

בעניין:

1. דקלה זקלנבאום

2. עידן עידנבלום

3. נבו נברוניצקי

שלושתם על ידי ב"כ גברת דניאל ברנשטיין, ו/או מר אייל מיכאלי, ו/או מר רון

יעקובי מרחוב כנפי נשרים 2 הרצליה

טלפון: 09-9602747; פקסימיליה: 09-9568605

העותרים

– נגד –

1. כנסת ישראל

2. ממשלת ישראל

3. משרד ראש הממשלה

4. המפקח על הביטוח

5. חברת הביטוח "אלאל"

6. רשות שדות התעופה בישראל

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי ובקשה לצו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להוציא מלפניו צו על תנאי המורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא יבוטל תיקון חוק מידע גנטי (הוראת שעה), התשע"ד-2013 (להלן: "התיקון לחוק") בהיותו בלתי חוקתי.

לחלופין, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא יבוטל רכיב הבדיקות הגנטיות בקביעת פרמיות ביטוח, במיון מועמדים לקבלת עבודה ובמיון עובדים בקבלת קידום בעבודה. כן מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן כל סעד שהוא מוצא לנכון למען הצדק.

נוכח הפגיעה החוקתית שיש בתיקון לחוק, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים בצו ביניים, להימנע מיישום התיקון לחוק, עד מתן פסק דין סופי בעתירה זו; העתירה על כל נספחיה מהווה בזה גם את הנימוקים לבקשה זו.

- א. **המסכת העובדתית הרלוונטית** 4
- א.1. כללי 4
- א.2. הצדדים 5
- א.3. המסכת העובדתית לעניין העותרת 1 5
- א.4. המסכת העובדתית לעניין העותר 2 6
- א.5. המסכת העובדתית לעניין העותר 3 6
- א.6. רקע עובדתי - מאפייני המידע הגנטי 6
- ב. **התיקון לחוק אינו חוקתי ודינו בטלות** 7
- ב.1. השפעת הבדיקות הגנטיות על שוק הביטוח 7
- ב.2. הזכויות החוקתיות הנפגעות בעקבות התיקון לחוק 9
- ב.2.1. כללי 9
- ב.2.2. התיקון לחוק פוגע בזכות לשוויון המעוגנת בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו 10
- ב.2.3. התיקון לחוק פוגע בכבוד האדם ובשמם הטוב של מבצעי בדיקה גנטית 15
- ב.2.4. התיקון לחוק פוגע בזכות לפרטיות של מבצעי הבדיקות הגנטיות 17
- ב.2.5. התיקון לחוק פוגע בזכות לקניין של מבצעי הבדיקות הגנטיות 20
- ב.2.6. התיקון לחוק פוגע באוטונומיה של הרצון הפרטי 22
- ב.2.7. התיקון לחוק פוגע בחופש העיסוק של מבצעי הבדיקות הגנטיות 24
- ב.2.8. התיקון לחוק פוגע בזכות לבריאות 25
- ב.3. הפגיעה הנגרמת כתוצאה מהתיקון לחוק אינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה 26
- ב.3.1. כללי 26
- ב.3.2. התיקון לחוק אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית 27
- ב.3.3. התיקון לחוק מידע גנטי נעשה שלא לתכלית ראויה 29
- ב.3.4. התיקון לחוק אינו מידתי 31
- ב.3.4.1. לא מתקיים קשר רציונלי בין התיקון לחוק לבין התכלית לשמה חוקק 32
- ב.3.4.2. התיקון לחוק איננו האמצעי שפגיעתו פחותה 33
- ב.3.4.3. הנזקים הנגרמים כתוצאה מהתיקון לחוק עולים באופן משמעותי על התועלת שבו 34

פתח דבר

העתירה דנא מוגשת בעקבות חקיקת התיקון לחוק, אשר מתיר, לראשונה בישראל, שימוש במידע גנטי לצרכי ביטוח ותעסוקה. כפי שיראו העותרים בהמשך, התיקון לחוק נחקק מתוך תפיסה מוטעית - לפיה השימוש במידע גנטי לצורכי קבלה לעבודה, הערכת פרמיות ביטוח וסיווג לתפקידים שונים במערכת הביטחון - יסייע ויחזק את מערכת הבריאות הציבורית בישראל. התיקון לחוק מבקש לעשות זאת תוך פגיעה בזכויות חוקתיות, ולכן אינו חוקתי.

העותרים יראו, כי לתיקון לחוק השלכות פוגעניות על כלל הציבור בישראל, וכי הוא מפר זכויות אדם, וביניהן: הזכות לכבוד, לשוויון, לפרטיות, לקניין וכן זכויות נוספות שיפורטו להלן. עוד יראו העותרים כי ניתן היה להשיג את מטרת התיקון לחוק - שיפור מערכת הבריאות בישראל, תוך שימוש באמצעים מידתיים וסבירים יותר.

כפי שיובהר, התיקון לחוק פוגע פגיעה קשה בזכויות יסוד חוקתיות, הן של מבקשי ביטוח הבריאות (להלן: "מועמדי ביטוח"), הן של פרטים השואפים להתקדם במקום עבודתם, והן של משפחותיהם של כל אלה - שכן בין אם ירצו בכך או לא, תוצאות בדיקותיהם של הנבדקים עשויות להשפיע גם עליהם, באופן ישיר.

זאת ועוד, כפי שיפורט לאורך העתירה, התיקון לחוק פוגע בצרכיהם הפסיכולוגיים של העותרים 1-3. חשיפת מידע אישי אודות אדם יוצרת תחושת חוסר נוחות, דבר אשר מוסיף מתח ופוגע באיכות חייו. התיקון לחוק יביא לפגיעה חמורה בפרטים אשר עשויים להתקשות להתמודד עם מורכבות המידע הגנטי ואופיו הניבואי ביחס לבריאותם. פגיעה זו עשויה להתבטא בדיכאון, תסכול ואבדן תחושת הערך העצמי.

התיקון לחוק פוגע גם בזכותם של בני משפחות העותרים לבחירה מדעת, משום שמידע גנטי הינו בעל אופי משפחתי. כאשר מחליט פרט לבצע בדיקה גנטית, הוא חושף את המידע הגנטי גם אודות משפחתו, ובכך שולל את יכולת הבחירה שלהם, האם לחשוף או לא לחשוף מידע שכזה.

התיקון לחוק מגדיל את הפערים החברתיים והכלכליים בכך שהוא מקנה הגנה נוספת לאוכלוסיות החזקות (בעלי העסקים ובעלי מטען גנטי תקין), בעודו פוגע באוכלוסיות החלשות (בעלי מטען גנטי פגום). פועל יוצא נוסף אשר נובע מהתיקון לחוק, הוא פגיעה עקיפה בתמריץ לערוך בדיקות גנטיות בשל החשש שיעשה בהן שימוש. כתוצאה מכך, הזיהוי המוקדם של מחלות יפגע, ויכולת הטיפול בהן תהיה מוגבלת.

עוד יטענו העותרים, כי התיקון לחוק פוגע בהסתמכות הלגיטימית של עובדים ביחס לאפשרויות הקידום שלהם בעבודה. התיקון לחוק מאפשר פגיעה רטרואקטיבית באפשרויות הקידום, על אף שהמידע הרלוונטי היה קיים עוד במעמד כריתת חוזה העבודה.

חיזוק לטענות העותרים מצוי בהסדרים דומים במדינות אחרות. כך, בין היתר: חוק ה- Genetic Information Nondiscrimination Act בארה"ב, מונע מהמעסיק להגביל, להפריד או לסווג עובדים, או למנוע מהם אפשרויות קידום בעבודה בשל מידע גנטי; המשפט השוויצרי, קובע גם הוא כי מעביד אינו רשאי לבקש מעובד או ממועמד לעבודה לבצע בדיקות גנטיות, לחשוף מידע מתוך בדיקות שנעשו או לבקש מעובד לבצע בדיקה על מנת לנסות ולגלות מידע גנטי שאינו קשור לבריאותו של העובד; כך גם בשיטת המשפט הגרמנית, שם נקבע בחוק ה- Human Genetic Examination Act משנת 2009 איסור למסור מידע גנטי למעסיקים ולחברות הביטוח.

למעשה, עם כניסתו לתוקף של התיקון לחוק, כלל אזרחי ותושבי ישראל עלולים להיחשף לסיכונים שונים בתחומי התעסוקה אליהם לא היו חשופים קודם לכן, ולייקור עלויות בתחום הביטוח הרפואי הפרטי שלא היו קיימות ערב התיקון לחוק. עוד צפויים אזרחי ותושבי ישראל להיחשף לנזקים נפשיים פוטנציאליים, שייגרמו באופן ישיר בשל התיקון לחוק. העותרים סבורים, כי העמדת אזרחי ותושבי מדינת ישראל במצב זה, אינה ראויה נורמטיבית, ואף אינה מקדמת את מטרת החוק - שיפור מערכת הבריאות בישראל.

אכן, אחת מחובותיה של המדינה היא שאיפה לשיפור מתמיד של המערכות עליהן היא אמונה, ביניהן מערכת הבריאות הציבורית. עם זאת, יראו העותרים, כי ישנם אמצעים מידתיים וסבירים יותר בהם ניתן לעשות שימוש. קשר ישיר בין פגם גנטי של אדם ובין תפקיד מבצעי צריך להיות מוגדר ומוכח על מנת שתתאפשר פסילת תפקיד בגינו, כמו כן, על המידע הגנטי להיות מגובה בממצאים עובדתיים בעת קביעת פרמיית הביטוח. לסיכום, העותרים יטענו כי עקב הפגיעות החמורות בזכויות חוקתיות, חוסר המידתיות של התיקון לחוק וקיומם של אמצעים אשר פגיעתם פחותה, המסקנה המתבקשת היא ביטולו של התיקון לחוק.

א. המסכת העובדתית הרלוונטית

1.1. כללי

1. ביום 1.1.2013 פורסמו מסקנות הוועדה לחיזוק מערכת הבריאות הציבורית (להלן: "הוועדה"). הוועדה המליצה לבצע שינוי מקיף בחקיקה בנושא מידע גנטי, ולהסיר חלק מההגבלות שהיו קבועות עד אותה עת בחוק מידע גנטי, התשס"א-2000 (להלן: "חוק מידע גנטי").
2. שרת הבריאות המליצה על ניסוח הצעת תיקון לחוק מידע גנטי ברוח עקרונות הוועדה, וקבעה, בהוראת מעבר, כי התיקון לחוק יעמוד בתוקף לתקופה מוגבלת של חמש (5) שנים במהלכן ייבחנו יתרונותיו.
3. במסגרת התיקון לחוק תוקנו סעיפים 29, 30, ו-38(ד) לחוק מידע גנטי, ובנוסף, התווסף לו סעיף 29א. כאמור, במסגרת התיקון לחוק הוסרו חלק ניכר מן ההגבלות על השימוש במידע גנטי אשר היו קבועות בחוק מידע גנטי ערב התיקון:

א. התיקון לחוק החריג את שירות הביטחון מהוראות סעיף 29 (אשר הגבילו שימוש במידע גנטי על ידי מעביד), כך שרשות מרשויות הביטחון רשאית לדרוש תוצאות בדיקה גנטית לצורך קידומו של עובד מערכת הביטחון. יוער, כי על פי המצב המשפטי שקדם לתיקון לחוק, השימוש במידע גנטי ברשויות אכיפת החוק ובשירות הביטחון בפרט הוגבל למטרות מסוימות בלבד, וכל שימוש במידע גנטי שלא למטרות אלו נאסר.

ב. התיקון לחוק הותיר על כנו את האיסור על שימוש במידע גנטי לצורך קבלה לעבודה אך איפשר שימוש במידע זה לצורך קידום. כך, במסגרת סעיף 29א לתיקון לחוק נקבע, כי הוראות סעיף 29 לא יחולו על קידום עובדים אשר המשך העסקתם כרוך בעלויות הכשרה גבוהות למעביד או עובדים המבצעים תפקידים בעלי חשיבות לציבור. כעת, רשאי מעסיק לדרוש בדיקה גנטית על מנת לבחון האם ההשקעה בעובד כלכלית לטווח הארוך, תוך מתן משקל עדיף להסתברות שהעובד יחלה בעתיד על פני כישוריו ויכולותיו של העובד.

ג. לבסוף, בעוד שבחוק מידע גנטי חל איסור מפורש על חברת הביטוח לבקש ממבוטח תוצאות של בדיקה גנטית, במסגרת התיקון לחוק תוקן סעיף 30, באופן המאפשר לחברות הביטוח לעשות

שימוש במידע גנטי, ולהתאים את גובה פרמיית הביטוח לרמת הסיכון שגלומה בתוצאות הבדיקות. יוער, כי מדובר ב"שינוי של 180 מעלות" מהמגמה שהציג המחוקק בעניין זה, בחוק מידע גנטי.

4. בנוסף, במסגרת התיקון לחוק שונה סעיף 38(ד) שדן בעונשים הצפויים והותאם לתיקונים אשר בוצעו בסעיפים 29, 29א ו-30. התיקון לחוק פוטר את מערכת הביטחון, חברות הביטוח ומעסיקים אשר השתמשו במידע גנטי כאמור בסעיף 29א, מהעונשים להם היו צפויים קודם לכן.

2.א. הצדדים

5. העותרת 1, דקלה, אישה צעירה בת 25 ובריאה בדרך כלל, ביקשה לרכוש פוליסת ביטוח מחברת הביטוח "אלאל". מחיר הפוליסה של דקלה נקבע לאחר התאמתו למידע שהתקבל כתוצאה מבדיקה גנטית אותה עברה.

6. העותר 2, עידן, בן 40, ביקש להתקבל לקורס פקחי טיסה בכירים ובקשתו נדחתה על בסיס מידע שהתקבל כתוצאה מבדיקה גנטית.

7. העותר 3, נבו, חייל משוחרר מיחידה מובחרת, ביקש להתקבל לתפקיד מבצעי במוסד לשירותים מיוחדים (להלן: "המוסד"). בקשה זו נדחתה בשל מידע שהתקבל כתוצאה מבדיקה גנטית.

8. המשיבה 1 היא כנסת ישראל אשר מתייצבת מכוח סעיף 17(ג1) לחוק הכנסת התשנ"ד-1994, כיוון שמדובר בעתירה הנוגעת בתוקפו של התיקון לחוק.

9. המשיבה 2 היא ממשלת ישראל הממונה על יישום החוק ואכיפתו.

10. המשיב 3 הוא משרד ראש הממשלה הממונה על המוסד. נדרש עקב פסילת מועמדותו של העותר 3 לתפקיד מבצעי במוסד לאור תוצאות בדיקותיו הגנטיות.

11. המשיב 4 הוא המפקח על הביטוח, אשר תפקידו פיקוח והנחיה בהקשר הביטוחי, לטובת כלל הציבור.

12. המשיבה 5 היא חברת הביטוח "אלאל" אשר עשתה שימוש במידע גנטי לצורך התאמת מחיר הפרמיה שתשלם העותרת 1.

13. המשיבה 6 היא רשות שדות התעופה אשר פסלה את מועמדותו של העותר 2 להתקבל לקורס בקרי טיסה על בסיס מידע שהתקבל כתוצאה מבדיקה גנטית.

3.א. המסכת העובדתית לעניין העותרת 1

14. במסגרת בקשתה של העותרת 1 לרכוש פוליסת ביטוח מן המשיבה 5, נתבקשה הראשונה לספק מידע רפואי משפחתי על מנת שהמשיבה 5 תוכל להתאים לה את מחיר פרמיית הביטוח.

15. היות ואביה המנוח של העותרת 1 נפטר בגיל צעיר עקב מחלת לב, נקבעה לעותרת 1 פרמיית ביטוח בשיעור גבוה, אשר מקובל לגבי מבוטחים בעלי סיכון למחלות לב. על מנת להקטין את תשלום הפרמיה, העותרת 1 ביקשה מהמשיבה 5 לבצע בדיקה גנטית, ועל ידי מידע גנטי זה, להפריד את ההסתברות הגבוהה למחלת לב.

16. בעקבות הבדיקה הגנטית אמנם נשללה ההסתברות הגבוהה של העותרת 1 לחלות במחלת לב, אך עם זאת, המשיבה 5 קבעה שהפרמיה שתיאלץ לשלם העותרת 1 עדיין תהא יקרה מהפרמיה הסטנדרטית, וזאת

עקב מציאת גן (שנתגלה באותה הבדיקה) המעיד על נטייה להשמנה. יצוין, כי הדבר פגע מאוד ברגשותיה של העותרת 1.

17. העותרת 1 הצטרפה לעתירה כנגד חוקיותו של התיקון לחוק ובכלל זאת כנגד חוקיותו של סעיף 30.

4.א. המסכת העובדתית לעניין העותר 2

18. העותר 2, מועסק כפקח טיסה ברשות שדות התעופה, הגיש בקשה לקורס פקחי טיסה בכירים. במסגרת בקשתו, נדרש העותר 2 לעבור סדרה של בדיקות רפואיות, ביניהן בדיקות גנטיות. בדיקות הרפואיות נמצאו תקינות, אולם, בממצאי בדיקות הגנטיות התגלה גן פגום על כרומוזום 4 (המזוהה עם מחלת הנטיגנטון), וכן גן המזוהה עם הזעת יתר ולחץ.

19. מספר ימים לאחר קבלת תוצאות הבדיקות הודיעה המשיבה 6 לעותר 2, כי בשל "תוצאות בינוניות" (לשיטתה של המשיבה 6) של הבדיקות שעבר, הוא אינו יכול להתקבל לקורס, אולם יוכל להמשיך בעבודתו הרגילה.

20. העותר 2 הצטרף לעתירה כנגד חוקיותו של התיקון לחוק ובכלל זאת כנגד חוקיותו של סעיף 29.

