בעלות בנכסים שונים. מאחר שנכסים דיגיטליים מוכרים כנכסים רגילים, אין כללים ספציפיים שמסדירים את הירושה הדיגיטלית, והיורשים נכנסים באופן אוטומטי לנעלי הנפטר גם בהקשר של נכסים אלו – כל זאת אלא אם כן חוזה או הסכם קבעו במפורש אחרת. ראו Mikk & Sein, לעיל ה"ש 11; Kristen-Alex Kolk, *Digital Inheritance in the European Union* 21-24 (2020); (Bachelor's thesis, Tallinn University of Technology).

שרואה בנכס זה קניין שניתן להורשה בהתאם לרצון המוריש. עוד הסבירה בנטה כי אם נכס כזה ניתן להעברה במהלך חיי האדם, הוא אמור להיות ניתן להעברה גם במוותו.⁷³ במקורות שונים כונה העיזבון הדיגיטלי בשמות אחרים, כגון "זיכרונות דיגיטליים",⁷⁴ "מורשת דיגיטלית"⁷⁵ או "שיירים דיגיטליים". לשיטת חלק מהמחברים, העדפת הכינויים האחרים נובעת מן הטעם שבבחירה במילה "עיזבון" יש כדי להעיד על נקודת מוצא קניינית באשר למידע האישי שנצבר בחשבונות שהשאיר המנוח,⁷⁶ וזו עלולה להוביל להעברת פריטים דיגיטליים שאינם מהווים קניין לידי יורשים. אך בהיבט השפתי והתרבותי המונח "עיזבון" שגור, והשימוש בו כבר מוכר לכל בהקשר של סך הרכוש, הנכסים, הזכויות והחובות שהיו לאדם שהלך לעולמו.⁷⁷ כמו כן, נימוק זה מתעלם הן מהעובדה שגם בחוק הירושה הוחרגו נכסים שאינם ניתנים להורשה⁷⁸ והן מחופש הציווי של המוריש, המאפשר לו להחריג מעזבונו נכס כרצונו בהוראות צוואה או בהנחיות שהשאיר מחוץ לה, ואין במונח "עיזבון" ובמסגרת קניינית כדי למנוע זאת.⁷⁹ לבסוף, בדיני הירושה נמצאת המומחיות הרלוונטית לטיפול במפגש שבין המוות לבין נכסים, חפצים וכל מה שהשאיר אחריו האדם שמת, ובכלל זה גם תמונות, מסמכים ושאר קבצים מסוגים שונים שמהווים את נכסיו הדיגיטליים. על מנת לצמצם ככל האפשר את חוסר הוודאות באשר לגורלו של מידע אישי שמצוי בעיזבון הדיגיטלי, וככל

73 וכן כי ככל שנכס דיגיטלי מתפקד ופועל כמו רכוש פיזי, הסיכוי שיהיה אפשר להעבירו בירושה גדל. ראו Banta, *Property Interests in Digital Assets*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1134.

74 בירנהק ומורס **זיכרונות דיגיטליים**, לעיל ה"ש 33.

75 Prashant Mali & Aswathy Prakash G, *Death in the Era of Perpetual Digital Afterlife: Digital Assets, Posthumous Legacy, Ownership and Its Legal Implications*, 15 NAT'L L. SCH. J. 124 (2020).

76 בירנהק ומורס **זיכרונות דיגיטליים**, לעיל ה"ש 33, בעמ' 14–16; מיכאל בירנהק וטל מורס "מחפצי זיכרון לזיכרונות דיגיטליים" **משפט, חברה ותרבות** ז: משפט והמפנה החומרי 387, 406–407 (ליאורה בילסקי וענת רוזנברג עורכות 2024).

77 החקיקה בישראל אינה מספקת הגדרה למונח "עיזבון", אך מקורות חיצוניים לחוק מגדירים אותו כסך כל הרכוש, הנכסים, הזכויות והחובות שהיו לאדם בעת מותו. ראו, למשל, "עיזבון" **כל זכות** (2.3.2025). <https://did.li/neVgT>. האפוטרופוס הכללי הבהיר כי "עיזבון הוא מונח המתאר את הרכוש שהמנוח הותיר כמו זכויות בדירה, רכב, כספים בחשבון בנק או חובות". ראו האפוטרופוס הכללי והממונה על ענייני ירושה **מרויך לירושי של מנוח שלא הותיר צוואה** 5 (2023). הגדרה נוספת לעיזבון היא רכוש שאדם מותיר אחריו לאחר מותו או סך הנכסים וההתחייבויות של האדם המת. BLACK'S LAW DICTIONARY, לעיל ה"ש 5, בערך *Estate*. העיזבון מתחלק בין יורשי הנפטר לפי ההוראות בצוואתו. אם המנוח לא הותיר צוואה, העיזבון מחולק בהתאם לחוק הירושה.

78 למשל, כאשר ענייננו בכספים שמקורם בזכויות סוציאליות שונות, כגון קרנות פנסיה וגמל. ראו ס' 147 לחוק הירושה; האפוטרופוס הכללי והממונה על ענייני ירושה, לעיל ה"ש 77, בעמ' 5.

79 ברוח זו יהיה נכון לראות את עזבונו הדיגיטלי של אדם כמטרייה שתחתיה חוסים סוגים שונים של נכסים שבבעלותו. חלקם יטופלו במסגרת דיני הירושה, וחלקם – במקרים מסוימים ובהתאם לתכולת העיזבון הנדון – במסגרת דיני הגנת הפרטיות או חסיונות הקבועים בחוק. ראו Lamm, Kunz, Riehl & Rademacher, לעיל ה"ש 25, בעמ' 388.

שהמנוח לא הביע הסכמה מפורשת לגישה אליו, ראוי לכלול במסגרת אסדרת הנושא מענה מוקפד ומפורש לעצם קיומם של סוגים שונים של נכסים ומידע בסך העיזבון,⁸⁰ אשר ייתכן שחלקם מזיקים מענה ייעודי מחוץ לדיני הירושה. זאת, בין היתר, מפני שדיני הקניין אינם מתאימים לטיפול במצבי פרטיות, ובשל החשש לחשיפת מידע אישי שמצוי בתכולת העיזבון הדיגיטלי,⁸¹ כגון כתיבה של אדם עבור עצמו כביומן אישי או תכתובות אישיות עם אחרים, אשר סביר שיימצאו בהם פרטים החוסים תחת הגנת הפרטיות.

3. פגי בוש

כאשר הסיסמה הולכת עם המנוח אל הקבר, החשבונות המקוונים שבהם מצוי העיזבון נותרים כשהיו בתקופת חייו – פעילים אך נעולים מפני גישת אחרים,⁸² וכך קרוביו נותרים חסומים בדרך כלל מלגשת אליהם.⁸³ כאשר הם פונים בבקשה לגשת אל העיזבון, הם מנסים על פי רוב לנמקה בטעמים של אבל והנצחה, ברצון להיחשף לצדדים שהם לא הכירו אצל המנוח, בצורך לאתר נכסים ומידע, ובמקרים מסוימים ברצון להתחקות אחר נסיבות המוות.⁸⁴ דוגמה לכך הוא סיפורה של פגי בוש, אלמנה בת שבעים ושתיים שננעלה מחוץ למכשיר האיפד המשותף לה ולבעלה המנוח, מאחר שלא הייתה לה הסיסמה לחשבון האפל איי-די שהוגדר במכשיר.⁸⁵ בוש פנתה לאפל בבקשה לקבל את הסיסמה, ותמכה את בקשתה במידע הדרוש לזיהויה, אך ענקית

80 ראו "התייחסות מכון תכלית להצעת חוק הירושה", לעיל ה"ש 33, בעמ' 5-7.

81 בירנהק ומורס **זיכרונות דיגיטליים**, לעיל ה"ש 33, בעמ' 101.

82 מחקר שנערך באוניברסיטת אוקספורד הצביע על עתידה של הרשת החברתית פייסבוק כבית העלמין הדיגיטלי הגדול בעולם. לפיו, עד לשנת 2070 ישתווה מספר החשבונות השייכים למשתמשים מתים למספר המשתמשים החיים, ואף יחצה אותו. Carl J. Öhman & David Watson, *Are the Dead Taking Over Facebook? A Big Data Approach to the Future of Death Online*, BIG DATA & SOC'Y, Jan.–June 2019. הישארות החשבון פעיל כפופה למדיניות המסדת. ב-Microsoft, למשל, נקבע כי בחלוף שנתיים שבהן לא בוצעה כניסה לחשבון, הוא ייסגר ויימחק. ראו *Microsoft Account Activity Policy*, MICROSOFT (Nov. 6, 2020), <https://did.li/clYOf>.

83 המקרה מסתבך כאשר מדובר בחשבון מקוון שהוחזק במשותף עם בן זוג. ראו *In re Scandalios*, No. 2017-2976/A, 2019 WL 266570 (N.Y. Sur. Ct. Jan. 14, 2019) (להלן: **עניין סקנדליוס**).

84 **עניין פייסבוק** (LG Berlin), לעיל ה"ש 58. ראו גם את סיפורה של מולי רסל בת הארבע-עשרה, אשר שמה קץ לחייה בשנת 2017 לאחר שצפתה בתמונות של התאבדות ופגיעה עצמית באינסטגרם: *Molly Russell: Social Media Users 'At Risk' over Self-Harm Inquest Delay*, BBC (Feb. 8, 2021), <https://did.li/sNbUY>; Angus Crawford, *Molly Russell: Coroner Demands Social Media Firms Turn Over Account Data*, BBC (Nov. 20, 2019), <https://did.li/aiVIw>.

85 Rosa Marchitelli, *Apple Demands Widow Get Court Order to Access Dead Husband's Password*, CBC (Jan. 19, 2016), <https://did.li/706aa>.

הטכנולוגיה סירבה, והשיבה כי על האלמנה לפתוח אפל איי-די חדש.⁸⁶ ילדיה של בוש לא ויתרו, והציגו לאפל אסמכתאות נוספות, כגון המספר הסידורי של המכשיר, תעודת הפטירה של המנוח וצוואתו. אך אפל עמדה על סירובה, והתנתה את מתן הגישה בקבלת צו מבית משפט.⁸⁷ בשל חוסר רצון להיכנס להליך משפטי, נאלצה בוש לוותר ולרכוש מכשיר חדש משלה.⁸⁸

מחד גיסא, מתרחיש זה עולה דרישה חסרת פרופורציה לכאורה מצד אפל. הרי תהליך הגשת הבקשה לקבלת צו בית משפט יעלה לבוש כסף רב וימשך זמן לא ידוע,⁸⁹ ומדובר במתן גישה לחשבון מקוון אשר תכולתו ידועה ושוויו הכספי נמוך לכאורה.⁹⁰ מאידך גיסא, אפל הגדירה בתנאי השימוש שלה כי חשבון האפל איי-די ותכולתו אינם ניתנים להעברה לאדם אחר,⁹¹ ועל אלה חתם המנוח בחייו.⁹²

זוהי דוגמה אחת להתרחשות שהישנותה הולכת וגוברת, ועלולה להתרחש כל אימת שמתמלאים התנאים הבאים: אדם שהלך לעולמו החזיק בחייו בחשבון מקוון כלשהו; רצונו באשר לגורל עזבונו הדיגיטלי לא הובע או אינו ידוע; וקרוביו מעוניינים לגשת אל החשבון אך אין ברשותם את פרטי הגישה.⁹³ במענה למורכבות זו השיקה אפל בשנת

86 המשמעות בפועל היא רכישה מחדשת של כל היישומנים, שחלקם כבר הותקנו על המכשיר תמורת תשלום. ראו *Welcome to iCloud*, APPLE, <https://did.li/iCJgT>, at ch. IV (להלן: תנאי השימוש ב-iCloud): "...unless otherwise required by law, you agree that your Account is non-transferable and that any rights to your Apple Account or content within your Account terminate upon your death. Upon receipt of a copy of a death certificate your Account may be terminated and all content within your Account deleted. Contact iCloud Support at <https://support.apple.com/icloud> for further assistance"

87 מערויות שונות עולה כי קרוביהם של משתמשים שנפטרו נדרשים לא פעם להמתין כמה חודשים עד שאפל תקבל החלטה: *PeeVeeGee, I Inherited an Ipad from My Brother (Died Last Autumn) but Not His AppleID and Password. I Need to Reset It. How Do I Do That?*, APPLE (Apr. 20, 2017), <https://did.li/X2JgT>.

88 לפי פרסומים לא רשמיים, לאחר התערבות תקשורתית יצרה אפל קשר עם בוש וסייעה לה ללא צו. אך לא לכל משתמש אפל יש אפשרות להקים קול צעקה וליצור עניין תקשורתי, בפרט כאשר מדובר במשתמשים קשישים.

89 דוגמאות להליכים שנמשכו זמן רב עד למתן החלטה או גישה בפועל ראו להלן בה"ש 93.

90 לטענת בוש, החשבון כלל רק משחקים ויישומנים שנקנו והורדו למכשיר. Marchitelli, לעיל ה"ש 85.

91 תנאי השימוש ב-iCloud, לעיל ה"ש 86.

92 גם לואיז קיי התאלמנה וננעלה מחוץ לחשבונות ששימשו אותה ואת בעלה המנוח. לדבריה, הפן הדיגיטלי בעזבונו של בעלה הוא שיצר את הבעיות המורכבות בכל הנוגע בסידורים שלאחר מותו, ובלשונה: "דייוויד היה מסודר מאוד, ואסף ותיעד את כל הסיסמאות שלו במקום אחד... אך מאחר שהוא נפטר בפתאומיות, הוא לא הספיק לומר לי מהי הסיסמה הראשית..." (תרגום שלי). ראו Lucy Warwick-Ching, *From Facebook and iTunes to Cryptocurrencies—What Happens to Your Digital Assets When You Die?*, FIN. TIMES (Nov. 22, 2019), <https://did.li/wtzOf>.

93 משכל אלה מתקיימים, הקרובים פונים בדרך כלל אל המסדת הדיגיטלית בבקשת גישה, אך זו

2023 עדכון תוכנה שמאפשר מינוי איש קשר לענייני הנצחה (Legacy Contact) – אדם שהמשתמש בוחר בעודו בחיים כמי שתאפשר לו גישה עקיפה לחשבון באופן מאובטח.⁹⁴ אך למרות פתרון זה ייתכנו מקרים רבים שבהם למשתמש אין איש קשר – בין משום שהוא לא הספיק למנותו ובין משום שאפשרות זו עוד לא הייתה קיימת, כבענייננו – וכך קרובי המשתמש נאלצים לפעול במסלול הסבוך לקבלת צו. בשנת 2015 טרם התאפשר מינוי איש קשר לענייני הנצחה, ולפיכך הציגה משפחת בוש לאפל את צוואתו של בוש ובה הוראה להעביר לידי האלמנה את כל שברשותו, ובכלל זה נכסים כגון רכב, בית וכספים. והינה, למרות המשמעויות הבירוקרטיות הנלוות, העברתם של אלה ליורשים מבוצעת בקלות יחסית.⁹⁵ אם כך, מדוע לא מתאפשרת באותה קלות גם מסירת נכסיו הדיגיטליים של המנוח בהתאם להוראת צוואה?⁹⁶ נראה שהתשובה נעוצה, ראשית, בהימצאותם של הנכסים הדיגיטליים בידי המסדת הדיגיטלית; שנית, במאפייניו הייחודיים של הנכס הדיגיטלי⁹⁷ ובקיומן של שאלות באשר לתחולתו של חוק הירושה על נכסים דיגיטליים, כגון באיזה אופן יש לשלבם במסגרת מסת הנכסים הכוללת של האדם, ואילו מגבלות יחולו עליהם;⁹⁸

מסרבת על פי רוב לאפשרה ללא צו בית משפט. הליך בקשת צו מבית משפט כרוך בהוצאות, ועלול להימשך זמן רב, תוך שענן האבל מרחף מעל. להלן משכי הזמן שנרשמו במקרים אחדים שנעמיק בהם בהמשך: ענייני אלסוורת, לעיל ה"ש 42 (ארצות הברית) – כחצי שנה; הליכי פייסבוק גרמניה, לעיל ה"ש 58 – כשלוש שנים; עניין סקנדליוס, לעיל ה"ש 83 (ארצות הברית) – כשנה; *Thompson v. Apple* (unreported, Cent. London Cnty. Ct. 2019) (U.K.) (אנגליה) – ארבע שנים (להלן: עניין תומפסון). בישראל, בצ"ו (אזורי ב"ש) 18-12-47885 עובד ברזובסקי – שירותי בריאות כללית המרכז הרפואי האוניברסיטאי "סורוקה" (אר"ש 16.9.2019) (להלן: עניין ברזובסקי), נמשך ההליך חמישה חודשים בלבד מיום הגשת הבקשה (אם כי סביר שמיון המידע ומסירתו נמשכו זמן נוסף). מדובר בטיפול מהיר באופן יחסי לעולם, אך לטעמי לא מהסיבות הנכונות. אומנם נפסק במקרה זה כי יש לאפשר גישה, אך הדיון שהתקיים לא היה מעמיק ורחב דיו. ראו בחלק ב2(א) להלן.

94 איש הקשר יקבל גישה לתמונות, להודעות, לפתקים, לקבצים, ליישומונים ולגיבוי מכשירים, אולם לא תאפשר לו גישה אל מה שמוגדר Certain Information – שפירושו סרטים, מוזיקה, ספרים ומנויים שנרכשו דרך האפל איי-די של המשתמש – וגם לא לנתונים שנשמרו ב"מחזיק המפתחות" (אמצעי תשלום וסיסמאות). ראו *Request Access to an Apple Account as a Legacy Contact*, APPLE (Nov. 18, 2025), <https://support.apple.com/en-gb/HT212361>.

95 ובהעדר צוואה – לפי הקבוע בפרק שני לחוק הירושה.

96 בהקשר זה יוער כי הספרות הצביעה על האפשרות שמסירה אקטיבית של סיסמה מצד המשתמש לקרוביו במהלך חייו יכולה להעיד במידת מה על הרשאה לגשת לחשבון. Cummings, לעיל ה"ש 11, בעמ' 933. אך ייתכנו מצבים שבהם הסיסמה לא נמסרה על ידי המשתמש במהלך חייו, אלא נרשמה בפנקס שבמגירה, ובכך אין משום הרשאה מפורשת. על חשיבותה של הסכמה פוזיטיבית מצד המשתמש ראו להלן בחלק ב1(ד)1.

97 ראו לעיל בחלק א1(א).

98 למשל, האם ניתן להעבירם לאדם אחר בכל מצב? האם ניתן להעביר את כל הנכסים הדיגיטליים? אם לא – האם ראוי שישולבו הגדרות שיבהירו אילו נכסים מועברים ואילו לא, תוך שקלול כלל האינטרסים של השחקנים שעלולים להיפגע מכך?

ושלישית, בהיותה של זירת העיזבון הדיגיטלי מארג מורכב של שחקנים, זכויות ואינטרסים, יותר מאשר זירת העיזבון ה"רגיל" בממד המוחשי.

פרק ב: התנגשויות בזירת העיזבון הדיגיטלי

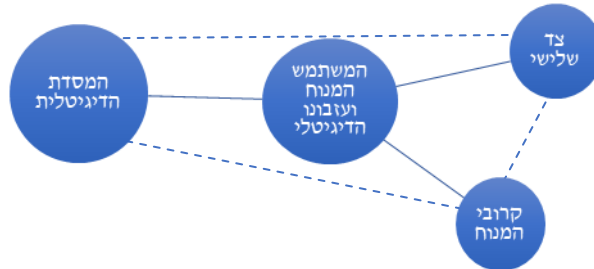
עם מותו של אדם, הטיפול בנכסיו במרחב המוחשי מערב בדרך כלל שחקנים מוכרים, ביניהם המנוח עצמו, יורשיו, קרוב משפחה שייתכן שיתנגד לקיום הצוואה, ולעיתים הרשות שבה נרשמת בעלות על נכסים שמחייבים זאת. לעומת זאת, זירת העיזבון הדיגיטלי בנויה באופן סבוך יותר, ובין שחקניה העיקריים נמצא גם צדדים שלישיים ואת המסדת הדיגיטלית. השחקנים השונים מחזיקים בזכויות או באינטרסים כלפי העיזבון הדיגיטלי, ועם מותו של המשתמש מתעוררות התנגשויות בין כולם: בין זכות המשתמש בעזבונו לבין הסכם השימוש של המסדת הדיגיטלית; בין האינטרס של המסדת הדיגיטלית לבין האינטרס של הקרובים; בין זכויות צד שלישי לבין האינטרס של המסדת הדיגיטלית; בין זכויות המשתמש בעזבונו לבין האינטרס של קרוביו; ובין זכויות צד שלישי⁹⁹ לבין האינטרס של הקרובים,¹⁰⁰ אשר אינם כפופים להסכם השימוש (ראו תרשים 1).¹⁰¹

99 צד שלישי הוא בן שיח של המנוח שאינו נמנה עם קרובי משפחתו ואשר חיצוני להתקשרות שבין המשתמש לבין המסדת הדיגיטלית. צד שלישי עשוי להיות בעל מקצוע, חבר, קולגה, צד לרומן וכדומה, הוא אינו כפוף להסכם השימוש שעליו חתם המשתמש במסדת, ואין לו דרך להתנות עליו כדי למנוע פגיעה שעלולה להיגרם לו. פגיעה זו עלולה להיות מורכבת יותר מהפגיעה במשתמש שכבר הלך לעולמו, מפני שזכות המנוח לפרטיות אינה מוגנת בחוק (ראו ס' 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפורופסות, התשכ"ב-1962 (להלן: חוק הכשרות)), וגישה לתיבת דוא"ל שמצויות בה תכתובות עם צד שלישי פוגעת בפרטיותו של האחרון.

