

השימוש ההוגן במידע האישי

דן חי

בינה מלאכותית אינה בהכרח סכנה לאנושות, כפי שיש הסוברים, אלא עשויה להיות כלי שיעשיר אותה ויקדם אותה כמה מהלכים קדימה. הקשר ההכרחי בין היכולת לקדם פיתוחים טכנולוגיים מבוססי בינה מלאכותית לבין מאגרי המידע הגדולים (Big Data) המבוססים על מידע אישי הוביל להבנה כי ככל שנאפשר שימושים רחבים יותר במידע אישי, נוכל לאפשר את ההתקדמות הטכנולוגית. הדין הקיים אינו מקל את הגשמתה של שאיפה זו. בישראל השימוש במידע מבוסס על עקרונות צמידות המטרה, ואילו באיחוד האירופי הוא מבוסס על שישה מצבים בסיסיים המוכרים על ידי תקנות הגנת המידע האירופיות כמתירים עיבוד מידע. עקרונות אלו הקשו עיבודי מידע שלא תאמו את דרישותיהם, בעיקר משום שההסכמה שנאספה ממושאי המידע כאשר המידע על אודותיהם נאסף מהם ישירות לא התאימה לשימוש המבוקש, לצד הקושי להגדיר בבירור את מטרת השימוש כאשר מדובר במערכות מתקדמות מבוססות למידה עמוקה. פעולות אחרות לא תמיד סיפקו את הפתרון הרצוי.

במאמר זה אני מחלק את השימושים במידע לשלושה סוגי שימוש עיקריים: שימושים לטובת המוצר או השירות שלשמן נאסף המידע או לשם קיום הוראת החוק שאפשרה את איסוף המידע; שימושים שמטרתם הסופית היא מושא המידע; ושימושים מתקדמים שאינם כוללים כל אינטראקציה חוזרת עם מושא המידע. סוג השימושים האחרון – שימוש במידע שמנותק בתוצאתו ממושא המידע (ואשר יכונה כאן "השימוש המנותק") – הוא זה שהמאמר עוסק בו. בהמשך אני טוען כי במקרים מסוג זה, כאשר השימוש מקדם את התועלת

* דוקטור למשפטים; חוקר בבית ספר הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן; נמנה עם עורכי הדין המובילים בתחום ההגנה על הפרטיות, המידע האישי, אבטחת המידע וסייבר במשפט הישראלי; עומד בראש משרד דן חי ושות'; יושב ראש הוועדה להגנת הפרטיות של לשכת עורכי הדין (2005–2024) ומחברם של ארבעה ספרי משפט בתחום ההגנה על הפרטיות.

אבקש להודות בהערכה רבה לליאור זמר. תודה מיוחדת לעורכי כתב העת ולקוראים החיצוניים; לעמיתתי ענבל דרור, אשר סיועה והערותיה תרמו רבות למאמר; וכן לאביתר מאייר ואורי קליין, עוזרי המחקר, על עבודת מחקר מצוינת.

החברתית וההתפתחות הטכנולוגית, ראוי לאפשר את השימוש ולאמץ לצורך כך בחקיקה אל דיני המידע האישי את דוקטרינת השימוש ההוגן מדיני זכויות היוצרים. אני מבקש לשכנע כי ככל שהפיתוח יוצר בסיס של התקדמות, ייכלל הבסיס באינטרס החברתי שבמסגרתו ראוי לאפשר שימוש הוגן במידע האישי. על בסיס מסקנה זו אני מבקש לקבוע כי שימוש הוגן במידע אישי במערכות בינה מלאכותית יהיה מותר – גם אם הוא אינו עולה בקנה אחד עם הוראות הדין בנושא – למטרות כגון לימוד עצמי, מחקר או פיתוח טכנולוגי המקדם את החברה ומשיא לה תועלת.

מבוא והצגת העמדה למבחן

- פרק א: השימוש במידע האישי
 פרק ב: צורכי המידע בעידן הבינה המלאכותית
 פרק ג: ההבחנה בין מטרות השימוש
 פרק ד: ההגנות מתחום הפרטיות כאמצעי להכשרת שימוש הוגן במידע אישי
 פרק ה: הגנת השימוש ההוגן – מזכויות יוצרים ועד מידע אישי
 פרק ו: אימוץ הגנת השימוש ההוגן לשימושים במידע אישי
 סיכום

מבוא והצגת העמדה למבחן

העשור השלישי של המאה העשרים ואחת זכה בכינוי "עידן הבינה המלאכותית" עוד לפני הפריצה הגדולה בתחום, עם השקתו של ה-ChatGPT בסוף חודש נובמבר 2022 – השקה שהנגישה לציבור טכנולוגיות בינה מלאכותית גנרטיביות ואשר סימנה מפנה בתחום. שימושי בינה מלאכותית שהיו קודם לכן נחלתם של תאגידים העוסקים בפיתוחי טכנולוגיה מתקדמים נהפכו לפתע זמינים לכל דורש.¹ בהמשך לכך התגבשה ההבנה שבינה מלאכותית אינה בהכרח סכנה לאנושות, אלא עשויה להיות כלי שיעשיר אותה.²

1 ראו Amanda Heidt, 'Without These Tools, I'd Be Lost': How Generative AI Aids in STEVEN FINLAY, ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND MACHINE LEARNING FOR BUSINESS 3 (3d ed. 2018). *Accessibility*, 628 NATURE 462, 463 (2024). ראו גם

2 ראו, למשל, רות פלאטר-שנער ומעיין פרל "חיתום אשראי צרכני על סמך עיבוד מידע אלגוריתמי – היש סיבה לחשוש מהפליה אסורה?" **עיוני משפט** מה 553, 570–569 (2022).

פריצתה של טכנולוגיית הבינה המלאכותית קשורה באופן הדוק לפיתוחם של מאגרי המידע הגדולים (נתוני עתק – Big Data)³, שהגיע לשיאו כבר בשלהי העשור הראשון של המאה הנוכחית. ההבנה שהשתרשה הייתה שמאגרי הנתונים הם ה"דלק" של הבינה המלאכותית – הם מאפשרים למכונה ללמוד בעצמה באופן אינדוקטיבי (Machine Learning), ומהווים את התשתית הטכנולוגית למערכות של בינה מלאכותית. מאגרי הנתונים זכו אז בכינויים ההולמים את תפקידם החשוב, כגון "המפתח החדש לעושר" וכינויים דומים אחרים.⁴ איכותה של מערכת בינה מלאכותית תלויה, לפני הכל, בהיקף הנתונים המוזנים לתוכה בשלב למידת המכונה, באיכות שלהם ובמגוון שהם יכולים לספק.⁵ הבנה זו היא שמנחה את כל אותם גורמים המבקשים לפתח פיתוחים מתקדמים מבוססי בינה מלאכותית בחיפושם אחר מאגרי נתונים המתאימים למטרותיהם.

נתונים הנדרשים למערכות בינה מלאכותית יכולים לספק גוונים שונים של תוכן ולכלול מידע אישי,⁶ מידע מוגן בתחום הקניין הרוחני, מידע עסקי, מידע היסטורי ומידע אחר. מבין אלה, המידע האישי הוא המבוקש ביותר בקרב מפתחי הבינה המלאכותית, כמי שמבקשים להגיע לתובנות המבוססות על מידע שיצר האדם הטבעי.⁷ דרך המלך לשימוש בנתונים מבוססי מידע אישי היא פעולה בהתאם להוראות הדין

3 Tal Z. Zarsky, *The Privacy-Innovation Conundrum*, 19 LEWIS & CLARK L. REV. 115, 117 (2015) (להלן: *Zarsky, Privacy-Innovation*).

4 נחום קריתי, טניה ברסקי, אור גלרט ויובל לנדאו "קניין גופני ולמידה עמוקה" ספר יורם דנציגר 567, 568 (לימור זר-גוטמן ועידו באום עורכים 2019); מיכאל בירנהק "פרטיות: תמונת מצב" משפט, חברה ותרבות ב 9, 11 (2019). ראו גם Julie E. Cohen, *Property and the Construction of the Information Economy: A Neo-Polanyian Ontology*, in ROUTLEDGE HANDBOOK OF DIGITAL MEDIA AND COMMUNICATION 333 (Leah Lievrouw & Brian Loader eds., 2020).

5 "חוות דעת: שימושים בתכנים מוגנים בזכויות יוצרים לצורך למידת מכונה" (חוות דעת של אגף ייעוץ וחקיקה (משפט אזרחי) במשרד המשפטים 18.12.2022) (להלן: "חוות דעת: שימושים בתכנים מוגנים").

6 "מידע אישי" מוגדר בס' 3 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, כדלקמן: "נתון הנוגע לאדם מזוהה או לאדם הניתן לזיהוי; לעניין הגדרה זו, 'אדם הניתן לזיהוי' – מי שניתן לזהותו במאמץ סביר, במישרין או בעקיפין, ובכלל זה באמצעות פרט מזהה, כגון שם, מספר זהות, מזהה ביומטרי, נתוני מיקום, מזהה מקוון, או נתון אחד או יותר הנוגע למצבו הפיזי, הבריאותי, הכלכלי, החברתי או התרבותי". להגדרת מידע אישי ראו גם דן חי דיני המידע האישי: בין פרטיות לקניין 211–226 (2025) (להלן: חי דיני המידע האישי).

7 המונח "אדם טבעי" (natural person) מופיע בתקנות הגנת המידע האירופיות, ונכון גם לדין הישראלי, שלפיו הזכות לפרטיות, לרבות בכל הקשור למידע אישי, נתונה רק לאדם בשר ודם. ראו ס' 3 לחוק הגנת הפרטיות; Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the Protection of Natural Persons with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, and Repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), art. 1, 2016 O.J. (L 119) 1 (להלן: תקנות הגנת המידע האירופיות).

בנושא. בישראל השימוש במידע מבוסס על "עקרון צמידות המטרה",⁸ ואילו באיחוד האירופי הוא מבוסס על שישה מצבים בסיסיים המוכרים על ידי תקנות הגנת המידע האירופיות כמתירים עיבוד מידע (להלן: בסיסים לעיבוד מידע).⁹ פעמים רבות אותה "דרך המלך" לא אפשרה שימוש נרחב במידע אישי, בעיקר משום שההסכמה שנאספה ממושאי המידע כאשר המידע על אודותיהם נאסף מהם ישירות לא התאימה לשימוש המבוקש. העדרה של הסכמה כזו בולט כאשר עולה צורך לאגד בסיסי נתונים המכילים מידע אישי ממקורות שונים. העברת המידע נתקלת אז בקשיים כאשר מבקשים לעשותה בהתאם לדין הרלוונטי במקום שבו עושים את הפיתוח.¹⁰ במערכות מתקדמות של בינה מלאכותית אי-אפשר להגדיר מראש מהי מטרת עיבוד המידע ולאן תגיע מלאכת עיבוד המידע בסוף התהליך.¹¹ באירופה נוספה על כך מצוקה שמקורה בהעדר הצדקה לשימוש באחד מחמשת הבסיסים לעיבוד מידע שאינם דורשים הסכמה של מושא המידע כתנאי לשימוש בו. גם מקום שנאספה הסכמה כנדרש לשימוש במידע, היה הגורם שביקש להשתמש בו באירופה חשוף לזכויות הניתנות למושא המידע, כגון הזכות לבקש את מחיקת המידע או לחזור בו מההסכמה, אשר יש במימושו כדי לשבש את המחקר והפיתוח המבוסס על מידע אישי.¹²

אי-הבהירות באשר להיקף השימוש האפשרי בנתונים מבוססי מידע אישי לטובת מערכות ולומדות יצרה חסם משפטי לביצוע למידת מכונה אפקטיבית ולצמיחתו של שוק הבינה המלאכותית. אומנם, פעמים רבות למידת המחשב אין מטרתה הרחבת דעת בן אנוש, אלא קידום אינטרסים כלכליים ואחרים של הגוף המפעיל את המערכת. אולם, כפי שאנסה לשכנע, יש מקום לספק להליך הלמידה בסיס חוקי או הגנה כאשר הלמידה מהווה תשתית לפיתוח יכולות חדשות ומעודדת התפתחות וקדמה. המשמעות היא שראוי שהחסימה האסדרתית תיעשה בשלב הפקת התוצר, ולא בשלב הלמידה, שיכול להיות תשתית גם לתוצרים לגיטימיים.

בצומת זה הועלו הצעות שונות לשימוש במידע אישי בדרך שתעקוף את הקשיים שיוצר הדין הקובע את כללי השימוש במידע אישי. בין הדרכים שהועלו היו שימוש במידע אנונימי; שימוש במידע סינתטי; או הפיכה של המידע האישי (או לפחות של חלקו) לקניין ומכירתו או מתן רשיון שימוש בו על ידי מושא המידע, בעליו.¹³ אך גם בדרכים אלו אין כדי להקנות פתרון לכל הקשיים שהועלו. מידע אנונימי או סינתטי

8 עיקרון המורה כי על הפעולה לשרת את מטרתו של מאגר המידע הרלוונטי, בהתאם להוראת ס' 8(ב) לחוק הגנת הפרטיות וכן להסכמה שהתקבלה ממושא המידע לאחר שהודעה לו מטרת איסוף המידע ממנו בהתאם לס' 11(2) לחוק. ראו גם להלן בפרק א.

9 ראו תק' 6 לתקנות הגנת המידע האירופיות.

10 בישראל ס' 11(3) לחוק הגנת הפרטיות מורה להודיע למושא המידע, בעת איסוף המידע ממנו, לאילו גורמי צד שלישי יועבר המידע, ומסירת המידע על ידיו בהמשך לכך תתפרש כהסכמתו לאותה העברת מידע.

11 ראו להלן בפרק ב.

12 ראו חי דיני המידע האישי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 329–339.

13 שם, בעמ' 211.

אינו מתאים תמיד לפיתוחים שמבקשים לעשות, כאלה שהמידע המזוהה הוא תנאי להם או לפחות לאיכותם. מידע קנייני יכול להתאפשר כאשר מושא המידע מחליט להעביר את המידע שלו מהעולם של הזכות לפרטיות אל המטריה הקניינית, ובהמשך לכך מסכים למכור אותו או לתת רשיון שימוש בו. אולם כאשר מדובר במידע שכבר נאסף, ובמיוחד בהיקפים גדולים, הליכה בחזרה אל מושאי המידע כדי לקבל הסכמה שונה מזו שנתנו כאשר נאסף המידע כרוכה במשאבים רבים, ולא תמיד היא אפשרית. יתרה מזו, הנעלם הגדול האופף לעיתים את פעולת עיבוד המידע במערכות של בינה מלאכותית המבוססות על למידה עמוקה אינו מאפשר לעיתים להגדיר מראש באופן ברור את מטרת העיבוד, וכפועל יוצא מכך אין אפשרות לקבל הסכמה למטרה זו.¹⁴ אגב כך הועלו הצעות לוותר כליל על האסדרה המלווה את הליך איסוף המידע ולמצוא בסיס אחר מההסכמה לשימושים במידע.¹⁵ כפי שאראה להלן, רעיון זה אינו פסול מעיקרו, אך הוא אינו ישים לכל מצב, באשר יש בו כדי להפר כליל את הסדר המשפטי העוסק בשימושים במידע אישי.

ניסיון לבסס שימושים במידע אישי בישראל במערכות בינה מלאכותית על ההגנות בחוק אינו נותן מענה ישיר לחסם המתואר.¹⁶ ההגנה הקרובה ביותר היא אולי זו

14 Boris P. Paal, *Artificial Intelligence as a Challenge for Data Protection Law: And Vice Versa*, in THE CAMBRIDGE HANDBOOK OF RESPONSIBLE ARTIFICIAL INTELLIGENCE 290, 308 (Silja Vooney, Philipp Kellmeyer, Oliver Mueller & Wolfram Burgard eds., Lillian Mitrou, *Data Protection, Artificial Intelligence and Cognitive Services: Is the General Data Protection Regulation (GDPR) "Artificial Intelligence – Working Paper*, Apr. 2019), <https://did.li/pzFx5.Tech & .L Proof>? (TILT (Mitrou, *Data Protection*

15 ראו אבנר לוי "הפרטיות בעידן הטכנולוגיות המתפרצות" **טכנולוגיות מתפרצות: אתגרים בדין הישראלי** 215, 222 (ליאור זמר, דב גרינבאום ואביב גאון עורכים 2022) (הספר להלן: **טכנולוגיות מתפרצות**).

16 בהקשר זה עולה גם השאלה אם ההגנות בחוק הגנת הפרטיות חלות גם על פרק ב לחוק, העוסק במידע האישי. הטענה היא כי ס' 18 לחוק הגנת הפרטיות, המגבש את ההגנות, נפתח במילים "במשפט פלילי, אזרחי או מינהלי בשל פגיעה בפרטיות תהא זו הגנה טובה אם נתקיימה אחת מאלה..." (ההדגשה הוספה), וזאת לצד ס' 2 לחוק, המגבש את מופעי ההפרות של הזכות לפרטיות, הנפתח המילים "פגיעה בפרטיות היא אחת מאלה...". לדעתי, כאשר נעשה שימוש במידע אישי בניגוד להוראות פרק ב לחוק, מתרחשת פגיעה בפרטיות של מושא המידע, ויחולו על הפגיעה גם ההגנות בחוק. ממילא רוב רובן של ההפרות יהיו במסגרת שימוש במידע לא למטרה שלשמה הוא נאסף, ובכך גם עוסק ס' 2(9) לחוק הגנת הפרטיות, אשר אין חולק כי ההגנות חלות עליו, אבל הן יחולו גם על כל מעשה אחר ביחס למידע האישי שיכול ליצור פגיעה בפרטיות, כגון אי-היענות לבקשת מושא מידע על פי ס' 17(ב) לחוק הגנת הפרטיות למחוק אותו ממאגר מידע המשמש לדיוור ישיר. לדיון בנושא ראו גם פרוטוקול ישיבה 233 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-25, 17–26 (21.1.2024) (להלן: פרוטוקול ישיבה 233).

העוסקת בשימוש המשרת חובה חברתית לביצוע ההפרה.¹⁷ אולם חובה כזו לא תאפיין בדרך כלל את השימושים המבוקשים במידע אישי לצורך אימון מערכות בינה מלאכותית המבוססות על למידת מכונה. "ממצב בו ניצב בפנינו אינטרס חברתי, ציבורי, כלכלי, כבד משקל, של קידום טכנולוגיות מתקדמות, הטמעתן בשוק, האצת הקידמה והבאת בשורת התפתחות"¹⁸ מעלה את השאלה אם אין דרך לבטא צורך זה בבסיס משפטי שיאפשר זאת. כאשר עלתה השאלה מה דינו של שימוש בנתונים המורכבים מאוסף של יצירות המוגנות תחת דיני זכויות היוצרים, הוצעה האפשרות להבחין בין סוגי השימושים השונים ולהתמקד בהליך הלמידה עצמו בנפרד מהתוצר.¹⁹ הוצע שם כי "מקומות בהם זכויות פרט ניצבות אל מול אינטרסים ציבוריים משמעותיים, יש ליתן את הדעת גם למאזן ביניהן על מנת להשיא את התועלת המצרפית המיטבית".²⁰ בהמשך לכך נטען כי הקביעה ביחס למקרה של למידת מכונה המבוססת על מאגרי מידע גדולים כי "זכויות היוצרים אינן משתרעות במקרה הרגיל על יצירת מאגרי נתונים ללמידת מכונה, משקפת נאמנה, לדעתנו, את האיזון הפנימי בדיני זכויות היוצרים".²¹ הוצגה האפשרות לערוך הבחנה בין הפיתוחים המתקדמים המיועדים לאמן את המכונה לבין הפלט הסופי של הפיתוח, שלגביו יש לשאול אם הוא ישרת את הקהילה בכללותה, וככזה יקיים אינטרס חברתי כלשהו, או שמא הוא ישרת את הגורם המפתח ביחסיו עם הלקוח הסופי, מושא המידע.²² לגבי אותם פיתוחים שיעודם הוא לשרת בהמשך את החברה, בגוונים שונים, הוצע לראות שימוש בתכנים המוגנים תחת דיני הזכויות היוצרים כחוסה תחת התרת השימוש ההוגן.²³

במסגרת מאמר זה אבקש לבחון אם גם ביחס לשימוש במידע אישי ניתן להציע הבחנה בין פיתוחים מתקדמים שמיועדים לאימון מכונה לבין שימושים אחרים שבמסגרתם הנתונים נבחנו אל מול אדם מסוים תוך שימוש באלגוריתם שפותח ולעיתים בהשוואה עם מסד הנתונים ששימש בסיס לפיתוחו – שימושים שמטרתם הסופית קשורה ליחסים מול אותו אדם. אבחן אם כאשר השימוש במידע מנותק בתוצאתו ממושא המידע ואינו כולל כל אינטראקציה חוזרת עימו למעט המשך איסוף המידע ממנו לטובת אימון המכונה – שימוש שאכנה בהמשך המאמר "השימוש המנותק" – נוכל לבסס קביעה כי השימוש הוגן גם אם הוא אינו תואם את עקרונות צמידות המטרה. אמשך ואבחן אם קביעה זו יכולה להיעשות בנפרד מהשאלה מהו

17 'ס' 18(2)(ב) לחוק הגנת הפרטיות קובע כי תהא זו הגנה אם הפגיעה נעשתה בתום לב "בנסיבות שבהן היתה מוטלת על הפוגע חובה חוקית, מוסרית, חברתית או מקצועית לעשותה".

18 "חוות דעת: שימושים בתכנים מוגנים", לעיל ה"ש 5, בעמ' 6.

19 שם, בעמ' 7.

20 שם.

21 שם.

22 שם, בעמ' 6.

23 שם. על הגנת השימוש ההוגן בזכויות יוצרים ראו בהרחבה להלן בפרק ה.

הפלט הסופי של הפיתוח, ואם כדי לבסס את השימוש ההוגן במידע מטרתו של אימון המכונה צריכה להיות כזו שמשרתת אינטרס חברתי או שמא עצם אימון המכונה וקידום הפיתוח בדרך זו הם בגדר אינטרס חברתי שראוי לחיזוק ולהגנה. ארצה להראות כי ככל שהפיתוח יוצר בסיס של התקדמות, יש לכלול את הבסיס באינטרס חברתי זה, וכי בהמשך לכך ראוי להחיל על אותם שימושים במידע אישי שהם לטובת אימון המכונה בלבד את אותה זכות של שימוש הוגן המוכרת מתחום דיני זכויות היוצרים, בהתאמה הנדרשת לשימושים במידע האישי.

בפרק א למאמר אבחן את המסגרת החוקית הקיימת לשימוש במידע אישי הן בדין הישראלי והן בזה האירופי – את עקרון צמידות המטרה, את הבסיסים לעיבוד מידע בדין האירופי ואת זכויותיו של מושא המידע, ביניהן הזכות לדרוש את מחיקת המידע ("הזכות להישכח") והזכות לחזור בו מההסכמה. אבחן מתי הדין מתיר שימוש במידע החורג מעקרונות אלו, כגון שימוש לטובת מחקר מדעי, ואנסה להראות כי פתח זה אינו מספק למטרה שמאמר זה מבקש לקדם. בפרק ב אציג בתמצית את הבינה המלאכותית בהיבט הרלוונטי לדיון במאמר, ואת נגזרותיה – אימון המכונה והלמידה העמוקה. בהמשך, במסגרת פרק ג, אנסה לערוך את ההבחנה בין מטרות השימוש השונות, ולזקק את אותו שימוש שמנותק ממושא המידע על פי הגדרתי. בפרק העוקב, פרק ד, אבחן אם ההגנות מתחום ההגנה על הפרטיות יכולות לספק מענה הולם למטרת השימוש מושא מאמר זה, ואנסה לשכנע כי הן אינן מספקות מענה כזה. בפרק ה אציג את הזכות לשימוש הוגן בזכויות היוצרים, אנסה להראות בתמצית את שורשיה, את היקפה ואת התנאים לתחולתה, ואנסה להתאים אותה אל תחום המידע האישי. לבסוף, בטרם סיכום, אתווה את הדרך לאימוץ הזכות לשימוש הוגן בתחום המידע האישי, אציג את ההצדקות לכך, ואנסה להתמודד עם ביקורת אפשרית.

פרק א: השימוש במידע האישי

איסוף מידע אישי אל מערכות ממוחשבות הוא אירוע מכונן.²⁴ כאשר האיסוף נעשה ישירות ממושא המידע, מתקיים ברגע האיסוף מפגש בינו לבין הגורם אוסף המידע, שבו תהיה לאחרון ההזדמנות לקבל את הסכמתו של מושא המידע לשימושים שהוא מבקש לעשות במידע.²⁵ עריכת שינויים באותה הסכמה בהמשך, לאחר שכבר ייאסף מידע ממושאי מידע רבים, תהיה כרוכה באתגר גדול, שכן הדבר יחייב משאבים בהיקף רחב, מעבר לקושי האינהרנטי בקבלת הסכמה חדשה ממושאי המידע. לכן המפגש הזה בין אוסף המידע למושא המידע הוא אירוע בעל חשיבות רבה כאשר מתבוננים על הוראות החוק השונות העוסקות בשימושים במידע אישי. השאלות מתחילות להתעורר

24 לשאלת איסוף המידע ראו חי דיני המידע האישי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 226–238.

25 לשאלת ההסכמה תחת הזכות לפרטיות ראו שם, בעמ' 238–254.

כאשר מבקשים לעשות שימושים שונים במידע שנאסף, ובמיוחד שימושים שעשויים לחרוג מהציפיה הסבירה שהייתה למושא המידע כאשר זה נאסף ממנו ישירות, ויותר מכך – מההסכמה שהוא נתן לשימושים במידע. העידן של נתוני עתק, ובהמשך ישיר לו עידן הבינה המלאכותית, חידדו את ההכרה ביכולות העיבוד של המידע האישי המרוכז בבסיסי נתונים נרחבים המכילים נתוני עתק, ועוררו צורך לאפשר פעולות שמיועדות, למשל, לקדם פיתוח של מערכות בינה מלאכותית מתקדמות²⁶ – אותן פעולות במידע שזכו בכינוי "כריית מידע" או "כריית נתונים" (Data Mining).²⁷ גילוי מידע בבסיסי נתונים הוא תהליך שנועד לחקור ולנתח כמות גדולה של מידע באמצעים אוטומטיים ככל האפשר, כדי לגלות דפוסים תקפים חדשים ושימושיים בעלי משמעות. עם ההתפתחות המתמדת בעולם טכנולוגיות המידע, כאשר כמות המידע הדיגיטלי גדלה כל הזמן, עולה חשיבותו של תחום כריית המידע, אשר באמצעותו, כמאמר הקלישאה, ניתן להפוך מידע לידע. המושג "כריית מידע" נגזר מפעולת הכרייה הגאולוגית, שבה כורים באדמה כדי למצוא אוצרות טבע. המונח מתאר שלב אחד בתוך התהליך הרחב שמכונה "גילוי ידע בבסיסי נתונים" – השלב שבו מריצים אלגוריתמים במחשב. התהליך הרחב כולל שלבים נוספים, שחלקם קודמים לכריית הנתונים (כגון הכנת החיתוך) וחלקם מתרחשים לאחריה (כגון ניתוח התוצאות). עידן הבינה המלאכותית מזמן גם עיבודי מידע מתקדמים יותר, כגון זה שצמח עם מהפכת הלמידה העמוקה (deep learning).²⁸ אם בתהליך שתואר עד עתה מדובר במערכות מחשב הפועלות על פי כללים אשר נקבעו על ידי מומחים וקודדו לשפת מחשב, במערכות המבוססות על למידה עמוקה מדובר במערכות המבצעות לימוד עצמי ממוכן מדוגמאות האגורות במאגרי המידע הגדולים.²⁹ התהליך המתרחש במחשב בעת למידה

26 לתיאור הדברים ראו משרד החדשנות, המדע והטכנולוגיה ומשרד המשפטים ייעוץ וחקיקה עקרונות מדיניות, רגולציה ואתיקה בתחום הבינה המלאכותית 77 (2023) <https://did.li/Bj3rl> (להלן: רגולציה ואתיקה בבינה מלאכותית): "במקרים רבים פיתוח ושימוש במערכות מבוססות בינה מלאכותית מצריך שימוש בנתונים רבים, לעתים בהיקפים עצומים. בפרט, נעשה שימוש בנתונים רבים לצורך פיתוח מודלים (קרי, לשם למידה), לצורך בדיקת המודלים לאחר שפותחו לשם תיקונם או דיוקם, או לצורך עיבוד הנתונים הפרטניים לשם הפקת המלצה, תחזית או החלטה קונקרטיים... במקרים רבים המידע המוזן לתוך המערכת לצרכים אלו (הקלט) וגם התוצר... עשויים לכלול מידע אישי".

27 כינוי זה נועד לתאר תהליך של הפעלת אלגוריתם או תוכנת מחשב לצורך גילוי מידע הטמון בבסיסי נתונים קיימים, כלומר, הצלבת נתונים ממקורות מידע שונים לצורך בניית תמונת מידע עשירה, מדויקת ומועילה יותר לכורה המידע והסקת מסקנות ממנה.

28 Tala Talaei Khoei, Hadjar Ould Slimane & Naima Kaabouch, *Deep Learning: Systematic Review, Models, Challenges, and Research Directions*, 35 NEURAL COMPUTING & APPLICATIONS 23103, 23104 (2023); Yann LeCun, Yoshua Bengio & Geoffrey Hinton, *Deep Learning*, 521 NATURE 436 (2015). להרחבה ראו להלן בפרק ב.

29 ראו קריתי, ברסקי, גרט ולנדאו, לעיל ה"ש 4, בעמ' 567: "תיוג אוטומטי של חברים ברשתות חברתיות, זיהוי אוטומטי של פעילות חשודה במצלמות אבטחה, מסחר רובוטי

עמוקה מתואר, למשל, כך: "ללמידה עמוקה זיקה הדוקה לנתוני עתק (big data): מחד גיסא, למידה עמוקה היא הבסיס האלגוריתמי המקובל לניתוח נתוני עתק; מאידך גיסא, נתוני עתק חיוניים ללמידה עמוקה"³⁰.

אחד המחסומים הניצבים בפני מי שמבקש לכרות מידע על בסיס מאגר המבוסס על מידע אישי הוא השאלה אם הדבר חוקי, דהיינו, אם החוקים העוסקים בהגנה על המידע האישי מאפשרים פעולה כזו. במקומות רבים הדבר מעורר את הוויכוח רב השנים בשאלה אם הפרטיות תחסום את הטכנולוגיה או שזו האחרונה תדרוס את הפרטיות בשעטתה קדימה.³¹ כך או כך, בחינת השימושים האפשריים במידע האישי בראי חוקי הפרטיות אכן מעלה משוכות שיש לעבור אותן תוך עמידה בהוראות שהן מכילות – אותם כללים המגובשים בסעיפי חוק ובתקנות הגנה על המידע. אלה מחדדים את השאלה אם עיבוד המידע בהתאם למסגרת שחוקי ההגנה על הפרטיות (ובכלל זה על המידע האישי) מאפשרים הוא הדרך היחידה לעבד מידע אישי או שמא יש גם דרכים אפשריות אחרות לעשות זאת. בהמשך אבקש להצביע על דרכים אפשריות כאלה.

