

המבקשת:

האגודה לזכויות האזרח בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד אבנר פינצ'וק ו/או דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר ו/או לילה מרגלית 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 גיראיסי ו/או שרונה אליהו חי ו/או אן סוצ'יו

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

רחוב נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154
טל': 03-5608185; פקס: 03-5608165

בעניין:

המבקשות:

1. ב'
2. י'
3. ג'

ע"י ב"כ עו"ד יהונתן קלינגר
מרחוב ביל"ו 6, תל אביב
טלפון: 052-3436436; פקס: 077-4701695

- נ ג ד -

המשיבים:

1. עיריית שדרות

ע"י ב"כ עו"ד בנימין סעדון
מכיכר הנשיא 1, שדרות

2. הסתדרות העובדים החדשה

מרחוב ארלוזורוב 93, תל אביב

3. מרכז השלטון המקומי

מרחוב הארבעה 19, תל אביב 64739
טלפון 03-6844222; פקס: 03-6844201

בקשה להצטרף לדיון כ"ידידת בית המשפט" (Amicus Curiae)

בית הדין הנכבד מתבקש להתיר למבקשת להצטרף במעמד של ידידת בית המשפט לדיון בבקשת רשות הערעור שבכותרת וכן לערעור ככל שתינתן רשות לערער.

ואלה נימוקי הבקשה:

1. המשיבה, עיריית שדרות, החליטה להשתמש בגוף האנושי כאמצעי לרישום נוכחות בעבודה. העובדות והעובדים הצטוו להתייצב וליתן טביעות אצבע משל היו חשודים בתחנת המשטרה, ו"להסכים" להקמת מאגר מידע עם נתוניהם הביומטריים. במסגרת מסע הלחצים תלשה המעסיקה מהקיר את שעון הנוכחות הישן והעמידה את העובדות בפני ברירה: **ביומטריה או משכורת**. מרבית העובדים "השתכנעו" וויתרו – כך קורה בדרך כלל. המבקשות דגן עמדו על זכויותיהן. בעזרת סיוע משפטי, שניתן להן ללא תמורה, הן ניסו לדבר על ליבה של מעסיקתן ולהגיע עמה להבנה. אבל לאחר חלופת מכתבים קצרה הודיעה המשיבה שקצה נפשה בדיאלוג, והחלה להלין חלק משכרן הדל. בדי עמל עלה בידי המבקשות למצוא עורך דין, שייצג אותן ללא תמורה, וזה הגיש לבית הדין האזורי לעבודה תביעה ובקשה לסעד זמני.
2. בית הדין הנכבד החליט, שכל עוד מתנהל הדיון בתיק העיקרי, אין מקום לחייב את המשיבה להכיר במעקב הנוכחות שמנהלות המבקשות, ואשר המשיבה אינה חולקת על אמינותו. החלטה זו מעמידה את המבקשות בפני אותה ברירה קשה שהציבה בפניהן המשיבה: **לוותר על שכר או למחול על זכויותיהן ו"להסכים" לשימוש בביומטריה של גופן**. בשים לב לכך שהמשכורת דלה ממילא הרי שויתור עליה, ואפילו על חלקה, נחזה כקשה מנשוא. יתר על כן, בהעדר יכולת לצפות את תוצאות הדיון בתיק העיקרי, יהיה על המבקשות "להמר": אם ימשיכו לתעד את נוכחותן באמצעים אחרים ולא "לתת אצבע" הן עלולות להפסיד את כבשת הרש שלהן, ולא לקבל את מלוא השכר שמגיע להן בתמורה לעבודתן המסורה.
3. הנהגת שעון נוכחות ביומטרי כרוכה בפגיעה בזכויות לכבוד ולפרטיות של העובדים והעובדות. אבל לתוצאות הבר"ע דכאן יהיו **השלכות רוחב על מקרים אחרים ורבים של פגיעה בפרטיותם ובכבודם של עובדים**.
4. השאלות שמעוררת הבר"ע נוגעות **לדרכים, שעומדות בפני עובדת לנוכח החלטה שרירותית של המעסיק לפגוע בזכויות היסוד שלה**. האם עליה לוותר על דיאלוג עם המעסיק, להוציא מכיסה אלפי או רבבות שקלים ולפנות לערכאות, כל עוד משכורתה לא נפגעת בפועל? האם פעולה חד-צדדית של המעסיק – תלישת שעון הנוכחות הישן מהקיר, הצבת מצלמת מעקב או הנהגת מערכת שעוקבת אחר תנועות העובדת גם מחוץ לשעות העבודה – יוצרת "מצב קיים", שאין מקום לשנותו באמצעות סעד זמני? האם הנזק שייגרם לעובדת בהעדר סעד זמני, שישהה את הפגיעה בפרטיותה, הוא "סעד כספי גרידא"? וככל שמדובר בנזק כספי בלבד – האם יכולה עובדת שמשתכרת פרוטות לשאתו?
5. מקומות עבודה רבים בישראל מפריים את זכויות העובדים לכבוד ולפרטיות. כך עולה ממחקרים, מדיווחים בתקשורת, וכך למדה המבקשת מתלונות רבות שמגיעות למוקד פניות הציבור שלה. אבל **מציאות זו אינה משתקפת בפסקי הדין של בתי הדין לעבודה**.