100 קרוביו של המשתמש המנוח הם בני משפחתו. חלקם ייגשו "במחדל" אל הנכסים הדיגיטליים שהותיר המנוח, בזכות פרטי הגישה לחשבון שהמנוח שמר בדפדפן, וחלקם ינסו לגשת באופן אקטיבי אל הנכסים למטרות הנצחה. ראו את ההסבר שסיפק אביו של ג'סטין אלסוורת לבית המשפט האמריקני באשר למטרת הגישה אל תיבת הדוא"ל של בנו: עתירת אלסוורת, לעיל ה"ש 42; *Dead Marine's E-Mail Raises Legal Issues*, FOX NEWS CHANNEL (Apr. 22, 2005), <https://did.li/ya7aa>.

101 כאן המקום לעמוד על הבחנה חשובה בין הצד השלישי לבין הקרובים. גם קרובי המנוח מהווים צד שלישי לעזבונו, אך יש להפריד בין השניים, מפני שייתכן שלקרובים יש אינטרסים שונים מאלה של צד שלישי, שירשו איוונים שונים.

תרשים 1: צירי ההתנגשות בין השחקנים השונים בזירת העיזבון הדיגיטלי



התנגשויות אלו יוצרות השלכות כבדות משקל,¹⁰² ומתרחשות במציאות של חוסר ודאות – הן מפני שרצון המנוח באשר לגורל נכסיו הדיגיטליים אינו ידוע תמיד, והן מפני שהעיזבון הדיגיטלי הוא תחום בעל ותק קצר, וטרם גובשו מבחנים להכרעה בהתנגשויות אלו. כעת ינותחו שלושה מקרי מבחן שבמרכזם עיזבון דיגיטלי ומתגלמות בהם התנגשויות שונות.¹⁰³ מהניתוח נוכל להצביע על שתי מסקנות עיקריות: **הראשונה** היא כי הסכמתו הפוזיטיבית של המנוח היא שצריכה להנחות אותנו בגיבוש מענה לשאלה אם יש לאפשר גישה לעזבונו הדיגיטלי; **והשנייה** היא כי הצד השלישי הוא השחקן החלש בזירה, ומכאן שעל מענה אסדרתי לתופעת העיזבון הדיגיטלי לכלול פתרון שיספק הגנה ברורה על זכויותיו.

1. התנגשות א: כבוד המנוח וזכותו לפרטיות מול האינטרס של הקרובים לגשת אל עזבונו הדיגיטלי

בעוד לכתו של אדם מן העולם המוחשי היא מוחלטת, נוכחותו בעולם הדיגיטלי נמשכת לעיתים זמן רב אחר כך. במרחב הדיגיטלי נשאר שובל של פעילות שהוא יצר בעודו בחיים, ובו נכסים דיגיטליים שיכולים להוות נחמה לקרובי המנוח.¹⁰⁴ עובדה זו מעוררת

102 למשל, גישת קרובים לחשבון המנוח תחשוף לפניהם תכתובות ומסמכים אשר לצד שלישי יש זכות או אינטרס בהם, או לפריטים שמצויים תחת חסיונות כגון עו"ד-לקוח ומטפל-מטופל. ראו ס' 48–50 (א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971.

103 שתי התנגשויות שלא ינותחו במאמר זה הן זו שבין המשתמש לבין המסדת הדיגיטלית וזו שבין הצד השלישי לבין המסדת הדיגיטלית. בראשונה מצויות סוגיות קריטיות אשר חורגות באופן משמעותי ממרחב הדיון של מאמר זה, שעניינו הוא העיזבון הדיגיטלי, וחלקן אף מוסדרות בדרך כלל במסגרת הסכם השימוש שעל המשתמש לאשר במעמד פתיחת החשבון במסדת. באשר להתנגשות השנייה, מדובר בנושא מורכב ורגיש שראוי לדיון והעמקה במסגרת מחקר נפרד.

104 עוזי ברוך "אם שכולה נאבקה על הפייסבוק של בנה" ערוץ 7 (10.10.2014). <https://www.inn.co.il/news/285305>

שאלות באשר להימשכותן של זכויות שעמדו לאדם במהלך חייו גם לאחר לכתו מן העולם, ומהבולטות שביניהן היא זכותו לפרטיות. ככלל, זכותו של המנוח לפרטיות מוטלת בספק,¹⁰⁵ מפני שהיא אינה תקפה לאחר המוות.¹⁰⁶ עם זאת, זכותו של אדם לפרטיות נגזרת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והפסיקה הישראלית עמדה על חשיבות ההבנה שכבוד האדם כולל גם את כבודו של המת.¹⁰⁷

(א) עניין אלסוורת

העזיבון הדיגיטלי עלה למודעות הציבורית ונקש לראשונה על דלת בית המשפט בשנת 2004 בארצות הברית, עם נפילתו בקרב של חייל המרינס ג'סטין אלסוורת בעת שירותו בעיראק.¹⁰⁸ אלסוורת היה בן עשרים בנופלו, ללא רעיה או ילדים, ומטבע הדברים הוא לא ערך צוואה מימיו.¹⁰⁹ במשך שירותו הוא התכתב עם בני משפחתו באמצעות תיבת דוא"ל שפתח במסדת הדיגיטלית יאהו. לאחר נפילתו פנה אביו אל יאהו בבקשה לגשת אל תיבת הדוא"ל של בנו, מפני שלא הייתה ברשותו הסיסמה. המסדת סירבה, בהסכמה כי במעמד פתיחת התיבה חתם המנוח על הסכם שימוש אשר מבהיר כי הסיסמה ותפעול התיבה הם באחריותו המלאה והבלעדית של המשתמש עצמו, וכי לא תתאפשר העברתה לידי אחר.¹¹⁰ משפחת אלסוורת לא הרימה ידיים, ופנתה לבית המשפט המקומי במישיגן בבקשה לקבלת צו שורה ליאהו לאפשר לה גישה לתיבת הדוא"ל של הבן. בראיונות שונים נימקה המשפחה את בקשתה ברצון ליצור אלבום שבו ייכללו כל מכתביו של ג'סטין, במטרה לשמר את דבריו האחרונים.¹¹¹ עוד נכתב כי הבקשה נועדה לצורכי איתור מידע על נושאים אדמיניסטרטיביים, סוגיות אישיות, איתור נכסים והתחייבויות אחרות של העזיבון.¹¹² באפריל 2005 הוציא בית המשפט צו המורה ליאהו למסור לידי האב את כל תוכן התיבה של המנוח, לרבות תכתובות דוא"ל, מסמכים ותמונות שאוחסנו

105 ראו מיכאל בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים" **עיוני משפט** לא 57, 59 (2008).

106 ס' 1 לחוק הכשרות.

107 בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (1999); בג"ץ 52/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי הקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp. (אר"ש 29.10.2008); ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87 (1993).

108 Cummings, לעיל ה"ש 11.

109 Testimony of Interested Persons, *In re Estate of Ellsworth*, No. 2005-296, 651-DE (Mich. Prob. Ct. Dec. 22, 2004).

110 ס' 3(b) לתנאי השימוש של יאהו – *Yahoo Terms of Service*, YAHOO!, <https://did.li/kZDx5> – Ariana Eunjung Cha, *After Death, a Struggle for Their Digital Memories*, WASH. POST (Feb. 3, 2005), <https://did.li/rIs6q>; Jim Hu, *Yahoo Denies Family Access to Dead Marine's E-mail*, CNET (Dec. 21, 2004), <https://did.li/1APx5>; *Support for Parents of E-mail GI*, CBS NEWS (Dec. 22, 2004), <https://did.li/hMhba>.

112 עתירת אלסוורת, לעיל ה"ש 42.

בה, על גבי דיסק ובפורמט מודפס.¹¹³ חודש אחר כך דיווח האב כי קיבל מיאהו דיסק ושלושה ארגזים ובהם תדפיסי התיבה,¹¹⁴ שדרכם נחשף לתכתובות של בנו עם אנשים שלא הכיר.¹¹⁵

(ב) האינטרס של הקרובים לגשת אל העיזבון הדיגיטלי

האינטרס של קרובי המשתמש ורצונם לגשת אל עזבונו הדיגיטלי עמד בבסיסן של בקשות שהגישו משפחות כמו אלסוורת לבתי המשפט בבקשה לקבלת צו, ותואר גם כאחד הרציונלים שבבסיס החוק הישראלי בדבר הגישה לתוכן דיגיטלי לאחר פטירתו של אדם.¹¹⁶ למתן גישה לקרובים אל עיזבונו דיגיטלי יש כמה הצדקות. אחת מבוססת על ההבנה שהגישה תקל את הנטל הנלווה לניהול עיזבון – החל במידע שיוביל את הקרובים למימוש נכסי מקרקעין או יאפשר הגעה לחשבון בנק או לחשבון וירטואלי,¹¹⁷ ועד התחזקות אחר נכסים דיגיטליים שהשאיר המנוח, כגון תמונות וסרטונים. הצדקה שנייה היא שתוכנה של תיבת הדוא"ל הוא רכוש של המנוח, שיש לו ערך רב, לעיתים סנטימנטלי, שאינו ניתן להחלפה באחר, ואשר מהווה אולי אף יצירה שכפופה להגנת זכות יוצרים.¹¹⁸ חיזוק להצדקות קנייניות אלו מתקבל מן ההבנה שבידי המסדת מצויה רק ההחזקה בחשבון, ואילו תוכן החשבון שייך לבעליו. כך, דרו ופררה משווים תיבת דוא"ל המוחזקת על ידי מסדת דיגיטלית לסחורות המאוחסנות במחסן או כספת נעולים.¹¹⁹ לשיטתם, מצב שבו יורש מעוניין לגשת לתוכן תיבת הדוא"ל של המנוח ואין בידיו סיסמה שווה ערך ליורש שאינו יכול לגשת לסחורה בבעלות המנוח כי אין בידיו דרך לגשת לכספת. הצדקה שלישית היא הנצחתית – מתן גישה לעיזבונו דיגיטלי מאפשר

Order to Produce Information, *In re Estate of Ellsworth*, No. 2005-296, 651-DE (Mich. 113 Prob. Ct. Apr. 20, 2005).

Cummings, לעיל ה"ש 11, בעמ' 898.

Elizabeth D. Barwick, *All Blogs Go to Heaven: Preserving Valuable Digital Assets Without the Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act's Removal of Third Party Privacy Protections*, 50 GA. L. REV. 593, 608 n.77 (2016). כאן המקום להעיר כי קיים דיסוננס בין הצהרת יאהו בדבר חשיבות ההגנה על משתמשיה לבין צעדיה בפועל. לתקשורת הצהירה החברה כי תמשיך להיות מחויבת לפרטיותם, אך היא נענתה לצו מבלי לנקוט כל צעד אקטיבי למען משתמשיה, כגון הגשת ערעור או סינון התיבה לפני העברת תכולתה. מדובר בהצהרה שאין קשר בינה לבין מה שנעשה בפועל. ניתן לשער כי בהיענותה לצו בית המשפט בלא כל סינון, היא פגעה פגיעה אנושה הן בעקרונות כבוד המת, הן בזכותו הלכאורית של המנוח לפרטיות והן בזכויותיהם של צדדים שלישיים. מכאן שסביר להניח שבעקבות זאת התערער אמון משתמשיה. להרחבה ראו Cummings, לעיל ה"ש 11, בעמ' 900.

ראו דברי ההסבר להצעת חוק הגישה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 146.

בירנהק ומורס *זיכרונות דיגיטליים*, לעיל ה"ש 33, בעמ' 96.

Darrow & Ferrera, לעיל ה"ש 69, בעמ' 313.

שם.

לקרובים לממש תהליך אבל וזיכרון,¹²⁰ לגלות מה חווה המנוח בחייו במרחב הדיגיטלי ואילו זכרונות השאיר. על בסיס הצדקות אלו ונוספות סבורים הקרובים כי בידם זכות לגשת אל העיזבון הדיגיטלי של המנוח.¹²¹

(ג) כבוד המת וזכותו לפרטיות

עבור הקרובים שעודם בחיים, נכסים דיגיטליים שצבר המשתמש המנוח במהלך חייו מהווים קצה חוט להיאחז בו. כמאמר ביאליק, "...הִיָּה אִישׁ – וְרָאוּ: אֵינְנוּ עוֹד; קֶדֶם זְמַנּוֹ מֵת הָאִישׁ הָזֶה, וְשִׁירַת חַיָּיו בְּאֶמְצַע נְפִסָּקָה..."¹²² אך עם כל הכאב שנלווה לרצון הקרובים לגשת אל מה שנגע בו המנוח, בל נשכח כי הוא היה אדם בעל רצונות והעדפות גם באשר לחשיפת ענייניו האישיים לאחר מותו. ייתכן שהעדפתו של האדם באשר לשירתו הייתה כי זו אכן תיפסק, ולהעדפתו זו משקל רב. לא אחת הכיר בית המשפט במעמדו הערכי הגבוה של עקרון כבוד המת¹²³ – המתבטא, בין היתר, במימוש רצון המנוח – ובחובת בית המשפט לשמור עליו.¹²⁴ בבע"מ 3539/17, למשל, התעמתו ביניהם ילדיה של מנוחה, לאחר שהבת התנגדה לקיום הצוואה בסוברה כי היא מקפחת אותה. נפסק כי רצון המנוחה גובר על רצון בתה, מפני שהצוואה היא מימוש אוטונומיה של רצון המנוחה, גם אם הצוואה קשה מבחינה אנושית.¹²⁵ ברוח זו נפסק גם בעניין **לישיצקי**:

"קול הדרם' הוא הקורא לנו, ובעקבות הקריאה נלך... כל דברים אלה נכונים, אך לדעתנו אין בכוחם להביאנו עד שנתעלם מרצונו האחרון של הנפטר, רצון **שלא**

120 ראו במשפט העברי משנה תורה, אבל, הקדמה: "יש בכללן ארבע מְצוֹת. אחת מצות עשה, ושלש מְצוֹת לא תעשה; וזה הוא פרטן: (א) להתאבל על הקרובים..." כן ראו הירש, לעיל ה"ש 8. להרחבה ראו "אימו של בן ועוננו ז"ל – תנו לי לנהל את דף הפרופיל שלו בפייס" **אשדוד נט** (10.10.2014) <https://did.li/EIs6q>.

121 Cummings, לעיל ה"ש 11, בעמ' 909.

122 חיים נחמן ביאליק "אַחְרֵי מוֹתֵי" **השירים** 277–278 (אבנר הולצמן עורך 2004).

123 ראו ע"א 1182/90 **שחם נ' רוטמן**, פ"ד מו(4) 330, 347 (1992): "רצונו של אדם הוא כבודו – הוא כבוד האדם – אך מתים נעדרים יכולת הם לקיים את רצונם ולשמור על כבודם. עשינו איפוא אנו לקיים רצונו ולשמירת כבודו של המנוח". כן ראו ע"א 1212/91 **קרן לב"י נ' בינשטוק**, פ"ד מח(3) 705, 732 (1994): "רצונו של אדם הוא מכבוד האדם (רצונו של אדם כבודו). נשמור על כבוד המת והוא כבוד החי".

124 ראו ע"א 724/87 **כלפה (גולד) נ' גולד**, פ"ד מח(1) 22, 28 (1993): "כל מאבק סביב צוואתו של אדם מעלה בצדו את שאלת 'כבוד המת', השלוב בעיקרון הכללי של 'כבוד האדם', אשר היה לעקרון-על במשפטנו עם קבלת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בפסיקת בית-משפט זה לכל אורכה, לפני קבלת חוק היסוד ולאחריה, שזורה כחוט השני העמדה, שלפיה בכל הנוגע לצוואות מוענקת חשיבות מיוחדת לרצונו של הנפטר. זאת על-פי הכלל הגדול הנקוט בידינו כי 'מצווה לקיים דברי המת'". כן ראו יעל השילוני-דולב, דפנה הקר וחגי בועז "רצון המת – שלושה מקרי מבחן ישראליים" **סוציולוגיה ישראלית** טז(1) 31, 45 (2014).

125 בע"מ 3539/17 **פלונית נ' פלוני**, פס"י יב–יא (אר"ש 11.6.2017).

להעניק מעיזבונו לפלוני ולאלמוני; שכן הרצון שלא לתת חזק הוא לא פחות מן הרצון לתת, ולעתים חזק הוא ממנו שבעה מונים".¹²⁶

אחד מרצונותיו של המנוח נוגע בשמירה על פרטיותו, וזו מעוגנת בזכות האדם לפרטיות.¹²⁷ לזכות זו הגדרות שונות, ובראשן זו של וורן וברנדייס,¹²⁸ שלפיה מדובר בזכות להיעזב במנוחה (The right to be let alone). אחרים רואים אותה כמונעת גישה של אחרים לחייו של אדם וכמבטיחה את שליטתו בהפצת מידע אישי על אודותיו.¹²⁹ ברוח זו, חוק הגנת הפרטיות אוסר פגיעה בפרטיותו של אדם ללא הסכמתו.¹³⁰ בהמשך נהפכה הזכות לפרטיות לזכות חוקתית על-חוקית, כאשר עוגנה בשנת 1992 גם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹³¹ תיקונים לחוק שנעשו בשנים 2005 ו-2007¹³² הוסיפו אליו פעולות שביצוען מהווה פגיעה בפרטיות, כגון העתקת תוכן של כתבים שלא נועדו לפרסום ללא רשות¹³³ ופרסום הנוגע בצנעת חייו האישיים של אדם.¹³⁴ בעניין זלוטובסקי היטיב השופט ריבלין לתאר את משמעות הפגיעה בזכות לפרטיות, באומרו כי מחשבו האישי של אדם הוא המגירה האישית של בעליו, וכי חדירה אליו גרועה לא פחות מפריצה לביתו, וכמוה כחיטוט בחפציו האינטימיים.¹³⁵

- 126 ע"א 4660/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' לישיצקי, פ"ד נה(1) 88, 134 (1999) (ההדגשות במקור).
- 127 ס' 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; חוק הגנת הפרטיות.
- 128 ישגב נקדימון חיסון עיתונאי 138 (2013); Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890).
- 129 ראו נקדימון, לעיל ה"ש 128, בעמ' 138.
- 130 ס' 1 לחוק הגנת הפרטיות.
- 131 בס' 7 ("פרטיות וצנעת הפרט") לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נקבע כי "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו", כי "אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו", כי "אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו", וכי "אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו". עד אז הוכרה הזכות לפרטיות כזכות יסוד במשפט הישראלי מתוקף פסיקותיו של בית המשפט העליון. ראו הלל סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח 261, 257 (1997).
- 132 חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 8), התשס"ו-2005, ס"ח 54; חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 9), התשס"ז-2007, ס"ח 368.
- 133 ס' 2(5) לחוק הגנת הפרטיות.
- 134 ס' 2(11) לחוק הגנת הפרטיות.
- 135 ראו בש"פ 7368/05 זלוטובסקי נ' מדינת ישראל 7-8 (אר"ש 4.9.2005). להרחבה ראו בש"פ 6071/17 מדינת ישראל נ' פישור 11-12 (אר"ש 27.8.2017), שבו דן העליון בהשלכות הגישה למכשירו הסלולרי של אדם: "מדובר בחומר רב שדרכו ניתן ללמוד גם על 'סיפור חייו' של המשתמש. למעשה לא מדובר רק בסיפור חיים המשורטט בקווים כלליים, אלא בפרטי הפרטים של חיי היומיום של האדם – מקומו בבוקר ועד לכתו לישון דרך המקומות בהם שהה, האנשים עימם שוחח ותכני השיחה ('סוד השיח'), רעיונות, הגיגים, תחביבים, חברים, ידידים, מידע אינטימי ומידע עסקי, תחומי עניין וסקרנות (האתרים אליהם גולש המשתמש) ועוד... [']מרבית המכשירים הסלולריים הנמכרים כיום, הינם 'מכשירים חכמים', שמהווים לרוב גם שער כניסה לשלל נכסיו

אך בענייננו מדובר בזכות לכאורית לפרטיות, מפני שחוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות קובע כי כל אדם כשר לזכויות ולחובות במהלך חייו,¹³⁶ וכל העוגנים שנוגעים בשמירה על זכויותיו, ביניהן זכותו לפרטיות, אינם נמשכים או תקפים לאחר מותו.¹³⁷ אם ניצמד ללשון החוק, אין הצדקה לדון בזכותו של אדם לפרטיות לאחר מותו, וההכרעה בהתנגשות א צריכה להיות פשוטה – משאין זכות לפרטיות לאחר המוות, הכף תיטה באופן מוחלט לטובת האינטרס של הקרובים. אך העמקה בדין הישראלי מעלה שמצויות בו סתירות באשר לשאלת הימשכותן של זכויות לאחר המוות. סתירה ראשונה מצויה בחקיקה, בפער שבין לשון חוק הכשרות¹³⁸ לבין חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965. האחרון מבהיר כי לשון הרע על אדם שמת דינה כדין לשון הרע על אדם חי, ועוד הוא מבהיר כי הזכות לשם טוב נמשכת גם לאחר מות האדם.¹³⁹ פירוש שניתן לכך הוא שיש בין החיים מי שהכירו את הנפטר באופן אישי, וכל עוד הם חיים, הנפטר כמו ממשיך לחיות כ"אדם".¹⁴⁰ על אותו משקל ראוי להוסיף ולברר מדוע אין בחוק הגנת הפרטיות הוראה דומה באשר לתחולתו על אדם שמת.¹⁴¹ סתירה שנייה נוכחת בפער שבין חוק הכשרות לבין הפסיקה בעניין סקולר,¹⁴² שהכירה בהימשכות הזכות לפרטיות גם לאחר המוות:

"בבואנו לדון בסעיף 2(8) לחוק הגנת הפרטיות יש להסיר מיד טענה שטען בא-כוחם המלומד של המבקשים, והיא כי סעיף זה אינו מגן על מי שנפטר, שכן נוקט הוא לשון 'אדם', ואין לך 'אדם' אלא מי שהוא בחיים. פירוש זה, שמשמעו כי זכות הפרטיות שהייתה לאדם בחייו על-פי החוק הופכת למירמס לאחר מותו,

הדיגיטליים של האדם – חשבון דואר אלקטרוני, חשבון פייסבוק ורשתות חברתיות נוספות, אפליקציות עם גישה לחשבון הבנק וכיוצא באלה[...]" יוער כי יש בציטוט זה חיוק להכרחיות שילובו של נאמן כמלווה התרחשות שבה ניתנת גישה לעזבונו הדיגיטלי של אדם.

