

**הנדון: הערות האגודה לזכויות האזרח בישראל - טיוטת הנחייה בנושא:  
תחולת הוראות חוק הגנת הפרטיות על פעילות מכוני השמה ומיון**

1. גורלם של רבבות מבקשי עבודה נתון בידיהם של מכוני בדיקה למיניהם, החל ממכוני מיון והשמה, דרך מכוני הפוליגרף והגרפולוגיה וכלה במרפאות התעסוקתיות. עובדים ומבקשי עבודה מגיעים למכונים אלה מתוך תקווה שיעלה בידם להשתלב בשוק העבודה, והם תלויים בהם תלות ניכרת. תלות זו מנוצלת על-מנת להעמידם בפני סדרה של מבחנים ושאלונים, חלקם פולשניים ומשפילים, ובהסתמך עליהם – לשרטט פרופיל פיזי, נפשי ואישיותי, שאמור לנבא, במידה שנויה במחלוקת של תקפות ומהימנות<sup>1</sup>, את סיכויי התאמתם לתפקיד. הנבחנים נדרשים לחתום על כתבי ויתור "בהסכמה", אשר מתיימרים לשלול את זכותם הבסיסית לעיין במידע האישי שלהם, שמוחזק על ידי המכון והמעסיק.
2. התעצמותם של המכונים למיניהם, והעובדה שהם מתווכים מרכזיים למקומות עבודה רבים, הפכו אותם לחלק אינטגרלי ממערך יחסי העבודה בישראל. פעולתם מתאפשרת רק בחסות פערי העוצמה השוררים בין מעסיקים לבין עובדים ומועמדים לעבודה<sup>2</sup>. אכן, כפי שנאמר

<sup>1</sup> כך, למשל, בהתאם לדבריו של מומחה בתחום, פרופ' ברוך נבו, מבדקי המיון מגיעים במקרה הטוב ביותר למתאם של 0.5 "זיהו עו"ד לפני שהגענו למקרה הבודד... גם אז חייבים לדעת שיש הרבה טעויות ניבוי לשני הכיוונים... ב"ב"ב שלגבי המקרה הבודד". פרופ' נבו גם מעיר שהראיון האישי – אחד מהכלים המרכזיים שמשולבים במבדקים, "סובל מבעיות של סטנדרטיזציה, אובייקטיביות והנחות אישיות." ("שיחות", שידורי אוני' חיפה בנושא: מבחני מיון והשמה לעבודה. מראיון: ד"ר ליהוא זיסברג (20.12.2006) <http://www.youtube.com/watch?v=KLA6HRxSjWU>). מכון פיל"ת טוען שמבחני הכישורים השכליים והסימולציות נהנים ממקדמי תוקף של עד 0.5 אך נמנע מלפרט את מקדמי התוקף של כלים רבים אחרים הנכללים במבדקים, ומסתפק בציון העובדה שהם "משיגים מקדמי תוקף נמוכים יותר אבל בעלי ערך." (אתר פיל"ת, דף בנושא "תוקף"); השאלה שנשאלת, כמובן, היא "בעלי ערך" למי? שאלה זו חשובה במיוחד בהתייחס ל"מבחני אישיות תצפיות וראיונות", שנעשה בהם שימוש רב בבדיקות התאמה לעבודה. מבחנים אלה סובלים גם מחוסר מהימנות (אפילו בעלי אינטרס, מדברים על מהימנות של 0.6 (ר' למשל: עס"ק 8/99 [ההסתדרות החדשה נ' אוני' ת"א](#), פד"ע לט 791, 801 (2004)). לא מצאנו נתונים על מהימנות ותוקף של בדיקות גרפולוגיות או של קוראות בקפה; מכל מקום, כפי ברור שברמת הפרט (להבדיל מרמת המכון או הארגון שבדקים מספר מועמדים) יש למבחנים כוח ניבוי חלש וחרף זאת הם מהווים גורם משמעותי, לפעמים מכריע, בקביעת גורלו.

<sup>2</sup> "כיום, ניתן למצא ארגונים ומנהלי משאבי אנוש החושבים כי מותר להם הכול בעת גיוס כוח אדם למערכותיהם. אלה המובילים תהליכי גיוס וקובעי המדיניות שכתחו את התחושה של האדם שמחפש עבודה... ביכולתנו, מנהלי משאבי אנוש, להקל על מועמדים רבים, ולא לנצל את היצע השוק היום, על ידי כך שנוביל תהליכים קצרים וממוקדים. עלינו להיות רגישים בהצגת שאלות שלא תהיינה חודרניות ופולשניות מדי. להתייחס למועמד מרגע פנייתו לארגון... בהגינות וברגישות כפי שהיינו רוצים שיתייחסו אלינו אילו היינו במצב שלוה". נ. אבנשפנגר (2003) "תהליכי גיוס בחברות, זעקת המועמדים" משאבי אנוש 186, 6.

בטייטה<sup>3</sup>, "ללא הזיקה למעביד הפוטנציאל, בחלק גדול מן המקרים המועמד כלל לא היה מסכים להיבדק על ידי מכון ההשמה ולחשוף נתונים הנוגעים לפרטיותו."

3. במהלך השנים האחרונות קיבלה האגודה לזכויות האזרח פניות רבות של מועמדות ומועמדים לעבודה, שנדרשו לעבור מבדקי התאמה שונים ומשונים. במרבית המקרים תיארו הפונים תחושת ההשפלה שחשו, לעיתים גם הטראומה שנגרמה להם<sup>4</sup>, בעקבות הסיטואציה שאליה נקלעו, והאופן שבו נאלצו לחשוף את סודותיהם הכמוסים ביותר<sup>5</sup>. ההשפלה והעלבון הגדולים ביותר שהביעו נבדקים, נבעה מהעובדה שהמכון מסרב לאפשר להם בתוצאות המבחנים ובמידע שהעביר למעסיק הפוטנציאלי – המידע שהיווה גורם מכריע בחריצת גורלם לשבט או לחסד. עוד למדנו מהפניות, כי לפחות חלק מהמכונים מעודדים מעסיקים לבדוק עם כל מועמד חדש שפונה אליהם האם עבר מבחני מיון במכון, ולקבל את "הסכמתו" לכך שהמכון יעביר גם להם את מידע האישי של המועמד.

4. על רקע זה אנו מברכים על פרסום טיוטת ההנחיה שבנדון (להלן: "הטייטה") ועל מרבית הקביעות שבה. בדברים שלהלן אנו מבקשים להוסיף ביסוס משפטי לקביעות אלו, ולהצביע על הצורך במספר תיקונים ותוספות.

### המידע האישי במאגרי מכוני המיון

5. ניתן לסווג את המידע האישי שמחזיק מכון במאגריו לשלוש קבוצות: (א) מידע שכולל פרטים שהנבדק מוסר או מספר על עצמו<sup>6</sup>. מידע זה מקביל לנתוני האנמנזה, שרושם רופא מפי המטופל בעת בדיקתו, כבסיס להערכת מצבו הרפואי; (ב) מידע המתעד את תגובות הנבדק לשאלונים או לגירויים (דוגמת תמונות במבחני אישיות, התנהגות נבדקים אחרים בקבוצות משימה). מידע זה מקביל לממצאי הבדיקות הרפואיות שעובר מטופל לצורך הערכת מצבו הרפואי<sup>7</sup>; (ג) מידע

<sup>3</sup> פסקה 2.8.2 לטייטה.

<sup>4</sup> אכן, מחקרים מצביעים על כך שלפחות חלק מהמבחנים, ובפרט הראיונות האישיים, מותירים אצל נבדקים רבים חוויה טראומטית (ראו, למשל: ע' ברמן "ראיונות קבלה: מעשירים, סתמיים וטראומטיים" שיחות י"ד; נזכר אצל: טלי לביא **אתיקה של ראיונות קבלה למגמות הקליניות בפסיכולוגיה**, עבודת גמר לתואר מוסמך (אוני' חיפה, 2007)). ממצאי המחקר של לביא מעידים על כך שהחוויה הקשה שתיארו נבדקים הייתה מנת חלקם גם של נבדקים שהצליחו והתקבלו (שם, 63).