6. ניסיון החיים מלמד, שעובדים אינם מרבים להתלונן על הפגיעה, ולעיתים נדירות בלבד הם מצליחים להתגבר על המחסומים שעומדים בדרכם אל בית הדין. אכן, **זלתו של בית הדין פתוחה תמיד. אבל הדרך אל המפתן רצופה במכשולים ובקשיים**. מעבר לעלויות הכספיות ומגבלות הסמכות, עובדים חוששים להתעמת עם מעסיקהם בבית הדין, ולסכן בכך את מטה לחמם. ואכן, במקרים המעטים שמגיעים לבתי הדין, נדונה הפגיעה בפרטיות רק לאחר שהעובדת התפטרה או פוטרה בשל סירובה להסכין לפגיעה.
7. אבל זהו רק קצה הקרחון. בדרך כלל "בעל הבית" קובע עובדות בשטח, והעובדת נאלצת למחול על כבודה ו"להתקפל" או לעזוב. על כל החלטה שיפוטית שפוסלת "הסכמה", שעובדת נתנה כביכול לפגיעה בפרטיותה, יש עשרות ומאות של מקרים דומים. **מקרים שבהם "הסכמה", שניתנה באותן נסיבות של אילוץ וחוסר ברירה, "הכשירה" פגיעות המורות לא פחות.**
8. זו המציאות שמשתקפת בטעמים שעומדים ביסוד ההחלטה נשוא הבר"ע. **פערי הכוח בין המעסיקה לבין עובדותיה הם שעומדים ברקע כל הנסיבות, שנזקפו לחובתן של המבקשות ושהובילו להחלטה**. ובכל הכבוד, ההחלטה בתורה מקבעת את הפערים הללו ומעמידה את המבקשות בעמדת נחיתות קשה עוד יותר. בלא סעד זמני, שיאפשר להן לקבל את שכר עבודתן במלואו במשך חודשים או שנים של התדיינות, תכבד המעמסה שכרוכה בהתדיינות מול המעסיקה. ובנסיבות אלו רב החשש שהן יאלצו לוותר או להתפטר.
- יהא אשר יהא "הדין" לגבי שיעון נוכחות ביומטרי, ההחלטה נשוא הבר"ע מצמצמת את הסיכוי שההתדיינות תגיע לסיומה, ושבית הדין יכריז על דין זה.**
9. השלכותיה הקשות של ההחלטה נשוא הבר"ע חורגות הרבה מעבר לעניינן של המבקשות דנו. ניסיונן של המבקשות דכאן עלול לשמש אותן אזהרה לעובדות רבות אחרות, שישקלו להרהיב עוז ולהתנגד לפגיעה בפרטיותן או בכבודן.

צירוף המבקשת כ"ידיד בית המשפט"

10. בית המשפט העליון ובית הדין לעבודה הכירו זה מכבר במוסד "ידיד בית המשפט", והתוו את המבחנים לצירוף צד כמתדיין בסכסוך שהוא אינו צד לו.¹ **מבחנים אלה מתקיימים במקרה שלפנינו ותומכים בצירוף המבקשת לדיון דנו**. המבקשת היא עמותה, הפועלת מזה למעלה מארבעים שנה לקידום זכויות אדם באמצעות חינוך, דיונים בכנסת ודיאלוג 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.
11. בין היתר פועלת המבקשת מזה שנים להגנה על הזכות לכבוד והזכות לפרטיות בכלל ובמקום העבודה בפרט. בין היתר ניהלה המבקשת התדיינות, שהסתיימה בפסק הדין מנחה בעניין **העברת נתונים ממאגרי מידע ציבוריים** לגורמים בשוק הפרטי.² המבקשת עתרה נגד חוק "האח הגדול" המקנה למשטרה גישה לנתוני תקשורת.³ ביחד עם ארגונים אחרים היא עתרה נגד "הסדר

¹ מ"ח 7929/96 כוזלי נ' מ"י, פ"ד (ג) 529, 554 (16.2.1999); ע"ע 1233/01 אוריאל - עיריית הרצליה, פד"ע לז 508, 513 (31.12.2001).