בהתאם לדין הישראלי, ניתן לאסוף מידע אישי למאגר מידע שמטרתו מתאימה למטרת השימושים המבוקשים בו.³² אם המידע נאסף ישירות ממושא המידע, יש לקבל את הסכמתו למטרות השימוש המבוקש.³³ תחום החפיפה שבין ההסכמה לבין מטרת המאגר, שנקבעה כדין, הוא המרחב שבו מותר לעשות שימוש במידע.³⁴ מרחב השימושים הזה קיבל את הכינוי "צמידות המטרה", המשקף את היכולת להשתמש

במטבעות וניירות ערך, תרגום ממוחשב משפה לשפה ויישומים רבים נוספים מתבססים על למידה עמוקה".

30 שם, בעמ' 567–568. להרחבה ראו Khoei, Slimane & Kaabouch, לעיל ה"ש 28; LeCun, Bengio & Hinton, לעיל ה"ש 28; Qingchen Zhang, Laurence T. Yang, Zhikui Chen & Peng Li, *A Survey on Deep Learning for Big Data*, 42 INFO. FUSION 146 (2018).

31 מיכאל בירנהק "פרטיות ובינה מלאכותית" **משפט, חברה ותרבות** ח 139, 172–175 (2025), מציג את הטענה כי הפרטיות עלולה להוות אפקט מצנן לטכנולוגיה, ומציע להסדיר את המשפט בדרך שתאפשר את הפיתוח הטכנולוגי תוך שמירה על הפרטיות.

32 על חשיבות המטרה ניתן להסיק מכך שכבר בעת רישומו של מאגר מידע, היכן שחלה חובת רישום כזו, יש להגדיר את מטרתו, כפי שנקבע בס' 9(ב)(2) לחוק הגנת הפרטיות. במאגרים שאין לגביהם חובת רישום חלה החובה להגדיר את מטרת המאגר בעת עריכת מסמך ההגדרות של מאגר המידע, כנדרש בתק' 2(א)(2) לתקנות הגנת הפרטיות (אבטחת מידע), התשע"ז-2017. להגדרה הנדרשת של מטרת השימוש במידע המצוי במאגר המידע יש חשיבות מיוחדת לנוכח הוראות ס' 8(ב) לחוק הגנת הפרטיות ("לא יעבד אדם מידע אישי במאגר מידע אלא למטרת המאגר שנקבעה לו כדין").

33 לדיון במרכיב ההסכמה ראו **חי דיני המידע האישי**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 238–250.

34 "שימוש" במידע מוגדר, יחד עם "עיבוד" מידע, במסגרת ס' 3 לחוק הגנת הפרטיות, הקובע: "עיבוד", "שימוש" – כל פעולה שמבוצעת על מידע אישי, לרבות קבלתו, איסופו, אחסונו, העתקתו, עיון בו, גילוי, חשיפתו, העברתו, מסירתו או מתן גישה אליו".

במידע ולעברו בצמידות למטרה שנקבעה למאגר הרלוונטי כדין ולהסכמה שהתקבלה ממושא המידע.³⁵ הצדקה אחרת לאיסוף מידע על אדם קיימת מכוח חקיקה ישירה שעוסקת בכך,³⁶ כפי שקרה בעת פריצתה של מגפת הקורונה, למשל. ההגדרה של "מאגר מידע" בחוק הגנת הפרטיות כללה בעבר, בין היתר, את התנאי שיהיה זה אוסף נתונים שניתן לעיבוד ממוחשב. המחוקק לא הגדיר או את כוונתו ביחס למונח "עיבוד ממוחשב", ומונח זה לא הופיע במקום נוסף בחוק.³⁷ במסגרת תיקון 13 לחוק הגנת הפרטיות שונתה ההגדרה של "מאגר מידע", ונקבע כי מאגר מידע הוא "אוסף פרטי מידע אישי המעובד באמצעי דיגיטלי".³⁸ המונח "עיבוד" זוכה בהגדרה רחבה מאוד, המשותפת אף למונח "שימוש",³⁹ אשר קיבלה השראה מהגדרת המונח במסגרת תקנות הגנת המידע האירופיות.⁴⁰ להגדרה זו יש חשיבות רבה על רקע הוראת סעיף 2(9) לחוק, האוסרת שימוש במידע על ענייני הפרטיים של אדם⁴¹ לא למטרה שלשמה נמסר המידע, וכן על רקע הוראת סעיף 8(ב) לחוק, שלפיה אין להשתמש במידע המצוי במאגר מידע אלא למטרה שנקבעה לו כדין.⁴² הפרשנות הניתנת למונח "שימוש" קובעת את היקף האיסור. הגדרת "שימוש" בעבר, קודם לתיקון 13 לחוק הגנת הפרטיות, הייתה עמומה, וקבעה על דרך הדוגמה: "שימוש – לרבות גילוי, העברה או מסירה".⁴³ במקרים אחדים שהגיעו לבחינתם של בתי המשפט נקבע על בסיס הגדרה זו כי יש לראות בפעולות שונות משום שימוש במידע – למשל, חדירה דרך המחשב לחשבונות בנק של לקוחות הבנק והעברת מידע מהם לצדדים שלישיים;⁴⁴

35 להרחבה ראו דן חי "פרטיות וטכנולוגיה בישראל" טכנולוגיות מתפרצות, לעיל ה"ש 15, 241, 251–255. ראו גם רגולציה ואתיקה בבינה מלאכותית, לעיל ה"ש 26, בעמ' 78 ("אחד מעמודי התווך של דיני הגנת הפרטיות, הקבוע במפורש בחוק הגנת הפרטיות, הוא עקרון צמידות המטרה").

36 רחל ארידור-הרשקוביץ ותהילה שוורץ אלטשולר **אתגר הפרטיות בפרטום יזום של מאגרי מידע ממשלתיים** 7–8 (הצעה לסדר 14, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2017): "יש להביא בחשבון שבדרך כלל אדם המוסר מידע אישי לרשויות השלטון אינו עושה זאת מרצונו החופשי או בכפוף להסכמה אמיתית וחופשית, אלא מכורח החלטה שלטונית וחובה חוקית ולשם מטרה ספציפית המוגדרת בחוק".

37 ראו את דברי ההסבר להגדרה "מאגר מידע" בהצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 14), התשפ"ב-2022, ה"ח הממשלה 420, 426 (להלן: הצעת תיקון 14 לחוק הגנת הפרטיות).

38 חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 13), התשפ"ד-2024, ס"ח 1430 (להלן: תיקון 13 לחוק הגנת הפרטיות); ס' 3 לחוק הגנת הפרטיות ("מאגר מידע").

39 להגדרה של "עיבוד" ו"שימוש" בחוק הגנת הפרטיות ראו לעיל ה"ש 34.

40 תק' 4 לתקנות הגנת המידע האירופיות.

41 להגדרה של צירוף המילים "ענייני הפרטיים של אדם" ראו חי **דיני המידע האישי**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 214–215.

42 לקביעה שבס' 8(ב) לחוק הגנת הפרטיות ראו לעיל ה"ש 32.

43 עמ' 424 להצעת תיקון 14 לחוק הגנת הפרטיות.

44 ת"פ (שלום ת"א) 7859/07 **מדינת ישראל נ' דיין**, פס' 49 (אר"ש 17.2.2009).

הוצאת מידע על ידי התחזות לאדם אחר לטובת תביעת ביטוח;⁴⁵ וחשיפת מידע לעובר בניגוד להרשאות הגישה שיש לו.⁴⁶ ויכוח התעורר אז לגבי השאלה אם הפיכת מידע לאנונימי היא בגדר "שימוש". מיכאל בירנהק השיב על כך בחיוב,⁴⁷ תוך ביקורת על עמדה שהצגתי במקום אחר⁴⁸ שלפיה בהפיכת מידע לאנונימי יש כדי להגן עליו ולשרת את הזכות לפרטיות ועל כן אין היא בגדר שימוש במידע.⁴⁹ מכל מקום, ההגדרה של "שימוש" כפי שנקבעה בתיקון 13 לחוק הגנת הפרטיות משנה את התמונה בכל הנוגע בעמימותו של המונח. היא קובעת כי כל פעולה שנעשית על מידע אישי תהיה בגדר שימוש במידע, תוך מתן שורה של דוגמאות הבאות לאחר המילה "לרבות".⁵⁰ ברי כי אלה דוגמאות בלבד, מכוח השימוש במילה זו קודם לפירוט, וניתן לומר כי המחוקק ביקש לסגור כל פרצה אפשרית ולכלול בגדר שימוש במידע כל פעולה.⁵¹

כפי שראינו, לקביעתה של מטרת השימוש במידע המבוקש יש חשיבות רבה בעולם של עיבודי המידע המתקדמים והשימושים המגוונים במידע. מטרת השימוש מהווה את לב ליבה של חוקיות הפעולה של עיבוד המידע – הן בשיטת המשפט שלנו והן בשיטות המשפט הזרות, דוגמת זו של אירופה. עולה מכך כי על פרשנות המטרה לדבוק בהגדרתה על דרך הצמצום, כך שהיא תעלה בקנה אחד עם הרצון לשמור על פרטיותם של מושאי המידע ותחייב את מי ששולט במידע לדבוק היטב במטרה שלשמה הוא אסף אותו.⁵² גם בתי המשפט בארץ הלכו בדרך זו, ורובם ככולם התמקדו בבחינת

45 ת"א (מחוזי י-ם) 9562/07 דרשן נ' **מנורה חברה לביטוח בע"מ**, פס' 13 (אר"ש 28.6.2012).

46 ע"פ (מחוזי ת"א) 71766/04 **ברמן נ' מדינת ישראל**, פס' 5 (נבו 30.6.2006).

47 בירנהק "פרטיות ובינה מלאכותית", לעיל ה"ש 31, בעמ' 166.

48 חי "פרטיות וטכנולוגיה בישראל", לעיל ה"ש 35, בעמ' 247–248.

49 בירנהק "פרטיות ובינה מלאכותית", לעיל ה"ש 31, בעמ' 166–167. בירנהק מביא שם כדוגמה אישה שמתנגדת להפלות מתוך אמונה דתית וחווה הפלה, אשר לא תסכים שהמידע על הטיפול הרפואי שחווהתה ישמש – אף לא לאחר הפיכתו לאנונימי – לשיפור טכניקות ההפלה. אין ביכולתי להסכים לטענה. ראשית, גם אותה אישה דתייה תסכים שכאשר המצב הרפואי מחייב ביצוע הפלה, טוב שייעשה שימוש בטכניקות מתקדמות המבוססות גם על לימוד ממידע על תהליכים שעברו חולים אחרים (לאחר שעבר תהליך של התממה). שנית, לאחר שהמידע נהפך לאנונימי, שוב לא יכולה להיות לאדם שליטה בשימוש בו, למשל, במקום שבו המידע נאסף ישירות באופן אנונימי, ולכן ההבחנה הזו מאבדת מהרלוונטיות שלה.

50 עמ' 1432 לתיקון 13 לחוק הגנת הפרטיות.

51 גם ההגדרה החדשה אינה כוללת, לדעתי, פעולה שמחזקת את פרטיותו של מושא המידע, כגון הצפנת המידע או הפיכתו לאנונימי. פעולה כזו אינה נעשית על מידע אישי ברגע שהיא הופכת אותו לאנונימי. זו פעולה שקוטעת את היות המידע בגדר "מידע אישי", ולכן היא אפשרית גם בהעדר הסכמה לכך.

52 ראו את דברי השופט עמית ברע"א 3351/16 **מזכ"ל הסתדרות המורים נ' קליין**, פס' 7–10 (אר"ש 21.7.2016). ראו גם את פסק הדין של השופטת אגמון-גונן בעת"ם (מנהליים

המטרה שלשמה נמסרו פרטי המידע. כך גם עלה במסגרת הדיונים על תיקון 13 לחוק הגנת הפרטיות.⁵³ פרשנות זו עולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק בעת חקיקת החוק לייחד את השימוש במידע האישי שנאסף אך למטרת איסופו, כפי שנקבעה קודם לאיסוף.⁵⁴ את הקו הפרשני הזה הוביל השופט בך בעניין ונטורה,⁵⁵ וכך ראה את הדברים גם השופט סולברג כעבור חצי יובל שנים, כאשר הנושא עמד שוב למבחן חשוב בעניין קרא, שבו עלתה השאלה אם מותר לפרסם שיחות שהוקלטו כדין בלשכת הרמטכ"ל ונתפסו על ידי המשטרה ומבקר המדינה במסגרת חקירה פלילית. השופט סולברג קבע כי אין לפרסם את ההקלטות מאחר שמטרת הקלטתן הייתה עבור המשטרה ומבקר המדינה בלבד, כך שפרסומן לציבור יהיה בגדר שימוש במידע לא למטרה שלשמה הוא נמסר.⁵⁶

גם השימוש השלטוני במידע כפוף לעקרון צמידות המטרה. הדבר בלט כאשר פרצה מגפת הקורונה, ונבחנה ההצדקה לאיסוף מידע על ידי השב"כ לטובת הסדרת המעקב אחר מי שנמצא מאומת למחלה ומציאת כל אלה שהיו בסביבתו בתקופה הסמוכה לכך. בחינה זו מעניינת כפרדיגמה לשימוש מקיף במידע על רקע ההצדקה שמצאה אז המדינה בדמות הגנה על האזרח. תחילה התבסס איסופו של מידע זה על תקנות הקורונה,⁵⁷ אך אלה הוחלפו בחקיקה ראשית בעקבות הוראת בג"ץ בעניין,⁵⁸ אשר הצביע על הפגיעה הקשה בזכות החוקתית לפרטיות הגלומה באמצעי זה, ועל

ת"א 24867-02-11 אי.די.איי חברה לביטוח בע"מ נ' רשם מאגרי המידע, פס"ג 6 (אר"ש 1.8.2012).

53 ראו פרוטוקול ישיבה 347 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-25, 10–2 (18.6.2024) (להלן: פרוטוקול ישיבה 347).

54 לפי הוועדה המכינה של החוק, המטרה בס' 2(9) לחוק הגנת הפרטיות היא "לגרום לכך שהידיעות שאדם מוסר לאחר ישמשו רק לאותה מטרה שלמענה הם נמסרו ושלא ייעשה בהן שימוש למטרות אחרות". ראו דין וחשבון הוועדה להגנה בפני פגיעה בצניעות הפרט 27 (1976) <https://did.li/S18aa> (להלן: דוח ועדת כהן).

55 בע"א 439/88 רשם מאגרי מידע נ' ונטורה, פ"ד מח(3) 808, 824 (1994), קבע השופט בך כי פרסום פרטיו האישיים של אדם על גבי צ'ק הוא רק למטרת גביית הצ'ק, ולא לפרסום פרטים אלו לציבור הרחב. על הדברים חזר בית המשפט המחוזי בע"ש (מחוזי ים-40/93 טל צ'ק בע"מ נ' רשם מאגרי מידע, פ"מ התשנ"ו(2) 212, 217 (1995).

56 רע"פ 2783/19 קרא נ' מדינת ישראל, פס" 20–21 לפסק הדין של השופט סולברג (אר"ש 2.1.2020).

57 תקנות שעת חירום (הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש), התש"ף-2020, ק"ת 782 (להלן: תקנות הקורונה), שהתקבלו ב-17.3.2020; תקנות שעת חירום (נתוני מיקום), התש"ף-2020, ק"ת 772, אשר מתקנות את חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007. התקנות מסמיכות קצין משטרה לקבל, ללא צו, נתוני מיקום של חולה, ואף של אדם החשוד כחולה, אשר מצויים במאגר המידע של בעל רשיון בזק, לצורך אזהרת הציבור או אדם ששהה בקרבתם, כדי לצמצם את התפשטות הנגיף.

58 ראו בג"ץ 2109/20 בן מאיר נ' ראש הממשלה (אר"ש 26.4.2020) וכן תקנות הקורונה.

הקושי להשתמש בשירות הביטחון הכללי של המדינה לצורך מעקב אחר מי שאינם מבקשים לפגוע בה, ומבלי שניתנה הסכמה לכך מצד מושאי המעקב.

תקנה 5 לתקנות הגנת המידע האירופיות קובעת שלושה עקרונות בנוגע לעיבוד מידע אישי: חוקיות, הגינות ושקיפות. המשמעות היא שיש לעבד את המידע האישי בהתאם להוראות התקנות, בדרך הוגנת, משמע בתום לב, ובשקיפות כלפי מושא המידע.⁵⁹ תקנה 6 לתקנות יצקה תוכן לעיקרון הראשון – עקרון החוקיות – וקבעה שש חלופות אשר בהתקיים אחת מהן ניתן לעבד מידע. על פיהן, מלבד קבלת הסכמה מפורשת ממושא המידע, עיבוד מידע אפשרי גם בחמש עילות נוספות, והן כאשר הוא הכרחי (necessary) לשם ביצוע הסכם שבו התקשרו הצדדים,⁶⁰ לשם קיום חובה חוקית,⁶¹ לשם הגנה על אינטרסים חיוניים של מושא המידע או של אדם אחר,⁶² לשם ביצוע מטלה ציבורית או קידום אינטרס ציבורי,⁶³ או לשם הגשמת אינטרסים לגיטימיים של בעל השליטה במידע או של צד שלישי, למעט כאשר האינטרסים של מושא המידע או זכויותיו וחירויותיו הבסיסיות גוברים עליהם.⁶⁴ עולה כי תקנות הגנת המידע האירופיות לא רק דורשות עילה משפטית כבסיס לפעילות עיבוד, אלא אף מספקות אותה בדמות אותם שישה בסיסים לעיבוד מידע. אין בסיס אחד טוב מאחרים, ואין מדרג בין ששת הבסיסים.⁶⁵ עם זאת, הבסיס הראשון – הסכמה – שונה מהאחרים, מאחר שהוא אינו דורש ממעבד המידע להצביע על כך שהעיבוד היה הכרחי, כפי שנקבע ביחס ליתר חמשת הבסיסים לעיבוד מידע. כדי לעמוד ברף ההכרחיות, על מעבד המידע להראות כי הוא לא היה יכול להשיג את המטרה באופן סביר בלעדי עיבוד כזה או באמצעי פולשני פחות, כנובע מדרישת המידתיות בין עיבוד המידע לבין המטרה שהוא נועד לשרת ועקרון מזעור הנתונים הקבוע בתקנה 5(1)(c) לתקנות הגנת המידע האירופיות.⁶⁶

בנושא ההסכמה כבסיס לעיבוד מידע בהתאם לתקנות הגנת המידע האירופיות התעורר דיון בשאלה אם ראוי לקבוע כי ניתן להסתמך על הסכמה רק כאשר אי-אפשר

59 ראו תק' 1)5 לתקנות הגנת המידע האירופיות: "Personal data shall be: (a) processed lawfully, fairly and in a transparent manner in relation to the data subject ('lawfulness, fairness and transparency')..."

60 תק' 6(1)(b) לתקנות הגנת המידע האירופיות.

61 למשל, לצורך ציות להחלטתו של בית משפט בעניין העברת המידע או לצורך קיום הוראה חוקית של רשות ממשלתית רשמית. תק' 6(1)(c) לתקנות הגנת המידע האירופיות.

62 למשל, כדי להגן על אינטרס של מושא המידע כאשר הוא אינו יכול לספק בעצמו אישור לפעולה. תק' 6(1)(d) לתקנות הגנת המידע האירופיות.

63 תק' 6(1)(e) לתקנות הגנת המידע האירופיות.

64 תק' 6(1)(f) לתקנות הגנת המידע האירופיות.

65 Elena Gil González & Paul de Hert, *Understanding the Legal Provisions that Allow Processing and Profiling of Personal Data—An Analysis of GDPR Provisions and Principles*, 19 ERA F. 597, 598 (2019).

66 שם, בעמ' 600.

להסתמך על בסיס אחר לעיבוד מידע.⁶⁷ אך גם כאשר נבחר בסיס אחר לעיבוד מידע, בחירה זו צריכה להיעשות בזהירות, שכן על מעבד המידע לקבוע מראש את הבסיס החוקי לפני תחילת העיבוד ולתעד אותו. השלב הזה חשוב מכיוון שיהיה קשה להחליף בין העילות השונות בשלב מאוחר יותר, ופעולה כזו עשויה להיות כרוכה בהפרה של תקנות הגנת המידע האירופיות.⁶⁸ נוסף על כך, על מעבד המידע ליידע את הציבור בצורה ברורה ושקופה שנעשה שימוש בבסיס חוקי לעיבוד מידע, כפי שעולה מתקנות 13 ו-14 לתקנות הגנת המידע האירופיות. תקנה 13(c)(1) לתקנות קובעת כי כאשר מידע נאסף ישירות ממושא המידע, יש ליידע אותו מהן מטרות העיבוד שלהן נועדו הנתונים האישיים הנאספים ומהו הבסיס החוקי לעיבוד זה. גם כאשר המידע נאסף לא באופן ישיר ממושא הנתונים, על אוסף המידע ליידע את מושא הנתונים בדבר מטרות העיבוד שהנתונים נועדו לשרת ובדבר הבסיס החוקי לעיבוד, כפי שהדבר נקבע בתקנה 14(c)(1) לתקנות. לכן בחירת הבסיס החוקי המתאים ביותר צריכה להיות חלק מאסטרטגיית ניהול הנתונים של הארגון, וכל בעלי העניין הרלוונטיים צריכים לשקול אותה בקפידה בתהליך קבלת ההחלטות.

אחד הבסיסים המרכזיים לעיבוד מידע המעוגנים בתקנות הגנת המידע האירופיות, מבין אלה שהוצגו לעיל, הוא זה המאפשר עיבוד מידע לשם הגשמת אינטרסים לגיטימיים של השולט במידע. הבסיס נקבע בתקנה 6(f)(1) לתקנות, הקובע כי עיבוד מידע יהיה חוקי כאשר "...processing is necessary for the purposes of the legitimate interests pursued by the controller or by a third party, except where such interests are overridden by the interests or fundamental rights and freedoms of the data subject which require protection of personal data, in particular where the data subject is a child". תחולתה של תקנה זו מוחרגת ביחס לעיבוד מידע על ידי רשויות ציבוריות במסגרת ביצוע משימותיהן. השימוש במונח "אינטרס לגיטימי" כבסיס למתן האפשרות לעבד נתונים הופיע כבר בדירקטיבה האירופית בעניין המידע האישי, שפורסמה הרבה לפני תקנות הגנת המידע האירופיות,⁶⁹ וזכה בפרשנות ביחס למיקומו שם. בהתאם לפרשנות זו, השימוש בתקנה 6(f)(1) לתקנות הגנת המידע האירופיות כבסיס החוקי לעיבוד נתונים אישיים מחייב הערכה מוקדמת בת שלושה שלבים,

Solon Barocas & Helen Nissenbaum, *Big Data's End Run Around Anonymity and Consent*, in PRIVACY, BIG DATA, AND THE PUBLIC GOOD 44, 44 (Julia Lane, Victoria Stodden, Stefan Bender & Helen Nissenbaum eds., 2014); WORLD ECONOMIC FORUM & THE BOSTON CONSULTING GROUP, *RETHINKING PERSONAL DATA: STRENGTHENING TRUST* 24 (2012).

68 שם, בעמ' 19.

69 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 Oct. 1995 on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of such Data, art. 2, 1995 O.J. (L 281) 31.

שמטרתה לספק תשתית לגיבוש המסקנה אם זהו הבסיס הנכון למקרה הרלוונטי:⁷⁰ ראשית, חייב להיות אינטרס של השולט במידע או של צד שלישי הקשור אליו, ואינטרס זה חייב להיות לגיטימי; שנית, יש לעמוד בתנאי הסף שלפיו זהו שימוש הכרחי; ושלישית, יש לערוך בדיקת איזון, כקבוע בהגדרתו של בסיס זה לעיבוד מידע, השוקלת בצד אחד את האינטרסים הלגיטימיים של השולט במידע או של הצד השלישי ומהצד האחר את האינטרסים, הזכויות והחירויות של מושאי המידע.⁷¹

באשר לשלב הראשון, פסקאות 47–50 לחלק המבוא של התקנות מספקות כמה דוגמאות לאינטרסים לגיטימיים אשר סביר שיהיה אפשר לבסס עליהם עיבוד מידע, כגון מניעת הונאה, שיווק ישיר, העברת נתונים אישיים בקרב קבוצת ארגונים למטרות מנהליות פנימיות וכן אבטחת מידע.⁷² בפרשנות שניתנה לתקנה עלה כי באופן כללי אינטרס בהקשר של אפשרות היותו בסיס לעיבוד מידע הוא ערך רחב שיכול לשרת גם מטרה רחבה שהשולט במידע רוצה להגשים עם העיבוד, והוא יהיה לגיטימי כל עוד השולט במידע מכבד אגב פועלו את כל החוקים הרלוונטיים (ולא רק את חוקי הגנת המידע). הנטל יהיה על השולט במידע להוכיח כי האינטרס שהוא רוצה להגשים אכן אמיתי, נוכח ומנוסח בצורה ברורה, כדי שיהיה אפשר לאזן בינו לבין זכותם של מושאי המידע, כקבוע בהגדרתו של בסיס זה לעיבוד מידע.⁷³ אמירה רחבה שתנסה לבטא את האינטרס תוך הסוואת אינטרס כלכלי המסתתר מאחוריו לא תוכל לתקף אותו, ויהיה על השולט במידע להסביר בצורה ברורה ומפורטת יותר מדוע, למרות האינטרס הכלכלי, עדיין עומד לימינו אינטרס לגיטימי.⁷⁴

אמירה רחבה כאמור תקשה על השולט במידע גם כי היא לא תוכל לעמוד ברף ההכרחיות, שהוא כאמור רף הכניסה לבסיס הזה לעיבוד מידע והשלב השני של ההערכה המוקדמת. מן העבר האחר, אם יש מטרה שמנוסחת כנדרש ויש דרך אחרת להגשים אותה אך כזו המחייבת מאמץ לא פרופורציונלי, אזי העיבוד עשוי להיחשב הכרחי בשל הקושי להגשים אותו בדרך האחרת.⁷⁵ המרחב שבו המטרה תיחשב

Art. 29 Data Prot. Working Party, Opinion 06/2014 on the Notion of Legitimate Interests of the Data Controller Under Article 7 of Directive 95/46/EC, 844/14/EN, WP 217 (Apr. 9, 2014); European Data Protection Supervisor, *Developing a 'Toolkit' for Assessing the Necessity of Measures that Interfere with Fundamental Rights* (Background Paper for Consultation, June 16, 2016).

Art. 29 Data Prot. Working Party, לעיל ה"ש 70, בעמ' 28–29. 71

ראו, למשל, פס' 48 במבוא לתקנות הגנת המידע האירופיות. 72

Art. 29 Data Prot. Working Party, לעיל ה"ש 70, בעמ' 29. 73

DATA PROTECTION NETWORK, GUIDANCE ON THE USE OF LEGITIMATE INTERESTS UNDER THE EU GENERAL DATA PROTECTION REGULATION 6 (ver. 2.0, 2018). 74

ELENI KOSTA, CONSENT IN EUROPEAN DATA PROTECTION LAW 226–231 (2013). 75

הכרחית יהיה קשור לעקרונות עיבוד המידע המפורטים בתקנה 5 לתקנות הגנת המידע האירופיות, שעליהם עמדתי לעיל, כגון חוקיות, הגינות, מזעור נתונים ויושרה.⁷⁶ השלב האחרון לפני שיימצא כי הבסיס ראוי להגשמת המטרה המבוקשת יהיה כאמור מבחן האיזון בין האינטרסים הלגיטימיים של השולט במידע או של הצד השלישי לבין האינטרסים או הזכויות והחירויות הבסיסיות של מושא המידע, אשר לא יידרש להראות כי האינטרס שלו לגיטימי, אלא רק שהוא עונה על ההגדרות בתקנות הגנת המידע האירופיות הפועלות לטובתו. כאשר מושא המידע קטין, ההגדרה של בסיס זה לעיבוד מידע קובעת כי יש לתת לו עדיפות. השולט במידע יהיה חייב לנהוג בהגינות בעורכו את האיזון הזה, ולהימנע מהתנהגות מוטת שתנסה לספק את האינטרסים שלו. על האיזון לשקלל את כל ההיבטים של עיבוד המידע המבוקש, ובמיוחד את אופי האינטרסים, את עוצמת הפגיעה במושאי המידע, את השפעת העיבוד עליהם ואת ההגנות שמיושמות על ידי השולט במידע.⁷⁷ אחת הטענות שתוכל לשרת את השולט במידע היא שניתן לפרש את התנהגותו של מושא המידע במקרה הקונקרטי כמצביעה על הסכמתו לעיבוד המידע, בבחינת הסכמה מכללא לעיבוד. ניתן להבחין כי בסיס זה, שמאפשר עיבוד מידע לשם הגשמת אינטרס לגיטימי של השולט במידע, יוצר קושי רב בהבטחת אחידות ובהירות ביחס לפעולתם של השולטים במידע באירופה. קושי זה כשלעצמו יכול להכביד על גורם המעוניין לפתח באירופה פיתוחים טכנולוגיים מתקדמים המבוססים על מידע אישי ומבקש באופן טבעי ודאות. פתח אפשרי לפתרון קושי זה ניתן לחפש בקביעה, הכלולה בתקנות הגנת המידע האירופיות, שלפיה ניתן להשתמש במידע אישי לצורכי מחקר מדעי שיש בו עניין ציבורי, תוך התחשבות בזכויות ובאינטרסים של הפרט, וזאת אף ללא בסיס לעיבוד מידע מבין אלה המנויים בתקנה 6 לתקנות הגנת המידע האירופיות.⁷⁸ התקנות מצביעות על הקושי האפשרי לזהות מראש את מטרת עיבוד הנתונים כאשר מדובר במחקר מדעי, ומאפשרות לקבל ממושא המידע הסכמה כללית יותר שתתייחס לתחומי מחקר, מבלי לנקוב במחקר הספציפי עצמו.⁷⁹ תקנה 6(4) לתקנות הגנת המידע האירופיות אף עוסקת במצב שבו מטרת עיבוד המידע שונה מהמטרה שלשמה נאספו הנתונים, וקובעת כמה

Irene Kamara & Paul De Hert, *Understanding the Balancing Act Behind the Legitimate Interest of the Controller Ground: A Pragmatic Approach*, in THE CAMBRIDGE HANDBOOK OF CONSUMER PRIVACY 321 (Evan Selinger, Jules Polonetsky & Omer Tene eds., 2018) 76

González & de Hert, לעיל ה"ש 65, בעמ' 606. 77

תק' 5(1)(b) לתקנות הגנת המידע האירופיות מאפשרת, בין היתר, עיבוד מידע לטובת מחקר מדעי לא על פי הבסיסים לעיבוד מידע הקבועים בתק' 6 אך בהתאם לתק' 89(1) לתקנות הגנת המידע האירופיות. 78

ראו פס' 33 במבוא לתקנות הגנת המידע האירופיות. 79

מבחינים שיש להתחשב בהם במצב זה.⁸⁰ עם זאת, אין מדובר בהרשאה כללית לעיבוד מידע למטרות מחקר מדעי, ויש לשקול כל מקרה בהתאם לנסיבותיו.⁸¹ עיבוד מידע לצורכי מחקר מדעי בהתאם לתקנות הגנת המידע האירופיות, כפתרון שנועד להקל את המגבלות המושטות על ידי ההוראות הקפדניות של התקנות בנושא עיבוד מידע, נתקל בקושי גם מאחר שהתקנות אינן מספקות מענה ברור לשאלה מהו "מחקר מדעי". ההגדרה המופיעה בחלק המבוא לתקנות, אשר ממילא אינו מחייב מבחינה משפטית, רחבה ואינה מספקת מענה ברור.⁸² התקנות מפנות למעשה לחקיקה מדינתית אשר תסדיר את ההגדרה, אלא שחקיקה כזו נעשתה רק בחלק ממדינות האיחוד.⁸³ התקנות האירופיות מציעות הקלה מסוימת באשר לעיבוד מידע לטובת מחקר מדעי בדמות פטור מאיסור קבלת החלטות אוטומטית לגבי בני אדם באמצעות מערכות בינה מלאכותית.⁸⁴ עם זאת, הקלה זו מוגבלת בהיקפה: ראשית, היא חלה רק על פעילות העונה על ההגדרה הפורמלית של "מחקר מדעי" – הגדרה אשר לא תמיד מקיפה גם את תהליכי אימון המכונה בפיתוח בינה מלאכותית מסחרית; שנית, גם כאשר עיבוד המידע נכנס לקטגוריה של מחקר מדעי, עדיין עומדות למושא המידע זכויות מהותיות – כגון הזכות לדרוש את מחיקת המידע או לחזור בו מהסכמתו⁸⁵ – אשר מקשות את השימוש הרציף והיציב במידע לאימון מודלים. לצד הפטור, תקנות הגנת המידע האירופיות מטילות חובת שקיפות אשר מחייבת ליידע את מושא המידע

80 מבחן התאימות לפי תק' (4)6 לתקנות קובע כי יש להביא בחשבון במצב זה כמה שיקולים: (א) אם יש קשר בין המטרה החדשה למטרה המקורית; (ב) ההקשר שבו נאספו הנתונים האישיים; (ג) אופיים (מידת רגישותם) של הנתונים האישיים; (ד) השלכות אפשריות של המשך העיבוד המיועד; (ה) האמצעים הננקטים לשם הגנה על הנתונים.