<sup>5</sup> ר' למשל את דבריו של פרופ' ברוך נבו, נשיא מכללת צפת ומרצה בחוג לפסיכולוגיה באוניברסיטת חיפה: "לדעתי הצטברו בארץ עשרות אלפי אנשים שעברו תהליכים שנושאים טינה מצטברת. יש לנו כאן בעיה כפסיכולוגים. "שיחות", שידורי אוני' חיפה בנושא: מבחני מיון והשמה לעבודה. מראיין: ד"ר ליהוא זיסברג (20.12.2006)

<http://www.youtube.com/watch?v=KLA6HRxSjWU>

<sup>6</sup> בקטגוריה זו נכללים כל נתוני המידע שאדם מוסר במהלך המבחנים - במענה לשאלונים, בתגובה לשאלות פסיכולוג או מראיין אחר ועוד. המדובר בקשת גדולה של נתוני מידע - נתונים ביוגרפיים, אירועים שהתרחשו בעבר, עדות הנבדק על אופיו והתנהגותו, עברו התעסוקתי, מצבו רפואי, יחסיו עם אחרים, על מאווייו ותשוקותיו ועוד. "מעבידים רבים נוהגים לשלוח את העובדים למבחנים ושיחות עם פסיכולוגים. הפסיכולוגים שואלים שאלות רלוונטיות לעבודה הספציפית, כגון, **הצלחה בעבודות קודמות** בעלות אופי דומה, **עמידה בלחצים** וכיוצא בהם. אך יש והם שואלים גם שאלות חודרניות שאינן קשורות לעבודה המוצעת, כגון, **שאלות על חייהם הפרטיים** של העובדים, על **חיי המין** שלהם, על **כישלונות** בחייהם הפרטיים ועל **אמונתם הדתית**." אלישבע ברק "עקרונות תום הלב במשפט העבודה" ספר **ברנזון** (כרך ב, א' ברק, ח' ברנזון עורכים, תש"ס) 499 (ההדגשות שלי - א"פ).

<sup>7</sup> בקטגוריה זו נכללות תשובות שנתן הנבדק או תיאור תגובותיו שעה שנחשף לגירויים שונים, כמו, למשל, שאלות במבחן פסיכומטרי או "מבחן אמינות", תמונות במבחני אישיות השלכתיים (רורשאך, TAT וכד'), או גירויים במהלך דינאמיקה קבוצתית (דיון, ביצוע משימה וכו'). חלקו של המידע בקטגוריה מתועד באופן ממוחשב לאחר שנמסר על ידי המטופל בעל פה או בכתב וחלקו האחר מתועד באופן ישיר ומיידי בהקשת מקלדת של הנבדק (ראו, למשל, **באתר האינטרנט של פיליט**: "המועמדים, שנבחנים מטעם הלקוחות שמעוניינים באבחון היושרה, מבצעים במהלך יום האבחון את **מבחן היושרה הממוחשב שנקבע להם**, וזאת בנוסף לשאר הפעילויות בהן הם משתתפים.")

שמופק על סמך סוגי המידע הקודמים, וכולל תיאורים מילוליים וכמותיים (ציונים מספריים<sup>8</sup>) של הנבדק, תכונותיו האישיות, כישוריו ומיומנותיו, מידת התאמתו לתפקיד או למשרה ועוד. מידע זה דינו כדין "רשומה רפואית" כהגדרתה בחוק זכויות החולה<sup>9</sup>, והוא מקביל לסיכום הרפואי שעורך המטפל, הערכתו לגבי מצב בריאותו של הנבדק, ולגבי התאמתו הרפואית לבצע משימה או תפקיד מסוימים.

6. ההבחנה המוצעת בין סוגי המידע אינה היחידה האפשרית, והיא נועדה רק לסייע בחידוד מספר עניינים, שיידונו בהמשך, ובמיוחד: ההגבלה המתחייבת מהדין על שליטתו של המעסיק במאגר המידע, במיוחד בכל הנוגע למידע, שאינו נכלל בקטגוריה השלישית שהצענו; זכות העיון של הנבדק אינה מוגבלת לחוות הדעת ולתוצאות המבחנים אלא לכל סוגי המידע שבמאגרי המכון; ניסיונם המופרך של פסיכולוגים ומכונים לכפור בתחולתם של הוראות חוק הגנת הפרטיות על המידע שבחזקתם.

### **פרשנות הוראות החוק ותחולתן על המידע האישי שמחזיקים המכונים**

7. ההגנות החוקיות על המידע האישי ועל הזכות לפרטיות במאגרי מידע, צריכות להתפרש פירוש רחב ותכליתי. מאז נחקק חוק הגנת הפרטיות הפכה הזכות לפרטיות לזכות חוקתית. בהתאם לזאת, יש לפרש בצמצום הוראות חוק המאפשרות פגיעה בזכות. ספק פרשני יוכרע מתוך מגמה לקיים את הזכות ולא לפגוע בה. האיזון בין זכויות הנבדקים לבין האינטרסים הכלכליים והפרופסיונאליים של המכון המיון הוא איזון אופקי.

8. עניינה של הזכות לפרטיות הוא בשליטתו של אדם על המידע אודותיו ובהגבלת הגישה של אחרים לאותו מידע. בהתאם לזאת, תכליתו של **חוק הגנת הפרטיות** היא לאפשר לאדם שליטה במידע האישי שלו, ולהגביל את נגישותם של אחרים למידע זה, ואת השימוש שיוכלו לעשות בו. תכלית זו חלה גם, וביתר שאת, על ההוראות הנוגעות ל"הגנה על הפרטיות במאגרי מידע", כלומר, הוראות פרק ב' של החוק. ביסוד הוראות אלו עומדת ההכרה באיום הייחודי והמוגבר, שטמון באגירת מידע אישי ובמאגרי המידע, על הזכות לפרטיות. האפשרויות הבלתי נדלות שמציעים מאגרי המידע בכל הנוגע לריכוז מידע אישי, שלפנתו ועיבודו הן האיום הגדול ביותר על שליטתו של אדם במידע האישי שלו – על זכותו לפרטיות.

9. כפי שכותב פרופ' מיכאל בירנהק:

<sup>8</sup> לעניין הציון הכמותי-מספרי, ראו למשל: ע"ע (ארצי) 766/07 **לימור בן חיים נ' המוסד לביטוח לאומי** (2011); ר' גם: "... התוצאות של המבחנים, שהם דוחות על אישיות המועמד ויכולתו לתפקד בתפקיד ניהולי... וצורפה להם 'הערכה כמותית לפי תחומים', בטבלה מהציון 50 עד לציון 90, בנושאים כמו: 'כושר התפישתי', 'חשיבה לוגית', 'כושר שיפוט', וכו'." דב ע"ד / 260 – 3 **מרדכי אלפריח נ' מנכ"ל המוסד לביטוח לאומי** פד"ע ל"ד 543, 555 (1997); ...). התונים השונים מצאו ביטוי כולל במספרים בסיכום חוה"ד, כאשר ההמלצה הסופית עמדה על הציון 70 שהינה המלצה בינונית (להבדיל מאפשרויות של ציון נמוך העומד על 50 או 90 שהינו ציון גבוה והמצוי בניהם במרווחים של 5 נקודות-50,55, וכו'). הנתבעות התייחסו למשמעות הציונים במבחנים בכתב במסגרת עקומה (צורפה לת/8-בתיק מוצגי התובע), והסבירו כי הציונים נעים בין 9-1 כאשר 5 מייצג את הממוצע, 9-8 את המצטיינים ו-7 מצוי ברבע העליון של הנבחנים באותה אוכלוסיה אם כי לא בין המצטיינים ביותר (התובע מצוי ב-25% מהנבחנים המצויים בין 9-7). ת"א (תא) 10208/05 **פלוגי נ' פילת (ישראל) בע"מ**, פסקה 31 (2010)

<sup>9</sup> פסקה 7.4 לקוד האתיקה המקצועית של הפסיכולוגים בישראל. <http://www.hebpsy.net/articles.asp?id=361>

"בסביבה טכנולוגית שבה קל לשמור מידע לתקופה ממושכת, ולמעשה אין סופית... המידע על אודותינו שנאסף, נשמר, מעובד, מוצלח ומנותח במאגרי מידע – משקף אותנו. יש זהות בין האדם לבין המידע על אודותיו. לפיכך שליטה של אחר (המדינה, המעסיק, התאגיד) במידע על אודות אדם שקולה לשליטה שיש לאותו אחר על האדם עצמו. אין כאן שיעבוד של הגוף וגם לא של הרוח, אבל יש כאן קשירת חוטים לאדם כמו לבובת מריונטה, וכך הוא אינו עצמאי עוד במעשיו אלא כפוף להחלטות שאחרים מקבלים לגביו על בסיס המידע שיש בידיהם על אודותיו... אדם שאינו שולט במידע על אודותיו אינו עוד ריבון לעצמו; הוא מסווג ומתויג על ידי אחרים בלי שנשאל, בלי שיש לו השפעה על הסיווג וללא זכות ערעור. ללא שליטה משפטית במידע על אודותינו – שליטה המושגת על ידי הזכות לפרטיות – נקלע למשפט הקפקאי של יוסף ק'".<sup>10</sup>