5.א. המסכת העובדתית לעניין העותר 3

21. העותר 3 הגיש בקשה להתקבל למוסד לשירותים מיוחדים, הכפוף למשיב 3. במסגרת בקשתו, התבקש העותר 3, כחלק משלבי המיון, לעבור מבדקים שונים, ביניהם הערכות פסיכולוגיות מקיפות, אותן עבר בהצלחה.

22. בהתאם לדרישת המשיב 3, התבקש העותר 3 לבצע, בנוסף לבדיקות שעבר, ובשונה מן הנהוג עד כה, גם בדיקות גנטיות, אשר כתוצאה מהן (ורק מהן) החליט המשיב 3 לפסול את מועמדותו של העותר 3 לתפקיד אליו התמייך.

23. העותר 3 הצטרף לעתירה כנגד חוקיותו של התיקון לחוק ובכלל זאת כנגד חוקיותם של סעיפים 29(א) ו-38(ד)(2).

6.א. רקע עובדתי - מאפייני המידע הגנטי

24. כיום, בעזרת בדיקה מהירה וזולה יחסית, כל אדם יכול לקבל לידיו פלט אשר יספק לו מידע גנטי מפורט ורחב לגביו. כפי שיפרטו העותרים בהמשך, למידע זה יכולות להיות השלכות רבות - לחיוב ולשלילה. בדיקות אלה לא היו בנמצא עד לפני מספר עשורים בודדים, שכן לפני כחצי מאה היה ידוע מעט מאוד על הגורמים הגנטיים התורמים למחלות אנושיות.

25. בשנות ה-50 מדענים החלו לפתח שיטות לאיתור הסדר או הרצף של האותיות הכימיות ב-DNA, ובשנת 1990 המכון הלאומי לבריאות (NIH) ומשרד האנרגיה של ארה"ב החלו ב"פרוייקט הגנום האנושי", שמטרתו מיפוי והבנה מלאה של כלל הגנים של בני האדם, הבנה של הגורמים הגנטיים למחלות וסלילת הדרך לאסטרטגיות חדשות להבחנה, טיפול ומניעה של מחלות הנובעות מגורמים גנטיים.

26. באפריל 2003 הושלם הרצף המלא של הגנום האנושי (להרחבה ראו: An Overview Of The Human Genome Project, National Human Genome Research Institute (November 8, 2012)

27. <http://www.genome.gov/12011238>. משמעות ההשלמה של פרויקט הגנום האנושי היא שעל-ידי הסתכלות על פרופיל ה-DNA של נבדק, ניתן לדעת האם קיימת אצלו נטייה גנטית מוקדמת להתפתחות מחלות ומצבים רפואיים שונים, האם הוא נמצא בקבוצת סיכון גבוהה להתפתחותה של מחלה מסויימת, וכמו כן ניתן לאמוד את הסיכונים הבריאותיים הקיימים במהלך חייו, בהשוואה לממוצע באוכלוסייה (ראו: Deoxyribonucleic Acid, *National Human Genome Research Institute* (June 13, 2012) <http://www.genome.gov/25520880#a1-1>).

28. כפי שיטענו העותרים בהמשך, יכולת ניבוי זו עשויה לעקר את משמעותה של ההסכמה למתן בדיקה גנטית, שכן בני משפחתו של הנבדק אינם נותנים את הסכמתם לביצוע הבדיקה. פעמים רבות **המידע הגנטי אינו מספק מידע ודאי** באשר להסתברות התפרצות מחלות שונות, אלא מספק **מידע הסתברותי** בלבד, אשר עשוי להתממש, או שלא להתממש. יצוין, כי למידע הגנטי יכולת ניבוי החורגת מגדרי הפרט הנבדק, אשר המידע הגנטי שייך לו. למידע זה קיימת יכולת ניבוי גם לגבי מצבם הרפואי העתידי של פרטים נוספים - בני משפחתו של הנבדק (ראו: Regulation of Genetic Tests, *National Human Genome Research Institute* (October 31, 2012) <http://www.genome.gov/10002335>).

29. כפי שיטענו העותרים בהמשך, יכולת ניבוי זו עשויה לעקר את משמעותה של ההסכמה למתן בדיקה גנטית, שכן בני משפחתו של הנבדק אינם נותנים את הסכמתם לביצוע הבדיקה.

הבסיס המשפטי לעתירה

ב. התיקון לחוק אינו חוקתי ודינו בטלות

29. כפי שיפורט להלן, התיקון לחוק פוגע בזכויות חוקתיות רבות, באופן שאינו עומד במבחני פסקת ההגבלה ועל כן דינו בטלות.

סדר הדברים בפרק זה יהיה כדלקמן: בשלב הראשון, ינתחו העותרים את תוצאות מתן האפשרות לשימוש במידע גנטי בשוק הביטוח והתעסוקה. לאחר מכן, יציגו העותרים את הזכויות החוקתיות הנפגעות בעקבות התיקון לחוק, ויראו כי פגיעות אלה אינן עומדות במבחני פסקת ההגבלה שבחוק היסוד. לבסוף, יישמו העותרים את הבחינה החוקתית על המקרה דנא וימחישו בדרך זו את חוסר המידתיות בה נוגע התיקון לחוק.

1. השפעת הבדיקות הגנטיות על שוק הביטוח

30. כאמור, התיקון לחוק מתיר לחברות הביטוח לבקש מידע גנטי ממועמדי ביטוח. העותרים יטענו, כי התרת השימוש בבדיקות גנטיות בשוק הביטוח, תביא לביטול הפוליסות שאינן דורשות מהמבוטח מידע גנטי, כך שלמעשה, ביצוע בדיקה גנטית תהווה דרישה הכרחית לצורך רכישת ביטוח בריאות. כלומר, על אף שלשון התיקון לחוק קובעת שמבטח "רשאי לבקש בדיקות גנטיות", למעשה, הרשאי יהפוך ל"חייב לבקש בדיקות גנטיות", שכן המבטח יחייב את מועמדי הביטוח לספק מידע גנטי לשם התאמת הפרמיה.

31. שוק הביטוח בישראל מתנהל כשוק תחרותי, כאשר בין חברות הביטוח מתקיימת תחרות מתמדת על המבוטחים. כפועל יוצא, כל חברת ביטוח שואפת למשוך אליה כמה שיותר מבוטחים "טובים" (Tom)

Baker, *Containing the Promise of Insurance: Adverse Selection and Risk Classification*, 9 Conn. Ins.

(2003) L.J. 371, 378 [אסמכתה "א"] (להלן: "בייקר"):

"In a world of competitive, voluntary insurance organizations, it is easy to see why insurers classify applicants according to risk. Risk classification is one of the most potent competitive tools. Eliminating the most risky from an insurance pool reduces the average cost of insuring the members of the pool, allowing the insurer to offer a lower price and, possibly, obtain a greater profit. An insurer that discovers a new way to identify and exclude high risks improves its competitive position in two ways: it lowers its average risk and, assuming the people it rejects go elsewhere, it increases the average risk of its competitors."

32. אמת המידה לצורך הקביעה מיהו "מבוטח טוב" ומיהו "מבוטח רע" נעוצה בסיכוי שהסיכון יתממש בקרב אותו מבוטח. בשוק תחרותי, ההכרח של חברות הביטוח לזהות את המועמדים "הטובים" מביא למעין "מירוץ חימוש" בין חברות הביטוח. במירוץ זה מנסה כל חברת ביטוח לפתח אמצעים חדשים המשפרים את יכולת הזיהוי וההבחנה בין סוגי המבוטחים, מצד אחד; ומצד שני להעניק למבוטחים "הטובים" תנאים אטרקטיביים. ראו: בייקר [אסמכתה "א"], בעמ' 4:

"This competitive power of risk classification produces a classification "arms race", in which insurers either maintain their classification edge or face the loss of low risks to the competition and the migration of the high risks to their insurance rolls."

33. לאור האמור, היות והתיקון לחוק מאפשר לעשות שימוש בבדיקות גנטיות כדי להתאים פרמיית ביטוח למועמדים ובכדי להמשיך לתפקד בשוק התחרותי, חברות הביטוח יאלצו לשמור ולגייס כמה שיותר מבוטחים "טובים", ולשם כך יעשו שימוש באמצעי החדש. לפיכך, כל חברות הביטוח יעשו שימוש בבדיקות גנטיות כדי להתאים פרמיות ולאורך הזמן השימוש במידע גנטי ייהפך, הלכה למעשה, לאמצעי המרכזי בהערכת גובה הפרמיה של מועמדי הביטוח.

34. כתוצאה, האפשרות הניתנת בתיקון לחוק לעשות שימוש בבדיקות גנטיות, תביא גם לביטול של פוליסות ביטוח שאינן עושות שימוש בבדיקות גנטיות - ומאותה הסיבה בדיוק: פוליסות ביטוח שאינן כוללות שימוש באמצעי הסיווג המתקדם (מידע גנטי) חושפות את חברת הביטוח לכניסה של מבוטחים פחות "טובים".

35. חברות ביטוח שיבטלו את הפוליסות שאינן עושות שימוש בבדיקות גנטיות יזכו ליתרון משמעותי בתחרות מול חברות הביטוח האחרות - ראשית, יהיו להן יותר מבוטחים "טובים" ופחות מבוטחים "רעים". שנית, בהנחה שהמבוטחים "הרעים" יעברו לחברת ביטוח אחרת - למתחרים יהיו יותר מבוטחים "רעים". כך פתיחת האפשרות לקביעת פרמיית ביטוח באמצעות בדיקה גנטית תביא במהרה, בשוק התחרותי הקיים בישראל, לסגירת כל סוגי הפוליסות שאינן עושות שימוש במידע גנטי.

36. סיבה נוספת לפיה חברות הביטוח יבטלו פוליסות שאינן עושות שימוש במידע גנטי היא שלחברות הביטוח אין מונופול על ביצוע הבדיקות הגנטיות. כתוצאה מכך עשויה חברת ביטוח לחשוש מסיטואציה של א-סימטריה במידע - כלומר, חברות הביטוח יחשדו כי מבוטח אשר ביצע בדיקה גנטית בעבר ומודע לתוצאותיה השליליות, יבחר בפוליסה אשר איננה דורשת שימוש במידע גנטי.
37. **החשש של חברת הביטוח מפני א-סימטריה כאמור, יביא לעליית מחירי הפוליסה שאינה דורשת מידע גנטי עד כדי מחיר הפוליסה הדורשת בדיקה גנטית.** למעשה, מעמדם של מועמדי ביטוח המסרבים לבצע בדיקה גנטית ישווה למעמדם של בעלי "הפגמים הגנטיים". תוצאה זו תביא ליתור של הפוליסה שאינה עושה שימוש בבדיקות גנטיות, וזאת על-ידי ייקור הפרמיה והשוואתה לפוליסה הדורשת בדיקה גנטית אשר תוצאותיה שליליות.
38. הסיטואציה המתוארת יוצרת עוול כפול: **ראשית**, היא מביאה לכך שמי שמסרב לעשות בדיקה גנטית מכוח האוטונומיה שלו וזכותו שלא לדעת, יסווג אוטומטית כבעל סיכון גבוה לחלות במחלות והפרמיה שלו תתייקר בהכרח; **שנית**, היא תביא לביטול מוסד הביטוח הסטנדרטי, אשר יוצף במבוטחים אשר הסיכוי שלהם לחלות הוא גבוה, באופן שיפגע משמעותית בעקרון פיזור הנזק העומד בבסיס מוסד הביטוח.
39. **בכל אחד מהמקרים תיווצר אוכלוסיה של אנשים, בעלי סיכון גבוה לחלות במחלות גנטיות, שיוותרו ללא כיסוי ביטוחי פרטי, או כיסוי ביטוחי חסר, ואשר יזכו לטיפול רפואי חסר ביחס לבעלי הגנים ה"טובים". תוצאה זו היא הרסנית הן לזכויות האדם הבודד והן לחברה בכללותה.**
40. למעשה, תישלל מהאדם חירותו שלא לבצע בדיקה גנטית, שהרי אם ישתמש בחירות זו יאלץ לשלם מחיר גבוה בהרבה מהמחיר אותו משלם כיום. בנוסף, היווצרותה של שכבה של אנשים חסרי ביטוח בריאות אשר סיכוייהם לחלות גבוהים, עשויה גם להטיל על החברה מעמסה רבה לממן את הטיפול בהם.
41. בהיעדר ביטוח בריאות פרטי, יוטלו הוצאות הטיפול על הרבדים השונים של הביטוח הבריאותי הציבורי-הממומן על-ידי הקופה הציבורית. כך, תיווצר שכבת מבוטחים "רעים" אשר הכיסוי הביטוחי שלהם יתגלגל לפתחן של קופות החולים הממשלתיות, דבר אשר צפוי לייקר באופן משמעותי את רכיב ההוצאה הרפואית הציבורית בישראל.
42. לסיכום, התיקון לחוק צפוי להוביל לכך שביצוע הבדיקה הגנטית תהפך לדרישה מחייבת ובכך ייחשפו המבוטחים הפוטנציאליים וקרובי משפחתם, לפגיעות שונות כפי שיפורט להלן; כמו כן, התיקון לחוק יוביל להיווצרותה של אוכלוסייה גדולה בישראל אשר תיוותר ללא כיסוי ביטוחי מתאים ועיקר הנטל לטיפול באוכלוסייה זו יגולגל לפתחן של קופות החולים הציבוריות המצויות ממילא במצב כלכלי קשה.

2.2. הזכויות החוקתיות הנפגעות בעקבות התיקון לחוק

2.1.1. כללי

43. התיקון לחוק פוגע בזכויות אדם חוקתיות רבות המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150 (להלן: "חוק יסוד כבוד האדם וחירותו") וחוק יסוד: חופש העיסוק (להלן: "חוק יסוד חופש העיסוק"). (לדיון במעמדן של הזכויות המעוגנות בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, ראו: בג"ץ 6126/94 **סנש נ' רשות השידור**, פ"ד נג (3) 817 (1999); בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (טרם פורסם) תקדין עליון (2) 2006; בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט (2)

- 4818 (2005)). בין היתר, התיקון לחוק מוביל לפגיעה בזכויות הבאות: הזכות לכבוד, הזכות לקניין, הזכות לפרטיות, הזכות לשם טוב, הזכות לאוטונומיה של הרצון הפרטי, הזכות לשוויון וחופש העיסוק.
44. הפגיעה בזכויות שלעיל היא פגיעה קשה, שאינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה. כפי שיתואר להלן, התיקון לחוק נועד לתכלית בלתי ראויה, אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית ואיננו עומד במבחני המידתיות.
45. **על כן, בית המשפט הנכבד מתבקש, כאמור ברישא לעתירה זו, להורות על ביטולו של התיקון לחוק.**

ב.2.2. התיקון לחוק פוגע בזכות לשוויון המעוגנת בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו

46. התיקון לחוק פוגע בזכותם לשוויון של מספר אוכלוסיות: עובדי מערכת הביטחון, עובדים המבצעים תפקידים בעלי חשיבות ציבורית או בעלי חשיבות לשלום הציבור, עובדים אשר המשך העסקתם כרוך בעלויות הכשרה גבוהות וכן מבקשי הביטוח אשר נמצאו כבעלי "פגמים גנטיים". פגיעה זו מתקיימת בשני היבטים:
- א. שוויון אינדיבידואלי: לפיו **לעותרים** לא ניתנת הזדמנות שווה להתקבל או להתקדם בעבודה ולרכוש ביטוח חיים מורחב בשל "הפגמים הגנטיים" שהתגלו בהם.
- ב. שוויון קבוצתי: לפיו לקבוצת **בעלי "הפגמים הגנטיים" ככלל**, לא ניתנת הזדמנות שווה להתקבל או להתקדם בעבודה ולרכוש ביטוח חיים מורחב, בשל האפשרות שניתנה למעסיקים ולחברות הביטוח לבקש מידע גנטי.
47. הזכות לשוויון הוכרה כבעלת מעמד על-חוקי, ומהווה אבן בניין מרכזית במדינה דמוקרטית. בפסיקה נקבע שזכות זו היא מנשמת אפו של המשטר החוקתי במדינת ישראל. עוד נקבע, כי הזכות לשוויון היא חלק מהזכות לכבוד האדם, שמעוגנת בסעיפים 2 ו-4 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו (בג"ץ 2911/05 משה אלחנתי נ' שר האוצר - מר בנימין נתניהו, פ"ד סב(4) 406 (פורסם בנבו, 15.06.08); בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 695-700 (1969); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.05.2006); ראו גם: אהרון ברק "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית ו 401, 423 (תשנ"ד) [אסמכתה "ב"] (להלן: "פרשנות במשפט").
48. תחילה נבחן את עצם קיומה של שונות בין בעלי "הגנים הטובים" ובעלי "הפגמים הגנטיים", לאחר מכן נבחן את מידת הרלוונטיות של השונות, אם זו קיימת, ומתי היא מתקיימת.

ב.2.1.1. מידע גנטי אינו יכול להוות ראיה בלעדית המעידה על שונות בתכונות ובמצב

בריאותי

49. כאמור, למידע הגנטי אופי הסתברותי, המנבא את הסבירות להתממשותה של תכונה מסוימת או של מצב בריאותי גופני מסוים. על-פי רוב יכולת הניבוי של המידע הגנטי אינה ודאית ופעמים רבות על אף הסיכוי המגולם במידע הגנטי או בפגם הגנטי אין בכדי להעיד על התממשותו הודאית. לאור זאת, ביסוסו של שוני על סמך ראיות גנטיות, תוך התעלמות מראיות אחרות המצביעות על דמיון, מביאה לחשש מפני פגיעה בשוויון על ידי התייחסות שונה לשווים.

50. על כן, העותרים טוענים, ועל כך הדעת נותנת שאין חולק, כי עצם קיומו של הפגם הגנטי איננו מהווה שונות רלוונטית. השונות הרלוונטית נוצרת כאשר הפגם הגנטי מעיד על תכונה מסוימת, או מצב מסוים הרלוונטי לדרישות תפקיד או שירות. לפיכך אין **בעצם קיומו של פגם גנטי** המעיד על נטייה להשמנה שונות רלוונטית לעניין ביטוח, השונות הרלוונטית, אם קיימת, מתייחסת ל**נטייה להשמנה עצמה**, ולא לגן המעיד עליה.