81 European Data Protection Supervisor, *A Preliminary Opinion on Data Protection and Scientific Research* 22 (Jan. 6, 2020).

82 ראו פס' 159 במבוא לתקנות הגנת המידע האירופיות: "...עיבוד נתונים אישיים למטרות מחקר מדעי יפורש באופן רחב, אשר יכלול, לדוגמה, פיתוח והדגמה טכנולוגיים, מחקר מהותי, מחקר יישומי ומחקר במימון פרטי" (התרגום שלי – ד"ח).

83 ראו Janos Meszaros & Chih-hsing Ho, *AI Research and Data Protection: Can the Same Rules Apply for Commercial and Academic Research Under the GDPR?*, 41[105532] *COMPUT. L. & SEC. REV.* (2021). שם, בפרק משנה 5.1 למאמר, כותבים המחברים כי במחקר שערכו הם מצאו כי רק באחת עשרה ממדינות האיחוד קיימת אסדרה מקומית בנושא "מחקר מדעי".

84 תק' 22 לתקנות הגנת הפרטיות האירופיות. הסוגיה של קבלת החלטות אוטומטית המבוססת על בינה מלאכותית חורגת ממסגרת מאמר זה.

85 עם זאת, לפי תק' (d)3)17 לתקנות הגנת המידע האירופיות, במקרה של מחקר מדעי בקשת המחיקה (הזכות להישכח) יכולה להידחות אם היא עלולה להפוך את השגת מטרות המחקר לבלתי אפשרית או לפגוע בה קשות.

כאשר מתבצע "פרופיילינג" עליו,⁸⁶ ולספק הסברים על הלוגיקה שבבסיס קבלת ההחלטות האוטומטית לגביו.⁸⁷ מסגרת אסדרתית מחמירה זו היא תולדה של הרצון לשמר את הזכות לפרטיות בעידן הדיגיטלי, אשר יש הטוענים כי הפרטיות אינה קיימת בו עוד. מנגנוני הגנה אלו נועדו ליצור מסגרת אסדרתית שמטרתה להגן טוב יותר על המידע על אודות אנשים שנאסף על ידי צדדים שלישיים ובכלל,⁸⁸ אולם בפועל התוצאה היא שמסגרת זו מקשה עיבודי מידע לטובת אימון מכונה, ומציבה מכשולים משמעותיים בפני פיתוח טכנולוגיות הנסמכות על עיבוד מידע אישי בהיקף רחב.

מניתוח החקיקה הישראלית והאירופית עולה כי ניתן לחלק את השימושים במידע שהוראות החוק מתייחסות אליהם לשלוש קבוצות עיקריות: שימושים לטובת המוצר או השירות שלשם נאסף המידע או לשם קיום הוראת החוק שאפשרה את איסוף המידע; שימושים שמטרתם הסופית היא מושא המידע – בדרך כלל עיבודי מידע לטובת שיווק מאופיין, או עיבוד מידע רפואי לשם גילוי תופעות דומות לאלה של מושא המידע⁸⁹ והקניית אפשרות לטיפול מניעתי, או אפילו למטרות של התוויית דרך לימוד מותאמת אישית;⁹⁰ שימושי מידע מתקדמים שאינם כוללים כל אינטראקציה חוזרת עם מושא המידע, למעט המשך איסוף המידע ממנו לטובת אותו שימוש או שימוש אחר המסתייך לקבוצת שימושים זו.⁹¹

באשר לקבוצת השימושים הראשונה – שימושים המגלמים חובה חוקית למסור את המידע ולמעשה משקפים את השימושים הדרושים לטובת המוצר או השירות המבוקשים – הן הדין הישראלי והן הדין האירופי מאפשרים שימושים כאלה. הדין הישראלי עוסק בכך בסעיף 11(1) לחוק הגנת הפרטיות, אשר מחלק את המידע הנאסף מאדם למידע הדרוש לצורך קיום חובה חוקית, המגלם למעשה מענה לעיבוד המידע הדרוש לשם הספקת המוצר או השירות שמושא המידע מבקש, ולכזה שאיסופו אינו מחויב.⁹² לגבי שימושים לטובת קיום חוק, המגלמים את הדרוש לצורך הספקת המוצר או השירות, הפרשנות המקובלת היא שמושא המידע מסכים לשימושים אלו בעצם

86 "פרופיילינג" מוגדר בתק' 4(4) לתקנות הגנת המידע האירופיות כך: "'profiling' means any form of automated processing of personal data consisting of the use of personal data to evaluate certain personal aspects relating to a natural person, in particular to analyse or predict aspects concerning that natural person's performance at work, economic situation, health, personal preferences, interests, reliability, behaviour, location or movements".

87 תק' 13(2)(f) לתקנות הגנת המידע האירופיות.

88 אלדר הבר וגבריאל פוקשנר "פרטיות בימי קורונה" **משפט וממשל** כד 202, 179 (2022).

89 למשל, בחיתום אשראי או בחיתום ביטוח.

90 ראו גיורא אלכסנדרון וארנון הרשקוביץ "ביג דאטה בחינוך – פוטנציאל ואתגרים" **קריאת ביניים** 31, 8, 8 (2018).

91 למשל, שימושים לטובת פיתוחי בינה מלאכותית מתקדמים.

92 לדיון בהרחבה ראו חי דיני המידע האישי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 226–238.

פנייתו לקבלת המוצר או השירות, כלומר, זו הסכמה מכללא הנגזרת מהתנהגותו זו.⁹³ דוגמה לכך היא שימוש במידע על עובדים שמתרכז רק בקיום החובות על פי חוק ביחסים עימם, כגון תשלום משכורות, ניהול נוכחות לצורך זה וכדומה. דוגמה נוספת יכולה להיות שימוש במידע על אודות ספקים לצורך ניהול ההזמנות מהם וביצוע התשלומים. בדין האירופי יהיה אפשר לייחס שימוש זה לקיום ההסכם עם הלקוח, העובד או הספק, בהתאמה, שהוא בסיס מוכר בתקנות אלו לעיבוד מידע, כפי שהראיתי לעיל.⁹⁴

הקבוצות השנייה והשלישית יכללו עיבודי מידע לטובת מטרות שיש להן קשר ישיר למושא המידע (הקבוצה השנייה) או קשר עקיף אליו (הקבוצה השלישית) – פיתוחים שאין מטרתם העמקת הקשר דווקא עם מושא המידע המסוים שמסר את המידע). הבסיס לעיבוד המידע במקרה כזה יתבסס על ההסכמה שנתן מושא המידע – הן בדין הישראלי, שידרוש גם התאמה למטרת המאגר הרלוונטי, והן בדין האירופי, שידרוש הסכמה מפורשת. זה האחרון, כפי שראינו, ידרוש, בין היתר, גם את קיום חובת השקיפות.

הקבוצה השלישית של שימושים במידע היא זו שמאמר זה מבקש לעסוק בה. שימוש במידע שכלול בקבוצה זו מנותק בתוצאתו ממושא המידע, ועל כן אכנה אותו להלן "השימוש המנותק". בהמשך אנסה להתוות את גבולותיה של קבוצה זו ולבחון אם די בהגדרה הקובעת כי מדובר בשימושי מידע מתקדמים שאינם כוללים כל אינטראקציה חוזרת עם מושא המידע, למעט המשך איסוף המידע ממנו לטובת אותו שימוש או שימוש אחר המשתייך לקבוצת שימושים זו, או שמא יש לקבוע היקף מוגדר יותר של השימוש, כגון מימוש אינטרס ציבורי כזה או אחר או מטרה דומה אחרת. אבקש לשכנע כי כל עוד התוצאה הסופית אינה כרוכה בקשר חוזר עם מושא המידע, אין להצר את גבולותיה של קבוצה זו.

מן הדיון ברכי השימוש במידע עולה שכאשר מבוקש שימוש שאינו צמוד למטרה הישירה שלשמה נאסף המידע,⁹⁵ יש להיצמד להסכמה שנתן מושא המידע ולשיקוף שניתן לו לפי הדין האירופי, אשר דורש כאמור פירוט רב ומדויק באשר לעיבודי המידע שנעשו ולמטרתם. בהתאם לדין האירופי, למעט חריגים שונים שעליהם עמדתי, מושא

93 לדין בהסכמה מכללא מסוג זה ראו שם, בעמ' 238–254.

94 זאת, לפי תק' 6(1)(b) לתקנות הגנת המידע האירופיות, שם נקבע כי עיבוד מידע יהיה חוקי כאשר "processing is necessary for the performance of a contract to which the data subject is party or in order to take steps at the request of the data subject prior to entering into a contract".

95 כפי שהראיתי לעיל, בשימושים אלו למטרה הישירה שלשמה נאסף המידע ההנחה היא שיש הסכמה מכללא לשימוש, ואילו על פי תקנות הגנת המידע האירופיות, הבסיס לעיבוד המידע בשימושים אלו הוא קיום הסכם.

המידע יכול בכל עת להפסיק את התהליך הזה.⁹⁶ בדין הישראלי המצב גמיש יחסית, כלומר, המטרות יכולות להיות מנוסחות בדרך רחבה, אין חובה לשקף למושא המידע דבר מעבר לקבלת הסכמתו למטרות אלו, אין אפשרות לדרוש את מחיקת המידע ואין זכויות דומות אחרות. הדין האירופי, לעומת זאת, מכביד מנקודת המבט של מי שמבקש לפתח על סמך המידע האישי פיתוחי מידע מתקדמים ושל מי שמבקש, לאחר מכן, להשתמש בהם. ניתן לתאר, לשם הדוגמה, רשת קמעונאית גדולה המבקשת לפתח בינה מלאכותית שתסייע לה בניהול המלאי בהתאם לחתך הצריכה המוכר של לקוחותיה וצפי של צריכה אופיינית לחתך זה, שימושים שישתייכו לקבוצה השלישית שתוארה – השימוש המנותק. מחיקת מידע תוך כדי הפיתוח והשימושים במידע עלולה לשבש מטרה זו, ולהביא לידי כך שניהול המלאי לא יהיה מדויק, ובכך למעשה להכשיל את הפיתוח המבוקש. דוגמה אחרת היא פיתוח מתקדם של בינה מלאכותית שתוביל להסקת מסקנות רפואיות מאירועי מחלה אצל חתך של אנשים בעלי מאפיינים דומים. מחיקת המידע על חלק מהם ממאגר המידע תוך כדי המחקר והפיתוח הנשענים על מאגר זה עלולה להוביל לתוצאה משובשת. ניתן כמובן לחשוב על דוגמאות מורכבות יותר מתחומי ניהול האשראי, הרפואה או החינוך. כל אלה דוגמאות הממחישות את החשיבות והצורך באפשרות של תהליכי עיבוד המידע ופיתוח הבינה המלאכותית לטובת מטרות אלו.⁹⁷

השימושים בקבוצה השנייה המתוארת מעלים שאלות שונות שאינן קשורות במישרין לתהליך עיבוד המידע, כי אם לתוצאותיו, שעלולות ליצור אצל מושאי המידע תחושה שעוקבים אחריהם – למשל, אם ייערך שיווק מאופיין – או אף חוויית הטרדה של ממש, אם תוצאות עיבוד המידע יובילו לפנייה שיווקית ישירה אליהם באחד מאמצעי התקשורת או במקרים שבהם המערכת תגיע למסקנות ותחזיות לא אינטואיטיביות ובלתי ניתנות לאימות על ההתנהגויות, ההעדפות והחיים הפרטיים של יחידים.⁹⁸ ביחס לכך החקיקה בישראל מגינה על מושא המידע מפני פנייה ישירה אליו אם הוא אינו מעוניין בכך, אף אם הסכים לעיבוד המידע המשמש בסיס לפנייה כזו.⁹⁹

96 הזכות להישכח אינה זכות מוחלטת, והיא מסויגת ביחס לשורה של מטרות, כמפורט בתק' 17(3) לתקנות הגנת המידע האירופיות, כגון חופש הביטוי והעניין הציבורי במידע, ציות לחובה חוקית, אינטרס ציבורי או הפעלת סמכות רשמית, בריאות הציבור ולצורך הליכים משפטיים.

97 טכנולוגיות בינה מלאכותית כבר נמצאות בשימוש מואץ הן במגזר הפרטי והן במגזר הציבורי, ומחוללות מהפכה בתחומים רבים בחיינו. הן כבר משפיעות זה זמן באופן דרמטי על תהליכי עבודה, ייצור והספקה, ותורמות להתייעלות, לחדשנות ולשיפור הבריאות ואיכות החיים בהווה ובעתיד.

98 ראו Sandra Wachter & Brent Mittelstadt, *A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI*, 2019 COLUM. BUS. L. REV. 494, 498-499.

99 ראו ס' 30א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, העוסק, בין היתר, בפניות בדואר אלקטרוני ובמסרים בדרכים אחרות; ס' 16ב ו-16ג לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, העוסקים בפניות שיווקיות הנעשות בשיחת טלפון ישירה אל מושא המידע.

ניתן לומר שהשימושים של הקבוצה השנייה, ואולי הרצון להימנע מתוצאותיהם, יכולים לשבש את היקף ההסכמות לשימושים בקבוצה השלישית (זו של השימוש המנותק), אשר אינם מובילים לפנייה ישירה למושא המידע, וזאת מכיוון שהן החברות האוספות את המידע והן מושאי המידע אינם עושים את ההבחנה הדרושה בין שתי קבוצות אלו. בעיה נוספת מתעוררת בעת שימוש במידע לטובת פיתוחים של תוכנות בינה מלאכותית, שם עולה לעיתים הצורך להשתמש במידע מעבר למטרה שנמסרה למושא המידע בעת איסוף המידע ממנו, ובדרך כלל אף מעבר למטרת המאגר הרלוונטי.¹⁰⁰ השאלה המונחת לפתחנו בהקשר זה היא איך לאפשר שימושים במידע האישי לטובת המטרות שתיארנו בקבוצה השלישית, זו של השימוש המנותק, ואיך להבטיח שמושא המידע לא ישנה את דעתו לעיתים תכופות לאחר שנתן הסכמה מפורשת לשימושים.

ניתן להצביע על קשת גדולה של שימושים מבוססי מידע אישי העוסקים במגוון תחומים. הרגלי צריכה הם אולי השימוש השכיח ביותר, אך לצידם יש גם שימוש רווח במידע רפואי, במידע פיננסי (לטובת דירוג אשראי ושימושים דומים אחרים), במידע התנהגותי (אשר רלוונטי למשל לביטוח), בנתוני תקשורת ואף בתחום החינוך. בכל אחד מהתחומים ניתן לחשוב על שימושים שמיועדים לטובת אותם מושאי מידע שמהם התקבל המידע, אבל יותר ויותר שימושים הם בקנה מידה רחב יותר, ונועדו לשרת פיתוחים שישמשו בהמשך את החברה כולה. אלה השימושים המנותקים, שמאמר זה עוסק בהם. לעיתים השימוש יכול להיות משולב. טלו, למשל, שימוש אפשרי לטובת שיפור יכולות למידה במערכת החינוך. שימוש בנתוני עתק יכול לקדם את חקר תחום הלמידה במטרה להוביל לשיפור בשיטות ההוראה, להתאמת חומרי למידה לתלמידים לפי רמתם, ליצירת מנגנונים להתאמה אישית של הלמידה ללומדים ולייעול של מערכות החינוך; לסייע ברצף העבודה בין גורמים שונים במערכת (תלמידים, מורים, מנהלים, מפקחים, קובעי מדיניות ועוד), אשר לכל אחד מהם צרכים ומטרות שונים, וכולם יכולים להסתייע בידע המבוסס על המידע הכולל; וכן להעשיר ולדייק את המדידה וההערכה של הלומדים, המורים, בתי הספר והמערכת בכללותה.¹⁰¹ שימושי מידע אלו לטובת שיפור מערכת החינוך משלבים פיתוחים שונים שיוכלו לשמש באופן ישיר את מושאי המידע שמהם התקבל המידע ששימש לטובת הפיתוחים, אך גם לפתח תובנות וכלים שישמשו את מערכת החינוך כולה.

אל מול תיאור דברים זה והצורך שאני מנסה להראות במציאת דרך שתאפשר שימושים חופשיים יותר במידע האישי, במיוחד לטובת אותה קבוצה שלישית של שימושים מנותקים שתיארתי לעיל, יש המנפנפים בכך שמושאי המידע ממילא מתפתים להסכים לעיבודים אלו באצטלה כזו או אחרת – דבר שזכה בכינוי "פרדוקס הפרטיות". טענה זו יכולה להיות נכונה מקום שעתיד להתקיים מפגש בין מעבד המידע למושא הנתונים קודם לפעולת העיבוד. אולם מאמר זה אינו עוסק במצב כזה, אלא

100 ראו רגולציה ואתיקה בבינה מלאכותית, לעיל ה"ש 26, בעמ' 78–79.

101 פירוט היכולות במערכת החינוך מבוסס על מאמרם של אלכסנדרון והרשקוביץ, לעיל ה"ש 90.

דווקא במצב שבו מפגש כזה לצורך קבלת הסכמה כבר נערך או לא התקיים כלל, ומפגש חוזר יהיה כרוך בעלויות רבות או לא יתאפשר. טענה חריפה יותר גורסת כי ממילא הארגונים הענקיים עושים במידע האישי כבשלהם, ולכן ראוי דווקא לנסות להצר את דרכם, ולא להפך. שושנה זובוף (Shoshana Zuboff) אף טבעה בהקשר זה את המונח "קפיטליזם המעקב" (surveillance capitalism). לדעתה, העידן הדיגיטלי מעניק כוח רב מדי לאותם "תאגידים רבי עוצמה", כפי שהיא מכנה אותם, המבקשים לחזות את התנהגותנו ולשלוט בה.¹⁰² הארכיטקטורה של הגופים האלה – כפי שמכנה זאת זובוף, המתמחה בפסיכולוגיה ובמנהל העסקים – פועלת לתפעול של שינויי התנהגות ומאיימת על הטבע האנושי במאה העשרים ואחת בדיוק כשם שהקפיטליזם התעשייתי עיוות את עולם הטבע במאה העשרים. כך גם עולה לא פעם מאמירות צדדיות או הבלחות של אותם תאגידים רבי עוצמה המחזיקים מידע בהיקפים עצומים.¹⁰³ לנוכח ההתנגדות המועטה מצד החוק או החברה, קפיטליזם המעקב שזוכה מצביעה עליו נמצא על סף שליטה בסדר החברתי ובעיצוב העתיד הדיגיטלי. לדעתה, האתגר שהעתיד הדיגיטלי מציב לאנושות הוא אפוא לנסות למתן את יכולת ההשפעה של גופים אלו. התשובה לטענה זו היא שאין לדבר על הדברים בהכללה, ואין לעצור כל פעילות, אלא רק כזו שאכן ניתן להצביע עליה כמזיקה לחלק הארי של הציבור.

המסקנה שעולה מתיאור הדברים היא כי למרות הביקורת האמורה קשה להתעלם מכך שחוקי הגנת הפרטיות מציבים לעיתים מכשולים בפני מי שמבקש לערוך מחקר המבוסס על מידע אישי. שימוש מתקדם במידע יתקשה לעמוד בתנאים אלו, במיוחד במקרה של מערכות בינה מלאכותית ולמידה עמוקה, אשר לא תמיד ניתן לצפות מראש את דרך פעולתן ואת התוצאה שאליה יגיעו, מבחינת התאמתה למטרה שהוגדרה מראש כאשר נאסף המידע. עמדו על כך בעבר נחום קריתי ועמיתיו ביחס למידע רפואי, באומרים כי "דינים וכללי אתיקה שנועדו להגן על זכויות החולים ופרטיותם יוצרים חומות המקשות על שימוש במאגרים הרפואיים לפיתוח ואימון מערכות לאבחון וגילוי מוקדם... [קושי זה] התעורר במלוא חריפותו בשנים האחרונות בעקבות מהפיכת הלמידה העמוקה..."¹⁰⁴ אמירות דומות נאמרו גם במקומות אחרים ובהקשר של שימושי מידע אחרים. אלה מובילים לשאלה אם בעידן הבינה המלאכותית אין זה ראוי למצוא דרך שתאפשר שימוש חופשי יותר במידע האישי לטובת פיתוחים ושימושים

SHOSHANA ZUBOFF, THE AGE OF SURVEILLANCE CAPITALISM: THE FIGHT FOR A HUMAN FUTURE AT THE NEW FRONTIER OF POWER (2019) 102

103 בעניין זה ראו *Google's Selfish Ledger Is an Unsettling Vision of Silicon Valley Social Engineering*, THE VERGE (May 17, 2018), <https://did.li/ZhAOf>. הקונספט של ענקית המידע גוגל, שהוצג בסרטון שהופץ לעובדי החברה בסוף 2017 והודלף לתקשורת במאי 2018, מתאר מערכת היפותטית שניתן להשתמש בה לאיסוף וניתוח של נתונים על התנהגויות והעדפות של אנשים על מנת להתאים אישית ולנתב חוויות והתנהגות.

104 קריתי, ברסקי, גרט ולנדאו, לעיל ה"ש 4, בעמ' 568. ראו גם Michel P. Coleman, Barry G. Evans & Geraldine Barrett, *Confidentiality and the Public Interest in Medical Research—Will We Ever Get It Right?*, 3 CLIN. MED. 219 (2003)

מתקדמים במידע. בהמשך המאמר אנסה להצביע על כך שבאותה קבוצת שימושים שלישית (השימוש המנותק), אשר התחלתי לעיל לתארה ואבקש להגדירה באופן מדויק יותר בהמשך, ראוי לאפשר שימוש במידע האישי תוך התבססות על הזכות לשימוש הוגן, המוכרת מדיני זכויות היוצרים. אבקש להציע כי זכות זו תאומץ, בשניונים המחויבים, גם ביחס לאותם שימושים מנותקים – שאבקש לאפיין – במידע האישי. אולם קודם לכן, בחלק הבא של המאמר, אבקש להתמקד בבניה המלאכותית ובמרכיביה הרלוונטיים למאמר זה.

פרק ב: צורכי המידע בעידן הבינה המלאכותית

התובנה כי למידע יש חשיבות רבה – אם לא מרכזית – כבסיס לפיתוחים טכנולוגיים רבים מבוססי למידת מכונה המיועדים ליצירת תשתית לבינה המלאכותית היא אשר הולידה את הנושא שמאמר זה מבקש לעסוק בו: איך לאפשר שימושים נרחבים במידע גם מעבר למסגרת הקיימת בדין לטובת שימושים אלו. עתה אנסה לתאר את אותם שימושים ולהניח את התשתית לטענה כי המידע האישי אכן דרוש לטובתם. אבקש להראות כי אומנם לחלק מהפיתוחים המבוקשים יכול להספיק מידע אנונימי אגרגטיבי או אף מידע סינתטי,¹⁰⁵ אולם לחלק אחר יידרש מידע אישי מזוהה. רמתה של מערכת בינה מלאכותית תלויה, לפני הכל, בהיקף הנתונים המוזנים למערכת בשלב למידת המכונה, באיכותם ובגיוונם.¹⁰⁶ בשלב זה של למידת מכונה, המענה לצורך במידע אינו מסתיים בכך שנאפשר שימוש שאינו תואם את הסכמתו של מושא המידע, אלא נדרש גם שהשימוש לא יוכל להיקטע בעיצומו על ידי מושא המידע באמצעות הזכות להישכח או זכות החזרה מההסכמה.¹⁰⁷ אנסה לתאר להלן את אותם צרכים של מעבדי המידע, להראות עד כמה הצורך הזה קריטי לאותם פיתוחים מתקדמים שמאמר זה מבקש לקדם, ולשכנע כי האתגר הקיים באיסוף מידע הוא לאפשר את יצירתם של מאגרי־על (Big Data), כריית מידע מהם (Data Mining),¹⁰⁸ בניית תכונות של בינה

105 לשימושים במידע אנונימי ראו חי דיני המידע האישי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 339–354. לסקירת גישות שונות ליצירה ועיבוד של מידע סינתטי ראו Trivellore E. Raghunathan, *Synthetic Data*, 8 ANN. REV. STAT. & ITS APPLICATION 129, 131–132 (2021).

106 "חיות דעת: שימושים בתכנים מוגנים", לעיל ה"ש 5, בעמ' 8.

107 ראו חי דיני המידע האישי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 254–269.

108 כריית מידע היא תהליך של הצלבת נתונים ממקורות מידע שונים לצורך בניית תמונת מידע עשירה, מדויקת ומועילה יותר לכורה המידע.

מלאכותית (AI) בהתבסס על מידע זה, למידת מכונה (ML), למידה עמוקה, ולבסוף יצירתה של רובוטיקה חכמה. הבינה המלאכותית היא המרכז של כל אלה.¹⁰⁹ הבינה המלאכותית פרצה לעולם בחלק השני של העשור השני של המאה הנוכחית.¹¹⁰ אחד הגורמים שאפשרו זאת היה ריבוי המידע במאגרים, ובכלל זה נתונים שעשויים לכלול מידע אישי.¹¹¹ "אין הגדרה אחת מקובלת למושג 'בינה מלאכותית'. יש המגדירים בינה מלאכותית כ'מערכת המסוגלת לפתור בצורה רציונלית בעיות מורכבות או לנקוט בפעולות כדי להשיג את מטרתה בנסיבות שונות בהן היא נתקלת בעולם האמיתי'.¹¹² אחרים, דוגמת ה-OECD, קובעים כי "מערכת בינה מלאכותית היא: 'מערכת ממוכנת שיכולה, בהתאם למטרות מוגדרות בידי אדם, להפיק תחזיות, המלצות, או החלטות המשפיעות על סביבות פיזיות או וירטואליות, ומתוכננת לפעול ברמת עצמאות משתנה".¹¹³ הגדרה אחרת מדברת על "יכולת מתוכנתת לעבד מידע".¹¹⁴ על פי הגדרה זו, רמות עיבוד המידע יכולות להיבחן בהתאם ליכולת ה'תפיסה' של המערכות, ליכולת הלמידה שלהן, ליכולת הפשטת המידע שלהן וליכולתן להסיק מסקנות. אחד המאפיינים החשובים של המערכות האלה הוא מידת האוטונומיות שלהן, כלומר, מידת יכולתן לקבל החלטות באופן עצמאי על בסיס עיבוד של מידע ונתונים, ללא מעורבות של אדם בתהליך.¹¹⁵ בסיכומו של דבר, בינה מלאכותית היא תחום בענף מדעי המחשב המתמקד בניסיון של גוף טכנולוגי לדמות יכולת חשיבה אנושית. יש שהגדירו בינה מלאכותית כמכונה הפועלת בצורה

-
- 109 על מרכזיותה של הבינה המלאכותית בעשור השני של המילניום ראו ליאור זמר, דב גרינבאום ואביב גאון "פתח דבר: מחשבות על היחס הראוי בין משפט וטכנולוגיה" **טכנולוגיות מתפרצות**, לעיל ה"ש 15, 15, 18.
- 110 על תולדות צמיחתה של הבינה המלאכותית ראו AVIV H. GAON, THE FUTURE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE 18–21 (2021). COPYRIGHT IN THE AGE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE
- 111 **רגולציה ואתיקה בבינה מלאכותית**, לעיל ה"ש 26, בעמ' 12.
- 112 רועי גולדשמידט "מידע בנושא 'בינה מלאכותית'" 1 (הכנסת, מרכז המחקר והמידע 3.6.2018). <https://did.li/zzLgT>. הציטוט הפנימי הוא תרגום של גולדשמידט לטקסט הלקוח מ- Executive Office of the President National Science and Technology Council Committee on Technology, *Preparing for the Future of Artificial Intelligence* 6 (Oct. Kingsley Ofofu-Ampong, *Artificial Intelligence Research: A Review on Dominant Themes, Methods, Frameworks and Future Research Directions*, 14[100127] *TELEMATIC & INFO. REPS.* (2024).
- 113 **רגולציה ואתיקה בבינה מלאכותית**, לעיל ה"ש 26, בעמ' 19–20.
- 114 כך מגדירה זאת סוכנות המו"פ הבטחוני של ארצות הברית (DARPA). ראו LIRAN ANTEBI, ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND NATIONAL SECURITY IN ISRAEL 31 (INSS, Memorandum No. 207, 2021).
- 115 Matthew U. Scherer, *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies*, 29 HARV. J.L. & TECH. 353 (2016). ראו גם Wolfhart Totschnig, *Fully Autonomous AI*, 26 SCI. & ENG'G ETHICS 2473 (2020).

