

לכבוד:

דנה נויפלד, היועצת המשפטית למשרד הבריאות

התייחסות מטעם מכון תכלית: תזכיר חוק ניוד מידע בריאות

א. מבוא

אנו שמחים להגיש התייחסות בשם מכון תכלית למדיניות ישראלית לתזכיר החוק שבנדון. במסגרת התייחסות זו, אשר לא תוכל להקיף את כלל הסוגיות המורכבות העולות מהתזכיר, נבקש להתייחס לשלושה היבטים: א) בהקשר של הזכות למחיקה, יצירת האבחנה המלאכותית בין שני סוגי הרשאות המידע ביחס לחובות של מקבל המידע; ב) לקונות בתנאי מתן הרישיון למקבלי מידע והצורך בשקילת שיקולי זכויות אדם; ג) חריגה מעקרון ההסכמה מדעת והחשש מפני זיהוי מחדש.

בפתח הדברים, חשוב לומר כי אנו רואים בחוק התקדמות חשובה ומשמעותית ביחס לדיני ההסכמה מדעת וההגנות הניתנות בו למידע הרפואי. אנו מברכים על מגמה זו, כמו גם על התזכיר, המבקשים לחזק את הבחירה של המטופל האם ובאיזה היקף לשתף מידע בריאותי אישי. במבט רחב יותר, מדובר בצעד מבורך לעבר חיזוק הגנת הפרטיות והמידע האישי בישראל. ועדיין, אנו מבקשים להציע שלוש הצעות ממוקדות אשר יחזקו להבנתנו את המנגנונים המוצעים.

ב. הערות על התזכיר

(1) זכות המחיקה:

הזכות למחיקה, הידוע גם בתור הזכות להישכח, מוסדרת בין היתר בסעיף 17 לתקנות ה- General Data Protection Regulation (GDPR) של האיחוד האירופי, והן מעמידות לזכותו של נושא המידע לחזור בו מהסכמתו להופיע במאגר מידע מסוים. הזכות להישכח זוכה להכרה גוברת בפסיקה הישראלית,¹ ולעיתים אף מוענק בפועל הסעד המרכזי ביחס אליה – מחיקה של מידע שאינו מדויק – מכוח דיני לשון הרע.² ישנן הכרות נקודתיות בזכות למחיקה, למשל ביחס למחיקה ממאגר מידע שאינו נכון,³ ולאחרונה אף קודמה – ביחס לאזרחי האיחוד האירופי בלבד – במסגרת טיוטת תקנות הגנת הפרטיות שקודמו לאחרונה על ידי משרד המשפטים.⁴ ועדיין, הזכות להישכח במלואה טרם זכתה לעיגון חקיקתי מוסדר,⁵ חרף מספר ניסיונות עבור לעשות כן.⁶

התזכיר שבנדון מבקש לקדם הכרה מסוימת בזכות למחיקה בשני חלקים שלו. ראשית, המטרה העומדת בבסיס סעיף 6 היא לשרטט את גבולות ביטול הרשאת גישה למקבל המידע. שנית, סעיף 34 מגדיר את התוצאה האופרטיבית לפיה לאחר ביטול

¹ (2018) 34(4) 824 Tamar Gidron, Uri Volovelsky *The Right to Be Forgotten: The Israeli Version* COMPUTER LAW & SECURITY REVIEW, Vol. 34(4) 824 (2018).
² א"א (מחוזי ת"א) 11-14-39345-11-14 עמי סביר נ' שאול בר נוי פס' 13-11 (נבו) 22.06.2015; רע"א 4673/15 שאול בר נוי נגד עמי סביר עו"ד ואח' פסקות 8-9 לפסק הדין של השופט זילברטל (2016); ת"א (מחוזי תל אביב-יפו) 4195-08-20 עו"ד גיא וגר נ' ידיעות אחרונות בע"מ (נבו) 06.01.2021. לדין בהקשר של רישום פלילי, כמו גם זכויות חוקתיות, ר' 172/89 פלוני נ' הכתב – אלמוני ואח', פ"מ תשנ"ד (2) 397, 408 (1992); אורי שנהר דיני לשון הרע 63, 172 (1997); נחום רקובר, *תקנת השבים – מעמדו של עבריין שריצה את עונשו* 603-609 (2007); חיים יוסמונסקי "הפללה של התנכלות מקוונת" *משפט ועסקים כג* 345, בעמ' 361-362 (תשפ"א); א"ב 1156/21 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-24 נ' מראענה פס' 4 לפסק הדין של השופט ברק-ארז (28.2.2021).
³ ס' 14(א) חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981.

