

המבקשת:

האגודה לזכויות האזרח בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד לילה מרגלית ו/או אבנר פינצ'וק ו/או
דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר ו/או עאוני בנא ו/או ו/או
עודד פלר ו/או טלי ניר ו/או גיל גן-מור ו/או תמר
פלדמן ו/או נסרין עליאן ו/או קרן צפריר ו/או ראויה
אבורביעה ו/או משכית בנדל ו/או רגד ג'ראיסי ו/או
שרונה אליהו חי ו/או אן סוציו

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

רחוב נחלת בנימין 75, תל אביב 65154
טלפון: 03-5608185, פקס: 03-5608165

בעניין:

רפאל דיין

המבקש

ע"י ב"כ עו"ד יצחק יערי ואח'
חן, יערי, משרד עורכי דין
רח' ויצמן 2, מגדל אמות השקעות, תל אביב 64239
טל' 03-6932077; פקס: 03-6932082

- נ ג ד -

מפעל הפיס

המשיב

ע"י ב"כ עו"ד חיים סודקביץ
רח' ז'בוטינסקי 168, מגדלי שקל, בני ברק 51360
טל' 03-6122842; פקס: 03-7518598

בקשת להצטרף לדיון כ"ידיד בית המשפט" (Amicus Curiae)

בית המשפט הנכבד מתבקש להתיר למבקשת להצטרף כידיד בית המשפט לדיון בבקשה לדיון נוסף שבכותרת.

ואלה הנימוקים לבקשה:

1. בתיק שלפנינו בית המשפט הנכבד מתבקש לקיים דיון נוסף בהלכה שנפסקה ע"א 8189/11 רפאל דיין נ' מפעל הפיס (21.2.2013), שלפיה חוק המרשם הפלילי מתיר למעסיק או לבעל מכרז לדרוש ממועמד להצהיר על עברו הפלילי.

2. בכל הכבוד, קביעה זו אינה מתיישבת עם תכליתו של חוק המרשם הפלילי והסדריו, וסותרת פסיקות קודמות שניתנו בסוגיה. היא עלולה לרוקן מתוכן, הלכה למעשה, את ההגנה הניתנת בחוק לזכויות העובדים ולעקרון תקנת השבים, וניסיון החיים מלמד שההסדר החלופי, שנקבע בפסק הדין כדי שהפגיעה תהיה מידתית, אינו אכיף. פסק הדין גם שומט את הקרקע מתחת לעמדת היועץ המשפטי לממשלה בסוגיה (כפי שיפורט להלן), וחותר תחת המאמצים הרבים שעשה ביחד עם המשטרה כדי להגן על עובדים ומועמדים לעבודה מפני ניסיונות פסולים לנצל את חולשתם ולאליץ אותם למסור מידע פלילי חסוי. הגם שבית המשפט הוא שקובע את הדין, דומה שיהיה זה נכון ומועיל אם קביעת הדין בענייננו תעשה גם לאור הניסיון והתובנות שנצברו במשרד המשפטים ובמשטרה בכל הקשור לסוגיה הנדונה.

תמצית עמדת המבקשת

3. בפסק הדין נדרש בית המשפט הנכבד לשאלה, האם ניתן לדרוש ממשותף במכרז שימסור מידע על תיקי חקירה או כתבי אישום שתלויים ועומדים נגדו בהווה ועל הרשעות שהורשע בהן בעבר (להלן: "מידע פלילי"). מידע זה נכלל במרשם הפלילי שמנהלת משטרת ישראל. החוק קובע שהמרשם הפלילי יהיה חסוי והוא מסדיר את הדרכים החוקיות להעברת המידע הכלול בו לגופים, שזכותם לקבל מידע זה עוגן בחוק. כן אוסר החוק על השגת מידע מהמרשם, "במישרין או בעקיפין", על ידי מי שאינו זכאי לקבלו – בייחוד כאשר מדובר במעסיק או במי שמקבל החלטה אחרת בנוגע לאדם. פסק הדין ניתן אמנם בהקשר של מציע במכרז אבל הוא מדבר בנשימה אחת גם על מועמדים לעבודה ומחיל על שניהם דין אחד.

4. בית המשפט הנכבד קבע, כי חוק המרשם הפלילי אינו יוצר הסדר שלילי, המונע ממעסיק (או מבעל מכרז) לדרוש ממועמד שימסור תצהיר על המידע הפלילי שלו. לצד זאת נקבע, שמידע פלילי הוא "מידע פרטי, ובאופן עקרוני זכאי אדם לחסותו ולשמור על פרטיותו מפני גילוי" (פס' 34 לפסק הדין). דרישה למסור מידע פלילי מהווה פגיעה בפרטיות ואין להתירה אלא במקום שהיא רלבנטית, מבוססת על תכלית ראויה ועומדת בדרישת המידתיות (פס' 37 לפסק הדין). בהתאם לזאת התווה בית המשפט הסדר מפורט שמסדיר את התנאים ואת הנסיבות שבהן מותר יהיה לדרוש ממועמד למסור מידע פלילי.

5. הקביעה, שלפיה אין בחוק המרשם הפלילי הסדר שלילי, היא מסקנה פרשנית, שראוי לבחון אותה על רקע מגוון הנסיבות והשיקולים הרלבנטיים, ובין היתר: תכלית החוק והוראותיו, הניסיון שנצבר במהלך יישומו, האיזון הראוי בין הזכויות והאינטרסים הקשורים בעניין, והאופן שבו תשפיע כל אחת מהפרשנויות האפשריות על אותם אינטרסים וזכויות. המבקשת סבורה, כי מכלול השיקולים הפרשניים תומכים באפשרות שהמחוקק ביקש ליצור הסדר שלילי ולמנוע עקיפה של החיסיון המוטל על המידע הפלילי. אכן, החוק במתכונתו הנוכחית, מונע ממעסיקים לבדוק את עברו הפלילי של מועמד גם בנסיבות שבהן הפגיעה עשויה לשרת תכלית ראויה ולהיות מידתית. ברם, בייחוד לאור

הניסיון שנצבר שבסוגיה, נראה שרק המחוקק הוא שיכול להידרש לסוגיה ולקבוע הסדר אכיף, שלא יהיה נתון לניצול לרעה.