אינטליגנטית באופן שעשוי להיתפס כהתנהגות אנושית.¹¹⁶ אכן, בשנים האחרונות עולה השאלה באשר למעמדה המשפטי של הבינה המלאכותית, בעיקר בהקשרים של זכויות וחובות מתחום הקניין הרוחני ודיני הפטנטים.¹¹⁷ ההגדרה של בינה מלאכותית היא עמומה, כאמור, ויכולה להיות מוצמדת לטכנולוגיות שונות מאוד.¹¹⁸ פעמים רבות נעשה שימוש מוגזם וחסר ביסוס במונחים כגון "פעילות אוטונומית", "למידת מכונה" וכדומה, אף שהטכנולוגיה עודנה רחוקה משם.¹¹⁹ במקומות רבים השימוש במונח "למידת מכונה" נעשה תוך ערבוב בינו לבין הבינה המלאכותית. עם זאת, בעוד הבינה המלאכותית עשויה לכלול בתוכה למידת מכונה, המהווה רק פרק מסוים בה, אין הדבר קורה בכיוון ההפוך. למידת מכונה מתארת למעשה את היכולת של אלגוריתם¹²⁰ להשתפר מהניסיון העצמי ללא התערבות של מתכנת, ובלבד שמספקים למערכת מספיק נתונים.¹²¹ למערכות אלו יש ערך רב הודות ליכולתן ללמוד בעצמן איך לזהות דפוסים שימושיים במערכי נתונים ענקיים ולהרכיב מידע בדרכים המניבות תחזיות או הערכות מדויקות.¹²² למידת מכונה עוסקת בפיתוח אלגוריתמים שתפקידם לאפשר למחשב ללמוד מתוך דוגמאות ומידע קיים, כדי שיצליח להשלים משימות חישוביות שבהן תכנות קלסי אינו מספק מענה. למידע האישי עשוי להיות ערך עולה לגבי למידת המכונה, באופן המשתנה ממקרה למקרה. מחשב המתמודד עם אתגר חדש שהוא טרם "למד" לפתור באמצעות האלגוריתמים הקיימים נדרש לפגוש מידע חדש, בהתאם לאתגר שעומו הוא מתמודד, על מנת שיוכל לפתור. קשה לנבא זמן רב מראש לאילו פיסות מידע תיזקק כל חברה המבצעת תהליכי למידת מחשב. מנעד המידע שעשוי להיות רלוונטי הוא עצום, ויכול לנוע מתמונות אישיות של רכבים, דרך נתוני סוג הדם של תת-פילוח באוכלוסייה, ועד למשך הזמן הממוצע של שיחת טלפון בין-מדינתית של אדם ממוצע. מצב משפטי שיאפשר לחברות ההיי-טק גישה מהירה ויעילה לסוגי המידע ופיסות המידע שהן יזדקקו להם יאפשר בה בעת גם יעילות בפיתוחים טכנולוגיים בתחומי המחשבים,

-
- 116 לירן ענתכי בינה מלאכותית וביטחון לאומי בישראל 31 (מזכר 205, המכון למחקרי ביטחון לאומי 2020).
- 117 ראו Idan Zur, *New Ownership Hierarchy for AI Creations*, 64 IDEA 563 (2024).
- 118 Daria Kim, *'AI-Generated Inventions': Time to Get the Record Straight?*, 69 GRUR INT'L 443, 445–446 (2020).
- 119 MARTIN FORD, *ARCHITECTS OF INTELLIGENCE: THE TRUTH ABOUT AI FROM THE PEOPLE BUILDING IT* 500 (2018).
- 120 באופן כללי ניתן לתאר את המושג "אלגוריתם" כמעין מערכת של עיבוד בשלבים המנוסחים בשפה מתמטית או לוגית. ראו Joshua A. Kroll et al., *Accountable Algorithms*, 165 U. PA. L. REV. 633, 640 (2017).
- 121 גיא זיידמן ואביב גאון "עתיד הנהיגה האנושית" **משפט ועסקים** כט 175, 189–184 (2024).
- 122 Cary Coglianese & David Lehr, *Transparency and Algorithmic Governance*, 71 ADMIN. L. REV. 1, 6 (2019).

התוכנה והבינה המלאכותית, ופעמים רבות גם התעשרות של החברה בכללותה משורה של פיתוחים שיוכלו להיווצר הודות לכך.¹²³ למידת מכונה היא בסופו של דבר שם של משפחה גדולה של טכניקות המשמשות ליצירת צורות חדשות ומתחכמות של ניתוח נתונים, אשר נהפכות לכלי מפתח של חיזוי וקבלת החלטות.¹²⁴ בתוך אלה, "למידה עמוקה", שהיא מונח נוסף שנעשה בו שימוש בהקשר של בינה מלאכותית, היא תת־קבוצה של למידת מכונה עם יכולת ללמוד מרשתות חברתיות וממידע שלא עבר סיווג ללא כל פיקוח אנושי. כאחת מטכניקות למידת המכונה המתקדמות, למידה עמוקה, המכונה גם "למידה עצבית עמוקה",¹²⁵ הגיעה להצלחה רבה ביישומים רבים, כגון בניתוח תמונות, בזיהוי דיבור ובהבנת טקסט, וממלאת תפקיד חשוב במציאת פתרונות לניתוח מאגרי ענק של מידע אישי.¹²⁶ גורמים שיש להם גישה לבסיסי נתונים גדולים, תקפים ומקיפים נהנים מיתרון תחרותי משמעותי בתחום.¹²⁷ המידע האישי והידע שנוצר מריבוי המידע הם למעשה התשתית של הבינה המלאכותית. מחסור בידע ובמידע מהווה את אחד החסמים הגדולים ביותר של המחקר בתחום.¹²⁸ קושי באימון בינה מלאכותית יוצרים גם חוקי הפרטיות החדשים בעולם, ובראשם תקנות הגנת המידע האירופיות. אלה מעוררים חשש רב שהם יגרמו לעצירת ההתקדמות בחקר הבינה המלאכותית.¹²⁹ התפיסה היא כי "...השימוש במערכות מבוססות בינה מלאכותית עלול ליצור מתח בין הצורך בנתוני עתק (Big Data), לבין מחיקת מידע עודף בהתאם לעיקרון צמצום המידע".¹³⁰ מחיקת נתונים לאחר שהוטענו למערכות הבינה המלאכותית לא רק קשה מאוד ליישום, אלא גם עלולה לפגוע בפעולת הבינה המלאכותית ובלמידת המכונה. אם המערכת פועלת תוך השוואה חוזרת של

ERIC A. POSNER & E. GLEN WEYL, *RADICAL MARKETS: UPROOTING CAPITALISM AND DEMOCRACY FOR A JUST SOCIETY* 188 (2018)

GAON, לעיל ה"ש 110, בעמ' 18.

Geoffrey E. Hinton, Simon Osindero & Yee-Whye Teh, *A Fast Learning Algorithm for Deep Belief Nets*, 18 NEURAL COMPUTATION 1527, 1527 (2006). ראו גם Mohamed Reyad, Amany M. Sarhan & M. Arafa, *A Modified Adam Algorithm for Deep Neural Network Optimization*, 35 NEURAL COMPUTING & APPLICATIONS 17095, 17095 (2023)

Zhang, Yang, Chen & Li, לעיל ה"ש 30, בעמ' 146.

גולדשמידט, לעיל ה"ש 112, בעמ' 7.

דפנה גץ ואח' *בינה מלאכותית, מדעי הנתונים ורובוטיקה חכמה: דו"ח ראשון* 43 (מוסד שמואל נאמן למחקר מדיניות לאומית 2018).

GAON, לעיל ה"ש 110, בעמ' 200–203.

רגולציה ואתיקה בבינה מלאכותית, לעיל ה"ש 26, בעמ' 12.

נתונים חדשים אלה הקיימים במערכת, אזי מחיקת חלקם תביא לידי כך שהנתונים הקיימים לא יהיו זהים אלה שהמערכת נחשפה אליהם לפני כן.¹³¹ תחום המידע האישי הרפואי הוא אחת הדוגמאות הבולטות לכך.¹³² בתחום זה יש מתח בין הגורמים אוספי המידע, כגון בתי החולים או קופות החולים, לבין החוקרים המבקשים לפתח פיתוחים רפואיים מתקדמים המבוססים על נסיון העבר. בתוך מצוי מושא המידע, אשר במידע הרפואי על אודותיו מבקשים להשתמש. בתחום זה טמון פוטנציאל רב לפיתוח מערכות מתקדמות לאבחון וגילוי מוקדם של מחלות. למידה עמוקה יכולה לסייע בכך באמצעות לימוד עצמי של מלאכת האבחון והגילוי בהתבסס על נתונים רפואיים של מספר גדול של נבדקים.¹³³ היו שהדגימו זאת באמצעות תמונות דימות,¹³⁴ בהמחישם את הפוטנציאל הטמון בעיבוד אוסף ארכיוני גדול של תמונות בעזרת כלים מתקדמים, דוגמת הלמידה העמוקה,¹³⁵ לטובת גילוי ממצאים רפואיים ואבחון רפואי מוקדם.¹³⁶ מחיקת חלק מהמידע תפגע ללא ספק ביכולת הפיתוח של כלים אבחוניים כאלה. שאיפת המחקר בתחום מבליטה את החומות שמציבים דינים שונים בפני החוקרים.¹³⁷

המרשתת אפשרה לראשונה לאסוף בקלות מידע מכל אדם בעלות אפסית. בזכות כמיוות המידע העצומות התפתחו מערכות הבינה המלאכותית במהירות. בהקשר זה בולט במיוחד המידע החזותי, המאפשר לאמן את המערכות המשוכללות של עיבוד ראייה וזיהוי פנים ועצמים הנמצאות כיום בידי חברות המרשתת ואחרות. עם זאת, המידע החדש מגיע לא רק מהמרשתת ה"מסורתית", אלא גם מפרדיגמה טכנולוגית אחרת, דוגמת זו של "מרשתת הדברים" (IoT) – מונח שטבע לראשונה החוקר הבריטי קווין אשטון (Kevin Ashton) בשנת 1999 כדי לתאר חפצים בעולם הפיזי שיכולים

Eduard Fosch Villaronga, Peter Kieseberg & Tiffany Li, *Humans Forget, Machines Remember: Artificial Intelligence and the Right to Be Forgotten*, 34 COMPUT. L. & SEC. REV. 304, 310 (2018).

קריית, ברסקי, גלרט ולנדאו, לעיל ה"ש 4, בעמ' 593.

Hayit Greenspan, Bram van Ginneken & Ronald M. Summers, *Deep Learning in Medical Imaging: Overview and Future Promise of an Exciting New Technique*, 35 Huanhuan Zhang & ראו גם IEEE TRANSACTIONS ON MED. IMAGING 1153 (2016) Yufei Qie, *Applying Deep Learning to Medical Imaging: A Review*, 13[10521] APPLIED SCI. (2023).

כגון צילומי רנטגן, בדיקת על-שמע (אולטרה-סאונד, US), טומוגרפיה ממוחשבת (CT) או דימות תהודה מגנטית (MRI).

קריית, ברסקי, גלרט ולנדאו, לעיל ה"ש 4, בעמ' 568 ו-570.

Travis B. Murdoch & Allan S. Detsky, *The Inevitable Application of Big Data to Health Care*, 309 JAMA 1351 (2013).

קריית, ברסקי, גלרט ולנדאו, לעיל ה"ש 4, בעמ' 568. ראו גם Coleman, Evans & Barrett, לעיל ה"ש 104.

להיות מקושרים למרשתת באמצעות חיישנים.¹³⁸ בהמשך תוארה מרשתת הדברים כרשת של מכשירים פיזיים המבוססת על חיישנים או טכנולוגיה אחרת המאפשרים להם לאסוף ולהעביר מידע על אודות המשתמשים בהם וכן על הסביבה שבה הם נמצאים.¹³⁹ "האינטרנט של הדברים – Internet of Things (או בקיצור IoT) – מתייחס למוצרים המסוגלים לבצע את אחד או את כל הדברים הבאים: לאסוף מידע מהסביבה, לאחסן ולעבד מידע, לתקשר עם מוצרים אחרים באמצעות רשת תקשורת ולבצע פעולות בעולם הפיזי".¹⁴⁰ טכנולוגיה זו מתבססת על חיישנים המשרדים את ממצאיהם לענן המידע. שם הוא יכול להיות זמין למפתחים של מוצרים מתקדמים מבוססי מידע. אחת הטענות נגד מרשתת הדברים היא כי מכשירים אלו אוספים מידע אישי מבלי שמושאאי המידע מודעים לכך בכלל.¹⁴¹ אפשר להוסיף לרשימה גם מוצרים המכונים "מחשוב לביש", הכולל את כלל החיישנים שעל גוף האדם – שעונים חכמים, מצגי ראש נישאים (head-mounted displays), מצלמות גוף, אוזניות בלוטות', צמידים חכמים, שעוני ספורט ואמצעים אחרים לניטור כושר. מידע חשוב יכול להגיע גם מהמצלמות הרבות הפזורות במרחב הציבורי ובמרחב הפרטי, ולסייע בניתוח אירועים בזמן אמת או לשרת למידת מכונה.¹⁴² כריית מידע חכמה מאפשרת לעבור על כמויות גדולות של מידע ולהפיק ממנו רק את התובנות החשובות ביותר. באופן דומה, טכנולוגיות לחיזוי אנליטי מאפשרות לגבש תובנות בנוגע לעתיד מתוך כמויות גדולות של מידע.

אחת הדרכים המוצעות להתגברות על חסמי הפרטיות היא שימוש במידע לאחר שעבר התממה, שאז הוא אינו עוד מידע אישי ואינו כפוף לחוקים המתייחסים למידע אישי.¹⁴³ עם זאת, מידע אנונימי לא תמיד מספק לצורך הפיתוח שמבקשים לקדם – למשל, בתחום הרפואי. אם מגבילים את השימוש רק לתמונות דימות שעברו התממה,

138 Rolf H. Weber & Evelyne Studer, *Cybersecurity in the Internet of Things: Legal Aspects*, 32 COMPUT. L. & SEC. REV. 715, 718 (2016)

139 חיים ויסמונסקי ומאי הר־שי "התמודדות משפטית עם איומי סייבר לכלי רכב 'חכמים'" **חוקים** יג 197, 201 (2020).

140 הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן "הנחיה: חובת גילוי לגבי סיכוני מוצרי IoT 'האינטרנט של הדברים'" 1 (טיוטה להערות הציבור 14.8.2022) <https://did.li/Cu3rl>.

141 באשר לאיסוף מידע אישי על ידי מכשירים "חכמים" ראו ויסמונסקי והר־שי, לעיל ה"ש 139, בעמ' 212: "איסוף מידע ופרטים אישיים יכול לשמש למטרות שונות, כגון הישגים כלכליים, פרסום ממוקד, סחר במידע אישי או סחיטה של מושא המידע. המידע יכול לשמש את המדינה למטרות מיסוי, למשל חברות מסחריות וחברות ביטוח, אך גם פצחנים פוטנציאליים".

142 שם, בעמ' 212–214.

143 גולדשמידט, לעיל ה"ש 112, בעמ' 7: "...כיוון שחלק מן הנתונים כוללים או עשויים לכלול מידע אישי, יש לוודא כי מבוצעת 'אנונימיזציה' אפקטיבית של המידע (דהיינו: לא ניתן להסיק מן המידע הגלוי אודות זהותו של מי שהמידע אודותיו)". להרחבה ראו בפרק הבא.

למשל, אי-אפשר לכלול במידע תמונות בעלות מאפיינים ספציפיים, מחשש לזיהוי החולה, וחסרה הגמישות הדרושה לעריכת מגוון רחב של מחקרים.¹⁴⁴ הפיכה של מידע לאנונימי עלולה גם לפגוע בטיב המחקר,¹⁴⁵ כמו גם ביכולת לחזור אל מושא המידע עם הצעה לפתרון בעיה שעלתה. לעיתים המחקר מחייב מעקב אחר המידע לאורך זמן נתון, מה שמצריך יכולת לעקוב אחר מושאי המידע ואחר התפתחות שחלה אצלם בהקשר של הפיתוח המבוקש. מכאן שאין בהפיכת המידע לאנונימי כדי לספק פתרון במצבים אלו.

העולם הטכנולוגי המתקדם שהוליד את הבינה המלאכותית צמח ומבקש לצמוח על בסיס מידע, כפי שביקשתי להראות, ולרוב על בסיס מידע אישי. אי-אפשר לעסוק בלמידת מכונה מבלי להתייחס גם למאגר המידע הגדול שמספק לה את בסיס הלמידה. מכאן המסקנה הגורפת כי ללא מאגרי מידע נגישים וזמינים יהיה קשה לפתוח את השוק לחדשנות,¹⁴⁶ וכי דרושה דרך שתאפשר שימוש רחב יותר במידע במקומות שיימצאו מתאימים לכך. עתה אבקש להגדיר ולחדד מה הן אותן מטרות שימוש שיהיה נכון לאפשר שימוש הוגן במידע על מנת לממשן, אף מבלי לקבל את הסכמתו של מושא המידע לשימוש זה, ואף מבלי להיעזר בבסיסים אחרים לעיבוד מידע, דוגמת אלה המעוגנים בתקנות הגנת המידע האירופיות.

פרק ג: ההבחנה בין מטרות השימוש

השימוש במידע אישי לטובת פיתוחי בינה מלאכותית נעשה בשני מישורים עיקריים: בחינת הנתונים אל מול אדם מסוים תוך שימוש באלגוריתם שפותח; ופיתוחים מתקדמים שמיועדים אך לאמן את המכונה ליצירת דפוס פעולה שאינו מזהה את מושאי המידע. השימוש האחרון אינו כולל כל אינטראקציה חוזרת עם מושא המידע, למעט המשך איסוף המידע ממנו לטובת אותו שימוש. אין מטרתו התייחסות ישירה אליו, אלא יצירה של מאגר נתונים אפקטיבי עבור למידת מכונה, אשר יאפשר את אימון המכונה במנותק מבלי האסדרה של דיני הפרטיות. מה ראוי שיהיה הדין ביחס לאימון מכונה שעונה על הגדרה זו? אבקש עתה לנסות להתוות את גבולותיו ולבחון אם די בהגדרה הקובעת כי מדובר בשימושי מידע מתקדמים שאינם כוללים כל אינטראקציה חוזרת עם מושא המידע – השימוש המנותק – או שמא יש לקבוע היקף מוגדר יותר

144 Raphaël Chevrier et al., *Use and Understanding of Anonymization and De-Identification in the Biomedical Literature: Scoping Review*, 21(5) [e13484] J. MED.

INTERNET RSCH., 9 (2019)

145 קרית, ברסקי, גלרט ולנדאו, לעיל ה"ש 4, בעמ' 576, מביאים דוגמה לקושי כזה: "...פעולה מתבקשת כגון הסרת כתובת המגורים של הנבדק תמנע אפשרות לשקלל מגורים בסביבה מזוהמת כגורם סיכום להתפרצות מחלה".

146 גן ואח', לעיל ה"ש 128, בעמ' 104.

של השימוש, כגון מימוש אינטרס ציבורי כזה או אחר, תועלת לציבור או מטרה דומה אחרת. אבקש לשכנע כי כל עוד התוצאה הסופית אינה כרוכה בקשר חוזר עם מושא המידע, תהא תועלת ציבורית בפעולת עיבוד המידע בדמות קידום החברה בהיבט הטכנולוגי, ולכן אין להצר את גבולותיו של שימוש זה, אלא יש לאפשרו.

למידת מכונה אמורה לשרת בסופו של תהליך הלמידה מגוון שימושים. פעמים רבות היא משתמשת במידע אישי שנוצר על ידי סדרה של פעולות שמושאי המידע הפרטניים הרלוונטיים מבצעים, כגון העדפות שהם מבטאים, נתוני בריאות הנאספים אגב טיפולים רפואיים שהם עוברים, עסקאות מקוונות ולא מקוונות שהם עושים, תמונות שהם מצלמים, פקודות שהם מדברים לתוך הטלפונים הניידים שלהם ומקומות שהם נוסעים אליהם – כל אלה ואחרים משמשים נתונים לטובת אותו אימון מכונה.

מה טיבו של שימוש זה? עלתה טענה כי מכיוון שהתוצר של אימון המכונה הוא דפוס פעולה שאינו מזהה את אותם מושאי מידע שהמידע על אודותיהם שימש לו בסיס, מדובר במידע אנונימי. המידע אומנם ניתן לזיהוי במערכות, אך בשלב התוצר הסופי הוא כבר אינו רלוונטי, לא נעשה בו שימוש וכבר לא מתקיים זיהוי של אותם מושאי מידע, ולכן אין תחולה לדיני הפרטיות.¹⁴⁷ טענה זו, גם אם היא שובת עין, מתעלמת מכך שלכל אורכו של הליך אימון המכונה מדובר במידע מזוהה. יתרה מזו, מאגר נתונים אינו אובייקט סטטי, אלא יצירה דינמית המתפתחת לאורך חייו של הליך לימוד המכונה.¹⁴⁸ יש עיבורי מידע המבקשים להתחקות אחר פעולות של מושאי המידע לאורך זמן נתון לטובת אימון המכונה. למשל, בנתוני אשראי יש המבקשים לבחון אם התוצאות שאליהן הגיעה מערכת החוזה את הסיכויים להחזר ההלוואה על ידי הלווים אכן התקיימו בפועל. ניתן גם לחשוב על מחקר בתחום הרפואי המבקש לעקוב אחר התפתחות מצבם הרפואי של מושאי המידע שעליהם מבוסס אימון המכונה. גם כאן התוצאה בסוף הליך האימון תהיה כזו שתוביל לדפוס פעולה כללי של המערכת, אך קשה להתעלם מהתהליך ולטעון כי מכיוון שהתוצאה אינה עוסקת במושא מידע ספציפי ואינה מזהה אותו יש לנו עניין בהליך האנונימי. יתרה מזו, פעמים רבות ייוותרו דרכים לזהות את מושא המידע מתוך הפלט של אותה מערכת בינה מלאכותית המבוססת על דפוס הפעולה שאליה הגענו בתהליך של לימוד המכונה.¹⁴⁹ יהיה קשה אפוא לבסס שימוש כזה במידע לטובת למידת מכונה בטענה כי המידע אנונימי ולכן חוקי הפרטיות אינם חלים עליו.

למידת מכונה עושה פעמים רבות שימוש אף במידע המוגן בזכויות יוצרים. גם ביחס לכך נעשתה הבחנה – בהתאם לפלט – בין שימוש המאפשר את אימון המכונה

Reza Shokri, Marco Stronati, Congzheng Song & Vitaly Shmatikov, *Membership Inference Attacks Against Machine Learning Models*, 2017 IEEE SYMP. ON SEC. & PRIV. 3

Amanda Levendowski, *How Copyright Law Can Fix Artificial* אחר 148
Intelligence's Implicit Bias Problem, 93 WASH. L. REV. 579, 590 (2018)

149 ראו Shokri, Stronati, Song & Shmatikov, לעיל ה"ש 147.

לבין שימוש שמשרת מטרה ספציפית.¹⁵⁰ כך, למשל, בפרשת *Thomson Reuters v. Ross Intelligence* קבע בית המשפט הפדרלי בדלוור כי ההעסקה שביצעה חברת Ross מתוך מאגר שבבעלותה של חברת Thomson Reuters לצורכי אימון מסד נתונים משפטית מבוססת בינה מלאכותית אינה עומדת בתנאי השימוש ההוגן, בין היתר משום שהשימוש שעשתה החברה שהעתיקה את המאגר שירת את אותה מטרה כמו השימוש של חברת המקור ולכן לא יצר ערך חדש או שונה מבחינה מהותית.¹⁵¹ אפשר לתת בהקשר זה דוגמה של אימון מכונה לזהות חתול, שלטובתו נעשה שימוש במספר עצום של תמונות חתולים, לעומת אימון מכונה במטרה שזו תיצור תמונה של חתול. בכואה להחליט אם מדובר בשימוש הוגן ביצירה, הפסיקה בוחנת את אופי השימוש,¹⁵² ושמה דגש בשאלה אם השימוש שנעשה ביצירה הוא בגדר שימוש ביצירה כפי שהיא או שמא הוא מהווה שימוש טרנספורמטיבי, קרי, שימוש המשנה את היצירה, את משמעותה או את הקשרה, במובן זה שהוא מוסיף ביטוי חדש שלא היה קיים קודם לכן, בעל מסר או תכלית השונים מאלה של היצירה המקורית.¹⁵³ ככל שהשימוש טרנספורמטיבי יותר כן הפסיקה מוצאת כי הוא "הוגן" יותר, על בסיס ההנחה ששימוש טרנספורמטיבי מעשיר את עולם היצירה, והציבור יוצא נשכר. על בסיס זה ניתן לראות בשימוש בתמונות של חתולים כדי ללמוד מהו חתול משום שימוש טרנספורמטיבי – שימוש שתוצאתו אינה תמונה כזו או אחרת של חתול, כי אם מכונה הלומדת מהו חתול ומסוגלת לזהותו. הזיהוי הוא תוצר אשר שונה מהתמונות עצמן. לעומת זאת, שימוש הנוטל חלקים מתמונות של חתול כדי ליצור תמונה אחרת של חתול יוצר תוצאה שאינה שונה במהותה מאוסף התמונות המקורי שהוון למערכת הבינה המלאכותית לטובת הליך למידת המכונה. לפי ניתוח זה, את השימוש הראשון ראוי לאפשר במסגרת השימוש ההוגן, ואילו את השני אין להתיר.

אם נחזור כעת אל עולם המידע האישי, נוכל לומר כי עיבוד מידע אישי שיוצר תובנה כללית חדשה – כזו היכולה להביא תועלת כללית, להבדיל מתועלת מסחרית ביחס לאדם מסוים – ייחשב כמעשיר את החברה, גם אם יש בו תועלת מסחרית לגורם העושה בו שימוש. טלו, למשל, את הרגלי הצריכה של אדם: מקום שנעשה בהם שימוש כדי להציע לו מוצרים המותאמים אליו אישית, לא תהא בכך כל העשרה שתביא עימה תועלת לחברה; לעומת זאת, צירוף של הרגלי הצריכה של כלל הלקוחות בסניף של רשת קמעונאית גדולה, במטרה לנהל נכון יותר את המלאי בסניף, אומנם ישרת מבחינה מסחרית את החברה שתעשה את עיבוד המידע הזה, אך גם יביא תועלת לכלל ציבור הלקוחות, שיוכל למצוא בסניף מלאי מספיק של המוצרים שהוא מחפש לרכוש.

150 "חוות דעת: שימושים בתכנים מוגנים", לעיל ה"ש 5, בעמ' 13.

151 *Thomson Reuters Enter. Ctr. GmbH v. Ross Intel. Inc.*, 765 F. Supp. 3d 382 (D. Del. 2025).

152 מבחן העזר הקבוע בס' 19(ב)(1) לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007, קובע כי לצורך בחינה של הוגנות השימוש ביצירה לעניין הסעיף יישקלו, בין השאר, "מטרת השימוש ואופיו". ראו להלן פרק ה למאמר זה.

153 ראו להלן פרק ה למאמר זה.

השימוש הראשון אינו עושה טרנספורמציה במידע, מאחר שהוא בוחן מה אדם ספציפי רכש ומציע לו לבצע את אותן רכישות שוב או רכישות דומות. המקרה השני מתרגם את כלל הרכישות שנעשו בתקופה נתונה לתובנה חדשה: ניהול נכון של המלאי. האם נוכל לאפיין את אותו שימוש שאנו מעוניינים להגדירו כשימוש שנעשה לתועלת הציבור? העיסוק המרכזי בשאלה מהי תועלת לציבור המצדיקה פעולה הפוגעת בזכות הפרטיות מאפיין את ניתוח ההגנה המצדיקה פרסום פוגעני מקום שיש בו עניין ציבורי.¹⁵⁴ נמצא כי כדי לזכות בהגנת החוק יהא על הטוען לה הראות כי בביצוע הפעולה או הפרסום הפוגעניים יש כדי להביא תועלת לציבור, במובן זה שהציבור יצא נשכר מכך.¹⁵⁵ מכאן שהשאלה שיש לבחון היא לא "אם יש לציבור אינטרס במידע, אלא אם יש טעם המצדיק את הפגיעה בפרטיות של אדם כדי לספק את האינטרס הציבורי האמור", במובן זה שהדבר יסייע לציבור בגיבוש דעתו בעניינים ציבוריים או ישפר את אורח חייו.¹⁵⁶ זוהי שאלה ערכית הבוחנת אם קיים אינטרס חברתי המצדיק הכשרה של פרסום או פעולה פוגעניים בנסיבות ביצועם. את הפרשנות שלפיה "עניין ציבורי" הוא תועלת שיש לציבור מפרסום או פעולה פוגעניים הוביל זאב סגל.¹⁵⁷ המבחן המשפטי הראוי, לדעתו, הוא אם הציבור יצא נשכר מאותו שימוש. הפרשנות של סגל אומצה לראשונה בעניין ונטורה,¹⁵⁸ שם הוסיף השופט גבריאלי כך כי אותה תועלת לציבור משמעה תרומה לגיבוש דעתו בעניינים ציבוריים או שיפור אורחות

154 ס' 18 (3) לחוק הגנת הפרטיות קובע כי תהא זו הגנה טובה מפני פגיעה בפרטיות אם "בפגיעה היה ענין ציבורי המצדיק אותה בנסיבות הענין, ובלבד שאם היתה הפגיעה בדרך של פרסום – הפרסום לא היה כוזב".

155 שם. זאת, נוסף על הדרישה שאם הפגיעה הייתה אגב פרסום, על הפרסום להיות פרסום אמתי.

156 השופט בך עמד על כך בעניין ונטורה, לעיל ה"ש 55, בעמ' 827. ראו גם ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית, פ"ד סו(3) 691, 764 (2014).