² בג"צ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח נ' משרד הפנים, פ"ד נח(4) 842 (2004).

³ בג"צ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח נ' משרת ישראל (28.5.2012).

הכבילה,⁴ נגד **המאגר הביומטרי של משרד הפנים**,⁵ והשתתפה כידידת בית המשפט בדיון שהתקיים בבית הדין הארצי לעבודה בנושא **פרטיות עובדים בתיבת הדוא"ל**.⁶ הרכב של שבעה שופטים בבית המשפט העליון שידון בדיון נוסף בעניין **זרישת מידע על עבר פלילי ממועמדים לעבודה** עתיד להכריע בקרוב בבקשה לצרפה לדיון.⁷

12. בנוסף, המבקשת משתתפת באופן שוטף בדיונים בוועדות הכנסת ומוזמנת לחוות את דעתה על הצעות חוק ועל תזכירי חוק ממשלתיים בתחומים אלה. בשנה האחרונה השתתפה המבקשת בשימוע שערכה הרשות למשפט, טכנולוגיה ולמידע (רמו"ט) בנושא זכויות **מועמדים לעבודה שנבחרים במכוני המיון**.

13. המבקשת גם מקבלת פניות, ומטפלות במקרים רבים של פגיעה בזכויות אדם במקומות עבודה, דבר שמאפשר לה לצבור ידע רחב בדבר הדרכים המגוונות שבהן נעשות הפגיעות, בדבר התוצאות הקשות שנגרמות, ובדבר הדרכים האפשרויות למנוע אותן.

14. להכרעה בתיק דנן עשויות להיות השלכות חשובות על זכויות יסוד חוקתיות ועל אינטרסים ציבוריים, המעוגנים אף הם בחוקי היסוד ובשיטת המשטר הדמוקרטי במדינת ישראל. צירופו של צד "ציבורי" רצוי במיוחד במקרים, שבהם מועלית שאלה קונסטיטוציונית חשובה.⁸

15. צירוף ידיד בית משפט, שלא כצירוף צד, **אינו צפוי להכביד על הדיון המשפטי: המבקשת חפצה להצטרף "כידידת בית המשפט" לצורך הגשת חוות דעת מטעמה בלבד** ומידת מעורבותה בהליך תקבע על ידי בית הדין הנכבד כפי שזה יראה לנכון.⁹

16. התייצבות גופים ציבוריים דוגמת המבקשת בבית הדין לשם סינגור על הזכות לפרטיות חשובה במיוחד לאור העובדה, שבדרך כלל עובדים נרתעים מלהתלונן, לא כל שכן להתדיין עם מעסיקים, בגין פגיעות בפרטיותם. זאת במיוחד כיוון, שבדרך כלל הנזק הכלכלי לעובד הבודד הוא בלתי ניתן לכימות או קטן יחסית, ואינו מתמרץ הגשת תובענות, ובוודאי שאינו שקול לאפשרות של נשיאה בנטל הוצאות במקרה של "הפסד" התיק.¹⁰

17. אשר על כן, בענייננו מתקיימים המבחנים הדרושים לצירוף המבקשת כידידת בית המשפט.

כבוד ופרטיות במקום העבודה: מאגר ביומטרי ושימוש בגוף העובד כאמצעי

18. עמדת הדין בנוגע לשעון נוכחות ביומטרי של עיריית שדרות תקבע בתיק העיקרי. יחד עם זאת, וכפי שנראה בסוף פרק זה, גם בקשת הערעור על החלטת בית הדין קמא מצריכה התייחסות קצרה לסוגיית השימוש בביומטריה במקום העבודה.

⁴ בג"צ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל (30.6.2006).

⁵ בג"צ 1516/12 פרופ' נהון נ' הכנסת (23.7.2102).

⁶ ע"ע (ארצי) 90/08 **איסקוב - הממונה על חוק עבודת נשים** (2011) בפסקה 10.

⁷ דנ"א 1840/13 רפאל דיין נ' מפעל הפיס (החלטה על קיום הדיון הנוסף, 19.5.2013).

⁸ ראו: דב"ע נו/4-16 מרכז השלטון המקומי בישראל - הסתדרות העובדים הכללית, פד"ע לב 1, 35.