10. דברים אלה מתאימים ככפפה לתיאור מצבו של נבדק, שחי בצל מאגרי המידע שמחזיקים המכונים: אובדן השליטה במידע האישי שלו - אותו מידע שמשמש אחרים כבסיס לקבלת החלטות הרוח גורל על עתידו ועל גורלו; העדר יכולת ממשית להגביל את השימושים שיעשו במידע, ואפילו למטרות החורגות מהמטרה המקורית שלשמה הוא "נשאב" ממנו; חוסר האונים הקפקאי לנוכח חסימת הגישה שלו עצמו ל"תיק הדיגיטלי" ול"פרופיל" שלו, שנמצא בחזקתו של מכון המיון. אלו הם המופעים שאיתם באות להתמודד הוראות החוק הנוגעות למאגרי מידע. תכליתן של הוראות אלו היא להבטיח את שליטתו של אדם, ובעניינו של הנבדק, ב"מידע" האישי שמחזיקים עליו אחרים ובגורלו.<sup>11</sup>

11. לא היינו טורחים לחזור למושכלות יסוד ולתכלית החקיקה, אלמלא היינו מופתעים לגלות שיש כאלה המנסים לרדד את מילות החוק ולקרוא בהן הסדר "רזה" עד כדי אבסורד. בהתאם לעמדה שהוגשה מטעם הסתדרות הפסיכולוגים בישראל, הוראות החוק, המסדירות את הגנת הפרטיות במאגרי המידע, אינן חלות על תוצאות המבחנים ועל חוות הדעת שמעביר המכון למעסיק. בין היתר עולה מעמדת הסתדרות הפסיכולוגים, כאילו תוצאות המבחנים הן "דעות של פסיכולוג" ש"עשויים להשתנות מומחה למומחה"<sup>12</sup> ולפיכך אינן "מידע" כהגדרתו בחוק. לשיטת הסתדרות הפסיכולוגים "מידע" כולל אך ורק "עובדות".

12. בשלב זה נתייחס לעמדה זו בקצרה, באותה דרך תמציתית שבה הן הועלו. הפרשנות שעומדת ביסודה אינה מתחייבת ממילות החוק, אינה עולה בקנה אחד עם ההיסטוריה החקיקתית שלו והעיקר – מנוגדת לתכליתו. כיצד, למשל, מאבחנת עמדה זו בין "עובדות" לבין "הערכות" שעה שמדובר ב"אישיותו של אדם", "דעותיו או אמונתו" או "מצב בריאותו"? האם רשומה רפואית של אדם או חוות דעת רופא בדבר מצב בריאותו שונה מרשומה פסיכולוגית ומחוות דעתו של פסיכולוג? במה שונים הציונים המספריים והמילוליים שהשיג אדם במוסד לימודים או בהכשרה מקצועית מהציונים המילוליים והמספריים שהשיג במבחנים הפסיכוטכניים או במבחני "היושרה" שנערכו לו במכון? כיצד ניתן להבחין בין תיעוד תגובותיו האגרסיביות של

<sup>10</sup> מיכאל בירנהק "מרחב פרטי – הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה" (אוני בר אילן, נבו, 2010) 90-91 (ההדגשה שלי – א"פ).

<sup>11</sup> ככל שהדבר נדרש נבהיר, כי הזכות לפרטיות אינה זכות מוחלטת. שליטה מוחלטת של אדם ב"מידע" האישי שלו עומדת לעיתים בסתירה לזכויות נוגדות ולאינטרסים נוגדים. אלא שבדיוק בשל כך נקבעו בחוק הגנת הפרטיות הוראות המאזנות בין זכות השליטה במידע האישי לבין זכויות ואינטרסים נוגדים של מי שמחזיקים באותו מידע במאגריהם.

<sup>12</sup> (סעיפים 7-11 למכתב עו"ד ברוך אברהמי מיום 17.2.11) – אתר רמו"ט.

אדם בסימולציה מצבים ואת "העובדות" שמסר בראיון האישי, לבין הקביעה שלפיה הוא אדם אגרסיבי שמתקשה בשיתוף פעולה עם זולתו: כל אלו הן רק בבחינת דוגמאות לנתונים שעומדים בפני המעסיק ומשמשים כבסיס מכריע, לעיתים בלעדי, להחלטותיו באשר קבלת מועמד לעבודה או קידומו של עובד.

13. מעמדת הסתדרות הפסיכולוגים עולה, כי סיכומי המבחנים, שמעביר מכון מסוים למעסיק "עשויים להשתנות מומחה למומחה"<sup>13</sup>, דהיינו – שמכון אחר עשוי היה לתאר בצורה שונה את כישורי המועמד, מיומנותיו או את אישיותו. מסקנה זו אינה מופרכת, במיוחד בשים לב למגבלות של מהימנות ושל תוקף. ועדיין, אין בה כדי לשנות כהוא זה את העובדה, שמדובר בנתונים, שלפחות בעיני המעסיק "המזמין" (ובמקרים רבים – גם מעסיקים נוספים שאליהם יפנה הנבדק) משקפים ומבטאים באופן אקסלוסיבי כמעט את הנבדק ואת אישיותו - המידע האישי שמכריע את גורלו.

14. מעבר לפרשנות תכליתית והחוקתית של הוראות החוק, יתבצע האיזון בין זכויות הנבדקים לבין האינטרסים של מכוני המיון והאינטרסים והזכויות של המעסיקים בהתאם למשפט העבודה, ובהתאם לאופן שבו פותחה הזכות לפרטיות על ידי בתי הדין לעבודה.

### הפגיעה בזכות לפרטיות - מבחני המיון והשימוש במידע האישי

15. ככל זכות יסוד, גם הזכות לפרטיות אינה מוחלטת, ופעמים רבות קיים הכרח לאזנה אל מול זכויות נוגדות או אל מול אינטרסים לגיטימיים מתנגשים. אך בטרם נפנה לדון באיזון הראוי בין כל אלה, דהיינו – על המידה והאופן שבהם נתיר למעסיק ולמכון הפועל מכוחו לפגוע בפרטיות העובד, שומה עלינו לזכור את נקודת המוצא: **מבחני המיון או מבחני התאמה לעבודה פוגעים בעצם קיומם בזכות היסוד לפרטיות**<sup>14</sup>. מעטים הם המקרים שבהם נאלץ אדם להיחשף בפני זרים - לגלות להם מידע אישי על מנת שיוכלו לעבדו ולהעבירו, כפי שהדבר מתרחש בסיטואציה של מבחני המיון.

16. עצם חשיפת המידע האישי במהלך המבדקים מהווה פגיעה בפרטיותו. חשיפה זו אינה נעשית רק בצורה מילולית ובמודע (כלומר, בדרך של מענה על שאלות ישירות) אלא גם בכך שהנבדק מעמיד את עצמו להסתכלות ולהתבוננות של מומחים, כדי שאלה יוכלו לקבל נתונים נוספים על אישיותו, על נטיות ליבו ועל כישוריו. כפי שנאמר בטיוטה, "בחלק גדול מהמקרים" (ולדעתנו – בכולם, בלי יוצא מן הכלל) "המועמד לא היה מסכים להיבדק על ידי המכון ולחשוף נתונים הנוגעים לפרטיותו"<sup>15</sup>. מכאן שמדובר באובדן שליטה על המידע האישי

17. לפגיעה בפרטיות, הנובעת מעצם החשיפה, מצטרפות בהמשך התהליך פגיעות נוספות. מכון המיון מעבד את המידע שהותיר אחריו הנבדק ומייצר ממנו נתונים חדשים על אישיותו, על

<sup>13</sup> (סעיף 11 למכתב עו"ד ברוך אברהמי מיום 17.2.11) – אתר רמו"ט.

<sup>14</sup> "אין ספק, כי מבחני התאמה רבים חודרים לתחום הפרט". דב"ע 4-70/97 אוניברסיטת תל-אביב – ההסתדרות הכללית החדשה, האגף לאיגוד מקצועי, פד"ע ל 385, 409 (1998).

כישוריו ועל היבטים אחרים של חייו ועולמו הפנימי. ניתוח ועיבוד המידע "הגולמי" מתבצעים לא פעם גם בהמשך הדרך ולצרכים שונים ומשונים.

18. פגיעות נוספת בפרטיות נובעות מתייעוד המידע האישי ושמירתו במאגרי המידע של מכון המיון, ומהעברתו למעסיק "המזמין", שהפנה את הנבדק למכון. במקרים רבים מתרחשת פגיעה נוספת, חמורה עוד יותר, שעה שהמידע האישי מועבר לצדדים שלישיים, תוך חריגה מהמטרה המקורית שלשמה נערכו המבחנים<sup>16</sup>.

19. הפגיעה בפרטיות עלולה להוביל, ופעמים רבות גם מובילה בפועל, לפגיעה בזכויות יסוד אחרות, במיוחד שעה שהמעביד מקבל (במישרין או בעקיפין) מידע שמתייחס לעילות ההפליה שבחוק **שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988**, חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998, או מידע אחר דוגמת מידע רפואי, מידע על רישום פלילי ועוד.