157 זאב סגל "הזכות לפרטיות למול הזכות לדעת" עיוני משפט ט 175, 193 (1983). סגל מפנה שם (בה"ש 97) לדוח יגגר האנגלי: REPORT OF THE COMMITTEE ON PRIVACY (Chairman: K. Younger), 1972, Cmnd. 5012, at 327–328 (UK) שם לציין "עניין ציבורי" הוא "of public interest", ואילו המונח האנגלי המתיחס ל"עניין ציבורי" בהקשר של פרסום מוגן הוא "in the public interest". על ההבדל המשמעותי שבין שני המשגים הביע סגל את דעתו כי "העדפת החוק את 'הענין הציבורי' על-פני 'הענין לציבור' כיסוד ההגנה, נראית לנו כמשקפת לא רק את הדין המצוי, אלא גם את הדין הרצוי. אחרת היה ניצב בית המשפט בפני נוסחה כוללנית, שאינה מאפשרת יצירת אמת מידה כלשהי". לדעה שתומכת בדעתו של סגל בעניין זה ראו שולמית אלמוג "פרסום דברי רכילות מול הזכות לפרטיות במשפט הישראלי" רכילות 67, 69 (אהרון בך-זאב ואבינעם בן-זאב עורכים 1993).

158 זאב סגל חופש העיתונות: בין מיתוס למציאות 134 (1996) (להלן: סגל חופש העיתונות). סגל מעיר שם כי פסק הדין בעניין ונטורה אומנם אינו עוסק במישרין בפרסום על אישי ציבור, אולם הניתוח הכלול בו "יכול להוות בסיס לקבלת מבחן זה כאשר מדובר בפרסום על דמות ציבורית, בעת שעובדה בעלת אופי פרטי תועיל לגיבוש דעה על איש ציבור בתפקידו הציבורי".

חייו.¹⁵⁹ הגדרה דומה נתן אף השופט דב לוין, אך תוך ראיית התועלת ככזו המשרתת קיום אורחות חיים תקינים במדינה, כמדינה שומרת חוק שמשטרה תקין ואשר זכויות היסוד של האזרח בה מאוזנות ומגוונות.¹⁶⁰ השופטת אילה פרוקצ'יה ראתה בבחינת עניין ציבורי "שאלה ערכית הבוחנת האם קיים אינטרס חברתי המצדיק הכשרת פרסום פוגעני..."¹⁶¹ השאלה אם ההגנה שבסעיף 18(3) לחוק הגנת הפרטיות יכולה לספק לנו מענה לטובת אותו עיבוד מידע שאנו מבקשים לעשות לצורך אימון המכונה תידון להלן,¹⁶² אך נקדים ונאמר כי מצאנו שאין בה מענה ההולם את מלוא היקפם של עיבודי המידע המבוקשים, בדיוק מהסיבה שהפרשנות מצמצמת את התועלת הציבורית רק למקום שקיים עניין ציבורי בהפרה. עיבוד המידע שאנו מבקשים לאפשר לא יחסה תמיד תחת אותה כותרת נכבדה של "עניין ציבורי" או שיפור אורחות חייו של הציבור,¹⁶³ ודי לנו שהוא יתרום להתפתחות הטכנולוגית שהוא מבקש להשיג, ובמובן זה ישרת את החברה שבה אנו חיים. זוהי הגדרה רחבה מ"אינטרס חברתי" גרידא, אך היא עדיין אינה ברורה מספיק.

הניסיון להגדיר את אותם מצבים שבהם שימוש במידע אישי יהיה ראוי – בבחינת שימוש הוגן המשרת את החברה שבה אנו חיים גם אם הוא אינו עומד בהוראות הדין הרלוונטי לכך – הוא למעשה ניסיון להגדיר את אותה תועלת חברתית (תועלת גם במובן הצר, כפי שהדגשתי, אך עדיין ממד של תועלת) שתצמח לחברה מאותו אימון מכונה שמבקשים להתיר. ניסיון זה מוביל אותי אל משנתו של הפילוסוף ג'ון לוק, שעוד אחזור אליה בהמשך,¹⁶⁴ אשר עסק בתועלת החברתית בהקשר שונה מעט, אך ניתן לדעתי להקיש מכך גם להקשר שלנו. לוק מחפש את ההצדקה לרכישת קניין בידי אדם, והוא ער לכך שיכולת הפרט לנכס לעצמו באופן לגיטימי קניין בדברים שמקורם בנחלת הכלל היא קריטית לקיום האדם והחברה, שאם לא כן אנשים יגוועו, והשפע שהאל ברא עבור האדם יישאר בלתי מנוצל, כדבריו.¹⁶⁵ להשקפתו של לוק, כאשר אדם מערבב את עמלו לתוך דבר שהיה נחלת הכלל וברשות הכלל, הוא רוכש בו קניין פרטי, הוא מוסיף לו דבר שלא היה קיים בו במצבו הטבעי הקודם. העמל מכניס את החפץ לעולמו של האדם העמל שרכש בו בעלות, וכעת אותו חפץ הוא "חלק" מקניין

159 עניין **ונטורה**, לעיל ה"ש 55, בעמ' 826. על הדברים חזרו בתי המשפט בשורה ארוכה של פסקי דין. ראו, למשל, ע"פ 11793/05 **חברת החדשות הישראלית בע"מ נ' מדינת ישראל**, פס' 38 (אר"ש 5.4.2006). (להלן: עניין **חברת החדשות**); ע"א 1104/00 **אפל נ' חסון**, פ"ד נו(2) 607, 621 (2002).

160 דב לוין "צנעת הפרט וסקרנות הציבור" **ספר תמיר** 163, 183 (יוסף תמיר ודבורה הירש עורכים 1999).

161 ע"א 89/04 **נודלמן נ' שרנסקי**, פס' 22 (אר"ש 4.8.2008) (ההדגשה במקור).

162 ראו להלן פרק ד למאמר זה.

163 ראו לעיל בפרק זה.

164 ראו להלן פרק ה למאמר זה.

165 JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT 328–329 (Peter Laslett ed., 2d ed. 1967).

הבעלים.¹⁶⁶ אך אף על פי שלכל אחד יש זכות על פרי עמלו, זכות קניינית היא דבר שמוגבל על ידי נורמות מסוימות, כגון הנורמה שמציע לוק שלפיה יש להקפיד שיישאר מספיק לכולם. להשקפתו, לצד היות העמל הדרך לרכישת קניין, יש לוודא כי התרומה הקולקטיבית ליצירה עולה כדי סיפוק דרישת העמל לצורכי בעלות, וכשם שפגיעה בזכות הפרט מהווה בעיני לוק חדירה בלתי חוקית לתוך רשותו, כך ניכוס יתר של משאבי הציבור לטובת פרט ספציפי מהווה פגיעה בזכות הקניין הציבורית. לשיטת לוק, בתנאים מסוימים רכישת קניין פרטי על ידי אדם אינה פוגעת בזכות קניין ציבורית של נחלת הכלל, אך הוא מציב לכך שני תנאים מרכזיים: תנאי הכמות והאיכות ותנאי ההשחטה.¹⁶⁷ לפי התנאי הראשון, לכל אדם יש זכות להשקיע עמל בכל מה שניתן לבני האדם במשותף, ובלבד שכל פעולת לקיחה שלו מנחלת הכלל המשותפת תשאיר מספיק חומרים ובאותה איכות גם למי שיבקש להשקיע עמל דומה במשאב זה בעתיד.¹⁶⁸ בהתאם לתנאי השני, "...העמל לא ייהנה מזכות קניינית אלא אם הכיר החובה להשתמש בחומרים שלקה מנחלת הכלל המשותפת וקיים אותה. כל לקיחה שלא יהיה בה שימוש והחומרים שנלקחו יירקבו, ואילו אחרים יכלו להפיק מהם תועלת חברתית, תפגע בזכותו של העמל".¹⁶⁹ המשמעות העולה מהדברים היא שלפי תפיסתו של לוק, העמל יזכה בקניין על נכסי עמלו רק כאשר הוא עומד בחריגים לזכות לקניין בתוצאות עמלו, ורק לאחר שנבחנו האינטרסים של כל הצדדים לעסקה החברתית.¹⁷⁰ דהיינו, ההגבלה החלה על יכולתו של הפרט לרכוש קניין היא עקרון אי-הפגיעה או אי-ההשחטה. הזכות הטבעית של אדם לקניין פרטי מוגנת רק כאשר היא מבוקרת ומאוזנת מול נורמות חברתיות מסוימות, כדי שהיא לא תפגע בטוב המשותף.

מן הדרך שבה לוק מתאר את הדברים ניתן להקיש גם לעמדה שאני מבקש לשכנע בה. אומנם אין לנו עניין כאן בזכות קניינית, אך ניתן להקיש מכך ולומר כי הזכויות של מושא המידע במידע שלו – אותה זכות שלא ייעשה בו שימוש שאינו בהתאם להוראות החוק ובעיקר בהעדר הסכמתו, מקום שזו נדרשת על ידי מערכת החוקים הרלוונטית – תעמוד בתוקף רק מקום שהיא אינה פוגעת ברווחה החברתית. אותם עיבודי מידע שיאפשרו אימון מכונה – אותו שימוש מנותק המתואר במאמר זה – יענו על אותו צורך חברתי, ולכן עצירתם בשם זכויותיו של מושא המידע תפגע באותה תועלת חברתית. מסיבה זו יש למצוא דרכים לאפשר אותם.

בהקשר של הבינה המלאכותית ניתן לשרטט את התועלת החברתית כשירות שלמידת המכונה תעשה לטובת החברה – הן בכללותה והן למגזרים שונים בה. יש המאפיינים את טובת החברה במונח של שירות המין האנושי, הן כקולקטיב והן כפרטים, באופן המיטיב עימו. לפי היגיון זה, החשיבות היא של האדם במרכז, תוך

166 שם, בעמ' 341–342.

167 ליאור זמר "העסקה החברתית בזכות יוצרים" משפטים 297, 320 (2017).

168 LOCKE, לעיל ה"ש 165, בעמ' 305–306 ו-309.

169 זמר, לעיל ה"ש 167, בעמ' 320 (ההדגשה במקור).

170 שם.

שימת דגש בחירות האדם ובאוטונומיה שלו.¹⁷¹ נקודת מבט זו שמה דגש בפתיחות ובשקיפות, כגון יידוע אדם שהוא מתקשר עם בוט המנוהל על ידי בינה מלאכותית, ולא עם אדם בשר ודם, וכן בהגנות מסוימות מפני ההחלטות המתקבלות בעזרת מערכת בינה מלאכותית, כגון הגנה מפני הפליה. אלה פעולות שאינן שמות את הדגש בעיבוד, מקום שהוא מיועד להוביל את המערכת לאימוץ דפוס פעולה או כל תוצאה אחרת המנותקת ממושא מידע ספציפי – אותו שימוש מנותק שמאמר זה עוסק בו.

המשימה היא לנסות לאפיין את אותו שימוש מנותק שלמידת המכונה עושה על מנת להגיע לאותם דפוסי פעולה אחרי הליך האימון. תקנות הגנת המידע האירופיות עוסקות, למשל, בשימוש במידע לטובת מחקר מדעי המשרת אינטרס חברתי. כפי שהראיתי, ההגדרה של "מחקר מדעי" אינה אחידה, היכן שהיא מוגדרת. גם חוסר היכולת לדעת במקרים רבים מה תהיה התוצאה שאליה תגיע המערכת מקשה את הקביעה שלטובת התוצר שלה יהיו השימושים במידע האישי מותרים, מעבר לכללים החלים עליהם על פי הדין הקיים. על כן דרוש לנקוט הגדרות המגיעות מתוך אותו עולם מושגים של הבינה המלאכותית. יש לקבוע שכאשר נעשה תהליך של אימון מכונה שכל מטרתו היא למצוא דפוסי פעולה – אותה קבוצה שלישית של שימושים שכינתי "השימוש המנותק" ואשר תוארה לעיל כבר כמה פעמים – וכאשר דפוסי פעולה אלו משרתים את התועלת לחברה במונח הרחב, זה הרואה כל התפתחות טכנולוגית לטובת החברה ככזו שיש בה תועלת, יש לאפשר את הפעולה גם אם היא אינה עונה על ההגדרה של חוקי הפרטיות. בהמשך אציע לאמץ בחקיקה לטובת שימושים אלו את דוקטרינת השימוש ההוגן מתוך הדיסציפלינה של זכויות היוצרים אל העולם המשפטי של הפרטיות.

פרק ד: ההגנות מתחום הפרטיות כאמצעי להכשרת שימוש הוגן במידע אישי

כאשר חוקק חוק הגנת הפרטיות, אי שם בשנת 1981, איש לא חשב על שימוש במידע אישי לטובת למידת מכונה. כך גם לא בתיקון המסיבי שנעשה בחוק בשנת 1996,¹⁷² ואף לא בעת התיקון המקיף האחרון שנעשה בו בקיץ 2024 – במקרה זה מתוך החלטה להותיר את הנושא לתיקוני החוק הבאים.¹⁷³ כאשר בוחנים את ההגנות בחוק ומחפשים שם מענה, יש לזכור שלא רק שאותן הגנות חוקקו לפני העידן של נתוני העתק והבינה

171 עמיר כהנא ותהילה שוורץ אלטשולר אדם, מכונה, מדינה, לקראת אסדרה של בינה מלאכותית 234 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2023).

172 חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 4) (מאגרי מידע), התשנ"ו-1996, ס"ח 290.

173 תיקון 13 לחוק הגנת הפרטיות. ראו פרוטוקול ישיבה 190 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-25 (4.12.2023).

המלאכותית, אלא שכאשר הן נוסחו, לא נכלל בטיטות החוק – ואף לא בהצעה שהונחה על שולחן הכנסת – פרק שעוסק במידע האישי. פרק כזה הוסף רק במהלך הכנת החוק לקריאות השנייה והשלישית בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת.¹⁷⁴ ההגנות בחוק לא נועדו מלכתחילה לעסוק בהגנה על שימוש במידע אישי המנוגד לחוק, והעיסוק בכך נכפה עליהן. טענה כי ההגנות מכוח חוק הגנת הפרטיות אינן חלות על פרק ב לחוק, העוסק במידע אישי, אף עלתה במהלך הדיון בתיקון 13 לחוק, ולא הוכרעה.¹⁷⁵ על רקע זה לא יהיה פשוט לענות על השאלה אם שימוש במידע אישי לאימון מכונה כתשתית לכינה מלאכותית – אימון שכל מטרתו היא למצוא דפוסי פעולה המשרתים את התועלת לחברה במונח הרחב, זה הרואה כל התפתחות טכנולוגית לטובת החברה ככזו שיש בה תועלת – יהיה שימוש שיזכה באחת ההגנות בחוק מקום שהוא נעשה בניגוד לקבוע בחוק.¹⁷⁶

הרעיון המונח ביסודן של ההגנות שנקבעו בחוק הגנת הפרטיות הוא הצורך לאזן בין הזכות לפרטיות ולזכויות נוגדות ולקבוע את בסיס האיזון באותן הגנות.¹⁷⁷ מבחינה פרשנית, איזון זה מושפע אף ממעמדה החוקתי של הזכות לפרטיות.¹⁷⁸ בדוח הוועדה המכינה שהמליצה על חקיקתו של חוק הגנת הפרטיות נכתב כי "...מן ההכרח הוא, שהפגיעה בפרטיות לא תהיה בבחינת איסור מוחלט".¹⁷⁹ הדרך שהציעה הוועדה לאזן בין הפגיעה בפרטיות לזכויות הנוגדות הייתה באמצעות ההגנות שהיו בחוק. איזון זה אכן נעשה בחוק, כפי שציינה רות גביון, "באמצעות שורה של הגנות שהוא מעניק לאדם שפגע בפרטיות זולתו".¹⁸⁰ כהמשך ישיר לעמדת הוועדה המכינה, גם נקודת המוצא של בתי המשפט הייתה כי "...חוק הגנת הפרטיות לא נתכוון להפוך את הזכות לפרטיות לזכות מוחלטת".¹⁸¹ לא הייתה מחלוקת כי בין הזכות לפרטיות ליתר הזכויות

174 ראו דן חי **ההגנה על הפרטיות בישראל** 77–79 (2006).

175 הנושא נדון בכמה ישיבות של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. ראו, למשל, פרוטוקול ישיבה 233, לעיל ה"ש 16, בעמ' 3–24. ראו גם את ההתייחסות לנושא לעיל בה"ש 16.

176 ס' 2(9) לחוק הגנת הפרטיות ממוקם בפרק א לחוק, שביחס אליו אין כל מחלוקת כי ההגנות תקפות. ראו דיון להלן בפרק זה של המאמר.

177 ראו את דברי השופטת פרוקצ'יה בבע"מ 3542/04 **פלוני נ' פלונית**, פס' 10 (אר"ש 20.6.2005). ראו את הדברים גם בערכאות הדיוניות – למשל, ת"א (שלום י-ם) 2778-04-11 **א"ב נ' ע"נ**, פס' 45 (אר"ש 15.2.2016).

178 ת"א (מחוזי ת"א) 1222/09 **ורדי נ' א. גוטסמן אדריכלות בע"מ**, פס' 10 (אר"ש 17.1.2011).

179 **רוח ועדת כהן**, לעיל ה"ש 54, בעמ' 3.

180 רות גביון "איסור פרסום הפוגע בפרטיות: הזכות לפרטיות וזכות הציבור לדעת" **זכויות אזרח בישראל: קובץ מאמרים לכבוד חיים ה. כהן** 177, 178 (1982) (ההדגשה במקור).

181 דברי השופט גולדברג בע"א 1928/93 **רשות ניירות ערך נ' גבור סכרינה מפעלי טקסטיל בע"מ**, פ"ד מט(3) 177, 193 (1995).

קיים מבנה של "כלים שלובים" המצריך "פעולת איזון חוקתית"¹⁸² וכי "יישומו של חוק הפרטיות על כל סעיפיו כרוך באיזון האינטרסים בין זכותו של אדם לפרטיות לבין זכותו של הציבור להשיג מידע למטרה זו או אחרת"¹⁸³. באשר להיקף ההגנה סברה הוועדה המכינה כי יש להכריע בין האינטרסים המנוגדים ולהעדיף אחד מהם על האחר – הכרעה שתוציא תמיד זכות אחת מקופחת מול האחרת. מכאן סברה הוועדה כי "...מן הנמנע הוא להגיע לידי תוצאה שתספק את כל הדרישות"¹⁸⁴. גם כאשר הגיע החוק לדין בבתי המשפט, כבר מתחילת הדרך ראו השופטים בהגנות שבחוק את "קו התפר" שבין הזכות לפרטיות לבין זכויות נוגדות. כך, נקבע כי "...ההגנות הקבועות בחוק לפוגע בפרטיות, אינן שרירותיות אלא מייצגות איזון בין הזכות לפרטיות לבין אינטרסים חשובים אחרים"¹⁸⁵. דעה דומה הובעה גם בכתיבה שהתייחסה לחוק.¹⁸⁶

ניתן לחלק את ההגנות שנקבעו בחוק הגנת הפרטיות, המרוכזות בסעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות, לשלוש קבוצות: הפרסומים המותרים; ההגנות שתחת דרישת תום הלב; ופגיעה מוצדקת בשל עניין ציבורי הכרוך בה. הקבוצה הראשונה כוללת את כל אותן הגנות העוסקות בפרסומים מוגנים. אלה אומצו במסגרת סעיף 18(1) לחוק, אשר ייבא את ההוראות מסעיף 13 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, בכפוף לסייג שהפגיעה נעשתה "בדרך של פרסום". נוסף על כך נקבע ברישא של סעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות כי כל ההגנות המפורטות בו יהיו "הגנה טובה" במשפט המתנהל בשל פגיעה בפרטיות, ובכלל זה הסעיפים שאומצו מסעיף 13 לחוק איסור לשון הרע. בכך ההגנה שבסעיף 18(1) לחוק הגנת הפרטיות שונה מזו שנקבעה בסעיף 13 לחוק איסור לשון הרע, שממנו היא אומצה.¹⁸⁷ אין ברשימה שבסעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות ההגנה שיכולה להתאים לשימוש במידע לטובת עיבודי מידע מתקדמים, וממילא שימוש כזה לטובת אימון מכונה לא יעלה כדי "פרסום", בהנחה שרק המחשב לבדו נחשף למידע, ולא שום אדם בשר ודם.

בין ההגנות המשתייכות לקבוצה השנייה, המציבות את דרישת תום הלב כתנאי לחלותן, נמנית זו הקבועה בסעיף 18(2)(ב) לחוק הגנת הפרטיות. הגנה זו עוסקת במקרים שבהם חלה על הפוגע חובה חוקית, מוסרית, חברתית או מקצועית לעשות את

182 דברי המשנה לנשיא ברק בבג"ץ 2481/93 דין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 473 (1994).

183 דברי השופט בך בע"פ 480/85 קורטאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 673, 691 (1986).

184 דוח ועדת כהן, לעיל ה"ש 54, בעמ' 3.

185 דברי השופט אריאל בע"פ 5026/97 גלעם נ' מדינת ישראל, פס' 9 (אר"ש 13.6.1999). ראו גם רע"א 8019/06 ידיעות אחרונות בע"מ נ' לוי, פס' 22 לפסק הדין של השופט ג'ובראן (אר"ש 13.10.2009).

186 ראו, למשל, אלמוג, לעיל ה"ש 157, בעמ' 69.

187 הרישא של ס' 13 לחוק איסור לשון הרע קובעת כי כל פרסום העונה על אחד המצבים המפורטים במסגרת הסעיף "לא ישמש עילה למשפט פלילי או אזרחי", כלומר הסעיף מעניק הגנה מוחלטת לפרסומים המנויים בו, ואילו בס' 18(1) לחוק הגנת הפרטיות ניתנת רק "הגנה טובה" ורק להפרה אגב פרסום.

המעשה. השאלה בהקשר זה היא מהי אותה חובה מוסרית, חברתית או מקצועית המצדיקה פגיעה תמת לב בפרטיות, ואם יש שימושים באימון מכונה – ובהמשך להם פיתוחים מתקדמים מבוססי מידע אישי – העונים על חובה זו. שאלה דומה תעלה בהקשר של קבוצת ההגנות השלישית, כאשר אבקש לבחון להלן אם יש עניין ציבורי בעיבוד מידע כזה או אחר לטובת אימון מכונה, כזה העולה כדי ההגנה הקבועה בסעיף 18(3) לחוק. האם עיבודי מידע לטובת אימון מכונה מניבים תועלת לציבור ורווחה חברתית – כפי שפורש אותו עניין ציבורי הקבוע בהגנה – המצדיקים את אותם עיבודים?

סעיף 18(2)(ב) לחוק הגנת הפרטיות מציב למעשה ארבע דרישות לחלותו, מעבר לדרישת תום הלב: קיימת חובה לעשות את המעשה; החובה חלה על הפוגע; מאפיין החובה הוא חוקי, מוסרי, חברתי או מקצועי; הפגיעה מיישמת את אותה חובה בתחומי תחולתה של החובה ובאופן מידתי. בהתאם לכך, על הפוגע לשכנע בדבר קיומן של הנסיבות שעל בסיסן נעשתה הפגיעה, כלומר, שהחובה חלה עליו באופן ספציפי, שהרקע לפגיעה היה אותן נסיבות שהטילו עליו את החובה האמורה ומתוך חובה זו הוא פעל, ושלא היה אפשר לפעול בדרך אחרת שאינה פוגעת בפרטיותו של הנפגע. תום הלב הנדרש הוא המשוכה הראשונה שעל המבקש ליהנות מהגנת הסעיף לעבור.¹⁸⁸ החובה הנדרשת בהתאם להוראת הסעיף צריכה להיות זו שמכוחה פעל הטוען להגנה, יהיה עליו לשכנע כי הפגיעה לא חרגה בהיקפה מהצורך לפעול מתוך אותה חובה,¹⁸⁹ וכי החובה שהוא טוען לה אכן הייתה אותה "חובה" שהסעיף מכוון אליה.¹⁹⁰ דרך ההוכחה הנדרשת לכך תהא על פי קריטריונים אובייקטיביים.¹⁹¹

מבין החובות ראוי לבחון בענייננו את החובה החברתית-המוסרית או החובה המקצועית, כדי לראות אם הן יוכלו להתאים להצדקת אותם עיבודי מידע מתקדמים שמאמר זה מבקש לאפשר. את החובה החברתית-המוסרית מאפיינת עמימות רבה. מדובר בחובה אובייקטיבית, כך שיש לבחון אם האדם הסביר היה פועל בעטייה להגנה

188 ראו עניין גלעם, לעיל ה"ש 185, בפס' 9–10 לפסק הדין של השופט אריאל, וכן פסק הדין של השופט מצא. ראו גם ת"א (מחוזי-ים) 8432/06 פלוני (קטיין) נ' שירותי בריאות כללית, פס' 26 (נבו 13.2.2008).

189 ראו ע"א 552/73 רונבלום נ' כץ, פ"ד ל(1) 589, 594 (1975), שם קבע השופט ברנזון, ביחס לס' 15(2) לחוק איסור לשון הרע, כי ההגנה תחול מקום שהפרסום מוגבל בהיקפו רק לצורך ההגנה עצמה, ולא מעבר לכך.

190 ראו ע"א 213/69 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' עתון "הארץ" בע"מ, פ"ד כג(2) 87, 90 (1969) (להלן: עניין חברת החשמל), שם קבע השופט ויתקון, ביחס לס' 15(2) לחוק איסור לשון הרע, כי היחסים בין עיתון לקוראיו אינם מטילים עליו חובה מיוחדת לפרסם דברים בעלי עניין ציבורי, וכי יש לבחון כל מקרה לגופו.

191 סגל "הזכות לפרטיות למול הזכות לדעת", לעיל ה"ש 157, בעמ' 196. שם נכתב ביחס לס' 18(2)(ב) לחוק הגנת הפרטיות: "לשם הוכחתה של חובה לא די יהיה להראות פגיעה שנעשתה תוך כדי ביצוע עיסוקן של הפוגע כדיון, במהלך עבודתו הרגיל. הפוגע יצטרך להוכיח לבית המשפט שאכן נוצרו נסיבות שבהן, על-פי קריטריונים אובייקטיביים, היתה מוטלת עליו החובה לפרסם את שהיה בידור".

על אותם דברים שהפוגע ניסה להגן עליהם. אין מדובר בהשקפת עולמו של הטוען להגנה, אך ניתן לבחון את צעדיו בהתאם למקובל בקהילה שבה הוא חי. הדוגמאות בפסיקה למקרים שבהם נבחנה ההגנה נוגעות בהפרות של הפרק הראשון לחוק הגנת הפרטיות, העוסק בפרטיות הקלסית, להבדיל מהפרטיות במידע, שבה עוסק הפרק השני לחוק. אחד מפסקי הדין הבולטים ביחס להגנה זו ניתן בעניין ג'רייס, שם לא קיבל בית המשפט העליון את טענת הפוגע כי עקב אחר אלמנת חברו כדי לתפוס אותה מקיימת יחסים עם גבר אחר תוך פגיעה בכבוד המשפחה, ובכך מילא חובה מוסרית וחברתית.¹⁹² אולם בנסיבות שונות התקבלה ההגנה בשורה של פסקי דין בערכאות הנמוכות יותר.¹⁹³ הרחבת הברדיקה להתייחסות הפסיקה לסעיף המקביל בחוק איסור לשון הרע מעלה כי ביחס לחובה החברתית והמוסרית נקבע לא אחת כי היא חלה על עיתון במסגרת החובה לדווח לציבור על עניינים הקשורים להגנה מפני פגיעה בגוף, בבריאות או ברכוש, כגון נחישות המשטרה במאבקה נגד תופעות עברייניות¹⁹⁴ או מעורבותם של ישראלים באימון אנשי קרטל הסמים בקולומביה.¹⁹⁵

מקרים שבהם לא התקבלה ההגנה האמורה בתביעות בגין פגיעה בפרטיות מתאפיינים בעיקר בהתנהגות פטרונית או יומרנית, המבססת ראייה סובייקטיבית של ההגנה מקום שבראייה חברתית כללית אין לה בסיס. בעניין אלברט סבר בית המשפט המחוזי בבאר שבע כי לא חלה חובה מוסרית-חברתית על מועמד לראשות עיר למסור כי המועמד המתחרה היה בעברו דורש עבודה, ולכן לא הייתה הצדקה לשימוש במידע המצוי במאגרי המידע של העירייה לא למטרה שלשמה הוא נמסר.¹⁹⁶ בעניין שיא מוצרי אלומיניום קבע בית משפט השלום בחיפה כי לחברת דן אנד ברדסטריט, העוסקת במתן מידע למנוייה על סיכונים היכולים לנבוע מקשר עם חברות שונות במשק, לא קמה חובה חוקית, מוסרית או חברתית למסור את המידע.¹⁹⁷ בעניין שירותי בריאות כללית הגיע בית המשפט המחוזי בירושלים למסקנה כי לא חלה על רופאה חובה מוסרית-חברתית המצדיקה את גילוי עובדת הריונה של בחורה שנבדקה אצלה לאמו של הגבר שממנו הרתה.¹⁹⁸

ניתוח ההגנה ודרך התייחסותה של הפסיקה אליה מעלה כי השאלה המרכזית שהתעוררה היא היקף החובה לפעול תחת ההגנה. בתחום של עיבודי מידע מתקדמים לצורך אימון מכונה לא תמיד תעמוד לימין המבקשים לבצע את העיבוד חובה כלשהי

192 ע"פ 2126/05 ג'רייס נ' מדינת ישראל, פס' 11 (אר"ש 26.6.2006).

193 ראו, למשל, ת"א (שלום אש') 12-05-26654 נגר נ' עבו, פס' 11 (אר"ש 14.8.2014).

194 ע"א (מחוזי י-ם) 28/95 פדרמן נ' טרנר, פ"מ התשנ"ו(1) 411, פס' 10 לפסק הדין של השופט עדיאל (1995).

195 ת"א (מחוזי י-ם) 893/89 קליין נ' בן-ישי, פס' 16-18 (נבו 25.3.1991).

196 ע"פ (מחוזי ב"ש) 5309/08 אלברט נ' מדינת ישראל, פס' 4-5 (נבו 18.11.2009).

197 ת"א (שלום חי') 14441/06 שיא מוצרי אלומיניום בע"מ נ' דן אנד ברדסטריט ישראל בע"מ, פס' 8.4 (נבו 29.7.2007).

198 עניין שירותי בריאות כללית, לעיל ה"ש 188, בפס' 27.

לעשותו, ובוודאי לא חובה מוסרית, חברתית או מקצועית. ניתן לחשוב על דוגמאות של עיבוד מידע שחובה כזו ייתכן שתעמוד ברקע שלהם, ובמקרים כאלה ייתכן שההגנה תקום, אך אלה יהיו מקרים פרטניים בלבד, שלא ישקפו את הכלל. לכן את עיבוד המידע שמאמר זה מבקש לאפשר לא נוכל לבסס על הגנה זו בלבד.