136 ס' 1 לחוק הכשרות.

137 בדין האמריקני ובדין הבריטי נקבע כי זכויות אישיות שאדם מחזיק בהן בחייו, דוגמת הזכות לשם טוב והזכות לפרטיות, פוקעות עם מותו. ראו בירנהק ומורס **זיכרונות דיגיטליים**, לעיל ה"ש 33, בעמ' 105. כאן המקום לציין כי בספרות התפתח קו פרשני לקושי זה. אדוארדס והרביניה מציעות להגדיר את זכותו של אדם לפרטיות לאחר מותו כזכותו של אדם לשלוט במה שיעשה עם המוניטין שלו, כבודו, יושרתו, סודותיו או זכרו לאחר מותו. Edwards & Harbinja, *Protecting Post-mortem Privacy*, לעיל ה"ש 68.

138 ס' 1 לחוק הכשרות.

139 ובהתאם מאפשרת לקרובו של המת לבקש הגשת כתב אישום בגין מעשה כזה. ראו ס' 5 לחוק איסור לשון הרע.

140 עניין **סנש**, לעיל ה"ש 107, בעמ' 862. טענה דומה בהקשר זה היא כי זכותו של אדם לכבוד חלה גם לאחר חייו, אך תנאי הכרחי לקיומו של כבוד האדם לאחר חייו הוא הנוכחות שלו לאחר חייו בתוך חייהם של בני אדם. ראו אסא כשר, עלי בוקשפן ועומר חרמוני "ההורים פילוסופיים ומשפטיים על כבוד האדם וזכותו לנוכחות לאחר מותו" **עיני משפט** מז 409, 413 (2024).

141 ה"פ (שלום ת"א) 12-05-29490 **עזובן ירון נ' פלדמן-קופלר** 4-5 (אר"ש 31.10.2012).

142 רע"א 1917/92 **סקולר נ' גרבי**, פ"ד מז(5) 764 (1993).

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 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962), באים יורשיו תחתיו כבעלי אותה זכות שהייתה למורישם.¹⁴³

פרשנויות שונות הוצעו לאמירה יוצאת דופן זו. בעניין **פלדמן-קופלר** נטען כי הזכות לפרטיות אינה עוברת בירושה, בהיותה זכות אישית, וכי האמירה נאמרה בהקשר של חיסיון בנקאי וגורל חשבונות בנק של נפטר. עוד הובהר כי חשבונות בנק אינם בגדר זכות "אישית", אלא "קניינית-רכושית" מובהקת שעוברת ליורשים, ומכאן שעומדת להם הזכות לקבל מידע מחשבון הבנק.¹⁴⁴ בענייננו, גם חשבון מקוון מצוי בגדר זכות קניינית שעוברת במוט אדם ליורשיו. פרשנות אחרת הוצעה על ידי בירנהק ומורס, הרואים בזכויות שמוענקות למנוח מעין מטבע לשון שמשמעותה היא שהמשפט מגן על רצון האדם החי שהובע בעודו בחיים.¹⁴⁵

על אף הוראת חוק הכשרות היוותה הפסיקה בעניין **סקולר** הלכה באשר למעמדה של הזכות לפרטיות לאחר המוות,¹⁴⁶ אך ערכאות נמוכות התנגדו לה ונצמדו ללשון החוק.¹⁴⁷ במקביל ניתנה פסיקה "מתונה" יותר שלפיה יש להחיל את הלכת **סקולר** בזירות, כדי למנוע שימוש לרעה בזכות המנוח לפרטיות,¹⁴⁸ בפרט כאשר היא מועלית על ידי קרוביו, מחשש שהיא נועדה להגן על אינטרס שלהם.¹⁴⁹ ברוח זו הרחיבה הפסיקה את משמעותו של עקרון כבוד המת, והגדירה אותו גם כאינטרס של המשפחה האבלה, ובלבד שכתוצאה מכך לא נפגעים אינטרסים של הזולת.¹⁵⁰ אך במבחן התוצאה,

143 שם, בעמ' 772.

144 עניין **פלדמן-קופלר**, לעיל ה"ש 141, בעמ' 6.

145 בירנהק ומורס וזכרונות דיגיטליים, לעיל ה"ש 33, בעמ' 106. עוד הם סוברים – שם, בעמ' 108 – כי במותחה את הזכות לפרטיות גם אל אחרי מותו של אדם, הלכת **סקולר**, לעיל ה"ש 142, ממירה את הזכות לפרטיות מזכות אישית לזכות רכושית-קניינית שניתנת להורשה, ואין לעשות כן.

146 ראו, למשל, ת"א (שלום קר) 19-07-19173 **עזבון רוגוזיק נ' איילון חברה לביטוח בע"מ** (אר"ש 29.10.2019); סע"ש (אזורי ת"א) 18-11-68038 **אבידור – בנק לאומי לישראל בע"מ** (אר"ש 29.10.2019).

147 עניין **פלדמן-קופלר**, לעיל ה"ש 141, בעמ' 6-7.

148 ת"ע (משפחה ת"א) 20-06-19479 **אמ"ד, קטין נ' א"נ**, פס' 6.1 (אר"ש 19.1.2021).

149 בירנהק סבור כי "בני זוג ובני משפחה שטוענים בשם זכות המת מבקשים לעתים להגן על אינטרסים אחרים, וכאשר זה המצב, אין להתיר זאת". ראו מיכאל בירנהק **מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה** 134 (התשע"א). בעניין **א"נ**, לעיל ה"ש 148, בפס' 6.1, נפסק כי אכן היה למשיבה אינטרס אישי אחר שמאפיל בצורה משמעותית על חרדתה הנטענת לפרטיות המנוח.

150 נפסק כי "כבוד האדם אינו רק כבודו של אדם בחייו. זהו גם כבודו של אדם לאחר מותו, וזהו גם כבודם של יקיריו, השומרים את זכרו בלבם". ע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464, 523 (1992). עוד נפסק כי כבוד האדם בהקשר זה משמעו רצונו המפורש או המשוער של הנפטר וגם כבודם של הנותרים בחיים – משפחת הנפטר ואוהביו

משמעותה של הלכת סקולר בענייננו היא שבאפשרותם של יורשים לגשת אל מלוא תכולתו של העיזבון הדיגיטלי. לתוצאה כזו יש השלכות כבדות, ביניהן פגיעה בזכויותיו של המשתמש המנוח.

(ד) מלאכת האיזון בהתנגשות א

החלטת בית המשפט בעניין אלסוורת מעידה על העדפה לממש את האינטרס של הקרובים לגשת אל הנכסים, לכאורה מבלי לברר מה היה רצון המנוח. לגיבוש החלטה ללא בירור זה יש השלכות כבדות כלפי זכויותיהם של צדדים שלישיים,¹⁵¹ כבוד המת וזכותו לפרטיות. לכן את תהליך ההכרעה בבקשות גישה לעיזבון דיגיטלי שמגיעות להכרעת בית המשפט ראוי לפתוח בבירור רצון המנוח. רק לאחר מכן, אם ידוע על רצונו הברור לאפשר את הגישה, יש לאזנו מול האינטרס של הקרובים וזכויות של שחקנים אחרים.

(1) שלב ראשון: בירור רצונו של המשתמש המנוח – בין הסכמה פוזיטיבית לרצון משוער

כאשר קרוביו של המנוח מבקשים לגשת אל נכסיו, לא תמיד ברור מה היה רצונו. האם הוא רצה שמישהו ייגש לחשבון? למלוא התוכן שבו או רק לחלקו?¹⁵² האם הוא הספיק להביע הסכמה בחייו, והאם זו הייתה ברורה וחד־משמעית? אם לא, האם נצעד לפי הסכמה משוערת? ואם הוא הביע הסכמה שאינה בהירה וחד־משמעית, האם בררת המחלף תהיה לפרשה כהסכמה או כסירוב?

המבקשים לכבד את זכרו. ראו ע"א 1482/92 הגר' נ' הגר, פ"ד מז(2) 793, פס' 11 (1993). פסיקה כזו נראתה גם בדעת המיעוט של השופט חשין בעניין סנש, לעיל ה"ש 107, בפס' 29 לפסק דינו, באומרו כי "...כבוד האדם שבחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו פורש עצמו גם על כבוד המת". לפי דעה אחרת, הבסיס לכיבוד רצון המנוח אינו בכבוד האדם, אלא בחופש הביטוי. ראו אלון הראל "גופות, נוהגי הטיפול בגופה וחופש הביטוי: הזכות של אדם לספר את סיפור חייו במותו" מעשי משפט ז 165, 177–176 (2015).

151 ניתן לשער, על בסיס טבעו של האדם להיות קנאי לפרטיותו, שרובם לא היו חפצים בגישת המשפחה האבלה אל תיבת המנוח ובהיחשפותה לתכתובות אישיות שלו איתם. אולם ניתן לחשוב על עיגון מעמד "חזק יותר" לאינטרס של הקרובים בסעיף 8 לאמנה האירופית לזכויות אדם, אשר מעגן את הזכות לחיי משפחה. ראו Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms art. 8, Nov. 4, 1950, C.E.T.S. No. 005 ("Right to respect for private and family life" (להלן: האמנה האירופית לזכויות אדם)).

152 בסקר שנערך נמצא שקיימת שונות ברצונות המשתמשים: 45%–50% מהמשתמשים ציינו כי הם מעוניינים לאפשר גישה מלאה לכל נכסיהם הדיגיטליים, 31%–36% ציינו כי הם אינם רוצים בכך, וחמישית מהנשאלים ציינו כי הם מעוניינים לאפשר גישה חלקית. ראו Tal Morse & Michael Birnhack, *Digital Remains: The Users' Perspectives*, in DIGITAL AFTERLIFE: DEATH MATTERS IN A DIGITAL AGE 107 (Maggi Savin-Baden & Victoria Mason-Robbie eds., 2020).

הדרך המקובלת שבמסגרתה אדם מביע את רצונו באשר לגורל נכסיו היא בצוואה, ובהעדרה – יחולקו נכסיו לפי דין.¹⁵³ אך עקב ריבוי אמצעי התקשורת והמסדות הדיגיטליות שהאדם מתנהל בהם, ייתכנו סתירות בין הנכתב בצוואה לבין רצונות שהובעו בדרכים אחרות, כגון שיחות בעל פה, הודעת דוא"ל או הנחיות שהשאיר המנוח בכל מסדת דיגיטלית באשר לחשבון שמתנהל במסגרתה. ככלל, צוואה מאוחרת גוברת על מוקדמת, ויש בכך כדי לשמש קו מנחה גם כאשר ענייננו במימוש רצונות המנוח באשר לעזבונו הדיגיטלי. אך ללא אימוץ מדרג מפורש, כפי שהוצע במדינות אחרות,¹⁵⁴ יהיה קשה ליישב סתירות אפשריות ולקבוע, למשל, כיצד יש להתייחס לבחירתו של משתמש למנות במסדת מסוימת איש קשר לענייני הנצחה¹⁵⁵ לנוכח הוראת צוואה שניתנה מעט מוקדם יותר ולפיה אין לאפשר גישה כלשהי לכלל חשבונותיו המקוונים.

ככלל, כשם שהפסיקה רואה את מימוש רצון המנוח ככבוד המת ומעניקה לו משקל בגיבוש הכרעות שיפוטיות, כך על רצונו והסכמתו להוות רכיב מהותי גם בדיון שיתנהל בבקשת גישה לעזבונו הדיגיטלי. בעניין אלסוורת אושרה בקשת הגישה מבלי להעמיק ברצון המשתמש ובהסכמתו.¹⁵⁶ העמקה בספרות האמריקנית אינה מעלה סיבה או תאוריה שעומדת בבסיס החלטה פזיזה כזו, אשר עלולה אף להוות תקדים שבעקבותיו כל משפחה שכואבת אובדן תוכל לפנות לבית המשפט ולקבל ממנו בקלות צו שיוורה להעביר לידיה את התוכן. ניתן לשער שהסיבות לכך נעוצות בנוחות שבדילוג על המשימה המורכבת והממושכת בכוח של התחקות אחר רצון לא ידוע; באינטרס של הקרובים, החיים והכואבים, אשר נוכחים באולם וגוברים על רצונו של המנוח, אשר אינו נוכח פיזית; בצורך הדחוף להתחקות אחר נכס או מידע שמצוי רק בתחומי העיזבון הדיגיטלי; ברצון לכבד בקשה של משפחה להתאבל; ובעיקר בהעדר מבחני פסיקה או תשתית אסדרתית בנושא, אשר ינחו לברר מהו רצון המשתמש ולמקמו בראש סדר העדיפויות.

מושגי ההסכמה ורצונו של אדם נדונו בפסיקה ובספרות בנושאים מגוונים, וניכר מנעד רחב של דרכים לפרשם – החל בדרישה להבעת רצון פוזיטיבית שאינה משתמעת לשני פנים ועד גישה שמאפשרת הישענות על רצון משוער כאשר הרצון המפורש אינו ידוע. אחת העמדות שהובעו היא שדיון שיפוטי אזרחי מגלם אינטרס חיצוני לאינטרס של המנוח, ולכן יש מקום לדרוש במהלכו אינדיקציה פוזיטיבית ברורה באשר לרצון המנוח לאפשר גילוי מידע על אודותיו.¹⁵⁷ הסכמה פוזיטיבית מהווה חלק מרכזי במקרי בוחן משפטיים מגוונים, והעדרה מהם עולה כדי פגיעה בכבודו כאדם, בזכותו

153 ראו פרק שני לחוק הירושה.

154 למשל, ס' 4 להצעת ה-RUFADAA, לעיל ה"ש 4, קובע מדרג בין הוראות שניתנו בכלי טכנולוגי לבין הוראות שניתנו בצוואה ובמקומות אחרים, למקרה שתתעורר סתירה ביניהן.

155 ראו לעיל בתת-פרק א3.

156 כך עולה מהמסמכים שפתוחים לעיון הציבור בתיק זה.

157 דרור ארד-אילון "חסיון עורך דין-לקוח לאחר מות הלקוח" **אחיקה מקצועית** 49, 1 (2013).

לאוטונומיה וברצון המת.¹⁵⁸ כך הדבר, למשל, בתהליך תרומת איברים,¹⁵⁹ וכן בניהול הצטרפות לתובענה ייצוגית באמצעות כלל בררת מחדל בתכנית opt in, כך שאדם אינו חלק מקבוצת התובעים אלא אם כן הוא הביע רצון להצטרף.¹⁶⁰ במשפט הפלילי הציף עניין בארי¹⁶¹ דיון נרחב על אודות הסכמה וקורבנות אונס. השופט חשין סבר שם כי על המשפט הישראלי לעבור לכלל הסכמה פוזיטיבית, שמשמעותו כי יש להסיק רצון והסכמה לקיום יחסי מין רק אם ניתנה הסכמה ברורה שאין לגביה שמץ של ספק.¹⁶² ההסכמה הפוזיטיבית נדונה בהרחבה גם בעניין שימוש בזרעו של אדם לאחר מותו לצורך הבאת צאצאים.¹⁶³ הנחיות היועץ המשפטי לממשלה בנושא¹⁶⁴ מאפשרות להישען על רצונו המשוער של המנוח בהעדר ראייה לרצונו הברור, ולקבוע לפיו אם המנוח היה רוצה בהמשכיות גם לאחר מותו.¹⁶⁵ על סמך ההנחיות אישר בית המשפט

158 על אודות רצון המת ראו לעיל בחלק ב(ג).

159 שבו יש שני מודלים מרכזיים – "הסכמה מדעת" ו"הנחת הסכמה" (בעניינינו: "הסכמה פוזיטיבית" ו"רצון משוער", בהתאמה). מחקר שנערך העלה כי במדינות שבהן בררת המחדל היא הנחת הסכמה, שיעורי תרומת האיברים גבוהים יותר מאשר במדינות שבהן בררת המחדל הפוכה. ראוי לציין שבין "הנחת הסכמה" ל"הסכמה מדעת" יש סולם שלם שבו כל שלב מהווה צעד מרוכז או נוקשה יותר בדרך לבחירה באחד משני סוגי ההסכמה. ראו אורלי אלמגור-לוטן **מודלים של הסכמה לתרומת איברים: סקירה משווה** 3–4 (הכנסת, מרכז המחקר והמידע 2011). תרומת איבריו של אדם בניגוד לרצונו וללא הסכמתו מהווה פגיעה ברצון המת, באוטונומיה ובכבוד האדם. ראו השילוני-דולב, הקר ובוועז, לעיל ה"ש 124, בעמ' 34–39 ו-49–51.

160 מנגנון opt in בתובענות ייצוגיות מגן על האוטונומיה של הפרט ועל שליטתו בתביעתו. ראו סטיבן גולדשטיין וטליה פישר "יחסי הגומלין בין תביעות המוניות לתובענות ייצוגיות: היבטים בסדרי דין" **משפטים** לד 21, 29, 37 (2004). מנגנון opt in מתקיים, למשל, בס' 12 (ב) לחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992, כמובא אצל קרן וינשל-מרגל ואלון קלמנט "יישום חוק תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית" **משפטים** מה 709, 713, ה"ש 16 (2016). הכלל ההפוך הוא opt out, שלפיו אדם מצטרף באופן אוטומטי לפעילות אלא אם כן הוא מודיע שהוא אינו מעוניין. ראו רע"א 1954/14 **חזני נ' הנגבי** (אר"ש 4.8.2014).

161 ע"פ 5612/92 **מדינת ישראל נ' בארי**, פ"ד מח(1) 302 (1993).

162 שם, בפס' 10–11 לפסק הדין של השופט חשין. עברת האינוס פוגעת באוטונומיה של הנפגע, בבחירה החופשית שלו ובכבוד האדם שלו. ראו ע"פ 115/00 **טייב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(3) 289, 329–330 (2000); עניין **בארי**, לעיל ה"ש 161, בעמ' 346–347.

163 סוגיה זו אינה זהה במאפייניה לסוגיית העיזבון הדיגיטלי, אך מסקנות שעולות בה בעניין ההסכמה רלוונטיות גם לעניינינו.

164 הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.2202 "נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו" (27.10.2003) (להלן: הנחיית היועץ המשפטי לממשלה).

165 עוד עולה מההנחיות כי בהינתן התנאים המאפשרים זאת, מבחינת רצון מובהק או משוער של המנוח, עמדת המדינה היא לאפשר לבת זוגו להשתמש בזרעו להבאת צאצאים: "...לבת-זוגו החיה, המייחלת לילד מזרעו יש אינטרס חזק ומוכח, הן באשר להבאת ילדים לעולם מזרעו של הנפטר, שעמו נקשרה בחייו, והן באשר לשימור זכרו ולהנצחתו בדרך זו. השימוש בזרע בן-הזוג המת הוא שלב בסיסי, בלעדיו אין, לאפשרות מימוש זכות ההורות של בת-הזוג ביחד עם בן-הזוג" (שם, בס' 11).

למבקשת להוליד ילדים מזרעו של מנוח, למרות העדר ביטוי מפורש לרצון או הסכמה שלו לנטילת זרעו ולשימוש בו לאחר מותו, בקובעו כי מקום שלמנוח הייתה בת זוג קבועה קיימת חזקה הניתנת לסתירה בדבר קיום רצון משוער של המנוח להוליד ילדים עם בת זוגו גם לאחר מותו.¹⁶⁶ בהחלטה נכתב כי הרחבת ההיתר לשימוש בזרע לאחר המוות נעשתה על ידי הכרעה עקרונית שלפיה רצון משוער מהווה תחליף ראוי לרצון מפורש. בית המשפט ציין כי אין במונח "משוער" קביעת פיקציה לגבי רצון המנוח, אלא התחקות אחר רצונו האמיתי אם אין ראיות מפורשות באשר לרצונו.¹⁶⁷ לדעתי, שגה בית המשפט באומרו כי אין ברצון משוער משום "קביעת פיקציה" לגבי רצון המנוח. זאת, מפני שבעצם ההשערה מובנה חוסר ודאות, ומשאנו משערים מהו הרצון, יש בכך מן הפיקציה, שאינה יכולה להוות תחליף ראוי לרצון ודאי. מובן שגם לדבקות ברצון

166 עוד נכתב כי עצם העובדה שאדם לא הביע רצון בסוגיה זו אינה אומרת בהכרח שהוא לא רצה להעמיד צאצאים, ולכן אין לפרש מראש העדר הבעת הסכמה כהתנגדות. אם תירש הסכמה מפורשת כתנאי לשימוש בזרע, בחלק הארי של המקרים התוצאה תהיה שלא יותר השימוש, וכך במקרים רבים יפעל בית המשפט בניגוד לרצון הנפטר. בע"מ 7141/15 פלונת נ' פלונת 96 (אר"ש 22.12.2016). כאישוש לגישה זו צוטט שם, בין היתר, ס' 16 להנחיית היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 164, שבו נכתב כי "יישום דווקני של גישה זו מדגיש את נקודת התורפה שלה, כי דווקא בדרך זו, ייאסר – כך הדעת נותנת – גם שימוש בזרעו של מי שהיה חפץ בכך בכל מאודו, או לכל הפחות לא היה מתנגד לכך, אלא שבדרך הטבע, לא נזקק להביע את רצונו לעניין זה, ובכך עלולה גישה זו להוביל לתוצאה, שברוב המקרים לא יכובד למעשה רצונו האמיתי של המת...".

167 עוד ציין בית המשפט כי גם אינדיקציה כללית לגבי רצון משוער עשויה להוות תחליף לרצונו המפורש, אם היא מעוגנת בתשתית עיונית וראייתית. ראו בע"מ 7141/15, לעיל ה"ש 166, בעמ' 96–97.