51. קיומה של אותה תכונה מסוימת או מצב בריאותי מסוים, אותם העותרים מוכנים לקבל במקרים מסוימים כיוצרים מצב של שונות רלוונטית, דורשים הוכחה. הבדיקה הגנטית והמידע הגנטי מהווים ראייה אחת לקיומה של אותה שונות, אך יחד **עמה עשויות להימצא ראיות רבות אחרות, בעלות מאפיינים שונים המעידים על היעדר קיומה של אותה התכונה או אותו המצב הבריאותי**. העותרים יטענו כי התבססות בלעדית על מידע גנטי לצורך ביסוס השונות, תוך התעלמות מראיות עובדתיות אחרות הסותרות את המידע הגנטי, כגון כישוריו, יכולותיו והתאמתו של המועמד לתפקיד, עשויה להוות הפליה פסולה - יחס שונה לשווים.

52. כך לדוגמה, בעניינה של העותרת 1 - אין בקיומו של הפגם הגנטי שהתגלה אצלה, בפני עצמו, כדי להוות שונות רלוונטית. השונות הרלוונטית עשויה להתקיים רק בכל הקשור לעצם נטייתה להשמנה. עם זאת, המידע הגנטי מעיד על **הסתברות** להשמנה בלבד. לכן, הוא איננו מספק מידע ודאי באשר למשקלה של העותרת 1 בעתיד, הוא מהווה ראייה לאפשרות לשונות עתידית, אשר עשויה להימצא כרלוונטית לצורך רכישת ביטוח בריאות.

53. לצד המידע הגנטי ניתן למצוא ראיות נוספות הסותרות את ממצאי המידע הגנטי כמו מצבה הנוכחי של העותרת 1. משקלו של אדם אינו פונקציה של המידע הגנטי בלבד. ישנם פרמטרים רבים שעשויים להשפיע על משקלו של אדם אותם המידע הגנטי כלל אינו מתיימר לשקף: כמות הפעילות הגופנית שאדם מבצע, נטייתו לאכילה מרובה, הרגלי אכילה ועוד. המידע הגנטי כלל לא מתיימר לשקף שכלול של פרמטרים אלה, והתעלמות מהם עשויה להביא את חברת הביטוח לידי מסקנה לקיומו של שוני - אשר הלכה למעשה אינו קיים כלל. יחס שונה הנובע מתוצאות בדיקה גנטית, כמו במקרה המתואר לעיל, מהווה יחס שונה לשווים, ועל כן, לפגיעה קשה בשוויון.

54. דוגמה נוספת בענייני של העותר 3 - גם במקרה זה אין בעצם קיומו של הפגם הגנטי כדי להביא לשונות רלוונטית. שונות רלוונטית עשויה להתקיים בשל היותו של העותר 3 בלתי אמין. גם בעניין זה הראיה הגנטית היא ראייה הסתברותית, לא ודאית, לקיומו של אותו סיכוי או נטייה לחוסר אמינות. אמינותו של אדם מושפעת מפרמטרים רבים ושונים אשר המידע הגנטי כלל לא מתיימר לשקף - חינוכו של העותר 3, מידת הפטריוטיות שלו, מורגלותו למסגרות בהן יש לשמור על אמינות גבוהה ועוד. המידע הגנטי אינו משקף כלל ועיקר את הפרמטרים הללו. לאור זאת, קבלת החלטה בעניינו של העותר 3, המבוססת באופן בלעדי על המידע הגנטי, תוך התעלמות משלל פרמטרים עובדתיים אחרים, עשויה להביא למסקנה שגויה באשר לאמינותו של העותר 3.

55. גם אם אכן תרומתו הממוצעת הכוללת של בעל "פגמים גנטיים" תהיה פחותה מזו של בעל "גנים טובים", הרי שניתן להביא שוני זה בחשבון במסגרת תכנון משימותיו של המעסיק ואיננו סיבה לפסילה מוחלטת.

56. בנוסף יטענו העותרים, שהעדפת אדם על פני אדם אחר רק בשל מוגבלות בלתי נשלטת של אותו אדם, כאשר מוגבלות זו אינה בעלת רלוונטיות הכרחית (כפי שהוסבר לעיל), **עומדת בסתירה להוראות סעיפים**

1 ו-2 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998 (להלן: "חוק שוויון זכויות"). זאת, שכן אנשים בעלי "פגמים גנטיים" יכולים במקרים רבים לעמוד בהגדרתו של סעיף 5 לחוק שוויון זכויות בכך שמעצם "פגמיהם הגנטיים" הם מוגבלים בצורה זו או אחרת וכלל חייהם מושפעים מכך. סביר, כי גם בקרב בעלי "הגנים הטובים" מוכרים בוודאי מקרים של היעדרות ממושכת מהעבודה, בשל נסיבות אישיות וחזקה שהמעסיק לוקח זאת בחשבון בתכנון משימותיו (ראו: בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, מט (4) 94, 114 (1995) [אסמכתה "ג"] (להלן: "מילר")).

57. לפי התיקון לחוק, נראה כי ישנה חזקה ש"פגמים גנטיים" מעידים על חוסר התאמה לתפקיד. העותרים יטענו כי חזקה זו מוטעית בבסיסה, שכן השוני איננו חזות הכל, וכי יש להעביר את הבעיה מכתפי העובד (שאיננו יכול לסתור את תוצאות הבדיקות הגנטיות) לכתפי המעסיק (שיכול להעניק פתרון להבחנה בין בעלי הגנים השונים). במקום שנקודת המוצא תהיה שאין לקבל לעבודה אדם בעל "פגמים גנטיים", על נקודת המוצא להיות כזאת המקבלת לעבודה עובדים בעלי "פגמים גנטיים" אלא אם כן פגמים אלה נמצאו בוודאות כפוגעניים לעובד, למעביד, ולסביבתו במסגרת ביצוע התפקיד.

58. מעבר לכך, אף אם נמצא, כי לאדם מסוים "פגם גנטי" המגדיל את ההסתברות להתפתחות מחלה בעתיד, הרי שישנו סיכוי, סביר גם כן, כי הרפואה המודרנית תפתח בעתיד את הטכנולוגיה הדרושה לריפוי המחלה. כך למשל, אם כיום נמצא אדם בעל סבירות גנטית לחלות במחלת ההנטיגטון בעתיד, אין זה אומר בהכרח שכאשר המחלה תתפרץ לא יהיו בנמצא האמצעים הרפואיים לרפא או לדכא משמעותית מחלה זו.

59. העותרים טוענים כי למידע הגנטי אופי החלטי. החלטיות זו מתבטאת בפשטות התשובה המתקבלת בבדיקה הגנטית - גן מסוים, המעיד על הסתברות למצב עובדתי מסוים יכול להיות קיים או לא קיים. הבדיקה הגנטית מספקת תשובה החלטית וחד משמעית בשאלת קיומו של אותו גן. מאפיין זה של המידע הגנטי מביא את הגופים האחראיים על קבלת ההחלטות (המעסיקים וחברות הביטוח בעניינינו) להשתמש באופן בלעדי במידע גנטי. שאר הראיות באשר למצבו של האדם מספקות תשובות הרבה פחות החלטיות ולפיכך מקשות על מקבל החלטה. בשל מאפיין זה של המידע הגנטי, יטענו העותרים, כי רק מניעה גורפת של שימוש במידע גנטי הסתברותי בקבלת ההחלטות תביא לביטול השימוש הקונקלוסיבי במידע הגנטי ולמניעת ההפליה.

ב.2.2.2. מדיניות שימוש במידע גנטי ללא הגדרת גנים ספציפית, מפרה את הזכות לשוויון

60. טרם התיקון לחוק, איפשר חוק מידע גנטי החרגות ספציפיות אשר במסגרתן ניתן יהיה ליצור הבחנה על סמך מידע גנטי. כך למשל, בסעיף 30(ד)(1) לחוק מידע גנטי אפשר המחוקק למבטח לבחון את המידע הגנטי של מועמדי הביטוח, במידה והמועמד עבר את אותה בדיקה גנטית - ללא קשר לבקשת הביטוח - במהלך שלוש השנים שקדמו לבקשתו. מדיניות המחוקק, בטרם התיקון לחוק, היתה בין היתר, בשל כוונתו למנות את החרגות האפשריות לשימוש במידע גנטי מבלי לאפשר שיקול דעת על בסיס רצון אישי של מעסיק או מבטח (פרוטוקול מספר 46, הוועדה לענייני מחקר ופיתוח מדעי וטכנולוגי לעניין הצעת חוק הגנה על מידע גנטי, התשנ"ט 1998- מספר 2786, שהתקיימה ביום ג', י"א בתשרי התשס"א, 10.10.2000).
פרוטוקול מספר 46 מצורף כתמיכה לעתירה זו ומסומן כנספח "1".

61. העותרים יטענו, כי ללא קביעת רשימה סגורה של גנים אשר צפויים לגרום בסבירות גבוהה לאי-יכולתו של מועמד לבצע תפקיד מסוים, או לחלופין אשר ייגרמו לייקור משמעותי של פרמיית הביטוח - תתקיים הפליה אסורה.

62. לגישת העותרים, המידע הגנטי בכללותו מספק תמונה רחבה מדי ויש לפרט באופן מפורש בחוק אילו תפקידים נכללים במסגרת המתירה שימוש במידע גנטי ואף אלו נתונים נדרשים לתפקיד או לצרכי הביטוח. לעניין זה יפים דבריו של השופט מצא בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, מט (4) 94, 110 (1995) [אסמכתה "ג"]:

"הזיקה הנדרשת בין התכונות המיוחדות המצויות באחד ואינן מצויות בזולתו, לבין המטרה שלשם השגתה מותר להעדיף את האחד על פני האחר, חייבת להיות ישירה וקונקרטית... עצם קיומו של שוני בין בני אדם אינו מצדיק הבחנה ביניהם... אדרבא, כל אימת שהדבר אפשרי, גם בשונים יש לנהוג בשוויון, תוך התחשבות בהיותם שונים".

63. אם יוכח בעתיד שהימצאותו של פגם גנטי תגרום לסיכון וודאי, לאדם נושא הגן ולסובבים אותו, כתוצאה מביצוע תפקיד מסוים, וכן תעיד על התממשות וודאית של תכונות ומחלות מסוימות, ניתן יהיה להכיר בגן זה כגן רלוונטי.

64. עם זאת, כיום המידע הגנטי איננו ודאי דיו כדי לאפשר הבחנה על בסיסו. לכן, כיום יש לבדוק כישורים ותכונות שהוגדרו מראש כנחוצות ורלוונטיות באמצעות כלים אחרים, ואף לערוך בדיקות תקופתיות לבחינת יציבות הנתונים. לשיטת העותרים, אין בהענקת שירות חיוני לציבור אמתלה לביצוע בדיקות גנטיות ופסילה בשל אותן בדיקות, ללא הגדרת הגנים הפגומים מראש. כפי שטוענת השופטת שטרסברג-כהן בפרשת מילר, אף אם מדובר בשונות רלוונטית, אנו מצויים במתחם המקרים בהם השונות, ברובה, ניתנת לביטול במחיר סביר וראוי כדי להשיג שוויון, זאת באמצעות צמצום ורישום מראש של "פגמים גנטיים" אשר המצאותם תגרום לפסילת מועמד מראש.

ב.2.3.2. הפליה על בסיס מידע גנטי קשה להבחנה בעין

65. אפיון לפי מידע גנטי גורר יחס שונה לאנשים שווים ויוצר הפליה מתוחכמת מההפליה ה"קלאסית" המבוססת למשל על מין או מוצא אתני. בשונה ממין ומוצא אתני, לא ניתן להבחין "בעין" בין האנשים על בסיס מידע גנטי. על כן, החשש הוא שאיסוף המידע, האפיון על פיו, שמירתו ועיבודו במאגר מידע, ובסופו של דבר יצירת הפרופיל או קבלת החלטות לפי האפיון, יעקפו מגבלות קיימות של איסור הפליה (שלובר) ניתן להבחין בה בשל שוני חזותי) וייצרו סוגים חדשים של הפליה סמויה, שלמתבונן מבחוץ (כגון בית המשפט) קשה הרבה יותר להוכיח. בדומה, מחלת הסכרת איננה מחלה חזותית, ומחקרים מוכיחים כי חולי סכרת חשים הפליה בשל מחלתם וכי החברה לא מקבלת אותם כשווים (ראו מחקר שהתפרסם בפברואר 2014 : *DAWN2™ UK Study Results: The Impact of Diabetes on Emotional and Physical Well-Being* (<http://novonordisk.co.uk/content/hcp/diabetes/DAWN2/dawn2-uk-study-results.asp>) [אסמכתה "ד"]

66. כך, מעסיק אשר ישאף להפלות על סמך "פגמים גנטיים" שמצא בבדיקת מועמד, יוכל לתרץ אי-קבלה זו בסיבות שונות, וההוכחה בדבר ההפלייה תהיה מורכבת בהרבה מאשר במקרים בהם בסיס ההפליה חזותי (מיכאל בירנהק **מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה** ו 169, 186 (תשע"א) [אסמכתה "ה"] (להלן: "בירנהק, הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה").

ב.2.2.4. יצירת פרופיל אישי (Profiling) פוגעת בזכותו של האדם לשוויון

67. כאשר גוף מבקש מידע גנטי, הוא יוצר "פרופילים אישיים" הגורמים לפגיעה חמורה בעקרון השוויון. פעולת האפיון ויצירת הפרופיל לוקה **בהתייחסות לאדם כחבר בקבוצת "בעלי הגנים הפגומים"**, ולא כאל אינדיווידואל, ולזיהוי הקבוצה כבעלת נחיתות מעמדית (ראו: בירנהק, הזכות לפרטיות בין משפט וטכנולוגיה, [אסמכתה "ה"], בעמ' 184).

68. בנוסף, **האפיון הגנטי מגביל אפשרויות לניעות חברתית**. אמות המידה שמרכיבות את פרופילי העובדים והמבוטחים יוצרות העדפה של החזקים, העשירים ובעלי "הגנים הטובים". הפרופילים מדירים בפועל את המיעוטים, החלשים ובעלי "הפגמים הגנטיים". מי שנמנה בין בעלי "הפגמים הגנטיים" מראש לא יקבל הצעות מסחריות שמתאימות לבעלי "גנים טובים", ייחשף לפחות אפשרויות חדשות, ייחשף לפחות פרקטיקות מסחריות חדשות ויתקבע בפלח של בעלי "הגנים הפגומים". כך, תשלל אפשרותם של בעלי "הגנים הפגומים" להיחשף למגוון האפשרויות הפתוחות בפני כלל האוכלוסיה, שכן אלה יהיו מתויגים כנחותים ובהתאם לכך ייסגרו בפניהם אפשרויות רבות (להרחבה ראו פסקה 84 להלן). בנוסף, לא תהיה באפשרותם של אנשים הנמנים כחלק מקבוצות בעלות "גנים פגומים" להוכיח עצמם באמצעות כישוריהם ויכולותיהם, אלא האפיון הגנטי הוא שיכריע אלו אפשרויות יפתחו בפניהם (ראו: בירנהק, הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה [אסמכתה "ה"], בעמ' 182).

ב.2.2.5. התיקון לחוק מהווה חריג ביחס למצב המשפטי בעולם

69. מרבית שיטות המשפט שנבדקו על ידי העותרים, אוסרות על חברות הביטוח לבקש מידע גנטי, לעשות שימוש מפלה בתוצאות הבדיקות ומונעות ממעסיקים לסווג עובדים באמצעות מידע גנטי. כפי שיובהר להלן, גישתם של המחוקקים בארה"ב, שוויץ וגרמניה שונה בתכלית מהמגמה המשתקפת בתיקון לחוק, אך זהה לתכליתו של המחוקק ערב תיקון החוק. לכן, בעוד חוק מידע גנטי ערב תיקונו הוא הכלל, התיקון לחוק מהווה חריג בעולם.

70. שיטת המשפט בארה"ב, אוסרת על גופים פדראליים ופרטיים שימוש במידע גנטי לצורך הפליה, וקובעת מנגנון הגנה מפני שימוש במידע גנטי (29 U.S.C § 1001 (2006) [אסמכתה "ז"].) כמו כן, עקרון השוויון בתעסוקה בא לידי ביטוי ב- Genetic Information Nondiscrimination Act משנת 2008 (להלן: "חוק מידע גנטי בארה"ב"). שם בסעיף 202 נקבע שפיטורין, סירוב להעסיק או השפעה על תנאי העסקה והפריבילגיות של העובד בשל מידע גנטי, מהווה פרקטיקת העסקה לא ראויה (42 U.S.C. § 2000ff- (2008) 1(a)(1) [אסמכתה "ז"] (להלן: "42 U.S.C -1(a)(1)").

71. חוק מידע גנטי בארה"ב מונע מהמעסיק להגביל, להפריד או לסווג עובדים, או למנוע מהם אפשרויות קידום בעבודה בשל מידע גנטי. חוק מידע גנטי בארה"ב חל על כל העובדים והמועמדים לעבודה, על

עובדים מדינתיים ועל עובדים פדראליים (ראו גם : 42 U.S.C. § 2000ff-1(a)(2) (2008); 42 U.S.C. § 2000ff-4(a) (2008) [אסמכתה "ח"] (להלן : "42 U.S.C -1(a)(2)", [אסמכתה "ט"] (להלן : - 42 U.S.C. (a)4" בהתאמה).