פסק הדין אינו מתיישב עם תכלית החוק והסדריו ועם פסיקה קודמת

6. חוק המרשם הפלילי מבוסס על העיקרון, המקבל ביטוי בסעיף 3 לחוק, לפיו "המרשם יהיה חסוי ולא יימסר מידע ממנו אלא לפי חוק זה". החיסיון נועד להגן על העיקרון, שלפיו "פרט לעניינים יוצאים מן הכלל - אין לזכור לאדם את חטאו כל ימיו ויש לאפשר לו לפתוח דף חדש בחייו ולעודד את שיקומו והשתלבותו המלאה בחיי החברה" (דברי ההסבר להצעת חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981 (ה"ח תשמ"א, עמ' 218). החוק מגן הן על זכויות חוקתיות של הפרט והן על אינטרס הציבור בשיקום עבריינים – "במילים אחרות, אחת מתכליותיו המרכזיות של החוק היא בהנהגת מוסד הרהביליטציה" (ראו: דני"פ 9384/01 אל נסאסרה נ' לשכת עורכי-הדין בישראל, פ"ד נט(4) 637, 659 (2004) (להלן, עניין אל נסאסרה)). כן הוא מגן על זכויותיהם של אנשים, כגון המבקש בתיק זה, אשר נחקרו כחשודים, אך מעולם לא הואשמו בעבירה כלשהי.
7. אל מול זכויות ואינטרסים אלה ניצב ה"אינטרס הציבורי החשוב בקבלת מידע אודות רישום פלילי בכל הנוגע לפעילותם של בעלי תפקידים שונים, ועל כן, [החוק] קובע הסדרים שונים לעניין העברת מידע כאמור לגופים ציבוריים, בתנאים הקבועים בחוק" (פס' 30 לפסק הדין).
8. המחוקק, והמנהל הציבורי שיוזם את החקיקה, דאגו במשך שנים בעיקר לאינטרסים של רשויות המדינה. אחד המקרים הבודדים שבו הוסדר חריג לחיסיון גם לגבי השוק הפרטי נוגע לגיוס עובדים למוסדות המטפלים בקטינים ובחשרי ישע (ראו: חוק למניעת העסקה של עברייני מין במוסדות מסויימים, התשמ"א-2001). אבל קיימים אינטרסים לגיטימיים נוספים, פרטיים וציבוריים, שראוי לאזנם אל מול הזכות לפרטיות ותקנת השבים, ושבית המשפט היטיב לתארם (בפסקה 36 לפסק הדין). אינטרסים אלה לא זכו למענה הולם בחוק.
9. אלא שלעניין זה יפים בשינויים המחויבים דברי בית המשפט הנכבד בעניין אל נסאסרה (בעמ' 676): "נראה כי הפתרון לקושי האמור אינו נעוץ בפרשנות מרחיבה לחריג הקבוע בסעיף 20(ב) לחוק – פרשנות שעשויה לחול גם על עיסוקים שאינם מבוססים על אמון הציבור בעוסקים בהם – כי אם בתיקונו של חוק המרשם הפלילי".
10. לצד ההוראות בחוק שקובעות חריג לכלל החיסיון – הוראות המתירות העברת מידע מהמרשם לגורמים שונים - נקבע בסעיף 22 לחוק איסור מפורש על השגת מידע מהמרשם, "במישרין או בעקיפין", בידי מי שאינו זכאי לקבלו. הסעיף תוקן בשנת 2008 בניסיון להילחם בפרקטיקה החמורה והרווחת, של השגת תדפיסי מרשם ממעומדים לעבודה, והוחמרה הענישה על השגת מידע "לשם העסקה או לשם קבלת החלטה בעניין האדם שהמידע נוגע לו", תוך הוספת ההבהרה המפורשת, כי

"לא יראו מי שעשה כאמור כזכאי לקבל מידע מהמרשם, בשל כך בלבד שהאדם שהמידע נוגע לו הסכים למסירת המידע".

11. בית המשפט הנכבד, בקובעו כי ניתן לדרוש תצהיר מספק או ממועמד לעבודה, לא נדרש לסעיף זה ולהשלכותיו על פרשנות החוק. בכלל זה, הוא לא נדרש לשאלה מדוע הדרישה לתצהיר אינה בבחינת השגת מידע מהמרשם "בעקיפין", ולשאלה, אם אין בהסדר שהציע כדי לרוקן את סעיף 22 מכל תוכן מעשי.

12. בנוסף, על פי סעיף 21 לחוק, "בעל סמכות על פי דין הפועל בסמכותו לא יביא בחשבון מידע שאינו זכאי לקבלו לפי חוק זה". לכאורה, קביעת בית המשפט הנכבד לפיה החוק מבקש להגן על **חיסיון המרשם בלבד**, ולא על העובדות שתועדו בו, עלולה לאיין סעיף זה, ולאפשר את עקיפתו.