⁴ טיוטת תקנות הגנת הפרטיות (הוראות לעניין מידע שהועבר לישראל מהאזור הכלכלי האירופי), תשפ"ג – 2022.
⁵ ר', למשל: מיכאל בירנהק "פרטיות: תמונת מצב" *משפט, חברה ותרבות* ב 9 (2019); מיכל לביא "ביוש לנצח?" *משפטים* מט 439 (2019).
⁶ ר' למשל הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכות להישכח), התשע"ד-2014, פ/פ 2648/19; הצעה זזה הוגשה ע"י ח"כ מרב בן ארי: הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכות להישכח) התשע"ז-2017, פ/פ 3867/20; הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכות להישכח), התשע"ו-2016, פ/פ 3066/20; הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכות להישכח), התש"ף-2020, פ/פ 54/23.

הרשאת הגישה יש למחוק המידע האישי אשר לגביו הוגשה בקשה. אנו רואים בסעיפים אלו צעדים חשובים המחזקים את ההגנות על מידע אישי בישראל, ובפרט כי מדובר בהכרה תקדימית בחוק כי לאזרחים ישראלים עומדת הזכות למחיקה (גם אם בשדה מוגבל זה של נתונים רפואיים).

האפשרות למחוק את המידע היא קריטית, במיוחד כאשר עילת המחיקה נגועה על רקע של הטעייה (שמשמעה כמובן הפרת עיקרון ההסכמה מדעת),⁷ או הפרת עיקרון צמידות המטרה המשלים את עיקרון ההסכמה מדעת.⁸ זאת, בין היתר, נוכח התועלת הכלכלית הגדולה שיש במידע מן הסוג הזה.

נבקש להעיר שסעיפים 6(ג) ו-6(ד) מייצרים משטר שונה ביחס למשמעות האופרטיבית של ביטול הרשאת הגישה, כאשר לא ברור מדוע בוצעה הפרדה זו. בעוד שסעיף 6(ג) מחייב את מקבל המידע לפעול בהתאם לסיורב "בהקדם האפשרי", ס'6(ד) מטיל חובה נוקשה יותר כלפי מקבל המידע והיא לחדול באופן מידי מאיסוף המידע, תחת הנסיבות הספציפיות של ביטול הרשאת גישה כלפי גישה מתמשכת וכן תחול עליו החובה לעדכן באופן מיידי מקבלי מידע נוספים. תמהים אנו מה מצדיק את ההבדל המתואר, ומציעים כי ההסדר שבסעיף 6(ד) יחול באופן רחב יותר – כלפי כל מצב שבו נושא מידע חוזר בו ממתן הרשאה לגישה.

סעיף 28 מהווה הסדר משלים, במובן שהוא מפרט את תנאיה של הרשאת גישה. ביחס לס'28(ב)3), אנו לא סבורים שיש מקום להותיר בידי מקבל המידע לקבוע מדיניות מחיקה פרקטיקולרית, אלא תחת הקביעה הכללית בחוק לפיה ישנה חובת מחיקה בהקדם האפשרי. ס'28(ב)4), המסדיר את ההסכמה מדעת, מגדיר כי הצגת "זכותו של האדם לבטל את הרשאת הגישה, האופן שבו הוא יכול לבצע זאת והתוצאה של ביטול הרשאה" נתונה רק במצב של בקשת גישה מתמשכת, אך אנו סבורים שמידע זה אמור להיות מוצגת לכלל נושאי המידע, במטרה להעניק להם תמונה רחבה ככל הניתן ביחס לזכויותיהם והאפשרות לחזור בהם מהסכמתם, ואין ההבחנה בין מתן גישה חד פעמית או מתמשכת רלוונטית לעניין זה.