לדברי בית המשפט (שם, בעמ' 94–95), "הציר המרכזי והשיקול המכריע בהסדרים שנקבעו בדין בסוגיות השונות המתייחסות לאדם לאחר מותו, הוא כיבוד רצונו של הנפטר. מקום שהנפטר לא הביע במפורש את רצונו או הסכמתו, נקבעו בחקיקה הסדרים שונים. יש פעולות להן נדרשת הסכמה פוזיטיבית מצד הנפטר בחייו, ובהעדרה שולל הדין את אפשרות ביצועה (כגון בשימוש בגוויה לצרכים מדעיים – סעיפים 2 ו-4 לחוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953, להלן: חוק האנטומיה והפתולוגיה; או לענין הסכמת אדם לנטילת אבר מגופו לאחר מותו – סעיף 28 לחוק השתלת אברים; וכן לענין שימוש בביצית של אישה פנויה שנפטרה – תקנה 10(ד) לתקנות הפרייה חוץ גופית). ויש שנקבע בדין הסדר הנותן מעמד לבני המשפחה כתחליף להבעת הסכמה מפורשת של הנפטר, תוך עדיפות ברורה לבן או בת הזוג (כגון לענין נתיחת גוויה 'לשם קביעת סיבת המוות או כדי להשתמש בחלק ממנה לריפוי של אדם' – סעיף 6 לחוק האנטומיה והפתולוגיה)".

ביקורת חריפה נמתחה בספרות על הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 164, אשר הובילה, בין היתר, לפסיקה זו. ראו, למשל, במאמרם של השילוני-דולב, הקר ובוועז, לעיל ה"ש 124, בעמ' 45, שבו הוצגו גישות שונות לרצון המת, והובהרה הסכנה הגלומה בהישענות על "רצון משוער": "השערת הרצון מסתמכת על טקסטים עתיקים ועל הנחות אבולוציוניות פופולריות, ללא בסיס אמפירי עכשווי, או על פרשנות מרחיבה של דברים שאמר המת בחייו (במקרים שבהם לא הותיר צוואה ביולוגית). כך נוצרת מציאות שבה הזכות להורות מבוססת על רצונם של החיים, בעיקר בנות זוג אך גם נשים זרות למת ולהוריו, ואילו רצון המת אינו ידוע או שהוא משוער. ייתכן כי בדרך זו של קבלת החלטות נרמס לעתים רצון המת".

מפורש יש השלכות, וייתכן שלא ימומש רצון של אדם שאולי לא הספיק להביעו ברגע האחרון בטרם הלך לעולמו. אך לעיתים, כמו בענייננו, הישענות על רצון משוער עלולה להיות מנוצלת לרעה לצורכיהם של החיים, שאינם תואמים בהכרח את רצונו המפורש של המנוח.¹⁶⁸ כך יכולה להתאפשר גישה אל עזבונו הדיגיטלי של אדם גם כאשר הוא לא הביע רצון מפורש בכך.

אף במשפט האמריקני, בדומה לפסיקה הישראלית, כיבוד רצון המת הוא עקרון יסודי גם בכל הנוגע בהעברות קנייניות לאחר המוות. על רקע זה ביקרה קמינגס חוקרי עיזבון דיגיטלי בטענה שהם שוגים בהתמקדותם בשחקן וברכיב הלא-נכונים – היורש וזכותו לרשת, במקום המנוח ורצונותיו הברורים, אשר בוודאי היו לו אך מסיבות שונות הוא לא הביעם.¹⁶⁹ קמינגס תומכת את עמדתה בהפניה ל-UPC, קוד הצוואה האחד האמריקני, שמטרתו המרכזית היא "לגלות וליישם את כוונת המנוח בחלוקת רכוש" בהעדר ממצאים ברורים שמעידים על כוונה אחרת.¹⁷⁰ לשיטתה, מאחר שתוכנה של תיבת הדוא"ל הוא נחלת המנוח, ראוי להתמקד בכוונתו, ולא באינטרס של קרוביו החפצים בגישה לעזבונו.¹⁷¹

העמדה ההפוכה גורסת כי כאשר כוונת המנוח אינה ידועה, יש דווקא לאפשר גישה אל עזבונו הדיגיטלי, בין היתר כדי למנוע פגיעה בעושר החברתי-התרבותי שתיגרם מהפסד נכסי תרבות פוטנציאליים שלא יחשפו, כגון יומן אישי שנכתב בתקופות היסטוריות¹⁷² או יצירות אומנות,¹⁷³ וכל זאת למען הפיתוח

168 שימוש בזרעו של אדם מת מבלי שהתקבלה הסכמה ברורה שלו לכך עלול לפגוע ברצון שהיה לו בחייו ולעמוד בסתירה לזכותו לאוטונומיה. ראו שם, בעמ' 39–45 ו-49–51.

169 נניח שברגעיו האחרונים הביע המנוח את רצונו האמיתי לפני קרוב. אם הקרוב הסתיר זאת, לא תהיה לבית המשפט דרך להגיע לפרט זה בטרם יגבש את החלטתו בדבר מתן גישה לעזבונו המנוח. כך סבורים גם מלומדים שונים, בקובעם כי חשוב להבחין בין העובדה שדוא"ל הוא נחלתו של בעל החשבון ולו החופש להחליט ככל העולה על רוחו בנוגע אליו – למשל, להיפטר ממנו לחלוטין – לבין דאגה של היורשים או המוטבים להשיג רכוש שהם רואים בו ערך סנטימנטלי. לטענת קמינגס, זו דאגה שאינה במקומה מצד האחרונים. ראו Cummings, לעיל ה"ש 11, בעמ' 932–933.

170 שם, בעמ' 933; UNIF. PROBATE CODE § 1-102(b)(2) (2010).

171 עוד מציינת קמינגס כי הטענה שדוא"ל הוא רכוש של המוריש משכנעת מאוד, וחוקרים משפטיים רבים התבססו עליה. עם זאת, זוהי קפיצה גדולה להסיק כי מכיוון שדוא"ל הוא נחלת המוריש, היורשים זכאים לקבלו. Cummings, לעיל ה"ש 11, בעמ' 932–933.

172 לדיון בפרסומם לעיני הציבור של יומנים שנכתבו בתקופת השואה ראו Katherine Roseau, *The Diary as Witness to the Holocaust: Materiality, Immediacy, and Mediated Memory*, 25 HOLOCAUST STUD. 492 (2019).

173 השוו לג'יי-די סלינג'ר, מחבר **התפסן בשדה השיפון**, שדרש כי ספרו לא יעובד לגרסה חדשה בעתיד וכי לא תופק ממנו יצירה נגזרת. ABC (Jan. 29, 2010), <https://did.li/711rl> (הקרויה גם "סנופי"), דרש שיצירתו לא תומשך לאחר מותו. *Peanuts' Comic Creator Charles Schulz Dies at 77*, L.A. TIMES (Feb. 13, 2000), <https://did.li/EnVIw>.

האנושי.¹⁷⁴ תשובה אפשרית לכך היא שאם נדע בעודנו בחיים כי בררת המחדל אשר מניעה את החברה היא זו שמכבדת את רצוננו גם כאשר לא נהיה עוד בין החיים, אנו עשויים להרוויח חברתית הרבה יותר ולטווח הארוך. כך נקבע גם בפסיקה שמגינה על האינטרס של האדם המנוח¹⁷⁵ וקובעת כי בכיבוד רצונו נמהל גם יסוד האינטרס העצמי,¹⁷⁶ שכן אם אדם יכבד את צוואת הזולת, תכובד גם צוואתו שלו כאשר ילך לעולמו.¹⁷⁷

דרך שהוצעה על ידי מלומדים אשר יש בה כדי לסייע בבירור רצונו של המנוח באשר לגישה אל עזבונו הדיגיטלי היא לברר אם המנוח שיתף את הסיסמה לחשבונו עם קרוביו בעודו בחיים. אם התשובה חיובית, זהו מעשה שמעיד על הסכמה פוזיטיבית בהתנהגות. בחירתו לשותף סיסמה מבטאת כוונה קרובה לרצונו המפורש של משתמש באשר לגישה אל חשבונו, ואם הוא לא אפשר זאת בעודו חי, קרוב לוודאי שהוא רצה שגם לאחר מותו לא יתאפשר הדבר.¹⁷⁸ יוער כי לעיתים ניתן ללמוד על הסכמת המשתמש לאפשר גישה

174 ע"א 3425/17 Societe des Produits Nestle נ' אספרסו קלאב בע"מ 31–33 (אר"ש 7.8.2019). ראו גם ע"א 513/89 Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros. S. A., פ"ד מח(4) 133, 163–165 (1994); ע"א 5097/11 טלראן תקשורת (1986) בע"מ נ' צ'רלטון בע"מ (אר"ש 2.9.2013); גיא פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים" משפטים לא 359, 361–374 (2000). במענה לכך סבורה קמינגס כי הטיעון ההפוך – זה שתומך בכלל בררת מחדל שיקבע כי כל עוד כוונת המנוח באשר לגישה לעזבונו הדיגיטלי אינה מפורשת יהיה עלינו להניח שהמנוח לא התכוון לאפשר גישה – משכנע יותר. ראו Cummings, לעיל ה"ש 11, בעמ' 932–933.

בהקשר זה מעניין ללמוד ממחקר שערכו בירנהק ומורס שמסביר כי משתמשי המרשתת מתנהלים באופן פרדוקסלי בנוגע לפרטיות בעזבונו הדיגיטלי. ממחקרם עולה כי רבים מקרב שתי קבוצות המשתמשים באוכלוסייה – אלה שמעוניינים לשמור על פרטיותם לאחר המוות ואלה שמעוניינים לשתף נתונים לאחר מותם – אינם פועלים למען מימוש רצונם. ראו Morse & Birnhack, *The Posthumous Privacy Paradox*, לעיל ה"ש 12. ראו גם Harbinja, Morse & Edwards, לעיל ה"ש 6, בעמ' 15–18. מחקרם של הולט, ניקולסון וסמדינק קורא לעודד משתמשים לשלוט בפרטיותם לאחר המוות ולבצע פעולות לשם כך. הם סבורים כי יש להגביר את מודעותם של משתמשים לנושא זה, ולשדלם למנות קרובים כנאמנים על מנת למנוע בעיית איתור נכסים. Jack Holt, James Nicholson & Jan David Smeddinck, *From Personal Data to Digital Legacy: Exploring Conflicts in the Sharing, Security and Privacy of Post-mortem Data*, in PROCEEDINGS OF THE WEB CONFERENCE 2021, 2745 (Jure Leskovec ed., 2021).

175 בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים", לעיל ה"ש 105, בעמ' 58.

176 מישאל חשין **פְּנֵי בּוֹדֵד קְעָרְבוֹת הַחַק וְהַמְשָׁפֵט: אַמְרוֹת וְלִקְוֹת מַמְשַׁנּוֹ שֶׁל מִישָׁאֵל חֲשִׁין** 229 (אביעד הכהן עורך 2015).

177 עניין **לישיצקי**, לעיל ה"ש 126, בפס' 10 לפסק הדין של השופט חשין.

178 קמינגס מניחה כי המוריש כבר שיתף את האנשים המסוימים שרצה לשתף במחשבות הכלולות בהודעות דוא"ל. אילו רצה באמת לשתף גם אחרים, הוא היה יכול לפעול בדרכים שיעידו על כך. לשיטתה, אם הסיסמה לא שותפה, יש בכך אף כדי להפעיל כלל בררת מחדל שיורה על השמדת העיזבון הדיגיטלי. ראו Cummings, לעיל ה"ש 11, בעמ' 933–936. אני מוצאת שגישה זו קיצונית מעט, מאחר שבנכסיו של המנוח יש מידע ונכסים שעשויים להיות חיוניים לשחקנים אחרים, וראוי לאזן בין האינטרסים השונים בטרם יושמד העיזבון לגמרי. באופן דומה, ראו את מסקנתם של מורס

אל נכס דיגיטלי שלו לאחר מותו מעצם התנהלותו הפומבית של המשתמש בעניינו. כך, למשל, שימוש בשירותים דיגיטליים מסוימים עשוי לעיתים ללמד על הסכמה מכללא של משתמש לאיסוף מידע על אודותיו במסגרת שימוש זה.¹⁷⁹ עוד ניתן להניח שכאשר מידע נחשף ביוזמת המנוח, ייסוג האינטרס של המשתמש לשמור על פרטיותו מפני האינטרס של קרוביו לקבל גישה. לעומת זאת, התכתבות פרטית בדואר אלקטרוני מצביעה על רצון להגן על הפרטיות.¹⁸⁰ אלסוורת לא שיתף את הסיסמה לתיבת הדואר האלקטרוני שלו עם משפחתו, ושמירתה לעצמו מעידה על העדר הסכמה.¹⁸¹ לכן, בהעדר רצון מפורש, אל לנו לשער את רצון המנוח באשר לגישה לעזבונו הדיגיטלי, אלא יש להיצמד אל גישת ההסכמה הפוזיטיבית ולהעניק לה מעמד בכורה. כלומר, בהעדרה עלינו להניח שהמנוח לא רצה שתיתן גישה אל עזבונו הדיגיטלי. למקרא קביעת זו תישאל השאלה כיצד זו מתיישבת עם ההסדר הקיים בחוק הירושה, שלפיו בהעדר הוראה אחרת יועברו נכסי העיזבון ליורשים על פי דין.¹⁸² תשובתי היא כי הקביעה האמורה מגלמת הסדר חקייני אשר משקף את רצון הרוב, כעולה ממחקרים שנערכו בישראל ובעולם המעידים על הרצון להגביל גישה לנכסי העיזבון הדיגיטלי. ממחקר שערכו בירנהק ומורס עולה כי 45%–50% מהגולשים מוכנים לאפשר גישה מלאה לחשבונותיהם לאחר מותם, בעוד 31%–36% מתנגדים למתן גישה ו-19% תומכים במתן גישה חלקית בלבד. מבט ממוקד בשתי הקבוצות האחרונות – המתנגדות למתן גישה והתומכות במתן גישה חלקית בלבד – מלמד כי בין 50% ל-55% מעונוינים לשלוט באופן שבו תיתן הגישה אל עזבונו הדיגיטלי ובהיקף הגישה שתיתן. אם נראה במתנגדים ובמבקשים לשלוט מקשה אחת, נקבל רוב שנוטה לא לאפשר גישה לעזבונו

Tal ובירנהק בנוגע לרצונם של משתמשים שהנורמות שהם העדיפו בחייהם ימשכו גם לאחר מותם: Tal & Morse & Michael Birnhack, *The Continuity Principle of Digital Remains*, 26 NEW MEDIA SOC'Y 5240 (2024) & (להלן: Morse & Birnhack, *The Continuity Principle*). ראו גם רונית דוניץ קידר ושלי קרייצר לוי "הנצחה של האגבי: על הורשה של נכסים דיגיטליים" **סוף החיים: רפואה, משפט ותרבות בישראל לנוכח פני המוות** 159 (שי בריל, חיים חזן, יסכה כהן-מנספילד ושי לביא עורכים) (2020); כשר, בוקשפן וחרמוני, לעיל ה"ש 140, בעמ' 425.

179 נושא זה נדון בגילוי דעת בנושא הסכמה בדיני הגנת הפרטיות מאת הרשות להגנת הפרטיות, שבה נכתב כי ניתן ללמוד על הסכמה מדעת לפגיעה בפרטיות מעצם פעולותיו של אדם, ביניהן הפומביות. ראו "גילוי דעת בנושא הסכמה בדיני הגנת הפרטיות" 12–13 (הרשות להגנת הפרטיות 25.2.2026).

180 בירנהק ומורס טוענים כי האינטרס שמתבטא בשאלת הגישה לכל שירות דיגיטלי הוא שונה, ונובע מסוג השירות ומאופי המידע שמצוי בו. ראו בירנהק ומורס **זיכרונות דיגיטליים**, לעיל ה"ש 33, בעמ' 52–67.

181 אנלוגיה מתבקשת היא שכשם שאיננו מוסרים לאדם אחר מפתח למגירת חפצינו הכמוסים ליום שבו נעבור מן העולם אם איננו מרגישים בנוח או סומכים עליו, כך סביר שאי-מסירת הסיסמה לחשבוננו מעידה כי איננו מעוניינים לאפשר גישה אליו, גם לא לאחר מותנו. ראו Cummings, לעיל ה"ש 11, בעמ' 930.

182 ס' 2 לחוק הירושה.

באופן "אוטומטי".¹⁸³ מחקר המשך של בירנהק ומורס עוסק בציפייתם של משתמשי המרשתת להמשכיות.¹⁸⁴ לפיו, ציפייתם היא שמידע שהיה פרטי בחייהם יישאר פרטי גם במותם. גם מכאן ניתן ללמוד כי מתן גישה מלאה לעיזבון הדיגיטלי, אשר כולל גם מידע פרטי, לא יהלום את ציפיות המשתמשים. תמונה דומה עולה גם מסקר שנערך בבריטניה על ידי ה־Digital Legacy Association, ובו נשאלו גולשים אם משהו מלבדם חשוף לסיסמותיהם לחשבונות המקוונים שלהם. באשר לחשבונות דוא"ל השיבו 73.75% מהנשאלים בשלילה, ובאשר לרשתות חברתיות השיבו 76.63% בשלילה.¹⁸⁵ לבסוף, כאשר המשתמש לא הביע את הסכמתו הפוזיטיבית למתן גישה אל עזבונו הדיגיטלי, מתן גישה אליו לאדם אחר פוגעת בפרטיות המנוח.¹⁸⁶

(2) שלב שני: איזון והכרעה

קרובי המנוח עשויים לבקש לגשת אל עזבונו הדיגיטלי של אדם לצורך מטרת ששעויות להיות לגיטימיות, אך בדרך להגשמתן עלולים להיחשף לעיניהם פריטים ומידע שהמנוח לא היה חפץ בחשיפתם. לכן נדרש לאזן בין הזכויות והאינטרסים שהניעו את הקרובים לבקש את הגישה לבין זכות המת לכבוד ולכיבוד רצונו.¹⁸⁷ במבחן התוצאה סביר שזכויות המנוח ורצונותיו יצומצמו או ייסוגו לנוכח זכויות ואינטרסים של אדם חי,¹⁸⁸ דוגמת יורש שנדרש לגשת לחשבון מקוון לצורך חילוץ נכסים דיגיטליים מכוח צוואה.¹⁸⁹ אחד השיקולים לכך הוא שכיבוד זכויות מתים עלול להוביל לאורך זמן ל"שלטון רפאים".¹⁹⁰ בלשונו של השופט חשין:

"...דוקטרינת כיבוד רצונו של המת – כמוה ככל דוקטרינה במשפט – אין היא מצויה אותנו ציווי-ולא-יעבור. החופש לצוות אין הוא חופש ללא-הגבלה, והציווי לכבד את רצון המת אף-הוא ממילא אין הוא מוחלט. יש אינטרסים נוגדים, יש אינטרסים נוגדים-למחצה, והפשרה מחויבת המציאות היא. כך,

183 נתונים אלו מתייחסים לשאלה בדבר מתן גישה לאחר המוות אל שירותי ענן, רשתות חברתיות ודוא"ל. ראו Morse & Birnhack, *Digital Remains: The Users' Perspectives* לעיל ה"ש 152.

184 Morse & Birnhack, *The Continuity Principle*, לעיל ה"ש 178.

185 THE DIGITAL DEATH REPORT, לעיל ה"ש 6, בעמ' 8-9.

186 ראו דיון מורחב בחלק ב(ג) לעיל.

187 כאשר מדובר בהגנה על זכות כלשהי של המת, בירנהק ומורס מציעים לברר אם זכות זו אכן הייתה למת בחייו ואם היא שורדת לאחר המוות מבחינת הצדקותיה העיוניות. לדוגמה, חופש התנועה אינו רלוונטי לאדם המנוח, כך שגם אילו הייתה זו זכות מוגנת ששורדת לאחר המוות, היה ראוי לאזנה. ראו בירנהק ומורס **זיכרונות דיגיטליים**, לעיל ה"ש 33, בעמ' 106.

188 שם, בעמ' 105. ראו גם עניין **סנש**, לעיל ה"ש 107, שם הוכרע כי כבוד המת וזכויותיו חלשים לעומת זכויותיהם של מחזאי ותאגיד ציבורי לחופש הביטוי.

189 יוער כי הכוונה אינה רק להוראת צוואה מפורשת בדבר "הנכסים המצויים בחשבון הדיגיטלי", אלא גם בנכסים שיועדו לאדם מסוים בצוואה ומתברר כי הם נמצאים רק בחשבון דיגיטלי כלשהו.

190 בר"ע 108/75 **גרייבר נ' גרייבר**, פ"ד כט(2) 673, 679 (1975).

למשל, מתרוצץ לו בחלל משפט הירושה האינטרס שלא לאפשר ליד המתה (ה- 'mortmain') לשלוט בחיים ללא הגבלה".¹⁹¹

ברוח זו, וכפי שנכתב בהלכת סקולר, גם לזכות לפרטיות אין מעמד בכורה, והיא עשויה לסגת מפני זכות קניינית של אחר.¹⁹² משום כך, וכדי להבין באילו מקרים תיסוג הזכות לפרטיות, ניעזר – בזהירות המתבקשת – במבחני הפסיקה שגובשו בעניין סקולר באשר למתן גישה לחשבון בנק של נפטר.¹⁹³ נשאל מהי מידת החיוניות והחשיבות של הנכסים הדיגיטליים המצויים בחשבון המקוון,¹⁹⁴ אם ניתנו נימוקים המצדיקים גילוי תוכן שבחשבון המקוון,¹⁹⁵ ואם המבקש אינו יכול להגיע אל המבוקש בדרך אחרת.¹⁹⁶ לסיכום, עניין אלטוורת ממחיש היטב את ההתנגשות שבין זכויות ורצונות של אדם שהלך לעולמו¹⁹⁷ לבין זכויות קרוביו, בני החיים, החפצים לגשת אל עזבונו הדיגיטלי. בכל מענה אסדרתי שיגובש יש לשאוף לכך שרצון המשתמש יהיה ידוע וברור, מפני שאם יש בידו הוכחה לרצון והסכמה פוזיטיבית של המנוח, ההכרעה בהתנגשות זו פשוטה ואידיאלית. אך אם רצונו אינו ידוע, כי הוא לא רצה או לא הספיק להביע אותו, יש לפנות אל מבחני הפסיקה ולהכריע לפיהם אם לאפשר לקרובים גישה אל עזבונו הדיגיטלי.