72. **מסקנתנו אפוא היא ששיטת המשפט בארה"ב, דומה בעקרונותיה ומטרותיה לחוק מידע גנטי הישראלי**

ערב תיקונו (להרחבה ראו : Daniel Schlein, New Frontiers for Genetic Privacy Law: The Genetic Information Nondiscrimination (Act of 2008, 19 Geo. Mason U.C.R.L.G. 311 (2008-2009) [אסמכתה "ז"]

73. גם החוק השוויצרי, דומה בתכליתו ותוכנו לחוק מידע גנטי, טרם התיקון. בחוק ה- Federal Law On Human Genetic Testing (LHGT) (להלן : "חוק מידע גנטי בשוויץ"), נקבע כי מטרת החוק היא להבטיח הגנה על כבוד האדם, למנוע ניצול של בדיקות גנטיות ומידע גנטי, ולהבטיח שוויון בכל הנוגע לבדיקות גנטיות. בסעיף 21 בפרק 4 של חוק מידע גנטי בשוויץ נקבע, כי מעביד אינו רשאי לבקש מעובד או ממועמד לעבודה לבצע בדיקות גנטיות, לחשוף מידע מתוך בדיקות שנעשו או לבקש מעובד לבצע בדיקה על מנת לנסות ולגלות מידע גנטי שאינו קשור לבריאותו של העובד. כמו כן, סעיף 26 לחוק מידע גנטי בשוויץ קובע, כי קיים איסור כללי להתנות קבלת ביטוח בביצוע בדיקה גנטית. ניכר, כי גם החוק השוויצרי דומה בגישתו לחוק מידע גנטי הישראלי, ערב תיקונו.

74. גם בשיטת המשפט הגרמנית עקרון השוויון בתעסוקה ובביטוח בא לידי ביטוי מפורש בחוק, שם נקבע בחוק ה- Human Genetic Examination Act משנת 2009 (להלן : "חוק מידע גנטי בגרמניה"), כי חל איסור למסור מידע גנטי למעסיקים ולחברות הביטוח. יתרה מכך, למעסיקים ולחברות הביטוח חל איסור לדרוש מידע גנטי מחשש להפליה (ראו : Bundesrat Drucksache 374/09 24.04.09 Gesetzesbeschluss Des Deutschen Bundestages) [אסמכתה "יא"]. שיטת המשפט הגרמנית, תומכת אף היא בחוק מידע גנטי הישראלי, ערב תיקונו.

75. נוכח הבחינה המשווה שערכו העותרים בקרב המדינות שיישמו חקיקה בתחום הבדיקות הגנטיות ניתן לקבוע, כי עמדת המחוקק הישראלי כפי שבאה לידי ביטוי בתיקון לחוק עומדת בסתירה של ממש לעמדה המקובלת בעולם. מסקנה זו, מחזקת את עמדתם של העותרים לפיה התיקון לחוק פוגע בזכותם לשוויון ולפיכך דינו בטלות.

ב.3.2. התיקון לחוק פוגע בכבוד האדם ובשמם הטוב של מבצעי בדיקה גנטית

76. התיקון לחוק פוגע בזכותם לכבוד של עובדי מערכת הביטחון, עובדים המבצעים תפקידים בעלי חשיבות ציבורית או חשיבות לשלום הציבור, עובדים אשר המשך העסקתם כרוך בעלויות הכשרה גבוהות וכן של מבקשי ביטוח, וזאת בשני היבטים :

היבט אישי: נשללת זכותם לכבוד של העובדים ומבקשי הביטוח, אשר המידע הגנטי שלהם נמצא פגום, וזאת משום שהם מתויגים כבעלי נתונים גנטיים פגומים, וכתוצאה, הם מושמצים ומנוזים.

היבט קולקטיבי: התיקון לחוק מאפשר סיווג עובדים ומבקשי ביטוח כבעלי נתונים גנטיים פגומים ולפיכך להתייחס אליהם כאל קבוצה נחותה תוך ביטול אינדיבידואליות האדם והכללה גסה.

77. זכותו של אדם לכבוד מעוגנת בסעיפים 2 ו-4 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, ומהווה זכות חוקתית על-חוקית ממעלה ראשונה. הזכות לכבוד האדם אוסרת פגיעה בכבודו של אדם באשר הוא אדם, מניעת השפלה והשמצה ושמירה על שמו הטוב של האדם. פגיעות אלו מצויות ב"גרעין" ההגנה על כבוד האדם (ראו: אהרון ברק "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית** ו 401, 413, 427 (תשנ"ד)). [אסמכתה "ב"] (להלן: "**פרשנות במשפט**").
78. התיקון לחוק מאפשר למעסיקים ולחברות הביטוח להפלות פרטים על בסיס תוצאות הבדיקות הגנטיות שלהם, אשר כתוצאה מהבדיקות הגנטיות, יהיו מחוסרי עבודה ומחוסרי ביטוח. מצב מעין זה, גורם לקבוצת בעלי "הגנים הפגומים" להיות לא שייכים, שונים מהכלל ולהרגיש לא שווים ככל אדם. כבודם של בעלי "הגנים הפגומים" נפגע, עקב חוסר היכולת שלהם להיות אדם באשר הוא אדם, אלא "אדם באשר הגנים שלי".
79. התיקון מצמצם את יכולת הפרטים להיבחן על-פי כישוריהם ויכולותיהם הממשיות, אלא על-פי נתונים גנטיים המעידים על הסתברות, שאינה ודאית, לחלות בעתיד. הפרטים אינם מקבלים הזדמנות להוכיח את יכולותיהם כדי לזכות לקידום, אלא נתונים הגנטיים הם שמכריעים את עתידם. **כבודם נפגע, משום שהשקעתם, גדולה ככל שתהיה - אינה יכולה להבטיח להם יכולת קידום והגשמה עצמית.** כבודם של הפרטים נפגע מעצם תוצאות הבדיקה, שלעיתים חושפת נטיה גנטית שמעידה על תכונות אופי שליליות, תוצאה שתלווה אותם כמס קלון חברתי לאורך כל חייהם.
80. כפי שתואר לעיל, שימוש בלעדי בראיות גנטיות לקביעת התאמתו של פרט לעבודה או לקבלת ביטוח איננו ממצה (וראו פסקאות 49-51). כך למשל, העותר 3 נמצא כבעל גן המעיד על חוסר אמינות. ראייה זו אינה ודאית אלא הסתברותית בלבד. זאת, בעוד שעל בסיס הערכה פסיכולוגית מקיפה העותר 3 נמצא כאמין, דבר המגובה בשירותו הצבאי ביחידה מובחרת. לפיכך, העדפת הראייה הגנטית ההסתברותית על פני הראיות המוחשיות, מהווה פגיעה בכבודו של העותר 3, שכן השימוש בראייה הגנטית מתייגת אותו, על אף הנתונים העובדתיים הסותרים, כלא אמין.
81. שימוש במידע גנטי עשוי לגרום לכך שאדם יישפט על-פי פרט מידע בודד או לפי אפיון מלאכותי שלאדם אין שליטה עליו, תוך **הוצאתו של האדם מהקשרו, ובדרך שפוגעת בכבודו בכך שהיא מרוקנת את היחס האנושי מהאדם ומבטלת את עצמיותו.** כאשר אנו מאופיינים על בסיס המידע הגנטי שלנו ומתקבלות החלטות על סמך מידע זה, מופקעת בפועל שליטתנו בעצמנו. אנו מאפשרים לחברות הביטוח ולמעסיקים לקבל החלטות לגבינו (להרחבה ראו: בירנהק, הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה, [אסמכתה "ה"], בע"מ 181).
82. זאת ועוד, האפיון על סמך המידע הגנטי מפקיע מידי האדם את האפשרות להגדיר את עצמו. מעסיקים וחברות ביטוח לא בוחנים את מכלול הנתונים לגבי האדם לצורך התאמת הפרמיה או קבלה וקידום בעבודה, אלא שואלים אותו אודות המידע הגנטי שלו. כל אדם הוא עולם ומלואו, והאפיון שנעשה על-ידי מידע גנטי איננו משקף את המורכבות האישית של כל אחד. לדוגמה בעניינינו, התרת שימוש במידע גנטי לחברות הביטוח בהתאם לתיקון לחוק, וכפי שביצעה המשיבה 5 כלפי העותרת 1, מאפשר התבססות בלעדית על מידע גנטי ללא בחינת המצב העובדתי הקיים (כלומר, מצבה הפיזי הנוכחי של העותרת 1). (להרחבה ראו: בירנהק, הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה, [אסמכתה "ה"], בע"מ 187).

83. כמו כן, ככל שגדל היקף השימוש בנתונים גנטיים למטרות זיהוי, מצטמצמת זהותו של האדם לאוסף של נתונים גנטיים- גופו נתפס כחפץ שמידותיו נמדדות, נאגרות ומשמשות את רשויות השלטון וחברות הביטוח. תפיסתו של הגוף כחפץ, כאובייקט, מהווה לכשעצמה פגיעה בכבוד ובפרטיות (להרחבה בנושא "חיפצון הגוף" ראו: עומר טנא "חוק המאגר הביומטרי: סיכונים והזדמנויות" 10 (לא פורסם) [אסמכתה "יב"].

84. באמצעות שימוש בתוצאות בדיקות גנטיות תיווצר **סטיגמציה קשה לבעלי "גנים פגומים"**. שיוך אדם לקבוצה על בסיס הגנים שלו מהווה פגיעה ממשית בכבודו, השפלה והשמצה. לא זו אף זו, סיווג פרטים כבעלי גנים "פגומים" ילווה אותם בחיי היומיום ויהווה אות קלון בכל מקום אשר יגיעו אליו. מעסיקים לא ירצו לקבלם לעבודה, מעגלים חברתיים לא יקבלו אותם ככל אדם, והחברה תתייחס אליהם כאל "נגועים" ונחותים. **התיוג של פרטים כבעלי "גנים פגומים" יגרום להשפלתם, להשמצתם לשווא ולפגיעה קשה וחמורה בכבודם כבני אדם.** היטיב לתאר זאת אמיר טל במאמרו "סטיגמה והפליה של מעסיקים כלפי המתמודדים עם מחלות פסיכיאטריות" פסיכולוגיה עברית (30.6.08) www.hebpsy.net/articles.asp?id=1794 [אסמכתה "יג"]:

"סטאטוס בולט ודומיננטי המשפיע רבות על חייו האישיים והחברתיים של הפרט הינו התיוג כ"חולה/נכה נפש". לסטאטוס זה מתלווה תפקיד חברתי ברור אשר מאפיל על שאר ממדי הזהות של הפרט. כתוצאה מכך, בתהליכי השיקום, ההחלמה והאינטגרציה החברתית של המתמודדים הם ניצבים מול שתי חזיתות: החזית האחת היא מול הסימפטומים של המחלה, העלולים לפגוע בעצמאותם ובאיכות חייהם והחזית האחרת היא מול החברה, שחלק מחבריה מחזיקים בעמדות שליליות כלפיהם ופוגעים בהזדמנויות החיים שלהם".

85. בשל הפגיעה הממשית של התיקון לחוק בכבודם, בשמם הטוב ובעצמיותם של מבצעי הבדיקות הגנטיות, ובפרט, בבעלי "הפגמים הגנטיים", על ידי ריקון היחס האנושי והתייחסות למידע הגנטי כחזות הכל, דינו של התיקון בטלות.

ב.2.4. התיקון לחוק פוגע בזכות לפרטיות של מבצעי הבדיקות הגנטיות

86. התיקון לחוק פוגע בפרטיותם של מבצעי הבדיקות הגנטיות. התיקון מאפשר למעסיקים ולחברות הביטוח להיות חשופים לפרטים אישיים אודות מבצעי הבדיקה הגנטית, מעקב על מצבם הבריאותי, ההסתברות שלהם לחלות במחלה עתידית ולהיות שותפים למידע האישי והכמוס ביותר שלהם. האדם צפוי לאבד את אלמוניותו, את השליטה שלו במידע אודותיו ואת פרטיות משפחתו. בשונה ממידע רפואי, אשר מציג היסטוריה רפואית, מידע גנטי מציג הסתברות עתידית שאיננה ודאית. לפיכך, חשיפת מידע גנטי שעשוי להשפיע על עתידו של אדם בקביעת גורלו מהווה פגיעה בזכות לפרטיות.

87. הזכות לפרטיות מעוגנת בסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובעלת מעמד חוקתי. כמו כן, הזכות מוסדרת בחוק הגנת הפרטיות והוכרה בפסיקה כזכות יסוד הנגזרת מזכות האדם לכבוד. הזכות מגנה על הפרט מפני חדירה לחייו האישיים, על אלמוניותו והאינטימיות שלו.

88. חשיבותה של הזכות לפרטיות אינה שנויה במחלוקת. בית משפט העליון שב ותיאר את מרכזיותה של הזכות לפרטיות במערך זכויות האדם והאזרח בישראל ועמד על כך שמדובר באחת מהחשובות שבזכויות האדם (ראו: רע"א 4447/07 **רמי מור נ' ברק אי.טי.סי (1995) החברה לשירותי בזק בינלאומיים בע"מ**, סג (3) 664 (פורסם בנבו, 25.03.2010); רע"פ 10141/09 **אברהם בן חיים נ' מדינת ישראל**, נד (5) 245 (פורסם בנבו, 6.03.2012).

אין הגדרה ברורה בחוק הגנת הפרטיות ובחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו באשר לענייני הפרטיים של האדם. בע"א 439/88 **רשם מאגרי מידע נ' ונטורה**, פ"ד מח(3) 808, 821 (1994), אימץ בית המשפט העליון פרשנות רחבה לפיה "ענייני הפרטיים" של האדם הם כל מידע הקשור לחייו הפרטיים. מאוחר יותר, בע"פ 4988/08 **איתן פרחי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 1.8.2011) נקבע, כי נתוני זיהוי המופקים מדגימות ביולוגיות "אוצרים בחובם מידע רגיש בדבר זהותו של האדם ומאפייניו" (שם, בפסקה 17 לפסק דינו של השופט לוי). לפיכך, אם ראה בית המשפט העליון לקבוע בעניין זה, כי מידע ביולוגי הוא בגדר מידע פרטי, קל וחומר שמידע גנטי, שהוא מידע רחב ופולשני יותר, נכלל גם הוא בהגדרה זו.

ב.1.4.2. מידע גנטי הוא בבחינת "ענייני הפרטיים של האדם" ואיסופו במאגר מידע שולל

את השליטה העצמית

89. מידע גנטי הוא מידע רגיש מן המעלה הראשונה. חשיפת מידע גנטי של אדם, מהווה פגיעה חמורה וממשית בזכותו של האדם לפרטיות. באמצעות שימוש במידע גנטי נפגעת אלמוניותו של האדם וזכותו להגן על ה"אני" מפני חדירתה של החברה לתחום האישי שלו. כל עת שהמידע האישי אודות אדם חשוף לגורמים נוספים, הוא איננו מוגן מפני פלישתה של החברה לחייו האישיים וסודותיו הכמוסים ידועים לכל (ראו: ע"פ 5026/97 **ג'ק גלעם נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 13.6.1999); זאב סגל "הזכות לפרטיות מול הזכות לדעת" **עיוני משפט ט 175, 176** (תשמ"ג) [אסמכתה "יד"].

90. כך נקבע גם בדין האמריקאי. בתיקון הרביעי לחוקה בארה"ב נקבע, כי לכל האזרחים קיימת זכות לפרטיות. מאוחר יותר, בשנת 1998, בית המשפט הפדראלי לערעורים של המחוז התשיעי הכיר באינטרס התובעים להימנע מחשיפה של מידע רפואי רגיש (U.S. Const. Amend. IV [אסמכתה "טו"]; *Norman Bloodsaw vs. Lawrence Berkley Laboratory* [אסמכתה "טז"]). קביעה זו, תומכת בטענתנו לפיה זכותם של האזרחים שלא יעשה שימוש במידע גנטי נובעת מן ההגנה על הזכות החוקתית לפרטיות.

91. ועוד, שליטה של מעסיקים וחברות ביטוח במידע הגנטי שקולה לשליטה של גורמים אלו בפרטים עצמם. מבצעי הבדיקות הגנטיות אינם עצמאים עוד במעשיהם אלא כפופים להחלטות שמקבלים לגביהם על סמך מידע גנטי. מבצעי הבדיקות הגנטיות אינם שולטים עוד במידע אודותיהם, מרגע מסירת המידע הם אינם ריבון לעצמם. הם מסווגים ומתויגים על-ידי אחרים, מבלי שיש להם השפעה על הסיווג או זכות ערעור (ראו: מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" **משפט וממשל**, י"א 9, 42 (תשס"ח) [אסמכתה "יז"], (להלן: "בירנהק, הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות").

92. היטיבה לתאר זאת פרופ' רות גביון, כבר בתחילת המהפכה הדיגיטלית, כאשר טענה שמאגרי מידע יוצרים פוטנציאל גדול לפגיעה בפרטיות, ותורמים לתחושה של האדם שהוא מאבד את השליטה בהיבטים רבים וחשובים בחייו. בנוסף, עצם הידיעה שפרופילו של אדם נמצא במרחק לחיצת כפתור מחשיפה, היא

עצמה פגיעה בכבוד גם אם הפגיעה אינה מתמצת בשימוש לרעה (רות גבזון "הזכות לפרטיות ולכבוד" בתוך זכויות אדם לישראל - קובץ מאמרים לזכרו של חמן שלח 61, 69 (1998) [אסמכתה "ח"])).

93. הקמתם ועצם קיומם של מאגרי מידע גנטי אצל מעסיקים וחברות הביטוח יפגעו בפרטיות לנוכח בעיות קשות של סכנות אבטחה, ובהן :

92.1 "זחילת פונקציות" (function creep) - מידע שנועד לשמש למטרה אחת משמש בפועל למטרות נוספות בשל זליגה שלו ממאגר מידע אחד לאחר ;

92.2 מעקב רציף אחר הרגלי חיינו (surveillance) (מיכאל בירנהק, **מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה**, שער שני 165, 171 (תשע"א) [אסמכתה "ה"]);

92.3 כריית מידע (data mining) - ניסיון להשיג מידע מבסיסי נתונים קיימים ולהסיק מסקנות מהצלבתו (יורם מרגליות "הפליה סטטיסטית בשירות המדינה" **משפט ועסקים** ה 323, 340).