(2) בעיות בתנאי הרישיון למקבלי המידע:

סעיף 13 לחוק המוצע מבהיר מי הם "הגופים הרשאים לשמש כמקבלי מידע לפי חוק זה אם ניתן להם רישיון מאת הממונה". בעוד מדובר בקטגוריה סגורה מאוד של מוסדות, בעיקרם רפואיים וברובם ציבוריים באופיים, ס'14(א)2) מרחיב (ובמובן זה, מסיר כמעט כל רסן) את מעגל מקבלי המידע הפוטנציאליים אשר יכול הממונה להעניק להם רישיון.

התנאים המנויים בסעיף רחבים מאוד: תאגיד הרשום בישראל, עסקיו מנוהלים בישראל, עומד בדרישות פיננסיות בסיסיות, לא מונה לו כונס נכסים ובעל השליטה בתאגיד לא הורשע בעבירה שנוגעת במידע אישי רגיש. הגדרה רחבה כל כך של מקבלי מידע פוטנציאליים לא ראויה כלל ועיקר, בפרט כאשר מדובר במתן של מידע רפואי רגיש (בעל ערך כלכלי אדיר!). מוטב יהיה לצמצם יותר את כמות הגופים שיכולים להגיש בקשה לרישיון, תוך, לכל הפחות, צמצום תחומי העיסוק של התאגיד ופירוט מדויק יותר של מטרות השימוש במידע, כבר במעמד הרישיון.

ניתן לזהות בעיה דומה בהסדר המצוי בסעיף 20 לחוק, ביחס לשיקולים העומדים בבסיס החלטתו של הממונה להעניק או לדחות את מתן היתר שליטה. גם כאן, אנו מציעים להבהיר את מטרת איסוף המידע, והטעמים המיוחדים שעומדים בבסיס הרצון לקבל את הזכות לאספו מן הציבור.

⁷ אלי הלם דיני הגנת פרטיות 46-45 (2003).

⁸ מיכאל בירנהק, "שליטה והסכמה: הבסיס העוני של הזכות לפרטיות", משפט וממשל יא 9, 54 (2007).

אמנם, סעיף קטן (ב) מותיר במרחב שיקול הדעת של הממונה שלא להעניק רישיון בשל "טעמים שבטובת הציבור" ובאופן מנומק. תיבה זו היא רחבה למדי – במיוחד לנוכח התכליות המגוונות שבגינן יכולים מקבלי מידע להגיש בקשת רישיון – ודברי ההסבר מנמקים אותם כך: "העילה לסירוב למתן רישיון לפי סעיף קטן זה היא רחבה ונוגעת בין היתר ליכולתו של מבקש הרישיון לעמוד בדרישות החוק השונות, ובפרט אלו הנוגעות **לאבטחת מידע פיננסי פרטי של לקוחות, הגנה על פרטיותם ופעילות לטובת לקוחותיו**". לנוכח תכלית זו, אנו סבורים שמוטב לפרט את השיקולים של הממונה לשיקול (בתור רשימה פתוחה), ולהדגיש יותר את ממד זכויות האדם שבו, באופן שרחב יותר מפרטיות גרידא. הרי, פגיעה בזכות לפרטיות משליכה גם על זכויות אדם אחרות, מאחר ופרטיות היא בסיס חשוב להגנה על כבוד האדם,⁹ והאוטונומיה שלו,¹⁰ והיא מהווה דרישה בסיסית לרווחתו של אדם ולמימוש שאר החירויות שלו.¹¹

לבסוף, בעיה זו מתקיימת לשיטתנו גם בתיבה הזוהי שנמצאת בסעיף 17 לחוק, תוך הבניית שיקול הדעת של הממונה ביחס להתליית רישיונו של מקבל מידע. גם כאן, מוטב לחזק את כלי התגובה של הממונה ובו בעת לוודא שאינם נהפכים לאות מתה, ובפרט ביחס לתכלית ההגנה על זכויות אדם.