⁹ בשי"א (תי"א) 1013/01 ההסתדרות הכללית החדשה - ארגון שחקני הכדורסל - מכבי אשדוד (25.1.2002).

¹⁰ ראו: יעל און ואח' **פרטיות בסביבה הדיגיטלית (המרכז למשפט וטכנולוגיה, עורכים: ניבה אלקין-קורן, מיכאל בירנהק, 2005) 157.**

19. הזכות לפרטיות היא "מהחשובות שבזכויות האדם בישראל"¹¹, והיא זכתה למעמד חוקתי על חוקי. היא מהווה **תנאי הכרחי לאוטונומיה אישית ולכבוד. אדם שאין לו פרטיות מאבד את חירותו.**¹² בית הדין הנכבד קבע זה מכבר, כי עובדת אינה מאבדת את זכותה לפרטיות שעה שהיא נכנסת בשעריו של מקום העבודה.¹³ דומה שלפחות בכל הנוגע ליחסי עבודה, אין עוד מחלוקת על כך, שקיימת תחולה ישירה של הוראות חוק היסוד על מעסיקים,¹⁴ מה גם שבענייננו המעסיקה היא רשות ציבורית.
20. **נתונים ביומטריים הם בבחינת "ענייניו הפרטיים של אדם"** מן המעלה הראשונה ברגישותם ובמידת הפלישה לצנעת הפרט. בדומה לדגימות ביולוגיות, שנדונו בפרשת **פרחי**, גם נתונים ביומטריים "אוצרים בחובם מידע רגיש בדבר זהותו של האדם ומאפייניו, ובכוחם לקשור את האדם למקומות בהם נכח או למעשים בהם נטל חלק."¹⁵
21. **כל נטילה של אמצעי זיהוי ביומטריים כרוכה בפגיעה בזכות האדם לפרטיות ובזכותו לאוטונומיה גופנית - זכויות הנגזרות באופן ישיר מההכרה בערך כבוד האדם.** מכאן, אומר פרופ' אהרן ברק, "כפייה לתת טביעות אצבע פוגעת בכבוד האדם."¹⁶ ואכן, "נטילת טביעה של כל חלק מהגוף" היא "חיפוש" כהגדרתו בחסד"פ¹⁷ - חיפוש שיש בו "פגיעה בפרטיותו של אדם ובצנעת הפרט שלו, שהן זכויות מוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו."¹⁸
22. **אגירה של אמצעי זיהוי או נתוני זיהוי ביומטריים היא פגיעה בזכות לפרטיות, ומותנית בחקיקה העומדת בתנאי פסקת ההגבלה.** זו הסיבה שבעטיה נזקקה המדינה לחוק מיוחד, שיתיר לה לנהל מאגר של אמצעי זיהוי ונתוני זיהוי לצרכים משטרתיים – חוק שיאזן בין אינטרסים ציבוריים לבין "הרצון למנוע פגיעה בפרטיותו של אדם במידה העולה הנדרש".¹⁹ והוא הדין באשר למאגר הביומטרי שמשרד הפנים מתכנן להקים.²⁰
23. **אגירה של מידע ביומטרי פוגעת בכבוד האדם.** כפי שמסביר ד"ר עומר טנא, "ככל שגדל היקף השימוש בביומטריה למטרות זיהוי, מצטמצמת זהותו של אדם לאוסף של נתונים ביומטריים; גופו נתפס כחפץ שמידותיו נמדדות, נאגרות ומשמשות את רשויות השלטון למטרות שאינן תמיד נהירות לו... תפיסתו של הגוף כחפץ, כאובייקט, מהווה כשלעצמה פגיעה בפרטיות... אכן, כבר

¹¹ ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס, פ"ד מט(3) 309, 353 (1995).

¹² ראו: מיכאל בירנהק, "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות", **משפט וממשל יא** 9 (2007).

¹³ מנחם גולדברג "הגנת הפרטיות של העובד וחובת הגילוי שלו כלפי מעבידו" **עבודה חברה ומשפט ט** (תשס"ב) 85.

¹⁴ ע"ע (ארצי) 90/08 **איסקוב - הממונה על חוק עבודת נשים** (8.2.2011); דב"ע (ארצי) 70-4/97 **אוניברסיטת תל אביב - ההסתדרות הכללית החדשה**, פד"ע ל 385, 411; ורדה וירט-לבנה, "הזכות לפרטיות אל מול האחריות הניהולית במיון מועמדים לעבודה – ההיבט המשפטי" ספר שמגר (חלק ג'), (2003) 775, 805.