94. המאגרים הגנטיים יהיו חשופים בשל סכנות האבטחה, שהמדינה לא תמיד יודעת להתמודד איתן. די בפריצת המאגר הגנטי פעם אחת בכדי לחשוף את כלל הנתונים בו ולהביא לכדי תוצאה בלתי הפיכה של פגיעה בפרטיות (להרחבה בנושא בעיות אבטחה במאגר הביומטרי ראו: עומר טנא "חוק המאגר הביומטרי: סיכונים והזדמנויות" 13 (לא פורסם)) [אסמכתה "יב"].

95. יתרה מכך, השימוש של המדינה והתאגידים הפרטיים במידע מעורר את החשש הקלאסי מ"האח הגדול". חשיפת מידע גנטי היא חלק מתהליך שעלול ליצור מצב בו פרטים נתונים לפיקוח ולניטור מתמידים מטעם השלטון והתאגידים ולמעורבות יתר של השלטון בחיי הפרט. כיום, עם ההתפתחות הטכנולוגית ניתן לאסוף מידע ולעבדו ביתר קלות, הרצון והיכולת לאסוף מידע לצרכי ביטחון והצרכים הכלכליים של המעסיקים בחברה תחרותית הופכים את הדיון בגורל הפרטיות לקריטי. יש רעב מתמיד לדעת כמה שיותר על הציבור, דבר שעלול לגרום בסופו של יום לעולם קודר המנוהל ומבוקר באמצעים של שליטה פיזית ומנטאלית מוחלטת (בירנהק, הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה [אסמכתה "ה"], בע"מ 167).

2.4.2. ב. חשיפת מידע גנטי מביא לפגיעה בפרטיות המשפחה

96. המידע הגנטי אינו מידע אישי בלבד, אלא מצייר את התמונה הגנטית של העץ המשפחתי כולו ולפיכך, ביצוע בדיקה גנטית על-ידי בן משפחה יחיד יחשוף היבטים בזהות הגנטית של המשפחה כולה. כתוצאה מכך, הזכות לפרטיות של בני המשפחה נתונה להחלטת בן משפחה יחיד האם לבצע בדיקה גנטית, משמע, לכל אדם הכוח לקבוע את גורל פרטיות בני משפחתו. די בהסכמתו לביצוע בדיקה גנטית לצורך התאמת פרמיית ביטוח, קבלה או קידום בעבודה, כדי לייתר את הצורך בביצוע בדיקה גנטית של בני משפחתו.

97. השפעה זו מרחיקת לכת, שכן הסכמה של אדם לויתור על פרטיותו, שוללת את זכות הבחירה של בני משפחתו לויתור על פרטיותם (להרחבה ראו: יוסי גרין "האם רשאי מעביד להתנות קידום עובד בתוצאות בדיקה גנטית? הרהורים על הפררוגטיבה הניהולית וזכות העובד לפרטיות" **מאזני משפט** ח 183, 208 (תשע"ג) [אסמכתה "יט"]). העותרים ירחיבו על השלכות המידע הגנטי על המשפחה בפסקאות 122-124 להלן, העוסקות בפגיעה באוטונומית הרצון הפרטי של בני משפחת של הנבדק.

ב.2.4.3. התיקון לחוק פוגע בזכותם של העותרים 1-3 לפרטיות

98. העותר 2, נדרש על-ידי המשיבה 6 לבצע בדיקה גנטית כדי לבחון את בקשתו להתקבל לקורס פקחי טיסה בכירים. דרישה זו פוגעת בזכותו לפרטיות משום שהוא נדרש לחשוף את המידע הגנטי אודותיו. עם הוצאת המידע מידי של העותר 2 לידי המשיבה 6, נשללת יכולתו של העותר 2 לפקח על תפוצת המידע הגנטי האישי שלו. כמו כן, העותר נדרש לוותר על פרטיותו כתנאי לכך שתינתן לו הזדמנות להתקדם בעבודתו. אלמלא יבצע בדיקה גנטית, לא יוכל לסיים את הליך הבקשה, וכפועל יוצא, לא יוכל לקבל קידום בעבודתו.

99. העותר 3, נדרש על-ידי המשיבה 3 לבצע בדיקה גנטית כחלק מהמיונים לתפקיד במוסד לשירותים מיוחדים. בשל דרישה זו מאבד העותר את זכותו לפרטיות ואת האפשרות שייבחן על בסיס יכולותיו וההיסטוריה הצבאית שלו, אלא נבחן על-פי התוצאות הגנטיות שלו. העותר נדרש לוותר על פרטיותו בכדי שתינתן לו הזדמנות להתמין לתפקיד מבצע. אימלא יבצע את הבדיקה הגנטית, לא יוכל להשלים את הליך המיון.

100. בשל הפגיעה הממשית של התיקון לחוק בפרטיותם של מבצעי הבדיקה הגנטית, דינו של התיקון בטלות.

ב.2.5. התיקון לחוק פוגע בזכות לקניין של מבצעי הבדיקות הגנטיות

ב.2.5.1. הפגיעה בזכות האדם לשמור את ענייניו האישיים לעצמו מהווה פגיעה בזכות לקניין

101. התיקון לחוק פוגע בזכותם של פרטים הנאלצים לבצע בדיקה גנטית, לשמירה על קניינים האישי: המידע הגנטי.

102. זכות הקניין מעוגנת בסעיף 3 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. זכות זו הינה זכות רחבה אשר פורשת תחת כנפיה היבטים רבים. כחלק מהיבטים אלו, חוסה זכותו של המעסיק לנהל את עסקו - הפרורוגטיבה הניהולית לצד זכותו הקניינית של הפרט והעובד במידע הגנטי (למידע נוסף ראו: ע"ע 491/08 סארג'י נ' קופת חולים לאומית (פורסם בנבו, 10.05.2009)).

103. לכל אדם זכות קניינית טבעית על גופו, זכות זו היא זכות אישית ואינה ניתנת להעברה או למכירה. מידע אישי אודות אדם, לרבות מידע גנטי, גם הוא קניינו של האדם. לעניין הרחבת הזכות לפרטיות כזכות קניינית, מבקשים העותרים להשתמש באנלוגיה מדיני הקניין הרוחני: כפי ש"בזכויות יוצרים" הזכות לפרטיות יוצרת זכות קניינית חזקה, כך שמי שמשמש במידע מפר את הזכות הקניינית, כך בעניינו - שימוש במידע אישי והפרת הזכות לפרטיות מהווה פגיעה בזכות לקניין.

104. לשיטת העותרים, ניתן להקיש מעמדת הדין בנוגע להגנה על זכות יוצרים גם בעניין ההגנה על מידע גנטי. כאשר עוסקים ב"זכויות יוצרים", עוסקים בליבת היצירה וההגנה שניתנת לה מפני שימוש בלתי מורשה. זכות היוצרים היא על אופן הביטוי הבלעדי של הרעיון, אשר מבדיל בין יצירות שונות ושימוש בהן ניתן לעשות רק בהנתן הסכמת בעל הזכות. לורנס לסיג במאמרו טוען, כי כפי ש"זכות היוצרים" זוכה להכרה כזכות קניינית שיש לה בעלים הרשאי לאשר שימוש או אי-שימוש בה, כך גם הזכות של האדם על מידע פרטי אודותיו היא קניינו. הכרה בפרטיות כמידע קנייני תיצור תמריצים דומים לאלו שנוצרים בזכויות יוצרים. לעניין זה ראו - LAWRENCE LESSIG, CODE VERSION 2.0, 228 (2006):

As with copyright, a privacy property right would create strong incentives in those who want to use that property to secure the appropriate consent. That content could then be channeled (through legislation) through appropriate technologies. But without that consent, the user of the privacy property would be a privacy pirate. Indeed, many of the same tools that could protect copyright in this sense could also be used to protect privacy"

105. תאוריטיקנים שרואים בפרטיות כשליטה על המידע, מסבירים זאת במסגרת הזכות לקניין וההיבטים החוזיים. הרעיון של שליטה על מידע אישי הוא אחד מהאספקטים החשובים והדומיננטיים בזכות הפרטיות - פרטיות היא בין היתר זכותו של היחיד והקבוצה לקבוע מתי, איך, ואיזה סוג מידע אודותיהם לחשוף ולשתף אחרים.

106. להבנה מעין זו קשת השלכות מגוונות: צורך בזיהוי הבעלים של המידע, צורך במתן רשות לשימוש בו ובחינת דרכי התמודדות עם החשש משימושים מסחריים. דניאל סולב מסווג את הזכות לפרטיות כזכות קניינית במאמרו DANIEL J. SOLVE, THE DIGITAL PERSON: TECHNOLOGY AND PRIVACY IN THE INFORMATION AGE 77 (2004).
[אסמכתה "ב"]:

"Personal information, thought of as the right of decision over one's private personality, should be defined as a property right"

107. יתרה מכך, בנוסף לזכות הקניינית, דיני החוזים משחקים תפקיד חשוב ברגולציה של הזכות לפרטיות. צדדים יכולים ליצור יחסים חוזיים שיחייבו שמירה על פרטיות ובית המשפט יכול לאכוף חוזים אלו ביתר קלות, בשונה מהמצב כיום, בו בית המשפט מתקשה להוכיח פגיעה בפרטיות. כמו כן, יצירת יחסים חוזיים מאפשרת לפרט לתבוע נזקים כאשר אחד מהצדדים לחוזה מפר זכות חוזית אובליגטורית. יפים דבריו של דניאל סולב גם להלן [אסמכתה "ב"], בע"מ 77:

"In addition to property rights, contract law plays an important role in regulating privacy. Parties can make contractual agreements about privacy at the outset of forming a relationship"

108. יצוין, כי מערכת היחסים בין עובד למעביד אינה שוויונית וקיימים פערי כוחות, כך שידו של המעסיק על העליונה בכל הקשור לרצון להתקבל למקום עבודה ולהתקדם בו. עליונות זו ביחסים עלולה להוביל לכך שהעובד יוותר על מידע אישי אודותיו ויסכים לפעולות הפוגעות בזכותו לשמור על מידע זה. לכן, החלטתו של העובד לבצע בדיקות גנטיות, במתכונת הנוכחית של התיקון לחוק, אינה צפויה להינתן מרצונו החופשי (ראו: ע"ע 164/99 דן פרומר - רדגארד בע"מ, פד"ע לד 294 (1999)).

109. לפיכך, אין לקבל את הסכמתם של העותרים ושל מבצעי הבדיקות הגנטיות בשל הבדלי הכוחות והלחץ הסמוי שמונח על כתפיהם (ראו: בירנהק, הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות [אסמכתה "ג"] בע"מ 46; דב"ע 4-70/97 אוניברסיטת תל-אביב נ' ההסתדרות הכללית, פד"ע ל 1, 13 (1998)).

110. מעבר לכך, גם אם נניח כי הסכמתו של מוסר המידע ניתנה מדעת, הרי שלמידע הגנטי שיימסר ישנה השפעה גם על בני משפחתו של מוסר המידע. כך לדוגמה, אחים תאומים החולקים נתונים גנטיים דומים

חשופים לכך שהמידע הגנטי של האחד תשפיע גם על השני ותפגע בקניינו. הסכמתו של האחד חסרת נפקות באשר לחשיפת המידע הגנטי של האחר.

111. העותרים טוענים, כי לאדם זכות קניינית על המידע הגנטי שלו, שימוש בקניין זה על ידי אחר מחייב את הסכמתו מדעת של בעל המידע הגנטי. כאשר הצדדים להסכמה הם העובד והמעביד, הסכמה זו לעולם תהיה כפופה לפערי הכוחות המבניים ביחסים ביניהם. לכן, אין לקבל את הסכמתו של עובד לחשיפת מידע גנטי כהסכמה מדעת ויש לאסור בחוק את האפשרות של המעסיק לבקש מידע גנטי. מעבר לכך, גם כאשר ההסכמה ניתנת, הרי שמאחר ויש לה השפעה גם על בני משפחה אחרים יש לדרוש בהסכמתם לביצוע הבדיקה.

ב.2.5.2. הפררוגטיבה הניהולית של המעסיק היא זכות קניינית מוגבלת

112. הזכות הקניינית של חברות הביטוח והמעסיקים לנהל את עסקם, אינה בלתי מוגבלת. באיזון שבין הפגיעה בזכות הקניינית וזכויות חוקתיות אחרות של העותרים אל מול הפגיעה בזכות הקניינית של המעסיק, אשר לשיטת העותרים היא זכות חלשה יותר מהזכות הקניינית של העובד, נראה, כי ידו של העובד על העליונה ואין לאפשר למעבידים לדרוש מידע גנטי מעובדיהם.

113. בפרשת הסתדרות העובדים-איגוד קציני הים, הכירו בכך שהפררוגטיבה הניהולית כפופה לעקרון השוויון, תום לב וזכויות קנייניות של העובדים במקום עבודתם ובקשת המעסיקים פוגעת בעקרונות אלו. (עס"ק 400024/98 **הסתדרות העובדים החדשה-איגוד קציני הים נ' צים חברת השיט הישראלית בע"מ** (פורסם בנבו, 28.6.2000)). יתרה מכך, גם אם מבחני התאמה הם במסגרת סמכותו של המעסיק, לא הוכחה רמת תוקפן (validity) ומהימנותן של הבדיקות הגנטיות.

114. מעבר לכך, העותרים סבורים שקיימים מבחני התאמה פסיכולוגיים ומבחני התאמה אישיותיים שהם פוגעניים פחות מהבדיקה הגנטית ולכן ראוי לעשות שימוש בהם (ראו: אלי הלם **דיני הגנת הפרטיות** 423-425 (2003) **[אסמכתה "כא"]**).

115. טענת מעסיקים בדבר זכותם הנובעת מתוך הפררוגטיבה הניהולית דינה להיפסל, שכן העותרים סבורים שזכות זו מוגבלת אל מול הפגיעה בפרטיותם וקניינים של אלה המתבקשים למסור מידע גנטי.

ב.2.6. התיקון לחוק פוגע באוטונומיה של הרצון הפרטי

116. התיקון לחוק מידע גנטי פוגע בזכותם של מבצעי הבדיקות הגנטיות, כמו גם בבני משפחתם, לבחירה מדעת.

117. הזכות לאוטונומיה של הרצון הפרטי קשורה קשר הדוק לזכות החוקתית לכבוד המעוגנת בסעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בבג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 11.05.2006) נקבע, בפסקה 35 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) ברק, כי פגיעה בכבוד האדם כוללת גם פגיעות הנוצרות בחופש הבחירה של הפרט:

"ביסוד הזכות לכבוד האדם עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו בחברה בה הוא חי; במרכזו של כבוד האדם מונחת קדושת חייו וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדים

האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם
כיצור חופשי".

118. מודל זה אומץ בפסיקה זה מכבר, וכך נקשרה כל פגיעה בקשר הדוק לכבוד האדם, כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה.
119. התיקון לחוק שולל את הזכות לבחירה של מועמדי הביטוח (ובני משפחתם), מועמדים לקידום בעבודה ומשרתי מערכת הביטחון. לעותרים לא קיימת זכות בחירה חופשית אמיתית להחליט אלא בקשותיהם מותנות בתנאים שפוגעים בזכותם לבחירה (להרחבה ראו: בירנהק, הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות **[אסמכתה "נז"]**, ע"מ 53-50).
120. חופש הבחירה של העותרים 2-3 נפגע, וכך גם האוטונומיה שלהם לקבל החלטות. התיקון לחוק לא מאפשר לעותרים, הלכה למעשה לממש את רצונם: התיקון לחוק מונע מהם להתקבל לעבודה שהם רוצים ולהתקדם בה, זאת מכיוון שהם נדרשים לבצע בדיקות גנטיות לבחינת התאמתם הגנטית. ניתנת לעותרים אפשרות בחירה, אולם כזו שאין בה ממש.
121. העותרים סבורים, כי מדובר במדרון חלקלק ומסוכן העלול להפר את האיזון העדין שנקבע בפסיקה. כך, עלולים למצוא עצמם עובדים רבים חשופים בצורה חסרת תקדים בפני מעסיקיהם ונתונים ללחץ חברתי ואחר, דבר שיהיה בו לעקר ממש את חופש הבחירה שלהם.
122. הזכות לבחירה מדעת של בני משפחות מבצעי הבדיקות הגנטיות נפגעת משום שלמידע הגנטי יש אופי משפחתי. כאשר פרט מחליט לבצע בדיקה גנטית, הוא חושף את המידע הגנטי אודות משפחתו, ובכך שולל את יכולת הבחירה שלהם, האם לחשוף או לא לחשוף מידע שכזה. צעד זה פוגע גם בהסכמתם מדעת של בני משפחתו. (הרחבה נוספת על מידע גנטי כמידע משפחתי ניתן למצוא ב"נספח 2"). זכותם של בני משפחות הנבדקים שלא לדעת, באה לידי ביטוי גם בדין המשווה באמנה לזכויות האדם והביו רפואה, שם נקבע בסעיף 12, כי "הזכות שלא לדעת" נעשית חשובה במיוחד כאשר מדובר במחלה חשוכת מרפא.
123. לפיכך, חברת ביטוח אינה זכאית להשתמש בחיזוי שהתקבל כתוצאה מבדיקה גנטית לצורך איסוף מידע גנטי על בן משפחה אחר. בנוסף, היא אינה רשאית לסרב לבטח כתוצאה מסירובו של המבקש לעבור את הבדיקה או לספק את המידע. כלומר, לפי האמנה, על אף הימצאותו של מידע גנטי אודות אדם בשל בדיקה גנטית שביצע בן משפחתו, חברות הביטוח לא רשאיות להשתמש בו. (Consultation Document on Predictivity, Genetic Testing and Insurance, Steering Committee on Bioethics (CDBI), 14 (2012) **[אסמכתה "כב"]**) עמדה זו של הוועדה תומכת במסקנה כי אין לפגוע בזכותם של בני המשפחה "שלא לדעת" מה הם הנתונים הגנטיים שלהם, בטח לבטח לאור הסיכון שבגילויין של מחלות חשוכות מרפא, שכן במסגרת הבדיקה נמסר פלט אשר מפרט אודות המידע הגנטי, ועלול לבשר לעתים על פגמים שיכולים להביא לתוצאות מרות.
124. הפגיעה בזכותם של מבצעי הבדיקות הגנטיות לבחירה חופשית שיש בה ממש ובזכותם של בני משפחותיהם "שלא לדעת", מחייבת את המסקנה, כי דינו של התיקון לחוק מידע גנטי בטלות.