### הסכמה בת תוקף והגנות

20. אנו מסכימים עם הדברים שבטיוטה, שלפיהם "בפני המועמדים המבקשים להתקבל למקום העבודה, אין ברירה אמיתית אלא להסכים לביצוע המבדקים אצל הגורם אליו הפנה אותם המעביד"<sup>17</sup> וליתר המסקנות וההנחיות הנגזרות מכך.

21. מאז שפורסמה הטיוטה נוסף ביסוס משפטי כבד משקל לדברים אלה בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה בעניין "איסקוב"<sup>18</sup>. קביעותיו של פסק הדין לעניין הזכות לפרטיות במקום העבודה, חורגות הרבה מעבר למקרה המסוים שנדון בו (פגיעה בפרטיות עובדים על דרך של חדירה לתיבת הדוא"ל שלהם), וחלות גם על הסוגיה שלפנינו.

22. בית הדין לעבודה קבע, כי "יש ליתן תוקף מצומצם ודווקני לכתב ויתור על זכויות שנותן העובד בידי המעסיק. בכפוף להסכמת העובד מדעת, במפורש ובכתב בהתייחס לזכויות עליהן הוא מוותר. ויתור כזה יהא תקף במקרים נדירים בלבד, של חוסר תום לב, או כנגד הענקת תמורה הולמת מצד המעביד במסגרת של 'תן וקח'".<sup>19</sup> הלכה פסוקה זו נותנת משנה תוקף להנחיות שבטיוטה. יחד עם זאת, בהתאם לקביעת בית הדין, **יש להשמיט מן הטיוטה את האפשרות שהסכמה כלשהי תינתן מכללא, ולהורות על הסכמה "מפורשת ובכתב" גם "לשימוש במידע אודותיו לצורך הליך המיון למקום העבודה שהפנה אותו למבחנים"**<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> פסקה 2.8.1 לטיוטה.

<sup>16</sup> כך, למשל, המכוניס מצרף לתוצאות המבדקים שהוא מעביר את הדברים הבאים: "בטופס ממצאי הבחינה אנו מפרטים רק כישורים ותכונות אישיות, הרלוונטים לתפקיד, אליו מועמד הנבחן. בידינו מצוי חומר מקיף וכוללני, שניתן לעבד למטרות נוספות. על סמך החומר, המצוי בידינו, ניתן למשל, לקבוע מה מידת התאמתו של הנבחן לתפקיד אחר בהווה או לקידום לתפקידים בכירים יותר בעתיד. החומר מאפשר התייחסות לבעיות ספציפיות המתעוררות בעבודה, שהדו"ח לא ענה עליהם. כמו כן, אפשר לספק הדרכה וייעוץ לממונים על העובד, לגבי הדרך הקליטה, או התנהגות המתאימים רק לוי".

<sup>17</sup> פסקה 1.1 לטיוטה.

<sup>18</sup> ע"ע (ארצי) 90/08 איסקוב נ' הממונה על חוק עבודת נשים.

<sup>19</sup> פסקה 28 לפסק הדין.

<sup>20</sup> פסקה 2.6 לטיוטה.

23. בדרך זו ניתן יהיה גם להגדיל את הסיכויים שההסכמה שתינתן תהיה "מדעת", כלומר - שהנבדק יוכל לקרוא הסבר מפורט על המבחנים שהוא עומד לעבור ועל השימוש המותר במידע האישי שלו. יתר על כן, הסכמה מדעת אינה יכולה להינתן בבוקר יום המבחן, שעה שהנבדק שרוי במתח רב וכל מעייניו נתונים להצליח במבחנים. כיוון שכך, יש להורות **שדף ההסבר שעליו יאשר הנבדק את הסכמתו, כמפורט לעיל, יועבר לנבדק מבעוד מועד** (למשל, יינתן לו על ידי המעסיק שמפנה אותו למכון), על מנת שיהיה סיפק בידי לקרוא ולהבין היטב את התנאים, שלהם הוא נדרש "להסכים".
24. הלכת איסקוב מוסיפה בסיס משפטי איתן גם להוראות שבטיוטה, השוללות כל תוקף מיתר "ההסכמות" שנשחטות מנבדקים כיום. שימוש במידע האישי למטרה שונה מהמטרה המקורית ("הליך המיון למקום העבודה שהפנה אותו"), או "ויתור" של העובד על זכותו לעיין במידע ובתוצאות שמועברות למעסיק וכיוצא באלה – כל אלה הן תניות, שעליהן נאמר בעניין איסקוב, כי "אין ליתן ליתן תוקף לתניות ... שיש להניח שעובד סביר לא היה מסכים להן מרצונו החופשי. גם אם ניתנה הסכמת העובד מדעת, חזקה היא כי הסכמה זו לא ניתנה מרצון חופשי אלא מכורח, ולכן אינה תקפה."<sup>21</sup>
25. יש להורות למכונים **לכלול בדף ההסבר, שעליו יחתום הנבדק, גם את התנאים והסייגים לשימוש המותר במידע, כפי שאלה באים לידי ביטוי בהנחיה, ובמיוחד את התנאי שלא יועבר למעסיק מידע אישי, שיתקבל במהלך המבחנים, אלא אם מידע זה הכרחי על מנת לתת לו תמונה מלאה באשר להתאמתו של הנבדק למשרה שאליה ביקש להתקבל. בנוסף יכלול דף ההסבר גם את כל הזכויות המוקנות לנבדק בנוגע למידע האישי שלו, ואת ה"הודעה מפורטת על קיומה של זכות העיון ועל מתכונתה"**<sup>22</sup>.
26. קיום כל החובות והסייגים האמורים, כמו גם יידוע הנבדק על אודותיהם, רלבנטיים גם במקרה שבו נשלול תוקף מכל "ההסכמה" שחילץ המכון מהנבדק<sup>23</sup>. הם מהווים תנאי לכך, שהפגיעות בזכותו של הנבדק לפרטיות, יוכלו לחסות בצילן של ההגנות שבחוק הגנת הפרטיות. זאת בדוקנות ובצמצום"<sup>24</sup>.
27. הפירוש המצמצם והדוקני שיש ליתן ל"הסכמה" ולהגנות הקבועות בחוק הגנות הפרטיות, ראוי שיחול גם במקרים אחרים של נבדקים, הנשלחים למכון מיון: מקרים שבהם מופנים

<sup>21</sup> פסקה 49 לפסק הדין.

<sup>22</sup> פסקה 2.9.11 לטיוטה.

<sup>23</sup> לדעתנו, בהעדר "רצון חפשי" לא ניתן להכיר אפילו ב"הסכמת הנבדק לשימוש במידע אודותיו" לצורך הליך המיון למקום העבודה שהפנה אותו למבחנים" (פסקה 2.6 לטיוטה). זאת בין היתר, לאור נקודת המוצא שלפיה "בחלק גדול מהמקרים המועמד כלל לא היה כלל מסכים להיבדק על ידי המכון ולחשוף נתונים הנוגעים לפרטיותו" (פסקה 2.8.2 לטיוטה), ולנוכח קביעות ותיקות של הפסיקה: "משמעסיק מטיל חובה על מועמד לתפקיד לעמוד במבחני התאמה, על-מנת להתקבל לעבודה או להתקדם לתפקיד, "הסכמתו" של המועמד אינה ניתנת מרצונו החופשי. אפילו אם ההנהלה אינה מטילה על העובד חובה לעמוד במבחני התאמה על-מנת שמועמדותו תובא לפני ועדת המכרזים, והדבר נתון לבחירתו, הרי שאם העובד מודע לכך שההנהלה מאמינה בתועלת של מבחני התאמה, למעשה מופעל עליו לחץ כן להיבחן. יחסי עובד-מעסיק אינם יחסים שווי כוחות; מצבו של העובד הוא בדרך כלל נחות מזה של המעסיק. לכן, החלטתו של העובד לעמוד במבחני התאמה אינה ניתנת תמיד מ"רצונו החופשי". דב"ע 4-70/97 אוניברסיטת תל-אביב – ההסתדרות הכללית החדשה, האגף לאיגוד מקצועי, פד"ע ל 385 (1998).

<sup>24</sup> עניין איסקוב פסקה 13.

נבדקים על ידי ישובים קהילתיים, או במקרה שמועמד לאימוץ ילדים מופנה לאבחון על ידי שירותי הרווחה. גם במקרים רווחים אלה שוררים יחסים לא שוויוניים בין המזמין לבין הנבדקים, ואלה מועתקים גם למישור היחסים בין הנבדק לבין המכון. אמות המידה המחמירות שנקבעו במקרה של נבדקים שהם מועמדים לעבודה רלבנטיות למקרים גם בשל כך שהגופים המזמינים כפופים למשפט הציבורי ולחובות מוגברות של תום הלב וההגינות – אם בשל אופיים הציבורי ואם בשל כך שהם נהנים ממשאבים ציבוריים (אדמות מדינה). בהתאם לזאת יש להרחיב את תחולתה של ההנחיה גם למקרים האחרים שבה נשלחים נבדקים לאבחון במכוני מיון.