191 עניין לישיצקי, לעיל ה"ש 126, בפס' 11 לפסק הדין של השופט חשין.

192 עניין סקולר, לעיל ה"ש 142, בעמ' 773-774.

193 שם, בעמ' 774-775. באשר לשימוש הזהיר במבחנים אלו ראוי ללמוד, למשל, מפסיקה שהחילה את הלכת סקולר בזהירות לשם מניעת שימוש לרעה בזכותו של המנוח לפרטיות. ראו עניין א"ג, לעיל ה"ש 148, בפס' 6.1.

194 ראו עניין סקולר, לעיל ה"ש 142, בעמ' 774, שם קבע השופט גולדברג כי יש לבחון עד כמה המידע המצוי בחשבונות חיוני וחשוב לצורך ההכרעה במחלוקת שבין הצדדים.

195 בפסק הדין בעניין סקולר, שם, נשאל "אם הונחה תשתית ראייתית לכאורית המצדיקה את גילוי החשבונות, שכן לא די בטענה בעלמא בדבר הרלוונטיות והחיוניות של החשבונות, העולה להיות מסווה ל'דיג ראיות'".

196 בעניין סקולר, שם, נפסק כי "על הצד המבקש גילוי חשבונות הבנק לשכנע את בית המשפט כי אין בידיו להישען על ראיות חלופיות, שאין בהן פגיעה בפרטיות". ממבחן זה צריך להיגזר מבחן נוסף, והוא אם בעצם מתן הגישה אל הנכס הדיגיטלי יש פגיעה מובנית בפרטיות, דוגמת חשיפה של מצבור נכסים שהמנוח הסתיר את קיומו לאורך חייו. כאשר המנוח ילך לעולמו ויתגלו הנכסים, תעלה שאלה בדבר חלוקתם ליורשים, ובאשר לזכות לפרטיות – אם היא תיסוג מפני זכות הקניין או שהידיעה על קיומו של הנכס מהווה פגיעה בפרטיות ולכן האחרונה תגבר על זכות הקניין. איזון זה מחייב גמישות מחשבתית, ומבהיר כי הזכויות והאינטרסים ניתנים לכוונון בהתאם לנדרון.

197 זכויות המנוח אינן חד-משמעיות כשל האדם החי, אך באמצעות מבחני הפסיקה ניתן להביט בזכות לפרטיות כזכות דינמית, שעשויה לשרוד לאחר המוות כנגזרת של כבוד המת, גם אם לא באותה עוצמה שהייתה לה בחייו. במקרה נתון זכות זו יכולה להתבטל לחלוטין, כי היא אינה רלוונטית עוד, או להישמר בעוצמה נמוכה מול אינטרס אחר שיוצב מולה.

2. התנגשות ב: זכויות צד שלישי מול האינטרס של קרובי המנוח

צד שלישי הוא בן שיחו של המנוח, כגון חבר, קולגה, לקוח או צד לרומן, אשר מחזיק בזכויות ואינטרסים שונים שחשופים לאפשרות של פגיעה.¹⁹⁸ בהיותו מצוי מחוץ להתקשרות שבין המשתמש למסדת, ונראה שגם מחוץ לבקשת משפחה מהמסדת הדיגיטלית או מבית המשפט לגשת אל עיזבון דיגיטלי של נפטר, הצד השלישי עלול להימצא ברגיל בעמדת נחיתות.¹⁹⁹ הצד השלישי אינו כפוף להסכם השימוש שהוחל על המשתמש עם פתיחת החשבון, ולכן אין לו דרך להתנות עליו או לדרוש ממי מהצדדים להגן על זכויותיו שנמצאות בסכנת פגיעה. פגיעה אפשרית בזכויות צד שלישי נדונה על ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת במסגרת דיוניה בהצעת חוק הגישה לתוכן דיגיטלי לאחר פטירתו של אדם, אך לא סופק לכך מענה ברור במסגרת נוסח החוק שאושר לבסוף. פגיעה זו נדונה גם בפסיקה, אך בעיקר בהקשר של סדר הדין האזרחי, ובפרט בסוגיות הנוגעות בהליך גילוי מסמכים. ניכר כי היות שהצד השלישי אינו צד להליך ואין גורם שישמיע את קולו, מלאכת ההגנה על זכויותיו עוברת לאחריות בית המשפט, ומתפקידו לשקללן בהחלטתו בבקשת הגילוי. אחריותו של בית המשפט לאזן בין האינטרסים השונים קיבלה ביטוי גם בתקנות סדר הדין האזרחי.²⁰⁰

מתן גישה לעיזבון דיגיטלי של המנוח עלול לגרום לפגיעה בזכויות צד שלישי בכמה מקרים: (1) בהיותו נמען שהתכתב עם המנוח לפני מותו, ואשר ספק אם בעת ההתכתבות הוא חשב שזו תיחשף לעיני אחר וכך תיפגע פרטיותו; (2) בעקבות גישה שהתאפשרה והובילה לגילוי מידע ונכסים המצויים תחת חיסיון או הגנת סוד מסחרי

198 החלטה על מתן גישה לתיבת דוא"ל של משתמש שהלך לעולמו, אשר כוללת לרוב תכתובות עם צדדים שלישיים, פוגעת בפרטיותם של האחרונים ובזכויות קנייניות שייתכן שעומדות לזכותם, ועלולה לחשוף לעיני אחרים נכסים, מסמכים ומידע אשר מוגנים, למשל, בסוד מסחרי ובחסינות הקבועים בחוק. ראו, למשל, ב"ש 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב, פ"ד מא(2) 337 (1987). כאשר מדובר בחיסיון, מתעוררים שני מצבים אפשריים: האחד, כאשר המנוח הוא מקבל השירות; והאחר, כאשר הוא נותן השירות. בשני המצבים אין לאפשר גישה אל העיזבון הדיגיטלי, אך ההבדל טמון בזהותו של בעל החיסיון. ראו בירנהק ומורס זיכרונות דיגיטליים, לעיל ה"ש 33, בעמ' 125.

199 ראו, למשל, תאד"ם (שלום אי) 25-07-61312 קרואני נ' גוגל ישראל בע"מ (אר"ש 29.9.2025). עניין זה עסק בבקשת הוריו של חלל צה"ל לקבל צו שיוורה למסדות דיגיטליות לאפשר להם לגשת לחשבונותיו של המנוח. פסק הדין מציף אתגרים שונים שנוגעים בצדדים שלישיים, ביניהם שאין כל גורם – בן משפחה אחר או צד שלישי כלשהו – הטוען בשם פרטיותו של המנוח ומתנגד לחשיפת המידע לפני הוריו. השופט הביע חשש גם בנוגע לזכות לפרטיות של צדדים שלישיים שהתכתבו עם הנפטר, אך לדבריו התחייבותם של המבקשים לשמור את המידע לשימוש האישי ולא לפרסמו נותנת מענה הולם לחשש זה.

200 תק' 5 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, קובעת כי "בית המשפט יאזן, לפי הצורך, בין האינטרס של בעלי הדין ובין האינטרס הציבורי; לעניין זה, 'אינטרס ציבורי' – נגישות הציבור למערכת בתי המשפט לרבות קיומו של דיון משפטי צודק, מהיר ויעיל, חיסכון במשאבי זמן ועלויות, מניעת הכרעות סותרות ומניעת שימוש לרעה בהליך השיפוטי".

השמורים לצד שלישי; 201 (3) כאשר לצד השלישי יש זכות קניינית בנכס שמצוי בעיזבון – למשל, אם הוא הזמין עבודה מיוצר שהלך לעולמו בטרם הספיק להעבירה אל המזמין.

(א) עניין ברוזובסקי

ד"ר אלכסנדר ברוזובסקי, רופא בכיר בבית החולים סורוקה, שם קץ לחייו ביולי 2018. משפחתו עתרה לבית הדין האזורי לעבודה בבאר שבע בבקשה לקבל גישה למחשב ולתיבות הדוא"ל האישית והמקצועית של המנוח אשר הוקצו לו על ידי בית החולים.²⁰² בקשתה נומקה ברצון להתחקות אחר סיבת ההתאבדות.²⁰³ בית הדין החליט לאפשר למשפחת המנוח לקבל גישה מלאה לתיבת הדוא"ל האישית,²⁰⁴ לאפשר גישה חלקית לתיבה המקצועית, וכן למנות נאמנת מידע שתיגש אל המחשב ותיבות הדוא"ל של המנוח לצורך איסוף החומר, סינונו והעברתו למשפחתו.²⁰⁵ החלטות אלו אומנם מיטיבות עם קרובי המנוח, אך פוגעות בזכויות ואינטרסים של צדדים שלישיים שעמדו עם המנוח בקשר. מפסק הדין עולה הרושם שבית הדין לא השכיל למנף את האירוע שהתגלגל לפתחו ולדון לעומק בשאלות מרכזיות שזירת העיזבון הדיגיטלי מעוררת. ראשית, בפסק הדין נכתב כי החלטתה להעביר את כל התוכן המצוי בתיבה האישית למשפחת המנוח²⁰⁶ התקבלה על סמך הסכמה בינה לבין בית החולים.²⁰⁷ אך האם בהסכמה בין שני הצדדים בלבד יש כדי לאפשר מסירה גורפת של תוכן התיבה האישית ללא סינון חומרים של מי שאינו צד להליך²⁰⁸ ומבלי להידרש לבירור רצונו של המנוח

201 הסוד המסחרי ממשיך להישמר ללא הגבלת זמן, עד להתרחשות אירוע שבו הוא נחשף לציבור – למשל, גילוי הסוד באופן וולונטרי על ידי בעל הסוד. אך בענייננו חשיפת הסוד עלולה להתרחש כאשר מישהו שאינו בעל הסוד, דוגמת המסדת, יאפשר את חשיפתו. להרחבה ראו [1 PERSPECTIVES, TRADE SECRETS AND PATENTS] PETER S. MENELL, MARK A. LEMLEY, ROBERT P. MERGES & SHYAMKRISHNA BALGANESH, 1 INTELLECTUAL PROPERTY IN THE .NEW TECHNOLOGICAL AGE: 2020 chs. 1–2 (2020)

202 עניין ברוזובסקי, לעיל ה"ש 93.

203 שם, בעמ' 1. בקשה זו באה גם על רקע מכתב ההתאבדות שהשאיר הרופא ובו האשים גורמים שונים בפגיעה בו. ראו רויטל בלומנפלד "טרגדיה בבאר שבע: מנהל מחלקה בסורוקה שם קץ לחייו בחדרי הניתוח" וואלה <https://did.li/12VIw> (4.7.2018).

204 מבלי לדון בהסכמת המנוח וברצונותיו ומבלי להתעכב על זכויות צד שלישי שנקשרו עם תיבת הדוא"ל האישית, וזאת אף שבית הדין מדגיש את מעמדה החשוב של הזכות לפרטיות.

205 עניין ברוזובסקי, לעיל ה"ש 93, בפס' 35.

206 שם, בפס' 35א: "מלוא החומר מתיבת הדואר האישית של המנוח יועבר לעיזבונו".

207 שם, בפס' 4 ר-7.

208 למשל, כאשר יש בחוזה כדי להשפיע לרעה על צד שלישי וחיצוני לחוזה, לעיתים יקדמו בתי המשפט דווקא את האינטרסים של האחרון על פני זכויותיו של אחד מהצדדים לחוזה. בן-שחר, הופמן וואנג מצביעים על פסיקות אמריקניות שבהן הובעה עמדה זו. להרחבה ראו Omri Ben-Shahar, David A. Hoffman & Cathy Hwang, *Nonparty Interests in Contract Law*, 171 U. PA. L. REV. 1095, 1114–1118 (2023).

בטרם הלך לעולמו? ניכר שלשיטת בית הדין התשובה היא חיובית. אך הגם שהמשפחה סקרנית, ייתכן שהמנוח לא רצה לערב את משפחתו בהיבטים אישיים, ואולי היה לו פשוט יותר להתכתב בנושאים אלו דווקא עם מי שאינם קרוביו. לכן התוצאה שמתקבלת היא פגיעה בכבוד המת ובזכותו לפרטיות וכן בזכויות צד שלישי.²⁰⁹ שנית, בפסיקת בית הדין צוין כי השאלה "האומנם, יכול עיזבון המנוח לבוא בנעליו ולתת הסכמה להחזרה לתכתובות בתיבות דואר" לא תלובן, מפני שהכרעה בה לא תשפיע על התיק, לנוכח הסכמת בית החולים להעביר את המצוי בתיבה האישית לידי הקרובים.²¹⁰

הבחירה לדלג על בירור רצון המנוח ולהסתפק בדיון צר ומצומצם היא צעד שעלול להוביל הן לפגיעה נקודתית והן לפגיעה מתמשכת, כאשר פסיקה זו תנחה מקרים דומים בעתיד ותאפשר גישה לחשבונות נפטרים, ובכלל זה לתכנים של צדדים שלישיים אשר לא רצו בחשיפתם לעיני מי שאינו המנוח. טוב היה אילו זיהה בית הדין את ההשלכות שעלולות להיות לפסק דין כזה על מקרים עתידיים, ואילו ניצל את ההובא לפתחו כהזדמנות לעצב הוראות ברורות ואחידות שיהיו בסיס הן לפסיקה עתידית בסוגיה והן לאסדרה מקיפה בעתיד.

(ב) פסיקות בית המשפט לענייני משפחה

גם בית המשפט לענייני משפחה עסק בשנים האחרונות בבקשות שנוגעות בגישה אל תכנים שהשאירו אחריהם נפטרים במכשיריהם הסלולריים. כך, למשל, בעניין ה"ע,²¹¹ דן בית המשפט המחוזי בערעור על החלטה של בית המשפט לענייני משפחה לדחות את בקשתו של מתנגד הצוואה לחשוף מידע. זאת, מאחר שהלה ביקש צו להעביר לידי את "כל התכנים מכל מין וסוג שהוא ולתקופה בלתי מוגבלת, המצויים במכשיר הסלולרי של המנוח".²¹² בית המשפט קבע כי גם אם באלה יימצאו תכנים שיש בהם כדי להעיד על מערכת יחסים עכורה בין המנוח לילדיו (וביניהם המשיב), לא הסביר המבקש כיצד יסייעו לו התכנים המבוקשים במסגרת ההליך. הן בית המשפט לענייני משפחה והן בית

209 תיבת דוא"ל, בהווייתה, היא אמצעי שמערב צד שלישי. אותו צד שלישי, כאשר התכתב עם המנוח, לא סבר שמישהו נוסף ייחשף לתכתובת ביניהם, גם אם זו אינה כוללת סודות. לכן לכאורה אין באפשרות הנאמנת להעביר למשפחה כמעט שום תכתובת שמצויה בתיבה האישית (פרט לטיטות שלא נשלחו וכן תכתובות של המנוח עם מי שמבקשים כעת לגשת לעזבונו, אלא שאלה האחרונות כבר מצויות בידי המשפחה כעותק שנשלח או התקבל). יצוין כי בית הדין אומנם הדגיש כי הגילוי ייעשה תוך שמירה על פרטיותם של צדדים שלישיים, אך הורה כן רק באשר לתיבה המקצועית. לגבי תיבה זו ציין בית הדין כי הנאמנת תפעל לניפוי ההודעות שעלולות לפגוע בפרטיותם של צדדים שלישיים (ראו עניין **ברזובסקי**, לעיל ה"ש 93, בפס' 35), אך אמירה זו לא קיבלה ביטוי הולם בהוראות שנמסרו לנאמנת לגבי התכתובת האישית (ראו שם, בפס' 35 ו-35ב). ראוי לשאול מדוע ההנחיות לגבי התכתובת האישית לא כללו הסתייגויות, בעוד שלגבי התכתובת המקצועית ניתנו הסתייגויות. אולי נבע הדבר מראייה מצמצמת של חיסיון.

210 שם, בפס' 14-15.

211 רמ"ש (מחוזי ת"א) 20-08-37155 ה"ע נ' ט"ב (אר"ש 18.10.2020).

212 שם, בעמ' 5.

המשפט המחוזי שדן בערעור דחו את הבקשה, בנימוק שהיה על המבקש לפנות בבקשה ממוקדת. המחוזי פסק כי הבקשה שהוגשה לבית המשפט לענייני משפחה הייתה גורפת, על דרך "השערה" בלבד, ונועדה למסע של דיג ראיות.²¹³

לעומת זאת, בעניין א"נ – שעסק בסכסוך ירושה בין בנו של מנוח (המבקש) לבין בת זוגו של המנוח (המשיבה), אשר טענה כי היא הידועה בציבור שלו – נפסק אחרת.²¹⁴ בדיון אישר השופט לחשוף תוכן ממכשיר סלולרי של המנוח, בנימוק שהחשיפה נעוצה, בין היתר, בבקשת הבן לברר אם המשיבה אכן הייתה האישה היחידה בחיי אביו או שהיו לאב מערכות יחסים נוספות.²¹⁵ נוסף על כך עתר המבקש להעברת החומר שנצבר במכשירי המנוח אל מומחה מטעם בית המשפט. המשיבה התנגדה מהטעם שמדובר בתוכן אינטימי וחשיפתו תפגע בפרטיות המנוח ובפרטיותה. בית המשפט דחה את טענתה, והסביר כי אומנם לא בכל מקרה יש הצדקה לחשוף תוכן של מחשב וטלפון נייד, מאחר שבתוך כך נחשפים חלקים מעולמו האינטימי של אדם ומתחייבת זהירות יתרה, אך בנסיבות שבהן המידע כבר נחשף לפני המשיבה, אשר טרם נקבע כי היא יורשת, ומבוקש גילוי לפני המבקש, שהוא יורש ודאי, אין מנוס מהסגת הזכות לפרטיות מפני זכויות ואינטרסים נוגדים.²¹⁶

גם בהחלטות אלו ניכרת פסיקה צרה באשר להשלכות של מתן גישה לעיזבון דיגיטלי. לא מתקיים במסגרתה דיון מספק בצעדים שניתן לנקוט לצמצום פגיעה בזכויות צד שלישי מעבר לזכות לפרטיות של המנוח.²¹⁷

(ג) מלאכת האיזון בהתנגשות ב

החלטה פזיזה שמאפשרת גישה לעיזבון דיגיטלי ללא איזון בין האינטרסים של כל השחקנים המעורבים מובילה לפגיעה בזכויות צד שלישי. גם בהתנגשות זו ניתן לשאוב פתרון מפסיקה שניתנה בהקשרים אחרים. בעניין גוזלן, למשל, נקבע כי אין לאשר בקשה לגילוי מסמכים הפוגעים בפרטיותם של צדדים שלישיים ולעיון בהם אלא

213 ש.ם.

214 עניין א"נ, לעיל ה"ש 148; ליטל דוברוביזקי "בשל סכסוך ירושה, ביהמ"ש אישר לחשוף תוכן אינטימי בסלולר של גבר שנפטר" כלכליסט (25.1.2021) <https://did.li/Q9dsl>.

215 עניין א"נ, לעיל ה"ש 148.

216 בית המשפט מינה מומחה מטעמו למלאכת העתקת התוכן, אך ניכר שמינויו היה כ"צינור" בלבד, ולא לתכלית שצריכה לעמוד בבסיס מינוי נאמן, שכן לא נלוו למינוי הוראות לגבי סינון התוכן שהועתק מהמכשיר.

217 בעניין ה"ע, לעיל ה"ש 211, בעמ' 4, ציטט השופט את הדברים הבאים: "בית המשפט... מצווה בראש וראשונה לברר האם הצוואה משקפת את 'רצונו הנחזה' או את 'רצונו החופשי' של המצווה. כדי לברר זאת, אין מנוס מהיזקקות לראיות שנוגעות לעניינים הפרטיים והאינטימיים ביותר של המצווה... דומה כי בהליך הנסב על תוקפה של צוואה, האינטרס שבכיבוד רצונו של המת מתוך שמירת כבוד המת, גובר על אינטרסים אחרים, ובהם שמירת הפרטיות של המנוח ושמירה על חסינות שעמדו לו בחייו...". למקור הציטוט ראו רמ"ש (מחוזי ב"ש) 15-10-42302 א"צ נ' י"צ, פס' 21 (נבר 27.1.2016).

"בנסיבות נדירות ביותר",²¹⁸ ובעניין **תבור** נקבע כי במצבים כאלה על בית הדין למצות תחילה את השיקול בדבר חלופות אחרות.²¹⁹ באופן דומה נקבע בבע"מ 04-3542 כי מאחר שהצד השלישי אינו בעל דין שיש לו עניין בהליך, ומאחר שהפגיעה הכרוכה בהצגת מידע פרטי שלו עלולה להיות מזיקה, תותר הצגת המידע האמור רק במקרים נדירים ויוצאי דופן, והדרישה לגילוי תחייב מידת שכנוע רבה בדבר נחיצותו וחיוניותו.²²⁰ גם בעניין **א"ס** הדגיש בית המשפט את חשיבות השמירה על פרטיותו של צד שלישי שאינו צד להליך, אם כי הזכיר כי יש לאזנה מול ניהולו התקין של ההליך.²²¹ אך עם כל הכבוד לזכות לפרטיות, אשר תופסת את מרכז השיח, זוהי רק אחת מהזכויות שמצויות בסכנת פגיעה. בעניין **ארמוזה**, למשל, נדונה חשיפת סוד מסחרי של צד שלישי:

"האיזון בין האינטרסים של שני הצדדים אמור להוביל את בית המשפט לכך שהחלטות שעלולות לפגוע בסודות מסחריים יעשו כן באופן מידתי, כך שחשיפתם של הסודות לא תיעשה מעבר לנדרש. לצורך כך, יש לוודא כי הגילוי

218 ע"א 174/88 גוזלן נ' קומפני פריזיאן דה פרטיסיפסיון, פ"ד מב(1) 563, 565 (1988).
219 סע"ש (אזורי ת"א) 18-11-60863 אופקים סוכנות לביטוח כללי בע"מ נ' תבור, פס' 15 (נבו) (11.3.2020).