ב.7.2. התיקון לחוק פוגע בחופש העיסוק של מבצעי הבדיקות הגנטיות

125. התיקון לחוק פוגע בחופש העיסוק של עובדי מערכת הבטחון, עובדים המבצעים תפקידים בעלי חשיבות ציבורית או חשיבות לשלום הציבור ועובדים אשר קידומם נשלל מהם בשל "חוסר התאמה גנטית".
126. העותרים יטענו, כי קידום בעבודה הוא למעשה הגשמת היעוד של האדם. ללא האפשרות לקידום בעבודה יכולתו של האדם העובד להגשים את עצמו, ולפיכך, זכותו לחופש עיסוק נפגעת.
127. אין חולק על מעמדה של הזכות לחופש עיסוק, כפי שנקבע עוד בבג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב(1) 80 (1949). מושכלות יסוד הם בשיטת משפטנו, כי לאחר חקיקת חוק-יסוד: חופש העיסוק, זכות זו הוכרה כזכות חוקתית על-חוקית.
128. העותרים סבורים, כי התפיסה המקובלת בפרשנותו של חוק יסוד: חופש העיסוק היא, כי יש לפרש את המונח "עיסוק" באופן רחב. מתוך נקודת מבט רחבה זו, ניתן לראות בבקשת עובד לקידום כרצון להגשמה עצמית באמצעות בחירת תפקיד, ולפיכך בשלילת קידום עובד כפגיעה בחופש העיסוק. בבג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235 (2002), קבע בית המשפט העליון כך:
- "חופש העיסוק נובע מזכותו של אדם למצוא לעצמו מקורות מחיה ופרנסה לשם קיומו הפיזי בכבוד. כן נובע הוא מזכותו של אדם לאוטונומיה אישית, לפיתוח האישיות ולהגשמה עצמית של מאוויי וכישוריו באמצעות בחירת המקצוע שיעסוק בו והגשמתו". [ההדגשות אינן במקור, הח"מ]
129. התיקון לחוק מאפשר למעסיק לדרוש ביצוע בדיקה גנטית לצורך בחינת התאמה לתפקיד, ופרטים שיתגלו כבעלי גנים "שאינם מתאימים לתפקיד" לא יתקבלו לעבודה או אפשרות קידום תישלל.
130. תוצאות הבדיקות הגנטיות מספקות מידע לגבי הסתברותו של אדם לחלות במחלות מסוימות בעתיד ולפיכך, מהוות תנאי קבלה שאינו רלוונטי לבחינת התאמה לתפקיד ותנאי שאינו מתחייב מאופי העבודה. ההסתברות למחלות עתידיות אינה קשורה קשר הדוק להתאמת הפרט לתפקיד. מעבר לכך, קיימות חלופות רבות, מגוונות ורלוונטיות שמאפשרות למעסיק לבחון התאמה לתפקיד (למשל, הערכות פסיכולוגיות) שאינן פוגעות בזכותו של העובד בכניסה לעיסוק.
131. התיקון לחוק מאפשר התניית קידומו של עובד בביצוע בדיקה גנטית, שתבחן האם ניחן בגנים שיכולים להטיב עימו בקבלת הקידום, או שמא יכולה לשלול את סיכויי לקידום. המשמעות לכך היא, שסיכויי קידום של המבקשים תלויים ועומדים על תוצאות הבדיקות הגנטיות שלו בלבד, ללא התייחסות לכישוריו ומידת התאמתו לתפקיד. התניית הקידום בתוצאות הבדיקה הגנטית גם היא, מהווה תנאי שאינו רלוונטי לבחינת התאמה לקידום בעבודה ותנאי שאינו מתחייב מאופי העבודה.
132. אפשרויות הקידום של העובדים מהווים חלק חשוב מאופי הצעתו של המעסיק ותנאי ההעסקה. אפשרויות קידום עתידיות הן שגרמו לעובדים להכנס לחוזה העסקה מלכתחילה, מתוך ידיעה שקידומם יהיה תלוי בכישוריהם ויכולותיהם ככל שיתגלו במהלך עבודתם, ולא על בסיס נתונים גנטיים.
133. טענה בדבר היות העובד מתמייך לתפקיד בעל חשיבות לשלום הציבור - אינה מחלישה את הפגיעה בחופש העיסוק ואינה מכשירה פגיעה בזכות זו.
134. העותרים יוסיפו, כי החובה להגן על הזכות לחופש העיסוק מקבלת משנה תוקף שעה שעסקינן במעסיק ציבורי. שכן, על פי חוק יסוד: חופש העיסוק נדרשות רשויות המדינה לכבד את הוראות חוק היסוד.

לשיטת העותרים, עמדה זו מחייבת הבחנה נוספת בין המעסיק הציבורי למעסיק הפרטי. בעוד, ייתכן, שניתן היה לקבל פגיעה מסוימת בזכות לחופש העיסוק של המעסיק הפרטי אין לקבל פגיעה זו שעה שמדובר במעסיק ציבורי – רשויות הביטחון וגופים ציבוריים אחרים.

135. נזכיר, כי גם בשיטת המשפט בארה"ב, נקבע בחוק מידע גנטי בארה"ב בסעיף 202 שסירוב להעסיק, פיטורין, או השפעה על תנאי העסקה והפריוולגיות של העובד בשל מידע גנטי, מהווה פרקטיקת העסקה לא ראויה (ראו גם: (1)(a)-1 U.S.C. -42 [אסמכתה "ז"]; חוק מידע גנטי בארה"ב מונע מהמעסיק להגביל, להפריד או לסווג עובדים, או למנוע מהם אפשרויות קידום בעבודה בשל מידע גנטי. החוק חל על כל העובדים והמועמדים לעבודה המוגנים על-ידי חלק 7 לחוק זכויות האזרח בשוק הפרטי, עובדים מדינתיים ועובדים פדראליים (ראו: (2)(a)-1 U.S.C. -42 [אסמכתה "ח"]; (a)-4 U.S.C. -42 [אסמכתה "ט"])).

2.8. ב. התיקון לחוק פוגע בזכות לבריאות

136. התיקון לחוק מידע גנטי פוגע בזכותם של מבקשי הביטוח לבריאות, שכן ביצוע בדיקות גנטיות יביא לתחרות בין חברות הביטוח בשוק, שיבטחו משיקולים כלכליים רק את בעלי הגנים "הטובים".

137. הזכות לבריאות מוסדרת בעיקרה בסעיף 3 בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994. על אף שבחוקי-היסוד אין אזכור מפורש של זכות זו, לא אחת, בית המשפט העליון הביע עמדה, כפי שיובהר מיד, לפיה הזכות לבריאות היא חלק מזכותו החוקתית של אדם לכבוד. לפי גישה זו, כבודו של האדם כולל בחובו הגנה על מינימום קיום אנושי ואדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי, הוא אדם שכבודו נפגע.

138. כך למשל, קבע נשיא בית המשפט העליון (בדימוס) ברק, כי על המדינה להבטיח אמצעים, ולו המעטים ביותר, שיאפשרו לאדם להתקיים בכבוד. בפסק דינו קובע הנשיא (בדימוס) ברק, כי הזכות לקיום בכבוד היא הזכות כי יובטח לאדם אותו מינימום של אמצעים חומריים, שיאפשרו לו להתקיים בחברה בה הוא חי ומחובת המדינה על פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נגזרת החובה לקיים מערכת שתבטיח 'רשת מגן' למעוטי-האמצעים בחברה (בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, ס(5) 464, 481-484 (2005)).

139. בפסיקה מאוחרת, קבעה השופטת (בדימוס) פרוקצ'יה, כי הזכות לבריאות, במובנה הרחב, כוללת, בין היתר, את הזכות לאספקת שירותי בריאות בסיסיים, את הזכות להעדר הפלייה בנגישות לטיפול רפואי ואת זכותו של מטופל לפרטיות ולהגנה על האוטונומיה האישית (בג"ץ 11044/04 דימיטרי סולומטין נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 27.6.2011)).

140. עד התיקון לחוק מגמתו של המחוקק הייתה לקדם את זכותו של הפרט לבריאות במידע הרבה ביותר שניתן להבטיחה, וזאת באמצעות חזון של קידום זכות הפרט לקבל שירות רפואי באמצעים מתקדמים טכנולוגיים, לאפשר טיפול מקדים למחלה עוד בטרם התפרצה ולשמור על המשך פיתוח המדע, תוך קביעת בלמים שמטרתם שימוש ראוי במידע הגנטי, ולא לצורך הפליה. אולם, בתיקון לחוק, "הוצאו הבלמים", וכעת מותר שימוש במידע גנטי שלא רק לצרכים רפואיים וקידום הזכות לבריאות, אלא גם למטרות מיון ובחינת התאמה לתפקיד וכלכול צעדים עתידיים של מעסיקים וחברות ביטוח.

141. התיקון לחוק מאפשר לחברות הביטוח הפרטיות להשתמש במידע גנטי לצורך התאמת פרמיית הביטוח לסיכון האישי של המבוטח. כאמור, מצב חדש זה, יגרום לתחרות בין החברות המבטחות, על הלקוחות שביצעו בדיקה גנטית, כך שכל מבוטח ישלם לפי הסיכון האישי שלו. בעקבות כך, חברות הביטוח בעתיד לא ירצו לבטח מי שלא עבר בדיקה גנטית ולפיכך כל חברות הביטוח יעשו שימוש בפרקטיקה החדשה. מה שיוביל לכך שלא ניתן יהיה לבצע ביטוח פרטי ללא ביצוע בדיקות גנטיות, ובכך תיפגע זכותם של מי שמסרב לעשות בדיקה גנטית לבריאות.

142. מגמה זו, תשלול את זכותם של הפרטים בעלי "הגנים הפגומים" לשירותי בריאות איכותיים, והם יוותרו עם שירותי ביטוח בסיסיים בלבד. הדבר נוגד את הקידמה הרפואית ואף את מטרתן היסודית של הבדיקות הגנטיות - הנגשת אמצעים מתקדמים על מנת לקדם את הבריאות הציבורית. כך, יוצרו למעשה שתי מערכות בריאות מקבילות - מערכת הבריאות הפרטי שתספק שירות רפואי איכותי ויעיל, ומערכת הבריאות הציבורית, שתספק שירות רפואי ירוד.

143. העותרים מצאו תימוכין לעמדתם גם בכתיבה המשווה. כך למשל, הוועדה הבינלאומית - *Public Genetic Testing and Insurance, consultation on the document on Predictivity*, כי כאשר מדובר בביטוח פרטי, הסיכון אותו מחשבת חברת הביטוח תוך שימוש במידע גנטי, עלול ליצור מצב בו החברה תסרב לבטח פרטים או לחילופין תבטח אותם עם סייגים (כך שמחלות ספציפיות או הפרעות יורגו הפוליסה). בנוסף, תיגבה מהם חברת הביטוח פרמיה גבוהה יותר. ממצאים אלו הובילו את הוועדה למסקנה לפיה אין לאפשר לחברות ביטוח להשתמש במידע גנטי לחישוב הפרמיה. קביעה זו של הוועדה הבינלאומית עומדת בסתירה לתיקון לחוק.

144. עוד מציין הדו"ח, כי אנשים אשר מודעים לכך שהסיכון הבריאותי שלהם גבוה, ירגישו בדרך כלל צורך לביטוח נרחב יותר, בעוד חברות הביטוח יחששו מהצהרות לא מדויקות שיגרמו להם לשלם סכומים גבוהים ביותר. כתוצאה מכך, תהיה תוספת לתחשיב הסיכון ומחירי הפרמיות יעלו, דבר אשר יקשה על בעלי הכנסה נמוכה להרשות לעצמם ביטוח ולא יהיה ביטוח עבור סיכונם הגבוה. כתוצאה מכך, לעתים, סוגים שונים של ביטוחים יכולים "להיעלם" מהשוק (*adverse*) וזכותם לבריאות של אוכלוסיות מוחלשות תיפגע.

145. המסקנה המתבקשת בעקבות הפגיעה העתידית של הבדיקות הגנטיות בזכות לבריאות, כי דינו של התיקון לחוק בטלות. העותרים יטענו כי בעקבות התיקון לחוק יוצרו שתי מערכות בריאות בישראל, בצורה חריפה בהרבה מהקיים כיום. מערכת זו תיצור אבחנה פסולה בין בעלי "פגמים גנטיים" לבין בעלי "גנים טובים" ותסווג פרטים בחברה רק על סמך מידע זה. כך, מערכת בריאות טובה ואיכותית תהיה נגישה רק לאלה אשר יהיו מוכנים למסור מידע גנטי, ורק בהנחה שמידע זה מבשר על "גנים טובים".

3. ב. הפגיעה הנגרמת כתוצאה מהתיקון לחוק אינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה

3.1. ב. כללי

146. כפי שהראו העותרים, התיקון לחוק פוגע בזכויות יסוד כגון כבוד האדם וחירותו, הזכות לפרטיות, הזכות לשוויון, הזכות לבריאות, האוטונומיה של הפרט ועוד. הכשרת הפגיעה בזכויות אפשרית באמצעות פסקת

ההגבלה, אך ורק בהתאם לתנאים שנקבעו בדין. כפי שיראו העותרים, תנאים אלו לא מתקיימים בענייננו ולכן דין העתירה להתקבל.

147. פסקת ההגבלה קובעת ארבעה תנאים מצטברים לצורך הכשרת הפגיעה בזכויות היסוד. על הפגיעה להיעשות בחוק או על פי חוק, באופן ההולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. אי עמידה של החוק בארבע התנאים המצטברים הללו מחייבת סעד שיבטל את הפגיעה כפי שהטעים הנשיא ברק בפרשת בנק המזרחי (ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 354 (1995)); והנשיאה ביניש בפרשת רסלר (בג"צ 6298/07 **יהודה רסלר, רס"ן בדימוס נ' כנסת ישראל** פסקה 62 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו 21.02.2012)).

ב.3.2. התיקון לחוק אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית

148. התיקון לחוק נוגד את עקרונות השיטה של המדינה כדמוקרטית, פוגע פגיעה קשה בזכויות רבות המהוות זכויות אדם בסיסיות, ואת בסיס ההצדקה למדינה דמוקרטית.

149. סעיפים 1(א) ו-2 לחוקי היסוד שחוקקו בשנת 1992, קובעים כי ערכיה של מדינת ישראל הם ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית. בית המשפט העליון פירש את המושג מדינה יהודית כהקמה של בית לעם היהודי בארץ ישראל, וכן ערכים אוניברסליים הנובעים ממסורת ישראל, את המושג דמוקרטית פירש בית-המשפט כאבני היסוד העושות משטר לדמוקרטי, זכויות אדם, שלטון החוק, ועוד (לעניין זה ראו בג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת פס' 27 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין (פורסם בנבו 11.05.2006)).

ב.3.2.1. התיקון לחוק פוגע פגיעה קשה בערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית

150. **התיקון לחוק פוגע פגיעה קשה בזכויות אדם** בהן הזכות לכבוד, ובכלל זה הזכות לפרטיות, לאוטונומיה, לשוויון והזכות לבריאות. זכויות אלו מוענקות לכל אדם במדינה והן מנשמת אפו של המשטר הדמוקרטי המציב את זכויות האדם והפרט במרכז.

151. **התיקון לחוק פוגע גם בערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית.** כפי שסיבירו העותרים, אחד מהערכים המרכזיים בחברה היהודית הוא ערך הסולדריות והערבות ההדדית. התיקון לחוק פוגע בערך זה ולכן עומד בסתירה לערכיה של מדינת ישראל. העותרים יטענו, כי הגישה כלפי שימוש במידע גנטי צריכה להיות גישה של סולידריות בין הפרטים בחברה ולא של הדדיות. לפי גישה זו הפרטים בחברה צריכים להתחלק בסיכון באופן שווה, ללא תלות ברמת הסיכון שכל פרט מהווה. גישה זו מתאימה יותר לאופיו של השימוש במידע גנטי ומתאימה למסורת ישראל ולאופיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית.

152. שאלת השימוש במידע גנטי בביטוח ובשוק התעסוקה נושאת בחובה שאלה מעמיקה יותר על האופן שבו החברה מגדירה את עצמה, והאופן שבו הפרטים בחברה רואים את הקשרים שלהם אחד עם השני. ניתן לזהות שתי גישות עקרוניות לשאלה זו:

גישת ההדדיות - על פי גישה זו היחסים בין הפרטים בחברה הם הדדיים. על הפרט לתת לחברה באותה מידה שהוא מקבל מהחברה. יש לשאוף לכך שכל פרט ישלם עבור ביטוח את אותו הסכום בדיוק אותו יצרוך, כלומר ליצור מתאם בין הפרמיה לבין תוחלת הנזק של אותו הפרט.

גישת הסולידריות החברתית - במסגרת יחסים של סולידריות חברתית קיימים תחומים בהם הפרט נותן לחברה במידה שאינה הולמת את התמורה שהחברה משיבה לו. כך לדוגמה, בנושא הביטוח על-פי גישה זו, אין צורך במיתאם בין תוחלת הנזק שהפרט מייצר לבין הפרמיה אותה משלם. גישה זו מזכירה במידה מסויימת את ההתייחסות כלפי זכויות אדם, זכויות אלה קיימות לאדם באשר הוא אדם, הן אינן תלויות במאפייניו, עצם היותו בן אנוש מזכה אותו בזכויות (Deborah A. Stone, *The Struggle for the Soul of* Health Insurance, 18 Journal of Health Politics, Policy and Law 287, 290-292 (1993)).