### השימוש המותר במידע ובמאגר

28. על פי הטיוטה, **מאגר המידע שמוחזק על ידי מכון המיון נמצא בבעלות המעסיק**, אשר הפנה את הנבדק נשוא המידע. "מכון ההשמה אינו אלא זרועו הארוכה של המעביד, ואין לו מעמד עצמאי לעניין המידע ועיבודו שלא באמצעות המעביד לקוחו של המכון".<sup>25</sup>
29. אנו מסכימים לקביעה זו אך אנו מתנגדים למסקנה שעלולה להשתמע ממנה, כאילו למעביד יש גישה בלתי מוגבלת למידע שבמאגר<sup>26</sup> או שיקול דעת בלתי מוגבל להגדיר כיצד יש להשתמש במידע או לעבדו.<sup>27</sup>
30. במהלך המבחנים ובעקבותיהם מצטבר בידי המכון מידע אישי רב אודות הנבדק. חלק גדול ממידע זה הוא "מידע עודף" - מידע "גולמי"<sup>28</sup>, שהמכון נזקק לו, או לפחות סבור שהוא נזקק לו, כדי להשיג את תכלית המבחנים - לקבוע את מידת התאמתו של הנבדק למשרה או לתפקיד. העברת חוות הדעת למעסיק ממצה בדרך כלל את התכלית הלגיטימית שלשמה נאסף המידע.
31. המידע האישי ה"גולמי" מוחזק על ידי המכון במעין "נאמנות עיוורת" או "שליחות מוגבלת"<sup>29</sup> עבור המעסיק: הוא משמש את המכון לצורך חיבור חוות דעת וקביעת תוצאות האבחון. חשיפתו בפני המעסיק אינה משרתת את התכלית שלשמה נמסר המידע, ולחלופין אינה תורמת להשגת תכלית זו במידה השקולה כנגד הפגיעה, שתגרם לפרטיות הנבדק, כתוצאה מן החשיפה.

<sup>25</sup> פסקה 2.8.2 לטיוטה.

<sup>26</sup> "[על] המכון... לוודא שאפשרות הגישה לכל מאגר תהיה נתונה רק למעביד הרלבנטי" פסקה 3.1.2 לטיוטה.

<sup>27</sup> "למכון ההשמה – מחזיק המידע אין זכויות שימוש או עיבוד נוספות של המידע אלא לצרכיו של המעביד – הבעלים ועל פי הגדרותיו". פסקה 2.8.3 לטיוטה.

<sup>28</sup> ר' פסקה 5 לעיל.

<sup>29</sup> השימוש במונחים כמו "נאמנות עיוורת" או "שליחות מוגבלת" הוא שימוש מושאל ויש לקרוא אותו בהתאם להקשר הדברים. ככל שיש צורך כך נבהיר, כי המכון אמנם הוא שלוח של המעביד, ואולם שליחותו מוגבלת במובן זה שבניגוד לשליחות רגילה, הוא אינו חייב – ליתר דיוק הוא מנוע – מלהעביר לשולח (המעסיק) את כל המידע שהגיע אליו במהלך ביצוע השליחות. במונח "נאמנות עיוורת" כוונתנו לכך, שהמכון מחזיק במידע רב, שבו הוא עושה שימוש לצורך ביצוע תפקידו, וזאת מבלי שהמעסיק יהיה רשאי להיחשף למידע זה. למותר לציין, ששיקול דעתו העצמאי של המכון כפוף לתכלית המבחנים ולהוראות אחרות של הדין, לרבות דיני הגנת הפרטיות. בנוסף לכך, אין במתווה שהצגנו כדי לפטור את המעסיק לנפקויות המשפטיות שיש לאילוף הנבדק למסור מידע אישי מסוג מסוים. כך, למשל, ברע שנבדק נשאל על ידי המכון שאלות הנוגעות לעילות ההפליה שבחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, קמה החזקה (סעיף 9 לחוק) שלפיה המעסיק "דרש, במישרין או בעקיפין, מעובד או מדורש עבודה, מידע בנושא ההפליה בשלו אסורה" ולפיכך עליו הנטל להוכיח "שלא פעל בניגוד" לאיסור על הפליה לפי סעיף 2 לחוק.



32. המכון שמעביר למעסיק מידע זה, והמעסיק שדורש אותו – שניהם חוטאים בפגיעה בפרטיות שאינה נהנית מהגנות הדין. חשיפה זו אינה משרתת תכלית ראויה, היא אינה מידתית, וכפועל יוצא מכך – היא גם יוצרת חזקה של העדר תום לב<sup>30</sup>.

33. כדי להמחיש נקודה זו נפנה לבדיקות אחרות שמבצעים מעסיקים במועמדים לעבודה. כך, למשל, מעסיק שמבקש לדעת, האם מצבו הרפואי של נבדק מאפשר לו לבצע תפקיד מסוים, אינו צריך לדעת לשם כך את כל ההיסטוריה הרפואית של הנבדק. מעסיק שהפנה מועמד לעבודה לבדיקת סמים (בנסיבות הנדירות שמצדיקות התניית משרה בבדיקה מעין זו) רשאי לדעת את תוצאות הבדיקה אך אינו נזקק לדגימת השתן של הנבדק או לממצאים אחרים (לויקוציטים, זיבה וכד'). באופן דומה פסיכולוגית עשויה לחקור נבדק על טיב יחסיו עם הזולת כדי להעריך את מידת התאמתו לעבודת צוות. המידע האישי שהתקבל בראיון פסיכולוגי או במהלך משחקי סימולציה עשוי לשמש כבסיס לתוצאות. המעסיק יוכל לקבל את תוצאות האבחון אך לא את כל המידע האישי והאינטימי שהביא את הפסיכולוג לקבוע את קביעותיו.

34. למותר לציין שהמגבלות הללו על העברת מידע מהמכון למעסיק יחולו מקל וחומר גם אם נניח, כפי שעושים המכונים, שהבעלות במאגר המידע נתונה למכון ולא למעסיק. יחד עם זאת, הנחה כזו, לא תשנה כהוא זה את זכויות השימוש המוגבלות שיש למכון במידע, ולא תגרע מחובותיו כלפי הנבדק נשוא המידע. בין שהמכון הוא מחזיק של מאגר המידע (כאמור בטייטה) ובין שהוא בעליו של המאגר (כגרסת המכונים) – המידע האישי שבו נועד אך ורק לשם אבחון התאמתו של הנבדק למשרה אצל המעסיק שהפנה אותו. החזקה במידע או שימוש בו לכל מטרה אחרת, ובפרט לשם העברתו למעסיקים אחרים, הופכת את המאגר למאגר ה"משמש או עלול לשמש לפעולות בלתי חוקיות או כמסווה להן"<sup>31</sup>, שאז חייב הרשם להפעיל את סמכויותיו ולהתלות או לבטל את רישומו על כל המשתמע מכך.<sup>32</sup>

## זכות עיון

35. זכות העיון של אדם במידע האישי שלו, המוחזק במאגרי הזולת, היא אבן יסוד בהגנה על הזכות לפרטיות. בהבינו את הזכות לפרטיות כשליטה של אדם במידע האישי שלו, ובשים לב לפגיעה הנגרמת לשליטה זו כתוצאה מתהליך האבחון והמיון – זכות העיון בכל המידע, ובפרט במידע המועבר למעסיק היא המעט שניתן לעשות על מנת להחזיר לאדם מקצת מן השליטה שאבדה לו. העיון במידע מצמצם את הפגיעה בפרטיות מבלי לגרוע מהתכלית שלשמה נעשתה הפגיעה, ומכאן שהוא **תנאי בלעדיו אין להפיכתה של הפגיעה למידתית**.

<sup>30</sup> מסקנה זו מתחייבת גם מסעיף 3.6 (א) לקוד האתי של הפסיכולוגים: "כדי לצמצם עד למינימום את הפגיעה בפרטיותו של הלקוח, על הפסיכולוגים לכלול בדיווחים ובייעוצים הנדרשים, בכתב ובעל פה, רק מידע הנדרש למטרת הייעוץ או הדיווח."

<sup>31</sup> סעיף 10(א)(1) לחוק הגנת הפרטיות.

<sup>32</sup> סעיף 10(ו) לחוק הגנת הפרטיות.