220 בע"מ 04-3542 פלוני נ' פלונית, פס' 14 (אר"ש 20.6.2005).
221 תלה"ם (משפחה ת"א) 19-02-31142 א"ס נ' ש"ס, פס' 54 (אר"ש 18.11.2020). לכן הציע בית המשפט כי המתווה שלפיו תתאפשר זכות עיון במסמכים מבוקשים הוא שהמסמכים יחשפו תחילה אך ורק לעיני עורך דינו של המבקש ומומחה מטעמו. השופטת סברה כי מתווה כזה מאפשר איזון. עוד היא כתבה כי "פרט לפסיקה בנושא, אף המחוקק נתן דעתו לעניין, במסגרת תזכיר חוק לתיקון חוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 בעניין שמירת מידע של צדדים שלישיים אותו אוספת הרשות לצורך ביצוע בדיקותיה..." (שם, בפס' 55).

גם בהליך פלילי נכתב על הפגיעה בצד שלישי: "הפגיעה בסוד השיח, בפרטיות או בחסיונות ואינטרסים אחרים, אינה רק כלפי העד במשפט שהמחשב או הטלפון הנייד שלו נחשף לגילוי ולעיון. הפגיעה היא גם של צדדים שלישיים רבים אשר 'נוכחים' שלא בטובתם בחומר, כמי שעמדו בקשר כזה או אחר עם בעל המחשב. זאת ועוד. המחשב עצמו יכול שישמש מספר אנשים, עניין השכיח במיוחד במחשבים ביתיים המשמשים כמה בני משפחה". ראו עניין **פישר**, לעיל ה"ש 135, בפס' 11. עוד עמד שם בית המשפט על ההבדל בין פגיעה שעולה כתוצאה מגישה לתוצרים דיגיטליים, דוגמת תוכן במכשיר סלולרי, לבין פגיעה שתיגרם מגישה לתוצרים שעולים מהאזנת סתר: "הפגיעה בצדדים שלישיים גדולה בהרבה בתוצרי מחשב וטלפונים ניידים. אכן, מי שנתון להאזנה משך תקופה ארוכה, פרטיותו ופרטיותם של צדדים שלישיים המשוחחים עמו נפגעת. אך פגיעה זו מתוחמת... בחומרי המחשב והטלפון הנייד, אנו יכולים לחדור כמעט למחשבותיו ולעולמו הפנימי של בעל המחשב והטלפון הנייד". שם, בפס' 17. גם ס' 23א לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, קובע כי חדירה לחומר מחשב והפקת פלט ייעשו על ידי בעל תפקיד המיומן בביצוע פעולות אלו, וכן כי פעולה זו תיעשה על פי צו שופט שמתיר במפורש חדירה לחומר מחשב ומפרט את מטרות החיפוש ותנאיו, שייקבעו באופן שלא יפגעו בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש.

ייתכן אך ורק לגבי מסמכים שהם רלוונטיים לתובענה והכרחיים לבירורה; כי הליך הגילוי לא ינוצל לעשות שימוש לרעה ככלי להשגתם של סודות מסחריים; וכי חשיפת סודות מסחריים של צדדים שלישיים שלא ניתן להם יומם בבית המשפט לא תיעשה על נקלה".²²²

אם כן, הצד השלישי הוא החלש מבין השחקנים בזירת העיזבון הדיגיטלי. עמדת בית המשפט באשר לפגיעה בזכויות צד שלישי באשר הן היא ברורה. ראוי שפגיעה זו תזכה הן בהתייחסות בדיוני בית המשפט בתיקים שעניינם גישה לעיזבון דיגיטלי, ואשר מתקיימת בהם סכנה למימושה של פגיעה זו, והן בביטוי מפורש באסדרה.²²³

3. התנגשות ג: האינטרס של המסדת מול האינטרס של הקרובים לגשת אל העיזבון הדיגיטלי

נכסיו הדיגיטליים של משתמש ממוקמים בתוך חשבונות מקוונים שהוא פותח במסדות דיגיטליות מסוגים שונים. עובדה זו הובילה להגדרת המסדת כאפוטרופוס (custodian),²²⁴ שתפקידו לתחזק, לעבד, לקבל או לאחסן נכס דיגיטלי של משתמש²²⁵ כבמעין כספת.²²⁶ המסדת הדיגיטלית מחייבת את המשתמש לאשר את תנאי השימוש במעמד פתיחת החשבון. בדרך כלל יקבעו התנאים כי הגישה אל החשבון תאפשר רק

222 רע"א 2930/16 ארמוזה נ' ברודסקי, פס' 22 (אר"ש 9.6.2016) (הפניות לאסמכתאות הוסרו). ראו, בדומה לכך, גם רע"א 2376/13 רמי לוי שיווק השקמה תקשורת בע"מ נ' דהן (אר"ש 8.7.2013); רע"א 10108/16 רמי לוי שיווק השקמה בע"מ נ' ברנד פור יור בע"מ, פס' 24 (אר"ש 1.3.2017).

223 בכל אלה יש גם מן הדמיון ליישום ס' 23(ג) לחוק עוללות מסחריות, התשנ"ט-1999, שבו נקבע כי בהליך משפטי אזרחי בית המשפט רשאי לתת צו בדבר אי-גילוי ראיות שיש בהן סוד מסחרי, ובלבד שראה כי העניין באי-גילוי ראיה עדיף מן הצורך לגלותה לשם עשיית צדק.

224 כינוי המסדת "אפוטרופוס" יוצר אנלוגיה מתבקשת לבעלי מקצוע דוגמת עורך דין, פסיכולוג, עובד סוציאלי ועיתונאי, שמהווים מעין אפוטרופסים באשר לחיסיון שחל על המידע או המסמכים הרלוונטיים לעיסוקם מול לקוח, מטופל או מקור. ראו בירנהק ומורס זיכרונות דיגיטליים, לעיל ה"ש 33, בעמ' 109; ס' 48-50 לפקודת הראיות. לעניין חסיון עיתונאי-מקור ראו עניין ציטרין, לעיל ה"ש 198.

225 ס' 2(8) להצעת ה-RUFADAA, לעיל ה"ש 4.

226 השימוש במונח "כספת" נעשה גם בעניין פישור, לעיל ה"ש 135, בפס' 10 "דומה כי לא תהא זו הפרוזה לומר כי בטלפון הסלולרי טמון סיפור חייו של האדם בהאידיא, באשר אצורים בתוכו רגעים וזכרונות משמעותיים מחייו של אדם, לצד מידע ופרטים חיוניים לתפקודו היומיומי – תמונות של עצמו ושל יקיריו, כתובות ומספרי טלפון של קרובים ומכרים... הסמארטפון הוא מעין כספת ניידת המכילה תמונות, לעיתים תמונות רגישות, התכתבויות אישיות ומידע פרטי, ולעיתים אף סודי... מרבית המכשירים הסלולריים... הינם 'מכשירים חכמים', שמהווים לרוב גם שער כניסה לשלל נכסיו הדיגיטליים של האדם – חשבון דואר אלקטרוני, חשבון פייסבוק ורשתות חברתיות נוספות...".

למשתמש שפתח את החשבון, ולא לאדם אחר.²²⁷ כל אלה הופכים את המסדת הדיגיטלית לשחקנית החזקה בזירת העיזבון הדיגיטלי, אשר ידה ביחס לשחקנים אחרים נמצאת על העליונה.

יתר על כן, למסדות הדיגיטליות יש שיקולים שונים שעשויים לעמוד בסתירה לרצון הקרובים לגשת אל העיזבון הדיגיטלי ולעצם מתן הגישה. מדובר בשיקולים מסחריים מובהקים אשר מניעים את פעילותן, ואשר אינם עולים בדרך כלל בקנה אחד עם אלה של השחקנים האחרים בזירה, ובפרט של קרובי המנוח. כאלה הם, למשל, שיקולים שנעוצים בניהול העסק עצמו, וכן התחייבויות שונות שמקורן בחוק או בתנאי השימוש ואשר עליהן לעמוד בהן כדי להימנע מחבות משפטית. נוסף על כך, בירנהק ומורס מצביעים על כך ששימור המידע האישי של המשתמשים שהלכו לעולמם וניהול הגישה אליו עשויים להוות מקור רווח עבור המסדות הדיגיטליות.²²⁸

כאשר המסדת נתפסת כאפוטרופוס של הנכסים הדיגיטליים של המשתמש, היא אמורה לשרת את טובת המשתמש בלבד, ולא את טובתם של שחקנים אחרים בזירת העיזבון הדיגיטלי, כגון קרוביהם.²²⁹ כמו כן, בדיקת בקשות גישה לנכסים דיגיטליים מחייבת את המסדת לבצע אימות ודאי של פטירת האדם, לשם מניעת הונאות ושימושים לרעה. בחינה כזו כרוכה במשאבים של זמן, תכנון וכוח אדם.²³⁰

מנגד ניצבים קרובי המנוח, אשר מעוניינים לגשת אל נכסיו²³¹ ופועלים בדרכים שונות כדי לאפשר את הגישה. חלקם עושים זאת על בסיס היתר והנחיות מפורשות שהשאיר המנוח בטרם הלך לעולמו; חלקם מעוניינים לגשת ללא היתר של המנוח,²³² מטעמי אבל והנצחה; וחלקם עושים זאת באמצעות פנייה לבית המשפט בבקשה שייתן צו שיאפשר את הגישה לצורך טיפול בסוגיות פיננסיות, מימוש נכסים דיגיטליים ומניעת גנבת זהותו של המנוח.²³³

227 במקרים שבהם הוגדר איש קשר לענייני הנצחה, אם ניתן בכלל להגדירו במסדת, יוכל גם הוא לגשת לחלק מתוכן החשבון.

228 בירנהק ומורס **זיכרונות דיגיטליים**, לעיל ה"ש 33, בעמ' 20 ו-121.

229 יוער כי באופן תאורטי ניתן לתהות אם אימוץ ראייתה של המסדת הדיגיטלית כאפוטרופוס עשויה להביא לידי החלת חובות אמונאיות על המסדות, כך שהיחסים לא ימוצו במישור החוזי בין המשתמש למסדת. לדיון בעניין אפוטרופוס כאמונאי ראו עמיר ליכט "חובת אמן – אימתי?" **חובות אמן בדין הישראלי** 35, 43, 44, ה"ש 42 (רות פלאטור-שנער ויהושע (שוקי) שגב עורכים 2016).

230 Birnhack & Morse, *Property or Privacy?*, לעיל ה"ש 13, בעמ' 283.

231 שאלה שמתעוררת בהקשר זה היא אם מדובר באינטרס או בזכות, ואם זכות, אזי איזו זכות. ניתן לחשוב, למשל, על הזכות לכיבוד החיים הפרטיים והמשפחתיים של אדם, המעוגנת בס' 8 לאמנה האירופית לזכויות אדם.

232 ראו התייחסות ל"גישה במחדל" לעיל בה"ש 42.

233 Suzanne Brown Walsh, Naomi Cahn & Christina L. Kunz, *Digital Assets and Fiduciaries*, 91, 92-94 (John A. in RESEARCH HANDBOOK ON ELECTRONIC COMMERCE LAW, Rothchild ed., 2016).

(א) הגעת הקרובים אל בית המשפט

ריק סוויזי הלך לעולמו והשאיר אחריו חשבון תמונות שניהל דרך האיפון שלו כצלם המשפחתי.²³⁴ בתום שלוש שנות הליך בבית המשפט במנהטן נפסק כי תינתן לבן זוגו גישה לחשבון האפל איי-די של סוויזי, בין היתר בשל נימוקו של בן הזוג כי החשבון כולל תיעוד רגעים רבים במשפחה שמצויים רק בחשבון הנדון.²³⁵ דוגמה נוספת עלתה בפסיקת בית המשפט העליון הגרמני, שקבע כי מתוקף חוק הירושה הגרמני, להוריה של קטינה שהלכה לעולמה יש זכויות בחשבון הפייסבוק שלה, ביניהן הזכות לגשת אל החשבון. בטרם הגיע התיק לבית המשפט פנו לפייסבוק הוריה של הקטינה, שנהרגה מפגיעת רכבת, בבקשה לקבל גישה לחשבונה, במטרה לברר אם מדובר בהתאבדות. הערכאה הנמוכה קבעה כי נתוני פייסבוק כפופים לחוק הירושה, בהיותם שווי ערך ומעמד להתכתביות פרטיות של המנוח (אשר כפופות גם הן לחוק הירושה), וכי אין הצדקה לטפל בנכסים דיגיטליים אחרת מכפי שמטפלים בנכסים מוחשיים.²³⁶ בהמשך הפך בית המשפט לערעורים את הפסיקה, וקבע כי ההסכם בין המנוחה לבין פייסבוק פקע במותה, ומכאן שאי אפשר להעביר את החשבון להוריה.²³⁷ בתגובה ערערו ההורים לבית המשפט העליון בגרמניה, אשר קבע כי הזכויות בחשבון בתם שמורות להורים ולכן תינתן להם הגישה. הפסיקה נומקה בכך שמקובל למסור יומנים פרטיים והתכתביות ליורשים לאחר מות הכותב, ואין סיבה להתייחס לנתונים דיגיטליים באופן שונה. עוד נכתב כי בהיות המנוחה קטינה, שמורה להוריה הזכות לדעת עם אילו אנשים היא שוחחה ברשת.²³⁸

כך אירע גם לרייצ'ל תומפסון, אשר התאלמנה מבן זוגה מאט וביקשה לגשת לחשבון האפל איי-די שלו, ודרכו לתמונות וסרטונים המצויים בו, כדי שיהוו מזכרת לבתם הפעוטה. אך לצד נכסים אלו כלל החשבון גם תמונות של צד שלישי ונכסים דיגיטליים. אפל סירבה לאפשר לרייצ'ל את הגישה לחשבון, מפני שמאט לא ערך צוואה שתנחה לתת גישה, ובהחלטתה זו למעשה נצמדה לתפיסת ההסכמה הפוזיטיבית. באותה נשימה ציינה אפל כי תאפשר גישה לחשבון המנוח רק בהתאם לצו בית משפט שיורה לה לעשות כן. בהתאם, נאבקה האלמנה במשך שלוש שנים עד שניתן הצו המיוחל והתכולה הועברה לידיה.²³⁹ לפי פרסומים שונים, בין דבריו ציין השופט כי

234 מעבר להיותן נכס משפחתי-רגשי, מדובר ביצירות מוגנות בזכות יוצרים. עם פטירת בעל הזכויות, אלה עוברות ליורשיו.

235 עניין סקנדליוס, לעיל ה"ש 83.

236 עניין פייסבוק (LG Berlin), לעיל ה"ש 58.

237 *German Court Denies Parents Access to Dead Teen's Facebook Account*, THE JOURNAL (May 31, 2017), <https://did.li/R7iba> (להלן: *German Court Denies Parents Access*).

238 עניין פייסבוק (BGH), לעיל ה"ש 58. להרחבה ראו *Facebook Ruling*, לעיל ה"ש 59; *German Court Denies Parents Access*, לעיל ה"ש 237. עצם היפוך ההחלטה מערכאה לערכאה משקף העדר בהירות בסוגיה והנמקה לא אחידה.

239 עניין תומפסון, לעיל ה"ש 93.

מסדת דיגיטלית עוצמתית כאפל חבה "חובת זהירות דיגיטלית".²⁴⁰ בזמן שחלף מאז ניתן פסק הדין ניכר בשטח ביטוי מסוים לחובת זהירות דיגיטלית כזו מצדה של אפל, אשר השיקה את האפשרות להגדיר בחשבון האפל איי-די איש קשר לענייני הנצחה, שיקבל גישה לתוכן בחשבון.²⁴¹ גוגל מציעה שירות דומה של מינוי איש קשר, ואף מאפשרת למשתמשיה להגדיר לאילו סוגי תכנים הוא ייחשף ולאילו לא.²⁴²

(ב) מלאכת האיזון בהתנגשות ג

הפתרונות המוצעים על ידי המסדות הדיגיטליות יכולים להתאים ולסייע לקרובי המנוח במידת מה – למשל, במקרים שבהם הספיק המשתמש להגדיר מראש את איש הקשר. ניתוח האירועים שהובאו כאן מלמד כי לצד הפתרונות של המסדות נדרש פתרון אסדרתי מקיף ורגיש שיאזן את כלל הזכויות והאינטרסים של השחקנים בזירת העיזבון הדיגיטלי. זאת, במטרה לא להעניק כוח בלתי מסויג לשחקנית החזקה ממילא בזירה, אשר מחזיקה באינטרסים מסחריים.

אסדרה של סוגיה על ידי המחוקק מעידה בין היתר על חשיבותה – ובענייננו, כי לעזבונו הדיגיטלי של אדם ולטיפול בהשלכות הנובעות מקיומו יש חשיבות – וזו מוקרנת אל האזרחים. סיבה נוספת להכרחיות האסדרה נעוצה בתיקים שגייעו אל פתחו של בית המשפט ויערבו עיזבון דיגיטלי. עם הזמן עוד ועוד משתמשים ילכו לעולמם, ובית המשפט עלול להתמודד עם עומס בקשות גישה, אשר יגזלו ממנו זמן שיפוטי יקר.²⁴³ לאחרונה, בעקבות טבח 7 באוקטובר, נחקק בישראל חוק הגישה לתוכן דיגיטלי לאחר פטירתו של אדם, אשר מהווה הכרה ראשונה בחשיבותה של סוגיית העיזבון הדיגיטלי. אך העמקה בנוסח החוק ובדברי ההסבר מעלה כי ההתנגשויות שבהן עסקנו בפרק זה והשאלות המורכבות שעולות מהן אינן מקבלות בו ביטוי מלא או מענה מקיף ורגיש דיו.

²⁴⁰ לא ברור אם כוונתו לחובת המסדת כלפי משתמשיה או כלפי הקרובים. ראו Daily Mail Reporter & Joe Middleton, *Judge Orders Apple to Give Widow Access to Her Late Husband's Online Photos After Four-year Legal Fight—So Their Daughter, 10, Can Remember Her Father*, DAILY MAIL (May 12, 2019), <https://did.li/Z7Ex5>.

²⁴¹ ראו How to Add a Legacy Contact for Your Apple Account, APPLE (Nov. 22, 2024), <https://did.li/XNbUY>.

²⁴² *About Inactive Account Manager*, GOOGLE ACCOUNT HELP, <https://did.li/KcomC>.

²⁴³ יתר על כן, הפסיקה שניתנה עד כה מעידה כי אין בידי בית המשפט תשתית שתספק לו את ההבנה הנדרשת לצורך איזון בין כלל האינטרסים והזכויות של השחקנים בזירה. ראו לעיל בחלק ב(א) את הדיון בעניין **ברוובסקי**.

פרק ג: מקרה המבחן הישראלי – הרהורים על חוק הגישה לתוכן דיגיטלי לאחר פטירתו של אדם

זמן קצר לאחר טבח 7 באוקטובר צפו בשיח הציבורי בישראל סוגיות שעניינן המשכיות רצונם של המתים, כגון השבת חפצים אישיים של הנרצחים אל משפחותיהם²⁴⁴ ובקשות לשימור זרע לצורך המשכיות והבאת צאצאים.²⁴⁵ לצד אלה, גם השאלה בדבר גורל חשבונותיהם המקוונים של מי שלא ישובו עוד עלתה אל סדר היום והעסיקה משפחות רבות.²⁴⁶ חודשים ספורים לאחר הטבח הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק ששמה לה למטרה לאפשר לאדם לקבוע מי יהיה רשאי לקבל גישה לתוכן האישי שלו ברשתות חברתיות לאחר שילך לעולמו.²⁴⁷ בחלוף ארבעה חודשי עבודה ודיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, פורסם ביום 23.7.2024 חוק הגישה לתוכן דיגיטלי לאחר פטירתו של אדם. כמתואר בדברי ההסבר להצעת החוק, מטרת החוק היא "לאפשר לאדם לקבוע בחייו מה יעלה בגורל התוכן הדיגיטלי האישי שלו הנמצא ברשות ספקי שירותי תוכן דיגיטליים, לאחר מותו", ובפרט לאפשר לו לקבוע כי לקרוביו תהיה גישה לתוכן.²⁴⁸

על חשיבות החוק קיים קונסנזוס, ורבים רואים בו, בצדק, יוזמה שיש לברך עליה.²⁴⁹

244 ראו, למשל, פוסט מאת מעצבת תכשיטים שחיילי צה"ל ביקשו את עזרתה באיתור הבעלים של תכשיט שהם מצאו בבית בחאן יונס: Hagar Satat (@HagarSatat) פייסבוק (13.1.2024) <https://did.li/QVcUY>. ראו גם משה כהן "משקפיים, בגדים ותיקים: החפצים שנותרו אחרי זוועות פסטיבל 'נובה' מעריב" (19.11.2023) <https://did.li/WE2rl>; "אתה נאחז בכל שריד שנשאר, בכל דבר שיחבר אותך לחיים מפעם" כלכליסט (23.11.2023) <https://did.li/LcomC>; איציק סכן "חולצות, תיקים ואוהלים: פנייה לשורדי הנובה ולמשפחות החטופים והקורבנות לאסוף חפצים" היום (18.11.2023) <https://did.li/RVcUY>.

245 נטע צ'חנובסקי "למשפחות מגיע לדעת שיכול להיות להן דור המשך" Mako (20.10.2023) <https://did.li/eQt6q>; אביבית מיסניקוב "אחרי זיהוי הגופה, המאבק, והתקווה – זרעו של יהב וינר ז"ל התברר כלא-שמיש עור" N12 (11.10.2023) <https://did.li/BKKgT>; עידו אפרתי "המדרינה מעורדת הורים לשמר את זרע בניהם שנפלו, ודוחה את ההתמודדות עם ההשלכות האתיות והמשפטיות" הארץ (6.11.2023) <https://did.li/SVcUY>.

246 ראו מדריכים שונים שפורסמו בנושא: "מדריך ניהול זיכרונות דיגיטליים לשעת חירום" איגוד האינטרנט הישראלי <https://did.li/NeomC>; ליטל דוברוביצקי "מדריך: האם הוואטסאפ שלנו עובר בירושה?" ynet (28.11.2023) <https://did.li/x2VIw>.