כאשר אדם מביא את עצמו, בהחלטותיו האוטונומיות לכדי מצב מסויים, ניתן להצדיק מדיניות של הדדיות שכן האדם תורם למצבו (על ידי עישון למשל). לעומת זאת, כאשר מצבו של האדם נקבע ללא קשר להחלטותיו (וניתן אף להגיד שבאופן שרירותי), חברה מתוקנת צריכה לנקוט בגישה של ערבות הדדית ולא לזקוף לחובתו של אותו אדם את חוסר יכולתו לתרום לחברה כשם שהחברה תורמת לו, שכן אינו בר השפעה על מצבו. כך המצב, ביחס למידע גנטי – לאדם אין כל השפעה על המידע הגנטי והוא בבחינת מתת אלוהים. הגישה הנוקטת בסולידריות חברתית מקובלת במסורת ישראל, ראו ויקרא רבה, פרשה ד':

"נמשלו ישראל לשה מה שה הזו לוקה על ראשו או בא' מאבריו וכל אבריו מרגישין כך הן ישראל אחד מהן חוטא וכולן מרגישין (במדבר טו) האיש אחד יחטא תני רשב"י משל לבני אדם שהיו יושבין בספינה נטל אחד מהן מקדח והתחיל קודח תחתיו אמרו לו חבריו מה אתה יושב ועושה אמר להם מה אכפת לכם לא תחתי אני קודח אמרו לו שהמים עולין ומציפין עלינו את הספינה" [אסמכתה "כד"]

153. אנו למדים ממקורות הדת היהודית, כי ישנו קשר חזק ומשמעותי בין הפרטים בעם ישראל, חטאו של האחד, משפיעה על הרבים, כאבו של האחד משפיע על הכלל, וכל אחד ערב בערבות הדדית כלפי כלל הפרטים האחרים. את הזיקה החזקה של מסורת ישראל כלפי הערבות ההדדית והסולידריות החברתית ניתן למצוא גם במצוות פדיון השבויים. ראו: הלכת מתנות עניים, פרק ח', הלכה י':

"ואין לך מצוה גדולה כפדיון שבויים, שהשבוי הרי הוא בכלל הרעבים והצמאים והערומים, ועומד בסכנת נפשות. והמעלים עיניו מפדיונו, הרי זה עובר על "לא תאמץ את לבבך ולא תקפוץ את ירך", ועל "לא תעמד על דם רעך", ועל "לא ירדנו בפרך לעיניך", ובטל מצות "פתח תפתח את ירך לוי", ומצות "וחי אחיך עמך", ואהבת לרעך כמוך", ו"הצל לקוחים למות" והרבה דברים כאלו. ואין לך מצווה רבה כפדיון שבויים" [אסמכתה "כה"]

154. מתן האפשרות לבני אדם להיכנס תחת כנפי הביטוח, גם אם על-ידי סבסוד מצד חברים אחרים בקבוצה, מגשים ערך חברתי חשוב של ערבות הדדית, ערך אותו אנו למדים ממסורת ישראל.

155. התיקון לחוק מגביר את אמצעי החיתום האישי העומדים לרשות חברת הביטוח. התוצאה המתחייבת מכך היא שבני-אדם רבים ייאלצו לשלם סכומי כסף גבוהים על-מנת להשתתף בביטוח הרפואי, וכאלו שידם אינה משגת לשלם פרמיה מעין זו יוצאו החוצה מגדרי הביטוח, ותביא אותם לשאת בעלות הגבוהה של הטיפול הרפואי, במקרה והסיכון שבבסיס הביטוח יתממש. גישה זו מעמידה כל אדם לעצמו

ומכרסמת בערבות ההדדית הנדרשת לקיום חברה תקינה, והמעוגנת במסורת ישראל. לאור הפגיעה הקשה בערבות ההדדית, טוענים העותרים כי החוק אינו הולם את ערכי המדינה כמדינה יהודית.

ב.3.3. התיקון לחוק מידע גנטי נעשה שלא לתכלית ראויה

156. תכליתו של חוק הפוגע בזכויות אדם ראויה אם נועדה להגשים מטרת חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה בכלל, והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל, כפי שכתב הנשיא (בדימוס) ברק בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי** פ"ד מט(4) 221, 435 (1995) ובבג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל** פ"ד נט(2) 481, 561 (2005).

157. בחינת תכלית החוק מורכבת משתי שאלות משנה: **האחת**- האם סוג המטרות שהחוק מנסה לקדם ראויות; **השנייה**- מהי מידת הצורך בהגשמת המטרות, והאם יש בה די כדי להצדיק פגיעה בזכויות אדם. נבחן להלן את תכליותיו של התיקון לחוק.

ב.3.3.1. תכליות התיקון לחוק

158. התיקון לחוק עוסק במערכת היחסים שבין חברת הביטוח והמבוטחים, ובין המבוטחים בעלי הגנים ה"טובים" והמבוטחים בעלי הפגמים הגנטיים. בנוסף עוסק החוק במערכת היחסים שבין מעסיקים למועמדים לעבודה ולקידום בעבודה.

159. ערב התיקון לחוק, קיימת תוחלת נזק מסויימת כוללת - מחיר הטיפול במחלה מסויימת, לאחר התפרצותה, כפול ההסתברות להתפרצות המחלה. פרמיית הביטוח אותה נדרש היה המבוטח לשלם ערב התיקון לחוק הייתה תוחלת הנזק לחלק במספר המבוטחים הכולל. התיקון לחוק אינו משנה נתונים אלה. ההסתברות הכוללת, של כלל האוכלוסיה, להתפרצות מחלה אינה משתנה, ומחיר הטיפול אינו משתנה אף הוא. הנתון היחיד שמשתנה הוא אופן החלוקה של הנשיאה בסיכון בין חברות הביטוח (ראו דיון בסעיף ג.1 לעיל), וכן אופן הנשיאה בנטל של המבוטחים.

160. לאחר התיקון לחוק סכום התקבולים שיקבלו כל חברות הביטוח אינו משתנה. השינוי הוא במחיר האינדיוידואלי שעל כל מבוטח לשלם. לאור זאת, לא ניתן לטעון כי התיקון שואף להיטיב עם חברות הביטוח - שהרי סכום התקבולים שתקבל וסכום התשלומים שתשלם לא ישתנו. יחד עם זאת טוענים העותרים, כי תכליתו של החוק היא להיטיב עם קבוצת בעלי הגנים הטובים, אשר גובה הפרמייה שיצטרכו לשלם תפחת על חשבון קבוצת בעלי "הפגמים הגנטיים".

161. בתחום התעסוקה המצב שונה - התיקון לחוק מאפשר למעסיקים במקצועות בעלי חשיבות לציבור, ובמקצועות בהם עלות הכשרת העובד גבוהה, לסנן עובדים באמצעות בדיקות גנטיות. סינון זה אינו משפיע על היחסים בין בעלי הגנים הטובים ובעלי "הפגמים הגנטיים", אלא הוא משפיע על יחסים שבין המעסיק והעובד או המועמד לעבודה.

162. הנה כי כן, תכלית נוספת של התיקון לחוק היא להיטיב עם המעסיקים על חשבון המועמדים לעבודה בעלת חשיבות ציבורית, והמועמדים לתפקיד שעלויות הכשרתו גבוהות.

163. השפעתו של התיקון לחוק בתחום הביטוח ובתחום התעסוקה, כפי שהראו העותרים לעיל, מביאה לכלל מסקנה שתכליתו של החוק היא לספק הגנה נוספת על קניינם של המבוטחים בעלי הגנים הטובים-

שנדרשו לשלם פרמייה גבוהה מהסיכון המגולם במטענם הגנטי, וכן על קניינם של המעסיקים- שנדרשו לקבל עובדים, להכשירם בעלויות גבוהות, ולשאת בסיכון שיחלו במועד קרוב ועלויות הכשרתם יירדו לטמיון. תכלית נוספת היא מניעת הגעה של מועמדים בלתי ראויים לתפקידים בעלי חשיבות ציבורית גבוהה.

164. משעמדו העותרים על תכליותיו השונות של התיקון לחוק, יפנו העותרים להראות שתכליות אלה בלתי ראויות.

ב.3.2.3. תכליותיו של התיקון לחוק אינן ראויות ולפיכך ראוי יהיה לבטלן

165. העותרים טוענים, כי תכלית התיקון לחוק להגן על קניינם של בעלי המטען הגנטי "הטוב" וכן על קניינם של המעסיקים אינה ראויה.

166. תכלית התיקון לחוק למנוע הגעתם של מועמדים בלתי ראויים לתפקידים בעלי חשיבות ציבורית מקובלת על העותרים כתכלית לגיטימית. עם זאת, כפי שנטען בהמשך האמצעים הננקטים אינם מקדמים תכלית זו, וכן פגיעתם חמורה שבעת מונים מהתועלת שהם מביאים.

167. התיקון לחוק יוצר שינוי כפול של הקצאת הסיכונים: הראשון מעביר את הסיכון הכלכלי שבירידה לטימיון של עלות הכשרת העובד בעל הפגם הגנטי מהמעסיק אל העובד. השני מעביר את הנשיאה בנטל פרמיית הביטוח מהמבוטח בעל הגנים הטובים למבוטח בעל הפגם הגנטי.

168. עובר לתיקון, הקצאת הסיכונים הייתה מוטה לטובת המעסיקים והמבוטחים בעלי המטען הגנטי החיובי. התממשות הסיכון הטמון במידע הגנטי של העובד או המבוטח גררה פגיעה בקניין של המעסיק, אשר נדרש לשאת בעלויות הכשרה נוספות לצורך הכשרת מחליף לעובד שחלה, ושל המבוטח בעל המטען הגנטי הטוב, אשר הפרמיה ששילם אינה משקפת את הסיכוי שבהתממשות האירוע הביטוחי ומשרתת לרוב את המבוטח בעל המטען הגנטי הפגום.

169. התיקון לחוק משנה את האיזון בהקצאת הסיכונים. כעת, המעביד יכול להתנות את קידום העובד בבדיקה גנטית כך שהסיכון אליו חשוף מצטמצם משמעותית, והמבוטח בעל המטען הגנטי הטוב נדרש לשלם רק את הפרמיה ביחס לסיכון שהוא עצמו יוצר.

170. אם תחולק האוכלוסייה באופן דיכוטומי לקבוצת בעלי הפגמים הגנטיים ולקבוצת בעלי הגנים ה"טובים", ניתן יהיה לומר, כי מצבה של האחרונה טוב ממצבה של הראשונה. קבוצת בעלי הפגמים הגנטיים תחלה במחלות גנטיות שונות בהסתברות גבוהה יותר מקבוצת בעלי הגנים ה"טובים", ותחשוף אותם לאפשרות של אובדן אמצעי ייצור ועלייה של ההוצאות על טיפול רפואי בעקבות המחלה.

171. טוענים העותרים, כי ככלל, אוכלוסיית בעלי ה"פגמים הגנטיים" המועדה לחלות, צפויה להימצא במצב סוציו-אקונומי נמוך מאוכלוסיית בעלי ה"הגנים הטובים". כמו כן טוענים העותרים, ככלל, אוכלוסיית המעסיקים היא אוכלוסייה חזקה יותר, ובעלת מעמד סוציו אקונומי גבוה יותר, ממעמדם של העובדים, קל וחומר אלו בעלי הגנים הפגומים.

172. לאור זאת, תכלית התיקון לחוק לספק הגנה נוספת לקניינם של החזקים, בעלי המעמד הסוציו אקונומי הגבוה, המעסיקים ובעלי המטען הגנטי החיובי, על חשבון אוכלוסיות החשופות יותר לקשיים בהתמודדות עם מצבים בריאותיים ומחלות שונות.

173. **העותרים טוענים כי תכלית זו אינה ראויה.** מבחינה מוסרית העותרים טוענים, כי חוק שתכליתו להיטיב עם אוכלוסייה חזקה על חשבון האוכלוסייה חלשה, תוך פגיעה חמורה בזכויות יסוד שלה, ובכך מגדיל את הפערים בחברה הוא חוק בלתי מוסרי. כפי שהסביר המלומד ג'ון רולס – פערים שאינם תורמים לתועלת של האוכלוסייה החלשה אינם מותרים (ג'ון רולס **צדק כהוגנות** 159, (ארין קלי עורכת, דפי אגס סגל מתרגמת, 2010) [**אסמכתה "כֵּן"**]. נראה, כי התיקון לחוק צפוי להעמיק את הפערים הגדולים הקיימים ממילא בישראל. (להרחבה בנושא הפערים הקיימים כיום בישראל ראו: רן כהן, דו"ח ביניים של ועדת החקירה הפרלמנטרית לנושא הפערים החברתיים בישראל (2002) [מצורף לעתירה זו כ"נספח 3"]
174. התיקון לחוק כאמור מוסיף שכבת הגנה נוספת לבעלי הגנים הטובים, אשר מבחינה סטטיסטית, כפי שהובהר לעיל, נמצאים בסבירות גבוהה יותר להימצא במעמד סוציו אקונומי גבוה מאשר בעלי הפגמים הגנטיים. אלו, בעקבות ההסתברות הגבוהה יותר להתממשות מחלתם, מועדים לאבדן של אמצעי ייצור בעקבות התממשות מחלתם, ולעלייה בהוצאות הרפואיות ולכן מועדים להיות, ככלל, במעמד סוציו אקונומי נמוך יותר.
175. התיקון לחוק מרע את מצבם של המועדים לחולשה ולמחלות, אלו שאיתרע מזלם להיוולד עם גנים פגומים, ומשפרת על חשבונם, את מצבם של החזקים, אלו ששפר עליהם מזלם ונולדו עם מטען גנטי טוב. בכך, התיקון מגדיל את הפערים החברתיים, איננו מוסרי ואיננו הולם את מגמת המחוקק לצמצם את הפערים החברתיים.
176. בחינת סוג המטרות אותן מנסה החוק לקדם מראה כי תכלית זו שואפת להגן על זכות אדם- הזכות לקניין כאמור. עם זאת, בחינת הצורך בקידום המטרות, וההצדקה לפגיעה בזכויות אדם אחרות מעלה כי הצורך בקידום הזכות לקניין במקרה זה הוא חלש ביותר, שכן כאמור מדובר בהגנה על מי שבאופן עקרוני שפר עליו מזלו מראש וקניינו רב (בעל עסק המסוגל לשלם כסף רב עבור הכשרה מקצועית של עובד- סביר שהוא עצמו בעל אמצעים רבים), בעוד אין שום הצדקה לפגיעה בזכויות האדם של בעלי המטען הגנטי הפגום שכן פגיעה בהם תהווה מעין נטילת כבשת הרש שלהם.

ב.3.4. התיקון לחוק אינו מידתי

177. התיקון לחוק מידע גנטי אינו מקיים קשר ראציונלי עם התכליות לשמן חוקק, ניתן למצוא אמצעים אשר יגשימו את תכליות החוק באותה המידה ואף יותר, אך יפחיתו את הפגיעה בזכויות, וחסרונותיו של התיקון עולים בהרבה על יתרונותיו.
178. על הפגיעה בזכות חוקתית להיות "במידה שאינה עולה על הנדרש". אין די שהתכלית תהיה ראויה - יש להגשימה באמצעים ראויים הנבחנים בקנה המידה של מבחן המידתיות.
179. מבחן זה קובע את רמת ההגנה הראויה לזכויות החוקתיות בחברה דמוקרטית המבוססת על זכויות חוקתיות. על פי התפישה המקובלת, עמידה במבחן המידתיות דורשת עמידה בשלושה מבחני משנה: מבחן הקשר הרציונלי בין האמצעי והמטרה, מבחן האמצעי המגשים את המטרה ופגיעתו פחותה, ומבחן המידתיות במובנה הצר- שהתועלת העולה מן האמצעי גבוהה מהנזק הנוצר מהפגיעה בזכויות.

ב.3.4.1. לא מתקיים קשר רציונלי בין התיקון לחוק לבין התכלית לשמה חוקק.