36. זכותו של הנבדק, לעיין בחוות דעת פסיכולוגית שנוגעת אליו, אינה נסמכת רק על הוראות חוק הגנת הפרטיות. זוהי "זכות בסיסית", כפי שקבע בית המשפט העליון, שנגזרת בראש וראשונה מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>33</sup>

37. חרף זאת, מתעקשים המכונים להפר את זכויות הנבדקים ולשלול מהם את זכות העיון, וטוענים כי... :

"ההימנעות ממתן חוות הדעת או מהצגתה לנבחן היא הפרקטיקה שנהוגה בישראל ובמדינות רבות נוספות. קיימים אנשי מקצוע ומשפטנים שתומכים בפרקטיקה זאת, וישנם משפטנים שמתנגדים לה, וכעת 'הסטטוס – קוו' הוא שאין מציגים לנבחן את חוות הדעת."<sup>34</sup>

38. למותר לציין שהמילים "סטטוס קוו" ו"הפרקטיקה שנהוגה" אינן מוסיפות קורטוב של לגיטימציה להפרה שיטתית של הדין. אין מדובר ב"סטטוס קוו" אלא בקביעת "עובדות בשטח" ובניצול ציני של כוח אדיר לשם שימור "הפרקטיקה" העבריינית.

39. **טיטות ההנחיה מחייבת את מכוני המיון ...**

"לאפשר לכל מועמד לעבודה שעבר מבחני מיון והתאמה – לקבל את חוות הדעת בדיון כפי שנמסרה למעביד שהזמין את המבדקים לרבות תוצאות של המבחנים ככל שנכללו בחוות הדעת – אלא אם התקיימו הסייגים המפורטים בסעיפים 13(ג) – 13(ג1) לחוק הגנת הפרטיות. אפשר יהיה להשמיט מחוות הדעת שתימסר לנבחן פרטים על סוג המבחנים ותוכנם – אך לא את הציונים המספריים שהתקבל מניתוחם – רק אם קיימת וודאות קרובה שיהיה בכך לפגוע בתוקף ובמהימנות של המבחנים או לחשוף סוד מסחרי של מכון ההשמה"<sup>35</sup>.

40. אנו סבורים כי הוראה זו מקפחת את הנבדקים, בעלי המידע, בניגוד לדין. **ההנחיה מצמצמת את היקף המידע שבו יהיה רשאי הנבדק לעיין ומגדירה את החריגים בצורה רחבה מדי ומבלי להתנות אותם בתנאים המתחייבים מהדין ומניסיון העבר בכל הנוגע להתנהלותם של המכונים בהקשר זה.**

41. ההנחיה ממעיטה מהיקף המידע שבו רשאי הנבדק לעיין. נקודת המוצא המעוגנת במילותיו המפורשות של החוק היא **שכל המידע שנאגר אצל המכונים, בין שהועבר למעביד ובין אם לאו, מהווה מושא לזכות העיון של הנבדק.**

42. **אכן, קשה לחלוק על החשיבות היתרה שיש לעיון במידע שהועבר למעסיק, בין שהועבר כחלק מחוות הדעת מסכמת ובין שהועבר בדרך אחרת.**<sup>36</sup> ועדיין, **אין בכל אלה כדי לגרוע מחובת מכוני**

<sup>33</sup> "יש לראות את זכותו הבסיסית של אדם לעיין בחוות דעת רפואית הנוגעת אליו, וחוות דעת פסיכיאטרית בכלל זה, בראש וראשונה בגדרי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו." (בשפ 909/05 עבד אל-חמיד ג'אבר נ' מדינת ישראל (2005).

<sup>34</sup> אתר פיל"ת, בעמוד: "כיצד להשתמש בחוות דעת"

<sup>35</sup> סעיף 2.9.9 לטייטה.

<sup>36</sup> העברת מידע אישי למעסיק מרחיבה את היקף החשיפה של מידע זה, ובמקביל מחזקת את הרציונאל שעומד ביסוד זכות העיון (שליטה במידע האישי; שקיפות בכל הנוגע למידע המוחזק בידי אחרים; היכולת לדרוש תיקון ומחיקה, ועוד). זכות העיון בכל מידע המועבר למעסיק מתחייבת גם מכוח דינים נוספים, ובמיוחד מחובת תום הלב המוגברת ביחסי עבודה, ומכוח חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה וחוק שוויון לאנשים עם מוגבלויות.

**המיון לאפשר לנבדקים לעיין בכל המידע** שנאגר עליהם במהלך המבחנים ובעקבותיהם, בין שהמידע הועבר למעסיק ובין אם לאו.

43. **הנפקות שיש לחובה המוגברת לאפשר עיון במידע שהועבר למעסיק, עשויה להיות רלבנטית במקרה שבו קיימים אינטרסים מתנגשים**, שמבססים לכאורה חריגה מהכלל. בהתאם לזאת, גם במקום שבו איזון ראוי בין זכויות הנבדקים לבין האינטרסים המנוגדים יביא למסקנה, כי יש לסייג את זכות העיון במידע שלא הועבר למעסיק, קרוב לוודאי שהתוצאה תשתנה בכל הנוגע למידע שהועבר אליו.

44. באשר לחריגים לזכות העיון – **חריגים אלה מנוסחים בטיטה בלשון רחבה ועמומה מדי**. ניסיון העבר מלמד שהמכונים נוקטים בדרכים שונות ומשונות כדי להתחמק מחובתם לאפשר את העיון ולאור זאת קיים חשש קרוב לוודאי, שכל עמימות בהנחיה תנוצל בעתיד כדי להמשיך ולמנוע מהנבדקים את זכות העיון. **שומה על הרשות לנסח כללים מפורטים וברורים, על מנת שלא לפתוח פתח להתחמקויות ולהפרות גם בעתיד**.

45. חוק הגנת הפרטיות מאפשר שני חריגים בלבד לזכות העיון. האחד, קבוע **בסעיף 13(ג)** ועניינו חשש מנזק חמור לבריאות של המבקש<sup>37</sup>; האחר קבוע **בסעיף 13(ג1)** והוא מתייחס לחיסיון שנקבע על פי דין<sup>38</sup>.

46. **באשר לחריג "הרפואי"** – חריג זה מותנה בקיומם של מספר תנאים מצטברים. בהתאם לראשון שבהם, החריג חל אך ורק על "מידע המתייחס למצבו הרפואי או הנפשי" של המבקש. אכן, ניתן למצוא מידע מסוג זה בחוות הדעת שמעביר המכון וביתר המידע האישי שבידיו. ואולם על ההנחיה **להבהיר במפורש, שכל מידע שאינו מתייחס למצבו הרפואי או הנפשי יוצא מגדרי החריג**, וממילא אין למנוע מהנבדק לעיין בו, אפילו אם נדמה למאן דהוא כי מתקיימים תנאים אחרים הנזכרים בסעיף.

47. החריג הרפואי רלבנטי אך ורק למצב שבו "לדעתו" של בעל המאגר חשיפה למידע עלולה לגרום "נזק חמור לבריאותו הגופנית או הנפשית של המבקש או לסכן את חייו". מכונים רבים ופסיכולוגים העובדים בשירותם טועים ומפרשים הוראה זו בצורה רחבה עד כדי אבסורד, ומתיימרים בדרך זו להפוך את החריג לכלל. כך, למשל, נטען כי...:

"הניסיון המקצועי מלמד כי חשיפת התיאור המילולי על הנבחן עלולה להשפיע לרעה על מצבו הנפשי ועל תפיסתו העצמית ותחושת המוגלות שלו בתחום התעסוקתי. ידוע כי לא כל הנבחנים הינם בעלי מודעות עצמית, וחשיפת תיאור האישיות שלהם בפניהם עלולה לייצר השפעה מזיקה ולעיתים הרסנית על הנבחנים עצמם."<sup>39</sup>

<sup>37</sup> בעל המאגר רשאי שלא למסור למבקש מידע המתייחס למצבו הרפואי או הנפשי אם לדעתו עלול המידע לגרום נזק חמור לבריאותו הגופנית או הנפשית של המבקש או לסכן את חייו; במקרה זה ימסור בעל המאגר את המידע לרופא או לפסיכולוג מטעמו של המבקש.

<sup>38</sup> "אין בהוראות סעיף זה כדי לחייב למסור מידע בניגוד לחסיון שנקבע לפי כל דין, אלא אם כן המבקש הוא מי שהחסיון נועד לטובתו."

<sup>39</sup> עמדת הסתדרות הפסיכולוגים בישראל (סעיף 16 למכתב עו"ד ברוך אברהמי מיום 17.2.11) – אתר רמו"ט (ההדגשות שלי – א"פ).

48. גם נתעלם מהרוח הפטרנליסטית של הטקסט, ברור כי אפשרות ל"השפעה לרעה" או "השפעה מזיקה" שנגרמת "לעיתים" למקצת הנבחנים (אלה החסרים "מודעות עצמית") אינן נכנסות לגדר החריג שבחוק. לא די בהערכות כלליות שאינן מתייחסות לנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה. לא די ב"השפעה ... על הנבחנים" – מורת רוח, עלבון או עצב אינן בחינת "נזק", ולבטח שאינן נזק "לבריאות". את החריג יש לפרש בצמצום, וזאת בין היתר, מעצם היותו חריג לזכויות אדם חוקתיות, ומהעובדה שהחריג מתייחס למקרים של **סכנה לחיים** או נזק חמור המתקרב לכך<sup>40</sup>.