247 "ועדת החוקה מקדמת את הצ"ח שתאפשר גישה לתוכן האישי של הנפטר ברשתות חברתיות" הכנסת (21.5.2024) <https://did.li/UVcUY>; יהודה קונפורטס "הצעת חוק: לאפשר גישה לתוכן אישי של אדם לאחר מותו" אנשים ומחשבים (31.3.2024) <https://did.li/pc-co-406292>.

248 הצעת חוק הגישה, לעיל ה"ש 10.

249 רפאל קאהאן "אוסר: חוק יאפשר לקרובים לקבל בירושה את חשבונות הפייסבוק והגוגל של הנפטרים" ynet (9.7.2024) <https://did.li/b8Ex5>.

רבים מאיתנו מנהלים חלק נכבד מחיינו במרחב המקוון,²⁵⁰ וחוק כזה עשוי למנוע מצבים חברתיים לא רצויים, כגון פגיעה ברצונם של קרובים להנציח ולהתאבל או גנבת זהותם של משתמשים שהלכו לעולמם. עם זאת, נוסח החוק אינו מקיף דיו, ויוצר אי-בהירות בקרב שחקנים שונים בזירת העיזבון הדיגיטלי. ראשית, החוק נכנס לתוקפו שנה מיום חקיקתו, ביום 23.7.2025, כך שקרוביהם של מי שכבר הלכו לעולמם עד אז – בטבח 7 באוקטובר, בקרבות ומלחמות ישראל או בנסיבות חיים אחרות – ואשר החזיקו בחשבונות במסדות דיגיטליות למעשה אינם מקבלים ממנו מענה. זאת ועוד, לא כל מי שהלך לעולמו היה חבר במסדת דיגיטלית שהייתה לה מדיניות שמאפשרת לבחור מה יהיה גורל החשבון, וגם מי שהיה חבר במסדת כזו לא בהכרח הכיר את האפשרות לבחור מה הוא רוצה שיעלה בגורל חשבונו.

כמו כן, החוק מעניק כוח למסדת הדיגיטלית, שהיא כזכור השחקנית החזקה ממילא בזירה, בקובעו כי היא שתקבע את כללי המדיניות שלה בנושא. כתוצאה מכך, למשל, לא ברור מה יהיה כלל בררת המחדל במקרה שבו משתמש לא הגדיר מה יעלה בגורל חשבונו.²⁵¹ למעשה, במבחן התוצאה יישר המחוקק קו עם מדיניות שכבר התקיימה בכמה מהמסדות החזקות, והתאים את עצמו אליה.²⁵² קשה לא לזהות את הפער שבין מטרת החוק המוצהרת לבין התוצאה שהתקבלה בפועל,²⁵³ ונוסף על כך, הערות והצעות חשובות של משתתפי הוועדה לא קיבלו ביטוי בחוק.²⁵⁴ החוק, במתכונתו הקיימת, רחוק מלספק מענה אסדרתי רגיש ומקיף כלפי כלל השחקנים בזירה. קריאה

250 ראו לעיל ה"ש 2.

251 יתרה מזו, אין ביכולתו של המשתמש לדעת בעודו בחיים מהם המקרים החריגים שבהם יכול להיקבע כי תינתן גישה לעזבונו כאשר ילך לעולמו אף שהוא לא מינה (או לא הספיק למנות) איש קשר לענייני הנצחה – מיהו הגורם שיקבל בפועל את הגישה, ולאילו פריטים זו תתאפשר.

252 חלק מהמסדות מאפשרות למשתמשים לבחור בין סגירת החשבון לבין הנצחתו. כך הדבר בפייסבוק (ראו "מידע על אנשי קשר לענייני הנצחה בפייסבוק", לעיל ה"ש 42), וכך הדבר ב-X (לשעבר How to Contact X About a Deceased Family Member's Account, X HELP – ראו <https://did.li/ItzOf>, CENTER, להענקת אפשרות לגישה חלקית או מלאה ראו את מדיניות גוגל (About Inactive Account Manager, לעיל ה"ש 242), שמאפשרת למשתמשיה להגדיר בעוד מועד מה יעלה בגורל חשבונם המקוון – אם ירצו למחוק אותו, לשמור אותו פעיל או לאפשר לאדם שייבחר לגשת אל חלקים שייקבעו על ידי המשתמש, לשמור אותם ורק לאחר מכן למחוק את החשבון. ראו גם את מדיניות אפל, שעודכנה בשנת 2024: *How to add a Legacy Contact for Your Apple Account*, לעיל ה"ש 241.

253 גם האופן שבו תיוך החוק לציבור בעבר היה שגוי, שכן יש פער בין ההסבר שניתן לבין המתאפשר בפועל. ראו, למשל, פרסום הכנסת לציבור: "לראשונה בעולם: ועדת החוקה אישרה לקריאות שניה ושלישית את הצ"ח חדשנית שתאפשר גישה לתוכן האישי של הנפטר ברשתות חברתיות" **הכנסת** <https://did.li/7nQZH> (9.7.2024). בפועל החוק אינו "[מ]אפשר גישה לתוכן האישי של הנפטר ברשתות חברתיות", אלא מאפשר למשתמש לבחור איש קשר שיקבל גישה לחלק מהתוכן, ולא רק לתוכן ברשתות חברתיות.

254 ש.ם.

ביקורתית של סעיפיו, כפי שתיעשה להלן, מציפה פערים וחוסרים שיש להיות מודעים אליהם ולשאוף לצמצמם.

1. השתלשלות החקיקה

לחוק שהתקבל בכנסת קדמו דיונים בוועדות השונות. דיון ראשון התקיים בוועדה לפניית הציבור בסוף שנת 2014. שם הוסברה מורכבות הסוגיה, ויושבת ראש הוועדה דאז, חברת הכנסת עדי קול, הודיעה כי לנוכח ערכם של הנכסים הדיגיטליים, ובהעדר חקיקה או מדיניות ברורה בישראל, בכוונתה להגיש הצעת חוק שתכלול את הנכסים הדיגיטליים בעזבונו של אדם שנפטר.²⁵⁵ שלוש שנים אחר כך הובאה הסוגיה לדיון מעמיק בוועדת המדע והטכנולוגיה.²⁵⁶ שם הוצגו עמדות ונקודות מבט שונות באשר לסוגיה, אך אלה לא הבשילו לכלל מהלכים אופרטיביים בדרך לאסדרה. ביום 1.1.2024 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק של חבר הכנסת ארו מלול, שכותרתה הצעת חוק הירושה (תיקון – הורשת זכויות דיגיטליות), התשפ"ד-2024,²⁵⁷ וביום 21.2.2024 אישרה אותה מליאת הכנסת בקריאה טרומית. מטרת ההצעה הייתה לאפשר לאדם להוריש בצוואתו את הזכות להפעיל חשבון דיגיטלי שברשותו.²⁵⁸ למעשה, ההצעה בנוסחה הראשוני ביקשה להוסיף לסעיף 40 לחוק הירושה את האפשרות להוריש – לצד המוגדר כיום בחוק, קרי, כל העיזבון, חלק יחסי ממנו, נכס מנכסי העיזבון או טובת הנאה מהעיזבון – גם את הזכות להפעיל חשבון דיגיטלי המצוי ברשותו של המוריש.²⁵⁹ ההצעה הוצגה לציבור כתיקון שקובע כי יהיה אפשר להוריש בצוואה גם נכסים דיגיטליים, כגון פרופיל ברשתות חברתיות, תיבות דוא"ל ותכנים בענן, אשר את כולם "יוכל היוורש להפעיל בעצמו".²⁶⁰ אך בטרם התכנסה ועדת החוקה, חוק ומשפט לדיון ראשון בנושא, הודיעה ועדת השרים לענייני חקיקה כי בכוונתה לתמוך בהצעת החוק בקריאה הטרומית, בכפוף לתנאים טכניים ומהותיים שיש לעדכן בהצעה.²⁶¹ תנאים אלו

255 להרחבה ראו פרוטוקול ועדה 98, לעיל ה"ש 37, בעמ' 2.

256 פרוטוקול ועדה 126, לעיל ה"ש 37.

257 הצעת חוק הירושה (תיקון – הורשת זכויות דיגיטליות), התשפ"ד-2024, פ/4163/25.

258 שם, בעמ' 2.

259 באותה הצעה לא דובר באפשרות להוריש את הזכות להפעיל כל חשבון דיגיטלי שברשות המוריש, אלא רק חשבון שנמצא ברשת חברתית. מאידך גיסא, ההגדרה של רשת חברתית יצרה סימן שאלה לגבי מסדות דיגיטליות אשר אינן מוכרות כרשתות חברתיות אך עונות על ההגדרה שהוצעה בהצעת החוק.

260 שירית אביטן כהן "במרחק נגיעה מספר החוקים: דרך חדשה להעביר בירושה את הפרופיל ברשתות החברתיות" היום (18.2.2024) <https://did.li/c8Ex5>.

261 בין היתר, שהמשך קידומה ייעשה בהסכמה עם משרד המשפטים, ושהחוק יעמוד בפני עצמו, ולא כתיקון לחוק הירושה. ראו החלטה חק/825 של ועדת השרים לענייני חקיקה "הצעת חוק הירושה (תיקון – הורשת זכויות דיגיטליות)", התשפ"ד-2024 של חה"כ ארו מלול (פ/4163) (18.2.2024) (להלן: החלטת ועדה חק/825).

שינו את פניה של הצעת החוק. בין היתר היא נהפכה מהצעה לתיקון חוק הירושה להצעה לחקיקת חוק שיעמוד בפני עצמו, ומהסתפקות בתפעול חשבון רשת חברתית בלבד של נפטר התרחב עיסוקה לגישה אל תוכן דיגיטלי של נפטר. אך מדיוני הוועדה הפומביים עולה הרושם שהמחוקק מיהר לנסח הצעה כדי לספק מענה מהיר למציאות הקשה ומרובת האבדות שבה מדינת ישראל מצויה, וכתוצאה מכך לא העמיק בהתנגשויות שמתקיימות בין השחקנים השונים בזירת העיזבון הדיגיטלי ובמסקנות העולות מהן, שעליהן עמדנו בפרקים הקודמים. אם כן, לפנינו חוק אשר מטרתו והכוונה שבבסיסו מבורכות, אך התוצאה שהתקבלה אינה מבטאת אותן באופן המיטבי.

2. ניתוח החוק בראייה ביקורתית

החוק מהווה צעד ראשון חשוב בהתמודדות עם הרגישות שנלווית לזירת העיזבון הדיגיטלי, אך קריאתו מעוררת שאלות רבות ומציפה חוסר במענה לסוגיות מרכזיות בזירה. כך, בין היתר, החוק מחייב את המסדות הדיגיטליות ("ספק שירות", בלשון החוק) לקבוע מדיניות בנושא, אך אינו נדרש באופן מיטבי לזכויות ולאינטרסים של כלל השחקנים, ובכך מעצים את כוחן של המסדות; הוא אינו מסביר את משמעותם של מושגים ופעולות מרכזיים שמופיעים בו, ומשאיר סימני שאלה באשר ליישומם ולתחולתם; נעדרת ממנו הבהרה כיצד הוא מגן על זכויותיהם של צדדים שלישיים; ואין הוא יוצר מדרג בין הצהרות שונות של המנוח בדבר אופן הטיפול בעזבונו הדיגיטלי, אשר ייתכן שיינתנו במקומות שונים ובמסדות שונות – במרחב המוחשי ובמרחב הלא-מוחשי.

(א) מענה חסר לתנאים שהציבה ועדת השרים לענייני חקיקה

ועדת השרים לענייני חקיקה, אשר הביעה תמיכה בהצעת החוק, התנתה אותה בשלושה תנאים מהותיים שעניינם בליבת החוק. אלה לא התבטאו במלואם בנוסח החוק הסופי, וחלקם אף לא התבטאו בו כלל. בסעיף 3 להחלטת הוועדה נקבעה חובה על מפעיל רשת חברתית לאפשר למשתמש לבחור אם מידע שקיים על אודותיו ברשת יעבור לאדם אחר לאחר פטירתו ואילו **סוגי מידע יעברו**, ובלבד שהמידע ניתן להעברה לפי כל דין (ובכלל זה, לא תאפשר העברת מידע לגבי צד ג ללא הסכמתו).²⁶² תנאי זה שולב בנוסח הסופי אך באופן חלקי, שכן החוק אינו מחייב את ספק השירות לאפשר למשתמש לבחור אילו סוגי מידע יעברו ואילו לא.²⁶³ משמע, מתן האפשרות למשתמש לבחור ולסגן את הרכיבים והתכנים בתוך שירות התוכן הדיגיטלי נתון בפועל להחלטת המסדת

262 שם, בס' 3.

263 התייחסות מפורשת יחידה לדבר מופיעה בדברי ההסבר להצעת חוק הגישה, לעיל ה"ש 10, ואינה מובאת בלשון סעיף החוק עצמו. אך יש להניח כי רוב אזרחי ישראל אינם מעמיקים בקריאת דברי ההסבר של חוק שנחקק, אלא נשענים על לשון החוק עצמו ומסתמכים עליו.

הדיגיטלית הנדונה.²⁶⁴ בסעיף 4 להחלטת הוועדה נדרשה התייחסות להנגשה אפקטיבית של אפשרות המשתמש לבחור, לרבות הוראת מעבר לגבי **משתמשים קיימים**.²⁶⁵ אחד מסימני השאלה הגדולים בחוק שאושר נוגע בהתנהלות המסדות בעניינם של המשתמשים הקיימים, ובפרט של המתים שביניהם, אשר לא הספיקו להביע רצון כלשהו או להגדיר מה יעלה בגורל החשבון שלהם. אף שהחוק נולד בעקבות טבח 7 באוקטובר מתוך רצון לסייע למשפחות השכולות, הוא אינו מספק להן מענה רלוונטי, מפני שלגביהן זה כבר מאוחר מדי, וסביר שאם הן ירצו לגשת אל החשבונות, הן יצטרכו לעשות זאת באמצעות "גישה במחדל",²⁶⁶ למי שנותרה אפשרות כזו, או על ידי בקשת צו מבית משפט.²⁶⁷

(ב) חיזוק המסדות הדיגיטליות

סעיף 2 לחוק מחייב את המסדות הדיגיטליות להגדיר מדיניות בנוגע לאופן הטיפול בתוכן אישי ולאפשרות הגישה אליו, אך החובה מנוסחת באופן שמישר קו עם רצונן של המסדות הדיגיטליות,²⁶⁸ ויש בכך כדי להעצים ולחזק את המסדת, שהיא ממילא השחקנית החזקה בזירה. החוק מאפשר למסדת הדיגיטלית לקבוע את תוכן המדיניות והכללים. יתר על כן, הוא מאמץ למעשה את שכבר מתקיים בשנים האחרונות במסדות הדיגיטליות הפופולריות פייסבוק וגוגל, מבלי להעביר ביקורת על תוכן הממשקים הקיימים בהן או על המדיניות שבבסיסם, ומבלי לעמוד על היתרונות והחסרונות של כל אחד מהם בניסיון ללמוד מהם.

הפקדת הסמכות והאחריות לעיצוב מדיניות הטיפול בנושא רגיש כזה בידיהם של גורמים פרטיים, אשר חופשיים לפעול בעניין זה כראות עיניהם וללא בקרה על התוצאה,²⁶⁹ היא בחירה מטרידה בלשון המעטה.²⁷⁰ כך, בפרט, כאשר מדובר במסדות

264 פייסבוק ואפל, למשל, אינן מאפשרות בחירה, ואילו גוגל מאפשרת בחירה, וזאת עוד לפני שהחל בישראל הדיון בחוק זה. ראו, בהתאמה, "מידע על אנשי קשר לענייני הנצחה בפייסבוק", לעיל ה"ש 42; *How to Add a Legacy Contact for Your Apple Account*; לעיל ה"ש 241; *About Inactive Account Manager*, לעיל ה"ש 242.

265 החלטת ועדה חק/825, לעיל ה"ש 261, בס' 4.

266 ראו לעיל ה"ש 42.

267 ראו, למשל, עניין **קרואני**, לעיל ה"ש 199.

268 לכל הפחות כפי שהשתקף בדיוניה של ועדת החוקה, חוק ומשפט. ראו, למשל, פרוטוקול ישיבה 328 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-25, 17 (27.5.2024) (להלן: פרוטוקול ועדה 328); פרוטוקול ישיבה 323 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-25, 3 (21.5.2024) (להלן: פרוטוקול ועדה 323).

269 למשל, באשר לקיומם של אינטרסים וזכויות של שחקנים נוספים מלבד אלה של המשתמש והמסדת. 270 מדיניותה של גוגל, למשל, מאפשרת למשתמש להעביר את תוכן החשבון המקוון לכל אדם וללא סינון. מתן אפשרות למשתמש להביע את רצונו באשר לגורל עזבונו הוא מהלך חשוב, מחד גיסא, אך החלטתה של גוגל לאפשר לו להעביר את כל התכנים בלא סינון או בקרה שימנעו פגיעה בזכויותיהם של בעלי אינטרס אחרים מעוררת מורכבות, מאידך גיסא. ביקורת רבה נמתחה, למשל, על יישומן "מסננר" של פייסבוק, אשר פרטיות משתמשיו אינה נשמרת: *Zak Doffman, If You Use*

דיגיטליות שיש להן אינטרסים ושיקולים מסחריים אשר אינם עולים בדרך כלל בקנה אחד עם אלה של משתמשיהן. כזכור, בענייננו מונחות על הכף זכויות אדם מהותיות. לכן כמעט מתבקש שבנושא כה רגיש לא יסמוך המחוקק על שיקול הדעת של המסדות הדיגיטליות, ויציב להן לכל הפחות קווים אדומים ברורים באשר לגיבוש כללי המדיניות וליישומם. יוער כי היה ראוי שכללי המדיניות לעניין אופן הטיפול בתוכן אישי יעוצבו בפורום ציבורי רחב וייכתבו בפירוט ובבירור בחוק או במסמך רשמי אחר, ולא ימצאו את מקומם בהסכמי שימוש של ספקיות השירות, אשר רוב המשתמשים אינם קוראים כלל.²⁷¹ היה נכון שהמחוקק יגדיר בחוק לכל הפחות סטנדרט התנהגות מינימלי,²⁷² ולא ישאיר את שיקול הדעת המוחלט לכל ספק תוכן, שיגדיר את המדיניות מראות עיניו בלבד.²⁷³

(ג) חוסר במענה לצדדים שלישיים

בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב כי "ספק השירות יהיה רשאי לקבוע כי לחלק מסוים מהתוכן לא תינתן גישה, אך יודגש כי תכלית ההוראה היא לתת למשתמש לקבוע אפשרות גישה כאמור לגבי תוכן רב ככל האפשר, ובייחוד לגבי ליבת התוכן". זוהי הוראה מתירנית, אשר מאפשרת למסדות לתת גישה גם לתכנים שיתכן שיש בהם פרטים רגישים ואישיים שעלולים לפגוע בזכויות של צדדים שלישיים. אומנם, בהמשך דברי ההסבר נכתב כי "...מוצע שלא להחיל את החובה לאפשר גישה לתוכן אישי על שירות לתקשורת בין-אישית, בין אדם לאדם, שיכול להיות רכיב אחד מתוך מגוון שירותים המוצעים על ידי ספק, מפאת החשש לפגיעה משמעותית בפרטיות של צדדים שלישיים עקב מתן גישה לתוכן כזה".²⁷⁴ אולם שתי הוראות אלו מעלות מעין סתירה, מפני שמתן גישה ל"ליבת התוכן" עלולה לחשוף את הניגשים בדיוק לאותם רכיבים שיש בהם כדי לפגוע במידה משמעותית בפרטיותו של צד שלישי.

כמו כן, בסעיף 2(ה) לחוק, ובהתאם בסיפא של דברי ההסבר, שולב נוסח שמירת דינים שקובע כי אין בהוראות הסעיף כדי לגרוע מהוראותיהם של חוק הירושה²⁷⁵ וחוק

Facebook Messenger, This Is Why You Should Switch, FORBES (Feb. 2, 2021), <https://did.li/zrcUY>. יש שיטענו בתגובה כי השימוש במסדת חינוכית הופך את המשתמש למוצר, ומי שהדבר מפריע לו מוזמן לא להשתתף. אך ענייננו במסדות המבוססות על "אפקט רשת" – ללא המשתמשים המסדת אינה ממלאת את ייעודה.

271 Natalie M. Banta, *Death and Privacy in the Digital Age*, 94 N.C. L. REV. 927, 966 (2016)

272 טל מימרן "מחוקקים, קדימה" **העין השביעית** (18.7.2024) <https://www.the7eye.org.il/524664>

273 ראו את הערתה של הממונה מטעם משרד המשפטים, תמר קלהורה, בפרוטוקול ועדה 328, לעיל ה"ש 268, בעמ' 33.

274 דברי ההסבר להצעת חוק הגישה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 147.

275 ראוי לשאול מה יעלה בגורל תוכן שהשאיר אחריו אדם ואשר יש לו שווי כספי, דוגמת תוכני חשבון היטויב של המשתמש. ניתן להניח כי במקרה מסוג זה יגברו הוראות חוק הירושה, אך מיהו הגורם המוסמך לקבוע מהו שווי הכספי של התוכן ולפי אילו פרמטרים הוא יחושב, גם במקרים מובהקים פחות מיוטויב?