13. קביעה זו אף אינה מתיישבת עם הלכה פסוקה קודמת בעניין. בעניין ג'ורג'י (על"ע 6038/04 ג'ורג'י נ' לשכת עורכי הדין (17.3.2005)), בית המשפט קבע כי אין הלשכה רשאית להתחשב במידע על צו שירות לתועלת הציבור (מידע שהיא אינה זכאית לקבל על פי סעיף 13 לחוק), שהגיע מהמועמד עצמו, ולא מהמרשם - וזאת, אלא אם המידע נמסר "ביועין" בהתאם להלכת אל נסאסרה (קרי, תוך ויתור מודע על הזכות שלא לגלות את המידע). בית המשפט הבהיר בהקשר זה, כי:

"הלשכה טוענת, כי אין כל הוראה בחוק המרשם הפוטרת את מי שנדון לשירות לתועלת הציבור ללא הרשעה ממסירת מידע. לגישתה, ההגבלה על מסירת המידע חלה על מנהלת המרשם, הלא היא משטרת ישראל. לכן, לדידה, משלא חלות הוראות ההתיישנות או הוראות המחיקה של חוק המרשם רשאית היא להשתמש, ללא הגבלה, במידע שהתקבל מהמעורר. זהו, לדעתי, היפוך היוצרות. נקודת המוצא היא חסיון, כאמור בסעיף 3 לחוק המרשם. אין כל סעיף בחוק המרשם המאפשר ללשכה לקבל מידע בדבר צו שירות לתועלת הציבור שניתן ללא הרשעה ובנוסף, סעיף 21 לחוק אוסר הרי במפורש הסתמכות על מידע מסוג זה (ראו: ענין אלנסארסרה, פסקה 12 לפסק דיני) (השופטת (כתוארה אז) נאור בפיסקה 20).

14. עוד טענה הלשכה באותו עניין, כי גם אם אין היא רשאית להתחשב בצו השירות עצמו, אין בכך כדי למנוע ממנה לשקול את העובדות שבהן הודה ג'ורג'י, ואשר הביאו להטלת צו זה. בית המשפט דחה גם טענה זו, תוך שהדגיש שפרשנות, המבחינה באופן מלאכותי בין העובדות ובין "מידע על הצו" תרוקן את החוק מתוכן:

"הבחנה בין העובדות לבין "מידע על הצו" היא מלאכותית ויש בה כדי לאיין את חוק המרשם ואת תכליתו. אין צורך לקבוע האם העובדות נטמעות בצו שניתן ללא הרשעה ודי בכך שלעניינו של חוק המרשם אין להן, לעובדות יחיים משלהן שהרי אחרת ייעשה סעיף 13 פלסטר" (השופטת (כתוארה אז) נאור בפיסקה 17).

15. דברים אלה יפים הם לענייננו ויש בהם כדי להמחיש את המהפך שפסק הדין מחולל לעניין פרשנות החוק ותכליתו. בכלל זה, הקביעה המשתמעת מפסק הדין (על אף שבית המשפט כלל לא נדרש כאמור לסעיף 22), לפיה קבלת עובדות על הרשותיו של אדם או על תיקים התלויים ועומדים נגדו באמצעות תצהיר, אינה בבחינת השגת מידע מהמרשם "בעקיפין", יש בה כדי להפוך את סעיף 22 לחוק – ואת ההגנה המיוחדת שהמחוקק ביקש להעניק לעובדים באמצעותו – לאות מתה.
16. זאת ועוד. נשאלת השאלה כיצד פסק הדין מתיישב עם הוראות שונות בחוק המרשם הפלילי, המגבילות העברת מידע, אף אם טרם התיישן או נמחק. כך, למשל, מידע על פי סעיף 13 לחוק (לרבות מידע על צווי שירות לתועלת הציבור, מידע על צווי מבחן ועוד) יכול להיות מועבר על פי החוק רק לרשימה מצומצמת של גופים. אם חוק המרשם הפלילי אינו יוצר הסדר שלילי, אזי נשאלת השאלה אם מי שאינו זכאי לקבל מידע זה על פי החוק יכול לבקשו ישירות מהאדם. כן נשאלת כאמור השאלה אם בעל סמכות על פי דין (כגון לשכת עורכי הדין בעניין ג'ורג'י) עדיין יהיה מנוע מלהתחשב במידע זה אף אם לא נמסר "ביודעין" (כלומר, תוך ויתור מודע על הזכות שלא לגלות), או שמא הקביעה כי אין מדובר בהסדר שלילי משחררת אותו גם ממגבלה זו.
17. בעיה נוספת מתעוררת לאור סעיף 8 לחוק, לפיו גם גוף ציבורי המקיים מכרז רשאי לקבל מידע על רשימה מצומצמת מאד של עבירות בלבד. האם משמעות פסק הדין שגוף יהיה רשאי לקבל, באמצעות תצהיר, מידע רחב יותר ממה שהוא זכאי לקבל בהתאם לחוק? האם המשמעות היא שדווקא גוף פרטי – או גוף דו-מהותי כגון מפעל הפיס – יהיה רשאי לקבל מידע רחב יותר מאשר הגופים, הזכאים לקבל את המידע על פי סעיף 8?
18. זאת ועוד. לאחר שקבע, כי חוק המרשם הפלילי אינו מונע ממעסיק לדרוש מידע פלילי באמצעות תצהיר, המשיך בית המשפט והגביל את המידע הפלילי, שהמעסיק יוכל להשיג בדרך זו. זאת, בין השאר, לאור "תכליותיו של חוק המרשם הפלילי, על מנת לוודא שבקשות לקבלת מידע הנעשות מחוץ לו אינן עוקפות באופן בלתי ראוי את הוראותיו" (פס' 35). כך למשל נאסר על מעסיק לדרוש הצהרה על עבירות שהתיישנו או נמחקו (פס' 37). בדומה לזה נקבע, שאסור לדרוש ממועמדים מידע על תיקי חקירה שנסגרו וזאת, בין היתר, כדי למנוע פגיעה "בחזקת החפות שממנה הם זכאים ליהנות, בכפוף להסדר הקבוע בחוק המרשם הפלילי" (פס' 42). דברים אלה חותרים תחת הקביעה הפרשנית, שלפיה החוק "רק מסדיר את הסוגיה של העברת מידע מן המרשם הפלילי עצמו" (פס' 31) ותחת ההבחנה בין מידע שמקורו מהמרשם ובין אותו מידע ממש, כשהוא מגיע מהאדם עצמו.