180. התיקון לחוק חוקק כאמור בפסקה 162 כדי להגן על קניינם של המעסיקים ובעלי הגנים הטובים, וכן כדי למנוע ממועמדים בלתי ראויים להגיע לתפקידים בעלי חשיבות ציבורית רבה.
181. העותרים מקבלים את הקשר המתקיים בין האמצעים הננקטים בתיקון לחוק וההגנה על הקניין והאינטרס של המעסיקים ובעלי הגנים הטובים. עם זאת, כפי שטענו העותרים לעיל בפסקאות 174-176, תכלית זו בלתי ראויה ואינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית.
182. כמו כן, העותרים טוענים, כי לא מתקיים קשר רציונלי בין האמצעים הננקטים בתיקון לחוק לבין מניעת הגעתם של מועמדים בלתי ראויים לתפקידים בעלי חשיבות ציבורית.
183. המידע הגנטי במהותו, כפי שטענו העותרים לעיל בפסקה 27, הוא מידע המשקף הסתברות, והוא ברוב המקרים איננו ודאי ואיננו מספק תמונה מקיפה על המועמד לתפקיד בעל החשיבות הציבורית. המידע הגנטי הוא מידע נוח לשימוש, ניתן להסיק ממנו נתונים חד משמעיים (על אף שאינם ודאיים) כגון קיומו של גן מסויים. לאור מאפיין החד משמעויות של המידע הגנטי, הופך התנאי למעין דרישת סף לקבלה לאותו תפקיד בעל חשיבות ציבורית, המעסיקים מוצאים את הנתונים הגנטיים נוחים בשל היותם חד משמעיים באופן זה (ראו דיון נוסף בעניין זה בפסקה 59 לעיל).
184. חד-משמעותו של המידע הגנטי מפתה את המשתמש בו להתבסס עליו באופן קונקלוסיבי. שימוש קונקלוסיבי שכזה ניתן למצוא במקרה של העותרת 1 וכן של העותר 3. העותרת 1 נמצאה כבעלת גן המעיד על נטייה להשמנה. נטייה זו אינה ודאית, זוהי נטייה הסתברותית בלבד. עם זאת, ההסתמכות של חברת הביטוח על תוצאות הבדיקה היא מוחלטת. עצם קיומו של הגן מצדיק את העלאת מחיר הפרמיה, ללא קשר למצבה הפיזי העכשווי של העותרת 1.
185. הדוגמה הרלוונטית יותר לענייננו היא העותר 3. ברצף הגנטי של העותר 3 נמצא גן המעיד על הסתברות לחוסר אמינות. גם הסתברות זו אינה ודאית, אך חד משמעיותה של הבדיקה הגנטית מפתה את המשתמש, ובמקרה זה משרד הביטחון, לעשות בה שימוש קונקלוסיבי, ולהציב את היעדרו של הגן כמעין רף כניסה לתפקיד- על אף שמשמעות הגן אינה ודאית. בעניינו של העותר 3, עיון בנסיונו הצבאי עלול לרמוז דווקא על אמינות גבוהה, אך נראה שמנתון זה עשוי משרד הביטחון להתעלם בשל שימוש קונקלוסיבי במידע גנטי.
186. ברי, כי כדי למצוא את המועמדים הטובים ביותר לאיש משרות בעלות חשיבות לציבור, יש לבחור מבין ההיצע הרחב ביותר שניתן את המועמדים הטובים ביותר. שימוש קונקלוסיבי בבדיקות גנטיות מצמצם את היצע המועמדים לתפקיד החשוב, ובכך פוגע באיכות הבחירה של המועמדים. בעניינו של העותר 3, ייתכן והוא מועמד מתאים ואיכותי, ושההסתברות אותה מרמז הגן אינה מתממשת בעניינו, ובשל שימוש קונקלוסיבי במידע גנטי הוסר מרשימת המועמדים לתפקיד.
187. לאור זאת, ולאור המאפיינים המיוחדים של המידע הגנטי שפורטו, טוענים העותרים, כי שימוש קונקלוסיבי במידע גנטי, כפי שהתיקון לחוק מתיר, פוגע פגיעה מיותרת בהיצע המועמדים לתפקיד בעל החשיבות הציבורית, ולפיכך פוגע באיכות המועמדים לתפקידים בעלי חשיבות ציבורית בניגוד לתכלית התיקון לחוק.

ב.3.4.2. התיקון לחוק איננו האמצעי שפגיעתו פחותה

188. קיימות חלופות המגשימות את תכליות התיקון לחוק שאינן פוגעות בזכויות יסוד באופן חמור כל-כך.
189. מבחן משנה זה בוחן האם לא ניתן היה להגשים את תכלית התיקון לחוק תוך שימוש באמצעי אחר, אשר פגיעתו בזכויות האדם קטנה יותר (בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367, 385 (1997); (בג"ץ 7146/12 **סרג' אדם נ' הכנסת**, פס' 102 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 16.09.2013)).
190. באשר לתכלית החוק המגנה על קניינם של המעסיקים וחברות הביטוח, הרי שניתן להגן על קניינם גם באמצעים אשר פגיעתם בזכויות אדם פחותות בהרבה.
191. התיקון לחוק מאפשר למעסיקים ולחברות הביטוח לקבל את כל המידע הגנטי של הפרט. המידע הגנטי הזה עשוי להכיל מידע המגשים את התכלית המדוברת כגון מידע גנטי על מחלות תורשתיות שונות, אך הוא מכיל גם מידע שאינו נדרש להגשמת התכליות - כך לדוגמה המידע הגנטי עשוי להכיל מידע על אישיותו של האדם (נטייתו לאמינות לדוגמה) אשר אינו רלוונטי כלל ועיקר לחברת הביטוח ולהתאמת פרמיית הביטוח של המועמד.
192. באותו אופן, המידע הגנטי עשוי לשרת את המוסד כדי לשמור על ביטחון המידע והמדינה, אך מידע על ההסתברות להתפרצות של מחלה הגנטית, הכלול גם הוא במידע הגנטי, אינו רלוונטי לתכלית זו. לאור זאת, אמצעי חלופי לקיום התכליות בפגיעה פחותה בזכויות אדם תהיה עיבוד המידע הגנטי על-ידי גורם ניטרלי אמין אשר שיחשוף את דורש המידע הגנטי רק למידע הנדרש לקידום התכלית (**אסמכתה "ה"** **בעמוד 251**).
193. התיקון לחוק אינו מגביל את השימוש וההחזקה של המידע הגנטי בזמן. ניתן לקיים את כל תכליות התיקון לחוק ובפגיעה פחותה בזכויות אדם אם תוגבל ההחזקה במידע הגנטי עד למועד ההחלטה על קידום העובד או רכישת פוליסת הביטוח.
194. התיקון לחוק אינו קובע את האופן שבו יישמר המידע לאחר שנחשף בפני המעסיק או חברת הביטוח. מידע זה מועד לגניבה או למכירה לגורמים בעלי עניין. קביעת קריטריונים ברורים לשמירת המידע תביא להפחתת הסיכון שייגנב או יימכר ויספק הגנה טובה יותר על פרטיותם של הנבדקים.
195. **התיקון לחוק אינו קובע מהם תפקידים בעלי חשיבות ציבורית.** היעדרה של הגדרה עלול להכניס בגדרי התיקון לחוק מגוון תפקידים אשר חשיבותם אינה מצדיקה פגיעה חמורה כל כך בזכויות אדם. קביעת תפקידים ספציפיים בעלי חשיבות ציבורית או לכל הפחות הגדרת קריטריונים לתפקיד בעל חשיבות ציבורית יסייעו להפחית את הפגיעה בזכויות האדם של מועמדים לתפקידים שאינם בעלי חשיבות ציבורית מכרעת.
196. התיקון לחוק אינו קובע מהי הכשרה יקרה. היעדרה של הגדרה זו עלול להכניס בגדרי התיקון לחוק מיון לתפקידים שהכשרתם אינה יקרה באופן המצדיק פגיעה חמורה כל כך בזכויות האדם של המועמדים. קביעת תפקידים ספציפיים שהכשרתם מצדיקה ביצוע בדיקות גנטיות, או לכל הפחות קריטריונים קשיחים כגון עלות הכשרה מעל סכום מסויים, או מאית האחוז מהעובדים בעסק המעסיק מעל 1000 עובדים לדוגמה, תפחית את הפגיעה החמורה שעשויה להתקיים במועמדים רבים.
197. התיקון לחוק אינו מחייב השמדה של המידע הגנטי לאחר השימוש. המחסור בחיוב שכזה חושף את בני משפחתו של הנבדק, ופוגע בפרטיותם, וזאת ללא כל הסכמה שלהם. גם במקרה וניתנה הסכמה מלאה

ומדעת של נבדק לביצוע ופרסום בדיקותיו הגנטיות, הרי שלמידע זה נפקות גם לגבי בני משפחתו, אשר לא נתנו את הסכמתם ולא יכולים לתת את הסכמתם (דורות שעדיין לא נולדו לדוגמה). רק השמדה של המידע הגנטי לאחר השימוש, ופיקוח של הרשויות על השמדה זו תמנע את הפגיעה הקשה בזכויותיהם של בני המשפחה של הנבדק.

198. התיקון לחוק אינו קובע את מעמדו של המידע הגנטי כאשר קיים מידע מוחשי סותר. החוסר בקביעה זו מפתה את המעסיקים וחברות הביטוח לעשות שימוש קונקלוסיבי במידע, כפי שטענו העותרים לעיל בפסקה 59, באופן הפוגע בשוויון. קביעת איסור לשימוש במידע גנטי כתנאי בלעדי, וחיוב המעסיקים וחברות הביטוח לשקול שיקולים וראיות נוספות בהחלטותיהם תצמצם את חוסר השוויון שעלול להיוור בפני בעלי "הפגמים הגנטיים" אשר הסיכון לא מתממש כלפיהם.

199. לאור כל האמור לעיל, והאמצעים הרבים לצמצום הפגיעה החמורה של התיקון לחוק, ניכר באופן ברור כי לא ננקטו האמצעים שפגיעתם בזכויות אדם היא הפחותה לצורך הגשמת המטרות. לאור זאת טוענים העותרים יש לבטל את התיקון לחוק או לכל הפחות לחייב את נקיטת הצעדים המרובים לצמצום הפגיעה.

ב.3.4.3. הנזקים הנגרמים כתוצאה מהתיקון לחוק עולים באופן משמעותי על התועלת שבן

200. המבחן השלישי במבחני המידתיות הוא מבחן המידתיות במובן הצר. מבחן זה בוחן את היחס הראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית הראויה של החוק, לבין היקף הפגיעה בזכויות החוקתיות. למעשה, מבחן זה בוחן את תוצאותיו של דבר החקיקה, את התועלת אותה מביא אל מול הנזק שיוצר (בג"ץ 426/05 מועצת הכפר בידו נ' ממשלת ישראל, פסקה 11 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 10.09.2006)).

201. היעדר ההגדרות הברורות של "תפקיד בעל חשיבות ציבורית", ו-"עלות הכשרה יקרה", כמו גם היעדר מגבלה של שמירת המידע לאחר קבלת החלטה מביאים לפגיעה רחבה ומתמשכת.

202. ניסיון המחוקק להגביל את השימוש במידע הגנטי לתפקידים בעלי חשיבות ציבורית רבה ולתפקידים בעלי הכשרה יקרה אינו פרקטי, וסופו כישלון אשר יהפוך את הבדיקה הגנטית לתנאי לקבלה לכל משרה ותפקיד. זאת כאמור מאחר והתיקון לחוק חסר קריטריונים ברורים להגדרה מהו תפקיד בעל חשיבות גבוהה ומהי הכשרה יקרה.

203. מרגע שיחשף מידע גנטי לצורך סינון לתפקיד מסוים, לא ניתן יהיה למנוע באופן פרקטי שימוש באותו המידע לצורך סינון בתפקידים אחרים.

204. התיקון לחוק מאפשר לבעל העסק לגשת למידע הגנטי של עובד על-מנת לבחון את התאמתו לתפקיד מסוים, מרגע שהמידע הגנטי הזה בידו לא ניתן למנוע ממנו שימוש במידע הגנטי שברשותו לצורך מניעת הקידום לתפקידים אחרים, או אפילו לפיטורין בחלוף זמן מה מקבלת המידע הגנטי.

205. המחוקק לכאורה הציב מגבלות על השימוש במידע הגנטי - הגביל את אפשרות הקבלה של המידע, והגביל את השימוש בו בזמן (לצורך מיון לתפקיד ספציפי), אך ברור לכל שהגבלות אלה אינן ישימות ויתבטלו מה שיביא לפגיעה קשה אף יותר בכבוד, בשוויון, בפרטיות, באוטונומיה ובשאר הזכויות כפי שפורטו.

206. גם בדרישת ההסכמה מדעת אין כדי למנוע את הפגיעה בזכויות האדם, וזאת מאחר שלחשיפת המידע הגנטי יש השפעה רבה גם על משפחתו של הנבדק (ראו דיון בפסקה 122 לעיל).

פגיעה בהסתמכות לגיטימית על אפשרויות קידום בעבודה

207. התיקון לחוק מביא גם להתערבות ביחסים החוזיים שבין העובד והמעביד. העובד, בחתימתו על חוזה העבודה, מסכים לקבל את הצעתו של המעסיק לאחר ששכלל את כל הפרמטרים, שכן, שעות עבודה, הגשמה עצמית וכו'. לעניינינו, חלק מחוזה ההעסקה הינו אפשרויות הקידום העתידיות של העובד, אפשרויות קידום אלה מהוות חלק מהתנאים שבחוזה ההעסקה, בין שבמפורש ובין במשתמע.
208. טרם התיקון לחוק, יכול היה המעביד להחליט על אפשרויות הקידום של העובד על סמך ידע שהושג במהלך תקופת העבודה, יכולותיו של העובד, השקעתו ושאר פרמטרים הבאים לידי ביטוי בעבודה.
209. בעקבות התיקון, אנו מאפשרים למעביד לעשות שימוש במידע שהיה קיים טרם העסקתו של העובד בהחלטתו האם לקדם עובד מסוים.
210. העותרים סבורים כי פסילתו של עובד מקידום, על סמך פרמטרים שהיו קיימים ויכלו להיות ידועים למעסיק טרם נכנסו הצדדים לחוזה העבודה, היא פסולה ופוגעת בציפיות הלגיטימיות של העובד להתקדם במקום העבודה, על-פי חוזה ההעסקה.

הרחבת הפערים החברתיים

211. התיקון לחוק מאפשר למעסיקים ולבעלי מטען גנטי "טוב" הגנה נוספת על קניינם בכך שיפחת הסיכון שהשקעתם של בעלי העסקים בהכשרת עובדים תרד לטמיון, ומבוטחים בעלי גנים "טובים", ידרשו לשלם פרמיה מופחתת עבור ביטוח בריאות. בכך, אנו מטילים נטל נוסף על כתפיה של אוכלוסייה מוחלשת ממילא, אוכלוסייה אשר סטטיסטית מועדת יותר לחלות במחלות, ולפיכך מועדת יותר למצב סוציו-אקונומי נמוך כפי שטענו העותרים בפסקה 171.

כפיית ביצוע הבדיקות הגנטיות עלול לייצר נזקים נפשיים בקרב הנבדקים:

212. יכולתם של אנשים להתמודד עם תוצאות בדיקה גנטית היא שונה, כפיית ביצוע בדיקה גנטית על חתכים נרחבים מהאוכלוסייה, כפי שהתיקון לחוק יגרום בסופו של דבר (ראו פסקאות 41-38), תביא לנזקים נפשיים עצומים בקרב פרטים בעלי מסוגלות נמוכה להתמודד עם המידע.
213. הבדיקה הגנטית היא אמנם דסקריפטיבית- היא מתארת את המבנה הגנטי של האדם, אך יש לה כאמור אופי ניבוי, באחוזי הסתברות שונים. החשש שעלול להיווצר מפני גילוי של הסתברות גבוהה לחלות עשוי לגרום לפגיעה אנושה באורח החיים של הנבדק, לדיכאון, פגיעה בדימוי העצמי ובביטחון ועוד.
214. למקרה שיטען כי ניתן להימנע מתוצאה זו בכך שתוצאות הבדיקה לא יחשפו בפני הנבדק שאינו חפץ בכך, הרי שדי בסירוב חברת הביטוח לבטח את המועמד כדי להביאו למסקנה בדבר תוצאות הבדיקה השליליות. כמו כן, אי גילוי של תוצאות הבדיקה עשוי להביא למניפולציות של חברות הביטוח והמעסיקים בשל חוסר פיקוח עליהן. כך לדוגמה תוכל חברת הביטוח לדרוש פרמיה גבוהה יותר למרות תוצאות חיוביות של בדיקה, ומעסיק יוכל לסגן עובדים על סמך קריטריונים פסולים (מין, דת, לאום או מוצא) בטענה שהסיכון התבצע על סמך הבדיקה הגנטית.
215. גם אם הנבדק מסוגל להתמודד עם תוצאות הבדיקה הגנטית, אין שליטה באשר לאופן ההתמודדות של קרובי משפחתו, אשר הבדיקה הגנטית אומרת רבות גם עליהם, עם תוצאותיה. התיקון לחוק יוצר מצב

אבסורדי לפיו החלטה מודעת וכנה של בן משפחה אחד לבצע בדיקות גנטיות עלול להסב את כל אותם הנזקים, ובכללם הנזקים הנפשיים, שפירוטו העותרים בכתב עתירה זה, גם על בני משפחתו אשר מעולם לא נתבקשה הסכמתם לכך.

216. באיזון המתקבל בין התועלת שהחוק מביא לנזקים הרבים שפורטו לעיל מתקבלת תוצאה חד משמעית לפיה משקל הנזקים כבד באופן משמעותי מהתועלת, ולפיכך התיקון לחוק איננו עומד גם במבחן זה.

סוף דבר

217. המחוקק מבקש, תוך הפעלת שיקול דעת מוטעה, ולשם תכלית לא ראויה, לפגוע פגיעה קשה בזכויות אדם. פגיעה זו כפי שהראו העותרים אינה עומדת בפסקת ההגבלה ולאור זאת מתבקש בית המשפט הנכבד להיעתר לסעדי העתירה שבראשיתה.

218. התיקון לחוק יביא לצמצום הגיוון בתחום הביטוח, לא תתאפשר עוד רכישת פוליסות ביטוח ללא ביצוע בדיקות גנטיות, ומחירן של הפוליסות לבעלי "הפגמים הגנטיים" ולמי שמסרב לבצע בדיקה יעלה עד כדי לבלתי אפשרי וייצור שכבות שלמות באוכלוסייה שיוותרו ללא אפשרות ליהנות מכיסוי ביטוחי ומטיפול רפואי ראוי.

219. התיקון לחוק מביא לפגיעה משמעותית בזכות לפרטיות, בזכות לשוויון, באוטונומיה ובקניין של בעל המידע הגנטי, ואף בבני משפחתו של הנבדק, אשר לא נתנו את הסכמתם לחשיפת המידע הגנטי שלהם, וכן חושף את ציבור הנבדקים כולו לפגיעה בפרטיות שתיווצר בשל גניבת מאגרי מידע רגישים, או מכירה שלהם לגופים מסחריים.

220. על יסוד כל האמור לעיל, מתבקש בית משפט נכבד זה להיעתר לסעדי העתירה שבראשיתה, ולחייב את המשיבים בהוצאות משפט.

מר רון יעקובי

ב"כ העותרים

מר אייל מיכאלי

ב"כ העותרים

גב' דניאל ברנשטיין

ב"כ העותרים

ברנשטיין, מיכאלי, יעקובי, סטודנטים

המשפט המבויס 2014