¹⁵ ע"פ 4988/08 **פרחי נ' מדינת ישראל** (1.8.2011) השופט לוי, פסי 17. וראו גם את פסיקת בה"ד האירופי לזכויות אדם: *S. and Marper v. The United Kingdom*, App. n. 30562/04 and 30566/04 (4.12.2008).

¹⁶ אהרן ברק **פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית** (1994) 433.

¹⁷ סעיף 1 **לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי)**, התשנ"ו-1996.

¹⁸ דברי ההסבר להצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף החשוד), התשנ"ה-1995 (**ה"ח תשנ"ה**) 210, 211, 219.

¹⁹ דברי ההסבר להצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף החשוד) (תיקון) (נטילת אמצעי זיהוי), התשס"ד-2004 **ה"ח הממשלה תשס"ד** 536, 547.

²⁰ ראו: **חוק הכללת אמצעי זיהוי ביומטריים ונתוני זיהוי במסמכי זיהוי ובמאגר מידע**, התש"ע-2009.

במאה ה-18 הזהיר הפילוסוף הגרמני הדגול עמנואל קאנט מפני הפיכתו של אדם לאובייקט ושימוש בו כאמצעי להבדיל מתכלית בפני עצמו.²¹

24. הביומטריה עשויה להתברר **כסופה של הפרטיות**, כפי שידענו אותה עד כה. "מצד אחד התרחקות של השלטון מהאזרח הפרטי ומיכון של היחס אליו, יחס שיחייב מעתה תיווך של המערכות הביומטריות האוטומטיות. ומן הצד האחר, **צמצום המרחק בין בעל השררה ובין גופו הפרטי של האזרח לכדי לא יותר מלחיצת כפתור.**"²²

25. כפי שמסביר פרופ' בירנהק, טביעת אצבע שונה מכתובת, מספר טלפון וכיוצא באלה פרטים שמזהים את האדם. "הטעם לכך הוא שפרטים אחרונים אלה אינם נובעים מהאדם, אינם קשורים בו ואינם אישיים במובן העמוק, האוטונומי, של הביטוי. הם גם ניתנים לשינוי בקלות יחסית. טביעת האצבע, לעומת זאת, היא חלק ביולוגי שמזהה את האדם באופן קבוע ובלתי ניתן לשינוי. לפיכך, כאשר היא ניטלת, מרגישים אנשים רבים כאילו ניטל משהו מהם, או במילים אחרות, שפרטיותם נפגעת."²³

26. המידע הביומטרי משמש כבר היום, וצפוי לשמש עוד יותר בעתיד, כמפתח למידע אישי רב. חלים עליו, מקל וחומר, דבריו של בית המשפט העליון, שלפיהם "מספר הזהות אינו רצף ספרות בעלמא... מן המספר ניתן ללמוד מידע ונתונים... במגוון תחומים עד כי נוצרת זהות בין האדם לבין מספר הזהות שמאחוריו. שליטה של אחר במידע מעין זה, לא כל שכן הצלבתו עם מקור מידע נוסף... וקבלת החלטות בהסתמך על מידע זה, פוגעים בפרטיות."²⁴

27. הפגיעות שנמנו לעיל הן נפרדות ועצמאיות מהפגיעות הצפויות במקרה של דליפת מאגר ביומטרי. כפי שהסביר בכנסת עו"ד יורם הכהן, ראש הרשות למשפט, טכנולוגיה ומידע במשרד המשפטים (רמו"ט): "... אנחנו צריכים להסתכל כמה שנים קדימה ולהבין שמעבר לעבודה בסביבה ביומטרית, תגרום לזה שמערכות ההגנה על המידע האישי יתבססו על המידע הביומטרי. ואז, אם המידע הזה ידלוף, אפשר לקחת אותו ולעשות בו שימוש, להיכנס למאגרי המידע, מכיוון שמערכות המידע שלהן תהיינה מבוססות על ביומטריה. פה הסכנה הגדולה. פה אני מתחבר לאמירה שאומרת שמידע ביומטרי הוא מידע שלא ניתן להחליף אותו."²⁵

28. אלו הן אפוא זכויות היסוד שהמשיבה פוגעת בהן. מבחינתה אין זה קביל ש"העובדים יחליטו עבורנו, לנו כמעסיק כיצד לרשום נוכחות"²⁶ גם אם שיטת "הרישום" כרוכה בשימוש בגופם שלהם וברמיסת כבודם ופרטיותם. והאבסורד העצוב הוא, שפגיעה זו אינה מקדמת בהרבה את התכלית של רישום נוכחות מדויק ואמין. שהרי ניתן להערים בקלות גם על שעון הנוכחות

²¹ עומר טנא "חוק המאגר הביומטרי: סיכונים והזדמנויות" משפטים יז 421 (2013).