(3) חריגה מעקרון ההסכמה מדעת והחשש מפני זיהוי מחודש:

סעיף 27(ב) לחוק המוצע מאפשר למקבל המידע לחרוג מהרשאתו המקורית "למטרות סטטיסטיות הקשורות לשיפור וייעול שירותי הבריאות שניתנים בידי מקבל המידע ובלבד שתוצרי השימוש יהיו מידע לא מזוהה". בעוד שמטרות מן הסוג הזה אכן יכולות לסגת מפני ההסכמה הראשונית מדעת,¹² אין אנו סבורים שניתן להניח אפרורית חזקה המאפשרת לשיקולים מן הסוג הזה לגבור על ההסכמה, אלא, מוטב לעבור למשטר של איזון בין השיקולים, כאשר מחד ניצבת ההסכמה, הפרטיות והאוטונומיה ומאידך האינטרס הציבורי בדבר מידע סטטיסטי וייעול שירותי הבריאות. כך, למשל, כאשר ה"שיפור והייעול" נוגדים את התכלית הראשונית שהיוותה את הבסיס להסכמה, וכאשר מדובר בפעולה המנוגדת למצפוננו של נושא המידע, ספק אם ישנה הצדקה לחריג מן הסוג הזה.

בנוסף, משום ש"שיפור וייעול" עולים לכדי אינטרס בלבד, איזון הפגיעה עם הזכות החוקתית לפרטיות¹³ אמורה להיעשות באיזון אנכי ולא אופקי,¹⁴ באופן שמעניק עליונות לזכות לפרטיות. בהקשרים רבים הזכות לאוטונומיה מפורשת בתור זכות של אדם לכתוב את סיפור חייו.¹⁵ במקרה בו השימושים הללו פוגעים בעקרון זה, ישנו טעם נוסף באיזון כפי שמוצע.

כמו כן, הסיפא "ובלבד שתוצרי השימוש יהיו מידע לא מזוהה" שדורשת התממה לא מכירה בכך שישנן עדויות גוברות כי גם מידע מן הסוג הזה מאפשר זיהוי של נושא המידע.¹⁶ שכן, גם איסוף של מידע מפושט, מהווה פגיעה בפרטיותו של אדם, בייחוד כאשר ניתן להנדס לאחור את זהותו.

⁹ Beizaras and Levickas v. Lithuania, App. No. 41288/15 Eur. Ct. H.R. 117. (2020)

¹⁰ Reklos and Davourlis v. Greece, App. No. 1234/05 Eur. Ct. H.R. 38 (2009)

¹¹ ר' לדוגמה UN Human Rights Committee (HRC), *CCPR General Comment No. 16: Article 17 (Right to Privacy), The Right to Respect of Privacy, Family, Home and Correspondence, and Protection of Honour and Reputation*, 8 April 1988, 11, <https://www.refworld.org/docid/453883f922.html>.

¹² ר' לעניין זה עילות סירוב הזכות למחיקה, ס' 17(ב) GDPR.

¹³ ס' 7(א) חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

¹⁴ ברק מדינה והגר שגב "התנגשות בין זכויות אפיון מחדש של אנכי ואופקי" **משפטים** מ"ו 535, 537-539 (2017).

¹⁵ ע"פ 115/00 טייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נד' 289 (3) בע' 329-330.

¹⁶ שרון ברזיו וטל ז'רסקי "פרטיות במשבר זהות: אסטרטגיות הסדרה בעידן ההתממה" **משפט, חברה ותרבות** ב' 125, 138 (מיכאל בירנהק עורך, 2019); רחל ארידור-הרשקוביץ ותהילה שוורץ-אלטשולר **אתגר הפרטיות בפרסום יזום של מאגרי מידע ממשלתיים** 44-41 (2017).

תיבה זו חוזרת גם בסעיף 34(ג) (2) ומתלה את השימוש במידע חרף ביטול הראשה בפירוט מדיניות מחיקת המידע ושמירתו. כפי שכבר הצגנו, תנאי הצגת מדיניות המחיקה לוקה בחסר ועלולה להעניק כוח רחב מידי למקבלי המידע, והאיזון לפיו פירוט שמירת המידע מצדיקה התגברות לא עומד עם הצורך בהצדקה חוקתית חזקה יותר על מנת לעשות כן, לכן גם כאן הצענו היא להפוך את התיבה ליחסית, בה נעשה איזון בין ההסכמה מדעת, הפרטיות והאוטונומיה ובין האינטרס בדבר שיפול ויעול.