49. הפרוש "הנדיב", שנותנים מכונים ופסיכולוגים לחריג הרפואי, וסירובם לאפשר עיון במידע עולה בקנה אחד עם הסדר שהוצע לכנסת בשנת 1994 ואשר לפיו "מידע שהכין פסיכולוג ... לא יוצג אלא באמצעות פסיכולוג". הכנסת החליטה לדחות את ההסדר שהוצע, ומכאן שפעולתם של מכונים ופסיכולוגים בהתאם לו מהווה הפרה של הוראות החוק ושל תכלית חקיקתו.<sup>41</sup>

50. על ההנחה להבהיר במפורש, שהתיבה "לדעתו" אינה מכוונת לשיקול דעתו הסובייקטיבי (ובדרך כלל גם המוטה והאינטרסנטי) של בעל המאגר וכי **הפעלת החריג תעשה רק במקרה שבו פסיכולוג יחווה את דעתו בכתב, תוך הצגת הנסיבות המיוחדות של המקרה, כי אכן קיים חשש ממשי לנזקים חמורים לבריאותו של הנבדק.**

51. גם באותם מקרים חריגים, שבהם קיים חשש ממשי לנזק חמור לבריאות הנבדק, אין המכונים רשאים לנהוג כפי שהם נוהגים כיום, ולהציע שיחת "משוב" כתחליף לזכות העיון. שיחת משוב זו כרוכה בתשלום של מאות שקלים, ואפילו במהלכה אין הנבדק זוכה לעיין "בתוצאות המבחנים" וביתר המידע שמחזיק המכון עליו<sup>42</sup>. פרקטיקה זו מהווה הפרה בוטה של החוק, הנוקט בלשון ברורה וחד-משמעית, וקשה להעלות על הדעת כיצד יכולה ההנחיה להוסיף הבהרות שיאפשרו למכונים להבין את הוראות החוק. חרף זאת, ולאור הפרקטיקה הנוהגת, ראוי **שההנחיה תחזור על הוראת החוק, ותורה למכונים להעביר לרופא או לפסיכולוג שיבחר הנבדק, את המידע שהם מחזיקים על אודותיו.**

52. **באשר לחריג של "חיסיון על פי דין" (סעיף 13(ג) לחוק) –** חריג זה אינו רלבנטי לענייננו. ה"חיסיון" היחיד שאליו מכוון הסעיף מסוג זה הקבוע בפקודת הראיות, או חסיונות מקבילים

<sup>40</sup> ר' למשל: "במקרה שבפנינו אמנם ציינה ד"ר וינר בתצהירה כי מסירת המידע 'עלולה לפגוע בו מטעמים רפואיים', אך היא לא טענה כי מסירת המידע עלולה לגרום לנזק חמור לבריאותו של התובע. משמע, תנאי חוק הגנת הפרטיות המאפשרים למנוע מסירת מידע ישיר למבקש (שלא באמצעות רופא מטעמו) לא התקיימו במקרה זה." המ' (מחוזי, ים) 3075/96 מ"י נ' מגדיש (1996).

<sup>41</sup> בעבר התייחס **סעיף 13 לחוק** למידע רפואי בלבד, וקבע כי "מידע המתייחס למצב בריאותו של אדם לא יוצג אלא באמצעות רופא; הרופא יהיה רשאי למנוע מידע מהמבקש מטעמים רפואיים בלבד". סעיף 8 **להצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 2) התשנ"ד-1993** קבע, כי "מידע שהכין פסיכולוג והמצוי במאגר מידע של פסיכולוג או הנתון לשליטתו של פסיכולוג - לא יוצג אלא באמצעות פסיכולוג שמינה המבקש לעניין זה". לאחר דיון בהצעת החוק, ועל רקע ההסדר שחוקק באותה תקופה בחוק זכויות החולה (ס"ח תשנ"ו מס' 1591 מיום 12.5.1996 עמ' 327) שולב הסייג הפסיכולוגי עם זה הרפואי, ושניהם גם יחד שוננו, באופן שמתנה את הסירוב לבקשת העיון בנזק חמור לבריאות או סיכון חיים.

<sup>42</sup> "משוב זה רשאי לקבל כל נבחן אלא אם המזמין אינו מסכים לכך, מה שלא היה רלוונטי ביחס לתובע. משוב זה אינו כולל את חווה"ד השלימה שכן זה נוגד את התחייבות הנתבעות למזמין ... ציינו, כי אינן מעבירות לעולם ליד הנבחנים העתק מחווה"ד וכן את תוצאות המבחנים מאחר והם רכוש הלקוח שהזמינם – הבנק." ת"א (תא) 10208/05 פלוגי נ' פילת (ישראל) בע"מ, פסקה 16 (2010)

שנקבעו בפסיקה כמו, למשל, חיסיון עיתונאי, או חיסיון של חומר שהוכן לצורך הליך משפטי<sup>43</sup>. **ככל שלדעתכם ייתכנו מקרים שבהם יחול החריג האמור על ענייננו, ראוי להבהיר ולהדגים זאת בהנחיה על מנת למנוע פרשנויות יצירתיות ופרועות של חריג זה, שירוקנו את זכות העיון מתוכן.**

53. **אינטרסים המתנגשים עם זכות העיון** - הטיוטה מזכירה שני אינטרסים שעלולים להתנגש עם זכות העיון. אינטרס אחד הוא זה ש"נועד למנוע פגיעה בתוקפם ובמהימנותם של מבדקי ההתאמה כתוצאה מחשיפת שיטות הבדיקה והיכולת להטעות את הבודקים.<sup>44</sup> "אינטרס זה אינו מוליד "חיסיון על פי דין", וגם האסמכתאות שאליהם מפנה הטיוטה בהקשר זה – תקנון האתיקה המקצועית של הפסיכולוגים<sup>45</sup>, וספרה של אנסטאזי – אינן בבחינת דין, ואין לקרוא בהן הוראת "חיסיון". בדומה לזה, גם הטענה שלפיה חשיפת המידע בפני הנבדק תפגע בסודות מסחריים של המכון אינה נכללת בחריגים שקובע החוק לזכות העיון.

54. על כן, יש להשמיט מהטיוטה את החריגים הנוגעים לפגיעה בתוקף המבחנים ולחשיפת סודות מסחריים.<sup>46</sup> לחלופין, קיים הכרח שהחריגים הנוגעים לפגיעה אפשרית בתוקף המבחנים או לחשיפת סודות מסחריים, יוגדרו בצמצום ובבהירות. אין להותיר בידי מכוני מיון ופסיכולוגים העובדים בשירותם את היכולת לקבוע כי "קיימת וודאות קרובה שיהיה בכך לפגוע בתוקף ובמהימנות של המבחנים או לחשוף סוד מסחרי של מכון ההשמה".

55. מי שטוען לפגיעה אפשרית באינטרסים שלו כתוצאה מכיבוד זכות העיון של הנבדק עליו הנטל להסביר, להדגים ולפרט את הנסיבות והתנאים שבהם קיימת וודאות קרובה לפגיעה כאמור. דומה שבדיוק לשם כך פרסמתם את טיוטת ההנחיה והזמנתם את כל מי שחפץ בכך להעיר את הערותיו. ככל שמכוני מיון או מאן דהוא אחר יעלו טענו בעניין זה, תוכלו לפרסם טענות אלו ולאפשר לציבור להגיב עליהן.

56. ביטול החריגים הנוגעים לאינטרסים המקצועיים או המסחריים האמורים מתחייב במיוחד שעה שמדובר בעיון בחוות הדעת או לכל מידע אחר שמועבר למעסיק<sup>47</sup>. מספר הארגונים שמשתמשים בשירותיהם של המכונים הוא רב, ורבים מבעלי התפקידים שעובדים באותם ארגונים נחשפים לחוות הדעת ולתוצאות המבחנים, כמו גם להסברים שונים הנלווים אליהם ול"פרטים על סוג המבחנים ותוכנם" (כלשון הטיוטה<sup>48</sup>). קשה להעלות על הדעת שהמכונים

<sup>43</sup> בדברי ההסבר להצעת החוק שהוסיפה את סעיף 13(ג): "מוצע להבהיר שחובת הצגת המידע אינה פוגעת בחסיונות הקיימים לפי פקודת הראיות, נוסח חדש, (עורך דין, רופא פסיכולוג וכחן דת) וכן בחיסיון המעוגן בפסיקה....".

<sup>44</sup> פסקה 2.9.6 לטיוטה.

<sup>45</sup> תקנון האתיקה המקצועית של הסתדרות הפסיכולוגים אינו "דין" והאיסור שהוא מטיל בסעיף 7.5 על מתן תוצאות אבחון גולמיות לאנשים שאינם מוסמכים להשתמש בהם, מחשש לפגיעה במהימנות המבחנים ותקפותם אינו "חיסיון" המוכר בדין.