פסק הדין יוצר הסדר בלתי אכיף הפוגע בזכויותיהם של עובדים

19. ההלכה שיצאה מלפני בית המשפט הנכבד פותחת פתח נרחב לניצול מצוקתם של מועמדים לעבודה, לעקיפת חוק המרשם הפלילי ולסיכול תכליותיו. אמנם, בית המשפט עשה מאמץ ניכר במטרה למתן את הפגיעה הצפויה, והטיל מגבלות על סוג המידע הפלילי שמעסיק רשאי לדרוש בתצהיר. דה עקא, שבית המשפט, בשונה מן המחוקק, מוגבל בכוחו ליצור הסדר מפורט ובר-אכיפה. ההסדר שנקבע

בפסק הדין מותר למעסיקים שיקול דעת רחב בבחינת התכלית הראויה, הרלבנטיות והמידתיות של הדרישה למסור מידע פלילי (ראו פסי' 37 לפסק הדין). ניסיון העבר מלמד, שמגבלות ברורות ומפורשות בהרבה מאלו נפרצות בדרכים "יצירתיות" ועברייניות כדי להשיג מידע אישי רגיש ומידע פלילי בפרט. אותו ניסיון מראה גם, שהסיכויים לאכיפת המגבלות והאיסורים הם קטנים, כיוון שעובדים מתקשים לתבוע את זכויותיהם בבתי המשפט.

20. כמפורט בדו"ח הוועדה לבחינת חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים משנת 2010, בראשות פרופ' רות קנאי (להלן, "ועדת קנאי"), הפרקטיקה הפסולה של ניצול זכותו של אדם לקבל תדפיס מידע פלילי כדי להשיג מידע בניגוד לחוק "הפכה שכיחה עד כדי יצירת נורמת התנהגות בלתי חוקית של חלק משמעותי מהציבור, שפגעה בזכות לפרטיות ובעקרון השיקום הקבוע בחוק המרשם הפלילי" (עמ' 9 לדו"ח). גם למבקשת הגיעו פניות רבות על כך במהלך השנים.

21. פרקטיקה פסולה זו הציבה, וממשיכה להציב, אתגר לא פשוט בפני המבקשים לאכוף את הוראות החוק. שכן, מועמד לעבודה אשר נדרש לספק תדפיס או מידע בניגוד לחוק, אינו יכול ברגיל להגן על זכויותיו ולסרב לדרישה הפוגענית. ניסיון לחמוק ממסירת המידע עלול לעורר את חשד המעסיק, והגשת תלונה עלולה לחבל בסיכויי הקבלה לעבודה. כך מוצא עצמו המועמד חסר אונים אל מול דרישה בלתי חוקית מצד המעסיק, נטול כל סעד אפקטיבי למניעת הפגיעה בו.

22. יתר על כן. עובדים מתקשים לבקש סעד בבתי המשפט אפילו כאשר מופרות זכויותיהם מכוח חוזה העבודה. האפשרות שמועמד לעבודה יפנה לבית המשפט בשל התניית העסקתו בדרישה להמצאת תדפיס הוכחה כתיאורטית. למיטב ידיעת המבקשת, על אף המקרים הרבים שבהם נתקלו מועמדים בדרישה הפסולה לא הוגשה אף לא תביעה אחת.

23. במטרה למגר תופעה פוגענית זו ננקטו צעדים שונים בידי המדינה – לרבות תיקון סעיף 22 לחוק, כמפורט לעיל. נוסף על כך הוחלט במשטרה ובמשרד המשפטים על שינוי מבנה התדפיס כדי שמעביד שדורש העתק ממנו לא יוכל לדעת אם קיבל את מלוא המידע הרלוונטי. כמובהר בדו"ח ועדת קנאי:

"לאור התופעה הרווחת של ניצול לרעה של זכות העיון וקבלת התדפיס... הוחלט לשנות את מבנה התדפיס. מבנה התדפיס החדש, כולל עמוד ראשון ובו פרטי זיהוי של האדם וכן אזהרות בדבר סודיות המידע והעבירות הפליליות הקבועות בחוק בלבד, ללא מידע פלילי. בעמודים הבאים מוצג המידע הפלילי, בחלוקה לפי סוגיו. אדם שאין לחובתו רישומים כלל מקבל לידו רק את העמוד הראשון של התדפיס. מבנה התדפיס החדש מאפשר לאדם בעל רישומים פליליים למסור רק את העמוד הראשון שלו, בו לא קיים, כאמור, כל מידע פלילי. בדרך זו, מקבל התדפיס לא יכול לדעת אם עומד בפניו אדם שאין לגביו כלל מידע פלילי או שמא עומד לפניו אדם שקיים לגביו מידע פלילי ובחר למסור את העמוד הראשון בלבד" (דו"ח ועדת קנאי, עמ' 9).

24. הסבר דומה במהותו מופיע ב"שאלות ותשובות" שבאתר משטרת ישראל: "כל אזרח מקבל דף פתיח זהה, ללא קשר לרישומים הקיימים על שמו. הדף הבא הוא דף לבן ריק, ורק לאחריו מגיע תדפיס ובו פירוט הרישומים. אנו חוזרים ומזכירים: אינך חייב להציג את הרישומים הקיימים על שמך בפני המעסיק, ודרישתו מהווה עבירה פלילית!"

(<http://www.police.gov.il/portal.aspx?pid=176&mid=23>).

במילים אחרות: משרד המשפטים והמשטרה פעלו על מנת לאפשר למועמד לעבודה להציג תדפיס חלקי, שאינו משקף את כל האמת, למי שדרש ממנו, בניגוד לדין, להמציא לו את תדפיס הרישום הפלילי שלו.