הגנת הפרטיות.²⁷⁶ שילוב נוסח זה יוצר סתירה פנימית נוספת בחוק שחשוב להבחין בה, מפני שיש בה כדי לעורר קושי ומורכבות. נניח שהתקיימה התכתבות בין המנוח א לבין ב, ו-ג קיבל היתר מ-א בעודו בחיים להשתמש במסרים אלקטרוניים שלו, ביניהם אותה התכתבות. חוק הגנת הפרטיות מגדיר כי שימוש של ג ב"מסר אלקטרוני" שהתנהל בין א ל-ב אינו מהווה פגיעה בפרטיות אם הוא נעשה בהסכמתו של א. מכיוון שחוק הגנת הפרטיות מגדיר כי "שימוש" הוא "כל פעולה שמבוצעת על מידע אישי, לרבות... מתן גישה אליו",²⁷⁷ נראה שה"שימוש" שקול ל"גישה" שבה עוסק חוק הגישה. מכאן שהמשמעות הנגזרת משמירת הדינים היא שכל "מסר אלקטרוני" שהמנוח הסכים להעביר לאחר אינו בגדר פגיעה בפרטיות. היבט זה בחוק הגישה מוסיף פגיעה על חוסר ההגנה שכבר מתקיים בו כלפי זכויות של צדדים שלישיים. אף שקושי זה נדון פעמים מספר לאורך דיונה,²⁷⁸ לא הצליחה הוועדה לספק מענה מתאים, והסתפקה בסעיף זה, שיוצר כאמור קושי ומורכבות גדולים יותר.²⁷⁹

הגנה אפקטיבית יותר על זכויות של צדדים שלישיים הייתה יכולה להתקיים, למשל, באמצעות גישה של נאמן לנכסים דיגיטליים, אשר ימזער פגיעה אפשרית בזכויות אלו. כך, במקרה שבו תאפשר המסדת גישה אל עזבונו הדיגיטלי של משתמש שנפטר, זו תתאפשר רק לאחר שימונה נאמן, אשר יבצע מלאכת סינון ומיון של תוכן החשבון בהתאם לצרכים הקונקרטיים שיעלו הצדדים ובהתחשב בזכויות ובאינטרסים שעל הפרק.²⁸⁰

למינוי נאמן לעיזבון דיגיטלי יש טעמים שונים. טעם אחד הוא הבטחת המשכיות הניהול של נכסיו הדיגיטליים של המנוח, מפני שללא גישה לחשבונות מקוונים אין כיום אפשרות לאסוף מזכרות, ליצור קשר עם משפחה וחברים רחוקים או למיין רשומות פיננסיות. טעם שני הוא מניעת גנבת זהות, מפני שכאשר משתמש הולך לעולמו וחשבונותיו אינם פעילים ואינם מפקחים, קל יותר לפושעים לפרוץ לחשבונות ולבצע פעולות הונאה וגנבה. טעם שלישי הוא לצורכי אבל – רבים מחפשים נחמה ותמיכה ומוצאים אותה בחשבונות המנוח במדיה החברתית, בתמונות, בתיעודים ובנכסים דיגיטליים שהוא השאיר אחריו.²⁸¹

276 ראו דברי ההסבר להצעת חוק הגישה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 147.

277 ס' 3 לחוק הגנת הפרטיות.

278 ראו פרוטוקול ועדה 301, לעיל ה"ש 46, בעמ' 4, 15, 17-18 ו-28; פרוטוקול ועדה 323, לעיל ה"ש 268, בעמ' 4, 7, 24 ו-36; פרוטוקול ועדה 328, לעיל ה"ש 268, בעמ' 25, 27-29 ו-37.

279 סיעת יש עתיד הגישה הסתייגות לחוק שבה ביקשה למחוק את סעיף 2(ה), אך זו נדחתה בהצבעה בוועדה. פרוטוקול ישיבה 371 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-25, 34-35 (8.7.2024) (להלן: פרוטוקול ועדה 371).

280 בפתרון דומה נעשה שימוש בבתי הדין לעבודה – למשל, בעניין **ברוובסקי**, לעיל ה"ש 93, שבו עסקנו לעיל בחלק ב(א), וכן בע"ע (ארצי) 90/08 **איסקוב ענבר** – **הממונה על חוק עבודת נשים** (אר"ש 8.2.2011). להרחבה ראו בירנהק ומורס **זיכרונות דיגיטליים**, לעיל ה"ש 33, בעמ' 120 ו-126.

281 Brown Walsh, Cahn & Kunz, לעיל ה"ש 233, בעמ' 93-95.

מנגנון הנאמן הלך ותפס את מקומו בשיח סביב העיזבון הדיגיטלי, עד אשר בשנת 2015 פרסמה הנציבות להאחדת החקיקה בארצות הברית (Uniform Law Commission) הצעת חוק שעניינה אסדרת הגישה אל נכסים דיגיטליים לאחר מות המשתמש באמצעות נאמן מידע.²⁸² ההצעה מעניקה למשתמשים את הכוח להחליט כיצד ינהלו נכסיהם הדיגיטליים כאשר הם כבר לא יתהלכו כאן בינינו, ולתכנן לגביהם תוכניות כשם שהם עושים כאשר לרכושם המוחשי. כל זאת באמצעות מינוי נאמן (fiduciary) מטעמם, אשר יקבל מהם היתר לגשת לנכסיהם הדיגיטליים החל ביום לכתם. ההצעה היוותה מודל לחקיקה שאומצה בכל מדינות ארצות הברית להוציא אחת,²⁸³ ולפיה לנאמן נתונה הסמכות לגשת לנכסים דיגיטליים של המשתמש המנוח לאחר מותו, בהתאם לרצון מפורש שהובע על ידיו בחייו, ולטפל בהם בהתאם להנחיות שהשאיר. הנאמן הוא אדם מהימן בעל סמכות חוקית לנהל רכוש של אדם אחר, ומחובתו לפעול לטובת אותו אדם ובהתאם לחובות הזהירות, הסודיות והנאמנות.²⁸⁴ כמו כן, ההצעה דוגלת בפרטיות המשתמשים, ועל כן מציעה שהגישה אל תוכן העיזבון תתאפשר רק במקרה שבו המשתמש הביע את הסכמתו הפוזיטיבית באופן מוסדר, כגון צוואה.²⁸⁵

(ד) העדר מדרג

בחוק חסרה התייחסות מתבקשת לתרחיש שבו אדם השאיר הנחיות והעדפות שונות בנוגע לגורל חשבונותיו המקוונים בכמה מקומות שונים – למשל, בצוואה ובמסדות דיגיטליות. הוראות סותרות באשר לגורל החשבון יעוררו את השאלה איזו הוראה תגבר: האם תגבר הצהרת המשתמש בכלי המקוון או זו שניתנה בצוואה? או אולי יגבר מסמך אחר שבו הביע האדם את רצונו? האם מאוחר גובר על המוקדם או שמא המיקום שבו הובע הרצון הוא הקובע? דיני הירושה אומנם יכולים לסייע בפרשנות העניין בהיבט של "מאוחר גובר על מוקדם", אך לא באשר למנגנון ולמתכונת שבה הובע הרצון. בהצעת החוק האמריקנית מצוי סעיף מדרג מפורט,²⁸⁶ אך על אף הצעתם של ארגונים שונים

282 הצעת ה-RUFADAA, לעיל ה"ש 4.

283 למצב החקיקה בנושא זה במדינות ארצות הברית ראו *Fiduciary Access to Digital Assets Act, Revised*, ULC, <https://did.li/B3Dx5>.

284 ס' 5 להצעת ה-RUFADAA, לעיל ה"ש 4. כאן המקום להעיר כי תכלית תפקידו של הנאמן וסמכויותיו אינן זהות לאלה של איש הקשר לענייני הנצחה שבאפשרותו של המשתמש למנות במסגרת המסדת הדיגיטלית.

285 כלל בררת המחדל של ההצעה הוא שלנאמן תהיה גישה לפרטים על נתוני התקשורת של המנוח, אך לא תהיה לו גישה לתוכן התקשורת אלא אם כן הביע המשתמש את הסכמתו לכך בטרם הלך לעולמו. בספרות עולה כי ההצעה עשויה לקדם בהירות ועקיבות בשיטות ובהליכים משפטיים בנוגע לעזבונו דיגיטליים. ראו *George H. Pike, Legal Issues: What to Do with Your Digital Life*, 31(7) INFO. TODAY 18 (2014).

286 ס' 4 להצעת ה-RUFADAA, לעיל ה"ש 4.

לשלב סעיף כזה בחוק בישראל,²⁸⁷ לא השכילה ועדת החוקה, חוק ומשפט לאמצו אל נוסח החוק.

(ה) העדר סנקציה

החוק אינו כולל סנקציה שתופעל נגד ספק שירות שיפר את הקבוע בו. הצעה שעלתה באחד מדיוני הוועדה היא כי ספק שיפר את החובה לקבוע מדיניות ייחשב כמבצע עוולה של הפרת חובה חקוקה,²⁸⁸ כקבוע בפקודת הנזיקין.²⁸⁹ אך הצעה פרשנית זו אינה ישימה לגמרי, ומעוררת שאלות כבר משלב העמידה ביסודות העוולה, בעיקר באשר להוכחת קיומו של נזק.²⁹⁰ שהרי כיצד תוכיח משפחתו של משתמש כי מניעת גישה דווקא אל החשבון המקוון היא שמונעת ממנה את האפשרות לדעת מה היה רצון המנוח? או כיצד היא תוכיח שנגרמה פגיעה ביכולתה להתאבל או להנציח בגלל מניעת הגישה? גם אם נניח שמדובר בעוולת הפרת חובה חקוקה על ידי מסדת דיגיטלית שלא קבעה מדיניות כנדרש בחוק, ומשפחתו של משתמש כלשהו אכן נפגעה, וגם אם נניח שיימצא כי יסודות העוולה התמלאו והניזוק זכאי לסעד מבית המשפט – מה תהיה הסנקציה שתושט על ספקית השירות? האם היא תחויב בפיצוי לקרובי המשתמש שטענו לנזק? וגם אם כן, הרי אין בפיצוי קטן יחסית כדי להרתיע באופן ממשי את ענקיות הטכנולוגיה.

(ו) תביעות עתידיות

בחודש יולי 2025 נכנס החוק לתוקפו, ובמסגרתו החובה החלה על המסדות להגדיר מדיניות. יש להניח שהחוק יוכל לשמש שחקנים שונים בזירה בפנותם אל בית המשפט בתביעות אישיות או ייצוגיות – למשל, בבקשות גישה לעיזבון דיגיטלי שלא התאפשרו או במקרים חריגים שבהם אדם הביע רצון מפורש בצוואה לאפשר גישה לנכסיו אך לא הביע את רצונו בכלי המקוון של המסדת עצמה. אולם במתכונתו הקיימת אין בחוק מענה למקרים מסוג זה או הסדרים שיש בהם לכל הפחות דרך לצמצם פנייה לערכאות. יתר על כן, נוסחו הקיים של החוק עלול אף להגביר פניות מסוג זה ולהציף שאלות גדולות. למשל, באשר לבעלי חשבון פעיל שהלכו לעולמם ולא הספיקו להגדיר את רצונם באשר לגורלו – מה תהיה בררת המחדל? ומה בנוגע למשתמש שאין לו קרובים או יורשים שמעוניינים לגשת?²⁹¹

287 ראו, למשל, "התייחסות מכון תכלית להצעת חוק הירושה", לעיל ה"ש 33, בעמ' 8.
288 פרוטוקול ועדה 328, לעיל ה"ש 268, בעמ' 23; מיכאל בירנהק וטל מורס "על גישה למידע דיגיטלי אחרי-מות – בעקבות חוק הגישה לתוכן דיגיטלי לאחר פטירתו של אדם, התשפ"ד-2024" פורום עיוני משפט: תגובות משפט מח, 6 (2024) <https://did.li/4ZyOf>.

289 ס' 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

290 פרוטוקול ועדה 328, לעיל ה"ש 268, בעמ' 29-30.

291 מימרן, לעיל ה"ש 272.

קיומן של לקונות בחוק אינו מצב יוצא דופן בחקיקה הישראלית, אך משהן מתקיימות ואינן מטופלות על ידי המחוקק, בית המשפט נדרש להשלים את החסר ולספק מענה במסגרת הכרעה שיפוטית ובהתאם לנסיבות המקרה. תרחיש זה יוצר חוסר ודאות משפטית לצדדים הנדונים, ובתמונה הגדולה יותר עלול להוביל להרחבת העומס על בתי המשפט. זהו מצב לא רצוי שניתן להימנע ממנו על ידי חידוד והבהרה של ניסוחים בלשון החוק, ולא רק בדברי ההסבר.²⁹² המאפיין שמעצים את חוסר הוודאות במקרים שקשורים לסוגיית העיזבון הדיגיטלי, בהשוואה לסוגיות אחרות, הוא שבעניין העיזבון הדיגיטלי טרם התגבשה תשתית תאורטית כלשהי אשר תנחה את בית המשפט לפי אילו פרמטרים להכריע בדילמות שמתעוררות בזירה מורכבת זו.

3. סעיפי החוק ומורכבותם

(א) סעיף 1: הגדרות החוק

החוק מכונן אל ספקים של "שירות תוכן דיגיטלי", שמוגדר כ"שירות מקוון שנועד או שמשמש בעיקרו לשיתוף, להפצה, לשמירה או לאחסון של תוכן אישי".²⁹³ הגדרה זו מקיפה את רוב – אם לא כל – האפשרויות שעומדות לאדם שיש לו חשבון מקוון ברוב שירותי התוכן הדיגיטלי. דוגמה ברורה לשירות כזה היא רשת חברתית אשר משתמשיה יכולים לשתף ולהפיץ בה תוכן אישי, וברשתות מסוימות גם לשמור או לאחסן אותו. אך גם משתמשי רשת שאינם פעילים ברשתות חברתיות ימצאו את ההגדרה הזו רלוונטית עבורם – למשל, בתיבת הדוא"ל, אשר עונה על כל התכליות שהובאו בהגדרת החוק ל"שירות תוכן דיגיטלי".²⁹⁴ עם זאת, סעיף אחר בחוק מחריג שירות לתקשורת בין-אישית מהחובה לקבוע הוראות שיאפשרו למשתמש להגדיר גישה של אחר לחשבונו או למנוע אותה לאחר מותו,²⁹⁵ וזאת כדי להגן על פרטיותם של המשתמש וצדדים שלישיים. לכן נראה שתיבת דוא"ל אינה נכללת במסגרת שירותי התוכן הדיגיטלי שספקיהם יחויבו לקבוע הוראות אלו.

אך גם בהחרגה זו קיימת מורכבות, מפני שתיבות דוא"ל אינן מסתכמות בתקשורת בין-אישית, אלא מהוות מקור לשירותים נוספים, כגון שירותי יומן, ניהול משימות, כתיבת פתקים, יצירת רשימות אנשי קשר, אחסון קבצים וניהול גלריית תמונות. גוגל, למשל, מספקת לנרשמייה לשירות הדוא"ל שירותים נוספים, כגון אחסון קבצים, שמירת

292 ראו את דבריה של הממונה מטעם משרד המשפטים, תמר קלהורה, בפרוטוקול ועדה 328, לעיל ה"ש 268, בעמ' 31.

293 ס' 1 לחוק הגישה.

294 שיתוף והפצה של תוכן בתיבת דוא"ל מתבצעים בעצם שליחת תוכן לנמענים באשר הם; שמירה ואחסון של תוכן מתבצעים, למשל, באמצעות טעינת קובץ אל הודעת דוא"ל ושמירתה כטיוטה בתיבה, ללא שליחתה לנמען כלשהו, או לחלופין על ידי שליחתה אל השולח עצמו. כל זאת מבלי להתייחס לעובדה שרוב ספקי שירותי הדוא"ל המרכזיים מציעים גם שירות אחסון שנלווה ומתמשק אל תיבת הדוא"ל, כגון Drive של גוגל ו-One Drive של Microsoft.

295 ס' 2(ב) לחוק הגישה.

תמונות וחשבון יוטיוב. דוגמה לקושי בהחזרת שירות לתקשורת בין-אישית היא העובדה שבשירות התמונות Google Photos יש למשתמש אפשרות לתקשורת בין-אישית מול מי שהוא הגדיר כשותף באלבום התמונות שלו. תישאל השאלה: האם לשיטת המחוקק גם היישום הזה צריך להיות מוחזר?

עוד מגדיר סעיף 1 לחוק כי תוכן אישי הוא "תוכן שמשמש בשירות יצר, ערך או שמר ונמצא בחשבוננו..." (ההדגשה הוספה). הגדרה זו אינה מתמודדת עם תרחיש שבו התוכן הוא בבעלות אחר ונשמר על ידי המשתמש בחשבוננו.

(ב) סעיף 2: "קביעת מדיניות ומתן גישה לתוכן אישי לאחר פטירתו של אדם"
 סעיף 2(א) לחוק קובע כי על ספק שירות לפרסם "כללים לעניין אופן הטיפול בתוכן אישי ואפשרות הגישה אליו לאחר פטירת משתמש בשירות" (ההדגשה הוספה). לא ברור למה התכוון המחוקק כאשר בחר במילה "טיפול": האם הכוונה לפעולות שספק השירות מבצע? האם הכוונה למדיניות של ספק השירות? האם הכוונה לדבר מה אחר? על אי-בהירות זו הובעה ביקורת גם בדיוני הוועדה,²⁹⁶ אך חברה לא נדרשו לכך בנוסח הסופי.

כאמור, סעיף 2(ב) לחוק מורה כי החובה לקבוע הוראות שיאפשרו למשתמש לבחור אם לאחר מותו יקבל אדם אחר גישה לתוכנו האישי אם לאו לא תחול על ספק שירות תקשורת בין-אישית. זאת, במטרה להגן על זכות המשתמש לפרטיות ועל זכויותיהם של צדדים שלישיים. אך הסעיף מנוסח באופן רך, שאין בו כדי להבטיח את ההגנה המתבקשת, בקובעו כי "החובה לקבוע הוראות כאמור בפסקה (1) לא תחול על ספק לגבי שירות לתקשורת בין-אישית..." (ההדגשות הוספו). ראשית, בשימוש של המחוקק במילים שמשמעותן היא "פטור" אין כדי להבטיח שהספק לא יעשה כן למרות הפטור. שנית, רוח החוק היא גמישה ומתירנית באשר למדיניות שהמסדרות יקבעו לעצמן, כך שיתכן שיהיו ספקי שירות תקשורת בין-אישית שיחליטו באופן וולונטרי כי החובה חלה עליהם, ויאפשרו למשתמש לבחור לתת גישה אל תוכנו האישי גם כאשר עניינו ברכיבי תקשורת בין-אישית בשירות. דוגמה לכך היא שירות Inactive Account Manager של גוגל, אשר מתיר למשתמש להעביר לאחר את הגישה לרכיבים רבים בחשבון הגוגל, לרבות מתוך תיבת הדוא"ל. מכאן שכוונת המחוקק להבטיח באמצעות סעיף זה את ההגנה על הפרטיות והזכויות של המשתמש וצדדים שלישיים לא תמומש בפועל.

לסיכום חלק זה, כוונת המחוקק באסדרת הסוגיה היא מבורכת, ומותאמת לעידן הדיגיטלי שאנו חיים בו. אלא שאף שהחוק במתכונתו הקיימת הוא צעד בכיוון הנכון, התמודדותו עם הסוגיה חלקית, והוא משאיר סימני שאלה רבים. ראוי לחשוב על

296 ראו פרוטוקול ועדה 371, לעיל ה"ש 279, בעמ' 11-14 ו-16. אופן ההגדרה שקיים כיום במסדרות שונות הוא באשר לאפשרות הגישה אל החשבון לאחר פטירת המשתמש, אך לא באשר ל"אופן טיפול" כלשהו.

תיקונים ושיפורים בנוסח החוק שיטפלו בחוסרים שמאמר זה מצביע עליהם, כדי להפוך את המענה החשוב שהוא מתכוון לספק למשתמשים למקיף, רגיש ובהיר יותר.

סיכום

מאמר זה ביקש להעמיק בתופעת העיזבון הדיגיטלי. מיפוי התופעה מבהיר כי נכסים דיגיטליים יוצרים אתגרים שונים לעומת נכסים בעולם המוחשי בהקשר של ירושה, המחייבים התמודדות שונה מעט. עוד עולה כי סביב העיזבון הדיגיטלי נוצרה זירה של ממש, ובה שחקנים שונים בעלי זכויות ואינטרסים מנוגדים שמחייבים איזון והכרעה כאשר הם מתנגשים זה בזה.

המאמר ניתח את שלוש ההתנגשויות המרכזיות בזירה – תחילה זו שבין רצון המנוח וזכותו לפרטיות לבין האינטרס של קרוביו לגשת אל העיזבון; אחריה זו שבין זכויות צד שלישי לבין האינטרס של קרובי המנוח; ולבסוף זו שבין האינטרס של המסדת הדיגיטלית לבין האינטרס של הקרובים. ניתוח ההתנגשויות מצביע על שתי מסקנות מרכזיות: האחת, שהחלטה לאפשר גישה אל עזבונו הדיגיטלי של אדם שהלך לעולמו צריכה להיות כפופה בראש ובראשונה להסכמתו המפורשת לכך; והאחרת, שהצד השלישי הוא השחקן החלש בקרב שחקני הזירה, באשר הוא אינו צד להליך ואין מי שישימיע את קולו, ולכן אסדרה מקיפה חייבת לכלול מענה בהיר ומפורש אשר יגן על זכויותיו.

לאור מסקנות אלו ניתח המאמר את חוק הגישה לתוכן דיגיטלי לאחר פטירתו של אדם, במטרה לברר אם יש בו כדי להוות אסדרה מקיפה ורגישה. קריאה ביקורתית של חוק זה מעלה כי כוונת המחוקק הייתה טובה – לספק מענה לפעילות המשתמשים בעידן הדיגיטלי בכלל, ולנפגעים בטבח 7 באוקטובר, במלחמות ובנסיבות מצערות אחרות בפרט. אולם קיימים חוסרים וסימני שאלה שבעטיים אין הוא מהווה אסדרה מקיפה ורגישה דייה. הצורך במענה אסדרתי מקיף לאתגרים שהעיזבון הדיגיטלי מעורר ילך ויגבר ככל שהאנושות תמשיך להרחיב את פעילותה ברשת. על מנת שהחוק יספק מענה הולם לאתגרים שהוצגו במאמר, עליו להבהיר את חשיבות הסכמתו הפוזיטיבית של המשתמש המנוח, לכלול הוראות שיצמצמו את הפגיעה בזכויותיהם של צדדים שלישיים, וכן ללמוד מהאסדרה המתקיימת במדינות אחרות.