בהקשר הרפואי, בו המידע הפרטי חשוב ומשמעותי במיוחד, הקשיים הטכניים בדבר אי-זיהוי מהווים מכשול של ממש.¹⁷ ה-GDPR, לשם ההשוואה, מייצר אבחנה ביחס להגדרת המידע האישי ותחולת התקנות, כלומר, כדי שמידע לא מזוהה לא ייחשב מידע אישי, יש לנקוט את כל האמצעים הסבירים לשימוש במטרה למנוע את הזיהוי, כאשר הסבירות תיבחן על ידי האמצעים הטכנולוגיים העומדים באותה העת (ויש לפעול עם האמצעים הטובים ביותר על מנת לעשות כן).¹⁸ יישום של הגדרות אלו ביחס למידע רפואי קריטי ביחס להעברת מידע,¹⁹ כאשר בדברי ההסבר מידע לא מזוהה הוגדר בתור: "מידע שאינו מאפשר זיהוי גם לאחר הפעלת מאמצים סבירים. האמצעים הנדרשים על מנת להביא לכך שלא ניתן יהיה במאמץ סביר להביא לזיהוי מחדש הינם מגוונים, וכוללים טכניקות שונות של עילום נתונים (התממה). " מדובר, איפוא ברף נמוך יותר מאשר זה של התקנות האירופאית, והחריגים בנוגע אליו רחבים מידי ומייצרים פגיעה בפרטיות, גם כאשר באופן אובייקטיבי, בהינתן הקדמה הטכנולוגית, ניתן היה למנוע את הזיהוי.

לכל הפחות, אם המלצתנו בעניין זה לא תתקבל, יש מקום למחוק את המילה רשאי בסיפא הסעיף, שלשונה "רשאי הממונה לקבוע הוראות בעניין זה" ולחייב את הממונה לקבוע הוראות בעניין זה שיוודאו שההתממה לא תאפשר זיהוי מחדש של נושא המידע.²⁰

ג. סיכום

בהתייחסות קצרה זו, ביקשנו להגביר את הגנת הפרטיות במסגרת התזכיר המוצע, על מנת למנוע מצב בו מקבלי מידע לא ראויים לכך יקבלו גישה למידע אישי רגיש, ובכדי לוודא שהשימוש במידע זה ייעשה בתוך מסגרת ההסכמה מדעת, לכל נושאי המידע, ללא קשר לסוג ההסכמה שהם העניקו. באופן דומה, יש לצמצם את החריג לכלל ההסכמה מדעת, ולהפוך אותו מכלל מוחלט לכלל יחסי בלבד.

בברכה,

ד"ר טל מימרן

ראש תכנית, אמנה חברתית בעידן הדיגיטלי

מכון תכלית למדיניות ישראלית

¹⁷ Paul Ohm, *Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization*, 57 UCLA LAW REV. 1701-1778, 1706, 1762 (2009).

¹⁸ GDPR, Recital 26.

¹⁹ James Scheibner et al., *Data protection and ethics requirements for multisite research with health data: a comparative examination of legislative governance frameworks and the role of data protection technologies*, JOURNAL OF LAW AND THE BIOSCIENCES, Vol. 7, 1, pp. 7-8 (2020).

²⁰ בעניין בג"ץ 217/80 זאב סגל נ' שר הפנים, לד' (4) פס' 429 (1980) הובהר שהתיבה 'כול' (או שראי) מהווה סמכות שכוללת שיקול דעת ואיננה מחייבת להפעיל סמכות זו; השוו להנחיית היועץ המשפטי לממשלה 2.3100 חקיקת משנה: נוהל והנחיות, עמ' 12-13 (2003), רננה לנדוי, "המשפט במשפט: בלשנות משפטית – הבלשן בשירות המשפטן" עיוני משפט כב 27, 45-52 (1998).