25. ואם קשה עד בלתי אפשרי היה לאכוף את האיסור החד והברור על דרישת תדפיסי מרשם "עד כדי יצירת נורמת התנהגות בלתי חוקית של חלק משמעותי מהציבור", כדברי דו"ח ועדת קנאי (עמ' 9 לדו"ח), – כיצד ניתן יהיה לאכוף הסדר גמיש כגון זה שנקבע בפסק הדין, הניתן לפרשנויות שונות? יש להניח כי נטייתם הטבעית של מעסיקים תהיה לפרש בהרחבה את דרישת ה"רלוונטיות", ה"תכלית הראויה" וה"מידתיות", על מנת לקבל כמה שיותר מידע. לאור יחסי הכוח הבלתי שוויוניים בינם ובין ציבור העובדים, שוב ימצאו עצמם מועמדים לעבודה תלויים לחלוטין בחסדי מעסיקהם. כפי שנאמר בפסק הדין (פס' 34 לפסק הדין), "כאשר אדם נדרש למסור מידע לצורך השתתפות במכרז (או במצבים דומים) הוא מצוי במצב של תלות המצמצם את מרחב הבחירה העומד לרשותו". כיצד אם כן יוכל אותו מועמד להבטיח כי דרישה למידע מצד מעביד אכן תהיה רלוונטית ומידתית? כיצד הוא אמור לפעול כאשר הוא נדרש לספק במידע בלתי רלוונטי או אפילו מידע, שפסק הדין קובע שאין לדרוש אותו (מידע על עבירות שהתיישנו או נמחקו)?

26. מכאן שההסדר שעוצב בפסק הדין במטרה להגיע לאיזון ראוי יותר בין הזכויות והאינטרסים המתנגשים, עלול בפועל לרוקן את חוק המרשם מתוכנו תוך פגיעה אנושה בעקרון השיקום ובזכויות של רבבות עובדים ומועמדים לעבודה.

פסק הדין שומט את הקרקע מתחת לעמדת היועץ המשפטי לממשלה

27. לאחרונה טיפלה המבקשת בתלונתה של סטודנטית ופעילה פוליטית, אשר ביקשה לעבוד כעוזרת לחבר מועצת עיריית ירושלים. על אף רצונו להעסיק אותה, עבודתה נמנעה בידי העירייה, לאחר שהמועמדת נדרשה למלא טופס הצהרה על "עבר פלילי" – בה מסרה פרטים על תיקים תלויים ועומדים נגדה, שעסקו בהפגנות בהן השתתפה.

28. בעקבות התלונה הנחה משרד המשפטים את העירייה שלא לדרוש הצהרות או תצהירים ממועמדים לעבודה, לגביהם היא אינה מוסמכת לקבל מידע מהמרשם – וזאת משום שמדובר בניסיון פסול לעקוף את הוראות החוק. הנחיה זו, אשר ניתנה זמן קצר לפני מתן פסק הדין בתיק זה, שיקפה את עמדת היועץ המשפטי לממשלה באשר לפרשנות חוק המרשם הפלילי. במכתבה מיום 11.6.12 הבהירה עו"ד שירי איל-חבה ממחלקת ייעוץ וחקיקה (פלילי), כי על אף המלצת ועדת

קנאי לתקן את החוק כדי להרחיב את סמכות העירייה לקבל מידע פלילי, כל עוד החוק לא תוקן, היא אינה רשאית לעקוף את הדין באמצעות דרישה לתצהיר או שאלון:

"המלצת ועדת קנאי, היתה כי יש למסור את המידע הפלילי לרשויות מקומיות עד לתום תקופת ההתיישנות בלבד, ולא בתקופת המחיקה. המסגרת למסירה תהא סעיף 6 לחוק, תוך תיקון פקודת העיריות וכל חקיקה נוספת רלוונטית בהתאם. העברת המידע תתבצע לצורך מינוי עובדים, ביצוע עבודה, תפקיד או שירות. הרשות המקומית תידרש לשקול את המידע הפלילי בהתאם לאמות המידה שייקבעו בחוק, ולקבוע נהלים פנימיים לבחינת העבר הפלילי ולשקילתו.

עם זאת, פקודת העיריות טרם תוקנה, ולפיכך, נוכח החוק הקיים אין לרשויות המקומיות סמכות לקבל מידע מהמרשם הפלילי לצורך בחינת העסקתו של מועמד לעבודה, שאינה בדרך של מכרז או נמנית על התפקידים המפורטים בפקודת העיריות.

באשר לתצהיר, עמדת וועדת קנאי סברה כי קיים פסול בעצם הדרישה לקבל תצהיר בדבר הרשעות קודמות, שכן היא מסכלת את מטרת החוק ומאפשרת קבלת מידע פלילי במישרין מהאדם שהמידע אודותיו, ולא באמצעות משטרת ישראל המנהלת את המרשם הפלילי.

לאור זאת, הנכם מתבקשים כי בעת בחינת מועמד לעבודה שלא בדרך של מכרז או שאינו נמנה על בעלי התפקידים המפורטים בפקודת העיריות, שלא לשאול אותו שאלות הנוגעות לעברו הפלילי בדרך של תצהיר או שאלון בכתב" (ההדגשה אינה במקור).

29. במכתב נוסף מיום 27.1.13, אשר נשלח לעיריית ירושלים על דעת מר רז נזרי, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי), חזר משרד המשפטים והבהיר את הפסול שבדרישה לתצהיר – המהווה "דרך עוקפת-דין" – תוך שהדגיש שאין ברצון המוצדק של העירייה לקבל את המידע כדי להכשיר ריקון החוק מתוכנו:

"האמור במכתבך ... מוסכם עלינו, אך אין די בתכלית ראויה על מנת ליצור אמצעי שעוקף את דבר המחוקק ומרוקן את ההסדר החוקי הקיים מתוכנו. על אף האמור בסעיף 1ב למכתבך הרי שבכל הנוגע לשימוש שהנכם עושים בתצהירים, דרך פעולתכם איננה על פי הדין. זוהי דרך עוקפת-דין.