ההגנה העוסקת בפעולה שיש בה עניין ציבורי המצדיק את עשייתה קבועה בסעיף 18(3) לחוק הגנת הפרטיות.¹⁹⁹ התפיסה שעמדה בבסיס ההגנה הייתה שיש לצמצם את ההגנה הניתנת לאישי ציבור מפני פגיעה בפרטיותם, אך ההגנה לא התרכזת רק במטרה זו. כדי לזכות בהגנה היא על הפוגע להראות כי בביצוע הפעולה או הפרסום הפוגעניים יש כדי להביא תועלת לציבור, במובן של שיפור אורחות חייו, וככל שמדובר בפרסום – שהוא פרסום אמת.²⁰⁰ השאלה שיש לבחון בהקשר של מאמר זה היא לא אם יש לציבור אינטרס בפעולת אימון המכונה, אלא אם יש טעם המצדיק את הפגיעה בפרטיות על ידי שימוש במידע אישי של אדם בניגוד לחוק לטובת אותו אימון מכונה. הסעיף מציב דרישת סף שלפיה אין די בעניין ציבורי להכשיר את הפגיעה, אלא צריכה להיות הצדקה לפגיעה בנסיבות העניין, והוא מכוון בראש ובראשונה לאמצעי התקשורת ולפרסומים על דמויות ציבוריות. בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר במפורש כי ההגנה בסעיף "דרושה בעיקר לאמצעי התקשורת".²⁰¹ הנוסחה שעמדה לנגד עיניה של הוועדה המכינה של החוק בהציעה סעיף זה הייתה זו של סעיף 14 לחוק איסור לשון הרע,²⁰² שבמסגרתו פרסום שיש בו אמת הוא מוגן אם יש בו עניין ציבורי.²⁰³ דרך חשיבה זו מפורטת אף בדברי ההסבר לסעיף החוק במסגרת הצעת חוק הגנת הפרטיות.²⁰⁴ גם בהמשך עמדו בפסיקה על זיקות הגומלין שבין סעיף 14 לחוק איסור לשון הרע לסעיף 18(3) לחוק הגנת הפרטיות.²⁰⁵

עניין ציבורי, בהקשר שמאמר זה מבקש לבחון, הוא פעולה שהציבור יצא נשכר ממנה, במובן שהיא תביא לידי שיפור אורחות חייו. זוהי שאלה ערכית הבוחנת אם קיים אינטרס חברתי שמצדיק הכשרת פעולה פוגענית בנסיבות ביצועה. בעצם השימוש במונח "עניין ציבורי", ולא "עניין לציבור", הביע המחוקק עמדה כי ההגנה שהסעיף

199 כאמור, הסעיף קובע הגנה טובה כאשר "בפגיעה היה עניין ציבורי המצדיק אותה בנסיבות הענין, ובלבד שאם היתה הפגיעה בדרך של פרסום – הפרסום לא היה כוזב".

200 מרכיב הפרסום אינו רלוונטי לשאלה שאני מבקש לבחון ביחס לשימוש במידע אישי לטובת אימון מכונה.

201 ראו הצעת חוק הגנת הפרטיות, התש"ס-1980, ה"ח 206, 209.

202 ראו דוח ועדת כהן, לעיל ה"ש 54, בעמ' 28.

203 ס' 14 לחוק איסור לשון הרע קובע: "במשפט פלילי או אזרחי בשל לשון הרע תהא זאת הגנה טובה שהדבר שפורסם היה אמת והיה בפרסום עניין ציבורי; הגנה זו לא תישלל בשל כך בלבד שלא הוכחה אמיתותו של פרט לוואי שאין בו פגיעה של ממש".

204 ראו דברי ההסבר להצעת חוק הגנת הפרטיות, לעיל ה"ש 201, בעמ' 209.

205 ראו, למשל, דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 41 (1998); עניין ונטורה, לעיל ה"ש 55, בעמ' 826.

מכוון אליה לא תינתן לכל פעולה שמשרתת דבר מה שלציבור יש בו עניין,²⁰⁶ באשר לא אחת יש בפעולה כזו אך כדי "לספק מזון לסקרנים או למלא יצרם של רכלנים".²⁰⁷ סעיף 14 לחוק איסור לשון הרע, שבהשראתו חוקק כאמור סעיף 18(3) לחוק הגנת הפרטיות, השתמש בנוסחו המקורי במונח "ענין לציבור", אך בהמשך תוקן הסעיף והמונח הוחלף ב"ענין ציבורי".²⁰⁸ הרצון שהמונח שבו ייעשה שימוש בסעיף 18(3) לחוק הגנת הפרטיות יהא זהה למונח המופיע בחוק איסור לשון הרע אף הודגש בדיוניה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת.²⁰⁹ בחירת המונח אף זכתה בביקורת תומכת.²¹⁰ נוסח הסעיף מדגיש כי על העניין הציבורי להיות מוצדק בנסיבות שבהן נעשתה הפעולה הפוגענית.²¹¹

על מנת לקבוע אם אפשר להצדיק פעולה מסוימת בעניין ציבורי, יש להביא בחשבון משתנים רבים. גביון מונה ארבעה מרכזיים מביניהם: "חשיבות המטרה, הרלוונטיות של המידע או של חלקים ממנו, הצורך לזהות את הפרט בו מדובר, והצורך לפרסם את המידע ברבים דווקא, הם כולם משתנים הקובעים את מידת הלגיטימיות של האינטרס הציבורי ואת משקלו".²¹² מנוסחו של סעיף 18(3) לחוק הגנת הפרטיות עולה כי העניין הציבורי שהסעיף מכוון אליו צריך להיות קשור באופן ישיר לפגיעה עצמה, ואין די בכך שהוא קשור באופן עקיף לפעולה המבוקשת.²¹³ הבחינה אם פעולה בניגוד לחוק הגנת הפרטיות מוצדקת לנוכח עניין ציבורי הגלום בה נעשית – כמו ביחס לכלל ההגנות בחוק הגנת הפרטיות – בדרך של איזון בין אינטרסים.²¹⁴

גם אם פה ושם תתקבל טענתו של גורם אשר העמיד מידע אישי לטובת לימוד מכונה בניגוד לחוק כי פעל כך מאחר שיש עניין ציבורי בפעולה, יהיו אלה מקרים מצומצמים ונקודתיים מאוד, מקרים שבהם האינטרס החברתי בוחק וגובר באופן ברור על הפגיעה בפרטיות, במובן שיש בעיבוד המידע כדי להביא תועלת לציבור ולקדם את הרווחה החברתית. לא במקרה נמתחה ביקורת על אופן ניסוחן של ההגנות בחוק, אשר אין בו הכרעה ברורה לגבי מעמד האינטרס של שמירה על הפרטיות מול אינטרסים מתנגשים אחרים. התייחס לכך סגל: "ניסוחן הכוללני של ההגנות מורה שאין בנורמה החקיקתית שלפנינו משום הכרעה ברורה בדבר העדפתו של אינטרס אחד על משנהו.

206 ראו לעניין זה סגל "הזכות לפרטיות למול הזכות לדעת", לעיל ה"ש 157, בעמ' 193.

207 עניין חברת החשמל, לעיל ה"ש 190, בעמ' 91.

208 ס' 8 לחוק לשון הרע (תיקון), התשכ"ז-1967, ס"ח 133.

209 פרוטוקול ישיבה 265 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-9, 14-16 (19.1.1981).

210 משה נגבי חופש העיתונות בישראל: ערכים בראי המשפט 119 (1995).

211 עניין ונטורה, לעיל ה"ש 55 בעמ' 827. ראו גם ע"א 8954/11, לעיל ה"ש 156, בעמ' 764-765; סגל "הזכות לפרטיות למול הזכות לדעת", לעיל ה"ש 157, בעמ' 193.

212 גביון, לעיל ה"ש 180, בעמ' 215.

213 ת"א (שלום ת"א) 199509/02 צדיק נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ, פס' 7-10 (אר"ש 22.1.2004).

214 ראו רע"א 6902/06 צדיק נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ, פ"ד סג(1) 52, 60 (2008).

השאלה היא זו: מהו המשקל הראוי שיינתן לאינטרס מסוים, על-פי פרושו של החוק בידי בית המשפט? מאחר שאפשרויות גישות שונות, מבלי שתפגע המטרה החקיקתית, נראה שלגסיבות המקרה הספציפי תהיה, לעתים קרובות, השפעה מכרעת.²¹⁵ יש המצביעים אף על בעיה בתכנון מראש של פעולה פוגענית, תוך הצדקתה בהמשך תוך הסתמכות על אחת ההגנות הקבועות בחוק. באחת הפרשות התייחסה השופטת דפנה ברק-ארז לפעולת מעקב שנעשתה על פי הוראה של ועדה רפואית, הפועלת לפי חוק הנכים, במטרה לאסוף מידע באשר למצבו הרפואי או התפקודי של נבדק, ולטענה שהועלתה לפניה כי גם אם יש בכך פגיעה בפרטיות, עומדות לוועדה ההגנות הקבועות בסעיף 18 לחוק: "הוראה זו [של סעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות] מעניקה, **ברדעבד**, הגנה בשל פגיעה בפרטיות במקרה פרטי של משפט פלילי או אזרחי. ודאי שאין בה כדי להכשיר **מראש** מדיניות כללית של רשות מינהלית הכרוכה בפגיעה בפרטיות".²¹⁶ ההגנות בחוק הגנת הפרטיות שיכולות לאפשר פעולה של עיבוד מידע לטובת למידת מכונה הן מצומצמות מאוד, שכן הן עוסקות בחובה מוסרית-חברתית או בעניין ציבורי, ובשני המקרים הרף יהיה גבוה. בראשון יידרש להראות כי קיימת חובה מוסרית-חברתית, ובשני – כי האינטרס הציבורי מצדיק את הפגיעה. מרחב זה מצומצם. הוא מאפשר את העיבוד במקרים פרטניים, אך אין בו כדי להציב נורמה כללית לכל אותם עיבודי מכונה שמאמר זה מבקש לאפשר – עיבודים אשר יוצרים דפוס פעולה ואינם מכוונים לאדם פרטי. לכן יש ליצור נורמה חדשה, פעולה מותרת שמלכתחילה לא תהווה הפרה של דיני הפרטיות, אשר תאפשר את עיבודי המידע הללו לטובת אימון מכונה.

פרק ה: הגנת השימוש ההוגן – מזכויות יוצרים ועד מידע אישי

לא בהכרח ניתן לראות בדוקטרינת השימוש ההוגן ביחס לזכויות יוצרים משום טענת הגנה. יש שיאמרו כי עניין לנו בזכות הקיימת לצד זכות היוצרים, בבחינת זכות בפני עצמה לשימוש הוגן ביצירה. כאשר אציע בפרק הבא לאמץ אותה אל עולם המידע האישי, תעלה השאלה אם ביסוס השימוש במידע אישי בניגוד לעקרונות צמידות המטרה, במקרים שיוגדרו, יוכל לצמוח מתוך טענת הגנה או שיהיה זה נכון לקבוע זכות בפני עצמה לשימוש הוגן במידע אישי. האם תהיה להבחנה זו משמעות מקום שננסה לאפשר שימוש במידע אישי תחת הדוקטרינה של שימוש הוגן? אנסה לשכנע כי ראוי לקבוע את השימוש ההוגן במידע כזכות עצמאית, חריג לעקרונות צמידות המטרה. אולם

²¹⁵ סגל "הזכות לפרטיות למול הזכות לדעת", לעיל ה"ש 157, בעמ' 191.

²¹⁶ רע"א 2558/16 פלונית נ' קצין התגמולים, פס" 59 (אר"ש 5.11.2017) (ההדגשות במקור).

קודם לכן אנסה להבהיר בקצרה מה מקומה של דוקטרינת השימוש ההוגן בעולם זכויות היוצרים – מה מקורה, מה התנאים לתחולתה, ואם היא תוכל להתאים גם לשימוש במידע אישי שאינו עונה על עקרון צמידות המטרה.

דוקטרינת השימוש ההוגן מהווה את המנגנון המרכזי בחוק זכות יוצרים לאיזון בין אינטרס ההגנה על יצירות לבין זכות הציבור לעשות בהן שימוש. היא נועדה לאפשר את קיומם של שימושים מסוימים, הנתפסים כרצויים מבחינת התכלית החברתית שהם משרתים, וזאת אף אם הם מנוגדים לזכותו של היוצר ביצירתו ושל בעל זכות היוצרים.²¹⁷ יש גישה הרואה בשימוש ההוגן זכות עצמאית הניצבת לצד זכות היוצרים ומבטאת את זכותם של המשתמשים לעשות שימוש ביצירה.²¹⁸ לעומתם, יש הרואים בה טענת הגנה כנגד הפרת זכות היוצרים, כזו הבאה לאזן בין זכות היוצר להגנה על יצירתו לבין האינטרס החברתי לאפשר למשתמשים גישה ליצירות, מקום שבו דרך הרגילה היה הדבר נחשב הפרה של זכות יוצרים. הזכות לשימוש הוגן מאפשרת שימוש ביצירה שמוגנת תחת החוק כל עוד מדובר ב"שימוש הוגן" המשרת מטרת כגון "לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה, דיווח עיתונאי, הבאת מובאות, או הוראה ובחינה על ידי מוסד חינוך".²¹⁹ החוק מציע כי לצורך בחינת אותו מרכיב של הוגנות השימוש ביצירה יישקלו, בין היתר, מטרת השימוש ואופיו; אופי היצירה שבה נעשה השימוש; היקף השימוש, מבחינה איכותית וכמותית, ביחס ליצירה בשלמותה; והשפעת השימוש על ערכה של היצירה ועל השוק הפוטנציאלי שלה.²²⁰ אלה שיקולים שיש לשקול, אך לא כולם חייבים לתמוך במסקנה. בית המשפט העליון התייחס, בעניין **האוניברסיטה העברית**, להגנות הנכללות בחוק זכות יוצרים: "תכליתן של הגנות אלה היא לאפשר, בנסיבות מסוימות, את המשך קיומה של פעילות הרצויה מבחינה חברתית, אף שמדובר בפעילות מפרה".²²¹

הגנה זו אינה חפה מהספק ביחס להגשמת מטרתה, כפי שביטאה את הדברים אורית פישמן אפורי: "בהיות הגנת השימוש ההוגן כלי לאיזון בין אינטרס בעל הזכויות לבין אינטרס הציבור, מטבע הדברים קיימת מחלוקת בשאלה אם מושג באמצעותה האיזון הרצוי, ואם די בו לשם שמירה על אינטרס הציבור".²²² המתח הבא לידי ביטוי בדוקטרינת השימוש ההוגן הופיע עוד הרבה קודם לכן במקורות המשפט הבין-לאומי – למשל, בסעיף 27 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם, אשר קובע כי תרבות

217 לא תמיד יהיה זה היוצר בעל זכות היוצרים. ייתכנו מצבים שבהם הוא מכר זכות זו או אף שמראש היא לא הייתה שייכת לו – ביחסי מעסיק-עובד, למשל.

218 מיכאל בירנהק "יצירה משפטית: שימוש הוגן בדיני זכויות יוצרים" **משפט, תרבות וספר: ספר נילי כהן** 84, 96-97 (עופר גרוסקופף ושי לביא עורכים) (2017) (להלן: בירנהק "יצירה משפטית").

219 לשון ס' 19 (א) לחוק זכות יוצרים.

220 ס' 19 (ב) לחוק זכות יוצרים.

221 ע"א 5977/07 **האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ**, פ"ד סד (3) 740, 772 (2011).

222 אורית פישמן אפורי **היצירה הנגזרת בדיני זכויות יוצרים** 332 (2005).

צריכה להיות בהישג ידו של כל המעוניין בכך, וכי כל אדם זכאי ליהנות מהאומנות וליתול חלק בהתקדמות המדעית. מייד לאחר מכן, באותו סעיף, קובעת ההצהרה את הזכות של כל יוצר להגנה על האינטרסים המוסריים והחומריים הנובעים מיצירתו – זכות המכונה "הזכות להשתתף בחיי התרבות".²²³ בהמשך עוגנה זכות זו בסעיף 15(1) לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, אשר קבע את חובת המדינות להגן ולאפשר את הזכות להשתתף בחיי התרבות וליהנות מיתרונות הקדמה המדעית ושימושיה תוך קיום הגנה על הזכויות המוסריות והחומריות הנובעות מכל יצירה.²²⁴ זכויות אלו, כפי שהן באות לידי ביטוי במשפט הבין-לאומי, משקפות את התפיסה כי השימוש ההוגן מהווה זכות מהותית להשתתפות בהתקדמות מדעית וחברתית.

דוקטרינת השימוש ההוגן, כפי שנקבעה בחוק זכות יוצרים, יובאה אל המשפט הישראלי מהמשפט האמריקני.²²⁵ ניסיון להתחקות אחר מקור התפיסה שיש לאפשר שימוש הוגן ביצירות מוגנות כרוך בניסיון לבסס את ההצדקות למתן זכויות יוצרים בכלל. ניסיון זה מוביל, תחילה, לתאוריית העבודה ולהגותו של ג'ון לוק והמשפט הטבעי, שכבר אזכרה לעיל.²²⁶ גישה נוספת, אשר עולה בקנה אחד עם התנאים שהציב לוק לקבלת הזכות הקניינית בפרי העמל, היא הגישה הריאליסטית, הרואה את המשפט כמוסד מובנה של תהליך מתמיד הכולל בתוכו בדיקות חוזרות ונשנות שמטרתן להביא לידי שיפור מתמיד. תפיסה זו רואה בחומרים הדוקטרינריים הקיימים את נקודת המוצא לדיון משפטי רחב, אשר נשען, במיטבו, על שילוב של תובנות נורמטיביות, מידע אמפירי ותבונה מעשית המאפשר לנשאי המשפט ליצור את ההצדקה האפשרית הטובה ביותר.²²⁷ גישה זו מציעה מבט מעודן על האיזון בין חירות פרטית לערכים אנושיים חשובים, ורואה את המשפט כולו לא רק כמוסד מתפתח, אלא כחייב להיות כזה.²²⁸ גישה אחרת רואה בשימוש ההוגן כלי לאיזון בין זכויות היוצרים לזכויות המשתמשים. לפי גישה זו, לכל צד במשוואה יש זכות, והגנת השימוש ההוגן למשתמשים קובעת

.G.A. Res. 217 (III) A, Universal Declaration of Human Rights, art. 27 (Dec. 10, 1948) 223

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights art. 15.1, Dec. 16, 1966, 993 U.N.T.S. 3 224

ס' 19 לחוק זכות יוצרים כמעט זהה לס' 107 לחוק זכויות היוצרים של ארצות הברית. להשוואה בין שימוש הוגן בדין האמריקני לשימוש הוגן בדין הישראלי ראו ניל נתנאל "שימוש הוגן ישראלי מנקודת-מבט אמריקנית" **יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים** 377 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים 2009) (להלן הספר: **קריאות בחוק זכות יוצרים**).

ראו לעיל פרק ג למאמר זה. 226

חנוך דגן "קריאה קניינית: המוסד הקנייני המתחדש של זכות יוצרים" **קריאות בחוק זכות יוצרים**, לעיל ה"ש 225, 39, 47–48. 227

"חוות דעת: שימושים בתכנים מוגנים", לעיל ה"ש 5. 228

את הגבול בין הצדדים.²²⁹ לצד אלה יש גישות שמתבססות על הגישה המכשירנית לזכויות יוצרים, ואשר מבקשות, מצד אחד, לקדם סוג של שימושים שניתן להצביע על חשיבותם יחד עם ביסוס ההגנה על היצירה עצמה,²³⁰ ומצד אחר, לאפשר שימוש אגב ביקורת על יצירה תוך חיזוק חופש הביטוי בהקשר זה.²³¹

כפי שעולה מנוסחו של סעיף 19 לחוק זכות יוצרים, כדי ששימוש ביצירה מוגנת יהא שימוש מותר, עליו לעמוד בשני תנאים מצטברים: מטרה והוגנות. תנאי המטרה מרכזי, בבחינת תנאי סף. כדי ששימוש יתקבל כשימוש הוגן, עליו להיעשות למטרה מאלה המנויות בסעיף קטן (א) של הסעיף, הנוקט פירוט על דרך הדוגמה: "שימוש הוגן ביצירה מותר למטרות כגון אלה:..." משמע, מדובר ברשימה הנותנת דוגמאות בלבד, כך שקיים פתח שגם שימוש שאינו נמנה עם דוגמאות אלו באופן מפורש יימצא על ידי בית המשפט כשימוש ראוי, ובלבד שהוא דומה לדוגמאות שבסעיף. ככל שהתשובה לשאלת המטרה היא שלילית באופן חד-משמעי, דהיינו כזו השוללת את התרת השימוש שבסעיף, ממילא אין עוד צורך לבחון את שאלת ההוגנות. כאשר התשובה אינה חד-משמעית או חיובית, על השימוש להיבחן על פי מבחני העזר לבחינת השימוש ההוגן המנויים בסעיף קטן (ב) של סעיף 19 לחוק זכות יוצרים. אלה אינם בבחינת תנאים שיש לעמוד בכלם, כי אם שיקולים שהחוק מנחה לשקול בדרך למסקנה אם מדובר בשימוש הוגן.²³²

השיקול הראשון שעל בית המשפט לשקול הוא מטרת השימוש. בחינת המטרה תיעשה בהתאם לדוגמאות שמפורטות בסעיף קטן (א) ומצבים דומים להם, לנוכח השימוש במילה "כגון" בסעיף קודם לפירוט רשימת הדוגמאות. מכאן החשיבות במציאת מכנה משותף לדוגמאות שיהווה בסיס למציאת מטרות נוספות שיאפשרו את השימוש ההוגן ביצירה. בעניין **אספרסו קלאב** מצא השופט ניל הנדל כי מכנה משותף זה הוא שימוש בעל ערך מבחינה חברתית.²³³ השיקול השני שיש לשקול הוא עד כמה השימוש ביצירה המוגנת פוגע בתמריץ של היוצר ליצור את היצירה, שהוא תכלית מרכזית של מתן זכויות יוצרים ליוצר ביצירתו. מדובר באיזון עדין בין זכות היוצר לשלוט בשימושים שנעשים ביצירתו ובדרך ניצולה הכלכלי לבין הערך המגולם בהתרת השימוש ההוגן. "במשקפי סעיף 19(ב) לחוק, העניין מתבטא בעיקר במבחן העזר הרביעי (השפעה על ערך היצירה והשוק הפוטנציאלי שלה) ובמבחן העזר

229 ראו Orit Fischman Afori, *An Open Standard "Fair Use" Doctrine: A Welcome Israeli Initiative*, 30 EUR. INTEL. PROP. REV. 85 (2008).

230 ניבה אלקין-קורן "זכויות משתמשים" **קריאות בחוק זכות יוצרים**, לעיל ה"ש 225, 327, 342.

231 ראו Michael D. Birnhack, *Copyright Law and Free Speech After Eldred v. Ashcroft*, 76 CAL. REV. S. 1275 (2003).

232 בירנהק "יצירה משפטית", לעיל ה"ש 218, בעמ' 88.

233 ע"א 3425/17 Societe des Produits Nestle נ' **אספרסו קלאב בע"מ**, פס' 21 (אר"ש 7.8.2019).

השלישי (היקף השימוש ביצירה)”.²³⁴ השיקול השלישי והאחרון שיש לשקול בדרך להחלטה אם מדובר בשימוש הוגן הוא עד כמה השימוש ביצירה המוגנת משרת את התכלית הכללית של היצירה המפורה. מדובר בבדיקה פנימית ופרטנית של דרך השימוש ביצירה המוגנת במסגרת אותה יצירה מפורה, ובחינה אם השימוש אכן מידתי לנוכח המטרה הנטענת. שיקול זה בא לידי ביטוי בחוק בעיקר במסגרת מבחן העזר השלישי, העוסק בהיקף השימוש ביצירה, אך יכול לבוא לידי ביטוי גם במבחן העזר הראשון, המבקש לבחון את מטרת השימוש ואופיו.²³⁵

בחוות הדעת של משרד המשפטים הגיעו הכותבים למסקנה כי יצירת מאגר נתונים לצורך אימון מכונה מתאימה הן להגדרת “לימוד עצמי” והן להגדרת “מחקר” בסעיף 19(א) לחוק זכות יוצרים, או לכל הפחות נעשית למטרות שיכולות להתאים להגדרה הכללית “מטרות כגון אלה”. לשיטתם, למידת מכונה נופלת לגדר “לימוד עצמי” שכן המכונה מלמדת את עצמה בתהליך שמקביל לתהליך האנושי של לימוד עצמי אינדוקטיבי. בשני המקרים הדבר נעשה באמצעות למידה מדוגמאות.

“ההבחנה בין למידה אנושית ללמידת מכונה אינה אלא ההליך הטכני-טכנולוגי של אופן הלמידה: בעוד המוח האנושי יכול ללמוד מדוגמאות תוך התקלות אקראית בהן מבלי שיהיה צורך לייצר עבורו מאגר נתונים ייעודי, יכול המחשב ‘ללמוד’ אך ורק ממאגר נתונים המאורגן בצורה מסויימת. כיוון שהבחנה זו עוסקת בתהליך הלמידה עצמו ואינה רלוונטית לקיום תכלית הסעיף, ראוי לפרש את המושג ‘לימוד עצמי’ ככולל גם למידת מכונה. פרשנות זו תואמת את המציאות הטכנולוגית העכשווית ועולה לדעתנו בקנה אחד עם הפסיקה בישראל, שפירשה את המושג ‘לימוד עצמי’ בהרחבה.”²³⁶

מקום מרכזי בבחינת הוגנות השימוש ביצירה ניתן למבחן העזר הראשון שנקבע בסעיף 19(ב)(1) לחוק זכות יוצרים, המבקש לבדוק את מטרתו ואופיו של השימוש ביצירה המוגנת.²³⁷ המבחן לא נועד להחליף את יתר השיקולים שנקבעו בסעיף 19(ב) לחוק זכות יוצרים, אך רכש את מקומו כשיקול מרכזי, תחילה בפסיקה האמריקנית ובהמשך גם בפסיקה בארץ. מאמרו של השופט הפדרלי האמריקני פייר לוואל משנת 1990 מסמן את תחילת הצבתו של שיקול זה במרכז הפרשנות. לוואל הציע במאמרו לשקול במסגרת שיקול זה, הבוחן את מטרת השימוש ואופיו, מבחן של שימוש

234 שם, בפס' 23.

235 ראו שם.

236 “חוות דעת: שימושים בתכנים מוגנים”, לעיל ה"ש 5, בעמ' 12–13.

237 השופט הנדל עומד על כך שמבחן העזר הראשון כולל שוב “מטרה”, שהיא תנאי הסף של ס' 19(א) לחוק, אך מבחין כי כאן הכוונה היא למטרה מבחינת אופי השימוש, ולא למטרה נוספת לצד זו הקבועה בס' 19(א) – ראו עניין **אספרסו קלאב**, לעיל ה"ש 233, בפס' 27.

טרנספורמטיבי,²³⁸ ובהמשך אומצה גישתו בפסיקה האמריקנית.²³⁹ לפי פרשנות זו, מי שמבקש הכרה בשימוש כשימוש הוגן יכול להצביע על תוספת חדשה במטרת היצירה, באופייה או במשמעותה. השימוש אינו מחייב שינוי ביצירה, אלא מדגיש את תהליך לידתה של היצירה החדשה תוך דיאלוג עם היצירה הקודמת שככבה על גבי שכבה – תהליך שבו ליצירה החדשה יש משמעות חדשה או מטרה חדשה – ובכך מעודד את היצירה. התייחס לכך השופט הנדל: "נדמה כי המטרה של השימוש ואופיו מהווים לא רק אחד מהמבחנים, אלא עדשה דרכה בוחנים ועומדים על מאפייני מבחני העזר הנוספים".²⁴⁰ אין התייחסות בחוק לשאלה באיזו דרך יש לבחון את אופי השימוש ביצירה המוגנת, אולם בהתאם למבחנים שנוצרו בפסיקה יש לבחון במסגרת זו שני נתונים מרכזיים: מידת ה"טרנספורמטיביות" של השימוש, דהיינו עד כמה היצירה שבמחלוקת שונה במהותה מהיצירה המוגנת, או שאלת החידוש של היצירה המאוחרת לעומת היצירה הקודמת; והשאלה אם מדובר בשימוש מסחרי או שמא בשימוש לא למטרות רווח.²⁴¹

כאשר נבחן השיקול של "מטרת השימוש ואופיו" במסגרת חוות הדעת של משרד המשפטים שעסקה בלמידת מכונה, קיבלה שאלת הטרנספורמטיביות חשיבות גדולה. הטענה – המגובה גם בפסיקה בנושא, לרבות זו המתוארת לעיל – הייתה כי ככל שלמידת המכונה עושה ביצירה שימוש טרנספורמטיבי, דהיינו שימוש המשנה את היצירה, את משמעותה או את הקשרה, "...כך נחשב הוא 'הוגן' יותר, על בסיס ההנחה ששימוש טרנספורמטיבי מעשיר את עולם היצירה, והציבור יוצא נשכר".²⁴² השיקול העוסק בשאלה עד כמה השימוש ביצירה הוא טרנספורמטיבי בוחן עד כמה היצירה מושא המחלוקת היא בעלת אופי שונה או חדשני לעומת היצירה המוגנת, ואם יש בה משום נדבך או ממד נוספים. יש לבחון אם היצירה החדשה רק "מחליפה את האובייקטים" של היצירה המקורית או שמא היא מוסיפה משהו חדש, עם מטרה נוספת או אופי שונה, ומשנה את היצירה המקורית באמצעות ביטוי, משמעות או מסר חדשים.²⁴³ עמד על כך המשנה לנשיא ריבלין בעניין Premier League :

"ככול שמדובר בשימוש פרודוקטיבי, אשר אמנם נשען על היצירה הקודמת (המוגנת) – אך זאת, לצורך הפקת מוצר או ביטוי חדש, בעלי אופי ותכלית שונים מן המוצר המקורי – גוברת הנטייה להכיר בשימוש כהוגן. התפישה היא שקל יותר להכיר בשימוש טרנספורמטיבי כ'הוגן', שכן הוא מגשים את תכליתו של ההיתר – לעודד את היצירה ולהעשיר

.Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105 (1990) 238

.Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 579 (1994) 239

240 עניין **אספרסו קלאב**, לעיל ה"ש 233, בפס' 27.

241 ראו שם, בפס' 28 ר"ר 30–32.

242 "חוות דעת: שימושים בתכנים מוגנים", לעיל ה"ש 5, בעמ' 13.

243 ראו עניין *Campbell*, לעיל ה"ש 239, בעמ' 579.