²² ניצן ליבוביץ ואבנר פינצ'וק, "מדינת ישראל והחוק הביומטרי", **אתר המכון לדמוקרטיה** (2009).

²³ מיכאל בירנהק "הערות לתזכיר חוק לתיקון חוק הכניסה לישראל, התשס"ד-2004", מכתב למשרד הפנים 23.5.2004.

²⁴ בג"צ 6824/07 **ד"ר עדאל מנאע נ' רשות המיסים** (20.12.2010) השופט פוגלמן, בפסקה 37; וראו עוד: רות גביון

"הזכות לפרטיות ולכבוד" בתוך זכויות אדם בישראל – קובץ מאמרים לזכרו של חזן שלח 61, 69 (1988).

²⁵ עו"ד יורם הכהן, הוועדה המשותפת (לעניין "חוק המאגר הביומטרי"), פרוטוקול 30.6.2009, עמ' 43 (**אתר הכנסת**).

²⁶ ראו פרוטוקול הדיון בבית הדין קמא (9.5.2013) בעמוד 6 שורה 20.

הביומטרי באמצעות "אצבעות סיליקון"²⁷. גם נציג המשיבה אישר זאת, אבל מבחינתו דיי בכך שהפגיעה בעובדות יכולה "לשנות במקצת" כדי לעשותה ראויה ומידתית.²⁸

29. על רקע זה ראוי לחזור ולבחון את הטעמים שנתן בית הדין הנכבד להחלטתו. נקבע, כי "הבקשה והתביעה שבפנינו מעוררות שאלות עקרוניות לעניין גבולות הזכות לפרטיות במקום העבודה... שאלות אלה אינן ניתנות לבירור במסגרת הליך זמני, ומשכך אין לומר כי סיכויי התביעה הם כאלה המחייבים מתן סעד זמני" (פסקה 10 להחלטה).

בכל הכבוד, ראוי שנקודת המוצא תהיה הפוכה. המעסיקה פוגעת בזכויות חוקתיות. עליה הנטל לשכנע שהפגיעה היא מידתית ומתיישבת עם חובת תום הלב. על פניו, רישום הנוכחות במקום העבודה יכול להיעשות באופן שבו הוא נעשה מאז ומתמיד והפגיעה בזכויות העובדות יכולה "להמתין" עד לתום בירור ה"שאלות העקרוניות" שהמעסיקה עוררה בקבעה "עובדות בשטח".

30. טיבן של הזכויות הנפגעות, משליך גם על קביעתו של בית הדין הנכבד, שלפיה הסעד הזמני המבוקש הוא "סעד כספי גרידא", ועל כן, לא צפוי להן נזק בלתי הפיך, שלא ניתן לרפאו באמצעות פיצוי כספי. קביעה זו נסמכת על ההנחה, שהמבקשות יצליחו להתגבר על הקושי שכרוך באובדן השתכרות במשך חדשים או שנים של התדיינות. שאחרת, אם יאלצו "להסכים" להשתלב במערכת הביומטרית, הנזק שצפוי להיגרם להם איננו בר פיצוי. וכך יהיה גם במקרה שהמבקשות יחליטו לוותר על ההתדיינות ועל מקום העבודה גם יחד. ואכן, לפחות על פי ניסיון החיים, רבים הם הסיכויים שכך יהיה ושגם תיק זה יסתיים בלא הכרעה לגופה של הסוגיה.

פגיעה בזכויות יסוד במקום העבודה: ריסוק ההתנגדות וקביעת עובדות בשטח

31. "יחסי עבודה מתאפיינים בפערי כוחות אינהרנטיים בין המעסיק לעובד, נוכח המרות והתלות הכלכלית והתעסוקתית להם נתון העובד."²⁹ בנסיבות אלו הנחת המוצא היא שאין תוקף ל"הסכמה" שנתנה עובדת לפגיעה בזכויות היסוד שלה. בפרשת איסקוב קבע בית הדין הנכבד, כי "יש לקבוע רף גבוה, המשקף את משמעות ההסכמה והשלכתה על זכויות האדם... המגמה הכללית הניכרת בדין היא לפרש בצמצום רב ובדווקנות יתרה טענת הגנה של המעסיק בדבר הסכמת העובד לפגיעה בזכויותיו"³⁰. גם בית המשפט העליון קבע לאחרונה, שלנוכח יחסי התלות וצמצום מרחב הבחירה העומד לרשות העובד, אין להניח שמעביד יוכל לפגוע בפרטיותו ולהצדיק את הפגיעה בכך שהדבר נעשה מ"רצון".³¹