[...]

(7) כידוע, פקודת העיריות טרם תוקנה בהתאם להנחיות וועדת קנאי, ועל כן, אין לרשויות המקומיות סמכות לקבל מידע מהמרשם הפלילי לצורך בחינת מועמד לעבודה זמנית.

(8) בכל הנוגע לתצהיר כדרך ל"מימוש" אינטרס ראוי ונכון, וועדת קנאי הביעה עמדתה בעניין זה, ואכן בתיקון המוצע לחוק בכוונתנו להוסיף איסור מפורש בדבר השימוש בכלי זה, המשמש כיום בידי מעסיקים אשר החוק אינו תואם את רצונם להיחשף למרשם הפלילי של מועסקיהם הפוטנציאלים.

(9) לאור האמור לעיל, כאמור במכתבנו מיום ה- 11.6.2012, ועד לתיקונו העתידי של החוק במהלך כהונתה של הכנסת הבאה, הנכם מתבקשים לחדול מהעברת טופסי הצהרה למועמדים לעבודה כדרך להשיג מידע הנוגע לעברם הפלילי.

(10) האמור במכתבי הינו על דעתו של מר רז נזרי, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי) (ההדגשות אינן במקור).

- העתק מכתבי משרד המשפטים מצ"ב ומסומן ב/1.

30. הנה כי כן. פסק הדין שומט את הקרקע מתחת לעמדת היועץ המשפטי לממשלה בסוגיה, וחותר תחת המאמצים הרבים שעשה ביחד עם המשטרה כדי להגן על עובדים ומועמדים לעבודה מפני ניסיונות פסולים לנצל את חולשתם ולא לפי אותם למסור מידע מהמרשם הפלילי. הגם שבית המשפט הוא שקובע את הדין, דומה שיהיה זה נכון ומועיל אם קביעת הדין בענייננו תעשה גם לאור הניסיון והתובנות שנצברו במשרד היועמ"ש בכל הקשור לסוגיה הנדונה.

על ההסדר להיקבע בחקיקה ראשית

31. קביעת פסק הדין, לפיה רשאים מעסיקים לדרוש מעובדים למסור מידע פלילי רגיש, מאפשרת פגיעה בזכויות חוקתיות של האדם – לרבות לכבוד, לפרטיות, ולחופש העיסוק – ללא הסמכה מפורשת בחוק. זאת, בניגוד לפסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

32. כמפורט לעיל, מדובר בסוגיה סבוכה, בעלת היבטי מדיניות מורכבים. היא מעלה שאלות לא פשוטות בתחום האכיפה, ובתחום הסדרת היחסים העדיניים בין עובדים ומעסיקים, על פערי הכוחות ביניהם. בנסיבות אלו, ולאור הפגיעה בזכויות אדם הכרוכה בהסדר זה – אף אם הוא בא להגשים אינטרסים לגיטימיים ואף חשובים של מעסיקים – על ההסדר להיקבע בחוק. בהקשר זה יוער, לו היה בית המשפט מצהיר באופן חד משמעי על אי החוקיות של הפרקטיקה החדשה, קרוב לוודאי שמעסיקים היו נזעקים וממריצים את המחוקק לפעול לתיקון החוק. במצב הנורמטיבי הנוכחי, כאשר הקבוצה הנפגעת מפסק הדין היא קבוצה חלשה של המועמדים לעבודה, יש חשש שהמחוקק לא יזדרז להסדיר את עניינם (והשוו: דנג"צ 10007/09 גלוטן נ' ביה"ד הארצי לעבודה (18.3.2013), השופטת ארבל בפסקה 13).

צרוף המבקשת כ"ידיד בית המשפט"

33. בהילכת קוזלי (מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מ"י, פ"ד נג (1) 529 (1999) 554), הכיר בית המשפט הנכבד בקיומו של מוסד "ידיד בית המשפט" והתווה את מערך השיקולים והמבחנים שבהתקיימם ראוי לצרף במעמד זה גוף ציבורי כמתדיין בסכסוך שהוא אינו צד לו. מבחנים אלה מתקיימים במקרה שלפנינו ותומכים בצרוף המבקשת לדיון דנן. המבקשת היא עמותת רשומה, הפועלת מזה כארבעים שנה לקידום זכויות אדם באמצעות חינוך, דיונים בכנסת ומפגשים עם גורמים במנהל הציבורי, טיפול בפניות הציבור והתדיינות משפטית. במהלך פעילותה רכשה המבקשת מומחיות בכל הקשור להגנה על זכויות היסוד והיכרות רחבה עם סוגיות שונות בתחום זה.