את מאגר הידע המצטבר בחברה. נוסף לכך, במרבית המקרים השימוש הטורנספורמטיבי אינו מהווה תחליף או תחרות למוצר המוגן, כך שממילא אין נפגעים האינטרס הכלכלי של היוצר והתמריץ הקיים להמשך היצירה".²⁴⁴

מידע אישי רב נוצר באינטראקציה עם הגורם האוסף את המידע. כך, למשל, הרשת הקמעונאית שאוספת את הרגלי הצריכה של חברי מועדון הלקוחות שלה מאפשרת את יצירתו של מידע זה. ללא פעילותה לקידום איסוף זה, החל בקביעת מועדון הלקוחות והמשך בקבלת ההסכמה מחברי המועדון, באפיון המידע שנאסף וכדומה, לא היה המידע על הרגלי הצריכה של חברי המועדון נוצר כלל. תהליך יצירתו של מידע אישי מסוג זה – מידע שקראתי לו במקום אחר "מידע נצבר-מאפיין"²⁴⁵ – כולל ממד ציבורי, והוא חלקן של החברות אוספות המידע ביצירת המידע. בתהליך זה ניתן לראות דמיון לתהליך שעובר יוצר ביצירתו. זמר מצביע על ארבע גישות פוסט-מודרניות בשיח על זכויות יוצרים המשפיעות על היוצר ביצירתו: גישת התכנון המוסדי-החברתי, גישת ההבניה היצירתית (authorial constructionism), גישת ההבניה החברתית (social constructionism) והגישה החברתית.²⁴⁶ מבין הגישות, זו המתארת בדיוק רב יותר את דרך התפתחותו של אותו מידע הנאסף על ידי התאגידים השונים, עד לכדי יצירת ממד ציבורי במידע זה, היא גישת ההבניה החברתית. זו רואה בתהליך היצירה שיתוף עם החברה בכללותה, בדיוק כשם שמושא המידע, כאשר הוא מבקש לבסס את חלקו במידע האישי שנאסף עליו, עובר תהליך של שיתוף פעולותיו עם החברה והסכמה לאיסוף המידע על ידי התאגידים השונים, גם כדי להיבנות מהסכמה זו בדמות אותן הטבות שהוא זוכה בהן כחבר המועדון של רשת קמעונאית כלשהי. במידה רבה ההבניה החברתית של המידע האישי, הנעשית בסיוען ההדוק של החברות אוספות המידע, היא המקדמת את הממד הציבורי שבה.

כאשר עסק בזכות הפרסום, תיאר השופט ריבלין בעניין **אלוניאל** תהליך דומה בדרך ליצירתו של אותו ממד חברתי בדמותו של אדם המביא לידי פרסומו ויצירת מעמדו כדמות בעלת ערך: "אכן, לפרסומו של אדם אחראי גם הציבור, אך הדבר נכון, באותה מידה כמעט, גם באשר לזכויות קניין אחרות. הללו, כולן, הן פרי ההבניה החברתית. בלי שבני החברה ייחסו לנכסים השונים משמעות יהיו הזכויות בנכסים אלה חסרות כל ערך..."²⁴⁷ ההבניה החברתית, אם כן, תהיה ברוב המקרים זו היוצרת את הממד הציבורי לדמותה של הפרסונה. היא גם ההצדקה להגביל את יכולתה של הפרסונה לשלוט בנעשה בדמותו של האדם בכל מצב נתון ולסייג אפשרות זו לשורה של

244 ע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' פלוני, פ"ד סה (3) 552, 521 (2012).

245 חי דיני המידע האישי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 315.

246 זמר, לעיל ה"ש 167, בעמ' 323–325.

247 ע"א 8483/02 **אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד**, פ"ד נח(4) 314, 353 (2004).

מצבים.²⁴⁸ אותה הבניה חברתית נכונה גם ביחס לשימושים במידע אישי. על פי ההכרה בדין, גורם אשר אוסף את המידע, מאפיין אותו וממדר אותו, כמו אותה רשת קמעונאית, רשאי לעשות בו שימוש לטובת המטרה שהציב עם איסופו, אך הזכות צריכה לכלול גם אפשרות לעשות בו שימוש לטובת מטרת אחרת, כגון אימון מכונה שתשרת את אותם פיתוחים מתקדמים אשר יש תועלת לחברה בקידומם במובן הרחב – מה שתוארתי לעיל במאמר זה וכינתי "השימוש המנותק".

כפי שביקשתי להראות בפרק הקודם, ההגנה על השימושים במידע האישי המוקנית על ידי החוק בישראל, כמו גם על ידי החקיקה העיקרית באירופה, אינה מביאה בחשבון שימושים במצב שבו האינטרס של מושאי המידע בשמירת זכויותיהם ביחס לשימוש במידע על אודותיהם אמור לסגת מפני האינטרס הציבורי בקיומה של פעילות מסוימת, כפי שיוצר המנגנון של הזכות לשימוש הוגן בתחום של זכויות יוצרים. שימוש שלמידת המכונה עושה לטובת הגעה לאותם דפוסי פעולה שיווצרו אחרי הליך האימון אין בו פוטנציאל של פגיעה במי שהמידע שלו כלול במאגר שבו נעשה שימוש. יש אף שהרחיקו, כפי שתואר, וראו בכך שימוש אנונימי. תקנות הגנת המידע האירופיות עוסקות, למשל, בשימוש במידע לטובת מחקר מדעי המשרת אינטרס חברתי. כפי שהראיתי, ההגדרה של "מחקר מדעי" אינה אחידה, היכן שהיא מוגדרת. גם חוסר היכולת לדעת במקרים רבים מה תהיה התוצאה שאליה תגיע המערכת מקשה את הקביעה שלטובת התוצר שלה יהיו השימושים במידע האישי מותרים, מעבר לכללים החלים עליהם על פי הדין הקיים. על כן דרוש לנקוט הגדרות הבאות מתוך אותו עולם מושגים של הבינה המלאכותית. יש לקבוע שכאשר נעשה תהליך של אימון מכונה שכל מטרתו היא למצוא דפוסי פעולה – אותה קבוצה שלישית של שימושים שכינתי "השימוש המנותק" – וכאשר דפוסי פעולה אלו משרתים את התועלת לחברה במובן הרחב, זה הרואה כל התפתחות טכנולוגית לטובת החברה ככזו שיש בה תועלת, יש לאפשר את הפעולה גם אם היא אינה עונה על ההגדרה של חוקי הפרטיות, ולראות בה בגדר שימוש הוגן במידע. האפשרות להצביע על שימוש הוגן ביצירות מוגנות בזכויות יוצרים מקום שהן משרתות את החברה מאפשרת את אותה הבניה חברתית כרקע ליצירה, והיא אותו חריג לעקרונות החלים על עיבודי מידע מתקדמים שיש להחיל על שימושים במידע אישי מקום שהם משרתים את אותה הבניה חברתית שאפשרה את יצירת מאגרי המידע הגדולים למטרות שונות. אחת המטרות האלה צריכה להיות פיתוח דפוסי התנהגות לתועלת הציבור במובן הרחב. שימושים המשרתים מטרה זו צריכים להיחשב שימוש הוגן במידע אישי, כפי שאבקש לקבוע להלן, גם אם הדבר אינו עולה בקנה אחד עם העיקרון המוגן בחוק המאפשר שימושים במידע אישי.

248 חי דיני המידע האישי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 158–159.

פרק ו: אימוץ הגנת השימוש ההוגן לשימושים במידע אישי

השימוש ההוגן מהווה את מנגנון האיזונים המרכזי בחוק זכות יוצרים בין אינטרס ההגנה על יצירות לבין האינטרס הציבורי בהגברת הגישה ליצירות ואותו ערך מבחינה חברתית שהוזכר בפרק הקודם.²⁴⁹ בפרק זה אציע לאמץ מנגנון זה גם לתחום המידע האישי. אתמקד ביישום הזכות לשימוש הוגן בהקשר של מידע אישי, ובאופן שבו ניתן להבטיח כי השימוש ההוגן אכן יהיה במסגרת המטרה שאציע. לצורך כך ניתן לעיין שוב באותן מטרות שבהן הכיר חוק זכות יוצרים כמאפשרות שימוש, ולחפש מטרות דומות המתאימות לשימוש במידע אישי לטובת למידת מכוּנה. בדרך זו נבחן אם לבסס את המסקנה לגבי הוגנות השימוש במידע אישי באמצעות אותם מבחני עזר שנקבעו בסעיף 19(ב) לחוק זכות יוצרים. במסגרת זו, לצורך בחינת הוגנות השימוש במידע האישי, אבקש לברר את מטרות השימוש ואופיו; את סוג המידע שנעשה בו השימוש; את היקף השימוש, מבחינה איכותית וכמותית, באותה רשימה הכוללת מידע אישי; ואת השפעת השימוש על מושאי המידע מבחינת יכולתם לממש את זכותם במידע האישי שלהם. במילים אחרות, אבדוק מתי יהיה בשימוש ערך מבחינה חברתית.²⁵⁰ תחילה אבקש להציע כי שימוש הוגן במידע אישי יהיה חריג לעקרון צמידות המטרה בדין הישראלי. לשיטתי, באמצעות שינוי חקיקה יש להגדיר שימוש הוגן במידע אישי כבסיס מוכר לעיבוד מידע, בדומה לבסיסים לעיבוד מידע המוכרים בתקנות הגנת המידע האירופיות. אני מציע כאן זכות לעיבוד מידע, שתהא חריג לעקרון צמידות המטרה ותהיה בסיס חוקי לעיבוד המידע, ולא במסגרת ההגנות שבחוק, כפי שהיטיבה לבטא את הדברים השופטת ברק־ארז באחת הפרשות שהובאו לעיל.²⁵¹ אופן ניסוחן של ההגנות בחוק הגנת הפרטיות גם עורר ביקורת על כך שאין בו הכרעה ברורה לגבי מעמד האינטרס של שמירה על הפרטיות מול אינטרסים מתנגשים אחרים,²⁵² על כך שהוא מייטיב מדי עם המפר,²⁵³ ועל כך שאין בו הגדרה ברורה לגבי גבולותיהן של ההגנות. המחוקק אף נקרא לערוך שינויים בחוק בהקשר של הביקורת האחרונה.²⁵⁴ בהצעתי כאן, שאני מבקש לשכנע בדבר נחיצותה, אני מחפש הכרעה אחרת, ברורה, כזו שתאפשר לפתוח לעיבודי מידע את שוק המידע הרווח. אין הכוונה להכניס את הגורמים המבקשים לפתח בינה מלאכותית על בסיס מידע אישי אל הסבך שתואר לעיל.

249 ראו לעיל ליד ה"ש 233.

250 עניין **אספרו קלאב**, לעיל ה"ש 233, בפס' 21.

251 עניין **פלונית נ' קצין התגמולים**, לעיל ה"ש 216, בפס' 59.

252 סגל "הזכות לפרטיות למול הזכות לדעת", לעיל ה"ש 157, בעמ' 191.

253 יורם שחר "הביטחון הפרטי והדין" **עיוני משפט** יג 121, 131–132 (1988).

254 ראו ע"ש (מחוזי ת"א) 628/92 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פריש**, פ"מ התשנ"ו(3) 263, 264 (1996).

הכוונה היא לאפשר את התהליך, ולא להכניס אותם למבוך שהיציאה ממנו אינה קלה וברורה תמיד. לכן אבקש להציע כי שימוש הוגן במידע אישי לא ימוקם במסגרת ההגנות בחוק, כי אם כחריג לעקרון צמידות המטרה וכבסיס לעיבוד מידע בדומה למתווה שבתקנות המידע האירופיות.

בבואי לבחון אם שימוש במידע אישי הוא בבחינת שימוש הוגן, אתרכז תחילה רק באותו הליך עיבוד מידע שזכה במאמר זה בכינוי "השימוש המנותק", דהיינו, שימוש במידע המנותק בתוצאתו ממושא המידע. לאחר שניסיתי להצביע על השימוש המנותק כבעל פוטנציאל להיכלל בחריג המאפשר עיבוד מידע הוגן, אציע לבחון אם השימוש המבוקש ראוי לזכות זו באמצעות שני משתנים: טיב המידע האישי שבו נעשה השימוש – ככל שהמידע רגיש יותר, נפוץ פחות וייחודי יותר כן תקטן היכולת להצדיק את השימוש בו כשימוש הוגן, ולהפך; המטרה או היעד שלשם נעשה השימוש – ככל שאלה משרתים אינטרס חברתי רחב יותר, יהיה קל יותר להצדיק את הקניית הזכות. אבקש לטעון כי ראוי להכשיר את השימוש במידע לצורך למידת מכונה במקרה שבו הוא יתרום להתפתחות הטכנולוגית שהוא מבקש להשיג. התועלת לחברה שתהיה בשימוש כזה תקום מקום שהשימוש יקדם את ההתפתחות הטכנולוגית שלה במובן החיובי של התפתחות זו, דהיינו, משמעות חדשה למידע ולשימוש בו.²⁵⁵ אבקש על כן להציע שעיבוד מכונה אשר נעשה לטובת מציאתם של דפוסי פעולה גרידא יהיה שימוש הוגן במידע מקום שהוא מניב תועלת לציבור במובן זה שהוא מקדם את ההתפתחות הטכנולוגית הבאה לשרת את החברה שבה אנו חיים ומביא עימו שכבה חדשה של התפתחות, משמעות חדשה שניתן להפיק מהמידע ומדרכי השימוש בו. זוהי הגדרה רחבה יותר מאינטרס חברתי גרידא, אשר רואה בכל עיבוד מידע לטובת אימון מכונה שיש בו כדי לתרום להתפתחות טכנולוגית המשרתת את החברה בדרך זו או אחרת משום עיבוד מידע עצמאי שיש להצדיקו ולאפשרו גם מקום שהוא אינו עולה בקנה אחד עם עקרון צמידות המטרה.

תקנות הגנת המידע האירופיות עוסקות בשימוש במידע לטובת מחקר מדעי המשרת אינטרס חברתי, ומבקשות לאפשר שימוש כזה בתנאים שונים.²⁵⁶ כפי שהראיתי, ההגדרה של "מחקר מדעי" אינה אחידה, היכן שהיא מוגדרת. גם חוסר היכולת לדעת במקרים רבים מה התוצאה שאליה תגיע המערכת²⁵⁷ מקשה את הקביעה שלטובת התוצר שלה יהיו השימושים במידע האישי מותרים, מעבר לכללים החלים עליהם על פי הדין הקיים. לפי תקנות הגנת המידע האירופיות, ניתן לעבד מידע אישי לצורכי מחקר מדעי כאשר יש בכך עניין ציבורי, תוך התחשבות בזכויות ובאינטרסים של מושאי המידע, גם אם לא מתקיים בסיס לעיבוד מידע כפי שמוגדר בתקנה 6.²⁵⁸

255 מהמשוואה יש להסיר, כמובן, כל שימוש שנועד לשרת מטרה לא חוקית – נושא שבו לא יתרכז מאמר זה.

256 ראו לעיל פרק א למאמר זה.

257 ראו בירנהק "פרטיות ובינה מלאכותית", לעיל ה"ש 31, בעמ' 174.

258 ראו לעיל ה"ש 78.

תקנה 6(4) לתקנות הגנת המידע האירופיות מתייחסת גם למצבים שבהם מטרת עיבוד המידע שונה מהמטרה המקורית שלשמה נאסף המידע, וקובעת מבחנים רלוונטיים ליישום שינוי כזה. עם זאת, אין מדובר בהרשאה כללית לעיבוד מידע למטרות מחקר מדעי, ויש לשקול כל מקרה לגופו בהתאם לנסיבותיו. אלא שהתקנות אינן מספקות כאמור הגדרה חד-משמעית למונח "מחקר מדעי", ואף מפנות לחקיקה מדינתית שתסדיר את ההגדרה, אך זו קיימת רק בחלק ממדינות האיחוד האירופי.²⁵⁹ מצב זה מקשה יצירת אחריות בין מדינות האיחוד והשגת ודאות משפטית. כך, אימון מכונה המיועד למטרות כלליות לא תמיד יענה על ההגדרה של "מחקר מדעי", ולכן קיימת אי-בהירות לגבי השימוש בו במסגרת זו.²⁶⁰

לכן אני מציע לנקוט הגדרות המגיעות מתוך אותו עולם מושגים של הבינה המלאכותית. יש לקבוע שכאשר נעשה תהליך של אימון מכונה שכל מטרתו היא למצוא דפוסי פעולה – אותה קבוצה שלישית של שימושים שכינתי "השימוש המנותק" – וכאשר דפוסי פעולה אלו משרתים את התועלת לחברה במובן הרחב (זה הרואה בכל התפתחות טכנולוגית לטובת החברה ככזו שיש בה תועלת) או מקדמת התפתחות טכנולוגית הנותנת משמעות חדשה למידע האישי ולדרכי השימוש בו, יש לאפשר את הפעולה גם אם היא אינה עונה על ההגדרה של חוקי הפרטיות, ולאמץ לטובת שימושים אלו את הזכות לשימוש הוגן מתוך הדיסציפלינה של זכויות היוצרים אל העולם המשפטי של הפרטיות. התרתו של שימוש כזה תיעשה מתוך ראיית הדרך, הכיוון, במנותק מהמטרה הסופית, אשר לא תמיד תהיה ידועה. המטרה תיבחן, לכן, במסגרת התוויה של הכיוון, ולא בבחינת המטרה הסופית.²⁶¹

כפי שביקשתי להראות, שלושה שיקולים צריכים לעמוד לנגד עיניו של מי שמבקש לשכנע כי עשה שימוש הוגן ביצירה המוגנת בזכות יוצרים ללא אישורו של היוצר: מטרת השימוש ואופיו; עד כמה השימוש ביצירה המוגנת פוגע בתמריץ של היוצר ליצור את היצירה; ועד כמה השימוש ביצירה המוגנת משרת את התכלית הכללית של היצירה המפירה, בבחינת עד כמה השימוש מידתי. אבחן עתה שיקולים אלו בראי השימוש במידע אישי, ואנסה להתוות את הכלל בנושא.

השיקול הראשון בוחן את מטרת השימוש ואופיו, ובמסגרת זו עד כמה היצירה מושא המחלוקת מקדמת תכליות בעלות ערך חברתי. בהשאלה לשימושים במידע אישי, מדובר בתכליות המעשירות את החברה בכללותה – הן במובן הצר והן במובן הרחב. במסגרת שיקול זה מובאת בחשבון גם השאלה עד כמה השימוש הוא טרנספורמטיבי, דהיינו, כזה שיכול להצביע על תוספת חדשה במטרת היצירה, באופייה או במשמעותה. בפרויקט הספרים שלה סרקה גוגל מיליוני ספרים, שחלקם מוגנים בזכויות יוצרים, ובמקרים רבים לא התבקשה הסכמתו של בעל זכויות היוצרים. בית המשפט בארצות הברית ראה בשימוש זה משום שימוש טרנספורמטיבי, לאחר

259 ראו לעיל ה"ש 83 והטקסט המפנה אליה.

260 Meszaros & Ho, לעיל ה"ש 83.

261 ראו פרוטוקול ישיבה 347, לעיל ה"ש 53.

שהצביע על כך שמטרת השימוש בספר המקורי ומטרת השימוש שגוגל עושה בו שונות.²⁶² בית המשפט עשה הבחנה בין שימושים קלסיים בספר, כגון קריאה ולימוד, לבין שימוש שנעשה בו מאחורי הקלעים לטובת חיפוש ערכים בו במנוע חיפוש. בהשאלה לשימושים אפשריים במידע אישי, יש בכך כדי לבסס את הטענה כי כאשר השימוש במידע האישי לא יהיה המשך ישיר לקשר עם מושא המידע, אלא שימוש מנותק כפי שהגדרתו לעיל, הוא אכן יהיה שונה מהשימוש שלשמו נמסר המידע האישי, ומבחינה זו שימוש טרנספורמטיבי – כזה שנעשה מאחורי הקלעים, ולא באופן ישיר מול מושא המידע, ולכן גם לא שימוש שיוכל לפגוע בו, גם אם הוא לא נתן את הסכמתו לשימוש כזה. מבחינה זו הוא יהיה אם כן שימוש הוגן במידע.

הבחינה עד כמה השימוש במידע אישי הוא כזה המעשיר את החברה בכללותה, הן במובן הצר והן במובן הרחב, תיבחן בסופו של דבר בכל מקרה לגופו. עיבוד מידע לטובת לימוד מכונה שנועד לקדם תכליות דומות לאלה המנויות בחוק זכות יוצרים יימצא ראוי, אך כך גם כל שימוש אחר שמקדם תועלת חברתית כלשהי, וגם אופי השימוש יוכל להעיד על התועלת החברתית. כך, למשל, אם המערכת משנה את המידע האישי בעת תהליך לימוד המכונה, במובן שהיא משנה את המשמעות שלו או את מה שניתן ללמוד ממנו, אזי מטרת השימוש ואופיו יימצאו מתאימים להכשרת השימוש כשימוש הוגן. בהקשר זה אפשר לתת משקל גם לאופי המידע ולמידת קרבתו אל ליבת הזכות הפרטיות.²⁶³ בנושא זה נרשמה התייחסות רחבה לפרשנות שיש להעניק למונח "פגיעה חמורה" בזכות הפרטיות, כפי שהוא מופיע בסעיף 70(ד) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, המאפשר פגיעה בזכות לפומביות הדיון בשל חשש שפרסום בקשר לדיוני בית המשפט עלול לגרום לפגיעה חמורה בזכות הפרטיות. בעניין יהל קבע השופט יורם דנציגר בהקשר זה כי "ככל שהמידע שנחשף מתייחס לעניינים שמקובל לראותם כמצויים בליבת הזכות הפרטיות – כגון עניינים אינטימיים, עניינים משפחתיים או עניינים רפואיים – תגבר הנטייה לראות בחשיפתו משום פגיעה חמורה, ולהיפך... אף שאופי המידע הוא הפרמטר המרכזי בבחינת השאלה האם הפגיעה בזכות הפרטיות היא פגיעה חמורה, אין המדובר בפרמטר היחיד, כאשר שיקולים נוספים שניתן להתחשב לצורך הבחינה הם, למשל: מיהות הטוענים לפגיעה בזכות (בגירים או קטינים?; אדם פרטי או איש ציבורי?); האופן שבו נשמר המידע (האם מקור המידע

262 Authors Guild v. Google, Inc., 804 F.3d 202 (2d Cir. 2015).

263 ראו סיכום מצב של אותם עניינים המצויים בליבת הפרטיות במסגרת הנחיית פרקליט המדינה 14.18 "איסור פרסום 'לשם מניעת פגיעה חמורה בפרטיות' לפי סעיף 70(ד) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984" 2-3 (21.10.2020). שם, בעמ' 4-5, עורך פרקליט המדינה רשימה של עניינים שיימצאו בדרך כלל, לדעתו, בליבת הפרטיות: "עניינים רפואיים ועניינים הקשורים בצורה רחבה לבריאות הנפש; פרטים על יחסים בין בני זוג; פרטים הנוגעים לצנעת הפרט; פרטים הנוגעים ליחסים בין בני משפחה; דברים שאדם חולק עם מקורביו בלבד; עניינים בתחום האישות; היות הפגיעה בפרטיות כזו שיש בה כדי להביא לנזק בלתי הפיך לנפגע (לדוגמה – מידע שעלול לגרום לקרע משפחתי); פרטים המשווים לאדם פגם מוסרי משמעותי, בעיקר כאשר לאותו אדם אין הזדמנות להתגונן מפני טענה לקיומו, לכאורה, של פגם זה שיפורסם רבים".

בחומר אישי, כגון יומנים?); האופן שבו הושג המידע (מהם ההליכים שנקטו על מנת להשיג את המידע? כיצד נחשף המידע?), ועוד.²⁶⁴ שיקולים אלו יפים גם בענייננו, כאשר נבוא לבחון בכל מקרה ומקרה אם ראוי לאפשר שימוש הוגן במידע האישי.²⁶⁵ השיקול השני מבקש לבחון עד כמה השימוש ביצירה המוגנת פוגע בתמריץ של היוצר ליצור את היצירה, וליצור איזון עדין בין זכות היוצר לשלוט בשימושים שנעשים ביצירתו לבין הערך שדוקטרינת השימוש ההוגן מגלמת. בהשאלה לעולם המידע האישי, יש לבחון אם התרת השימוש ההוגן במידע אישי, במסגרת הזכות לשימוש הוגן שמאמר זה מבקש להתוות, יפגע בתמריץ של מושאי המידע למסור את המידע האישי על אודותיהם מלכתחילה. בהקשר זה יש לבחון, תחילה, עד כמה מושא המידע ער מלכתחילה לשימושים שיעשו במידע האישי שהוא מוסר. כפי שכבר צוין, יש המצביעים בהקשר זה על תופעה בשם "פרדוקס הפרטיות", המתארת את אי-יכולתו של הציבור להתמודד עם התפתחויות טכנולוגיות מהירות, על משמעותיותהן והשלכותיהן, ובכלל זה בעת איסוף המידע מהם, וזאת אם בשל אורכו של מסמך מדיניות הפרטיות, המקשה את קריאתו,²⁶⁶ ואם בשל חוסר תשומת לב או כל סיבה דומה אחרת. הטענה היא כי דרישת ההסכמה מדעת של מושא המידע²⁶⁷ אינה ישימה בהכרח בעולם הדיגיטלי העכשווי. פיתוחן המהיר של טכנולוגיות שמשמשות במידע אישי מקשה על הציבור את ההתמודדות עם המשמעות שעומדת מאחוריהן,²⁶⁸ ויוצרת את תופעת "פרדוקס הפרטיות",²⁶⁹ שבמסגרתה קיימת אי-התאמה בין תפיסת הפרטיות בהצהרותיהם של משתמשים לבין מודעותם לשימוש במידע ולהתנהגותיהם בפועל. זאת, מאחר שמשמשים מוותרים בקלות יחסית על פרטיותם כדי ליהנות משירותים

264 רע"א 382/16 יהל נ' פקיד שומה תל אביב 4, פס' 22 לפסק הדין של השופט דנציגר (אר"ש 13.7.2016).

265 ראו גם ע"א 4963/07 ידיעות אחרונות בע"מ נ' פלוני, פס' 10 (אר"ש 27.2.2008); רע"פ 1201/12 קטיעי נ' מדינת ישראל, פס' 19 לפסק הדין של השופט הנדל (אר"ש 9.1.2014); ע"ח (מחוזי מר') 38921-04-10 ציתון כלכליסט נ' משטרת ישראל, פרק "המסגרת המשפטית", פס' 2 (נבו 10.5.2010).

266 חוקרים מאוניברסיטת קרנגי מלון (Carnegie Mellon University), ארצות הברית, חישובו כי במוצע, אילו היה עלינו לקרוא את כל מסמכי מדיניות הפרטיות של האתרים שאנו משתמשים בהם, היינו נאלצים להקדיש לעניין 244 שעות בכל שנה, כלומר, 27 ימי עבודה מלאים (של 9 שעות בכל יום) בכל שנה ושנה. ראו Aleecia M. McDonald & Lorrie Faith Cranor, *The Cost of Reading Privacy Policies*, 4 I/S: J.L. & POL'Y FOR INFO. Soc'y 543 (2008).

267 ס' 1 לחוק הגנת הפרטיות קובע כי "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו"; ס' 3 לחוק מגדיר את רכיבי ההסכמה: "הסכמה מדעת, במפורש או מכללא".

268 לניסיון של הרשות להגנת הפרטיות להתמודד עם הבעיה ראו "חובת יידוע במסגרת איסוף ושימוש במידע אישי" (חוות דעת של הרשות להגנת הפרטיות במשרד המשפטים, 18.7.2022).

269 לתיאור מומלץ ראו Tal Z. Zarsky, *Privacy and Manipulation in the Digital Age*, 20 THEORETICAL INQUIRIES L. 157, 162 (2019).

מסוימים, כגון כרטיסי מועדון ברשתות קמעוניות שמעניקות הטבות ללקוחותיהן אך בד בבד עוקבות אחר הרגלי הצריכה של המשתמשים בכרטיס. "פרדוקס הפרטיות" מוביל לקושי אצל מקבלי ההחלטות במדינה סביב הצורך לאזן בין הזכות לפרטיות לבין היעילות הכלכלית שבגילוי מידע אישי ובהתרת השימוש בו.²⁷⁰ על רקע זה קשה לראות כיצד התרת השימוש הוגן במידע אישי במסגרת עיבוד מידע מנותק, כפי שתואר במאמר זה, תפגע בתמריץ של מושאי המידע למסור אותו באופן שיצמצם את היקף המידע שייאסף. המטרה העיקרית של מסירת המידע תישאר כפי שהיא, וקשה להצביע על כך שאפשרות העיבוד שלו תחת הזכות לשימוש הוגן תביא לידי צמצום היקפה של מסירת המידע. לפיכך אבקש לשלול אפשרות זו – הן לנוכח "פרדוקס הפרטיות" האמור, והן לנוכח כל יתר הזכויות של מושא המידע שנשארות בתוקף, דוגמת האפשרות למחוק את המידע, הקיימת בדין האירופי.

השיקול השלישי מבקש לבחון עד כמה השימוש ביצירה המוגנת משרת את התכלית הכללית של היצירה המפורה, בבחינת עד כמה השימוש מידתי. בעולם המידע האישי אבקש להראות בהקשר זה כי כל עוד השימוש שומר על המסגרת של שימוש מנותק, כפי שתואר במאמר זה, הוא יהיה מידתי, ואילו שימוש החורג ממסגרת זו כבר לא יוכל לקבל הכרה כשימוש הוגן במידע. בבחינת שאלה זו ביחס ליצירה המוגנת בזכויות יוצרים הושם דגש בהיקף השימוש ביצירה מבחינה איכותית, ונבדק מה – וכמה – ניטל מהיצירה המקורית במסגרת השימוש בה.²⁷¹ בהשאלה למידע האישי ייבחן אם היקף השימוש מוצדק לנוכח היעד שהוא נועד להגשים. ככלל, ככל שייעשה שימוש בחלק קטן יותר מהמידע האישי הכלול במאגר, יימצא השימוש הוגן יותר.

ניתן להקשות ולטעון כי בהקשר שבו אני מציע לאמץ את דוקטרינת השימוש ההוגן לא כל התפתחות טכנולוגית היא חיובית ומיועדת לשרת את החברה.²⁷² בחינת הבינה המלאכותית ופעולתה נעשית גם מתוך חשש שהגולם יקום על יוצרו וייצור דפוסים שעלולים להזיק לחברה. בעקבות החלת המודל עלולים להתעורר קשיים אחדים במישור המעשי ובמישור העיוני, וזאת גם בשל ההבדלים בין מסגרת זכויות היוצרים לדיני הגנת הפרטיות. כך, קיים חשש שמושא מידע שזוהו והוסתרה בהליך של התממה יזוהה מחדש על ידי הצלבת נתונים ממקורות מידע שונים לצורך בניית תמונת מידע עשירה, מדויקת ומועילה יותר (לכורה המידע) על מושא המידע והסקת מסקנות ממנה – מה שמכונה "פרופילינג".²⁷³ גם תהליכי הלמידה עצמם עשויים לחשוף תובנות חדשות או דפוסים שניתן לקשר מחדש למושאי המידע. גם אם השימוש במידע הוא "מנותק", ואינו כולל כל אינטראקציה חוזרת עם מושא המידע, זיהוי כזה עלול להוביל לפגיעה אישית בזכות לפרטיות, שכן מידע אישי רגיש עלול להיחשף או להיות מנוצל

270 ארידור-הרשקוביץ ושוורץ אלטשולר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 29–30.