<sup>46</sup> סעיף 2.9.9 לטיוטה "אפשר יהיה להשמיט מחוות הדעת שתימסר לנבחן פרטים על סוג המבחנים ותוכנם – אך לא את הציונים המספריים שהתקבל מניתוחם – רק אם קיימת וודאות קרובה שיהיה בכך לפגוע בתוקף ובמהימנות של המבחנים או לחשוף סוד מסחרי של מכון ההשמה".

<sup>47</sup> כפי שהסברנו בסעיפים 4341 לעיל, זכות העיון חלה על כל המידע האישי שנאגר על ידי המכון ולא רק על זה שמועבר למעסיק. יחד עם זאת, לנוכח קיומה של חובה מוגברת לאפשר עיון במידע שמועבר למעסיק יש להימנע מהכרה בחריגים לחובה זו, ולמצער לצמצמה כדבעי.

<sup>48</sup> פסקה 2.9.9

חושפים בפני לקוחותיהם מידע שעלול לפגוע בתוקף או במהימנות המבחנים, או מידע שחשיפתו תפגע בסודות מסחריים. אדרבא, ההסתברות שחשיפת המידע תגרום לפגיעה באינטרסים האמורים, גדולה הרבה יותר שעה שמדובר במעסיק הנחשף למידע על עשרות נבדקים ונהנה מ"מבט רחב".

57. הנחת המוצא צריכה להיות, אפוא, שעיון הנבדק במידע שהועבר למעסיק על אודותיו לא יגרום לפגיעה כלשהי באינטרסים של המכונים. בהתאם לזאת, יש להשמיט מההנחיה את הסייג שלפיו "אפשר יהיה להשמיט מחוות הדעת שתמסר לנבחן פרטים על סוג המבחנים ותוכנם". יושם אל לב, כי בתקנון האתיקה המקצועית שלהם, מונחים הפסיכולוגים לציין "בפירוט בכל דו"ח פסיכולוגי באלו כלים השתמשו לביצוע הבדיקה".<sup>49</sup>

58. ככל שלדעת המכונים יש סוג נסיבות שבעטיים "קיימת וודאות קרובה לוודאי שיהיה בכך לפגוע בתוקף ובמהימנות של המבחנים או לחשוף סוד מסחרי של מכון ההשמה" – עליהם לפרט בפני הרשם. ככל שהרשם ישתכנע – ניתן להוסיף להנחיה הגדרה מדויקת של חריג לכלל.

59. על ההנחיה לקבוע במפורש, כי אין בטענות חוזיות או קנייניות של המכונים /או של המעסיקים כדי לבסס חריג לזכות העיון של הנבחנים. הבהרה זו היא הכרחית, לנוכח השימוש הרב שנעשה בטענות סרק מסוג זה בעבר.

60. עצם העלאת הטענות בדבר זכות הקניין כביכול, של המעסיק או של המכון במידע האישי של הנבדקים מהווה זילות של זכות הנבדק לפרטיות, לאוטונומיה ולכבוד. כפי שכבר נפסק "לא ניתן להתייחס להעסקת עובדים כאל רכישת ציוד"<sup>50</sup>. מבחני המיון אינם בדיקה והערכה של מטלטלים או מקרקעין. על כן, גם אם ימצא שלמכון או למעסיק יש זכויות קנייניות בחוות הדעת, עדיין מדובר בזכויות מופשטות ויחסיות, שאינן מוציאות את זכויות הנבדק לגביה. בוודאי שאין מקום לטענה קניינית כלשהי – של המעסיק או של המכונים – על המידע, שסיפק הנבדק במהלך המבחנים במישרין או בעקיפין.

61. מעבר לכך, טענת המכונים, שלפיה הם אינם מעבירים "לעולם לידי הנבחנים העתק מחווה" ד וכן את תוצאות המבחנים מאחר והם רכוש הלקוח שהזמינם"<sup>51</sup> – טענה זו אינה עולה בקנה אחד עם מנהגם של מכונים לעשות "שימוש חוזר" בחוות הדעת, ולהעבירה לארגונים אחרים זולת המזמין המקורי, במקרה שהנבדק מנסה להתקבל לעבודה באותם ארגונים האחרים.

62. אכן, טענה בדבר בעלות, כביכול, שיש למזמין במידע, סותרת עמדה אחרת שבאה מאותו מקור ושלפיה "מכון ההשמה אינו בבחינת 'מחזיק' בלבד של החומר והידע שברשותו. הם שלו ופרי עמלו" או "קניינם הרוחני של הפסיכולוגים העובדים במכון"<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> סעיף 7.1 (ג) לתקנון האתיקה המקצועית של הפסיכולוגים.

<sup>50</sup> ע"ע (ארצי) 1201/00 זילברשטיין נ' ערב חדש - אילת בע"מ (2002).

<sup>51</sup> ראו, למשל, ת"א (תא) 10208/05 פלוני נ' פילת (ישראל) בע"מ, פסקה 16 (2010).

<sup>52</sup> עמדת הסתדרות הפסיכולוגים בישראל (פסקאות 4-5 למכתב ע"ד ברוך אברהמי מיום 17.2.11) – אתר רמו"ט.

63. את הדין בזכות העיון נסיים בחזרה לעקרון שפתח דיון זה: דרישת המידתיות מחייבת לא רק את כיבוד זכות העיון של הנבדק, אלא אף את האיסור לגבות ממנו תמורה כספית בגין העיון<sup>53</sup>. מעסיקים מוכנים להשקיע משאבים ניכרים בתהליך המיון, אבל רובם אינו מוכן לממן את המעט שניתן לעשות על מנת לתקן ולו מעט מהפגיעה והנזק שנגרמים לנבדק. זאת בניגוד להמלצתם של פסיכולוגים המתמחים בתחום<sup>54</sup>.

64. מידתיות במימון הנפגע היא בבחינת אוקסימורון. התייחסות רצינית לזכות לפרטיות ולזכויות אדם בכלל אינו עולה בקנה אחד עם גישה הרואה במימוש זכויות אלו כמעין סרח עודף, עניין אגבי, המותנה בגיוס משאבים. למרבה הצער גישה זו עדיין רווחת במגזר הציבורי ובמגזר הפרטי גם יחד: הנכונות להשקיע משאבים עצומים בפרויקטים נעצרת ברגע שמגיעים לסעיף ההוצאה, הנוגע לצמצום הפגיעה שנגרמת לזכויות אדם. גישה זו צריכה לעבור מן העולם. מפעלים מזהמים מחויבים לפעול למניעת הנזקים הסביבתיים, שצפויים להיגרם כתוצאה מפעילותם. טיהור שפכים או סילוק פסולת אינם בבחינת חסד שעושה המפעל המזהם, וביצועם אינו מותנה ביתרותיו התקציביות. קימום הנזקים מהווה חלק בלתי נפרד מהשגת המטרה שלשמה נעשית הפעולה המזיקה. בדומה לזה, מי שמשקיע כספים בתהליכי אבחון ומיון, מתוך הנחה שבכך הוא יעל את גיוס העובדים ויקבל תמורה מקסימלית לשכר העבודה שישלם – עליו להיות מוכן גם לשאת בהוצאות הכרוכות בצמצום הפגיעה שנגרמת לנבדקים ולזכויותיהם. מי שפוגע בזכות אדם חוקתית הוא שחייב לשאת בנטל הכספי, הנדרש לשם צמצום הפגיעה והפיכתה למידתית.

בכבוד רב ובברכה,



אבנר פינצ'וק, עו"ד

<sup>53</sup> פסקה 2.9.10 לטייטה.

<sup>54</sup> ר' למשל את דבריו של פרופ' ברוך נבו, נשיא מכללת צפת ומרצה בחוג לפסיכולוגיה באוניברסיטת חיפה: "אנחנו צריכים לשמור על כבודם. יכולים לעשות את הדברים שלנו אבל בעדינות ומתוך רספקט. זה מתקשר לנושא של משוב. אדם שמבקש לדעת למה. נכשל. צריך פסיכולוג שיכונן לשיחה, אח"כ שעה עם שיחה. אני מאוד בעד זה – הארגונים שמזמינים לא מוכנים להשקיע את ההשקעה הזו. זה בעיני חלק מאותו כבוד וחבל מאוד שלא מתרחש." "שיחות", שידורי אוני' חיפה בנושא: מבחני מיון והשמה לעבודה. מראיין: ד"ר ליהוא זיסברג (20.12.2006)

<http://www.youtube.com/watch?v=XZIR1xZwObk&feature=relmfu>

אכן, פרופ' נבו מתייחס למשוב בלבד ולא להעברת תוצאות המבדקים AS IS לנבדק. ואולם הדברים יפים גם להצגת התוצאות, בנתון שהדין אינו מסתפק במשוב (כאמור לעיל).