34. בין היתר פועלת המבקשת מזה שנים, להגנה על זכויות האדם בהיבטים ציבוריים ומשפטיים הקשורים להגנת הפרטיות ולשמירת זכויות אדם בהליך הפלילי. בכלל זה ניהלה המבקשת התדיינות, שהסתיימה בפסק הדין מנחה בעניין העברת נתונים ממאגרי מידע מגוף ציבורי למשנהו, ומגופים ציבוריים לגורמים בשוק הפרטי (בג"צ 8070/98 **האגודה לזכויות האזרח נ' משרד הפנים**, פ"ד נח(4) 842 (2004)). המבקשת השתתפה במעמד של ידיד בית המשפט בדיון שהתקיים בבית הדין הארצי לעבודה בנושא פרטיות עובדים בתיבת הדוא"ל שלהם (נע"ע (ארצי) 90/08 **איסקוב נ' הממונה על חוק עבודת נשים** 8.2.2011)). המבקשת גם עתרה נגד חוק "האח הגדול" המקנה למשטרה גישה לנתוני תקשורת (בג"צ 3809/08 **האגודה לזכויות האזרח נ' משרתת ישראל** 28.5.2012)). בנוסף, המבקשת משתתפת באופן שוטף בדיונים בוועדות הכנסת ומוזמנת לחוות את דעתה על הצעות חוק ועל תזכירי חוק ממשלתיים בתחומים אלה.
35. המבקשת מלווה זה שנים סוגיות הנוגעות לחוק המרשם הפלילי. בין השאר, הגישה המבקשת למשרד המשפטים **חוות דעת מפורטת** בעניין תזכיר הצעת חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים (תיקונים שונים), התשס"א-2001; והשתתפה בדיונים רבים בוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, שעסקו בתיקונים לחוק ובאישור תקנות על פיו.
36. כל אלה מקנים למבקשת את "המומחיות", "הניסיון" ואת "הייצוג", שיש בהם כדי "לתרום להליך זה נקודת מבט שראוי שתהא בפני בית המשפט בשים לב למהות העניין הנדון" (נע"א 11152/04 **פלורי נ' מגדל** (2005)), ולסייע לבית המשפט בגיבוש עמדה "המשקפת נאמנה את מגוון המצבים והבעיות שבסוגיה שבפניו" (עניין **קודלי**, עמ' 554).
37. על סמך אלה, מבקשת האגודה להצטרף לדיון במעמד של ידיד בית המשפט, להאיר היבטים חשובים הכרוכים בסוגיות הנדונות בתיק דנן, ולחוות דעתה בעניין ההשלכות שעלולות או עשויות להיות להכרעה שתתקבל בו.
38. צירוף המבקשת במעמד של "ידיד בית המשפט" אינו צפוי להכביד על הדיון. בנוסף לכך, הבקשה מוגשת עוד בטרם החל הדיון לגופו של עניין, וממילא לא יהיה בצרוף כדי לעקב או להכביד על ההתדיינות.

רשימת נספחים

<u>סימן</u>	<u>שם הנספח</u>
1/ב	מכתבי משרד המשפטים מיום 11.6.12 ומיום 27.1.13

נספח ב/1

מכתבי משרד המשפטים מיום 11.6.12 ומיום

27.1.13

1/2

מדינת ישראל
משרד המשפטים



מחלקת יעוץ וחקיקה (פלילי)

ירושלים: כ"א סיוון תשע"ב
11 יוני 2012
תיקנו: 803-04-2012-000183
סימוכין: 803-99-2012-038473

לכבוד

רחלה משה, עו"ד

עוזרת ליועץ המשפטי לעירייה

עיריית ירושלים

שלום רב,

הנדון: פסילת מועמדותה של הגב' לתפקיד עוזרת לחבר העירייה
סמך: מכתביה של האגודה לזכויות האזרח בישראל מיום 28.3.12 ומיום 17.5.12 ומכתבכם מיום 16.11.11

ביום 29.3.12 וביום 17.5.12 נתקבלו במשרדינו מכתביה של עו"ד לילה מרגלית מהאגודה לזכויות האזרח בישראל בנושא שבנדון.

לאחר עיון במכתביה של עו"ד לילה מרגלית, וכן לאחר עיון במכתב התשובה שלכם מיום 16.11.11, עולה כי בעת בחינת מועמד לעבודה שהינו עובד זמני, הינכם מעבירים לו טופס הצהרה, עליו מתבקש לחתום, ובו מצהיר כי לא הורשע בעבירה פלילית, לא נוהלה כנגדו כל חקירה פלילית, לא הוגש נגדו כתב אישום לבית משפט או לבית דין, וכן במידה והוגש נגדו כתב אישום פלילי או משמעותי, עליו לפרט לאיזה בית משפט הוגש כתב האישום ובאיזה שלב הוא נמצא בהליך, וכן עליו לצרף העתק של כתב האישום.

לפי חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א – 1981 (להלן – חוק המרשם הפלילי), זכאיות רשויות מקומיות לקבל מידע מן המרשם הפלילי מכוח סעיף 8 לצרכי מכרז וכן לצורך מינויים של מספר בעלי תפקידים בכירים ופקחים, מכוח סעיף 170(ב1) לפקודת העיריות [נוסח חדש] וסעיף 6 לחוק.

המלצת וועדת קנאי, היתה כי יש למסור את המידע הפלילי לרשויות מקומיות עד לתום תקופת ההתיישנות בלבד, ולא בתקופת המחיקה: המסגרת למסירה תהא סעיף 6 לחוק, תוך תיקון פקודת העיריות וכל חקיקה נוספת רלוונטית בהתאם. העברת המידע תתבצע לצורך מינוי עובדים, ביצוע עבודה, תפקיד או שירות. הרשות המקומית תידרש לשקול את המידע הפלילי בהתאם לאמות המידה שייקבעו בחוק, ולקבוע נהלים פנימיים לבחינת העבר הפלילי ולשקילתו.

עם זאת, פקודת העיריות טרם תוקנה, ולפיכך, נוכח החוק הקיים אין לרשויות המקומיות סמכות לקבל מידע מהמרשם הפלילי לצורך בחינת העסקתו של מועמד לעבודה, שאינה בדרך של מכרז או נמנית על התפקידים המפורטים בפקודת העיריות.

באשר לתצהיר, עמדת וועדת קנאי סברה כי קיים פסול בעצם הדרישה לקבל תצהיר בדבר הרשעות קודמות, שכן היא מסכלת את מטרת החוק ומאפשרת קבלת מידע פלילי במישרין מהאדם שהמידע אודותיו, ולא באמצעות משטרת ישראל המנהלת את המרשם הפלילי.

לאור זאת, הנכם מתבקשים כי בעת בחינת מועמד לעבודה שלא בדרך של מכרז או שאינו נמנה על בעלי התפקידים המפורטים בפקודת היעוריות, שלא לשאול אותו שאלות הנוגעות לעברו הפלילי בדרך של תצהיר או שאלון בכתב.