32. אלא שבמרבית המקרים המעביד כלל אינו נדרש "להצדיק" את הפגיעה בפרטיות העובדת. זהו צידה השני של מטבע ה"הסכמה" הכפויה: על כל מקרה שבו פוסל בית הדין "הסכמה", יש עשרות ומאות פגיעות בפרטיות ובכבוד, שמשתרשות בחסות "הסכמות" כפויות, כיוון שלא עמד לעובדות הכוח לקרוא עליהן תגר בערכאות.

²⁷ ראו למשל, שלמה פפירלבט "רוחות הרפאים של מקומות העבודה בברזיל" הארץ 13.3.2013.

²⁸ פרוטוקול הדיון בבית הדין קמא (9.5.2013) בעמוד 3 שורה 2.

²⁹ עסק (ארצי) 25476-09-12 הסתדרות העובדים החדשה - פלאפון תקשורת בע"מ (2.1.2013) הנשיאה ארד, פסי 58.

³⁰ ע"ע (ארצי) 90/08 איסקוב - הממונה על חוק עבודת נשים (2011) בפסקה 10.

³¹ ע"א 8189/11 רפאל דיין נ' מפעל הפיס (21.2.2013).

33. כך למשל, פשתה לה פרקטיקה עבריינית במקומות עבודה, שדרשו ממועמדים ל"הסכים" לחשיפת תדפיס המרשם הפלילי שלהם. אפילו הוראותיו המפורשות של חוק המרשם הפלילי לא הועילו. **האפשרות שמועמד לעבודה יפנה לערכאות בשל התניית העסקתו בדרישה להמצאת תדפיס הוכחה כתיאורטית.** הפניות הרבות שקיבלה המבקשת לאורך השנים בעניין זה, כמו גם דו"ח של וועדה שהקים משרד המשפטים, מלמדים על מקרים רבים שבהם נתקלו מועמדים בדרישה הפסולה, אך חרף זאת, **לא הוגשה אף לא תביעה אחת בעניין זה.**

התופעה החמורה הביאה אפילו לידי כך, שמשרד המשפטים והמשטרה שינו את מבנה תדפיס המרשם הפלילי במטרה לאפשר למועמד לעבודה להציג תדפיס חלקי, שאינו משקף את כל האמת, למי שדרש ממנו, בניגוד לדיון, להמציא לו את תדפיס הרישום הפלילי שלו.³² זהו גם הרקע לתיקון שהוכנס בשנת 2008 בהוראת החוק, שאוסרת להשיג "מהמרשם, במישרין או בעקיפין, מידע": הוחמרה הסנקציה שמוטלת על "השגת" מידע כאמור שהשגת המידע האסורה נעשתה "לשם העסקה", ונוספה הבהרה, שלפיה "לא יראו מי שעשה כאמור כזכאי לקבל מידע מן המרשם, בשל כך בלבד שהאדם שהמידע נוגע לו הסכים למסירת המידע."³³

34. דומה שהתיקון של חוק המרשם הפלילי מדבר בעד עצמו: חרף המאמצים של המחוקק ושל מערכת בתי המשפט, פגיעה בזכויות יסוד של עובדים מתבצעת באופן שיגרותי בחסות "הסכמה" מאולצת. המעסיק מציב מצלמת מעקב, מתקין מערכת שעוקבת אחר תנועות העובד – בשעות העבודה ולאחריהן, דורש ומקבל כתב ויתור על סודיות רפואית או מתקין שעון נוכחות ביומטרי. בתי הדין לעבודה נדרשים לסוגיה רק במקרים נדירים, שבהם העובד עזב את מקום העבודה שפוגע בזכויותיו ואין לו כבר מה להפסיד.³⁴ בכל המקרים האחרים והרבים, העובדות והעובדים נאלצים להתרגל לפגיעה בפרטיותם או לעזוב.