271 ס' 19(ב)(3) לחוק זכות יוצרים.

272 להתלבטות מה התפתחות טכנולוגית מביאה עימה ראו זיידמן וגאון, לעיל ה"ש 121, בעמ' 185–187.

273 ראו לעיל ה"ש 86.

לרעה באמצעות הצלבתו. הדבר עלול ליצור אצל מושאי המידע תחושה שעוקבים אחריהם – למשל, אם ייערך שיווק מאופייין – או אף חוויית הטרדה של ממש, אם תוצאות עיבוד המידע יובילו לפנייה שיווקית ישירה אליהם באחד מאמצעי התקשורת או במקרים שבהם המערכת תגיע למסקנות ותחזיות לא אינטואיטיביות ובלתי ניתנות לאימות על ההתנהגויות, ההעדפות והחיים הפרטיים של יחידים.²⁷⁴ יישום דוקטרינת השימוש ההוגן במידע אישי עלול אם כן לעורר אתגרים וחששות מהותיים לגבי פגיעה אפשרית בזכות הפרטיות, ואף לעורר את הטענה כי הנטל להוכיח כי השימוש לא היה הוגן יוטל על מושא המידע, אשר יתקשה להוכיח את טענתו מול הארגונים הגדולים העושים שימוש במידע.

נוסף על כך, אחת הסכנות המרכזיות הכרוכות בהחלת מודל השימוש ההוגן על מידע אישי היא התגברות הסיכון לאירועי סייבר ואבטחת מידע. אם ניישם את עקרונות השימוש ההוגן במידע אישי, הדבר עלול לגרום לריכוז היקפים עצומים של נתונים אישיים רגישים במאגרי מידע של מערכות המבוססות על בינה מלאכותית, מה שיגביר את פגיעותם המתקפות סייבר בשל האטרקטיביות שלהם. חשש זה מקבל משנה תוקף בשל אופי המידע הרגיש המאוחסן במאגרים אלו, כגון מידע רפואי או פיננסי, שעלול לחשוף את מושאי המידע לפריצות ולניצול לרעה.²⁷⁵ מעבר לכך, כאשר עסקינן במידע אישי, עולה הצורך לא רק בציות לכללים המשפטיים, אלא גם בהקפדה על אתיקה ושקיפות בשימוש בו. האתגר כאן הוא כיצד להבטיח שחברות ישמרו על עקרונות אלו בעיבודי מידע המיועדים לאימון מערכות בינה מלאכותית. חשש נוסף הוא שהשימוש ההוגן במידע אישי עלול להיתפס לעיתים כהיתר לפעול על בסיס "שימוש מפר" תוך הסתמכות על הגנה משפטית בדיעבד. מצב זה עלול לערער את אמון הציבור במערכות מבוססות בינה מלאכותית, ולגרום לחשש נרחב בקרב מושאי המידע מפני ניצול לרעה של המידע האישי שלהם.²⁷⁶

לנוכח הקשיים המתעוררים, הכיוון שאני מנסה להצביע עליו יכול שיעורר ביקורת. זו תגרום, תחילה, כי אימוץ הזכות לשימוש הוגן במידע אישי מדיניות זכויות היוצרים יפגע פגיעה קשה בזכות הפרטיות, חרף מעמדה כזכות חוקתית.²⁷⁷ זכות זו ממילא חווה פגיעות בתקופה של חדשנות טכנולוגית,²⁷⁸ שבה הזכות מתאפיינת בעמימות רבה וגבולותיה מושפעים ממערכת היחסים הדינמית שביין החברה למשפט ולטכנולוגיה.²⁷⁹

274 ראו Wachter & Mittelstadt, לעיל ה"ש 98, בעמ' 497.

275 Saharnaz Dilmaghani et al., *Privacy and Security of Big Data in AI Systems: A Research and Standards Perspective*, 2019 IEEE INT'L CONF. 5737

276 Pedro Robles & Daniel J. Mallinson, *Artificial Intelligence Technology, Public Trust, and Effective Governance*, 42 REV. POL'Y RSCH. 11 (2025)

277 ע"מ 1386/07 **עיריית חדרה נ' שגרום בע"מ**, פס" 17 (אר"ש 16.7.2012).

278 ראו, למשל, ZUBOFF, לעיל ה"ש 102; רחל ארידור הרשקוביץ **פגיעה בפרטיות באמצעות נזקת מעקב: אחריות תורמת של היצרן** 127–131 (מחקר מדיניות 197, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2024).

279 מיכאל בירנהק **פרטיות חוקתית** 25–26 (2023).

התרת שימוש הוגן במידע אישי במערכות בינה מלאכותית מאפשרת זיהוי תבניות וגישה לנתונים שבני אדם אינם מסוגלים לגלות, והדבר צופן בחובו פגיעה בפרטיותו של מושא המידע.²⁸⁰ בהקשר זה ייטען כי אף אם השימוש ההוגן מעורר חדשנות, אין זה חלק מהאינטרסים של הזכות לפרטיות, שכן זו אינה מבוססת על אינטרסים תועלתיים כלכליים, אלא על תפיסת כבוד האדם.²⁸¹ התרת השימוש ההוגן עלולה אף להחמיר כשלי שוק קיימים בעולם המידע האישי והחצנות שליליות, אשר לחברות המסחריות העומדות מאחורי פיתוחים מתקדמים המבוססים על מידע אישי אין עניין למנוע אותם, והאפשרות לטעון לשימוש הוגן רק תחזק אותם.²⁸² אחת הטענות הבולטות בהקשר זה יכולה להיות כי שימוש הוגן במידע אישי עשוי להשפיע גם על צדדים שלישיים שהמידע שנעשה בו שימוש אינו עליהם בהכרח, כגון חיזוי של אירועים או התנהגות עתידיים שישפיע על צד שלישי.²⁸³ עוד ייטען בהקשר זה כי יש להתמודד עם אותו "פרדוקס פרטיות" שתיארת, ולא לראות בו מציאות קיימת, שבה החברות הגדולות עושות שימוש במסמכי מדיניות פרטיות ארוכים וקשים לניתוח ולהבנה, תוך ניצול מושאי המידע. אימוץ דוקטרינת השימוש ההוגן, כך ייטען, רק יעמיק את אחיזתן של חברות אלו במידע האישי ויחליש את ההגנה עליו.²⁸⁴ במציאות שבה מידע אישי נאסף ממקורות שונים, יוביל כשל זה להחרפת הפגיעה האפשרית במושא המידע, מקום שהמידע שלו יוצלב עם מידעים אחרים, כאשר מושא המידע אינו יכול להבין כלל את האלגוריתם שנעשה בו שימוש ואת דרך פעולתו. עוד ייטען כי התרת השימוש ההוגן במידע אישי תחזק את נטייתן של החברות העושות בו שימוש להסתכל עליו כעל "סחורה", תוך התעלמות מהזכות לפרטיות בהקשר זה ופגיעה ביכולתו של הפרט לגבש את זהותו ואת תפיסתו העצמית ולקבל החלטות עצמאיות.²⁸⁵ טענה מרכזית נוספת תהיה ששימוש כזה פוגע באוטונומיה של האדם, ביכולתו לשלוט בנעשה במידע האישי על אודותיו ולמנוע שליטה של גופים שונים במידע האישי שלו.²⁸⁶ טענה זו תחזוק על ידי הטענה כי למושא המידע יש רצון לקבוע מה ייעשה עם המידע שלו, אף כאשר מדובר במידע שעבר התממה²⁸⁷ ובאותו שימוש שכינתי

280 זיידמן וגאון, לעיל ה"ש 121, בעמ' 188.

281 Zarsky, *Privacy-Innovation*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 143–146.

282 שם, בעמ' 117–118.

283 Zuboff, לעיל ה"ש 102.

284 Yafit Lev-Aretz & Katherine J. Strandburg, *Regulation and Innovation: Approaching Market Failure from Both Sides*, 38 YALE J. ON REGUL. BULL. 1 (2020)

285 מיכאל בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 89–99 (התשע"א) (להלן: בירנהק מרחב פרטי).

286 ראו Mitrou, *Data Protection*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 22–23; Lilian Mitrou, *The Commodification of the Individual in the Internet Era: Informational Self-Determination of Computer Ethics: CONF L'TH INT8 .or "Self-Alienation"?*, in PROC .PHILOSOPHICAL ENQUIRY 466, 466–484 (2009), <https://did.li/6dUY>

287 בירנהק "פרטיות ובינה מלאכותית", לעיל ה"ש 31, בעמ' 166–167.

"השימוש המנותק". טענה אחרת תגרוס כי מאחר שאין הגדרה ברורה לתוצאה של עיבודי המידע המתקדמים במערכות בינה מלאכותית, יש להגדיר תחילה מה יהיה תוקפו של התוצר שיופק מהעיבוד לפני שמאפשרים את העיבוד עצמו.²⁸⁸

ניתן להתגבר על הקשיים והביקורות שהוצגו לעיל בכמה דרכים. ראשית, יש לציין כי ככל שמטרתם המזיקה של מעבדי המידע ניתנת לזיהוי מראש, שימושיהם במידע האישי לא ייחשבו הוגנים ולכן לא יאופשרו. על מעבד המידע להבטיח שהוא לא ינצל את המידע לצרכיו מעבר ליעד המנותק, ואם יעשה זאת, הוא ייחשב מפר, ויהיה עליו לשאת בסנקציות, אשר יכללו, בין היתר, קנסות מנהליים. הדבר נכון גם לגבי שימושים במידע שנעשים בהתאם לעקרונות שנקבעו בחוק – עליהם לשרת מטרה חוקית במובן הרחב, מעבר לחוקי הפרטיות גרידא.²⁸⁹ שנית, יש ליישם פרוטוקולים מחמירים לאבטחת מאגרי נתונים שמכילים מידע אישי בעל רגישות גבוהה במערכות בינה מלאכותית, לרבות הצפנה חזקה, מנגנוני זיהוי חדירה וניהול הרשאות גישה. כך יהיה אפשר לשמור על עקרון השימוש המנותק ולמנוע גורמים עוינים מלהצליב את המידע ומלקשרו מחדש למושאי המידע, מקום שדרך העיבוד התכוונה למנוע זאת. שלישית, שקיפות מוחלטת ופיקוח אסדרתי אפקטיבי הם קריטיים לשמירה על אמון הציבור בכל הנוגע בעיבוד מידע אישי על ידי מערכות מבוססות בינה מלאכותית. במסגרת זו יש אף לקבוע כי על הגופים העושים שימוש במידע יוטל להוכיח כי השימוש היה אכן שימוש מנותק ובמסגרת הכללים שעליהם הצבעתי. כדי להבטיח זאת, על מעבדי המידע לנקוט את הצעדים הבאים: עליהם להסביר בצורה ברורה ומדויקת כיצד ייעשה השימוש במידע, לאילו יעדים, ומהם הצעדים שנקטים כדי לשמור על פרטיותם של מושאי המידע. כך, למשל, במקרה של שימוש בתמונות דימות רפואיות יהא עליהם להדגיש – במסמך הערכת השפעה על הגנת נתונים (DPIA) בהתאם לפרקטיקה של הנדסת פרטיות (Privacy by Design) – כי מטרת העיבוד היא אבחון מוקדם של מחלות באמצעות מערכות בינה מלאכותית, תוך שימוש מנותק שאינו מאפשר לחזור אל מושא המידע באופן ישיר לאחר התהליך. לצד זאת יהא עליהם לפרסם מסמך מדיניות פרטיות ידידותי לקורא, שיסביר את כל ההיבטים של עיבוד המידע בצורה מובנת וברורה, תוך פירוט האמצעים לאבטחת המידע והתחייבות לשמור על שימוש מנותק. רביעית, יש להקים מנגנוני פיקוח שיבדקו את עמידתם של מעבדי המידע בדרישות החוק והאתיקה. פיקוח זה יכול לכלול ביקורות תקופתיות, דיווחים אסדרתיים שקופים ואכיפה של סנקציות במקרים של אי-ציות. דרך נוספת שניתן לנקוט כפתרון משלים היא אימוץ מודל הפרצה האמריקני. מודל זה, שעוצב בקליפורניה והתפשט ברחבי ארצות הברית, מחייב פרסום פומבי של אירועי פרצת מידע.²⁹⁰ בקליפורניה אף קיימת זכות עצמאית

288 Wachter & Mittelstadt, לעיל ה"ש 98.

289 מאמר זה אינו מתיימר להתייחס לשאלת חוקיות השימושים במידע במובן הרחב, במנותק משאלת אפשרות השימוש בו על פי חוקי הגנת המידע והפרטיות.

290 בישראל ס' 23מו לחוק הגנת הפרטיות מקנה לרשות להגנת הפרטיות את הסמכות לפרסם החלטות שלה להטיל עיצום כספי, תוך ציון פרטי המפר. לרשות שמורה גם הסמכות

לצרכנים להגיש תביעה נגד עסקים במקרה של אירוע אבטחת מידע.²⁹¹ בהשאלה לשימוש המוצע בשימוש ההוגן, יהיה אפשר לחייב ארגונים לפרסם את פועלם מקום שהם עשו שימוש במודל מבלי שהיה להם הבסיס לכך. מודל זה ישלים באופן טבעי את מנגנון השקיפות האמור, שכן הוא ייצור תמריץ חזק לארגונים להקפיד על שימוש במידע האישי במסגרת הנכונה. כשם שהידיעה שכל כשל באבטחת המידע יפורסם ברבים ויפגע ביחסי הציבור מובילה להשקעה מוגברת בהגנת המידע, כך יתומרצו ארגונים לפעול לפי המודל ולא לסטות ממנו. הדבר יהווה מנגנון פיקוח עקיף אך אפקטיבי. שילוב חובה זו כתנאי להחלת חריג השימוש ההוגן יוכל לחזק את הלגיטימיות של החריג גם בעיני מבקריו.²⁹²

העולם הטכנולוגי המתקדם שהוליד את הבינה המלאכותית צמח ומבקש לצמוח על בסיס מידע, כפי שביקשתי להראות, ולרוב על בסיס מידע אישי.²⁹³ אי-אפשר לעסוק בלמידת מכונה מבלי להתייחס גם למאגר המידע הגדול שמספק לה את בסיס הלמידה. מכאן המסקנה הגורפת כי ללא מאגרי מידע נגישים וזמינים יהיה קשה לפתוח את השוק לחדשנות,²⁹⁴ וכי דרושה דרך שתאפשר שימוש רחב יותר במידע במקומות שיימצאו מתאימים לכך. הביקורת שתיארתי מתעלמת מכך שחוקי הגנת הפרטיות מציבים לעיתים מכשולים בפני מי שמבקש לערוך מחקר המבוסס על מידע אישי, ואינה מצביעה על פתרון הולם שסיר אותם. שימוש מתקדם במידע יתקשה לעמוד בתנאים שהדין מציב, במיוחד במקרה של מערכות בינה מלאכותית ולמידה עמוקה, אשר לא תמיד ניתן לצפות מראש את דרך פעולתן ואת התוצאה שאליה יגיעו, מבחינת התאמתה למטרה שהוגדרה מראש כאשר נאסף המידע. בעידן הבינה המלאכותית ראוי למצוא דרך שתאפשר שימוש חופשי יותר במידע האישי לטובת פיתוחים ושימושים מתקדמים במידע, והדרך של מתן אפשרות לשימוש הוגן במידע אישי עונה על צורך זה. האפשרות להצביע על שימוש הוגן ביצירות מוגנות בזכויות יוצרים מקום שהן משרתות את החברה מאפשרת את אותה הבניה חברתית כרקע ליצירה, והיא אותו חריג לעקרונות החלים על עיבודי מידע מתקדמים שיש להחיל על שימושים במידע אישי מקום שהם משרתים את אותה הבניה חברתית שאפשרה את יצירת מאגרי המידע הגדולים למטרות שונות. אחת המטרות האלה צריכה להיות פיתוח דפוסי התנהגות לתועלת הציבור במובן הרחב. שימושים המשרתים מטרה זו צריכים להיחשב שימוש

להורות לארגון שאירע אצלו אירוע אבטחת מידע חמור להודיע על כך למושאי המידע שעלולים להיפגע מן האירוע. כך, תק' 11(ד)2 לתקנות הגנת הפרטיות (אבטחת מידע) קובעת כי רשם מאגרי המידע (לאחר תיקון 13 לחוק הגנת הפרטיות – ראש הרשות להגנת הפרטיות) "רשאי... להורות לבעל מאגר המידע... לאחר שנועץ בראש הרשות הלאומית להגנת הסייבר, להודיע על אירוע האבטחה לנושא מידע שעלול להיפגע מן האירוע".

291 ס' 1798.150 לחוק הגנת פרטיות הצרכן בקליפורניה: Cal. Civ. Code §§ 1798.100-1798.199.100 (West 2025).

292 בירנהק **מרחב פרטי**, לעיל ה"ש 285, בעמ' 256.

293 זיידמן וגאון, לעיל ה"ש 121, בעמ' 184-189.

294 גן ואח', לעיל ה"ש 128, בעמ' 104.

הוגן במידע אישי, ובאותם שימושים העונים על הגדרת "השימוש המנותק", כפי שכונה במאמר זה, ראוי לאפשר שימוש במידע האישי תוך התבססות על הזכות לשימוש הוגן.

למידת המכונה אשר תוארה במאמר זה תורמת לתועלת החברתית ומקדמת את החברה, הן בכללותה והן מגזרים שונים בה, מקום שהעיבוד הנעשה במידע האישי מיועד לקדם ולהוביל את המערכת לאימוץ דפוס פעולה במנותק ממושא מידע ספציפי – פעולה שתיווצר אחרי הליך האימוץ. כפי שהראיתי, תקנות הגנת המידע האירופיות עוסקות, למשל, בשימוש במידע לטובת מחקר מדעי המשרת אינטרס חברתי, אך ההגדרה של "מחקר מדעי" אינה אחידה, היכן שהיא מוגדרת. גם חוסר היכולת לדעת במקרים רבים מה תהיה התוצאה שאליה תגיע המערכת מקשה את הקביעה שלטובת התוצר שלה יהיו השימושים במידע האישי מותרים, מעבר לכללים החלים עליהם על פי הדין הקיים. גם ההגנות בחוק הגנת הפרטיות שיכולות לאפשר פעולה של עיבוד מידע לטובת למידת מכונה הן מצומצמות מאוד, שכן הן עוסקות בחובה מוסרית-חברתית או בעניין ציבורי, ובשני המקרים הרף יהיה גבוה. בראשון יידרש להראות כי קיימת חובה מוסרית-חברתית, ובשני – כי האינטרס הציבורי מצדיק את הפגיעה. מרחב זה מצומצם, ואין בו כדי להציב נורמה כללית לכל אותם עיבודי מכונה אשר יוצרים דפוס פעולה ואינם מכוונים לאדם פרטי. על כן דרוש לנקוט הגדרות הבאות מתוך אותו עולם מושגים של הבינה המלאכותית. יש לקבוע שכאשר נעשה תהליך של אימוץ מכונה שכל מטרתו היא למצוא דפוס פעולה, וכאשר דפוס פעולה אלו משרתים את התועלת לחברה במובן הרחב, זה הרואה כל התפתחות טכנולוגית לטובת החברה ככזו שיש בה תועלת, יש לאפשר את הפעולה גם אם היא אינה עונה על ההגדרה של חוקי הפרטיות.

הביקורת ביחס לכך מתעלמת מהקדמה הטכנולוגית ומהאתגרים שהדין הקיים מציב בפני הגורמים המבקשים לפתח פיתוחים מתקדמים מבוססי מידע אישי שיביאו לידי קידום החברה. הביקורת מתעלמת בהקשר זה מהאינטרס החברתי לעודד חדשנות, זרימה חופשית של רעיונות, התפתחות חברתית ותרבותית, ותרומה למנוע המרכזי של הכלכלה המודרנית.²⁹⁵ ניתן לראות את השלכתה של ביקורת זו על ידי השוואה בין הפיתוחים הטכנולוגיים הנעשים בארצות הברית, באקלים מתירני יותר מבחינת דיני הפרטיות, לבין אלה הנעשים באירופה, אשר נתקלים בקשיים רבים. אכן, בארצות הברית מופיעים חידושים רבים יותר בתחום הטכנולוגי מאשר באיחוד האירופי.²⁹⁶ מציאת דרך להתיר שימוש נרחב יותר במידע אישי לטובת פיתוחים שיקדמו את החברה היא שתשרת את האינטרס החברתי, ולא ההפך. נקודת המוצא היא שמדובר בשימוש שמפר את חוקי הפרטיות – אותו עקרון צמידות מטרה הקיים בדין הישראלי או אותם בסיסים לעיבוד מידע הקיימים בדין האירופי – אך הוא מוצדק בשל העובדה שהוא מאמן את המכונה מבלי שהתוצאה תתייחס למושא מידע מסוים. ייתכן שעצם השימוש

Julie E. Cohen, *What Privacy Is For*, 126 HARV. L. REV. 1904, 1918–1927 (2013) 295

Ashley Johnson, *Balancing Privacy and Innovation in Smart Cities and Communities*, 296 INFO. TECH. & INNOVATION FOUND. 9–10 (Mar. 6, 2023), <https://did.li/RULgT>

מפר את האוטונומיה של מושא המידע, אך ככל שהוא יענה על ההגדרה שאני מבקש להתוות, תימצא ההפרה מוצדקת. יש כאן איזון בין זכויות של מושא המידע לבין הרצון לאפשר פיתוחים טכנולוגיים, וכאשר הכף תיטה לטובת הפיתוחים הטכנולוגיים, אני מציע לאפשר את השימוש.

השימוש המנותק מתאפיין באותו ניתוק בתוצאתו הסופית ממושא המידע שהמידע האישי שלו משמש בסיס לאותו אימון להטמעת דפוסי פעולה. ניתוק זה פירושו העדר כל אינטראקציה חוזרת עם מושא המידע, למעט המשך איסוף המידע ממנו לטובת אותו שימוש לאימון המכונה. מקום שלא יתקיים ניתוק כזה, הוא ייחשף בעצם הפנייה החוזרת למושא המידע באחת הדרכים האפשריות שתוארו במאמר עם תובנות שהן תולדה של אותו אימון מכונה. פנייה ישירה או עקיפה אל מושא המידע בהמשך לאימון המכונה תחשוף את הכשל. מקום שהשימוש לא יהיה מנותק, הוא לא יענה על הזכות לשימוש הוגן במידע, אלא יהווה שימוש מפר.

קביעת זכות לשימוש הוגן במידע אישי תסייע אף להתגבר על הטענה כי התרת עיבודי מידע כאלה עלולה לפגוע בזכות החוקתית לפרטיות. השאלה אם מידע אישי הוא חלק מהזכות שנקבעה בסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לנוכח היעדרות המידע האישי מרשימת הזכויות המפורטת באותו סעיף, העסיקה כתיבה לא מועטה.²⁹⁷ אגב כך אף הועלו הצעות לתיקון סעיף הפרטיות בחוק היסוד, במיוחד על רקע העובדה שההגנה על המידע האישי נעדרת מנוסח הסעיף,²⁹⁸ אך אלה לא הבשילו לכלל דבר חקיקה אשר יוביל את השינוי.²⁹⁹ עם זאת, יש הרואים את ההצהרה הכללית שבסעיף 7(א) לחוק היסוד כמקנה הגנה מספקת גם לפרטיות במידע.³⁰⁰ אם נצא מנקודת הנחה שהזכות החוקתית לפרטיות חלה על מידע אישי, אזי קביעה כי עיבוד הוגן של המידע האישי הוא זכות לצד עקרונות צמידות המטרה תוציא את השימוש ההוגן במידע מתחולת השאלה אם נפגעת בפעולה הזכות החוקתית למידע אישי, באשר הפעולה תוחרג מכלל הפעולות הנחשבות בגדר פגיעה בפרטיות.³⁰¹

לסיכום, יש לאמץ אל מטריית השימוש במידע האישי את השימוש ההוגן כבסיס מוצדק לשימוש במידע, ולאוו דווקא כטענת הגנה, כשם שהשימוש ההוגן ביצירה המוגנת בזכויות יוצרים אינו נתפס בהכרח כטענת הגנה, אלא כאפיק שימוש מותר ביצירה. ראוי להסדיר מודל זה בחקיקה, שכן כיום הדין הישראלי נשען על עקרון צמידות המטרה, ואינו מאפשר לעבד מידע למטרה אשר שונה מהמטרה המקורית

297 אף אני התייחסתי לכך במקום אחר. ראו חי דיני המידע האישי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 72–73.

298 שם.

299 ראו דיון בנושא בפרוטוקול ישיבה 441 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (4.2.2008).

300 אהרן ברק "הזכות לפרטיות וצנעת הפרט: תכליתה, חשיבותה והיקפה" ספר עונה ארבל 401, 406 (שלי אביב ייני ואח' עורכים 2022).

301 לדיון בפגיעה בזכות החוקתית לפרטיות ראו, למשל, בירנהק פרטיות חוקתית, לעיל ה"ש 279, בעמ' 392–396.

שבגינה הוא נמסר. הצעתי מחייבת יצירת מסלול משפטי חדש שיאפשר הכרה בבסיסים נוספים לעיבוד מידע המקבילים להסכמה, שבעזרתם יהיה אפשר לקבוע כי אם השימוש במידע מנותק ממושא המידע ויש בו כדי לשרת את ההתפתחות הטכנולוגית, אזי מדובר בבסיס עצמאי לעיבוד מידע, ויש לאפשר אותו גם אם הוא אינו עונה על עקרון צמידות המטרה ואינו תואם את אחד הבסיסים לעיבוד מידע המוכרים בדין או כל הוראה חוקית מוכרת אחרת. יהא בכך כדי לפתוח את המחסום הניצב בפני אותם שימושי מידע מבוקשים לטובת אימון המכונה, הגעה לאותם דפוסי פעולה שהאימון מבקש להשיג, קידום התועלת החברתית וההתפתחות הטכנולוגית. יש לקבוע כי שימוש הוגן במידע אישי מותר במערכות בינה מלאכותית למטרות כגון לימוד עצמי, מחקר או פיתוח טכנולוגי המקדם את החברה ומשיא לה תועלת.

סיכום

במציאות שבה הטכנולוגיה שועטת קדימה ומציבה אתגרים רבים בפני העולם המשפטי, עולה הצורך לפתח גם עולם זה באותו אופן או לפחות לנסות לקדמו כך שישירת את הטכנולוגיה, ולא יבלום אותה. בעידן הבינה המלאכותית המידע האישי הוא בעל ערך רב, ובמקרים רבים הוא מהווה את הבסיס לפיתוחים מתקדמים, ובכלל זה לאותו הליך של למידת מכונה המבקשת למצוא דפוסי פעולה שיוכלו לקדם את ההתפתחות הטכנולוגית. כפי שביקשתי להראות במאמר, ניתן לחלק את השימושים במידע לשלושה חלקים עיקריים: שימושים לטובת המוצר או השירות שלשם נאסף המידע או לשם קיום הוראת החוק שאפשרה את איסופו; שימושים שמטרתם הסופית היא מושא המידע; ושימושים מתקדמים שאינם כוללים כל אינטראקציה חוזרת עם מושא המידע, למעט המשך איסוף המידע ממנו לטובת אותו שימוש או שימוש אחר המשתייך לקבוצת שימושים זו. את סוג השימושים השלישי במידע, שבו עסק המאמר, כינתי "השימוש המנותק".

הדין הקיים, כפי שביקשתי להראות, קובע כללים נוקשים במידת מה לשימושים במידע האישי. בדין הישראלי מדובר בעקרון צמידות המטרה, זה הקובע כי ניתן להשתמש במידע אישי רק למטרתו של מאגר המידע הרלוונטי, כפי שנקבעה לו כדין, ובהתאם להסכמה שהתקבלה ממושא המידע. בדין האירופי נקבעו שישה בסיסים לשימוש במידע אישי. בתקופה שבה מבקשים לאפשר התקדמות טכנולוגית הנעשית במסדות של הבינה המלאכותית, הדין הקיים מציב פעמים רבות מכשולים בפני הפיתוחים שמבקשים לקדם. ההגנות שנקבעו בדין הישראלי מפני פגיעה בפרטיות על ידי פעולות העיבוד אינן יכולות לשרת את אותו צורך בפיתוחים טכנולוגיים מקום שהם מנוגדים לעקרונות האמורים שנקבעו בחוק. לכן, כפי שביקשתי להראות, יש להתוות דרך אחרת שתאפשר פעולה כזו.

ביקשתי לבודד את המצב שבו נעשה תהליך של אימון מכונה שכל מטרתו היא למצוא דפוסי פעולה אשר משרתים את התועלת לחברה במובן הרחב, זה הרואה כל התפתחות טכנולוגית לטובת החברה ככזו שיש בה תועלת. ביקשתי לשכנע כי במצב זה יש לאפשר את הפעולה גם אם היא אינה עונה על ההגדרה של חוקי הפרטיות. באותם מצבים שבהם האינטרס של מושאי המידע בשמירת זכויותיהם ביחס לשימוש במידע על אודותיהם אמור לסגת מפני האינטרס הציבורי בקיומה של פעילות מסוימת, הצעתי דרך שונה מאלה המוכרות כדי לאפשר את הפיתוח. ניסיתי לשכנע כי מתאימה כאן המטרייה של השימוש ההוגן, הלקוחה מתחום זכויות היוצרים, אשר יכולה לאפשר בסיס ראוי לאותם שימושים במידע האישי. לצורך כך הצעתי לאמץ אל תחום השימוש במידע האישי את השימוש ההוגן באמצעות שינוי חקיקה, ולהציעו כבסיס מוצדק לשימוש במידע, ולא דווקא כטענת הגנה, כשם שהשימוש ההוגן ביצירה המוגנת בזכויות יוצרים אינו נתפס בהכרח כטענת הגנה, אלא כאפיק שימוש מותר ביצירה. הצעתי שכאשר השימוש במידע מנותק ממושא המידע ויש בו כדי לשרת את ההתפתחות הטכנולוגית, יש לאפשר אותו גם אם הוא אינו עונה על עקרון צמידות המטרה ואינו תואם את אחד הבסיסים לעיבוד מידע המוכרים בדין האירופי או כל הוראה חוקית מוכרת אחרת. יהא בכך כדי לפתוח את המחסום הניצב בפני אותם שימושי מידע מבוקשים לטובת אימון המכונה, קידום התועלת החברתית וההתפתחות הטכנולוגית. מכאן יש לקבוע כי שימוש הוגן במידע אישי מותר במערכות בינה מלאכותית למטרות כגון לימוד עצמי, מחקר או פיתוח טכנולוגי המקדם את החברה ומשיא לה תועלת.