בברכה

שירי אילן - חבה, עו"ד
מחלקת ייעוץ וחקיקה (פלילי)

העתק:

רז נזרי, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי), משרד המשפטים
גבריאלה פיסמן, מחלקת ייעוץ וחקיקה (פלילי), משרד המשפטים
לילה מרגלית, עו"ד, האגודה לזכויות האזרח בישראל

מדינת ישראל

משרד המשפטים

מחלקת יעוץ וחקיקה (פלילי)

ירושלים: ט"ז שבט תשע"ג

27 ינואר 2013

תיקנו: 803-04-2012-000183

סימוכין: 803-99-2013-003378

לכבוד

רחלה משה, עו"ד
עוזרת ליועץ המשפטי לעירייה
עיריית ירושלים

שלום רב,

הנדון: פסילת מועמדותה של הגב' לתפקיד עוזרת לחבר העירייה
סמך: מכתבך מיום 29.10.2012, מכתבה של עו"ד לילה מרגלית מיום 20.1.2013

1. ביום ה-4.11.2012 קיבלנו בתודה את מכתבך שבסימוכין במענה למכתבנו מיום ה-11.6.2012.
2. כפי שיפורט להלן, לאור המצב המשפטי הקיים היום, אין באמור במכתבך כדי לבסס הצדקה או הסבר למנגנון הפעולה בו נוקטת עיריית ירושלים בתהליך מיון מועמדיה לעבודה בכל הנוגע לסוגיית המרשם הפלילי.
3. כפי שהובהר במכתבנו מיום 11.6.2012, נוכח המצב המשפטי הקיים לפי חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א - 1981 בנוסחו הנוכחי (להלן: "החוק"), רשות מקומית אינה זכאית לקבל מידע מן המרשם הפלילי בכל הנוגע למועמדים לעבודה אשר מהות עבודתם או התפקיד בו מבקשים לכהן אינם עונים על תנאי סעיפים 7 ו-8 לחוק.
4. האמור במכתבך בסעיף 1(ג-ד) מוסכם עלינו, אך אין די בתכלית ראויה על מנת ליצור אמצעי שעוקף את דבר המחוקק ומרוקן את ההסדר החוקי הקיים מתוכנו. על אף האמור בסעיף 1ב למכתבך הרי שבכל הנוגע לשימוש שהנכם עושים בתצהירים, דרך פעולתכם איננה על פי הדין. זוהי דרך עוקפת-דין.
5. אופן הצגת מסקנות וועדת קנאי בסעיף 3 למכתבך יוצר תמונה חלקית ובלתי מדויקת של הנאמר בדו"ח הוועדה. להלן אפרט:
 - א. בכל הנוגע לסוגיית התצהיר כ"דרך עוקפת חוק", קבעה וועדת קנאי, כי קיים פסול בעצם הדרישה לקבל תצהיר בדבר הרשעות קודמות מקום שאין זכאות לקבלת המידע על פי חוק, שכן היא מסכלת את מטרת החוק ומאפשרת קבלת מידע פלילי במישרין מהאדם שהמידע אודותיו, ולא באמצעות משטרת ישראל המנהלת את המרשם הפלילי.

ב. לצד קביעה זו של וועדת קנאי, נקבע, בין היתר, כי יש אינטרס ציבורי חשוב במסירת מידע פלילי לרשויות המקומיות לצורכי העסקה של עובדים או נותני שירותים. כאשר קביעתה היא שיש למסור את המידע הפלילי לרשויות המקומיות עד לתום תקופת ההתיישנות בלבד, ולא במשך תקופת המחיקה. כמו כן קבעה וועדת קנאי, כי המסגרת למסירת המידע תהא סעיף 6 לחוק, תוך תיקון פקודת העיריות וכל חקיקה נוספת רלוונטית בהתאם. העברת המידע תבצע לצורך מינוי עובדים, ביצוע עבודה, תפקיד או שירות:

6. שילוב המסקנות המצוטטות לעיל מצביע על הכרה בצורך של רשויות מקומיות לקבל מידע פלילי הנוגע לעובדים העתידיים להיות מועסקים על ידה. אלא שהכרה זו אינה "מתהלכת" בחלל ריק, עליה להיות מעוגנת ומוסדרת בחקיקה ובתקנות. קיומו של אינטרס, מוצדק וחשוב ככל שיהיה, אין בו כדי להצדיק יצירת כלים "יש מאין" לשם מימוש.

7. כידוע, פקודת העיריות טרם תוקנה בהתאם להנחיות וועדת קנאי, ועל כן, אין לרשויות המקומיות סמכות לקבל מידע מהמרשם הפלילי לצורך בחינת מועמד לעבודה זמנית.

8. בכל הנוגע לתצהיר כדרך ל"מימוש" אינטרס ראוי ונכון, וועדת קנאי הביעה עמדתה בעניין זה, ואכן בתיקון המוצע לחוק בכוונתנו להוסיף איסור מפורש בדבר השימוש בכלי זה, המשמש כיום בידי מעסיקים אשר החוק אינו תואם את רצונם להיחשף למרשם הפלילי של מועסקיהם הפוטנציאליים.

9. לאור האמור לעיל, כאמור במכתבנו מיום ה- 11.6.2012, ועד לתיקונו העתידי של החוק במהלך כהונתה של הכנסת הבאה, הנכם מתבקשים לחדול מהעברת טופסי הצהרה למועמדים לעבודה כדרך להשגת מידע הנוגע לעברם הפלילי.

10. האמור במכתבי הינו על דעתו של מר רז נזרי, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי).

מזכר
הגד גניץ עו"ד
מחלקת ייעוץ וחקיקה (פלילי)

העתק:

רז נזרי, (המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי), משרד המשפטים
גבריאלה פיסמן, מחלקת ייעוץ וחקיקה (פלילי), משרד המשפטים
לילה מרגלית, עו"ד, האגודה לזכויות האזרח בישראל