35. לאור המציאות המתוארת לעיל, יקל עלינו להבין את הדרך הקשה ואת החסמים המטריאליים והנפשיים, שהיה על המבקשות לעבור קודם שהגישו תביעה נגד מעסיקתן. כפי שנקבע לאחרונה במקרה אחר, "מטבעם של דברים, בירור העובדות והצורך להכין פניה מסודרת לערכאת השיפוט גוזל זמן ואין לבוא חשבון עם המבקש[ות] בשל כך." זאת במיוחד בשים לב לכך, שהסעד הזמני המבוקש לא יפגע באינטרס הסתמכות לגיטימי של המשיבה (זולת האינטרס של "קביעת עובדות בשטח" וכפייתן על העובדות), בעוד שמניעתו תסב למבקשות נזק בלתי הפיך.³⁵ בנסיבות אלו לא יהיה זה נכון למנוע מהן את הסעד הזמני שביקשו ולהעמידן בפני אותה ברירה שהציבה המשיבה: ביומטריה או משכורת.

הלנת שכרן של המבקשות היא מעשה שערורייתי ופריוני, שעלול למנוע מהמבקשות את היכולת לממש את זכויות היסוד שלהן, ואף לעודד מעשי פריונות דומים במקומות עבודה אחרים.

³² הוועדה לבחינת חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981, בראשותה של פרופ' רות קנאי (2010), עמ' 9.
³³ סעיף 22 (ב) לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981; חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים (תיקון מס' 8), התשס"ח-2008 (סי"ח תשס"ח עמ' 391).

³⁴ ראו, למשל מקרים של הצבת מצלמות: סע (נצ'') 30929-12-10 רו"ח סלמאן - רו"ח עליימי (20.6.2012); דמר (חי') 39840-04-10 לשצינר - פאר מרכז רפואי בע"מ (25.1.2011).

³⁵ ראו למשל: בר"ע 38180-05-10 זוקן שילובים בע"מ - זליכה (12.7.2012) השופט שמואל צור בפסקה 15, השופטת ורדה וירט-ליבנה בפסקה 10; בר"ע 13543-02-13 מדינת ישראל - כהן (7.2.2013).

סוף דבר

36. כאשר בזכות לפרטיות עסקינן, נודעת חשיבות מיוחדת לפרקטיקה שתיווצר בעקבות ההחלטה נשוא הבקשה. אישור משפטי, ולו זמני ומשתמע, לפרקטיקה של פגיעה בפרטיות מחמיר את המצב הקשה ששורר ממילא בתחום יחסי העבודה. כפי שמוסבר בפרסום של **המרכז למשפט וטכנולוגיה** (ר' ה"ש 10 לעיל, ע' vii): **"בעוד שהקדמה הטכנולוגית שינתה את כללי המשחק לחלוטין, נמצאת המערכת המשפטית הרחק מאחור. שעה שהמשפטים עדיין מתחבטים בשאלה מהו סוג ההסדרה הראוי ומהם גבולות ההסדרה הראויים, מפרי הפרטיות צוברים ידע, עוצמה ומידע ומשליטים נורמות התנהגות שכמעט בלתי אפשרי יהיה לשרשן."**
37. דרוש אפוא מענה נמרץ והחלטי של השיח המשפטי על מנת למנוע "קביעת עובדות בשטח" ולהבטיח את זכותם של עובדות לפרטיות ולכבוד.
38. בטרם נסיים, נבקש מבית הדין הנכבד, ליתן דעתו על החשיבות הציבורית הגדולה, שיש לדיון בסוגיות כמו זו שהעלו המבקשות בפניו, ולנוכח זאת – לוודא שאופן פסיקת ההוצאות יעודד ולא ירתיע עובדים לנהוג כמוהן בעתיד. ככלל, מעסיקים נהנים מעדיפות כלכלית לעומת עובדיהם ועובדה זו משליכה גם על יכולתם להשקיע משאבים ולערער על החלטות עקרוניות שאינן לרוחם, ואף להסתכן בפסיקת הוצאות במקרה שערעורם ידחה. יתר על כן, מבחינת המעביד, שבמפעלו עובדים רבים, יש להחלטה בסוגיה עקרונית כמו זו שלפנינו, חשיבות רבה – מעבר לתוצאות ההתדיינות הקונקרטית שהוא מנהל, ועקב כך – גם תמריץ גדול יותר לסכן משאבים ולערער. במצב שבו מרבית החלטות שיגיעו לערעור, ואולי אף יהפכו, יהיו ההחלטות שהגנו על הזכות לפרטיות, עלולה להישחק ההגנה שמספקת ההלכה הפסוקה לזכות. לנוכח זאת, לפחות כאשר נדונה סוגיה כה חשובה לזכויות יסוד של עובדים, מתבקש בית הדין הנכבד לנקוט במדיניות של העדפה מתקנת ולפסוק הוצאות לזכות העובדים ולא לחובתם – בלא קשר לתוצאות הערעור.